

Relazioni *ad extra* e procedimento amministrativo comune nell'esperienza spagnola. Un'affinità che non convince

di Vincenzo De Falco

Abstract: The relationships *ad extra* and the common procedure Act. A destabilizing connection in Spanish administrative law – According to the reform approved in 2015, administrative law is organized on the distinction among the relationships *ad extra* and *ad intra* of the administrative power. In this approach, the first category concerns the juridical relationship between public bodies and citizens, independently from the typology of public power, even to legislative level. The work analyzes the main problems deriving from the new idea of a common administrative procedure in Spain, a regional country with federalist tendencies. The author faces the aspects related to the legislative competences between State and Autonomous Community and the connections between the contents of the common administrative procedure and the sectorial rules.

Keywords: Spanish administrative procedure Act, Constitution, legislative competences of Autonomous Community, Rulemaking, Administrative rules.

41

1. La rilevanza costituzionale delle relazioni *ad extra*

La riforma amministrativa del 2015, delineata attraverso l'approvazione delle leggi nn. 39 e 40, è finalizzata ad incrementare la certezza giuridica, migliorare la qualità delle norme, adattare il procedimento amministrativo alla nuova digitalizzazione informatica, sviluppare l'economia del Paese, e dotare il sistema giuridico interno di un diritto amministrativo sistematico, coerente ed ordinato. La legge n. 39 contiene disposizioni che vanno al di là della struttura del procedimento e comprende i procedimenti sanzionatori, la responsabilità delle amministrazioni pubbliche, oltre alla tradizionale normativa sui requisiti di validità ed efficacia degli atti amministrativi. Si spinge finanche a disciplinare l'esercizio dell'iniziativa legislativa e del potere regolamentare. Le maggiori innovazioni concernono il funzionamento elettronico della pubblica amministrazione ed una nuova sistemazione della materia, attraverso la riconduzione in un unico contesto normativo di disposizioni che nel passato erano racchiuse in diverse fonti, tra cui i procedimenti esecutivi, la disciplina sull'accesso elettronico nei servizi pubblici e la legge sui procedimenti normativi¹. La diversa legge n. 40 regola la composizione ed il funzionamento degli organi

¹ La legge 39/2015 integra e modifica molti aspetti della legge 30/1992, sul regime giuridico delle amministrazioni pubbliche e sul procedimento comune, della legge 11/2007 sull'accesso elettronico dei cittadini ai servizi pubblici e della legge 2/2011 in tema di economia sostenibile.

amministrativi, alcuni aspetti relativi alla potestà sanzionatoria, alla responsabilità patrimoniale, alla disciplina della firma elettronica dei pubblici ufficiali, alle relazioni tra amministrazioni pubbliche.

Si tratta di due impianti normativi che si fondano su un'idea di base: il diritto amministrativo spagnolo va riorganizzato attraverso la distinzione tra relazioni *ad extra* e relazioni *ad intra*. La prima categoria è caratterizzata dal rapporto giuridico che intercorre tra pubblica amministrazione e cittadini e prescinde totalmente dalla tipologia del potere esercitato. Il legislatore spagnolo vi fa rientrare la disciplina della validità ed efficacia degli atti amministrativi, del procedimento amministrativo comune, del procedimento sanzionatorio, della responsabilità amministrativa, della partecipazione pubblica all'iniziativa legislativa ed dell'esercizio della funzione normativa. La seconda tipologia dovrebbe invece riguardare soltanto il funzionamento interno degli organi e le relazioni tra amministrazioni pubbliche. L'azione amministrativa viene così disciplinata in funzione della rilevanza interna od esterna degli effetti determinati². Il procedimento amministrativo comune si amplia, rispetto all'impostazione fornita dalla legge 30/1992, regola in modo differente il binomio uniformità-specialità della materia, impone un modello di relazione tra potere pubblico e società che apre alla partecipazione finanche nel momento fondante dell'azione amministrativa, quando cioè è definito il contenuto direttivo del principio di legalità, attraverso leggi e regolamenti.

Tra le due tipologie, è la disciplina delle relazioni *ad extra* a suscitare maggiore interesse. Le innovazioni in tema di amministrazione digitale, sulla durata dei procedimenti, sulla figura del responsabile del procedimento, sulla certificazione del silenzio assenso introducono meccanismi di semplificazione che consentono di adattare i termini procedurali alle specifiche esigenze istruttorie. Il pensiero giuridico spagnolo tuttavia ha fortemente criticato molti aspetti delle nuove disposizioni, alcune per la scarsa efficacia delle soluzioni adottate, altre in considerazione che la sistemazione annunciata è apparsa piuttosto carente, o per quanto concerne la contraddittorietà tra alcune disposizioni, o per l'eccessiva rilevanza conferita alla dimensione economica del procedimento³.

² E. Gamero Casado, *La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y criterios de aplicación*, in E. Gamero Casado (dir.) *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Valencia, Tomo I, 2017, 192 ss. J. Barnés, *La Ley 39/2015, de procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica y comparada*, in C.I. Velasco Ruiz (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015. Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Madrid, 2017, 77 ss.

³ G. Fernández Farreres, *El procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015, de 1 de octubre: novedades y algunas cuestiones problemáticas*, in *Cuadernos de Derecho Local*, n. 41/2016, 14 ss.; J.L. Martínez López-Muñiz, *El Contexto y los principios inspiradores de las leyes 39 y 40 /2015*, in C.L. Velasco Rico (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015.*, cit., 18 ss., che parla di una disciplina inappropriata e contraddittoria. Cierco Seira critica la disciplina sul certificato di avvenuta maturazione del silenzio assenso poiché il documento va emesso d'ufficio e si tratta di un'ipotesi che ritiene difficilmente verificabile. C. Cierco Seira, *El "nuevo" procedimiento administrativo común*, in C.I. Velasco Ruiz (dir.), *Reflexiones sobre la Reforma Administrativa de 2015*, cit., 114.

L'osservatore esterno resta però particolarmente attratto dall'idea di procedimento comune che l'intero impianto normativo tenta di affermare nell'ordinamento giuridico spagnolo, regionale, differenziato ed a tendenze federaliste. Nel panorama comparatistico la disciplina unitaria dei procedimenti relativi alle funzioni di *rulemaking* ed *adjudication* trova un importante precedente nell'*Administrative procedure Act* americano del 1946. La legge statunitense si radica però in un'organizzazione amministrativa centrata sul ruolo delle agenzie ed in un contesto teorico totalmente differente, che si fonda sulla tipologia del potere esercitato e non sulla rilevanza esterna dell'azione amministrativa. Basti pensare che anche il procedimento per la formazione delle regole sul funzionamento interno delle agenzie americane è trasparente e sottoposto ad un'istruttoria aperta.

La distinzione tra relazioni *ad extra* e relazioni *ad intra* richiama anche l'idea della differenziazione italiana tra norme di azione e norme di relazione, affermata per lo più sul piano puramente teorico. Di norma infatti le disposizioni che regolano l'esercizio di un potere determinano le condizioni di legittimità della funzione e riguardano necessariamente anche le relazioni giuridiche intersoggettive. Allo stesso modo le regole che concernono un rapporto intersoggettivo interessano anche i poteri attribuiti alle parti della relazione giuridica. Si tratta di profili spesso indiscindibili.

L'innovazione nell'ordinamento spagnolo procede oltre, e giunge ad unificare il procedimento amministrativo con quello legislativo sotto l'egida di identici principi. L'impostazione suscita numerose perplessità, sia a livello teorico che applicativo, con evidenti ricadute sulle questioni relative al riparto di competenze tra Stato centrale e Comunità autonome, in particolare quando il potere esercitato non è propriamente amministrativo ma è riconducibile all'esercizio della funzione normativa⁴, o quando occorra modulare i contenuti del procedimento amministrativo comune con le discipline speciali, molte delle quali restano attratte alla competenza regionale per effetto della materia trattata⁵. Si ha la sensazione quindi che la distinzione tra le due tipologie di relazioni abbia per lo più fuorviato il legislatore spagnolo, ed indotto ad affermare l'idea di un procedimento amministrativo comune che in molte parti condiziona l'esercizio del potere legislativo delle Comunità autonome, senza fornire quell'equilibrio che la Costituzione richiede tra l'unitarietà della disciplina statale e la specialità delle materie riservate alla competenza regionale.

⁴ J.L. Martínez López-Muñiz, X., *La elaboración de los reglamentos*, in F. López Menudo (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Sevilla, 2016, 320. L. Casado Casado, *La incidencia de la ley del Procedimiento administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local*, in *R.V.A.P.* n. 107, 2017, 87 ss.; M. Corretja, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas en clave competencial*, in M. Joaquín Tornos (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Barcelona, 2017, 61 ss.

⁵ C. Prieto Romero, *El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria*, in *Revista de Administración Pública*, n. 201/2016, 343. F. López Menudo, *Significación de los conceptos de procedimiento común y de régimen jurídico. Razones y sinrazones de la reforma*, in F. López Menudo (dir.) *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, cit., 13 ss.

2. L'incerta tradizione giuridica

Sebbene nel preambolo della legge 39/2015 si rilevi che la distinzione tra relazioni *ad extra* e relazioni *ad intra* appaia collegata alla tradizione giuridica spagnola, e ad una consolidata idea di procedimento amministrativo comune, ci sembra che le cose non stiano proprio così. L'attenta osservazione dell'evoluzione normativa avvenuta in Spagna non mostra una consolidata tradizione giuridica, quanto piuttosto un alternarsi di impostazioni differenti⁶.

L'assenza delle condizioni che avevano indotto in Francia il *Conseil d'Etat* ad assumere un ruolo principale nell'elaborazione dei principali istituti di diritto amministrativo, in Spagna ha notevolmente ritardato l'affermazione della giurisdizione amministrativa⁷ e la contestuale sottoposizione dell'azione amministrativa al controllo giurisdizionale. Nello stesso tempo una consistente componente ideologica della dottrina spagnola si era per molto tempo opposta all'istituzione di un controllo giurisdizionale che fosse libero da condizionamenti da parte delle strutture amministrative⁸. La prima legge sul procedimento amministrativo del 19 ottobre 1889 s'inserisce in un contesto organizzativo caratterizzato da un'amministrazione forte, a struttura piramidale e fortemente gerarchica⁹, ma dove mancavano consolidati principi giurisprudenziali. L'impianto normativo viene pensato in termini di composizione coordinata tra le disposizioni della legge generale ed i regolamenti ministeriali che avrebbero adattato le previsioni legislative alle esigenze espresse dalle specifiche competenze. Ci sarebbero stati in tal modo procedimenti differenziati per ciascun ramo dell'amministrazione statale o in relazione a specifiche funzioni svolte all'interno dei ministeri, nel tentativo di coniugare l'unità delle fasi procedurali con la diversità che caratterizzava i compiti delle singole amministrazioni statali.

Quest'esperimento fallì proprio per effetto dell'errato equilibrio tra uniformità e diversità impostato nella legge del 1889, che aveva demandato lo sviluppo organico della disciplina ai regolamenti attuativi che ogni struttura ministeriale avrebbe dovuto adottare, e senza le quali l'intera disciplina non avrebbe potuto trovare alcuna applicazione¹⁰. L'esecutivo avrebbe cioè dovuto, in sostanza condividere con il Parlamento l'idea di limitazione dell'esercizio del proprio potere amministrativo, il principio di legalità avrebbe dovuto trovare attuazione ad opera delle stesse amministrazioni che sarebbero state le dirette destinatarie della limitazione dell'esercizio del proprio potere, che è insita nel concetto stesso di procedimento amministrativo¹¹.

⁶ Così J. Barnés, *La Ley 39/2015, de procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica y comparada*, cit. 65. L'autore segnala che le leggi del 2015 partono da una premessa falsa sia dal punto di vista storico-comparato che dal punto di vista dottrinale e pratico: cioè la distinzione tra sfera interna e sfera esterna, tra organizzazione e procedimento in cui la sfera interna si identifica con l'organizzazione e quella esterna con il procedimento.

⁷ F. Garrido Farra, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid 1985, 408 ss.

⁸ J.A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo General*, II, Madrid 2009, 31.

⁹ J. González Pérez, *La justicia administrativa en España*, in *RAP*, n. 6, 1951, 163-176; A. Nieto García, *Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España*, in *RAP*, n. 50, 1966, 27-50.

¹⁰ J. González Pérez, *El procedimiento administrativo*, Madrid 1964, 85 ss.

¹¹ Ogni amministrazione statale si è poi munita del regolamento attuativo a distanza di decenni, l'una dall'altra, e la circostanza aveva determinato una situazione estremamente

Il fallimento della legge del 1889 non aveva però messo in discussione molte delle scelte procedurali effettuate, che saranno riprese nella legge del 1958 con cui si tentò di superare le difficoltà applicative sorte in seguito alla frammentazione dell'azione amministrativa che si era generata per effetto della precedente normativa.

A partire dagli anni 50 del secolo scorso si verifica uno straordinario sviluppo verso la costruzione dello Stato di diritto amministrativo. Viene approvata la legge sul regime locale del 1950 e i relativi regolamenti attuativi, la legge sull'espropriazione del 1954, la legge sulla giurisdizione contenzioso-amministrativa del 1956, la legge sul regime giuridico dell'amministrazione pubblica del 1957 e le leggi sul procedimento amministrativo e del regime giuridico degli enti statali autonomi del 1958, oltre alla rilevante legge sul suolo del 1956. È in questo momento che si registra in Spagna l'impostazione normativa che tiene scissa e distinta la disciplina del procedimento amministrativo comune da quella relativa al funzionamento istituzionale delle pubbliche amministrazioni.

Vengono ridotti gli spazi applicativi demandati ai regolamenti, la loro adozione viene sottratta ai singoli Ministeri ed attribuita alla Presidenza del Governo. La legge inserisce alcuni procedimenti speciali, amplia la tipologia del procedimento generale, regola il regime giuridico dell'atto amministrativo, i termini di adozione dei provvedimenti, il concetto di interessati al procedimento, le cause di astensione e ricusazione e stabilisce l'obbligo di applicazione diretta delle regole in assenza della disciplina regolamentare. Le nuove disposizioni delineano nuovi principi dell'azione amministrativa, tra cui l'indipendenza e la neutralità, i criteri per l'attuazione della funzione esecutiva e regolano gli effetti del silenzio. La legge del 1958 tenta così di codificare il regime giuridico dei procedimenti amministrativi relativi ai vari ministeri ed incorpora le discipline speciali dei procedimenti per l'approvazione degli atti generali, sanzionatori, combinando unità e diversità. Viene dedicato uno specifico titolo ai diritti degli interessati al procedimento, ed un successivo che concerne l'attuazione amministrativa, all'interno della quale vengono distinte le fasi dell'approvazione delle norme generali dagli atti amministrativi. Il procedimento amministrativo è inteso come un percorso logico per la formazione della decisione amministrativa che va dalla fase iniziale fino alla sua esecuzione, e dall'impianto generale vengono separati i procedimenti per la revisione degli atti adottati ed i procedimenti speciali.

Il carattere di unitarietà tuttavia non è ancora ben definito, in conseguenza della permanenza di regimi speciali connessi alla particolarità della materia e rispetto ai procedimenti amministrativi di competenza degli organismi autonomi. Restano infatti circa 27 procedimenti speciali, tra cui quello espropriativo, quello relativo ai contratti pubblici, i procedimenti disciplinari e sanzionatori.

frammentaria, con procedimenti esistenti in alcuni settori e assenti in altri: era venuta a mancare in altri termini la stessa ragione d'essere della legge del 1889, che al contrario intendeva proprio fissare una disciplina comune e generale del procedimento amministrativo da applicarsi in tutte le amministrazioni statali. Sul punto N. Amorós Rica, *El procedimiento administrativo español*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 4, 1949, 733 ss.

La Costituzione del 1978 confermò l'esistenza di almeno due tipologie di procedimenti, uno relativo all'approvazione delle disposizioni di carattere generale, l'altro relativo agli atti amministrativi. Aprì però la strada al controllo della discrezionalità amministrativa, fino ad allora considerata un limite invalicabile, e consentì di abbandonare l'idea della stretta concezione processuale del procedimento, distinguendo quindi le fasi procedimentali da quelle processuali ed i relativi principi applicativi.

La legge 30 del 1992 racchiuse invece in un unico contesto le regole relative al funzionamento del potere esecutivo e quelle procedimentali, determinando un unico regime giuridico per le amministrazioni pubbliche e per il procedimento amministrativo comune. Negli anni sopraggiunsero poi interventi normativi relativi ad entrambi i profili. La legge 67/1997 del 14 aprile stabilì nuove regole sull'organizzazione e sul funzionamento dell'amministrazione generale dello Stato, la legge n. 50/1997 del 27 novembre si occupò del Governo, e la legge 28/2006 del 18 luglio fu dedicata alle agenzie statali per l'erogazione dei servizi pubblici. La legge 11/2007 del 22 giugno, come successo per la legge 30/1992, riguardò sia i profili organici che procedimentali relativi all'accesso elettronico alle informazioni pubbliche.

La scelta effettuata nel 2015 non corrisponde dunque alla tradizione giuridica spagnola ma è un ritorno all'impostazione conferita allo Stato amministrativo negli anni 50, ma che era stata poi superata dal 1992 in poi.

L'impianto costituzionale che consente la partecipazione pubblica anche nell'ambito dell'esercizio della funzione normativa aveva introdotto l'idea che il principio partecipativo valido per i procedimenti amministrativi destinati a produrre effetti diretti su specifici destinatari dovesse valere anche per l'approvazione delle fonti normative secondarie. Si delineava così l'esistenza di due modelli dell'azione amministrativa, la cui distinzione non si basava sulla rilevanza esterna degli effetti prodotti, quando piuttosto in relazione al potere esercitato, all'estensione della fase istruttoria, al contenuto degli atti adottati, alla tipologia della motivazione da fornire ed all'espansione del controllo giurisdizionale.

3. Le ricadute sul riparto di competenze

Nell'esperienza spagnola l'idea della partecipazione dei cittadini al processo formativo delle norme giuridiche trova infatti un'esplicita previsione già a partire dal testo costituzionale¹², che tuttavia negli anni antecedenti alla riforma del 2015 non aveva registrato una sua piena affermazione. Il pensiero giuridico spagnolo aveva certo esaltato il ruolo della partecipazione previsto nel sistema costituzionale, ma soprattutto con la finalità di contrastare la crisi di legittimazione democratica delle amministrazioni pubbliche in cui versava la Spagna nel precedente regime¹³. L'interpretazione fornita dal giudice costituzionale vedeva nella norma fondamentale null'altro che un principio

¹² Art. 105 a), Cost. 1978.

¹³ S. Muñoz Machado, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, in *Revista de Administración pública*, n. 84, 1977, 519 ss.

programmatico e demandava la genesi stessa del diritto alla partecipazione a successive leggi di attuazione¹⁴. L'assetto autonomistico rendeva poi estremamente complessa l'imposizione centrale di un'unica disciplina per la formazione dei regolamenti che potesse applicarsi alle Comunità autonome, alcune delle quali avevano già predisposto proprie discipline interne. In questo contesto, alquanto prudente, s'inserisce l'art. 24 della legge n. 50 del 27 novembre 1997 che consente la partecipazione alla produzione delle fonti regolamentari direttamente ai cittadini che sarebbero stati lesi nei propri diritti ed interessi dai progetti in approvazione, oppure, in una forma indiretta, per il tramite delle associazioni ed organizzazioni riconosciute per legge. La partecipazione sarebbe stata consentita soltanto nelle ipotesi in cui i diritti dei cittadini fossero direttamente e seriamente compromessi dal progetto di regolamento e l'amministrazione, per poter evitare l'istruttoria aperta, avrebbe dovuto indicare le ragioni per i quali riteneva che il progetto non potesse danneggiare gli interessi dei singoli. Non erano prescritte procedure per l'esercizio del diritto di partecipazione, e le amministrazioni erano così dotate di un ampio potere discrezionale sia per quanto concerneva il modello istruttorio da scegliere che il procedimento da seguire.

Nel 1997, dunque, nei primi interventi normativi sul tema della democrazia partecipativa la relativa disciplina resta attratta nell'ambito della regolazione della funzione normativa e permane la distinzione tra la partecipazione agli atti normativi e quella relativa ai procedimenti più propriamente amministrativi. Tuttavia gli anni successivi registrano la tendenza a recepire gli indirizzi europei sulla *better regulation*, già indicati nelle leggi 23 novembre 2009, n. 17 e 4 marzo 2011 n. 2, con specifico riferimento alle attività economiche¹⁵. La legge 9 dicembre 2013 n. 20 garantisce l'accesso alle informazioni pubbliche anche per quanto riguarda i procedimenti di elaborazione delle norme giuridiche.

Progressivamente, dunque, inizia ad affermarsi la dimensione partecipativa nel processo di formazione degli atti normativi all'interno della sfera di operatività del principio di buona regolazione. Questa impostazione viene teoricamente rafforzata dall'interpretazione estensiva della disposizione costituzionale dell'art. 103, nella parte in cui incrementa la tutela dei diritti individuali rispetto all'azione amministrativa, che deve restare sottomessa al principio di legalità, e sposta l'attenzione sul procedimento piuttosto che sui rimedi processuali. Il procedimento amministrativo è così visto come il momento in cui si realizza il principio costituzionale dell'art. 103; una serie di fasi che tendono a fornire un adeguato equilibrio tra l'indispensabile esigenza di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa e l'imprescindibile salvaguardia dei diritti dei cittadini e delle imprese. In questa impostazione, sembrerebbe dunque che il sistema costituzionale stesso induca la Spagna a disciplinare in un unico contesto i diritti dei cittadini e

¹⁴ *Tribunal constitucional*, 119 del 17 luglio 1995.

¹⁵ A.I. Fortes González, *De la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria. En especial la mejoría regulatoria*, in R. Rivero Ortega ed altri (dir.), *Instituciones de procedimiento administrativo común. Novedades de la ley 39/2015*, Lisboa, 2016, 346 ss.

le garanzie procedurali rispetto all'attività amministrativa, anche e per quanto concerne la potestà normativa secondaria e primaria¹⁶.

La nuova legge sul procedimento amministrativo comune introduce alcune rilevanti innovazioni, tra cui l'esigenza di pianificazione delle nuove iniziative normative, incrementa l'obbligo di valutazione successiva della disciplina approvata, ed amplia notevolmente la fase partecipativa nel processo di approvazione delle norme¹⁷. Se però dal piano della predisposizione dei principi che regolano l'azione amministrativa si sposta l'attenzione sulle problematiche relative al riparto di competenze tra Stato e Comunità autonome, la questione assume un profilo differente. In questo caso rileva infatti la tipologia del potere esercitato in relazione alle specifiche materie conferite, piuttosto che l'osservazione della rilevanza esterna o interna delle funzioni.

48

Prima dell'approvazione delle nuove disposizioni l'apertura alla democrazia partecipativa nella formazione degli atti normativi aveva riguardato soltanto i progetti di leggi o di regolamenti predisposti dal Governo centrale o dai ministri. Le Comunità autonome avevano pertanto disciplinato i procedimenti interni per la formazione delle norme giuridiche senza un parametro normativo centrale, ad eccezione del precetto dell'art. 105, a) Cost.¹⁸. In quel contesto, l'interpretazione costituzionale aveva indotto l'idea che si trattasse di una competenza esclusiva delle Comunità autonome, con la motivazione che i procedimenti per la elaborazione di disposizioni a carattere generale fossero in effetti procedimenti speciali, e come tali potessero non rientrare nella sfera di competenza statale¹⁹. Le disposizioni della legge 39/2015 disciplinano invece anche alcune fasi del

¹⁶ Nel giugno 2013 la commissione per la Riforma dell'amministrazione pubblica aveva poi indotto l'idea che per sviluppare un'economia competitiva occorresse innanzitutto rafforzare l'efficacia, l'efficienza e la trasparenza dell'azione amministrativa.

¹⁷ L'istituto maggiormente innovativo è fornito dalla consulta pubblica, che va svolta prima dell'elaborazione della norma giuridica per raccogliere le opinioni dei cittadini e delle imprese sulle problematiche connesse all'iniziativa, la necessità e l'opportunità della sua approvazione, gli obiettivi che intende perseguire e la possibilità che possano esistere soluzioni alternative. I principi di buona organizzazione, di efficacia ed efficienza trovano così la loro più alta espressione, nella misura in cui il dibattito avviene prima dell'approvazione del progetto, e l'amministrazione deve dimostrare non solo gli obiettivi che intenda perseguire, ma anche le ragioni per le quali ritenga che l'iniziativa sia indispensabile ed opportuna. L'istituto non è applicabile quando la proposta normativa non presenti un impatto significativo sulle attività economiche, nell'ipotesi in cui non imponga rilevanti obblighi ai destinatari dell'azione amministrativa, o se regoli soltanto aspetti parziali della materia, o in casi di urgenza. Cfr. art. 133.1 e 4 legge 39/2015. Accanto a questa novità, riprendono poi vigore gli istituti dell'udienza e della informazione pubblica, regolati dall'art. 133.2 legge 39/2015, ed applicabili in tutte le ipotesi in cui la norma vada ad intaccare diritti ed interessi legittimi delle persone. In questo caso il modello tende soprattutto a fornire elementi di difesa preventivi quando la funzione normativa concerne fattispecie per lo più già regolate e che possano determinare una lesione di posizioni giuridiche rispetto alla disciplina esistente. Naturalmente il risultato della partecipazione, che avviene per lo più tramite i siti internet, non sarà vincolante per l'amministrazione, che tuttavia dovrà fornire le ragioni delle scelte finali. Cfr. C. Prieto Romero, *El nuevo procedimiento para la iniciativa legislativa y el ejercicio de la potestad reglamentaria*, cit., 357 ss.

¹⁸ A. Ramón Antelo Martínez, *Elaboración de disposiciones de carácter general en la Administración Local, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2015*, in *Real Nueva Época*, n. 6, noviembre 2016, 105 ss.

¹⁹ *Tribunal Constitucional* 15/1989.

procedimento normativo e legislativo, nell'ambito delle relazioni *ad extra*, con l'idea di assicurare una garanzia minima di partecipazione ai procedimenti normativi, ex art. 105. a). Ma i margini concessi dalla legge per un'ulteriore e più dettagliata disciplina da parte delle Comunità autonome non appaiono sufficienti a rendere legittimo l'intervento statale²⁰. Sebbene negli anni antecedenti, la legge n. 7/1985 sul procedimento per l'approvazione delle ordinanze locali non sia stata mai considerata lesiva dell'autonomia regionale, le due circostanze non appaiono assimilabili. La questione introdotta dalla legge 39/2015 si presenta differente rispetto alla legge 7/1985 e riguarda l'idea di un procedimento amministrativo comune che concerne anche le ipotesi di approvazione degli atti normativi e legislativi; la sfera di competenza, in altri termini, dello Stato centrale nel dettare le garanzie minime di partecipazione alla produzione delle fonti normative nell'interpretazione congiunta degli art. 105, comma a, e 148.1.8 della Costituzione spagnola²¹.

Nel regionalismo differenziato spagnolo l'esercizio del potere normativo è disciplinato anche dagli Statuti delle singole Comunità ed i relativi procedimenti costituiscono le modalità con cui le autonomie territoriali esercitano le proprie funzioni pubbliche, nel rispetto delle materie loro conferite. La recente interpretazione fornita dal giudice costituzionale ritiene infatti del tutto inapplicabili alle Comunità autonome le disposizioni della legge sul procedimento comune che regolano la partecipazione nell'ambito della fase preliminare di approvazione dei progetti di legge²², nel cui ambito si è consolidata l'idea che le autonomie vadano lasciate libere di disciplinare i propri procedimenti legislativi²³. La riforma del 2015 si pone in contrasto con questa tendenza²⁴. Le relative

²⁰ Così M. Sánchez Marón, *Una reforma precipitada, o la desarticulación gratuita del régimen jurídico de las administraciones públicas*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 56, 2015, 23. Conformemente anche O. Mir Puigpelat, *¿Better Regulation o Marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley*, in C.I. Velasco Ruiz (dir.), *Reflexiones sobre la reforma administrativa de 2015.*, cit., 214-216.

²¹ E. Gamero Casado, Capítulo I, *La estructura de la legislación sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público y sus criterios de aplicación*, in E. Gamero Casado (dir.), S. Fernández Ramos e J. Valerio Torrijos (coord.), *Tratado de procedimiento administrativo común y regime jurídico básico del sector público*, Tomo I, Valencia, 2017, 165 – 167 dove l'autore sottolinea la differenza tra il termine *básico*, che si riferisce al riparto di competenze concorrenti, mentre il diverso concetto di *común* caratterizza la competenza esclusiva dello Stato, con la finalità di fissare un minimo comune denominatore dei requisiti e garanzie da parte di tutte le amministrazioni pubbliche per garantire un trattamento uniforme nei confronti dell'intera popolazione spagnola.

²² La dottrina più attenta segnala inoltre l'eventuale inefficacia della previsione statale, se non ripresa negli ordinamenti giuridici interni, dal momento che una legge approvata dalla Comunità autonoma che non rispettasse il procedimento delineato a livello centrale comunque non potrebbe essere annullata dai giudici amministrativi, a differenza di quanto potrebbe accadere rispetto alle fonti sottordinate. Significa quindi che la disposizione statale relativa ai procedimenti per l'approvazione di progetti di legge potrà funzionare tutt'al più come una guida per le autonomie regionali. O. Mir Puigpelat, *¿Better Regulation o Marketing? La nueva regulación básica del procedimiento de elaboración de reglamentos y normas con rango de ley*, cit., 213 ss.

²³ L. Casado Casado, *La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local*, in *R.V.A.P.* n. 107-I, Enero-Abril 2017, 87 – 141.

²⁴ *Tribunal Constitucional*, 50/1999, FFJJ 7 e 8 e di recente n. 55 /2018.

disposizioni sono quindi inefficaci nei confronti delle Comunità autonome, se non espressamente riportate negli ordinamenti interni.

La questione di costituzionalità si presenta soltanto parzialmente diversa per quanto riguarda il procedimento di formazione delle fonti secondarie. La legge 39/2015 prevede l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di elaborare e pubblicare ogni anno un piano di norme che intendano approvare nell'anno successivo, e di effettuare analisi preventive e successive dell'impatto normativo, sulla falsa riga del modello che si è affermato relativamente alla produzione normativa della Commissione europea. Un precedente è fornito dalla legge 2/2011 che invitava le amministrazioni pubbliche a predisporre procedimenti idonei a stimolare la partecipazione attiva nelle fasi di produzione delle norme giuridiche²⁵, e che non era stata considerata invasiva delle competenze regionali. Le attuali disposizioni della legge 39/2015, in particolare all'art. 133, contengono invece una disciplina eccessivamente dettagliata che lascia margini troppi esigui all'attività legislativa regionale, e condizionano le modalità con le quali le autonomie possano assicurare la partecipazione interna alla redazione ed approvazione dei progetti di fonti normative secondarie.

4. Il procedimento comune tra unitarietà e specialità

Sebbene dunque, la Costituzione riservi alla legislazione statale la competenza sul procedimento amministrativo comune, non è tuttavia possibile intaccare le specificità che possano derivare dall'organizzazione interna delle Comunità autonome. Nel tentativo di delineare un corretto equilibrio, la legge 30/1992 aveva ristretto l'idea di procedimenti amministrativi speciali, che era restata per lo più imprecisa in seguito alla legge 1958, e fissato il principio in base al quale potessero definirsi speciali soltanto quelli espressamente identificati come tali per effetto della peculiarità della materia, tra cui vi rientravano i contratti del settore pubblico, i procedimenti tributari, quelli disciplinari e sanzionatori.

Il procedimento amministrativo comune delineato dalla normativa costituzionale non è pertanto un procedimento unico o tipico, quanto piuttosto una disciplina comune del procedimento, inteso come insieme di principi che possono essere integrati in relazione alle materie. Può comprendere principi e norme per l'iter procedimentale, la forma dell'elaborazione degli atti, stabilire i requisiti di validità ed efficacia, i modi di revisione e di esecuzione degli atti e le garanzie dei destinatari dei provvedimenti²⁶; un nucleo essenziale di principi e regole, quindi, che definiscono un trattamento comune dei destinatari dell'azione amministrativa pubblica, ma accanto al quale coesistono numerose regole speciali in considerazione della specificità della materia disciplinata²⁷. La disciplina dei procedimenti amministrativi speciali non è pertanto riservata allo Stato, che potrebbe così condizionarne l'esercizio dell'azione amministrativa delle autonomie

²⁵ *Tribunal Constitucional*, 91/2017, FJ 6, in relazione agli artt. 4.6 e 5.2 della legge 2/2011

²⁶ *Tribunal Constitucional*, 50/1999, FJ 3, 45/2015, FJ 6 e 130/2013.

²⁷ *Tribunal Constitucional*, 45/2015, FJ 6.

regionali²⁸. Se una materia è conferita alla competenza legislativa di una Comunità autonoma a tale istituzione spetterà l'approvazione delle relative norme procedurali, che dovranno tuttavia rispettare le regole fissate dallo Stato nell'esercizio della propria competenza. L'art. 149.1.18 esplicita chiaramente, e si tratta di un caso alquanto raro, quale sia la finalità della competenza statale sul procedimento amministrativo comune, e cioè quella di garantire a tutti i cittadini un trattamento comune da parte di tutte le amministrazioni pubbliche. La disciplina costituzionale consente allo Stato di stabilire norme comuni su procedimenti speciali soltanto nell'ambito di finalità prevalentemente garantista²⁹, che concerne sia l'efficacia dell'azione amministrativa sia i diritti degli amministrati³⁰.

Accanto alla disciplina del procedimento amministrativo comune coesistono quindi regole speciali che si applicano in ragione della specificità della materia³¹. Ma tuttavia vanno rispettate le regole predeterminate dallo Stato nell'ambito delle sue competenze. Lo Stato quindi deve considerare l'esistenza di procedimenti amministrativi speciali in relazione alla materia in cui potrà incontrare la competenza legislativa delle Comunità autonome³². Esiste quindi una competenza concorrente tra quella statale per la regolazione del procedimento amministrativo comune e quella regionale per la disciplina dei procedimenti amministrativi speciali connessi a determinate materie.

5. Forme aggiuntive e meccanismi di flessibilità

Un ulteriore profilo concerne il rapporto tra uniformità della disciplina e le forme aggiuntive. La questione è particolarmente rilevante per quanto concerne le possibili innovazioni in termini di flessibilità del procedimento. Si è notato come l'assenza di principi giurisprudenziali fortemente consolidati abbia spinto l'ordinamento giuridico spagnolo alla disciplina minuziosa delle varie fasi procedurali. Questa circostanza, come accade diffusamente nel panorama comparatistico, determina l'assenza di quella flessibilità indispensabile ad affrontare le diverse situazioni che riguardano ogni diversa tipologia di procedimento. In questi casi la ricerca dell'elasticità nell'applicazione delle regole

²⁸ *Tribunal Constitucional*, 130/2013.

²⁹ Il Tribunale costituzionale ha pertanto affermato che nell'ambito del potere di disegnare una disciplina generale del procedimento che vada seguita da parte di tutte le amministrazioni spagnole, lo Stato può disciplinare il procedimento amministrativo sanzionatorio soprattutto per quanto concerne le garanzie dei destinatari dei procedimenti e l'efficacia dell'azione amministrativa. *Tribunal Constitucional* 166/2014. Ciò comporta che nella disciplina del procedimento sanzionatorio lo Stato deve limitarsi a definire quegli elementi che possano effettivamente considerarsi comuni, in modo da conservare uno spazio sufficiente ed adeguato alle Comunità autonome di predisporre regole connesse alla specialità della materia nei procedimenti amministrativi.

³⁰ Sul tema del procedimento amministrativo il Tribunale costituzionale spagnolo ha ricondotto la potestà legislativa esclusiva statale al disposto dell'art. 149.1.18, lasciando sempre alle Comunità autonome la regolazione delle specificità che possano derivare dalle proprie organizzazioni. Cfr. sentenze nn. 130/2013 e 166/2014.

³¹ *Tribunal Constitucional* 227/1988, FJ 32 e 33/2018, FJ 5 b.

³² *Tribunal Constitucional* 45/2015, FJ 6 b).

procedimentali avviene soprattutto attraverso il meccanismo delle deroghe, per di più di origine giurisprudenziale, che riguardano o l'analisi della tipologia del potere esercitato, a seconda che possa considerarsi vincolato o discrezionale, o mediante l'eliminazione degli effetti invalidanti delle violazioni delle regole procedimentali, se l'amministrazione riesca a dimostrare che il provvedimento finale comunque non avrebbe potuto avere un diverso contenuto, qualora la violazione del procedimento non vi fosse stata. L'ordinamento spagnolo ha seguito per anni questa impostazione, ma ha successivamente avvertito la necessità di inserire dei correttivi, ed ulteriori istituti di semplificazione.

Le nuove disposizioni prevedono la possibilità di optare per un procedimento semplificato che può essere seguito su decisione dell'amministrazione precedente quando lo richiedano ragioni di interesse pubblico o quando il procedimento non sia particolarmente complesso, o su richiesta dell'interessato³³. Si tratta di un istituto che apre ad un modello di maggiore flessibilità, in cui l'azione amministrativa potrà ricercare un equilibrio tra le esigenze di tutela dell'interesse pubblico e le garanzie di difesa degli interessati³⁴. La forte impostazione verso il modello flessibile trova conferma nel divieto di aggiungere fasi procedimentali addizionali con una fonte regolamentare³⁵. Con disposizioni regolamentari potranno essere previste modalità procedimentali specifiche soltanto in relazione alle funzioni degli organi competenti, o termini differenti in ragione di alcune materie, o forme di avvio e conclusione dei procedimenti. Si tratta di una previsione che desta numerose perplessità sia in termini di efficacia, che in relazione alle competenze delle Comunità autonome³⁶.

La riserva di legge prevista potrà essere esercitata soltanto quando le misure addizionali che si intendano inserire siano efficaci, proporzionate e necessarie per

³³ Nel I caso pare occorra comunque il consenso tacito dell'interessato che non deve opporsi, ex art. 96 l. 39/2015. L'istituto è di applicazione generale e potrà essere utilizzato in diversi casi, anche nell'ambito dei procedimenti sanzionatori che comportino sanzioni lievi. Il procedimento semplificato comunque non potrà portare con sé una limitazione delle garanzie di difesa dei destinatari dei provvedimenti.

³⁴ Il responsabile del procedimento ha quindi la possibilità di alterare e modulare come meglio ritiene i contenuti delle varie fasi procedimentali, tra cui rientrano i poteri di sospendere il termine per l'adozione del provvedimento finale, sebbene nell'ambito delle ipotesi tassativamente previste dall'art. 22, comma 1. La funzione del responsabile del procedimento termina con la proposta del provvedimento da adottarsi, poi, da parte dei vertici dell'organo competente. Seira sottolinea che sebbene questa distinzione tra funzione istruttoria e decisoria non sia espressamente rinvenibile in nessuna disposizione, sembra tuttavia un conseguenza sostanziale dell'impostazione fornita al procedimento amministrativo comune. In realtà sia il Consiglio di Stato che la dottrina mostrano diffuse perplessità in merito all'utilizzo di questo meccanismo di semplificazione che lascia ampia discrezionalità in merito alle fasi procedurali da seguire e rende difficile che questa scelta possa essere effettuata dalla pubblica amministrazione. In sostanza è opinione diffusa che sarebbe stato meglio conferire un potere al funzionario istruttore di omettere alcune fasi procedimentali oppure fornirgli strumenti istruttori più snelli quando l'indagine da effettuare si rilevi piuttosto semplice. Così Cierco Seira, *El "nuevo" procedimiento administrativo común*, cit., 119.

³⁵ J.A. Santamaría Pastor, *Un nuevo modelo de ejercicio de las potestades normativas*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 175, 2016, 35.

³⁶ L. Casado Casado, *La incidencia de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la potestad normativa local*, cit., 106.

il conseguimento dei fini previsti, che dovranno essere specificamente motivati³⁷. La recente interpretazione costituzionale ritiene che le disposizioni relative all'aggiunta di forme addizionali non si pongano in contrasto con le competenze riservate alle Comunità autonome, perché non riguarderebbero l'esercizio di un potere normativo ma soltanto la fonte con cui vada esercitato³⁸. L'opinione dissenziente tuttavia pone in luce che, in realtà, la disposizione andrebbe comunque considerata in contrasto con l'impianto costituzionale poiché interferisce nell'organizzazione interna del potere normativo delle autonomie regionali, nella misura in cui non consente alle Comunità di scegliere a quale organismo istituzionale interno possa essere demandato il relativo potere. Attraverso l'imposizione della riserva di legge si vincola l'autonomia regionale ad adottare disposizioni soltanto attraverso gli organi che esercitano la funzione legislativa.

6. Aspetti relativi al procedimento sanzionatorio ed all'amministrazione digitale

La riforma cerca di delineare un procedimento amministrativo sanzionatorio applicabile a tutte le amministrazioni pubbliche. Le nuove regole vengono in parte tratte dal regolamento sul procedimento per l'esercizio della potestà sanzionatoria³⁹, le cui disposizioni pertanto sono elevate al rango legislativo, con alcune innovazioni rispetto alla legge 30/1992, come la separazione tra fase istruttoria e decisoria, le esigenze di motivazione in caso di adozione di misure provvisorie, e la soggezione ai principi di proporzionalità, effettività, minore onerosità. Ulteriori novità riguardano la possibilità di applicazione di misure provvisorie anche prima dell'inizio del procedimento, il dovere di comunicare al denunciante la decisione di attivare o meno il procedimento, quando la denuncia concerne un pregiudizio al patrimonio delle amministrazioni pubbliche, l'obbligo di motivare la mancata attivazione del procedimento, la circostanza che non basti presentare la denuncia per assumere la qualifica di interessato nel procedimento, la clemenza nei confronti di coloro che denunciano un determinato tipo di infrazione, la chiusura del procedimento immediata o la possibilità generalizzata di riduzione della sanzione pecuniaria nelle ipotesi di riconoscimento della

³⁷ Tuttavia un primo aspetto rilevante è fornito dalla circostanza che nella 39/2015 non viene differenziato il concetto di formalità addizionali. Barnes sostiene che le forme addizionali al procedimento previsto nella legge possono ricondursi a profili economici o all'analisi costi – benefici, mentre le forme differenti sarebbero giustificate dalla particolarità di specifiche materie. L'autore accusa di ingenuità queste previsioni che tendono a cristallizzare alcune formalità procedurali, mentre le disposizioni della legge 30/1992 fissavano alcuni strumenti utilizzabili a seconda delle necessità. Nell'esperienza giuridica spagnola non si era registrata pertanto una legge di puri formalismi ma piuttosto un modello ideale adattabile alle specificità espresse dalle singole materie. Barnes evidenzia ancora come la previsione sia in realtà alquanto inefficace dal momento che una nuova legge successiva potrebbe introdurre formalità nuove o addizionali senza fornire alcuna motivazione. J. Barnes, *La ley 39/2015 de procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica y comparada*, cit., 57 ss.

³⁸ *Tribunal constitucional*, 55/2018

³⁹ *Real Decreto* n.1398/1994.

responsabilità e versamento della sanzione, o in caso di rinuncia a proporre azione giudiziaria o ricorso in via amministrativa⁴⁰. La regolazione è completa e dettagliata e lascia poco spazio alle Comunità autonome, mentre l'impostazione fornita dalla legge del 1958, e ripresa nella legge 30/1992 era stata quella di fissare soltanto alcuni principi comuni, e riconoscere diritti a favore dei destinatari dei procedimenti, favorendo maggiormente l'esercizio del potere normativo delle autonomie regionali⁴¹.

Un ulteriore aspetto problematico concerne l'utilizzo delle tecnologie elettroniche, che ha costituito senza dubbio uno tra i principali aspetti che hanno indotto all'adozione delle nuove disposizioni sul procedimento. L'idea è stata quella di stimolare il funzionamento prevalentemente elettronico del procedimento amministrativo⁴². Tuttavia l'impianto normativo mantiene parallelamente due tipologie di procedimenti, che possono essere condotti sia in forma cartacea che elettronica.

Tra gli aspetti maggiormente criticati dalla dottrina spagnola vi è l'obbligo di seguire il procedimento nelle modalità digitali, che inevitabilmente creerà uno squilibrio sia tra amministrazioni che possiedono una differente strumentazione informativa, alcune dotate di tecnologie più avanzate ed altre no, sia tra gli stessi destinatari dell'azione amministrativa, che non hanno certamente la stessa capacità di utilizzo degli strumenti elettronici⁴³.

⁴⁰ Il diverso istituto della rinuncia a la difesa in via amministrativa costituisce l'effetto di una transazione avvenuta tra l'amministrazione ed il destinatario della sanzione che in effetti riconosce le contestazioni che vengono effettuate, rinuncia a proporre qualsiasi ricorso nei confronti del provvedimento in adozione e otterrà in cambio la riduzione degli importi sanzionati almeno del 20 %. Queste tipologie di istituti di semplificazione potrebbero indurre a ridurre il valore che principi come il contraddittorio e la difesa hanno assunto negli anni come elementi fondamentali nei procedimenti amministrativi. Così C. Cierco Seira, *El "nuevo" procedimiento administrativo común*, cit., 100, che sottolinea come lo stesso Consiglio di Stato aveva ritenuto che non potesse essere oggetto di legislazione sul procedimento una disciplina che cercasse di limitare il ricorso alla giustizia amministrativa.

⁴¹ M.J. Gallardo Castillo, *El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 179/2016, 111 ss.

⁴² Con la legge n. 11/2007 l'ordinamento spagnolo aveva già regolamentato in dettaglio i diritti dei cittadini in relazione al trattamento elettronico dei procedimenti, il regime delle comunicazioni elettroniche, il funzionamento dei registri e delle notifiche in forma elettronica, l'utilizzo della sottoscrizione digitale, così come le condizioni per la produzione, validità ed efficacia dei documenti e fascicoli in forma elettronica. A causa della carenza di personale qualificato, adeguata strumentazione e formazione le disposizioni hanno trovato scarsissima applicazione. La nuova disciplina mantiene separate le regolazioni del procedimento amministrativo elettronico da quello condotto attraverso i tradizionali strumenti cartacei; circostanza che ha impedito una lettura unitaria delle regole sul procedimento amministrativo. Non sembra inoltre che le nuove disposizioni aggiungano rilevanti innovazioni rispetto alla precedente disciplina.

⁴³ I. Martín Delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública*, in F. López Menudo (dir.), *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, cit., 65. I meccanismi di assistenza all'uso dei mezzi elettronici identificati nell'art. 14, commi 1 e 2, legge 39/2015 lasciano fuori un'ampia categoria di soggetti interessati.

Anche in questo caso è alquanto dubbio la riconducibilità delle disposizioni all'idea costituzionale di procedimento amministrativo comune⁴⁴. Sembrano infatti eccedere la competenza statale le disposizioni che obbligano tutte le amministrazioni pubbliche a mantenere un archivio elettronico, ivi comprese quelle delle Comunità autonome, mentre la precedente legge 11/2007 ne sanciva soltanto la possibilità e non l'obbligo. Altro profilo problematico concerne le disposizioni sulle notifiche in forma elettronica che sembrano inefficaci, poco garantiste e non adeguate alle tecnologie moderne, poiché possono verificarsi casi in cui si dà per notificato un atto senza la prova adeguata che il destinatario ne abbia avuto effettiva conoscenza⁴⁵. La forte svolta verso l'utilizzo di strumenti elettronici nel procedimento può così trasformarsi in una riduzione delle garanzie procedurali ed in una restrizione dei diritti dei cittadini, se non vengono adottate le dovute cautele quando le amministrazioni decidano di ampliare l'obbligatorietà dell'uso delle tecnologie informatiche⁴⁶.

7. La debolezza del modello procedimentale

È opinione di diversi giuristi spagnoli che nella riforma del 2015 l'impulso economista prevalga eccessivamente sulla dimensione giuridica⁴⁷. L'impianto normativo non raggiunge l'obiettivo di sistematizzare le disposizioni vigenti, non fornisce un contesto unitario a cui ricondurre tutti i procedimenti esistenti, né contiene un'idea comune di azione amministrativa da applicarsi in via generale alle relazioni tra cittadini e pubbliche amministrazioni. Se si passa poi dal piano organizzativo a quello della tutela dei diritti, emergono ulteriori perplessità. Per quanto concerne il diritto di accesso le nuove disposizioni tendono ad ampliare il concetto di trasparenza amministrativa verso il modello dell'*open government*, ma che tuttavia non può dirsi pienamente affermato nell'ordinamento spagnolo a causa delle ampie ipotesi che ancora consentono alle amministrazioni di negare l'accessibilità alle informazioni pubbliche. Questo fenomeno si verifica soprattutto per quando concerne alcune informazioni ritenute ausiliari al procedimento in itinere, tra cui note, bozze, opinioni, comunicazioni interne a carattere informale, o giudizi valutativi che non siano stati richiesti prima dell'adozione della decisione finale.

Un ulteriore sguardo alla riforma volto nell'ottica della salvaguardia dei diritti mostra che permangono notevoli incertezze in merito agli effetti delle

⁴⁴ I. Martín Delgado, *La reforma de la Administración electrónica: una panorámica general del impacto de la nueva Ley de procedimiento administrativo común en las relaciones de los ciudadanos con la Administración pública*, cit., 41 ss.

⁴⁵ C.I. Velasco Rico, *Novedades en materia de administración electrónica*, in C.I. Velasco Ruiz (dir.), *Reflexiones sobre la Reforma Administrativa de 2015*, cit. 148.

⁴⁶ Ivi, 154.

⁴⁷ L'attenzione verso il profilo economico emerge da diversi dati. Negli artt. 129.4 e 5 della legge 39, sia la certezza del diritto che la quantità di iniziative normative vengono collegate ad esigenze extragiuridiche con la finalità di razionalizzare la gestione delle risorse pubbliche. Cfr. O. Mir Puigpelat, *Veinte años no es nada: la oportunidad perdida con la nueva Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común*, in J. Tornos Mas (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Barcelona, 2017, 49-60.

violazioni delle norme sul procedimento. L'attuale formulazione sancisce con la nullità gli atti che sono stati adottati prescindendo totalmente dal procedimento prestabilito⁴⁸. Poi vi sono le ipotesi di annullabilità che si verificano quando l'atto amministrativo manchi di un requisito formale indispensabile per il raggiungimento del fine o vi sia stata l'impossibilità dell'interessato di difendersi⁴⁹. Si tratta tuttavia di fattispecie non precisate e che lasciano la valutazione caso per caso sia all'amministrazione procedente che al sindacato giurisdizionale. Circostanza che rende viepiù incerta l'individuazione dei profili sostanziali del procedimento amministrativo, quando sarebbe stato maggiormente efficace individuare dettagliatamente le violazioni da cui possa derivare l'immediata invalidità del provvedimento adottato⁵⁰.

Anche le previsioni che riguardano la funzione normativa sembrano eccessivamente proiettate verso l'aspetto economico e vengono tralasciate le questioni sociali, del lavoro, dell'ambiente, e la rilevanza assunta dai diritti e dagli interessi dei cittadini. La semplificazione cioè assume una dimensione macroeconomica, piuttosto che funzionare da criterio per migliorare l'azione amministrativa all'interno della complessità delle strutture organizzative⁵¹. Altra critica costante riguarda la tendenza ad integrare tra loro i procedimenti sanzionatori e quelli relativi alla responsabilità patrimoniale, che vengono considerati speciali rispetto al procedimento amministrativo comune⁵², mentre la legge del 1992 li manteneva distinti. Si tratta di uno tra i principali strumenti utilizzati nella riforma per affermare la nuova idea di semplificazione, ma che finisce per determinare una consistente confusione sul piano applicativo tra la legislazione meramente settoriale, a cui è consentito l'integrazione dei principi determinati dalla normativa comune, e quella speciale che consente possibili deroghe. Vi sono infatti materie che tassativamente vengono indicate come speciali, rispetto alle quali la disciplina generale si presenta come suppletiva, ma nello stesso tempo è possibile emanare leggi speciali in considerazione della specificità della materia e dei fini perseguiti, il che consente di distaccarsi dal regime comune che viene così pericolosamente deviato dalla sua funzione costituzionale⁵³. Questa specialità in conseguenza della materia fa ritornare all'impostazione della legge del 1889 che aveva invece determinato un'eccessiva frammentazione dei principi procedurali.

La drastica scissione poi tra relazioni *ad extra* ed *ad intra* appare problematica anche sotto aspetti differenti, e riconducibili a due macroaree.

⁴⁸ Art. 47, comma 1, lett. e) legge 39/2015.

⁴⁹ Art. 48, comma, 2, legge 39/2015.

⁵⁰ In senso conforme C. Seira, *El "nuevo" procedimiento administrativo común*, cit., 121.

⁵¹ J. Barnes, *La ley 39/2015 de procedimiento administrativo, desde una perspectiva histórica y comparada*, cit., 58.

⁵² Barnes sottolinea la differenza che esiste tra un procedimento autorizzatorio attivato d'ufficio ed un procedimento sanzionatorio, ciascuno dei quali richiede un proprio schema e risponde a differenti logiche dell'azione amministrativa, a distinte funzioni amministrative, rispetto alle quali sono differenti le posizioni giuridiche dei cittadini. Ivi, 69

⁵³ M. Vaquer Caballeria, *La codificación del procedimiento administrativo en España*, in *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 42/2016, passim.

La prima è relativa a quell'impostazione ancora eccessivamente processualistica delle regole procedurali. La legge 30/1992 non aveva superato lo schema bipolare amministrazione-interessato che si fonda sulla contrapposizione tra gli interessi di entrambi e che produce la conseguenza di trascurare tante altre possibili configurazioni del rapporto giuridico, che vanno dalle ipotesi collaborative ai casi in cui l'amministrazione presti attività di prestazione o di gestione di beni e servizi⁵⁴ o svolga funzioni di regolazione o di esercizio di impresa pubblica. Si tratta di funzioni che in vari momenti fuoriescono dalla logica della contrapposizione tra interessi e dal regime di esecutorietà dell'atto amministrativo. Al contrario, gran parte dell'impostazione delle nuove disposizioni si fonda sul carattere favorevole o non favorevole degli atti amministrativi che condiziona aspetti rilevanti del regime giuridico, soprattutto per quanto concerne gli effetti dell'inerzia amministrativa ed il procedimento di revisione d'ufficio⁵⁵. La disciplina non tiene conto dei vari interessi che possono caratterizzare un procedimento amministrativo, che non di rado sono contrapposti tra loro, quando tali soggetti non partecipino al procedimento o quando la partecipazione non richieda la formale posizione di interessati, come capita nei casi di consulta o udienza pubblica. È ciò che succede anche in quei procedimenti dove si assegnano diritti e risorse limitate e relativamente ai quali vi sono numerosi interessati ed il riferimento al carattere favorevole o non favorevole del provvedimento non è agevolmente applicabile⁵⁶. Manca una disciplina dettagliata relativa ai casi di attività consensuale, per la quale la legge si limita a definire la sola ipotesi di conclusione convenzionale del procedimento amministrativo⁵⁷.

L'altro aspetto che ci appare rilevante è costituito dalla assenza di uniformità in relazione ai procedimenti che, sebbene producano effetti su singole posizioni giuridiche, coinvolgono sia relazioni *ad intra* che relazioni *ad extra*. Non di rado è spesso impossibile scindere gli aspetti sostanziali collegati a quelli procedurali⁵⁸. È ciò che avviene anche in tutti i casi in cui l'azione amministrativa è di competenza di una singola amministrazione che deve però agire in concerto, o in collaborazione con altre amministrazioni pubbliche che sono tenute a definire i sub procedimenti connessi al procedimento principale⁵⁹. Questa scissione comporta duplicazioni delle disposizioni e difficoltà interpretative, e determina un'incrinatura nel trattamento sistematico che nel passato avevano

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Nella legge n. 40/2015 (art. 47 – 53) si riscontra un nuovo regime relativo alle convenzioni amministrative, sia tra amministrazioni che tra privati, che colma in parte la lacuna ma che risulta priva di alcune garanzie procedurali, per quanto concerne le forme di pubblicità e partecipazione ai procedimenti, che si riscontrano invece in alcune discipline settoriali, tra cui in materia di sovvenzioni.

⁵⁸ Questa circostanza emerge evidente dall'analisi dei profili connessi alla responsabilità amministrativa e della potestà sanzionatoria, già rilevati dal *Consejo de Estado* nel *Dictamen* n. 275/2015, del 29 aprile.

⁵⁹ La questione relativa ai procedimenti che coinvolgono contestualmente più amministrazioni viene affrontata soltanto incidentalmente, nella parte relativa alla sospensione del procedimento, se un'amministrazione richieda ad un'altra di revisionare o annullare un atto amministrativo.

ricevuto il regime dell'organizzazione, il funzionamento delle amministrazioni pubbliche e la disciplina del procedimento amministrativo⁶⁰.

⁶⁰ *Consejo de Estado, Dictamen n. 275/2015*, del 29 aprile. Sul tema anche G. Crepaldi, M. Ricciardo Calderaro, *La riforma del procedimento amministrativo in Spagna e Francia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunitario*, n. 2017, 708.