Collana Nuove Autonomie

COLLETTANEE

12

I volumi devono essere inviati alla Rivista "Nuove Autonomie". Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l'editore, che ne conserva la relativa documentazione.

1. A. CONTIERI, M. IMMORDINO (a cura di), *La dirigenza locale*, 2012
2. G. PESCE, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, 2012
3. A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, 2012
4. E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, 2012
5. N. GULLO, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, 2013
6. P. SAVONA, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, 2013
7. G. SCALA, *Gli statuti autonomi delle regioni speciali*, 2013
8. G. ZINZI, *La provincia tra funzioni amministrative e riforme istituzionali*, 2015
9. AA.VV., *Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studio in onore di Guido Corso*, 2016
10. A. BIFANI SCONOCCHIA, *Profili del nuovo rapporto tra proprietà e* ius aedificandi, 2017
11. M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2018

TEMI E QUESTIONI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

a cura di

Loredana Giani, Maria Immordino e Francesco Manganaro

Editoriale Scientifica
Napoli

Con il contributo di:

OSSERVATORIO POLITICHE PUBBLICHE PER LE AUTONOMIE

UNIVERSITÀ MEDITERRANEA
DI REGGIO CALABRIA

Proprietà letteraria riservata

© Copyright aprile 2019 Editoriale Scientifica srl
via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli
ISBN 978-88-9391-557-1

In memoria di Inés Anunciada D'Argenio

INDICE

Prefazione 9

Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico 11
Mario R. Spasiano

I principi generali del diritto amministrativo. Una riflessione 23
Guido Corso

Gli incerti confini della normatività degli atti amministrativi: regolamenti, atti generali, soft-law e fast-law 49
Loredana Giani

Atto e provvedimento: elementi essenziali e situazioni giuridiche 67
Franco Gaetano Scoca

Riflessioni sulla distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato 85
Francesco Volpe

Pubblicità e accesso per la trasparenza amministrativa 95
Francesco Manganaro

L'attività consultiva della pubblica amministrazione 121
Massimo Occhiena

Il declino della decisione motivata 143
Margherita Ramajoli

La problematica dei vizi in una nuova sistematica del diritto amministrativo 171
Anna Romeo

Autorizzazioni e concessioni 185
Fabrizio Fracchia

Il potere sanzionatorio 211
Sebastiano Licciardello

Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati 227
Maria Immordino

Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità 281
Carlo Deodato

La revoca del provvedimento amministrativo e la tutela del legittimo affidamento: una questione di bilanciamento? 295
Aldo Sandulli

Atti amministrativi e poteri di annullamento delle pubbliche amministrazioni e della Giurisdizione amministrativa 315
Aristide Police

Tutela giurisdizionale innanzi al giudice ordinario 331
Giuseppe Tropea

PREFAZIONE

Le modificazioni sociali e istituzionali avvenute nell'ultimo ventennio pongono alcune questioni fondamentali sul ruolo delle amministrazioni pubbliche chiamate a garantire diritti e servizi – per realizzare il principio costituzionale dell'eguaglianza sostanziale – pure in presenza di una crisi della finanza pubblica.

Il volume illustra e approfondisce in maniera problematica alcuni specifici argomenti del diritto amministrativo attuale e può essere considerato un approfondimento tematico rivolto a chi ha già una prima conoscenza della materia.

Il volume, per esplicita volontà di tutti gli Autori, è dedicato alla memoria di Inés D'Argenio, Maestra di diritto, promotrice dell'Associazione italo-argentina di Diritto amministrativo, Amica di tutti noi.

I Curatori

MARIO R. SPASIANO

POTERE AMMINISTRATIVO E INTERESSE PUBBLICO NELL'EVOLUZIONE DEL PENSIERO GIURIDICO E FILOSOFICO

SOMMARIO: 1. Le ragioni giustificative del potere pubblico nel pensiero filosofico: da Aristotele a San Tommaso d'Aquino. – 2. L'emersione della "ragione di Stato" e il fenomeno della statalizzazione del bene comune. – 3. La lenta disgregazione dell'endiadi interesse pubblico-interesse statale ad opera della critica marxista e della dottrina sociale della Chiesa. – 4. La crisi del carattere monolitico dell'interesse pubblico… – 5. …e le conseguenze in termini di conflitti tra istituzioni pubbliche. – 6. L'individuazione dell'interesse pubblico concreto nell'esercizio della funzione. – 7. Il procedimento quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere pubblico.

1. *Le ragioni giustificative del potere pubblico nel pensiero filosofico: da Aristotele a San Tommaso d'Aquino*

La Pubblica Amministrazione persegue istituzionalmente l'interesse pubblico, in funzione della cui tutela il legislatore predispone modelli e modalità di intervento dei poteri pubblici[1].

Contrariamente a quanto generalmente si ritiene, può affermarsi che anche nei Paesi democratici i cui ordinamenti sono fondati sul principio di legalità, qualsiasi centro di imputazione di potere pubblico è obbligato non soltanto a dare esecuzione formale ai dettati normativi che lo disciplinano, ma a conseguire sul piano della effettività le finalità per le quali è stato previsto e istituito[2].

Possiamo risalire al pensiero di Aristotele e alla sua concezione del potere e dell'interesse pubblico per rinvenire i fondamenti etici di que-

[1] E. CANNADA-BARTOLI, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1972, 1. Sulla tradizionale imputazione esclusiva dell'interesse pubblico al soggetto Stato e sulla esigenza di una concezione teleologica dell'interesse, cfr. già G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, 22, e V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Ann. Dir. Comp.*, 1947, 315.

[2] M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003, *passim*.

ste affermazioni[3]: il soggetto detentore primario di diritti è la persona umana, categoria che solo in taluni contesti risulta limitata al cittadino. Unicamente al fine di conseguire utilità maggiori di quelle alle quali potrebbe individualmente aspirare, la persona rinunzia a un parte dei propri diritti e delega una quota delle proprie facoltà allo Stato che, in virtù del principio di legalità, è giuridicamente tenuto a conseguire effettivamente le finalità che gli sono assegnate, impegnandosi a rimuovere gli ostacoli di tipo economico, sociale o di altra natura che limitano le condizioni per la piena affermazione della dignità della persona e del suo benessere fisico ed economico.

L'istituzione pubblica rinviene dunque la propria ragion d'esser nel miglioramento concreto e reale della situazione personale di persone destinatarie della sua attività. In mancanza di ciò, l'istituzione diviene ontologicamente inutile, persino dannosa.

In molti ordinamenti nazionali, un'amministrazione che non consegua concretamente le finalità per le quali è stata istituita risulta persino giuridicamente illegittima. In Italia, a titolo esemplificativo, la Costituzione sancisce il principio di "buon andamento" dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e il principio di sussidiarietà verticale (art. 118 Cost.); nell'Unione Europea, la Carta dei diritti fondamentali afferma il principio di "buona amministrazione" (art. 41): disposizioni tese a fare dell'organizzazione pubblica uno strumento efficace produttivo di *utilitates*, non necessariamente economiche.

In verità sin da epoca romana, Marco Tullio Cicerone, nel *De Re Publica*[4], affermava che l'interesse pubblico è l'interesse del popolo, non l'interesse della Repubblica: da qui, l'esigenza di stipulare un accordo tra i cittadini, un patto necessario e consequenziale all'aspirazione del vivere comune[5].

[3] Sul punto, F. RANGEON, *L'idéologie de l'intéret general*, Paris, 1986, 206 ss.; I. D'ARGENIO, *La administracion Publica. Crisis del sistema*, La Plata, 2012, 59 ss.

[4] M.T. CICERONE, *De Re Publica* (55-51 a.C.), ediz. *La Repubblica*, a cura di F. NENCI, Milano, 2008.

[5] Così M.T. CICERONE: "*placet enim esse quiddam in re publica praestans et regale, esse aliud auctoritati principum inpartitum ac tributum, esse quasdam res servatas iudicio voluntatique multitudinis, haec constitutium primum habet aequabilitatemquandam magna, qua carere diutius vix possunt liberi, deinde firmitudinem, quod et illa prima facile in contraria vitia converturtur, ut exsistat ex rege dominus, ex optimatibus factio, ex populo turba et confusio, quodque ipsa genera generibus saepe conmutantur novis; hoc in hac iuncta moderateque permixta constitutione rei publicae non ferme sine magnis principum vitiis evenit*".

È Sant'Agostino, nel *De civitate Dei*[6], che individua nella città terrena uno strumento di realizzazione di pace teso a indirizzare alla concordia i cittadini mediante una serie di precetti connotati dal comandare e dall'ubbidire, frutto di composizione di volontà umane.

Nel pensiero di San Tommaso d'Aquino (XIII sec.), invece, la relazione tra persona e interesse pubblico si risolve in termini di ricomprensione della prima nella seconda, in una visione teocentrica che tuttavia giammai determina un rapporto di assorbimento o di dissolvimento dell'uno nell'altro. Lo Stato, nella *Summa Theologiae*[7], assume il compito di contemperare gli interessi individuali senza sopprimere libertà e diritti individuali, rinvenendo la sua ragion d'essere nella costante ed effettiva ricerca della giustizia sociale.

2. *L'emersione della "ragione di Stato" e il fenomeno della statalizzazione del bene comune*

Nei secoli XVI e XVII il concetto di interesse pubblico si identifica in quello di Stato-persona, Stato depositario esclusivo del bene comune.

Machiavelli, Bodin, poi Hobbes e Locke, sebbene da posizioni non coincidenti, una volta spezzati i richiami di ordine morale e religioso, sono tra i filosofi che maggiormente testimoniano una concezione nella quale lo Stato, tutore monopolista degli interessi generali, attua i suoi compiti attraverso l'esercizio di un potere superiore che, in quanto tale, non può essere sottoposto ad alcun sindacato.

Sarà il Principe[8] (Machiavelli), costruttore e conservatore dello Stato, che costringerà la malvagia e riottosa natura umana a rispettare le leggi, anche usando spregiudicatamente i mezzi necessari a conseguire i suoi fini. Il giudizio morale e religioso sui mezzi (e sulla politica in generale) va sospeso, mentre il giudizio va espresso in termini di *iuxta propria principia*, ossia secondo l'utile e l'interesse anziché il bene e il male

In altri termini, si può affermare che l'avvento della "ragione di Stato" produce il fenomeno della "statalizzazione" del bene comune e il

[6] SANT'AGOSTINO D'IPPONA, *De civitate Dei* (413-426), in *La città di Dio*, Roma, 2006.

[7] SAN TOMMASO D'AQUINO, *La Summa Theologiae* (1265-1273), Somma teologica, Ed. Studio Domenicano, Bologna, 2014.

[8] N. MACHIAVELLI, *Il Principe* (1513), ediz. a cura di U. DOTTI, con uno scritto di G.W.F. HEGEL, Milano, 1991.

"Re" (o principe che sia), unico soggetto preposto alla tutela del bene comune, diviene *legibus solutus*.

In quella prospettiva, interessi individuali e interessi generali presentano natura diversa: i primi assumono carattere naturale, i secondi carattere razionale e artificiale. Ne deriva che in quel contesto, la fonte di legittimazione del potere pubblico va rinvenuta nella delega che ciascun cittadino appartenente alla collettività sottoscrive a favore di un potere superiore che è tenuto a tutelare interessi generali in via esclusiva, senza naturalmente poter essere sottoposto ad alcuna forma di sindacato, tantomeno giurisdizionale.

La moderna e borghese concezione dello Stato come corpo politico fondato su un contratto tra popolo e re, da cui dipende l'autorità del sovrano, garantisce al suddito l'esercizio dei suoi diritti naturali di uomo, dai quali il diritto positivo, cioè statuale, non può discostarsi opprimendoli o cancellandoli (Hobbes[9]). Lo Stato, contrariamente a quanto affermato da Aristotele, non è più un ente naturale, ma una struttura artificiale costruita volutamente dagli uomini sulla base di una convenzione liberamente stipulata per ragioni che riguardano innanzitutto la necessità di auto-conservarsi e mantenersi in vita.

Locke, nel suo *Secondo Trattato sul Governo*[10] (1689), non diversamente da Hobbes, traccia la sua teoria contrattualistica del potere e dello Stato, ma a differenza dall'assolutismo hobbesiano, individua il rapporto Stato-individuo in senso liberale, nella prospettiva che la sovranità non appartenga unilateralmente alla persona dello Stato, ma a quella del suddito. Ne deriva che anche il sovrano, al pari del popolo, è sottoposto a norme che regolano la stessa istituzione e che consentono al popolo di resistergli qualora egli tenti di violarle, mediante la guerra civile, vero e proprio conflitto di potere giustificato in contrapposizione a possibili soprusi.

3. *La lenta disgregazione dell'endiadi interesse pubblico-interesse statale ad opera della critica marxista e della dottrina sociale della Chiesa*

È solo con Rousseau[11] (1762) che l'interesse pubblico viene a coincidere con l'interesse comune, costituito dalla somma di interessi parti-

[9] T. HOBBES, *Leviatano* (1651), Bari, 2008.
[10] J. LOCKE, Secondo *Trattato sul governo* (1689), Milano, 2001.
[11] J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), Milano, 2003.

colari o, per meglio dire, dalla somma algebrica degli elementi che questi ultimi condividono. L'interesse comune è già immanente negli interessi individuali o in una parte dei fattori che li compongono. La missione dell'istituzione consiste dunque nella realizzazione di un potere centrale forte, capace di imporsi agli interessi particolari che non coincidono con quelli generali, tuttora non di rado interpretati da gruppi di pressione (*lobby*) che tentano, per interessi di parte, di deviare dal conseguimento delle utilità generali o di confondere interessi particolari con interessi generali[12].

La Rivoluzione Francese eserciterà una fortissima influenza sul successivo sviluppo delle istituzioni e della concezione del potere e dell'interesse pubblico, enfatizzando l'idea di interesse generale coincidente con quella di Stato quale unico strumento di sua realizzazione. Interesse generale e interesse nazionale divengono indissolubili. Al popolo non è dato contribuire direttamente alla formazione dell'interesse generale, né, tantomeno, sindacare le sue forme di attuazione (così, in seguito, anche Hegel[13]).

Nel 1843, tuttavia Karl Marx[14], nel confrontare la burocrazia hegeliana con quella esistente in Germania in quegli anni, evidenzia ciò che a lui pare un grave errore di prospettazione: nella burocrazia reale si insinuano, in maniera più o meno occulta, fattori che con la pretesa di difendere interessi generali, in realtà (ancora una volta) difendono solo interessi di parte. In questa prospettiva, la burocrazia diviene uno Stato nello Stato, mentre lo Stato-istituzione si immedesima con la società civile (borghese), con la pretesa di incarnarne esigenze e diritti. Ma – come afferma Marx – la burocrazia, nel difendere i suoi interessi corporativi, finisce con il difendere gli interessi delle classi di potere che si sono appropriate dello Stato.

La critica marxista produce un effetto destabilizzante sulla concezione dell'interesse pubblico nel pensiero contemporaneo, al punto che la stessa ideologia liberale è costretta a fare i conti con il problema delle

[12] Uno degli esempi di tale condizione è offerto dal fenomeno delle c.d. leggi *ad personam*. Più in generale, tuttavia, deve ammettersi che anche ciò che le leggi definiscono interesse pubblico o interesse generale non sempre è tale nella realtà.

[13] G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), Milano, 1996. Come ricorda I. D'ARGENIO nella sua opera *La administracion Publica*, cit., 71, M. Weber si ispirerà proprio a Hegel per la sua analisi sulla burocrazia di cui allo studio *Economia e Società* (1922), Roma, 2001.

[14] K. MARX, *Critica della filosofia del diritto di Hegel (1843-1844),* citazione da M. CINGOLI, *Il giovane Marx*, Milano, 2005.

classi sociali e della loro differente considerazione politica. Ciò determina il definitivo declino dell'individualismo assoluto e l'avvento di modelli che, sebbene di matrice liberale, lasceranno più ampi spazi ad una concezione di Stato protagonista della realizzazione della giustizia sociale, pur respingendo del tutto l'analisi della lotta di classe[15]: condizione che permane tuttora, particolarmente invocata nei momenti di crisi economica.

La nuova impostazione che si afferma si fonda invero anche sulla riscoperta del principio di solidarietà, ampiamente sentito sia nella impostazione propria della dottrina sociale della Chiesa[16] che nel movimento socialista; un valore che attraversa trasversalmente gli ordinamenti occidentali, impregnando di sé molti ambiti dell'intervento pubblico. Riprende così forza l'idea di un interesse generale che esige la presenza di un'autorità ad esso preposta, dunque di uno Stato munito di poteri autoritativi, ma anche chiamato a rendere conto delle proprie scelte.

Molti ordinamenti democratici tentano di fornire un modello nuovo, adeguato alle inedite esigenze di raccordo tra istituzioni pubbliche e società, ma nella realtà di talune democrazie, tra le quali di certo quella italiana, le commistioni tra politica e amministrazione danno luogo a perniciose ipotesi di consociativismo e di corruzione[17], risultando tragicamente veritiero – come rileva Karl Popper[18] – che "*le nostre burocrazie sono antidemocratiche. Nel loro interno ci sono innumerevoli dittatori tascabili ... che praticamente non vengono mai richiamati alla loro responsabilità per le loro azioni e omissioni*".

4. *La crisi del carattere monolitico dell'interesse pubblico…*

Negli anni a metà del '900, Pound[19], nel suo studio *Rassegna degli interessi sociali*, aveva modo di dimostrare che le differenti dottrine politiche che, a partire dalla fine dell'800, dominavano il XX secolo, evi-

[15] L. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive* (1901), in *Il diritto e lo Stato,* Catanzaro, 2012.

[16] Particolarmente incisiva, per l'epoca, la *Rerum novarum* (1891) di Leone XIII e in seguito la *Quadragesimo Anno* (1931) di Pio XI.

[17] M.R. SPASIANO, *Linee evolutive del rapporto politica-amministrazione, tra esigenze di continuità e tentazioni di contiguità*, in *Riv. Nuove Autonomie*, 2010, 69ss.

[18] K. POPPER, *Tutta la vita è risolvere problemi*, Milano, 2001.

[19] N.R. POUND, *Rassegna degli interessi sociali*, in *Giustizia, diritto, interesse* (trad. ital.), Bologna 1962, 288.

denziano un fattore comune, ossia che l'interesse pubblico, definito mediante il meccanismo legislativo, veniva fatto coincidere comunque con l'interesse dell' intera collettività (pur non essendo questo rispondente alla realtà), con immedesimazione fra interesse pubblico e interesse generale[20]. Invero in molte circostanze, come già rilevato da Federico Cammeo, "*basta un interesse pubblico (…) anche minimo a dar causa all'atto: il più o il meno dell'interesse stesso è questione di opportunità, non di legittimità*"[21]. In altri termini, la collocazione dell'interesse pubblico nella causa dell'atto, o meglio la sua individuazione quale causa necessaria e sufficiente, comunque esclusiva[22], colloca in una condizione di debolezza qualsiasi forma di giudizio sull'esercizio del potere pubblico che finisce spesso con il consistere nella verifica del rispetto, più o meno formalistico, di un atto ad astratte disposizioni legislative. Qualsiasi altra censura scivola nel sindacato di merito dell'attività, in quanto tale invasivo di prerogative esclusive dell'Amministrazione, dunque illegittimo.

In ogni caso, il più o meno universale fenomeno di incremento dell'assunzione diretta, da parte dello Stato e di altri enti pubblici, della gestione di servizi pubblici a carattere economico o sociale, delinea, sin dai primi del '900, la progressiva crisi del carattere monolitico dell'interesse pubblico[23]. Quell'interesse da un lato comincia ad essere utilizzato in situazioni sempre più eterogenee nell'ambito degli ordinamenti[24], dall'altro viene adoperato da parte di differenti soggetti pubblici e persino da privati, ormai preposti alla cura di attività di interesse generale.

Questa nuova situazione genera fenomeni contrastanti, al punto da consentire ragionevolmente a Massimo Severo Giannini, intorno agli

[20] In senso decisamente opposto si esprimevano sul punto sia M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 110, che S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. It. Scienze giur.*, 1968, 98, secondo il quale "non necessariamente tratto distintivo dell'interesse pubblico è la generalità e tratto distintivo di quello privato è la particolarità".

[21] F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist.), 582.

[22] M.R. SPASIANO, *Interessi pubblici e soggettività emergenti*, Napoli, 1996, 20ss.

[23] S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. del Dir.*, XII, Milano, 1964, 741, rileva che "*la massa degli interessi pubblici varia continuamente, con le strutture dei diversi aggruppamenti sociali e le esigenze che via via si impongono. E così, in epoca moderna, si è assistito ad un aumento notevole della sfera degli interessi pubblici in relazione all'accrescimento delle funzioni dello Stato*".

[24] A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 57.

anni '70 del secolo scorso, di affermare che ormai l'interesse pubblico è "*un personaggio oscuro e misterioso in nome del quale se ne combinano di ogni genere*".

5. *…e le conseguenze in termini di conflitti tra istituzioni pubbliche*

Peraltro la molteplicità ed eterogeneità degli interessi pubblici (o solo qualificati tali da parte di maggioranze parlamentari non sempre rispondenti a interessi generali, come ricorda anche Popper) produce nel corso del '900 un fenomeno inconsueto che prosegue ai nostri giorni, ossia la contrapposizione tra gli stessi interessi pubblici. Tale inedita condizione spinge il giudice, non di rado, ad essere chiamato a risolvere conflitti tra istituzioni, non già tra enti pubblici e privati[25]: si pensi, a titolo esemplificativo, ai frequenti conflitti tra ambiente e sviluppo, tra salute e occupazione, tra difesa del patrimonio culturale e turismo, tra energia rinnovabile e paesaggio, tutti interessi pubblici, non di rado in contrapposizione tra loro[26].

In un ordinamento a struttura pluralista, ciascuna comunità può vantare un proprio interesse pubblico e all'interno della stessa comunità possono essere compresenti interessi pubblici conflittuali, tanto più che non necessariamente, da tempo, il tratto distintivo dell'interesse pubblico è la generalità e il tratto distintivo di quello privato è la particolarità.

L'interesse pubblico assume allora un valore relativistico: dalla sua configurazione astratta, legislativamente definita in una norma, si va verso nozioni articolate e composite che possono rinvenire specifica conformazione solo sul terreno del concreto esercizio dell'azione amministrativa.

La gamma degli interessi pubblici, insomma, ormai non solo si profila ampia e contraddittoria, ma varia costantemente poiché costantemente muta la sensibilità sociale che induce a ritenere rientrante in quel novero "*ogni situazione sociale apprezzabile, anche priva di rilevanza patrimoniale, suscettiva di ricevere la protezione del diritto*"[27].

[25] G. CORAGGIO, *Discorso di insediamento quale Presidente del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012.

[26] M.R. SPASIANO e I. DEL GIUDICE, *Il giudice amministrativo mediatore del conflitto tra poteri pubblici e diritti della persona*, in *Riv. Giur. Mezzog.*, 2008, 551.

[27] In termini, S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico*, op. loc. cit. Il carattere storicistico degli interessi pubblici è evidenziato anche in F. BASSI, *Interesse legittimo e fattori legittimanti*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 196; M. NIGRO, *Le due facce dell'interesse*

In questa prospettiva è la concreta dinamica degli interessi pubblici e degli interessi privati (questi ultimi non più necessariamente collocati secondo una logica di contrapposizione o di subordinazione rispetto ai primi) a dare atto della complessiva fisionomia della società, in un preciso momento storico, in relazione ad un determinato contesto territoriale.

Gli interessi pubblici sono calati in una realtà dialettica di rapporti, perdendo il loro fondamento normativo teorico ed astratto, per conformarsi alla storia del tempo e del luogo, mediante un processo osmotico che li vede contemporaneamente riferimento imprescindibile di regolazione dell'esercizio dei pubblici poteri, normativamente disciplinati, e strumenti di configurazione e delimitazione del potere reale[28].

6. *L'individuazione dell'interesse pubblico concreto nell'esercizio della funzione*

Il fenomeno di disgregazione di una nozione fondante di interesse pubblico induce ormai non pochi studiosi, europei e non, a preferire alla nozione di interessi pubblici, quella di funzione pubblica[29], rispetto al cui esercizio, peraltro, la natura giuridica del soggetto agente rimane per lo più irrilevante, una volta che il suo esercizio sia sottoposto a verifiche di garanzia e controllo.

L'esercizio del potere pubblico, dunque, tende a non rinvenire più la propria fonte di legittimazione nella norma di legge in quanto la disposizione normativa, in un contesto sociale ed economico ad elevata complessità, non è in grado di contenere in sé e contemperare tutti gli interessi aventi natura giuridica pubblica che l'amministrazione incontra e coinvolge quando esercita concretamente la sua funzione[30]. Molti interessi pubblici hanno la propria fonte al di fuori della norma attributiva del singolo potere e non per questo possono essere legittimamente pretermessi, ignorati o addirittura sacrificati.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, l'Amministrazione pub-

diffuso: ambiguità di una formula e mediazioni della giurisprudenza, in *Foro Ital.*, 1987, V, 9.

[28] M.R. SPASIANO, *Spunti di riflessione in ordine al rapporto tra organizzazione pubblica e principio di legalità: la regola del caso*, in *Riv. Dir. amm*. 2000, 131.

[29] A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 2003.

[30] F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Riv. Dir. amm*. 1993, 33.

blica, anche nello stato di diritto, non costituisce più quello che una volta veniva universalmente definito il potere esecutivo e ciò per una ragione molto semplice, ossia che essa non esegue più disposti di legge astratti, ma amministra. È chiamata cioè a prendere in considerazione interessi pubblici e privati, a contemperarli sino a giungere alla definizione di quella che può essere ben definita la "regola del caso"[31], ossia la norma fondamentale che coerentemente ispira e regola l'intera successiva attività. Una forma di autodichia relativa, quella della Pubblica Amministrazione, con autonoma definizione dei contenuti e dei percorsi da seguire[32] in vista del conseguimento del risultato amministrativo, quello sì normativamente definito.

7. *Il procedimento quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere pubblico*

Il fenomeno delineato evidenzia chiaramente la rilevanza che assume nell'esercizio dell'attività, il procedimento amministrativo quale vera e propria fonte di legittimazione dell'esercizio del potere pubblico.

Il procedimento amministrativo, che precede l'adozione della determinazione finale, è la sede imprescindibile di conformazione del potere e soprattutto di definizione dell'"interesse pubblico del caso concreto", espressione di una dinamica conciliativa tra interessi pubblici e privati[33], retto sempre più dai principi generali di ragionevolezza, proporzionalità e leale collaborazione tra Enti, vere maglie del giudizio amministrativo.

È nella sede procedimentale che gli interessi pubblici acquisiscono concretezza, calandosi dal livello della loro enunciazione normativa, alla realtà del caso concreto, realtà dalla quale l'amministrazione non è legittimata a prescindere.

Pare potersi affermare che qualsiasi potere pubblico normativamente costituito contiene in sé le ragioni della sua stessa esistenza in vita, coincidenti con la sua capacità (almeno potenziale) di organizzare fun-

[31] Si rinvia alla precedente nota 28.

[32] A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 134, rilevava che l'amministrazione non mutua più solo dalla legge i canoni del proprio agire.

[33] M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002.

zioni capaci di conseguire effettivamente i risultati posti a fondamento della stessa norma che lo ha istituito.

Appare ragionevole dunque rilevare che sempre più la legge, consapevole delle condizioni di complessità dei contesti sui quali va ad incidere, "*evidenzia, ma non ordina gli interessi che, non di rado contrapposti, reclamano e ottengono la qualificazione di potenziali interessi pubblici*"[34]. Per questa ragione, la funzione del procedimento non è più solo quella della realizzazione in concreto di interessi normativamente definiti, ma risulta soprattutto quella di individuare, caso per caso, l'interesse pubblico concreto quale sintesi o composizione di molteplici interessi, pubblici e privati, tutti rilevanti.

La legge, incapace di inglobare e disciplinare l'universo giuridico, finisce allora con l'assumere spiccato carattere organizzatorio, limitandosi a garantire obiettivi minimi ovvero ad indicare ambiti di tutela. In tal modo essa non resta indifferente alle esigenze pubbliche, ma, consapevole dei propri limiti, affida all'amministrazione pubblica, che in essa si radica, la realizzazione di processi di autoregolamentazione. Insomma, "*l'azione amministrativa (...) diviene essa stessa creatrice dei suoi contenuti*"[35], assumendo direttamente dalla realtà, sia già giuridicamente sancita, sia non, parametri e obiettivi delle sue manifestazioni.

Questa Amministrazione tende a dismettere la funzione giuridica di mera preservazione della legalità, per assumere apertamente quelle funzioni di tutela di "*esigenze di giustizia che danno il senso ultimo alla legge e ne colmano le lacune*"[36] o, in altra prospettiva, di garanzia di risultato[37]. Lo stesso procedimento amministrativo, da parte sua, diviene "*metodo di esercizio cooperativo del potere, tecnica di distribuzione e di diluizione di esso la quale si collega direttamente al principio democratico*". Ma questo implica necessariamente nuove declinazioni della trasparenza amministrativa e dei meccanismi di partecipazione individuale e collettiva nelle scelte amministrative.

Peraltro l'attuale modalità di conformazione di quello che si è definito "interesse pubblico concreto" deve necessariamente essere sottoposta ad un sindacato penetrante che consenta di addivenire alla com-

[34] G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 295.

[35] G. ROMEO, *Il cittadino e il giudice amministrativo di fronte al procedimento*, in *Dir. proc. amm*., 1993, 112.

[36] M. NIGRO, *E' ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro ital.* 1983, V, 254.

[37] M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, op. cit., *passim*.

prensione delle ragioni reali e ponderate delle scelte pubbliche assunte[38]. Un compito estremamente complesso e delicato che riguarda il cittadino ma soprattutto chiama i giudici amministrativi ad un approccio coraggioso e consapevole che presuppone la loro condizione di indipendenza e imparzialità, da un lato, e di effettività del grado di tutela delle loro decisioni, dall'altro.

La giustizia in ambito pubblico, infatti, non meno di quella civilistica, esige effettività e rapidità, insieme ad una nuova responsabilità che si fondi sulla consapevolezza dei nuovi compiti che la complessità dei tempi assegna all'esercizio dei poteri pubblici. Un difficile e arduo percorso che continua a incontrare ostacoli tuttora fondati su una diffusa concezione trascendente del potere, propensa a dare ragione delle proprie scelte solo a sé stesso.

[38] Sul tema si rinvia al recentissimo e fondante studio di F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, *passim*.

GUIDO CORSO

I PRINCIPI GENERALI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO. UNA RIFLESSIONE

1. Scorrendo il testo della Costituzione italiana troviamo più volte la parola "principî".

La Costituzione si apre con dodici disposizioni raggruppate sotto la rubrica "*principi fondamentali*". La delega al governo della funzione legislativa è ammessa alla condizione che il parlamento determini "*principi e criteri direttivi*" per orientare il legislatore delegato (art. 76). La competenza legislativa concorrente delle Regioni coesiste con la riserva alla legislazione dello Stato della "*determinazione dei principi fondamentali*" delle materie (art. 117 co. 3).

Le funzioni amministrative sono ripartite tra lo Stato, le regioni e gli enti locali "*sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*" (art. 118 co. 1).

Ciascuna regione ha uno statuto che ne determina i "*principi fondamentali di organizzazione e di funzionamento*" (art. 123 co. 1).

Gli enti locali hanno anch'essi propri statuti, poteri e funzioni "*secondo i principi fissati dalla Costituzione*" (art. 114 co. 2); e applicano tributi ed hanno entrate proprie "*in armonia con la Costituzione e secondo i principî di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario*" (art. 119 co. 2).

In alcuni di questi casi la Costituzione indica chi è competente a stabilire i principi (lo Stato nei confronti delle Regioni, il parlamento rispetto al governo), ma non dice nulla sul contenuto dei principi; in altri casi è il contenuto dei principi che viene enunciato (sussidiarietà, differenziazione, e adeguatezza, coordinamento della finanza pubblico e del sistema tributario).

Sono qualificati principi fondamentali tutte le disposizione contenute nei primi dodici articoli, e quindi anche qui è il contenuto materiale dei principi che viene in rilievo (democrazia, sovranità, solidarietà, eguaglianza, autonomia locale, libertà delle confessioni religiose etc.).

Che cosa sia un principio la Costituzione non lo dice: ma presuppone che il principio sovrasti la norma o si imponga alla norma (le norme di legge ordinaria sono subordinate ai principi fondamentali costituzio-

nali, le norme contenute nel decreto delegato devono osservare i principi stabiliti nella legge delega, le norme regionali di dettaglio sono vincolate ai principi fondamentali della legislazione statale etc.).

Di principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato parla il codice civile nelle disposizioni preliminari (art. 12); e ci dice anche qual è la funzione di tali principi.

"*Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*".

L'art. 12 è formulato sotto la rubrica "*interpretazione della legge*". Ai principi generali fa ricorso chi è chiamato ad applicare la legge (il giudice o anche l'amministratore pubblico) quando una precisa disposizione manca e non ce n'è un'altra da applicare analogicamente.

È l'*extrema ratio* per il giudice, che non può trincerarsi dietro il *non liquet*, ossia rifiutarsi di decidere perché manca una precisa disposizione che regoli il caso: l'ordinamento giuridico si presume completo, senza lacune.

Nel codice civile i principi generali non sono sovraordinati alle norme, alle "precise disposizioni": servono solo a colmare un vuoto creato dalla mancanza di una precisa disposizione, e manca pure una disposizione che possa essere applicata analogicamente. Si tratta, ovviamente di un'evenienza piuttosto rara perché il codice civile aspira a coprire la totalità dei rapporti giuridici tra privati.

Nel diritto penale le lacune non sono concepibili.

Se una norma incriminatrice manca – magari una norma che si ritiene opportuno che ci fosse – trova applicazione il principio di libertà, implicito nel principio di legalità enunciato dall'art. 1 del codice penale e dall'art. 25 co. 2 e 3 Cost. Il comportamento che la norma penale non prevede e non sanziona è libero: anche se lo giudichiamo riprovevole[1].

[1] Due importanti contributi recenti sui principi generali del diritto amministrativo sono quelli di F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa. Un nuovo "eccesso di potere amministrativo"*, in *Passato e presente del diritto amministrativo. Liber Amicorum in onore di Alberto Massera*, a cura di G. PIZZANELLI, Napoli, 2017, 37 ss.; D. SORACE, Noterelle [illegible] spazio tra legge e principi e tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale, ivi, 55 ss. G. FALCON, *Il diritto amministrativo e i principi*, in *Attraverso i confini del diritto, Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2016, 191 ss.

Sui principi generali del diritto, sui quali c'è una sterminata letteratura giuridica, v. *Soggetti e principi generali del diritto* - Atti del X Convegno nazionale della Società ita-

2. Dalla rassegna che precede emerge un duplice ruolo dei principi generali.

In un caso essi condizionano il contenuto delle norme: o in ragione della fonte che li enuncia (i primi dodici articoli della Costituzione, la legge delega nei confronti del decreto legislativo delegato) o sulla base della generalità del loro contenuto (sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza); nell'altro caso i principi generali si affiancano alle norme (alle "precise disposizioni"), sono collocati sullo stesso piano, e vanno a colmare il vuoto creato dalla mancanza di queste ultime.

Principi generali civilistici sono, per consenso unanime, la buona fede, l'affidamento, l'equo contemperamento degli interessi, la meritevolezza degli interessi perseguiti (nei contratti innominati), il divieto di abusare della proprietà, l'ordine pubblico, il buon costume etc. A ben guardare tali principi operano non solo quando una precisa disposizione manca, come vorrebbe l'art. 12 delle preleggi, ma anche quando una precisa disposizione esiste e si tratta di applicarla ad una concreta fattispecie. Questo è evidente quando il principio è richiamato nel capo sull'interpretazione del contratto (la buona fede ex art. 1366 c.c., l'equo contemperamento degli interessi ex art. 1371 c.c.), ma anche in altri casi: per es. l'atto emulativo che l'art. 833 c.c. vieta, rientra astrattamente tra la facoltà che l'art. 832 riconosce al proprietario, ma viene squalificato come illecito perché non ha altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

Si può, quindi, concludere che in diritto privato i principi generali svolgono anche questa funzione: di criterio per l'interpretazione di precise disposizioni e per l'applicazione a concrete fattispecie. Anche qui i principi sono sovraordinati alle norme, ma la loro superiorità non dipenda dall'essere essi collocati su un gradino più alto nel sistema delle fonti, bensì dipenda dal fatto che essi incorporano valori che le norme devono rispettare e il giudice deve tener presente, quand'è chiamato a decidere.

3. E il diritto amministrativo? Ci sono principi generali propri di questa disciplina? E se ci sono qual è il ruolo dei principi generali? Ci

liana di Filosofia Giuridica e Politica, Milano, 1987; *I principi generali del diritto*, Atti del convegno Lincei 27-29 maggio 1991, Roma, 1992; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 271-304; R. ALEXY, *Theorie der Grudrechte* (1994), tr. it., Bologna, 2012, 101-197; R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1978, tr. it., Bologna, 1982, 90 ss.; L. FERRAJOLI, Principia iuris*, teoria del diritto e della democrazia*, Bari, 2007, vol. I.

sono delle ragioni specifiche a questa branca del diritto che giustificano l'assegnazione ai principi generali di una posizione di particolare rilievo?

La legislazione amministrativa è molto più ampia di quella civile, che ha tuttora il suo centro nel codice civile. Tuttavia, mancano sulle leggi amministrative, o sono mancate, sino a pochi decenni addietro, norme generali sugli istituti fondamentali. Abbiamo quindi una disciplina generale del contratto, oltre che dei singoli contratti, contenuta nel codice civile, ma non esiste una disciplina generale del provvedimento amministrativo, che affianchi le leggi che prevedono singole specie di provvedimento (autorizzazioni, concessioni, abilitazioni, sovvenzioni, espropriazioni, sanzioni etc.). Sicuramente questa disciplina generale non è esistita sino a poco più di dieci anni addietro, quando, con legge n. 15/2005, è stato inserito nella legge sul procedimento amministrativo del 1990 un titolo sulla invalidità e l'efficacia del provvedimento, e sui provvedimenti di riesame (annullamento d'ufficio, revoca, convalida): ma si tratta di disposizioni che sono ben lungi dall'esaurire il regime giuridico del provvedimento amministrativo.

Da questo carattere delle leggi amministrative P. Laband, recensendo il libro di O. Mayer sulla teoria del diritto amministrativo francese, ha tratto la conclusione che il diritto amministrativo non è uno specifico genere di diritto, ma è la somma delle norme giuridiche che riguardano la pubblica amministrazione: sicché non esistono principi che siano specifici del diritto amministrativo.

Questo assunto è sconfessato dalla giurisprudenza. Da leggi di settore sono stati tratti principi con una portata, e quindi con una generalità, sempre maggiore.

Per esempio dall'obbligo di indennizzare l'espropriato, previsto dalla legge fondamentale sull'espropriazione del 1865, si è desunta una generale responsabilità della P.A. da atto lecito, che poi è prevista espressamente da leggi di settore (dal risarcimento dei danni da vaccinazione obbligatoria, all'indennizzo per l'irragionevole durata del processo). Poiché singoli individui sono danneggiati da atti e comportamenti tenuti nel proseguimento dell'interesse pubblico, essi hanno diritto ad essere risarciti o indennizzati, anche se quegli atti e comportamenti sono incolpevoli.

La legislazione sull'impiego nell'amministrazione dello Stato prevede che l'impiegato non può subire una sanzione disciplinare, se non gli viene contestato l'addebito: il principio viene esteso non solo agli impiegati pubblici diversi da quelli statali, anche se la legge e i regolamenti di settore non prevedono la contestazione all'incolpato, ma anche a tutti

i procedimenti sanzionatori, anche al di fuori del rapporto d'impiego. Il principio viene a radicarsi così profondamente nella cultura giuridica che viene poi codificata anche nell'ambito del rapporto di lavoro privato (art. 7 L. 300/1970 - Statuto dei lavoratori).

Singole leggi, che prevedono provvedimenti restrittivi dalla sfera del privato, stabiliscono che essi devono essere motivati.

Anche in questo caso l'obbligo della motivazione viene esteso dalla giurisprudenza a tutti i provvedimenti che producono lo stesso offerte di restrizione della sfera del privato, sebbene la legge di settore nulla dica. Anche in questo caso il percorso è duplice; da singole leggi viene tratto un principio generale; e una volta che si è consolidato il principio generale esso, viene calato in una legge (art. 3 L. 241/1990), che ha una portata ancora più vasta perché estende l'obbligo della motivazione a tutti i provvedimenti amministrativi, e quindi anche a quelli ampliativi della sfera del privato.

Ancora. Manca una disciplina generale degli organi amministrativi collegiali, anche se il funzionamento di tali organi è disciplinato dalla legislazione sugli enti locali. Le regole qui dettate vengono allora estese dalla giurisprudenza a tutti gli altri organi collegiali, e anzi sono arricchite da altre regole che sono mutuate dai codici di procedura civile e di procedura penale, per es. in tema di astensione dei membri del collegio.

4. Mentre negli esempi richiamati la giurisprudenza ha ricavato i principi traendoli da leggi di settore, in altri casi la genesi è esclusivamente dottrinale e giurisprudenziale.

Ragionando sulla logica degli istituti di diritto amministrativo, giurisprudenza e dottrina hanno da tempo immemorabile enunciato, ad es., il principio della inammissibilità ex post della funzione consultiva. Poiché serve a illuminare l'organo che deve decidere (l'organo di amministrazione attiva), il parere, quando non è stato richiesto, o pur richiesto, non è stato rilasciato, prima che il provvedimento sia adottato, non può essere richiesto e rilasciato dopo, non è ammessa cioè l'espressione del parere in sanatoria.

Altro esempio. Il potere amministrativo di solito non si esaurisce con il suo esercizio (oggi questo assunto viene contestato): se cos' è, può essere esercitato nuovamente dopo che il provvedimento è stato adottato, ed esercitato in senso opposto a quello originario.

L'annullamento d'ufficio e la revoca non erano previste, sino al 2005 (L. 15/2005 che ha integrato la legge 241/1990) come istituiti di carattere generale: sono stati costruiti dalla giurisprudenza e dalla dot-

trina come principi generali, con l'argomento che l'autorità amministrativa deve curare in modo permanente l'interesse pubblico sicché è ben possibile che in un tempo successivo sorga l'esigenza di dare a un problema amministrativo una soluzione opposta a quella che è stata data prima, l'esigenza di togliere di mezzo un provvedimento, annullandolo o revocandolo.

Anche in questo caso il legislatore è poi venuto a codificare istituti che la giurisprudenza e la dottrina avevano costruito (o legittimato), ragionando per principi. Ma lo ha fatto con dei correttivi, che a loro volta sono il riflesso di altri principi, enunciati allo scopo di contenere l'esercizio dei c.d. poteri di autotutela. Che l'autorità, che intende procedere all'annullamento d'ufficio, debba tener "conto dell'interesse dei destinatari e dei controinteressati" (art. 21 *nonies* L. 241/1990 è una novità rispetto ad un orientamento consolidato; secondo il quale sull'atto illegittimo (e quindi annullabile d'ufficio) il destinatario che ne abbia tratto vantaggio, non può fondare alcuna legittima pretesa alla sua conservazione. La legge oggi ci dice, al contrario, che di tale interesse l'amministrazione deve farsi carico, a prescindere dal profilo temporale (il decorso del tempo è anch'esso un fatto che conferisce rilievo giuridico all'interesse del privato a che sia mantenuto in vita un atto illegittimo). Nella stessa direzione opera la norma più recente (art. 6 l. 124/2015) che, per i provvedimenti autorizzativi o attribuitivi di vantaggi economici stabilisce un limite di diciotto mesi, oltre il quale il loro annullamento non è ammesso.

Entrambe le disposizioni sono ispirate al principio, anch'esso di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (giurisprudenza sia nazionale che europea), del legittimo affidamento del privato; l'aspettativa, che questo nutre, della stabilità delle determinazioni dell'autorità.

Il potere amministrativo va esercitato in presenza dei presupposti di fatto che la legge indica: l'ordine di demolizione va adottato quando il manufatto è abusivo, la sanzione amministrativa colpisce la violazione di una regola o di un comando, un contributo a una impresa può essere rilasciato, solo se l'iniziativa rientra fra quelle che la legge intende incentivare etc. etc.

Tutto questo richiede che il provvedimento sia preceduto dall'accertamento dei presupposti, ossia che il procedimento da seguire per arrivare alla decisione, includa una fase istruttoria. Anche in questo caso dottrina e giurisprudenza hanno elaborato un principio che il legislatore ha poi accolto e articolato nella legge sul procedimento amministrativo: prescrivendo che ogni procedimento debba avere un responsa-

bile, che l'istruttoria sia regolata dal principio inquisitorio, che l'esito dell'istruttoria sia richiamato nelle motivazioni del provvedimento (artt. 5, 6 e 3 L. 241/1990).

Nel diritto amministrativo ci sono alcuni concetti centrali come discrezionalità, legittimità, merito che la legge non definisce (anche perché sarebbe difficile farlo con formule legislative vincolanti), ma che vengono impiegati dalla giurisprudenza per valutare se un provvedimento è legittimo o se è sindacabile.

Sono concetti altamente problematici, dai confini incerti.

Fra il potere discrezionale e il potere vincolato non c'è una linea di demarcazione netta, come non c'è tra la nozione di legittimità e la nozione di merito. Una linea di confine va comunque tracciata per stabilire, ad es., se l'autorità amministrativa possa essere addebitato un eccesso di potere (censura che non è ammessa se l'atto è vincolato); o per stabilire se una certa censura possa essere proposta (non lo è, se investe il merito del provvedimento, e non la sua legittimità).

Il provvedimento discrezionale sta a metà strada fra l'atto vincolato e l'atto libero; il potere di cui è espressione si muove in uno spazio di libertà che è comunque delimitato da confini (se questi non ci fossero, il potere sarebbe libero come lo è, ad es., tendenzialmente, il potere di autonomia privata). Proprio perché non è libero, il potere discrezionale non può essere arbitrario (nella letteratura amministrativistica britannica si fa l'esempio del maestro che viene licenziato perché ha i capelli rossi): il divieto di arbitrio, volto in positivo, equivale al dovere di agire ragionevolmente. Da qui il primo principio chi governa l'esercizio del potere discrezionale: il principio di ragionevolezza, che opera pacificamente in tutti gli ordinamenti, nel rapporto tra l'autorità amministrativa e il soggetto privato.

Se un provvedimento sia ragionevole o non lo sia, può dipendere dall'opinione di chi è chiamato a giudicarlo; ma ci sono degli standard abbastanza collaudati per assicurare al giudizio una qualche obiettività. Per dire che un atto dell'amministrazione è irragionevole il giudice inglese dice che "*il Parlamento non ha avuto mai l'intenzione di conferire all'autorità*" il potere di prendere una misura del genere. Il giudice amministrativo italiano desume l'irragionevolezza dall'irragionevolezza della motivazione o dalla mancanza di motivazione e dalla impossibilità di motivare il provvedimento impugnato; ovvero valuta il provvedimento alla luce della finalità della legge che attribuisce all'amministrazione il potere di provvedere. Quel che è certo, è che l'esercizio del potere discrezionale è sottoposto all'osservanza del principio di ragionevolezza.

Secondo un'opinione diffusa in Italia sull'autorità di M.S. Giannini, la

discrezionalità comporta, e si risolve, in una ponderazione di interessi, in una valutazione comparativa di interessi, pubblici e privati. Anche se tale definizione non copre l'intera area della discrezionalità, perché lascia fuori quelli che i tedeschi chiamano concetti giuridici indeterminati (ordine pubblico, buon costume, necessità e urgenza etc.), l'applicazione dei quali comporta pure una pluralità di scelte, il confronto tra più interessi rimanda dal provvedimento alla legge; è la legge che individua gli interessi e ne affida la protezione all'amministrazione o, che è lo stesso, individua i fini che l'amministrazione deve perseguire (il principio è ora codificato dall'art. 1 della L. 241/1990, come modificata nel 2005).

Il fine della legge diventa così un criterio di valutazione del provvedimento ed opera come limite dell'attività della pubblica amministrazione. L'eccesso di potere – uno dei tre vizi dell'atto amministrativo che il ricorrente può denunciare – fu interpretato dal Consiglio di Stato, dopo il 1889 e l'istituzione della IV Sezione, come sviamento di potere, ossia come deviazione del fine che la legge stabilisce: intendendosi come fine non il generico interesse pubblico, ma lo specifico fine che spesso è desumibile dalla stessa denominazione dell'ente o dell'organo a cui il potere è attribuito (interesse di polizia, interesse sanitario, interesse urbanistico, etc.). Tanto è vero che l'accesso di potere – sviamento di potere viene subito sanzionato non soltanto quando l'agente opera per un interesse proprio, ma anche quando persegue un interesse che è pur sempre un interesse pubblico, ma esula dall'ambito della competenza dell'agente stesso. Anche in questo caso c'è sviamento di potere.

Se si ragiona in termini di fini e d'interessi pubblici, si finisce per risalire al fine o all'interesse pubblico che li riassume tutti: l'interesse pubblico al singolare – quell'interesse a cui l'art. 98 guarda quando dice che i pubblici impiegati sono a servizio esclusivo della Nazione. Un servizio, giova aggiungere, che deve essere reso non solo dagli impiegati, ma anche dai politici, dagli amministratori, le istituzioni pubbliche in genere.

L'interesse della Nazione può confliggere con l'interesse del privato, ma l'interesse della Nazione non può prescindere dall'interesse dei privati perché la Nazione non è altro che il complesso dei privati. Da qui l'aurea massima di G.D. Romagnosi. "*La regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto si è 'far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità'. Lo che è sinonimo di "far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*"[2].

[2] Istituzioni di diritto amministrativo, Milano, 1814, XVI.

Questa regola aurea viene oggi riassunta nel principio di proporzionalità: che la giurisprudenza italiana richiama da tempo immemorabile, ma che oggi formula nei termini più tecnici della giurisprudenza tedesca (costituzionale e amministrativa). Il principio, che attiene alla relazione tra fine e mezzo, esige che il provvedimento, mezzo per raggiungere un determinato fine (o risultato), sia appropriato, necessario e proporzionato[3].

Il principio vale per i provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del privato; e in rapporto ad esso tende a sovrapporsi al principio di ragionevolezza.

Entrambi i principi riflettono i rapporti tra autorità amministrativa e cittadino che sono proprio di un ordinamento liberal-democratico: essi comportano, infatti, una limitazione del potere amministrativo.

5. L'elaborazione di principi generali nell'applicazione delle norme amministrative e nel sindacato giudiziario sull'azione amministrativa non è un fatto solo italiano. È un fenomeno di portata generale.

Nel 1951 il futuro presidente della Sezione del Contenzioso del Consiglio di Stato Bouffandeau scriveva: "*i principi generali del diritto sono regole di diritto non scritte, a venti valore legislativo e che, pertanto, si impongono al potere regolamentare e all'autorità amministrativa fino a quando non vengono contraddette da una disposizione di legge positiva: … ma queste regole, non possono essere considerate come facenti parte di un diritto pubblico consuetudinario perché, nella maggior parte, la constatazione della loro esistenza da parte del giudice amministrativo è relativamente recente. In realtà si tratta di un'opera di ricostruzione della giurisprudenza, realizzata per motivi superiori di equità, al fine di assicurare la salvaguardia dei diritti individuali dei cittadini*"[4].

Per lo studioso che cita questo passo, si tratta in definitiva "*di un metodo di interpretazione che tende a presumere nel legislatore la volontà di rispettare le libertà essenziali dell'individuo*" [5].

Quanto alle fonti cui i principi generali del diritto amministrativo sono attinti, J. Rivero ne distingue due. Da un lato ci sono i principi ispirati alla tradizione liberale del 1789 (eguaglianza dei cittadini di fronte all'autorità pubblica, libertà di coscienza, possibilità per un citta-

[3] Geeignet, notwendig und verhältnismassig, così H. MAURER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18 Auflage, München, 2011, 260.

[4] Citato in M. LONG – P. WEIL – G. BRAIDANT – P. DELVOLVÉ – B. GENEVOIS, *Les Grands arrest de la jurisprudence administrative*, 15^ ed., Dalloz, Paris, 2005, 428.

[5] Op. loc. cit.

dino minacciato da una sanzione di difendersi dalle accuse che gli vengono mosse); e dall'altro i principi inerenti alle necessità della vita sociale (continuità dei servizi pubblici, controllo del superiore sugli atti del subordinato) o agli imperativi dell'equità (il divieto di arricchimento senza causa)[6].

L'A. si occupa anche delle modalità di formazione dei principi generali. Si tratta di regole giurisprudenziali? " *Il giudice sembra escluderlo: egli presenta i principi come se esistessero al di fuori di lui, così che il suo compito non è di crearli, ma di constatarli. È esatto che il giudice non estrae del suo cervello i principi di cui afferma l'esistenza; alla radice di ogni sistema giuridico, vi è una certa concezione dell'uomo e del mondo, che implica un certo numero di postulati. È a questo fondamento etico che si allacciano i principi generali. Ma l'accertamento fatto dal giudice è, in realtà, largamente creativo: affermando l'esistenza di un principio generali, il giudice gli annette la sanzione di cui era sprovvisto, e l'inserisce così nel diritto positivo*"[7].

Il ruolo dei principi è ancora più evidente nella dottrina amministrativistica nella giurisprudenza del Regno Unito: che si sono sviluppati attorno a due principi di *natural justice* che dal diciassettesimo secolo sono formulati in latino: *audi alteram partem* e *nemo judex in causa propria*.

Il primo dei due principi richiede che il cittadino verso il quale si intende adottare un provvedimento restrittivo, debba essere messo in condizione di far valere le sue ragioni (principio dello *hearings* o del contraddittorio).

Il secondo principio di *natural justice* esige che i provvedimenti presi siano esenti da pregiudizio (bias) o parzialità[8].

Anche se la terminologia è diversa, non molto diverso è l'approccio nel diritto amministrativo USA.

Qui domina la nozione di *procedural due process*, mutuata dal 5° e dal 14° emendamento della Costituzione USA, secondo nessuno dovrà "*be deprived of life, liberty, or property, without due processo of law*" (5° emend.), mentre il 14° emendamento estende tale divieto agli Stati membri,.

"*The Process that is due*" – il procedimento che deve essere seguito – include il "*prior notice and hearing*" (ossia il principio del contraddit-

[6] J. RIVERO, *Droit administratif*, 11^ ed., Dalloz, 1985, 77.

[7] J. RIVERO, op. cit., 78.

[8] Per una illustrazione dei due principi e delle loro applicazioni da parte delle Corti, P.P. CRAIG, *Administrative Law*, Third. ed., London, 1994, 281-334.

torio) e un "*impartial decisionmaker*", ossia l'imparzialità di chi è chiamato a decidere[9].

Anche in Germania si parla di principi generali del diritto amministrativo (allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrecht): e si citano, per es., le regole sull'esercizio della discrezionalità, sui presupposti dei diritti soggettivi pubblici, il principio di necessità e proporzionalità dell'azione amministrativa, la pretesa alla eliminazione delle conseguenze sfavorevoli del provvedimento annullato, il principio del comportamento in buona fede (Verhalten nach treu und Glauben), il divieto di abuso del diritto[10].

I giuristi tedeschi si pongono quindi il problema del fondamento dell'autorità dei principi generali, considerato che essi non costituiscono una specifica fonte del diritto, Maurer ritiene che tale fondamento consista nella consuetudine o nel concretamento del diritto costituzionale o nella generalizzazione di specifiche norme di legge o nella derivazione da principi giuridici fondamentali di carattere universale, come il principio di giustizia: precisando che questi fondamenti non sono opposti l'uno all'altro, ma spesso si integrano e si incrociano. Come avviene per il principio di proporzionalità (Verhältmismassigkeit) che per essere riconosciuto da tempo, ha una base nella consuetudine, ma è desumibile anche dalla GG (diritti fondamentali del singolo, principio dello Stato di diritto ex art. 19 co. 2), è poi previsto in specifici ambiti normativi (come nel diritto di polizia) ed è, in definitiva, riconducibile ai principi giuridici fondamentali[11].

Anche qui si esclude che la giurisprudenza, a cui pure si deve la ricognizione dei principi fondamentali del diritto amministrativo, costituisca un'autonoma fonte del diritto. Che ci sia un "*Richterrecht*" Maurer lo esclude, facendo seguire a questo termine un bel punto interrogativo[12].

6. Da questa brevissima rassegna sulla questione dei principi fondamentali del diritto amministrativo nelle letterature straniere emerge un dato costante. I principi vengono elaborati (constatati, accertati, desunti) o sulla base di somme di legge, attraverso la generalizzazione della ratio comune, o dalla Costituzione: dai principi dell'89, richiamati nel

[9] R. GELLHORN e R.M. LEVIN, *Admnistrative Law and Process*, Fifth ed., St. Paul, Min., 2006, 201-248.

[10] H. MAURER, op. cit., 81.

[11] H. MAURER, op. cit., 82-83.

[12] H. MAURER, op. cit., 83.

preambolo della Costituzione francese della V Repubblica al quinto e al quattordicesimo emendamento della Costituzione USA, all'art. 19 del Grundgesetz.

Il processo è a doppio senso: dalle leggi e dalla Costituzione si estraggono principi fondamentali del diritto amministrativo, ma accade pure che principi generali elaborati da dottrina e giurisprudenza vengano recepiti in leggi o nella stessa costituzione, quando nel caso della Francia, dell'Italia o della Germania, la Costituzione in vigore segue di decenni la formazione del diritto amministrativo attraverso la giurisprudenza.

Il principio di imparzialità, enunciato nell'art. 97 Cost. non l'ha inventato l'assemblea costituente: è la trascrizione di un principio a cui la classe politica ha dichiarato di volere attenersi sin dal momento in cui è sorto lo Stato italiano, e di esso ha fatto larghissima applicazione il Consiglio di Stato sin da quando, a partire dalla fine del XIX secolo, ha cominciato ad annullare provvedimenti amministrativi viziati da disparità di trattamento, e adottati da soggetti in posizione di conflitto di interesse.

Quando un principio generale del diritto amministrativo viene elevato a principio costituzionale ,acquista un livello di generalità più alto di quello che esso possedeva quando veniva richiamato nell'ambito di singoli comparti di legislazione. Se l'imparzialità viene predicata dalla pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), essa troverà applicazione sia nell'esercizio della funzione amministrativa sia nell'attività di prestazione di servizi: sicché si passerà, ad es., dall'eguaglianza dei cittadini di fronte al servizio pubblico alla imparzialità nella scelta dell'impresa chiamato a gestirlo – un profilo, questo, che non era conosciuto in passato.

Proprio in ragione della generalità che è massima quando il principio diventa principio costituzionale, esso diventa l'ombrello che copre principi meno generali, ma che si estraggono per così dire, dal principio più generale. Questo spiega perché il principio costituzionale di imparzialità dell'amministrazione è ritenuto fonte di altri principi, come quelli di pubblicità e trasparenza (art,. 1 L. 241/1990 come mod. alla L. 15/2005), o della necessaria struttura procedimentale dell'attività amministrativa (il privato come parte del procedimento verso la quale l'autorità deve comportarsi come soggetto "*terzo e imparziale*", come il giudice nel processo art. 111 co. 2 Cost.).

La pubblicità o la trasparenza, come condizioni oggettive dell'amministrazione, alle quali corrisponde il diritto di accesso del privato, sono una sorta di premessa della imparzialità, perché tendono a

garantire che l'azione amministrativa non venga distorta da influenze occulte o semplicemente alterata da pregiudizi (che l'accesso tende a mettere a nudo).

Il procedimento, a sua volta, è il luogo della partecipazione degli interessati: che operano come parti aventi diritto, come nel processo, al contraddittorio. Un contraddittorio che viene reso possibile dalla comunicazione dell'avvio del procedimento(l'equivalente dell'atto di citazione nel processo civile o dell'informazione di garanzia nel procedimento penale), diventa effettivo nel momento in cui il privato presenta memorie o documenti: e, nei procedimenti ad istanza di parte, ha un'ultima manifestazione nella comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, così che l'interessato possa contro dedurre (artt. 7, 10 e 10 bis L. 241/1990).

Il generico principio di buon andamento dell'amministrazione, col suo suono ottocentesco, viene attualizzato e tradotto nei principi di economicità e di efficacia (art. 1 L. 241): i quali, a loro volta, comportano una revisione del sistema dei controlli (controlli di regolarità amministrativa e contabile, controllo di gestione e controllo strategico), così che le risorse assegnate alla singola unità operativa vengono messe in relazione con i risultati conseguiti e con gli obiettivi prefissati (d.lgs.vo n. 286/1990).

L'art. 97 Cost., come si sa, non è il solo che prenda in considerazione l'amministrazione e quindi fissi principi che riguardano la struttura e l'operato dell'autorità amministrativa.

Vengono in rilievo pure gli artt. 5, 114-118 Cost. che disciplinano la distribuzione delle funzioni tra i vari livelli di governo. Essi riguardano essenzialmente il legislatore; ma non solo: il principio di sussidiarietà (art. 118), che entra in opera per assicurare l'esercizio unitario delle funzioni amministrative, presuppone un giudizio di adeguatezza del singolo livello di governo, che può essere formulato solo sulla base dell'esperienza e della prognosi relativa.

Riguarda anche l'amministrazione l'art. 95 Cost. che affida al Presidente del Consiglio il compito di assicurare l'unità di indirizzo politico e amministrativo: ossia di garantire che l'indirizzo amministrativo sia coerente con l'indirizzo politico, coerenza della quale il Consiglio dei ministri e i singoli ministri sono responsabili. Il che implica un certo assetto dei rapporti tra ministeri e dirigenti, che il legislatore ha definito col d.lgs.vo n. 165/2001, attribuendo al ministro poteri di indirizzo e di controllo, e ai dirigenti compiti di gestione: un assetto che risente anche dell'influenza dell'art. 28 Cost. tale disposizione, stabilendo che i funzionari e dipen-

denti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili secondo le leggi generali, civili e amministrative, esclude che la responsabilità gravi esclusivamente sui ministeri, come l'art. 95 co. 2 sembra suggerire; o meglio, qualifica la responsabilità dei ministeri come responsabilità politica (per l'esercizio inadeguato delle funzioni di indirizzo e di controllo), una responsabilità che si affianca alla generale responsabilità di tutti gli amministratori e dipendenti pubblici ex art. 28 Cost.

Ma il discorso sui rapporti tra la Costituzione e i principi generali del diritto amministrativo non si ferma qui.

Faccio qualche esempio.

Secondo l'art. 97 u.co. Cost. agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salve le eccezioni stabilite dalla legge. I capaci e meritevoli, anche se privi mezzi, hanno diritto di raggiungere i gradi più alti degli studi (art. 34 co. 3). Se a questo aggiungiamo che la Repubblica si propone di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 co. 2 Cost.), è possibile ricavare dalla Costituzione il principio del merito: per l'accesso al pubblico impiego (il concorso seleziona in base al merito), o per l'accesso ai gradi più alti degli studi (gli studenti più bravi, anche se non abbienti) e in genere per il raggiungimento di quelle posizioni nella vita sociale ed economica, alle quale si perviene grazie allo sviluppo della persona umana.

E ancora.

L'art.117 Cost., nel testo di cui alla riforma costituzionale del 2001, attribuisce allo Stato la potestà legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema. Da qui è stato tratto, sulla scorta delle convenzioni internazionali sull'ambiente e sul clima, il principio dello sviluppo sostenibile: un criterio che governa essenzialmente l'esercizio della potestà legislativa, ma che incide anche sulla potestà amministrativa (localizzazione e assetto delle grandi infrastrutture, VAS, VIA etc.).

Così si spiega come in una rassegna di qualche anno addietro sui principi del diritto amministrativo, figurano un capitolo sul principio del merito ed uno sul principio dello sviluppo sostenibile[13]. Due principi, che qualche decennio addietro, nessuno si sarebbe sognato di definire come principi generali del diritto amministrativo.

[13] *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA e F. SAITTA, Milano, 2012, I contributi sono rispettivamente di B. MATTARELLA, 149 ss. e di F. FRACCHIA, 433 ss.

7. La raccolta di studi da ultimo citata contiene il seguente elenco di principi del diritto amministrativo, divisi per comparto.

I principi "*più generali*", ossia di ampiezza massima sono i principi di legalità, imparzialità, buon andamento, pubblicità e trasparenza, merito, legittimo affidamento, responsabilità, giustiziabilità.

Come principi dell'organizzazione vengono elencati e studiati i principi di autonomia, sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, unità della funzione amministrativa, continuità dell'azione amministrativa.

La parte dedicata ai principi dell'attività amministrativa include saggi sui principi di nominatività, ragionevolezza, proporzionalità, precauzione, sviluppo sostenibile, pianificazione.

C'è poi una parte della rassegna in cui vengono illustrati i principi del procedimento e della contrattazione pubblica: il principio di tempestività dell'azione amministrativa, di non aggravamento del procedimento di giusto procedimento, di motivazione, di semplificazione del procedimento, di contrattualità, di equilibrio economico-finanziario.

Per quanto meritoria sia stata questa operazione, ci si può chiedere quanto generali siano alcuni dei principi elencati. Per es. il principio di precauzione trova applicazione al di fuori della materia ambientale?[14] E il principio di pianificazione trova applicazione al di fuori della materia urbanistica?[15]

In altri casi, la domanda potrebbe essere: si tratta di un principio o di una regola enunciata in una norma di legge che non ha quindi la portata e le caratteristiche di un principio. L'art. 1 u.co. della L. 241/1990, che vieta di aggravare il procedimento amministrativo se non per straordinarie e motivate esigenze, enuncia un principio o una regola? O l'art. 2 della stessa legge che impone all'amministrazione di concludere il procedimento entro un termine prestabilito enuncia un principio o una regola? [16]

Il volume citato si apre con un saggio che riguarda non tanto i principi dell'organizzazione e dell'azione amministrativa (come quelli esaminati alle pag. 79 ss. dell'opera citata), quanto i principi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto: la legalità dei fini, la legalità dei mezzi, la rilevanza esterna dell'organizzazione amministrativa, il controllo della discrezionalità, il valore di regola invalidante della violazione di legge, il carattere generale della tutela costitutiva, l'ampiezza degli interessi tutelati[17].

[14] La questione è affrontata in modo puntuale da F. DE LEONARDIS, op. cit., 415-416.

[15] V. il contributo di P.L. PORTALURI, op. cit., 453 ss.

[16] V. rispettivamente, i contributi di M. CAFAGNO e D. VAIANO, op. cit., 493 ss. e 477 ss.

[17] M. MAZZAMUTO, op. cit., 3-40.

Sono principi che definiscono questa branca del diritto e la distinguono essenzialmente dal diritto privato. Nei rapporti interprivati, regolati dal diritto privato, il fine perseguito dall'agente viene in rilievo di rado, soprattutto quando questi è incaricato di tutelare un interesse alieno; i fatti infraorganizzativi di solito non rilevano all'esterno; la nozione di discrezionalità è sconosciuta, questa entità intermedia tra la libertà e il vincolo (categorie che, invece, sono essenziali nel diritto privato); la violazione di legge con effetto invalidante è tutto sommato un'eccezione (art. 1418 co. 1 c.c.), e la tutela risarcitoria è prevalente sulla tutela costitutiva e la reintegrazione in forma specifica (art. 2058 c.c.). Un principio fondamentale quest'ultimo, che da la misura dell'efficacia della protezione del singolo contro l'amministrazione e che relega ad un ruolo marginale la tutela risarcitoria, come risulta evidente dalla non copiosa giurisprudenza in tema di risarcimento dei danno da lesione di interesse legittimo. Troviamo un perfetto equivalente nella dottrina tedesca, che elenca tra i principi generali del diritto amministrativo la Folgenbeseitigungansprunch[18].

8. Non tutti i principi generali del diritto amministrativo sopra richiamati sono riconducibili alla Costituzione.

Lo sono sicuramente i principi di legalità, imparzialità, giustizi abilità etc., mentre altri, enucleati sulla base della legge sul procedimento amministrativo o di leggi di settore, ben possono essere derogati dal legislatore, in un ordinamento, come il nostro, che poggia sul principio di legalità.

Lo stesso miscuglio di principi con valore costituzionale e principi con valore legislativo (e quindi suscettibili di deroga da parte di una legge successiva) lo ritroviamo negli altri ordinamenti.

In Francia il Consiglio di Stato ha qualificato come principi generali, innanzitutto il principio di eguaglianza e poi l'irretroattività degli atti amministrativi, la liberta di coscienza, il diritto di difesa, la possibilità di impugnare ogni atto amministrativo col ricorso per eccesso di potere, il principio del carattere contraddittorio del procedimento, l'obbligo dell'ente pubblico di garantire i suoi agenti da condanna civile pronunciata nei loro confronti, senza che nessuna colpa sia loro ascrivibile, l'obbligo di pubblicare i regolamenti amministrativi[19].

Nell'Unione europea sono qualificati come principi fondamentali

[18] H. MAURER, op. cit., 81.

[19] Per questo elenco, M. LONG e altri, *Le grand arrêts*, cit., 432.

del diritto pubblico, in conformità con la convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, il generale divieto di arbitrio (Willkürverbot), il diritto ad un equo processo dalla durata regionale, il principio di proporzionalità (Verhältnismassigkeit), la tutela dell'affidamento (Vertrauenssichutzes), il principio di certezza giuridica (Rechtsschereit)[20].

9. Si è detto nel paragrafo precedente che non tutti i principi generali del diritto amministrativo discendono dalla Costituzione. Aggiungo che anche la maggior parte di quelli che oggi dottrina e giurisprudenza dicono di trarre degli artt. 97, 103 e 111 Cost., sono stati individuati dal Consiglio di Stato ben prima che la Costituzione fosse varata ed entrasse in vigore.

Basta scorrere una preziosa rassegna delle "*Grandi decisioni del consiglio di Stato*"[21] per rendersene conto; e per rendersi conto, in particolare, del ruolo fondamentale che ha svolto la giurisprudenza sull'eccesso di potere[22].

Che cosa sia l'eccesso di potere la legge Crispi non lo dice, non lo dicono il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato del 1924, la legge TAR del 1971, la legge n.1 5/2005, o il codice del processo amministrativo del 2010: nonostante tutti questi testi indichino l'eccesso di potere come uno dei tre vizi dell'atto amministrativo.

Sin dal 1892 il Consiglio di Stato, di fronte a una censura di eccesso di potere (un provvedimento di scioglimento del comitato amministrativo di un'opera pia) dice che l'atto impugnato "*non contiene nulla di illogico e di irrazionale di contrario allo spirito della legge, per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere*"[23]. Il che significa che se, in contrario, l'atto fosse stato giudicato "*illogico o irrazionale*", sarebbe stato annullato per eccesso di potere: e quindi che l'eccesso di potere ricorre ogni qual volta il provvedimento è illogico e irrazionale.

La legge sulle opere pie 817 luglio 1890) non chiarisce se lo scioglimento dell'organo di amministrazione debba essere preceduto dalla

[20] M. HERDEGEN Europianrecht, 17 Anflag, München, 2015, 172.

[21] È il titolo del volume a cura di G. PASQUINI e A. SANDULLI, Milano, 2001.

[22] Sul punto, v. F. MERUSI, *I principi del diritto e la discrezionalità amministrativa*, in *Passato e presente nel diritto amministrativo. Liber amicorum, in onore di Alberto Massera*, a cura di G. PIZZANELLI, Napoli, 2017, 37 ss. Nello stesso volume c'è l'importante contributo di D. SORACE, *Noterelle sullo spazio tra leggi e principi e tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale*, 195 ss.

[23] IV sez. 10 aprile 1890, in *Le grandi decisioni* cit., 46.

contestazione agli interessati quando il loro comportamento "*pregiudichi gli interessi della medesima*" (art. 46). Tuttavia essa va interpretata in questo senso "*imperocché la ragione ispirante la disposizione dell'invito sta nel principio generale che niuno possa essere colpito senza essere sentito ed avere avuto agio di presentare le proprie difese*" (così la sent. cit., p. 42).

L'obbligo del contraddittorio viene ribadito in una pronuncia di qualche anno successiva (IV, 29 novembre 1895, n. 423) su ricorso di un segretario comunale contro il provvedimento di licenziamento. Anche se la legge nulla prevede, "*è principio di eterna giustizia, informato il sacro diritto di difesa di non potere infliggere una pena senza sentire l'accusato, e l'applicazione fattane al caso* (della GPA, n.d.r.), *col ritenere viziato di nullità sostanziale il deliberato licenziamento (…) senza comunicargli le accuse, ed udirne le giustifiche – trova costante riscontro nei pareri consultivi del Consiglio di Stato in casi consimili*" (op. cit., p. 55).

Lo stesso tipo di ragionamento, che prescinde dalla esistenza o meno di una previsione di legge, caratterizza la giurisprudenza in tema di motivazione obbligatoria.

A proposito di un provvedimento che stabilisce il prezzo dei noli per trasporto emigranti, la IV Sezione così si esprime (17 maggio 1907, n. 178). "*Se già non fosse la norma scritta nell'art. 3 della legge sul contenzioso amministrativo, la quale norma ha portata generale e carattere di necessità indefettibile, per indurne l'obbligo di motivazione nel Decreto ministeriale che stabilisce i noli, basterebbe por mente all'indole del procedimento alla natura degli interessi in conflitto e dei rapporti giuridici che quel decreto chiude e deve regolare*"[24].

Qui il principio viene enunciato, forzando il significato letterale della norma (l'art. 3 della legge sul contenzioso amministrativo riguarda solo i procedimenti su ricorso amministrativo, e non tutti i provvedimenti). Per altro verso, l'obbligo della motivazione viene desunto "*dalla natura degli interessi in conflitto e dei rapporti giuridici*" regolati dal provvedimento: sicché l'obbligo vigerebbe anche se la legge non dicesse nulla.

Questo schema ritorna in una decisione successiva (V, 10 maggio 1929, n. 270) in tema di revoca della nomina di un componente di commissione esaminatrice di un concorso per primario ospedaliero.

Il Consiglio dà per scontato che il potere di nomina includa il potere di revoca (anche questo è un principio di origine dottrinale e giurispru-

[24] Op. cit., p. 58.

denziale): ma chiarisce che "*la revoca non potrà dirsi legittima se non quando tale esigenza pubblica sia comprovata, quando cioè, concorrono motivi di seri e giusti*". La motivazione "i*mpedisce variazioni arbitrarie, deliberazioni a capriccio e assicura contro sostituzioni improvvise*".

Anche questa volta è la natura del provvedimento e l'interesse dei partecipanti al concorso, che impongono la motivazione: non una specifica previsione di legge che in concreto manca.

Qual è il regime del provvedimento che contrasta con una precedente circolare? Le circolari "*rilevano non come disposizioni vincolanti, la cui violazione risulta come violazione di legge, bensì come criterio tecnico-amministrativo e razionale, la cui violazione può rilevare come vizio di eccesso di potere*" (IV, 10 gennaio 1896, n. 14, in op. cit., p. 111).

Per la enucleazione di un principio il Consiglio di Stato spesso lavora sulla norma di legge: o per ampliarne la portata, perché considerata espressione di un principio generale o per restringerne la portata, per escluderne l'applicazione in funzione di un principio la cui efficacia verrebbe pregiudicata da quella applicazione.

Un esempio della prima tecnica è offerto dalla celebre decisione (IV, 9 marzo 1928, n. 181), cui si attribuisce l'estensione del ricorso per ottemperanza, previsto dall'art. 27 n. 4 del T.U. L. C.S. per il "*giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico*", alle decisioni del giudice amministrativo. "*Ove l'amministrazione, violando il giudicato amministrativo, abbia emesso un positivo concreto provvedimento difforme dalla dichiarazione di diritto contenuta nel predetto giudicato, bene è proponibile l'istanza del privato diretta all'annullamento del medesimo*"[25]. La conclusione è equivoca perché il Consiglio ammette l'impugnazione dell'atto in contrasto col giudicato amministrativo, ma non esplicitamente il ricorso in ottemperanza; sarà la giurisprudenza successiva a precisare che tale ricorso è il frutto dell'applicazione analogica, e non di semplice interpretazione estensiva dell'art. 27 n. 4 T.u. (V, 15 maggio 1973, n. 564).

Uno schema opposto viene seguito per giustificare la nozione di atto paritetico e per escludere che, ove un atto di questo genere intervenga in materia di un impiego pubblico, debba trovare applicazione il termine di decadenza per ricorrere.

L'atto o il provvedimento di "*un'autorità amministrativa*" di cui all'art. 26 del t.u. è solo "*quello emanato dall'Autorità amministrativa in veste appunto di autorità con i poteri e le prerogative peculiari della fun-*

[25] Op. cit., 133.

zione direttamente intesa alla tutela e all'incremento degli interessi pubblici, non già quegli altri atti numerosissimi che ogni pubblica Amministrazione deve compiere e compie nella sua gestione patrimoniale, la quale non è fine, ma mezzo o strumento per quella funzione e quegli interessi".

Di conseguenza, in presenza di un atto paritetico, il termine per ricorrere non è quello breve di decadenza, ma quello lungo di prescrizione; sicché l'art. 36 t.u., che stabilisce il termine di 60 giorni per impugnare "*la decisione amministrativa*" "*non è violato, ma semplicemente riconosciuto in applicabile in alcuni casi che sono fuori dal suo presupposto essenziale*" (così Ad. pl. 18 dicembre 1940, n. 5, in op. cit., pp. 268-69).

Ritorniamo all'eccesso di potere; e alla sua forma originaria dello sviamento di potere.

"*L'indagine sullo sviamento di potere è giuridicamente possibile, ed è anzi più necessaria, in confronto degli atti discrezionali della P.A. Il potere discrezionale deve essere esercitato non solo entro i limiti tracciati dalla legge, ma benanco per i fini voluti dalla legge stessa, costituendo tali fini uno, e forse il più importante, dei limiti posti all'esercizio di quel potere*"[26].

"*La prova dello sviamento di potere può risultare anche da elementi o circostanza estranei all'atto impugnato, antecedente o concomitanti, che ne mettono in luce le reali finalità. Tale prova, poi, può essere offerta sia, negativamente, dalla manifesta esclusione dello scopo o degli scopi voluti dalla norma di legge, sia, positivamente, dalla dimostrazione dell'esistenza di uno scopo effettivo diverso da quello dichiarato, apparente o presunto*"[27].

Dà luogo ad eccesso di potere la violazione del principio di proporzionalità.

A proposito di un ordine di sospensione dei lavori avviati in base ad una concessione edilizia legittima, emesso con provvedimento con tingibile e urgente ex art. 153 t.u. com. prov. 1915, il Consiglio "*ritiene di riaffermare la particolare rilevanza del principio, secondo cui la P.A. deve adottare i provvedimenti lesivi dell'interesse – e, a maggior ragione, del diritto soggettivo – del privato ricercando forme e modalità tali da arrecare il minore sacrificio possibile*". La "*più recente legislazione sul procedimento amministrativo, pur riaffermando l'esistenza, in ciascun momento procedimentale, di interessi primari di posizioni secondarie recessive, ha*

[26] V, 27 aprile 1937, n. 171, in o[illegible], 312.
[27] C[illegible]t., 213.

significativamente indirizzato l'attività amministrativa verso il coordinamento e la composizione – nei limiti possibili – tra interessi in contrasto, piuttosto che verso la prevalenza, tout court senza alcun limite, dell'interesse pubblico primario su quello (privato o pubblico) secondario"[28].

Anche se non si parla espressamente di proporzionalità, è questo il criterio applicato, con una significativa riproposizione del principio romagnosiano del "*minor sacrificio*" e del "*minimo mezzo*". Detto criterio il Consiglio di Stato l'ha sempre applicato, senza attendere la sua ricaduta dall'ordinamento dell'Unione europea; come ritengono coloro, secondo i quali il principio di proporzionalità è importato dal diritto europeo.

Basta guardare alle massime trascritte nella citata rassegna, in tema di sanzioni amministrative (da commisurare all'illecito), di vincoli su beni di interesse storico – artistico, di dimensionamento dei piani di zona per edilizia economica e popolare (op. cit., pp. 590-91). La più antica di queste massime risale al 1894 (op. cit., p. 589).

In parte sovrapponibile al principio di proporzionalità è il principio di ragionevolezza: che ha forse una portata più ampia perché il primo riguarda solo i provvedimenti lesivi di interessi oppositivi, mentre il secondo riguarda tutti gli atti. La decisione dell'Adunanza plenaria n. 3/1993 (è riportata nell'op. cit., p. 607 ss.) contiene un'efficace esemplificazione di un provvedimento irragionevole.

A proposito della istituzione da parte del Comune di Roma di una zona a traffico limitato, contestata dai ricorrenti sotto vari profili, l'Adunanza plenaria scrive che "*manifestamente irragionevole* (cioè incoerente, contraddittorio, arbitrario), *in rapporto alle finalità perseguite dalla legge, e quindi illegittimo sarebbe un provvedimento che vietasse la circolazione nei centri urbani ai veicoli provvisti di dispositivi antiinquinamento, lasciando via libera agli altri; oppure che desse libertà di circolazione a tutti i mezzi privati e la negasse ai veicoli di soccorso*"[29].

Anche sulla ragionevolezza è frequente l'equivoco. Poiché tale principio è stato elaborato dalla giurisprudenza costituzionale nell'applicazione dell'art. 3 Cost., si ripete spesso che anche la irragionevolezza dei provvedimenti amministrativi sia sanzionabile perché dà luogo a violazione del principio di eguaglianza.

In realtà l'irragionevolezza che determina l'annullabilità del provve-

[28] V, 18 febbraio 1992, n. 132, op. cit., 587.
[29] Op. cit., 613.

dimento amministrativo è da sempre considerato dal Consiglio di Stato una delle tante manifestazioni dell'eccesso di potere: sicché il principio che viene violato ha una vita assai più lunga del principio costituzionale di eguaglianza, quale è consacrato dall'art. 3 Cost.

10. Quel che colpisce delle pronunce richiamate è che la maggior parte dei principi enunciati dal Consiglio di Stato si ritrovano nella esperienza giudiziaria e nella letteratura di diritto amministrativo, degli altro paesi di analoga civiltà giuridica.

In una delle decisioni ricordate viene proclamato il sacro diritto di difendersi dalle accuse che ritroviamo niente meno che in una sentenza inglese del 1723[30].

Viene reintegrato nella sua posizione uno studioso che era stato privato del suo degree per avere offeso un esponente dell'Università di Cambridge. Il comportamento dell'Ateneo, che non ha informato l'incolpato dell'accusa che gli era rivolta, viene sanzionato dal giudice perché "*Dio stesso non ha condannato Adamo, se non dopo averlo chiamato a difendersi. Adamo, dice Dio, dove sei? Non hai forse mangiato il frutto dell'albero, sebbene io ti avessi vietato di mangiarlo?*"

Ed in altro caso ancora più antico (Baggs's Case, 1615, viene citato, allo stesso fine, Seneca (*quicumque aliquid statuerit parte inaudita altera, aequm licet statuerit, hand aequus fuerit*)[31].

Tra i principi generali del diritto amministrativo francese c'è il "*droit de la défensé*"[32]. Nessuna sanzione può essere applicata senza che l'interessato sia stato posto in condizione di presentare la sua difesa[33].

L'altro principio, evocato in una delle decisioni richiamate nel paragrafo precedente, che impone all'autorità che esercita poteri di autotutela, di tener conto della posizione dei beneficiari dell'atto che si intende annullare o revocarlo, lo troviamo nel Regno Unito sotto forma di tutela delle *legimate ex pectations* (in un celebre caso, l'aspettativa di un cittadino pakistano di condurre con sé in Inghilterra un nipote per adottarlo, dopo che aveva avuto assicurazioni dall'Home Office che avrebbe potuto farlo[34]; e in Austria sotto forma di Vertrauensschutz[35].

[30] R. v. University of Cambridige 1 Str. 557.
[31] W.R. WADE & C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 8 ed., Oxford, 2000, 470-471.
[32] Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, 19 ed., Paris, 2010, 107.
[33] Op. lo
[34] H.W.R. WADE & C.F. FORSYTH, op 370.
[35] B. BASCHAUER, Allgemeines Verwalt recht 5. Auflage, Wien, 2017, 262.

Dappertutto incontriamo la ragionevolezza e la proporzionalità come limiti del potere amministrativo.

Nel Regno Unito troviamo la celebre definizione di ragionevolezza nel c.d. Wednesbury case[36]. L'autorità deve dirigere la sua attenzione sui fatti che è tenuta a considerare e a escludere dalla sua considerazione i fatti che sono irrilevanti. Irragionevole, più in generale, è qualcosa così assurda che nessuna persona ragionevole potrebbe immaginare che rientri nei poteri dell'autorità.

Il principio di proporzionalità, scrivono Wade e Forsyth, esige che i provvedimenti amministrativi non siano più drastici di quanto è necessario per raggiungere il risultato desiderato[37]. Non è la stessa cosa di quel che due secoli fa diceva G.D. Romagnosi: "*far prevalere la cosa pubblica alla privata col minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà*"?

E ancora.

Per il Consiglio di Stato la violazione di una circolare o lo scostamento ingiustificato della prassi è una forma di eccesso di potere. I tedeschi dicono la stessa cosa richiamando il principio del Selbstbindung der Verwaltung; l'auto-vincolo dell'amministrazione[38].

Come abbiamo visto, molti fra i principi richiamati possono oggi essere ricondotti in Italia a precetti costituzionali – legalità, imparzialità, contraddittorio, responsabilità, giustiziabilità delle pretese del singolo etc. Tuttavia il fatto che tutti i principi siano stati enunciati ed elaborati prima che la Costituzione entrasse in vigore e che tutti siano considerati vigenti nei paesi più diversi, anche qui prima e al di fuori del quadro costituzionale, ci suggerisce che essi hanno radici in concezioni genrali dei rapporti tra l'autorità e il privato, che precedono le costituzioni del secolo XX.

Nel Regno Unito i giudici fanno appello alle *natural justice*, negli USA al due processo of law, in Francia, in parte, ma solo in parte, ai principi dell'89: ma con la costante precisazione che i principi di diritto amministrativo sono "*applicables même en l'absence de texte*", sicché la loro autorità è indipendente da ogni elemento formale[39].

Jean Rivero ha segnalato più volte che quei principi sono ancorati alla tradizione liberale: il ricorso ad essi esprime una sorta di volontà

[36] Associated Provincial Picture House Ltd. v. Wednesbury case Corporation 1948, 1 KB 223, cit. in H.R. WADE & C.F. FORSYTH, op. cit., 365.

[37] Op. cit., 368.

[38] B. [illegible]HAUDER, op. cit., 255.

[39] J. RIVERO, op. cit.

della società di vincolarsi attraverso la sua storia, la sua eredità, il suo patrimonio giuridico e costituzionale[40].

Nel Regno Unito Peter Cane, negando che il diritto amministrativo può essere capito se si studiano solo settori particolari, sostiene che le regole generali, come quelle dalla *natural justice*, vanno esaminate e discusse di per sé, autonomamente, perché attraversano l'intero ambito delle attività amministrative: e quindi propugna un "general – principles approach" al diritto amministrativo[41].

Nella giurisprudenza italiana risponde sicuramente ad una concezione liberale l'affermazione che al privato debba essere imposto il sacrificio che è necessario per soddisfare l'interesse pubblico, e non un sacrificio che va oltre tale necessità: o l'affermazione che l'azione amministrativa va valutata non soltanto alla luce della norma di legge, quale risulta dalla formulazione letterale, ma anche alla luce dei fini che la legge persegue; o l'idea che una misura restrittiva del diritto o dell'interesse del privato debba essere preceduto dalla comunicazione all'interessato in modo che questi possa difendersi.

Il liberalismo c'entra perché tutti i principi richiamati danno luogo ad una limitazione dei poteri pubblici: è lo sfondo su cui la Costituzione del 48 si colloca perché essa innova rispetto all'esperienza fascista in tema di libertà e garanzie del cittadino, ma nello stesso tempo riprende un cammino che era stato avviato con la nascita dello Stato italiano e che il fascismo aveva brutalmente interrotto.

Quando oggi affermiamo, ad es., che il principio del contraddittorio col privato nasce dall'art. 97 Cost. diciamo una cosa che è vera solo in parte: è vero che l'art. 97 offre al principio una copertura costituzionale (sicché una norma di legge che ne escludesse l'applicazione rispetto a misure amministrative che invece la impongono, sarebbe costituzionalmente illegittima): ma è anche vero che la giurisprudenza non ha atteso il 1° gennaio 1948 per applicare il principio.

In ragione della forza dei principi, e del sempre più frequente ricorso ad essi, vi è una certa tendenza a considerare la giurisprudenza come fonte di diritto autonoma [42]: considerato che i principi sono stati elaborati soprattutto dalla giurisprudenza.

[40] J. RIVERO, *Le Juge administratif francaise: un juge qui governe?* in Reculil D[illegible]IO, 1951, 21, citato da P. WACHSMANN, in *Traitèé de droit administrativ* a cura di P. GE-NOD, F. MJELLARAY e P. YOLKA, Dalloz, Paris, 2011, tr. it., 580.

[41] *Administrative Law*, 4th ed. Oxford 2004, 18-19.

[42] V. per es. tra i civilisti N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 15-56.

Una conclusione del genere non può essere accolta nel vigore di una Costituzione, che assoggetta l'organizzazione e l'attività amministrativa ad una rigorosa riserva di legge (artt. 97, 23, 41, 42, 43, 103 e 113 Cost.); che sottopone i giudici alla legge (art. 101 Cost.); che consacra il principio della separazione dei poteri, e attribuisce al legislatore statale e regionale il monopolio della potestà legislativa (artt. 70, 76, 77 e 117 Cost.), e all'ordine giudiziario il potere giurisdizionale (artt. 102 e 103).

Che cos'è allora che fonda la legittimazione dei principi generali del diritto amministrativo? Direi che è lo stesso principio di legalità, così come è stato sempre interpretato dal giudice amministrativo. Una legalità che è fatta di leggi che conferiscono poteri all'autorità amministrativa, ma nello stesso tempo si muovono all'interno di un sistema di limiti, costituzionali e culturali, e di principi che guidano la applicazione delle leggi: considerato che la legge è fatta per gli uomini, e non gli uomini per la legge.

LOREDANA GIANI

GLI INCERTI CONFINI DELLA NORMATIVITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI: REGOLAMENTI, ATTI GENERALI, *SOFT LAW* E *FAST LAW*

SOMMARIO: 1. Atti generali e regolamenti. – 2. Il superamento del criterio formale di classificazione e la graduale comparsa di atti generali a contenuto normativo. – 3. La graduale destrutturazione (del contenitore) della normatività: la fuga dal regolamento. – 4. *Soft law*, *fast law* e regolazione flessibile: il baratto tra legalità ed efficienza. – 5. Certezza dei rapporti giuridici ed "elogio della forma".

1. *Atti generali e regolamenti*

Uno dei principali nodi problematici sui quali la dottrina si è sempre concentrata nell'affrontare il tema dell'atto amministrativo è rappresentato dalla individuazione, nell'ambito della generale categoria, di criteri distintivi che potessero risultare utili a offrire una corretta qualificazione degli atti prodotti dall'amministrazione, secondo quella relazione biunivoca che esiste tra potere e atto, che trova nel principio di legalità il nucleo focale attorno al quale, o meglio dal quale, molti dei profili problematici scaturiscono.

In questa prospettiva particolarmente complessa è sempre risultata la collocazione sistematica di quegli atti dell'amministrazione che non contenevano una decisione puntuale sul caso singolo – elemento già in sé distonico rispetto alla categoria dell'atto amministrativo, inteso appunto come decisione sul caso singolo – rivolgendosi a una pluralità indistinta di destinatari. Dunque, atti attraverso i quali l'amministrazione, senza innovare l'ordinamento giuridico, cura un interesse pubblico[1].

[1] In dottrina si registrano numerosi e approfonditi studi, anche abbastanza recenti, a testimonianza del mai sopito interesse per la categoria. *Ex multis*, cfr. lo studio di G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; G. MORBIDELLI, *Il Tar Lazio e gli atti amministrativi generali*, in AA.VV., *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 405 ss.; M. RAMAJOLI e B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. Amm.*, 2013, 53 ss.

Prescindendo in questa sede dal soffermarci su profili specifici relativi agli atti generali, e cioè alla loro distinzione dagli atti plurimi, cioè da quegli atti che riguardano una pluralità (determinabile) di destinatari risultando una "somma di atti contestuali"[2], ai fini che qui maggiormente interessano va sottolineato che il principale nucleo problematico attorno al quale si sono concentrate le riflessioni della dottrina e che, come si dirà, ritorna imperante con riferimento agli atti di regolazione, è rappresentato dall'indagine sulla loro valenza normativa. Sin dall'origine la dottrina (stante l'assenza all'epoca di una espressa disciplina relativa ai regolamenti) ha cercato di individuare dei criteri distintivi tra gli atti generali e i regolamenti. Basti pensare agli scritti di De Valles[3] e di Giannini[4], e prima di loro agli scritti di Cammeo[5] per comprendere la rilevanza del problema che ruotava intorno alla distinzione tra queste due categorie di atti, e più in generale alla determinazione delle fonti (secondarie) del diritto amministrativo.

I criteri individuati erano essenzialmente due: il primo incentrato sulla volontà dell'agente che, secondo quanto rilevava De Valles, doveva essere una volontà normativa; il secondo sulla funzione dell'atto. La prima ricostruzione è stata oggetto di diverse critiche, si pensi allo scritto di Sandulli[6] nel quale veniva posta in luce la necessità di riferire la natura normativa dell'atto a dei caratteri oggettivi, risultando impossibile, soprattutto ai fini di garantire il principio di certezza, affidarsi al carattere soggettivo. Un elemento che, come si dirà, alla luce delle più recenti evoluzioni dovrebbe far riflettere.

L'attenzione veniva spostata sui caratteri essenziali dei regolamenti, cioè di quegli atti amministrativi generali che si inquadrano nel sistema delle fonti di produzione giuridica e sulla loro capacità di "produrre di-

[2] A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto normativo*, in *Scritti in memoria di V.E. Orlando*, Milano, 1957, II, 447-459, e in *Foro it.*, 1954, IV, c. 217 ss. ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, 41 ss. (la numerazione delle pagine fa riferimento a quest'ultima collocazione), in particolare 49.

[3] *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro it.*, 1951, IV, 97 ss.; ID., *La norma giuridica*, in *Scritti Cedam*, Padova, 1953, II, 402 ss.; ID., *Norme giuridiche e norme tecniche,* in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo,* Milano, 1963, 175 ss.

[4] *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali,* in *Foro it.*, 1953, III, 18 ss.

[5] *Della manifestazione di volontà dello Stato nel diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, III, Milano, 1901, 30.

[6] *Op. cit.*

ritto", "introducendo delle modificazioni o dei completamenti nel sistema normativo preesistente", con il duplice limite del rispetto delle fonti di grado superiore e del possesso del "carattere normativo", e cioè della necessaria generalità e astrattezza delle disposizioni in essi contenute.

Sul punto Sandulli individuava a fondamento di questi due limiti la circostanza che "la potestà regolamentare trova sempre, necessariamente, la sua base in leggi attributive di competenza – cui quindi i regolamenti non possono derogare –, e che per tradizione essa è stata sempre configurata in tali leggi come potestà normativa"[7] che in prima battuta sembra legata, seguendo uno schema tradizionale, a una visione formale del principio di legalità, riconoscendo che essa possa dirsi sussistente nella misura in cui si rinvenga nell'ordinamento una norma espressa in tal senso. Una prospettiva superata, come noto, in virtù del ricorso alla teoria dei poteri impliciti[8].

In questo contesto l'elemento di differenziazione tra atti generali e regolamenti veniva così individuato nella assenza nei primi del carattere innovativo dell'ordinamento e del carattere della astrattezza, essendo gli atti generali "volti a risolvere in concreto specifici problemi, la cui disciplina in astratto è già posta dall'ordinamento" [9]; e di converso nella presenza (negli atti generali) di una "fattispecie concreta": "la concretezza della fattispecie avuta di mira va considerata come attributo essenziale degli atti che in essa rientrano (e quindi come indizio di riconoscimento). Gli atti in questione pertanto – dato che l'astrattezza inerisce al concetto di norma – non sono mai atti normativi" [10]. E così Sandulli, valutando il profilo sostanziale, concludeva riconoscendo la "natura regolamentare" a "quelle disposizioni dell'autorità amministrativa che abbiano carattere normativo" e la "natura di atto amministrativo generale" a "quegli atti di autorità amministrative, che, pur rivolgendosi a una generalità di soggetti – … – tendano a soddisfare in concreto specifiche esigenze pubbliche" [11]. E su questa impostazione si è adagiata nel corso degli anni anche la stessa giurisprudenza che a più riprese, e in diversa

[7] *Op. cit.*, 45, dove richiama sul punto le riflessioni di G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, 7 ed., Milano, 1954, 79.

[8] Sul punto *ex multis* si rinvia allo studio di G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti,* in *Dir. Amm,* 2007, 703 ss.

[9] *Op. cit.*, 46.

[10] *Op. cit.*, 46.

[11] *Op. cit.*, 47.

prospettiva, ha individuato quali caratteri del primo la non innovatività dell'ordinamento[12]; o il suo essere espressione di una potestà gestionale[13], di una "scelta di carattere essenzialmente tecnico con cui l'amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge"[14].

2. *Il superamento del criterio formale di classificazione e la graduale comparsa di atti generali a contenuto normativo*

Ma la stessa dottrina richiamata in precedenza era assolutamente consapevole della impossibilità di fare leva sulla distinzione sul solo profilo formale/nominalistico per individuare gli "atti a contenuto normativo", rinvenendo all'interno del sistema categorie di atti che, pur non essendo definite quali regolamenti, contengono disposizioni comunque "rivolte alla generalità e destinate a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie"[15].

[12] Sul punto la costante giurisprudenza. Cfr. *ex multis*, Cons. Giust. Amm., 14 marzo 2011, n. 200 nella quale si evidenzia che *"I caratteri che, sul piano del contenuto sostanziale, valgono a differenziare i regolamenti dagli atti e provvedimenti amministrativi generali, vanno individuati in ciò: mentre quest'ultimi costituiscono espressione di una semplice potestà amministrativa e sono diretti alla cura concreta di interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non necessariamente determinati nel provvedimento, ma determinabili, i regolamenti sono espressione di una potestà amministrativa secondaria rispetto alla potestà legislativa, e disciplinano in astratto tipi di rapporti giuridici mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente innovativa rispetto all'ordinamento giuridico esistente, con precetti che presentano appunto i caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell'applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono.*

Alla stregua di siffatta distinzione non è dato comprendere come gli atti a contenuto generale possano partecipare della natura giuridica dei regolamenti e, come tali, essere soggetti ad analoga disciplina quanto alla loro impugnazione, vale a dire essere impugnati nel termine ordinario di decadenza decorrente dalla loro pubblicazione.

In via normale, gli atti generali (si pensi ai bandi di gara e di concorso) vanno impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare, in concreto, il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato (cfr., ex multis, C.d.S., A.P., 29 gennaio 2003, n. 1)".

[13] Cass., S.U., 28 novembre 1994, n. 10124.

[14] Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278.

[15] *Op. cit.*, 48.

Il problema si sposta, infatti sul profilo contenutistico dell'atto e sulla sua precettività che, data la "generalità" dell'atto stesso, sfocia nella categoria dell'atto normativo[16]. Il dato della precettività dell'atto amministrativo generale, sconfinando nella categoria dell'atto (sostanzialmente) normativo poneva, e pone tutt'ora, un duplice problema riconducibile da un lato alla verifica della legittimazione dell'amministrazione all'esercizio di un potere a contenuto normativo; dall'altro alla tipicità di tale potere e alle problematiche connesse alle garanzie sostanziali che sono sottese al momento formale-procedurale.

Basti solo pensare al rilievo che la interpretazione in senso formale-restrittivo del principio di legalità, e a monte dello stesso principio di separazione dei poteri, può avere nel quadro del riconoscimento di un tale potere per comprendere l'ampiezza del tema.

Presupposto della indagine sulla legittimazione era la verifica dei criteri di sussistenza della normatività, e quindi l'individuazione degli elementi di valutazione della stessa, il tutto per consentire una loro contestualizzazione nel sistema delle fonti, verificandone la compatibilità con la garanzie proprie di un sistema democratico. Un passaggio che trova nel loro assoggettamento al principio di tipicità un momento centrale.

Con riferimento al primo profilo richiamato è da subito evidente che la compatibilità di poteri normativi genericamente intesi – al di fuori di una formula specifica quale può essere il regolamento – con il principio di separazione dei poteri può essere intesa solo nella misura in cui di quest'ultimo si accetti una lettura in termini di principio storicamente condizionato[17] che, come sottolineava Benvenuti[18], consiste "in ciò che tutti gli organi dello Stato, ai quali compete di usare il potere sovrano, sono riuniti in tre grandi ordini (aspetto organizzativo) ai fini di evitare la concentrazione dell'autorità in un solo organo e oggetto (aspetto politico) ma esso non significa anche né che la funzione esercitata da un Potere sia sempre materialmente la stessa, né che gli atti posti in essere da un Potere abbiano la stessa natura giuridica". Il che, indubbiamente, comporta il superamento della "formula storica della tripartizione dei

[16] Si pensi, sul punto, all'ampio dibattito, anche nelle sedi giurisprudenziali, in tema di circolari amministrative a partire dagli studi di A. AMORTH, *Efficacia esterna delle circolari amministrative*, Milano, 1941; F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Dig. Disc. Pubb.*, III, 1989, 54.

[17] F. BASSI, *Contributo allo studio sulle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 9.

[18] *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, V, Padova, 1987, 33.

poteri", in favore del principio della indipendenza tra potere e funzione nel senso indicato dalla teoria formale sostanziale.

E in questa prospettiva, come noto, lo stesso concetto di funzione, viene sganciato dal suo riferimento univoco ad uno specifico potere dello Stato. Un superamento particolarmente evidente proprio con riferimento alla c.d. funzione amministrativa che ha sempre accorpato non solo funzioni il cui contenuto materiale è senza dubbio esecutivo, ma anche quelle aventi un contenuto materiale normativo e anche giustiziale. Attività differenti che, però, presentano tutte un elemento in comune: la cura di un interesse pubblico che lo stato assume nei propri fini[19], che nel caso dell'atto amministrativo (anche generale) non a contenuto normativo "costituisce il motivo dell'atto"[20], mentre nel caso del regolamento ne è solo l'occasione, individuandosi lo scopo nella regolazione astratta dei rapporti giuridici che, sia pure a livello secondario, risulta innovativa dell'ordinamento giuridico.

Ma se il principio di separazione dei poteri non ha ostacolato la configurazione di poteri normativi in capo alle amministrazioni, ben più problematiche si sono presentate le questioni relative alla individuazione degli atti che di tale potere sono espressione, e alla loro contestualizzazione nel sistema delle fonti. Prescindendo dal secondo profilo testé richiamato, non si può sottacere che la individuazione di questi atti ha rappresentato, e per certi versi tutt'ora rappresenta, una questione molto articolata e complessa che si snoda lungo un percorso che dal principio di "tipicità", esteso anche alle fonti secondarie, in ragione della richiamata necessità di ricondurre a sistema anche questa tipologia di fonti, e dal connesso tentativo di dettarne una precisa disciplina, arriva al giorno d'oggi ad un fenomeno di segno contrario, che vede emergere un principio opposto nella cui scia si inseriscono fenomeni quali quello significativamente indicato con l'espressione "fuga dal regolamento", che si caratterizzano per l'emersione di formule quali i decreti regolamentari o altri modello di discussa valenza normativa, almeno nel senso tradizionale del termine, quali la "*soft law*"[21].

[19] Sia consentito il rinvio a L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, 299.

[20] Così M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, 769 ss., in particolare 792.

[21] B. PASTORE, *"Soft law", gradi di normatività, teoria delle fonti*, in *Lavoro e diritto*, 2003, 5 ss.; A.M. POGGI, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, Annuario 2005, *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionale*, Padova, 2007, 369 ss.; R.

3. *La graduale destrutturazione (del contenitore) della normatività: la fuga dal regolamento*

Quanto alla figura specifica del regolamento, nel corso degli anni, come noto, essa è stata oggetto di attenzioni contrastanti. Alla tendenza regolatrice della fattispecie "regolamento", in ossequio a quei principi formali (e non formalisti) richiamati, e che trova nella l. 400/88 la sua massima espressione, si è contrapposta in epoca più recente, sulla scia delle ondate di delegificazione, semplificazione, deregolamentazione, la tendenza ad allontanarsi dal sentiero tracciato dal legislatore in favore di formule normative nuove che non rientrano nello schema di produzione del regolamento.

Si tratta di un discorso non certamente nuovo – basti pensare che già nel 1957 Vignocchi[22] si poneva il problema di qualificare gli atti precettivi atipici, rilevando all'interno del sistema una "casistica… abbondante". Una fuga dalla tipicità che, come anticipato, registra una impennata a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, nel quale il sistema "tradizionale" delle fonti è stato soggetto a sensibili e significative sollecitazioni a causa dell'emersione, ad esempio, dei cosiddetti decreti governativi e ministeriali "di natura non regolamentare" cui il Governo ha fatto ricorso con sempre maggiore frequenza; e cioè atti ministeriali, con contenuto normativo, dei quali, sin dalla norma legittimante, viene dichiarata la natura "non regolamentare" che, tradotta in termini procedurali, comporta l'eccezione alle previsioni contenute nella l. 400/88. Dunque, un atto che quanto a contenuto risulta sostanzialmente sovrapponibile al regolamento, mentre per un artificio nominalistico (cui corrisponde una destrutturazione del momento procedimentale) viene collocato al di fuori della categoria e delle sue garanzie.

Muovendo per gradi, data l'assenza di una disciplina costituzionale sulla potestà regolamentare, semplicemente menzionata all'interno della Carta, la dottrina si è da sempre interrogata su quali dovessero essere i suoi limiti, fino ad individuare una sorta di gerarchia all'interno dell'ampia categoria dei regolamenti, in relazione al profilo soggettivo.

BIN, *Soft law, no law*, in www.robertobin.it; A. SOMMA, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009; M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, www.rivistadellaregolazionedeimercati.it; ID., *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2017, 147 ss.

[22] *Il potere regolamentare dei Ministri*, Napoli, 1957, 68 ss.

Una gerarchia istituzionale "derogabile", come diceva Sandulli[23], che sul piano oggettivo vede l'esclusione dall'ambito riservato al regolamento di quelle materie compiutamente disciplinate dalla legge, e comunque quelle coperte da riserva di legge. Ulteriori limiti sono stati poi logicamente individuati nel quadro sistematico nel quale gli stessi atti normativi regolamentari vanno ad inserirsi, donde la impossibilità di porsi in contrasto con i principi e valori costituzionali, nonché con i principi contenuti in fonti primarie. Ma questa definizione degli ambiti oggettivi di applicazione, come si è detto, non è stata sufficiente a delineare e consolidare i confini del potere normativo.

Quanto ai decreti "non regolamentari" una prima apparizione si ha nell'art. 43 del d.l. 112/2008 in materia di sviluppo delle imprese, nel quale è previsto che "con decreto di natura non regolamentare del Ministro dello sviluppo economico, sono stabiliti i criteri, le condizioni e le modalità per la concessione di agevolazioni finanziarie a sostegno degli investimenti privati per la realizzazione di interventi ad essi complementari e funzionali". Esempio seguito all'art. 3 *ter* del d.l. 22 dicembre 2011, n. 211, che in relazione al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario ha previsto che "con decreto di natura non regolamentare del Ministro della salute, adottato di concerto con il Ministro della giustizia, d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, … sono definiti … requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi, anche con riguardo ai profili di sicurezza, relativi alle strutture destinate ad accogliere le persone cui sono applicate le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia". E gli esempi potrebbero continuare, ma già questi due richiami palesano l'ampiezza degli ambiti entro i quali tali "decreti" con contenuti normativi diversi, dunque, dalla formula tradizionale consegnataci, vengono utilizzati, assurgendo di fatto a "nuove fonti secondarie del diritto amministrativo".

Alle origini di questo "fenomeno" la dottrina ha letto il tentativo di aggirare i vincoli imposti dalla legge 400/88 e dallo stesso comma 6 dell'art. 117 Cost. e, dunque, un tentativo, a dire il vero ben riuscito nel senso della sua tenuta dinanzi al giudice, che non pochi profili di criticità presenta rispetto ai principi generali quali quello di "certezza", decli-

[23] *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Foro it*., 1958, I, V, c. 7; e in *Studi sulla Costituzione*, Milano, 1958, II, 357 ss., ora in *Scritti giuridic*i, cit., 69 ss.

nato nella sua duplice prospettiva della conoscibilità della fonte, della chiarezza anche in relazione ad altre fonti e della stabilità.

Non ci si può, infatti, non domandare quale sia il rapporto tra questo "atto statale dalla indefinibile natura giuridica"[24] e le altre fonti secondarie. In altri termini se è vero che lo Stato "ben può esercitare, nelle forme che ritenga più opportune la potestà regolamentare"[25], allora occorre chiedersi quali siano i limiti di tale potere, ma anche sul piano sostanziale delle garanzie e delle competenze, individuando nei principi generali del sistema dei criteri guida per delineare quel percorso che in parte era garantito dalle fonti sulla produzione.

Non si tratta di perplessità suscitate da uno sterile e rigido formalismo ma di dubbi legittimi originati da una attenta lettura dell'impatto che tali fonti hanno sul sistema in sé considerato.

Un ambito problematico che intercetta anche il profilo contenutistico, risultando la disciplina della materia così di fatto sottratta al dibattito parlamentare, sollecitando, pertanto, "il sistema delle fonti a una torsione sempre più marcatamente autoritaria e tecnocratica"[26].

La dottrina più attenta, infatti, ha chiaramente posto in luce le problematiche inerenti al riparto di competenze, rispetto al quale la "fonte non regolamentare rappresenta chiaramente un *vulnus*", e a quelle materie valori che presuppongono un esercizio unitario della funzione e alla stessa definizione dei confini interni di tali poteri[27].

Dunque, un allargamento dei confini della normatività che viaggia in linea con la delegificazione e che, come questa, ha comportato una complicazione del sistema a detrimento della sua effettività e della stessa tenuta democratica, rispetto al quale non si sono contestualmente sviluppati nuovi moduli partecipativi tali da garantire nuove forme (procedimentali) di attuazione della volontà popolare, sì da garantire, anche

[24] Corte cost., 17 marzo 2006, n. 116.

[25] Corte cost., 27 gennaio 2005, n. 35.

[26] A. MOSCARINI, *Sui decreti del governo "di natura non regolamentare" che producono effetti normativi*, in www.rivistaaic.it, 16.

[27] Sul tema cfr. anche gli approfondimenti di F. MODUGNO, A. CELOTTO, *Un «non regolamento» statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 356; A.A. GENNA, *Il comitato per la legislazione e le anomalie nel sistema delle fonti del diritto: un tentativo di ricostruzione dei decreti governativi e ministeriali "di natura non regolamentare"*, in www.osservatoriosullefonti.it; V. MARCENÒ, *Quando il formalismo giuridico tradisce se stesso: i decreti di natura non regolamentare, un caso di scarto tra fatto e modello normativo nel sistema delle fonti*, in www.osservatoriosullefonti.it; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali atipiche*, in *Diritto pubblico*, 2010, 365 ss.

rispetto ai fenomeni normativi esterni al diritto statuale, quel collegamento tra polo statuale e polo sociale che sia in grado comunque di garantire l'unità sistemica del modello[28].

Analoghe perplessità si colgono anche dalla lettura del dato giurisprudenziale nel quale, sia pure in alcuni casi in maniera meno marcata, vengono poste in rilievo le criticità che sono insite nel riconoscimento di un "ampio" potere normativo all'amministrazione.

Se in un primo momento la Corte costituzionale aveva sottolineato la valenza sistematica della distinzione tra potestà regolamentare del governo e funzione amministrativa (tesa alla emanazione di atti amministrativi) seguendo, così, un orientamento molto legato al dato formale (delle "etichette")[29]; nel corso degli anni si è assistito a un ammorbidimento delle posizioni, tanto da definire il decreto non regolamentare a contenuto normativo un atto statale dalla "indefinibile natura giuridica"[30] senza, però, prendere posizione sull'esercizio di tale potere che, nel tentativo di sistematizzazione, viene ricondotto ad unità facendolo ricadere nella generale (e non riferita al profilo del contenitore) categoria degli atti di esercizio della potestà regolamentare, in applicazione di un criterio sostanzialistico, indipendentemente dalla qualificazione operata dal legislatore, consacrando alla sostanziale irrilevanza il profilo procedimentale relativo all'adozione dell'atto dal momento che si riconosce la libertà dello Stato di esercitare tale potestà nelle forme più opportune[31]; salvo poi ritornare sul punto per escludere, utilizzando una formula certamente ambigua, che i criteri formali siano sufficienti ad evitare che un atto, indipendentemente dal *nomen iuris*, possa essere espunto "dalla tipologia regolamentare … giacché, in tal caso, sarebbe agevole eludere la suddivisione costituzionale delle competenze, introducendo nel tessuto ordinamentale norme secondarie, surrettiziamente rivestite di altra forma, laddove ciò non sarebbe consentito"[32].

In linea con questa impostazione, più attenta al profilo sostanziale, si è posta la giurisprudenza tanto della Cassazione quanto del Consiglio

[28] V. ATRIPALDI, *La teoria pluralistica di E. Fraenkel ed i modelli di pluralismo nella tradizione giuspubblicistica italiana*, in *Il pluralismo come innovazione. Società, Stato e Costituzione in Ernst Fraenkel*, a cura di V. Atripaldi, Torino, 1996, 110 ss., in particolare 121.

[29] Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303.

[30] Corte cost., 17 marzo 2006, n. 116, cit.

[31] Corte cost., 27 gennaio 2005, n. 35.

[32] Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278.

di Stato che in diverse occasioni hanno negato che la natura normativa dell'atto dipendesse dal procedimento seguito per la sua emanazione. Questo fino al 2012, anno in cui si registra una sorta di ripensamento garantista da parte del Consiglio di Stato[33] che, proprio a proposito dei decreti di natura non regolamentare, ha sottolineato che "nonostante la crescente diffusione di quel fenomeno efficacemente descritto in termini di 'fuga dal regolamento' (che si manifesta, talvolta anche in base ad esplicite indicazioni legislative, tramite l'adozione di atti normativi secondari che si autoqualificano in termini non regolamentari) deve, in linea di principio, escludersi che il potere normativo dei Ministri e, più in generale, del Governo possa esercitarsi mediante atti 'atipici', di natura non regolamentare, specie laddove la norma che attribuisce il potere normativo nulla disponga (come in questo caso) in ordine alla possibilità di utilizzare moduli alternativi e diversi rispetto a quello regolamentare tipizzato dall'art. 17 legge 400 del 1998".

La soluzione, dunque, è stata individuata attraverso l'apposizione del limite alla innovatività. In questo senso, dunque, il giudice amministrativo, in caso di qualifica del decreto in termini di decreto non regolamentare ne ha escluso la "normatività", ristabilendo una corrispondenza tra forma e materia del regolamento e ciò in quanto la mancata qualificazione dell'atto non consente una deroga alle disposizioni contenute nella norma sulla produzione[34]. Viene data così prevalenza ad un criterio che lega alla forma regolamentare "la sostanza normativa dell'atto"[35], attribuendo una sorta di "superprimarietà" all'art. 17 della l. 400/88 che diviene una "forma sostanziale", richiamando quella stessa previsione contenuta al par. 2 dell'art. 263 del TFUE che si riferisce proprio a quelle previsioni procedurali che "si riempiono di un contenuto materiale"[36].

4. Soft law*,* fast law *e regolazione flessibile: il baratto tra legalità ed efficienza*

Ma, come anticipato, quella dei decreti non regolamentari non è

[33] Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 9.
[34] Cons. Stato, VI, 10 aprile 2014, n. 1724.
[35] A. MOSCARINI, *op. cit.*
[36] Così M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *op. cit.*

l'unica ipotesi in cui si assiste all'esercizio di poteri normativi da parte dell'amministrazione.

La stessa connessione tra organizzazione e funzione, infatti, spesso consente di comprendere la coessenzialità della attribuzione di poteri normativi alle autorità. Si pensi, ad esempio, al fenomeno delle autorità indipendenti rispetto alle quali si è, nel corso degli anni, riproposto un dibattito speculare a quello richiamato in precedenza.

Se si accetta l'idea che la regolazione altro non è che una evoluzione della stessa funzione amministrativa, e cioè "una funzione (amministrativa) svolta da un soggetto (pubblico) al fine di garantire il (corretto) funzionamento di un determinato settore secondo il proprio principio sistemico, è subito evidente che il fondamento giuridico della potestà normativa delle amministrazioni preposte alla regolazione non possa non essere rintracciato proprio nell'ambito della stessa legge istitutiva, a prescindere dalla espressa previsione all'interno di essa di una norma che espressamente contempli l'attribuzione di tale potestà"[37]. In altri termini, la stessa considerazione del profilo teleologico della regolazione consente di postulare la coessenzialità della funzione rispetto all'attività complessivamente considerata, riconoscendole quella "attribuzione di competenza" di cui parlava Zanobini[38]. "In questo quadro… la ripartizione delle sfere di normazione tra il potere legislativo ed il potere amministrativo trova la propria giustificazione essenzialmente [nella] competenza tecnica che consente, anzi rende necessario, il riconoscimento in capo alle stesse amministrazioni di una propria autonomia, anche normativa"[39].

Ma queste considerazioni di contesto non giustificano, però, quei tentativi, operati da più parti, soprattutto agli inizi, di giustificare, anche alla luce dei poteri impliciti, l'eccentricità degli atti di queste amministrazioni rispetto agli schemi tradizionali, facendo ricorso al suffisso "quasi" (quasi-normativi), ad indicare la necessità di distinguere questi atti dalla generalità degli atti a contenuto normativo emanati dall'amministrazione, fino al punto di postularne in alcuni casi addirittura il loro valore legislativo, o, forse la loro inderogabilità da parte dello stesso legislatore; postulando, comunque, una loro franchigia rispetto

[37] L. GIANI, *op. cit.*, 302.
[38] *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. giur.*, 1929, 150 ss.
[39] L. GIANI, *op. cit.*, 306.

agli schemi tradizionali[40] proponendo così una questione che, soltanto formalmente richiama alla mente il tema della inderogabilità dei regolamenti da parte dell'amministrazione che, però, per una sorta di ironia, in quella occasione veniva teorizzata per limitare la discrezionalità della stessa amministrazione, a garanzia dell'uguaglianza dei cittadini, mentre in questo caso, la inderogabilità, e dunque la intangibilità dell'atto, per un meccanismo quasi completamente ribaltato avrebbe come destinatario il legislatore (e prima ancora lo stesso giudice) che, così sarebbe esautorato dai propri poteri su determinate materie rispetto alle quali si verrebbe a creare una sorta di riserva di amministrazione[41].

Il sistema delle amministrazioni indipendenti offre ampi spunti di riflessione proprio in relazione al passaggio richiamato dal sistema delle fonti a sistemi di norme "atipiche" che rispondono a quella concorrenza tra mercato, società e sistema politico nel processo di generazione dei quadri regolatori di riferimento. Una tendenza che, a partire dalla rilevanza di alcune decisioni ricondotte all'ambiguo concetto di "*moral suasion*", ha gradualmente portato a uno stravolgimento del "sistema delle fonti" in favore di un "sistema di norme che sono il riflesso di quel rapporto osmotico tra sottosistemi che confluiscono in una categoria dagli incerti confini, espressione del nuovo sistema di *governance*. Un sistema che, evidentemente, si differenzia dalla c.d. *hard law* che risponde alla esigenza (sacrosanta) di "porre sotto controllo la forza esuberante del potere politico, controllato nelle modalità del suo esprimersi dalle regole procedurali del diritto e, alla fine, staccato con una cesura precisa dal suo prodotto, la regola giuridica"[42].

Si tratta di atti a valenza normativa per certi versi ambigua, non essendo assistiti, come nel caso della *hard law*, da specifici meccanismi sanzionatori tesi a garantirne l'osservanza.

E proprio con riferimento alla potestà (normativa) esercitata da queste autorità si pone con particolare evidenza la questione della "forma", risultando da subito impossibile operare quella connessione semantica tra potestà (regolamentare) normativa e regolamento venendo in rilievo il profilo della atipicità intesa come "deviazione dai modelli

[40] Sul punto si rinvia agli insegnamenti di F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss. ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 449.

[41] L. GIANI, *op. cit.*, 282-283.

[42] R. BIN, *op. cit.*

generali"[43], e dunque il superamento del criterio materiale o nominalistico.

In questo senso, occorre focalizzare l'attenzione sui profili sostanziali e su quei criteri (generalità, astrattezza e innovatività) individuati dalla dottrina come suoi caratteri distintivi. La consistenza della potestà normativa delle amministrazioni, e in particolare delle amministrazioni indipendenti, si colloca evidentemente in una prospettiva diversa che pone in una ottica peculiare gli stessi caratteri della generalità e dell'astrattezza, intesi come elementi attraverso cui identificare una norma giuridica in linea con quella parte della giurisprudenza che supera il mero dato formale, individuando una valenza normativa anche in atti quali un bando per l'erogazione di contributi e le relative norme o clausole applicative, o addirittura in una decisione con la quale si contesta una infrazione nella quale immancabilmente si assiste a una tipizzazione di una fattispecie, ricondotta al modello generale, che immancabilmente assume valenza normativa[44].

In questa chiave di lettura anche per lo stesso profilo della innovatività emergono due aspetti: il primo connesso alla capacità che lo stesso ha nell'innovare l'ordinamento (profilo attivo); il secondo alla capacità dell'atto di rifiutare, o se si vuole di non subire, l'incidenza di atti o fatti che non hanno forza identica (profilo passivo).

Senza entrare nel merito della questione della essenzialità del profilo della innovatività, ai fini della determinazione del carattere normativo di un atto, non si possono non richiamare le osservazioni di Crisafulli il quale proponeva una "valutazione ex post della natura normativa dell'atto delle pubbliche amministrazioni, da realizzarsi attraverso l'individuazione della potestà che l'amministrazione ha inteso utilizzare…. In prima battuta … alla luce di criteri formali, ma che nei fatti … non può prescindere dai criteri sostanziali dai quali sia possibile desumere l'*intentio* dell'amministrazione di introdurre delle innovazioni sostanziali nel sistema normativo vigente.

Indipendentemente dalla forma giuridica che l'atto viene ad assumere, dunque, ciò che rileva ai fini della individuazione della natura

[43] Sul punto cfr. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. Amm*., 2015, 684 ss.

[44] Sul punto sia consentito rinviare alle riflessioni svolte in L. GIANI, *L'accertamento del fatto da parte del giudice amministrativo tra valutazioni tecniche ed eccesso di potere giurisdizionale*, in *Scritti in onore di E. Sticchi Damiani*, ESI, I, 2018, 405 ss.

normativa è la possibilità di ricollegare ad esso la vigenza di una nuova norma che, nel caso della regolazione amministrativa, può consistere ad esempio nella precisazione di criteri o qualità che un determinato soggetto deve avere, o nella precisazione, attraverso la predisposizione di un formulario, di elementi materiali, in parte già previsti dal legislatore, elementi che in concreto contribuiscono a definire l'insieme delle regole e principi che disciplinano (regolano) il funzionamento di quel determinato settore"[45].

Ma a ben vedere si tratta di un diritto "apparentemente non vincolante", e questo è chiaro nel momento in cui il mancato adempimento a quanto prescritto nella *soft law* deve essere (ampiamente) motivato e la stessa *soft law* assurge comunque a parametro di valutazione della legittimità degli atti e dei comportamenti individuali. Un qualcosa in più rispetto agli atti di *post-law* strettamente intesi in cui si assiste ad un rinvio ricettizio dei principi in essa contenuti da parte delle amministrazioni o degli stessi giudici[46].

Emblematico in questo senso proprio il caso delle linee guida Anac rispetto alle quali, superati i problemi attinenti alla legittimazione dell'autorità all'esercizio di tale potere, l'attenzione si è spostata sulla loro classificazione, in particolare con riferimento a una delle categorie rispetto alle quali il carattere della vincolatività viene riconosciuto in particolare sulla base di due elementi: la valenza generale dell'atto e l'autorità da cui esso promana[47]. Dunque, degli atti di regolamentazione flessibile, con efficacia vincolante – e già il primo elemento che li discosta dalla *soft law* – per i quali, è prevista l'acquisizione del parere del Consiglio di Stato[48].

Uno strumento di regolazione che di fatto ha sostituito il regolamento di attuazione e che trova la propria fonte di legittimazione piuttosto nella adesione che ad esse viene garantita, secondo un circolo vizioso che si discosta dalla tradizionale visione della legittimazione radicata sul principio di legalità. Una legittimazione fondata sulla "obbedienza spontanea" in ragione della (ritenuta autorevolezza) della fonte da cui l'atto di *soft law* promana. Dunque, un atto che presenta un *quid pluris*

[45] L. GIANI, *op. cit.*, 348.

[46] Sul punto M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, cit.

[47] Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere 1 aprile 2016, n. 855.

[48] Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere 2 agosto 2016, n. 1767.

rispetto alla stessa direttiva, ricondotta alla categoria degli atti generali – stante la riconosciuta "valenza certamente generale dei provvedimenti in questione" – espressione della funzione di regolazione delle autorità indipendenti. Un atto espressione di un potere di regolazione "implicito"[49] che deve essere assistito da esplicite garanzie procedurali quali quelle assicurate attraverso le consultazioni che dalla giurisprudenza non viene ricondotto, come viene suggerito dalla dottrina[50], allo schema dell'atto regolatorio.

Una vincolatività che non troverebbe applicazione con riferimento a tutte le linee guida, non potendo quelle non vincolanti assurgere a parametro di legittimità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante, sebbene, e qui si ritorna nel limbo incerto della *soft law*, scelte difformi assunte dalla stazione appaltante possono essere censurate in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità[51]. Si tratta di regolazione flessibile che conosce anche altre formule, si pensi ai bandi tipo, ai contratti tipo, rientranti nella generale categoria degli "atti di indirizzo", estensibile anche a altre formule non ben definite, stante la previsione aperta contenuta nel Codice[52], ai quali può essere ricondotta anche effi-

[49] Consiglio di Stato, sez. atti normativi, parere 2 agosto 2016, n. 1767, cit. nel quale espressamente si legge che "*la legge (…) in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a definire lo scopo da perseguire lasciando un ampio potere (implicito) alle Autorità di sviluppare le modalità di esercizio del potere stesso*", un potere definito "*in modo più preciso" con riferimento alle "condizioni*" e ai "*presupposti per l'esercizio*", nel caso dell'Anac, "*lasciando all'autorità un compito di sviluppo e integrazione del precetto primario nelle parti che afferiscono a un livello di puntualità e dettaglio non compatibile con la caratterizzazione propria degli atti legislativi*".

[50] G. MORBIDELLI, *Le linee guida dell'Anac*: *comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.,* 2016, 273 ss.

[51] Sul punto cfr. Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6026 nella quale si specifica che le linee guida (nello specifico le linee guida n. 2, 21 settembre 2016) non essendo vincolanti *"non risultano idonee a rappresentare parametro di legittimità delle determinazioni adottate dalle singole stazioni appaltanti nella fissazione delle regole di gara. Il testo in questione, quindi, lungi dal fissare regole di carattere prescrittivo, si atteggia soltanto quale strumento di "regolazione flessibile", in quanto tale volto all'incremento "dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti". Il testo in parola risulta ricognitivo di principi di carattere generale, ivi compreso quello della lata discrezionalità che caratterizza le scelte dell'amministrazione in punto di individuazione degli elementi di valutazione delle offerte. Sulla base di orientamenti più che consolidati*, *tuttavia, deve affermarsi che tali scelte non possano essere censurate in giudizio se non in caso di palesi profili di irragionevolezza e abnormità.*

[52] In relazione ai settori speciali cfr. l'analisi di M. LIPARI, *La regolazione flessibile*

cacia vincolante. Una flessibilità che si riflette necessariamente anche con riferimento alle procedure di emanazione di tali atti, destrutturate, semplificate, sebbene le formule normative che ne emergono sembrano adagiarsi più su uno schema tradizionale, corrispondendo più alla formula dei "*commands and controls*", con una torsione della flessibilità solo sul piano formale a garantire una "modificabilità" agevole, sì da garantire un pronto adeguamento al mutamento delle esigenze secondo uno schema che provocatoriamente la dottrina ha giustamente indicato come "*fast law*".

5. *Certezza dei rapporti giuridici ed "elogio della forma"*[53]

Dalle riflessioni sin qui svolte emerge, dunque, come la produzione di regole avvenga per canali differenti da quelli tradizionali, previsti dalle fonti sulla produzione. Un diritto che, proprio in ragione del contenitore, in prima battuta "non è vincolante" (se non per il diretto destinatario) e che non entra a far parte del tradizionale sistema delle fonti ma la cui (indubbia) natura (sostanzialmente) precettiva è indiretta, rilevando, ad esempio, questi documenti non più solo nella interpretazione della norma, nella ricostruzione della intenzione del legislatore (è questo il caso dei libri bianchi, dei libri, verdi, dei programmi di azione, delle stesse buone pratiche) e col quale ormai come giuristi siamo chiamati a confrontarci.

Un fenomeno che, se letto con la lente degli studiosi della fonti del diritto, non solo risulta distonico rispetto al sistema ma presenta forti punti di contrasto con quei principi di democraticità e certezza che lo governano e che solo se letto con le lenti del diritto amministrativo può trovare un inquadramento sistematico, facendo leva in primo luogo proprio sul contenitore, che è pur sempre un atto amministrativo, la cui emanazione prevede, sul piano sostanziale, il rispetto di alcune regole e principi fortemente attenuati con riferimento agli atti generali, e sul piano delle tutele. Non si può in questa sede non richiamare proprio

dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali, in www.giustizia-amministrativa.it.

[53] Il richiamo è evidentemente allo scritto di F. LEDDA, *Elogio della forma scritta da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., 549 ss., la numerazione delle pagine richiamata fa riferimento a quest'ultima collocazione.

l'insegnamento di Franco Ledda che sollecitava una rivalutazione dei profili formali, sottolineando, in una ideale polemica con Peter Badura[54], come "l'«informalità» non rappresenta una meta da perseguire ad ogni costo, né un momento di passaggio verso sospirati approdi; è solo un termine generico che sta a indicare non tanto l'assenza della forma, quanto la mancanza di quel modo di manifestazione che può dirsi essenziale proprio in quanto, come dicevano i latini, *dat esse rei* o, come ci dice una non facile proposizione del grande Wittgenstein, non è nient'altro che la stessa «possibilità della struttura»"[55].

In questo quadro è evidente il ruolo centrale che assume lo stesso sistema giurisdizionale rispondendo ad una esigenza legata da un rapporto di proporzionalità inversa all'esistenza dei contrappesi propri di un sistema democratico. "Un'esigenza che dunque è tanto più forte quanto è assente uno di questi contrappesi … soprattutto ove riferito alla potestà normativa di queste amministrazioni, e a maggior ragione ove la si inquadri in una prospettiva il cui fondamento legittimante viene ricondotto all'idea di un governo per il popolo"[56].

[54] Il riferimento è al suo scritto *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. Pubb.*, 1999, 31 ss.

[55] F. LEDDA, *op. ult. cit.*, 562.

[56] L. GIANI, *op. cit.*, 351.

FRANCO GAETANO SCOCA

ATTO E PROVVEDIMENTO: ELEMENTI ESSENZIALI E SITUAZIONI GIURIDICHE

SOMMARIO: 1. L'atto amministrativo. – 2. Dall'atto amministrativo negoziale al provvedimento. – 3. Sulla nozione di provvedimento amministrativo. – 4. La formazione del provvedimento. – 5. La disciplina della validità. – 6. Il problema degli "atti di natura non autoritativa". – 7. Il problema degli atti vincolati. – 8. Potere amministrativo e situazioni giuridiche. – 9. L'"invenzione" dell'interesse legittimo. – 10. Cenni sul *proprium* dell'interesse legittimo.

1. *L'atto amministrativo*

La dottrina amministrativistica italiana si è dedicata a ricercare l'essenza dell'atto amministrativo fin dal suo sorgere: definizioni se ne possono leggere nelle opere di Romagnosi, De Gioannis Gianquinto, Meucci, e così via.

Una trattazione specifica, dovuta a Porrini e pubblicata sul *Digesto Italiano* alla fine del diciannovesimo secolo, si fonda sulla coesistenza di due elementi, la provenienza da un organo amministrativo, in esercizio di una funzione o servizio pubblico.

Oltre questa definizione la vecchia dottrina non è andata; è stato solo nei primi due decenni del secolo successivo che si è affrontato il tema della natura dell'atto amministrativo, e lo si è costruito, sulla scorta dei risultati della pandettistica, come atto (amministrativo) negoziale (Trentin, De Valles). L'estrapolazione della nozione specifica di provvedimento amministrativo da quella generica di atto amministrativo è stata, invece, abbastanza tardiva, collocandosi alla metà del secolo scorso.

Lo stimolo per approfondire la natura giuridica dell'atto amministrativo derivò dalla esigenza di attribuire un significato preciso alla locuzione "atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante", utilizzata nella legge del 1889 di istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, la Sezione per la giustizia nell'amministrazione.

Per i teorici dell'epoca era naturale, anzi inevitabile, utilizzare gli strumenti già in uso nelle discipline privatistiche, o, meglio nella teoria

generale del diritto, circa la costruzione e la classificazione generale degli atti giuridici. Sicché le prime teorizzazioni dell'atto amministrativo furono elaborate sulla scorta del principio volontaristico, allora in auge. L'atto amministrativo era concepito, alla stregua degli atti privati (atti meri e atti negoziali), come fatto volontario (volontà volente) avente contenuti variabili, di conoscenza o di volontà (volontà voluta).

Questo orientamento si è mantenuto fino agli studi di Guido Zanobini, nel celebre Corso del quale l'atto amministrativo viene inteso come "qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa". La classificazione interna alla nozione di genere seguiva l'elemento del contenuto dell'atto: "resta stabilito che tutti gli atti amministrativi sono atti volontari e che gli atti costituenti dichiarazioni di volontà devono essere, oltreché volontari, in tutto o in parte discrezionali".

La distinzione riecheggia da vicino quella, di carattere generale, tra meri atti giuridici e atti negoziali, propria delle scienze privatistiche: anzi, l'atto discrezionale veniva espressamente indicato come atto amministrativo negoziale.

Gli elementi essenziali di quest'ultimo erano ritenuti i medesimi del negozio: il soggetto, l'oggetto, la volontà, il contenuto e la forma. Date queste premesse, si comprende come la dottrina si sia concentrata per lunghi decenni ad approfondire le caratteristiche proprie di questi elementi, adattando all'atto amministrativo i risultati ottenuti dalla dottrina privatistica in ordine al negozio.

Come si vede, nella definizione dell'atto amministrativo (negoziale) non si faceva alcun riferimento alle caratteristiche del potere, nell'esercizio del quale l'atto viene adottato; né si dava rilievo al modo della sua formazione; né ai suoi caratteri specifici, riguardanti la validità e l'efficacia.

2. *Dall'atto amministrativo negoziale al provvedimento*

La nozione di atto amministrativo negoziale entra in crisi per due concorrenti ragioni: il superamento della teoria volontaristica del negozio, o, meglio, degli atti aventi contenuto precettivo, e la maggiore attenzione ai profili pubblicistici degli atti dell'amministrazione.

Il primo profilo attiene alla teoria generale: negli atti negoziali, secondo la nuova (ormai lontana nel tempo) impostazione, la volontà vie-

ne sostituita dal precetto, come elemento specifico e caratterizzante: il contenuto dell'atto negoziale viene propriamente inteso non più come "volontà voluta" ma come (nuovo) disegno di interessi; la volontà viene confinata nella genesi dell'atto. Va avvertito, tuttavia, che ancora oggi la concezione volontaristica non risulta del tutto abbandonata: c'è ancora chi preferisce definire il provvedimento come "manifestazione di volontà" (ad esempio, Clarich).

Il secondo profilo attiene alla teoria del diritto amministrativo: il *proprium* dell'atto amministrativo non può non tener conto della disciplina specifica di tale tipo di atto giuridico; cosicché la sua definizione non può che allontanarsi decisamente da quella del negozio giuridico privato.

Cosicché, dandosi il peso che merita alla disciplina specifica pubblicistica, dalla concezione dell'atto amministrativo negoziale si passa alla figura del provvedimento amministrativo.

Il merito di questa sostanziale transizione, che si può collocare intorno alla metà del secolo scorso, va riconosciuto a Massimo Severo Giannini; il quale intende il provvedimento come "atto di pubblica autorità, dotato di imperatività e assistito dall'autotutela". Il provvedimento è, in altri termini "l'atto amministrativo autoritativo", che "realizza in via diretta la cura di un interesse pubblico".

Va sottolineata la differenza profonda che sussiste tra la definizione di Porrini e quella di Giannini.

Nella definizione di Giannini fa mostra di sé il carattere autoritativo dell'atto, si evidenzia la destinazione alla cura dell'interesse pubblico; non c'è ancora, almeno in chiaro, il tratto che diverrà in seguito essenziale, ossia l'essere il provvedimento la fattispecie tipica dell'esercizio del potere precettivo dell'amministrazione. Tuttavia tale aspetto è sottinteso per il rilievo dato sia all'interesse pubblico, la cui cura attiene alle caratteristiche proprie del potere amministrativo, sia al modo della formazione del provvedimento, ossia alla sua elaborazione nel procedimento, che costituisce il modo tipico dell'esercizio del potere amministrativo.

Anzi, portata l'attenzione sul procedimento, la classificazione degli atti amministrativi cambia radicalmente: non si basa più sul criterio del contenuto di volontà, non si distingue più tra atti semplicemente volontari, di conoscenza o di giudizio, e atti di volontà o, nella terminologia di Zanobini, atti discrezionali, ma si basa sul diverso ruolo che gli atti amministrativi assumono nel procedimento: il provvedimento è l'atto principale, che cura "in via diretta" l'interesse pubblico; gli altri sono

atti strumentali rispetto al provvedimento, e curano l'interesse pubblico solo "in via mediata".

Data la configurazione del provvedimento e il conseguente abbandono della nozione di atto amministrativo negoziale, hanno perso valore tutte le ricerche dottrinali sulle caratteristiche degli elementi essenziali di tale atto, svolte per circa quattro decenni. Anzi ha perso valore la stessa individuazione degli elementi strutturali del provvedimento, dato che la disciplina di tale atto giuridico s'incentra su profili funzionali.

3. *Sulla nozione di provvedimento amministrativo*

Il nucleo della ricostruzione di Giannini non è stato superato. Ancora oggi il provvedimento è inteso come atto di esercizio del potere amministrativo, finalizzato alla cura dell'interesse pubblico concreto, e formato nel procedimento.

La dottrina italiana è sufficientemente concorde su questi tratti della definizione del provvedimento amministrativo.

Va segnalata l'importanza di questo risultato, resa più evidente dalla mancanza, nell'ordinamento italiano, di una definizione legislativa del provvedimento amministrativo, a differenza di quanto accade nell'ordinamento tedesco, ove la legge sul procedimento contiene una definizione, i cui elementi (autoritarietà, provenienza da organi amministrativi, contenuto precettivo, diretta efficacia esterna) non differiscono molto da quelli della definizione dottrinale italiana. La definizione tedesca aggiunge un elemento ulteriore: il riferimento alla "regolazione" di un caso singolo (Einzelfall), che non viene invece ritenuto necessario, e nemmeno utile, nella concezione italiana.

Va sottolineato che l'autorità (o autoritarietà) del provvedimento, come sua caratteristica essenziale, si riferisce semplicemente al fatto che l'amministrazione, titolare del potere, esprime essa sola, unilateralmente, il contenuto precettivo del provvedimento, ossia l'assetto degli interessi propri ed altrui, (anche) senza l'assenso degli altri interessati.

Devo aggiungere che, personalmente, sono convinto che l'autoritarietà sia un carattere da attribuire al potere amministrativo, e non al provvedimento: è il potere che ha l'attitudine a superare le (eventuali) resistenze degli altri soggetti interessati; è nell'esercizio del potere che viene elaborato unilateralmente l'assetto di interessi che sarà il contenuto del provvedimento.

Se è il potere ad essere autoritativo, il provvedimento può qualifi-

carsi, più propriamente, come imperativo; ma nel senso più ristretto del termine, corrispondente a quello del termine esecutivo, per indicare che il provvedimento può essere portato ad effetto immediatamente, cioè senza che sia necessaria la previa valutazione giudiziale della sua validità.

Alla imperatività del provvedimento erano stati originariamente attribuiti vari altri contenuti, la degradazione dei diritti, la esecutorietà, l'autotutela; ma la critica successiva ha chiarito che questi elementi, da un lato, non riguardano tutti i provvedimenti, e, dall'altro, hanno presupposti e disciplina diversi da quelli propri del provvedimento.

4. *La formazione del provvedimento*

Il collegamento della nozione di provvedimento con quella di procedimento ha consentito di mettere in luce il modo tipico di formazione del provvedimento, e di evidenziare le caratteristiche che lo separano dalla formazione degli atti negoziali privati.

Si deve premettere che provvedimento e negozio sono entrambi atti precettivi, ossia atti mediante i quali viene posta in vigore una (nuova) regola giuridica, un (nuovo) assetto di interessi. Oltre a ciò, le due specie di atto precettivo non hanno altri elementi in comune.

Circa il modo della loro formazione la differenza è profonda: quanto al negozio, l'attività che lo precede (le trattative negoziali) non hanno generalmente rilevanza giuridica (salva la responsabilità precontrattuale, che comporta conseguenze risarcitorie); quanto al provvedimento, tutte le fasi dell'esercizio del potere, tutti gli atti del procedimento, sono giuridicamente rilevanti e la loro imperfezione si riflette sulla validità del provvedimento, rilevando come cause di annullamento.

La incisiva differenza è dovuta al carattere consensuale del negozio e al carattere unilaterale del provvedimento: il consenso sul (nuovo) assetto di interessi, scaturente dal negozio, consente di non dar peso al modo in cui il consenso si è formato; il carattere unilaterale della fonte dell'assetto di interessi contenuto nel provvedimento impone che il modo di esercizio del potere sia visibile e verificabile, in particolare dai soggetti giuridici i cui interessi sono coinvolti nel nuovo assetto deciso dalla sola amministrazione. In altri termini, il nuovo assetto di interessi o viene stabilito con il consenso di tutti gli interessati o la sua conformità alla legge e ai principi di ragionevolezza e proporzionalità deve poter essere verificata, quanto meno *ex post*, a tutela degli agli interessati.

L'esercizio del potere consiste, secondo le teorie più aggiornate, in una serie progressiva di scelte, e tali scelte sono finalizzate, in primo luogo, a determinare quale sia l'interesse pubblico che in concreto va perseguito e, in secondo luogo, a stabilire quale sia il mezzo migliore per portare siffatto interesse a soddisfazione.

L'esito delle scelte porta alla decisione, che sempre più la dottrina considera come una tappa procedimentale fondamentale, e che non si confonde con il provvedimento. Con la decisione si giunge alla determinazione (della regola) dell'assetto di interessi; con il provvedimento si fornisce a tale assetto vigore giuridico; a credere nella distinzione tra potere determinante e potere costitutivo (e personalmente ci credo), si può ben dire che la decisione è il risultato dell'esercizio del potere determinante e il provvedimento è, invece, il risultato dell'esercizio del potere costitutivo. La distinzione ha conseguenze, come vedremo, a proposito della soluzione del problema relativo agli atti o provvedimenti vincolati.

Nella disciplina positiva la distinzione tra decisione e provvedimento risulta presupposta dalla norma che impone all'amministrazione di comunicare, nei procedimenti ad istanza di parte, prima dell'adozione del provvedimento, i "motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza", ossia, in effetti, la decisione negativa, già semi-definitivamente presa.

Risulta anche, a mio avviso, dalla disposizione processuale a mente della quale, in caso di inerzia dell'amministrazione, il giudice amministrativo "può pronunciare sulla fondatezza della domanda (…) quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"; ossia quando le scelte discrezionali sono esaurite e la decisione è, quindi, già stata adottata (anche se non ancora formalizzata) dall'amministrazione.

Va sottolineato che la nozione di interesse pubblico concreto è la risultante della somma algebrica, non solo di tutti gli interessi pubblici astrattamente coinvolti nella operazione amministrativa (o, secondo la terminologia di Franco Ledda, nel problema amministrativo), bensì anche degli interessi privati che vengono coinvolti. Gli interessi privati, in altri termini, devono essere presi in considerazione e adeguatamente valutati nella determinazione dell'obiettivo che l'amministrazione intende concretamente raggiungere: costituiscono una componente dell'interesse unitario (frutto della valutazione complessiva) da perseguire e soddisfare attraverso il provvedimento.

Personalmente credo che l'interesse privato sia la componente mag-

giore nel caso di procedimenti ad istanza di parte privata, in particolare per i procedimenti autorizzatori; e questa mia convinzione viene rafforzata da quegli istituti che tendono a marginalizzare, in questi casi, l'intervento dell'amministrazione: mi riferisco alla segnalazione certificata di inizio di attività (SCIA) e al silenzio-assenso; istituti che sono stati ulteriormente valorizzati nella riforma legislativa più recente. Nella dialettica tra interesse pubblico e interesse privato la regola è che l'interesse privato debba prevalere ove non contrasti con l'interesse pubblico.

Diverso è l'equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato negli altri procedimenti, quelli iniziati d'ufficio, e quelli concessori: nella decisione deve prevalere l'interesse pubblico, sia pure nel modo meno pregiudizievole per l'interesse privato. In questo secondo caso l'interesse privato rileva solo ai fini dell'attuazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e cautela.

A rappresentare e difendere gli interessi privati è finalizzata la presenza e la partecipazione dei loro titolari nel procedimento ove il potere unilaterale dell'amministrazione viene esercitato.

5. *La disciplina della validità*

La caratteristica essenziale del provvedimento, quella cioè di essere atto di esercizio unilaterale di un potere autoritativo, finalizzato alla cura dell'interesse pubblico concreto, influisce sulla sua struttura, la quale ne risulta scarnificata: gli elementi strutturali rilevanti sono soltanto quelli, minimi, necessari per la riconoscibilità della fattispecie. A differenza di quanto accade per il negozio giuridico, per il quale la struttura è di fondamentale importanza; tanto che la disciplina della validità, per le caratteristiche dell'autonomia privata, che è potere di ordine generale e non finalisticamente vincolato, può essere riferita solo alla sussistenza e alla regolarità degli elementi strutturali.

Nel provvedimento, dato il suo tratto genetico (il potere vincolato nel fine) e il suo tratto teleologico (la cura dell'interesse pubblico concreto), acquista maggiore, anzi quasi esclusivo, rilievo il profilo funzionale; cosicché la disciplina della validità prende a suo oggetto, non gli elementi strutturali, bensì gli aspetti funzionali non solo del provvedimento ma della complessiva azione svolta nel procedimento dall'amministrazione.

Questa considerazione aiuta a comprendere la specificità dei vizi di validità e delle sanzioni previste per la invalidità.

La invalidità non è comminata, tranne ipotesi marginali, per la mancanza o l'imperfezione di elementi strutturali (o costitutivi), salvo che il difetto renda irriconoscibile il provvedimento: indicativa è la disposizione che rende irrilevanti i vizi formali (art. 21-*octies*, l. proc.) La invalidità risulta piuttosto legata allo scorretto uso del potere e allo sviamento dal fine da raggiungere: ne è prova la tradizionale trilogia delle categorie di vizi di invalidità: incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere. Oltre a ciò, la stessa coincidenza tra la nozione di legittimità (e illegittimità), ossia di conformità (o difformità) della fattispecie alla legge, e la nozione di validità del provvedimento rende evidente la profonda differenza rispetto alla nozione di validità, assunta nel significato proprio del diritto privato (o, forse, della teoria generale del diritto), ossia anzitutto come perfezione strutturale della fattispecie e soltanto secondariamente come conformità alle norme di legge, che siano imperative.

Si spiega con le caratteristiche proprie della nozione di validità-legittimità del provvedimento anche il rilievo, una volta esclusivo, oggi assolutamente prevalente, attribuito alla sanzione della invalidità, ossia alla annullabilità; ad una sanzione, cioè, che non ostacola l'efficacia del provvedimento, anche invalido, fino all'accertamento della effettiva sussistenza della invalidità.

La recente introduzione della sanzione della nullità è stata, a ben riflettere, una forzatura, come si ricava dalla disciplina che è stato necessario dettare per tale misura sanzionatoria e che la differenzia profondamente dal suo archetipo, dando luogo ad una forma atipica di nullità, anzi a due diverse discipline: la nullità del provvedimento si può far valere giudizialmente solo in un tempo molto limitato (centottanta giorni), se dipende dalla mancanza degli elementi essenziali (che la legge non individua) o dalla carenza del potere (difetto assoluto di attribuzione); può essere fatta valere entro il termine decennale di prescrizione dell'azione di ottemperanza, se dipende dalla violazione o elusione del giudicato. In ogni caso l'azione di nullità non è affatto imprescrittibile (come dovrebbe essere se di vera nullità si trattasse): tende ad assomigliare molto, almeno nella disciplina, alla annullabilità.

Si aggiunga che, con disposizione di dubbia legittimità costituzionale, la nullità del provvedimento, che può essere fatta valere, in via d'azione, solo entro un breve termine di decadenza o un più lungo, ma comunque determinato, termine di prescrizione, può invece essere sempre eccepita dall'amministrazione in via di eccezione. Può inoltre, con disposizione almeno apparentemente contraddittoria, essere sem-

pre rilevata d'ufficio dal giudice, ove la disposizione si applichi anche a vantaggio del ricorrente (e non solo a vantaggio dell'amministrazione resistente).

6. *Il problema degli "atti di natura non autoritativa"*

Alla metà del primo decennio di questo secolo, il legislatore ha introdotto nella legge sul procedimento una disposizione secondo la quale "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

La disposizione, di sicura matrice dottrinale, voleva essere un omaggio alla tendenza, molto autorevolmente promossa nei decenni precedenti, verso il c.d. diritto amministrativo paritario, basato sull'abbandono degli atti autoritativi ed unilaterali e sulla generalizzazione dell'azione amministrativa per atti consensuali (da concludere con i privati). L'obiettivo di questo indirizzo era giusto e condivisibile: intendeva deprimere le manifestazioni dell'arbitrio dell'amministrazione e rafforzare la tutela dei privati. Lo strumentario era però inidoneo, perché il mancato raggiungimento del consenso comportava l'impossibilità di curare l'interesse pubblico (ed anche l'interesse privato).

La disposizione sopra riportata risulta di difficile interpretazione: gli atti non autoritativi devono essere considerati atti di diritto privato o rimangono atti amministrativi, diversi dagli altri solo perché non autoritativi?

In dottrina è presente una "lettura" della disposizione, secondo la quale essa avrebbe soppresso gli atti non autoritativi, salvando due soli modi di estrinsecazione della funzione amministrativa: con atti "che sono *necessariamente* autoritativi, oppure in atti negoziali" (Trimarchi Banfi). La disposizione, nella sua ambigua formulazione, consentirebbe anche una interpretazione diversa: la funzione amministrativa potrebbe estrinsecarsi in un triplice modo, con atti autoritativi, con atti amministrativi non autoritativi e con atti negoziali.

Fortunatamente non è stato necessario risolvere questo problema, dato che si è preso atto rapidamente che "la norma nega sè stessa", come è stato opportunamente affermato, considerando che l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente" le toglie ogni valore, dato che "la legge dispone sempre diversamente" (Mattarella).

Sarebbero configurabili atti amministrativi non autoritativi? Le figu-

re cui si è fatto da varie parti riferimento sono: gli atti favorevoli al loro richiedente, per la circostanza che in tal caso, il carattere unilaterale sarebbe esclusivamente formale, e la sostanza dell'atto si baserebbe su un effettivo consenso; sarebbero atti amministrativi non autoritativi anche gli atti vincolati.

Di questi si dirà in seguito. In relazione agli atti favorevoli, la dottrina rileva criticamente che il provvedimento, favorevole al suo destinatario, non lo è nei confronti dei terzi, siano essi antagonisti, ossia aspiranti ad ottenere il medesimo provvedimento, o terzi in senso proprio, ossia pregiudicati dagli effetti del provvedimento assentito ad altri (si faccia l'esempio del permesso di costruire rispetto alla platea definita dalla *vicinitas*).

Personalmente sono, invece, dell'idea che l'autoritarietà vada concepita come necessaria accettazione della decisione che assume l'amministrazione (da un rilievo di Simon) e vada riferita al potere. Pertanto anche il destinatario del provvedimento favorevole soggiace alla autoritarietà del potere amministrativo, a prescindere dall'esito favorevole o sfavorevole del risultato del suo esercizio.

In più si può osservare che, pur presumendosi il consenso del destinatario, non è esso la "fonte" del provvedimento e del (nuovo) assetto di interessi.

Anche per la conclusione di contratti, che sono (riconosciuti come) atti negoziali (di diritto privato), la legge impone che l'amministrazione proceda secondo le consuete norme di diritto amministrativo, ossia con una serie di atti che culmina con un provvedimento (l'aggiudicazione), mediante il quale essa esprime la sua adesione alla conclusione del contratto.

Cosicché la necessità assoluta che l'azione dell'amministrazione segua le regole procedimentali finalizzate alla cura dell'interesse pubblico, anche quando tale azione sfocia in atti consensuali, porta a ritenere, contrariamente a quanto affermava la dottrina meno recente, che l'amministrazione non sia titolare di autonomia privata, non sia dotata, in altri termini, di poteri non vincolati nel fine ed esercitabili liberamente fuori dal procedimento.

Nemmeno gli accordi, anch'essi inseriti nella legge sul procedimento, data la loro disciplina specifica, consente di ritenere, nonostante la loro struttura consensuale, che possano ritenersi atti di autonomia privata, o comunque atti non autoritativi. Basta riflettere sulla circostanza secondo cui l'amministrazione resta comunque titolare del potere unilaterale di provvedere. Si aggiunga la speciale disciplina di tali atti consensuali, che fa salva la loro revoca, presentata sotto le forme di recesso

dall'accordo. D'altronde lo scarso ricorso che in pratica si fa agli accordi tra amministrazione e privati dimostra che tale figura non è coerente con il sistema e non agevola, ed anzi danneggia il privato, che, sottoscrivendo l'accordo, non può poi impugnarlo in giudizio.

7. *Il problema degli atti vincolati*

L'attività vincolata dell'amministrazione ha dato luogo, ed ancora dà luogo, a forti contrasti dottrinali, a confusi orientamenti giurisprudenziali ed a inconsapevolmente contraddittori interventi legislativi.

Se i contrasti dottrinali possono considerarsi fisiologici e, tutto sommato, innocui, non altrettanto si può dire delle incertezze create dalla giurisprudenza sulla base di norme poco chiare, o addirittura fuorvianti rispetto alla esigenza di una soluzione logica del problema della natura dell'atto amministrativo (interamente) vincolato; nonché dei problemi connessi, relativi alla predicabilità o meno di un "potere vincolato", e, soprattutto, alle conseguenze di tema di situazioni giuridiche soggettive che i cittadini vantano a fronte dell'atto vincolato, con l'ovvia appendice relativa alla giurisdizione.

In dottrina permangono da tempo due concezioni opposte, entrambe fortemente sostenute con valide argomentazioni: la più risalente afferma il carattere necessariamente discrezionale del potere amministrativo (senza andare troppo indietro, Zanobini, Guarino, Ledda), è stata riproposta in termini aggiornati (Capaccioli, Orsi Battaglini, Marzuoli, Sorace) ed è convintamente sostenuta da parte di numerosi studiosi attuali (L. Ferrara, Civitarese Matteucci, Cudia).

La formulazione più convincente di tale orientamento parte dalla considerazione del doppio modo di operare della norma giuridica: per citare le formule di Capaccioli, al modo "norma-fatto" si contrappone il modo "norma-potere-atto", che riflette la più antica distinzione tra norme di relazione e norme di azione. Secondo il primo modo, la disciplina dell'assetto (da attuare in fatto) degli interessi è già interamente contenuta nella legge, per cui non deriva dall'esercizio del potere amministrativo; anzi non è ipotizzabile l'esistenza di un potere, in senso proprio, dell'amministrazione; e, di fronte al dovere di applicare la legge, il privato è titolare di diritto soggettivi, la cui tutela spetta al giudice ordinario.

L'orientamento opposto ritiene che non sia sufficiente per escludere il potere dell'amministrazione che la legge stabilisca anticipatamente

quale debba essere l'assetto di interessi da realizzare, dato che un atto dell'amministrazione è comunque necessario affinché l'assetto in concreto possa realizzarsi. In termini dogmaticamente corretti questa tesi considera che l'amministrazione sia titolare del potere costitutivo (anche se non del potere determinante). Ritengono sussistente il potere, anche se vincolato, tra altri, Corso e Cerulli Irelli; ritengono che gli atti vincolati siano tuttavia provvedimenti, tra altri, Greco, Scoca, Mattarella, Caringella; ne fa una questione di equilibrio del sistema, Tonoletti.

La giurisprudenza segue, in linea generale, due diverse linee, l'una sotto la guida della Cassazione, l'altra sotto quella del Consiglio di Stato: la prima ritiene, ma non costantemente, che, a fronte dell'atto vincolato, sussistano solo diritti soggettivi, per cui la giurisdizione spetta al giudice ordinario; la seconda a volte segue la stessa impostazione, più spesso decide che, a fronte di provvedimenti, ancorché vincolati, siano concepibili solo interessi legittimi. Si ha la netta impressione che l'atteggiamento del giudice amministrativo vari in relazione alle diverse materie trattate.

Non si tiene conto degli spunti presenti in alcune norme di legge, che sembrano orientati a disciplinare l'attività vincolata allo stesso modo di quella discrezionale: così per la partecipazione dei privati al procedimento; così per la motivazione dei provvedimenti; così, sul piano processuale, per il trattamento degli atti vincolati.

Sotto quest'ultimo profilo appare rilevante la disposizione del codice del processo amministrativo che stabilisce che "il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa (…) quando si tratta di attività vincolata"; dal che si dovrebbe dedurre che le controversie relative a tale attività (e, quindi, ai relativi atti) rientrino nella giurisdizione del giudice amministrativo e non in quella del giudice ordinario.

La Corte costituzionale considera "un postulato privo di qualsiasi fondamento" che "al carattere vincolato del provvedimento corrispondano situazioni soggettive qualificabili come diritti soggettivi e, per converso, all'area della discrezionalità amministrativa quelle definibili come interessi legittimi" (Corte cost., sent. n. 127 del 1998).

In definitiva i problemi suindicati rimangono tuttora aperti.

8. *Potere amministrativo e situazioni soggettive*

Il tema degli atti vincolati costituisce un buon punto di partenza per saggiare le relazioni possibili tra il provvedimento amministrativo e le

situazioni giuridiche soggettive dei privati: sia le situazioni soggettive presenti sulla scena anteriormente all'inizio dell'esercizio del potere amministrativo, sia quelle che attengono al privato interessato nella fase di esercizio di tale potere, sia infine quelle che sorgono per effetto del provvedimento.

Bisogna rammentare in primo luogo che, secondo la lettera della Costituzione, la giurisdizione sulle controversie tra privati e pubblica amministrazione si riparte a seconda della situazione soggettiva che viene azionata, diritto soggettivo o interesse legittimo. Si comprende, quindi, che gli atti vincolati si pongono sullo spartiacque: se vengono considerati provvedimenti, essi interferiscono con interessi legittimi, se vengono considerati meri atti non autoritativi, interferiscono con diritti soggettivi. Donde le incertezze della giurisprudenza su quale sia il giudice, amministrativo o ordinario, che debba occuparsi della loro legittimità.

Per alcuni decenni della prima parte del secolo appena decorso, per verità, il discrimine della giurisdizione si è posizionato proprio sulla alternativa discrezionalità-vincolatezza. Poi l'orientamento giurisprudenziali è virato verso un criterio diverso, fondato sulla carenza o cattivo esercizio del potere amministrativo.

Quali sono le situazioni soggettive di cui è titolare il privato prima che il potere inizi ad essere esercitato?

Le situazioni sono diverse a seconda del carattere del potere: secondo la ricostruzione che mi sembra la più aderente alla realtà (ed esposta in modo semplificato), di fronte del potere ablatorio, di norma vi sono diritti soggettivi (l'espropriazione presuppone il diritto di proprietà); di fronte al potere concessorio, di norma non ci sono situazioni soggettive già giuridicamente tutelate (il richiedente la concessione non ha diritto ad ottenerla e, a mio avviso, non ha nemmeno una aspettativa tutelata); di fronte al potere autorizzatorio ci sono diritti soggettivi ad esercizio condizionato (il richiedente l'autorizzazione ha una aspettativa tutelata al suo ottenimento).

Con l'inizio dell'esercizio del potere, ossia con il principio del procedimento, il privato diventa titolare di interesse legittimo in tutti e tre le ipotesi appena rammentate: interesse legittimo che può avere carattere oppositivo, se l'interesse del privato si oppone all'adozione del provvedimento, per lui sfavorevole, o carattere pretensivo, se l'interesse del privato mira all'adozione del provvedimento, che per lui sarebbe favorevole (e da lui richiesto).

Adottato il provvedimento, l'interesse legittimo ha esaurito la sua

funzione, che è quella di collaborare dialetticamente con l'amministrazione, cercando di orientarla verso una decisione favorevole o quanto meno non sproporzionatamente sfavorevole al suo titolare. Gli effetti del provvedimento si scaricano su situazioni del tipo del diritto soggettivo, estinguendo diritti preesistenti, creandone di nuovi, eliminando ostacoli di diritti di cui il privato era già titolare.

Da quanto appena esposto si ricava che l'interesse legittimo è, almeno secondo il mio convincimento, una situazione soggettiva che vive (solo) nel procedimento, ove si confronta con il potere dell'amministrazione attraverso le facoltà che danno sostanza alla sua partecipazione ad esso.

9. *L'"invenzione" dell'interesse legittimo*

Mi sembra doveroso soffermarmi su questa figura, che sembra essere conosciuta soltanto nell'ordinamento italiano; e che anche in questo ordinamento, secondo numerosi teorici, non avrebbe ragione di esistere, se non fosse che la Costituzione ne fa ripetutamente cenno e gli assegna rilevanti funzioni, ad esempio in relazione al riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Espongo anticipatamente la mia tesi: l'interesse legittimo, raccogliendo in sé le forme (o i mezzi) di tutela possibili avverso l'esercizio di un potere unilaterale (autoritativo) conferito ad altri, non solo non è confinato nell'ambito del diritto amministrativo (invadendo anche, sotto altra etichetta, anche il campo del diritto privato), ma sussiste in tutti gli ordinamenti, ove in essi alberghi il potere unilaterale e sia conferita tutela giuridica a coloro che tale potere sono tenuti a subire nel loro patrimonio giuridico. Se una situazione giuridica avente i caratteri del nostro interesse legittimo non è stata altrove teoricamente isolata, lo si deve alla circostanza che, negli altri ordinamenti non si è verificata l'occasione che ha costretto la nostra dottrina ad individuarla e a studiarne le differenze rispetto al diritto soggettivo.

L'occasione in Italia si è verificata con la istituzione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato, la Sezione per la giustizia amministrativa, ossia nel 1889, anche se di interessi giuridicamente rilevanti e diversi dai diritti soggettivi si discuteva in Parlamento fin dal 1864. Con la legge del 1889 si dava tutela giurisdizionale ad interessi individuali, che non fossero diritti soggettivi; la tutela di questi ultimi era, infatti, già assicurata dal giudice ordinario, la cui "competenza" veniva espressamente fatta salva.

La dottrina dell'epoca ebbe sussulti e smarrimenti, per la convinzione generale che la tutela giurisdizionale era concepibile solo per i diritti soggettivi. Cercò vie traverse per spiegare quello che sembrava un istituto incomprensibile: affermò il carattere amministrativo, e non giurisdizionale, della tutela di questi strani interessi-non-diritti, ma la Corte di cassazione romana fece fallire questa ricostruzione, affermando la natura giurisdizionale del processo dinanzi alla Quarta Sezione; sostenne poi che trattavasi sì di tutela giurisdizionale, ma il processo doveva considerarsi di diritto oggettivo, nel quale le situazioni soggettive non rivestono alcun ruolo, ma la giurisprudenza della Quarta Sezione si orientò decisamente verso l'archetipo del processo di diritto soggettivo.

Fu dunque giocoforza concentrarsi sulla costruzione di una nuova situazione giuridica soggettiva, che fosse diversa dal diritto soggettivo e fosse idonea, ciò nonostante, a giustificare la tutela giurisdizionale apprestata dall'ordinamento al suo titolare.

È superfluo in questa sede illustrare il lungo percorso dottrinale che fu necessario per attingere il risultato; il percorso fu lungo e difficile, e si può tranquillamente affermare che non è ancora giunto ad una formulazione condivisa unanimemente in dottrina.

Negli altri ordinamenti, anche in quelli che hanno un sistema giudiziario paragonabile al nostro, articolato su due ordini giurisdizionali, una simile occasione non si è data; si comprende, quindi, che non sia stato necessario portare alla luce una situazione soggettiva diversa dal diritto soggettivo.

10. *Cenni sul* proprium *dell'interesse legittimo*

Prescindendo dalle circostanze che hanno indirizzato la dottrina italiana verso la elaborazione della nozione di interesse legittimo, è da considerare che una situazione del genere non può non esistere, sul piano astratto, anche laddove non sia conosciuta ed utilizzata positivamente, o sia utilizzata con altre denominazioni.

Si consideri quanto segue.

Di fronte al potere dell'amministrazione di estinguere (legittimamente) diritti soggettivi, questi, presi in sé, per il principio di non contraddizione, non possono avere tutela giuridica; o, almeno, non possono avvalersi della loro tutela tipica, ossia sui mezzi di reazione avverso la loro (illecita) violazione: l'estinzione provocata dall'esercizio legittimo del potere autoritativo non può, infatti, essere costruita giuridicamente

come violazione del diritto. Occorre un diverso tipo di tutela, articolato non sulla (vicenda della) estinzione del diritto, ma sulla esistenza del potere autoritativo esercitato, e sulla legittimità ed opportunità del suo esercizio: questo tipo di tutela è riassunto nell'interesse legittimo.

Ancora: di fronte al potere dell'amministrazione di attribuire discrezionalmente un (nuovo) bene della vita, senza che l'interessato ad ottenerlo possa pretenderlo, la tutela giuridica non può che avere ad oggetto la legittimità e la opportunità dell'esercizio del potere: questo tipo di tutela corrisponde, nel contenuto, a quella che spetta di fronte al potere ablatorio; anch'essa attiene all'interesse legittimo.

Questo stesso tipo di tutela esiste (non può non esistere) in ogni ordinamento che contempli poteri di disciplina unilaterale di interessi plurilaterali. Per cui, a parte le denominazioni (che d'altronde sono mutevoli anche in Italia), ed a parte la disciplina specifica (sostanziale e processuale), non è fuori luogo affermare che l'interesse legittimo è un istituto di teoria generale del diritto, al pari della soggezione e della aspettativa tutelata.

Sottolineo che la tutela di interesse legittimo non riguarda soltanto (la verifica del) la *legittimità* dello svolgimento del potere amministrativo: riguarda soprattutto le scelte di *merito* riservate all'amministrazione.

Per lungo tempo la dottrina ha costruito l'interesse legittimo come interesse alla legittimità, o avente tutela limitata solo contro la illegittimità del provvedimento. Tuttavia questa posizione è stata superata quando si è preso atto che l'interesse legittimo è situazione soggettiva che non vive solo nel processo, ma rileva soprattutto sul piano sostanziale, ossia nel procedimento amministrativo; dove è diretto ad influenzare proprio le scelte di merito dell'amministrazione.

Il limite della legittimità è presente solo sul piano processuale; su quel piano, il limite dipende dall'applicazione del principio della separazione dei poteri, per cui al giudice non è dato sindacare le scelte di merito dell'amministrazione. Si aggiunga che il limite suddetto risulta conforme alla esigenza logica che il giudice non si trasformi in amministratore.

Sul piano sostanziale tanto il principio di ordine costituzionale quanto l'esigenza logica, dei quali si è appena fatto cenno, non rilevano, e non possono essere di ostacolo alla estensione della tutela del privato verso gli aspetti di merito dell'esercizio del potere unilaterale dell'amministrazione.

In definitiva, anche secondo semplice buon senso, è incontrovertibile che l'interesse effettivo del privato sia finalizzato ad ottenere un

provvedimento (per lui) favorevole, non ad ottenere un provvedimento (oggettivamente) legittimo; ed è tale interesse effettivo che viene riconosciuto e tutelato giuridicamente, sotto l'etichetta di interesse legittimo.

L'interesse legittimo è, in definitiva, l'interesse al provvedimento favorevole (o, in termini generali, all'esito favorevole dell'esercizio del potere amministrativo), tutelato come tale dall'ordinamento giuridico.

FRANCESCO VOLPE

RIFLESSIONI SULLA DISTINZIONE TRA ATTO AMMINISTRATIVO DISCREZIONALE E ATTO VINCOLATO

SOMMARIO: 1. Atto discrezionale e vincolato: profili critici. – 2. Legalità e buon andamento. – 3. La discrezionalità precede il potere. – 4. La discrezionalità precede l'emanazione dell'atto. – 5.Critica al concetto di discrezionalità. – 6. Atti preceduti o non preceduti dalla discrezionalità. – 7. Effetti di tale distinzione sui poteri del giudice. – 8. La distinzione tra potere amministrativo e giurisdizionale. – 9. Conseguenze sul giudizio di legittimità o di merito. – 10. Conclusioni.

1. *Atto discrezionale e vincolato: profili critici*

La bipartizione tra atto discrezionale e atto vincolato interseca pressoché ogni problema dell'agire imperativo dell'Amministrazione e affrontarla sotto ogni suo profilo equivale a riscrivere un trattato generale della disciplina del diritto amministrativo. Mi limiterò, perciò, a svolgere alcune osservazioni su singoli aspetti, cercando di trarne, per quanto possibile, alcune riflessioni di carattere generale.

La discrezionalità, soggetta come essa è al principio di buon andamento, si pone là dove cessa di trovare piena applicazione il principio di legalità.

Il contenuto di quest'ultimo, a sua volta, è chiaro, almeno volendo seguirne una concezione classica. In virtù di detto principio, nel suo agire imperativo, all'Amministrazione è precluso di compiere alcunché che non sia previsto dalla legge.

Colto in sé, dunque, il principio sembra avere un carattere piuttosto preclusivo. Non solo circa la possibilità, per l'Amministrazione, di operare vere e proprie libere «scelte», ma anche di individuare quale sia l'interesse prevalente da seguire o di stabilire se un tale interesse sussista.

Ciò non di meno, alla rigidità del principio di legalità hanno fatto fronte, da un lato, l'impossibilità di prevedere con norma astratta ogni futuro comportamento dell'Amministrazione; dall'altro la sottrazione di quest'ultima ad un ruolo puramente *esecutivo* della legge.

Di fronte a tali necessità, nasce, come è noto, la discrezionalità. Essa è volta ad individuare un ambito dell'attività degli enti pubblici che, in modo piuttosto equivoco, soggiace pur sempre ad una norma giuridica: il principio di buon andamento, consacrato dalla Costituzione. Seppure, la violazione di questo principio produce conseguenze non giuridiche, perché giurisdizionalmente non azionabili.

2. *Legalità e buon andamento*

La difficile conciliabilità, sotto un profilo puramente teoretico, dei due principi – quello di legalità e quello di buon andamento – non ha impedito, tuttavia, che sulla loro contrapposizione si ergessero classificazioni di portata, per così dire, monumentale.

Tra queste, anche la bipartizione tra atti discrezionali e vincolati, su cui si sono fondate varie sottodistinzioni, volte, ad esempio, a separare un tipo di provvedimento dall'altro, secondo che esso rispondesse alla stretta legittimità, alla discrezionalità tecnica o a quella amministrativa.

Oppure dirette a delineare le modalità del sindacato; così da escludere – forse troppo semplicisticamente – la deducibilità del vizio di eccesso di potere contro gli atti vincolati.

Proprio a causa delle difficoltà di affiancare un principio assoluto ed escludente, qual è quello di legalità, ad un altro principio (quello di buon andamento, idoneo a derogarvi), si può nutrire il dubbio che tali costruzioni giuridiche siano, come nel sogno del tiranno babilonese, in predicato di franare sui propri fragili piedi.

E, forse, si possono scorgere fin d'ora, le avvisaglie.

3. *La discrezionalità precede il potere*

Entrando *in medias res*, benché le espressioni «atto discrezionale» (o «vincolato») e «potere discrezionale» (o «vincolato») siano diffusissime nel vocabolario del cultore del diritto amministrativo, esse si fondano, verosimilmente, su un falso presupposto.

Questo, almeno, a valere su un piano di teoria generale.

È, in altri termini, discutibile che la discrezionalità, secondo che essa sia presente o no, qualifichi davvero la *natura* dell'atto, sì che si possa concettualmente distinguere un potere provvedimentale dall'altro sulla base di detto criterio. Studi non più recenti hanno dimostrato che

l'esercizio della discrezionalità precede l'esercizio del potere, sì da distinguersene.

Il potere (se inteso come forza di produrre effetti giuridici), d'altra parte, non è una situazione giuridica soggettiva, ma solo il possibile contenuto di distinte situazioni di libertà o di doverosità.

Quando, poi, si tratti di poteri imperativi, la loro attribuzione si giustifica, rispetto al principio costituzionale di uguaglianza solo se connessi ad una funzione pubblica e, dunque, ad un fine doveroso.

Ne deriva che il loro esercizio non può che essere sempre vincolato.

Frutto cioè di posizioni di stretta doverosità.

4. *La discrezionalità precede l'emanazione dell'atto*

Che l'esercizio della discrezionalità, nelle sue varie forme, preceda l'emanazione dell'atto è questione dimostrata da diverse circostanze.

In primo luogo, almeno a seguire le teorie tradizionali, non si riuscirebbe diversamente a spiegare il *quantum* di discrezionalità insito nel provvedimento, consentendo peraltro di riferire ai relativi provvedimenti lo stesso vizio di eccesso di potere, proprio secondo la forma dello sviamento.

Si è detto, al riguardo, che, nell'esercitare la discrezionalità, l'Amministrazione si pone un autolimite, di talché essa, emanando l'atto, ha il dovere di rispettare il risultato delle valutazioni discrezionali, pena l'annullabilità, anche in sede giurisdizionale, del provvedimento, per violazione di norma giuridica d'azione. Vale a dire della norma che ha *delegato* all'Amministrazione il compito di svolgere le valutazioni discrezionali e di rispettarle.

Ma, se è l'esercizio della discrezionalità a costituire il dovere giuridico che, poi, l'atto amministrativo dovrà rispettare, è allora evidente che la discrezionalità precede il provvedimento, perché essa addirittura precede il venire in essere del dovere che, successivamente, assumerà a proprio contenuto l'emanazione del provvedimento.

Le conseguenze dell'autolimite nel regime del provvedimento amministrativo si colgono anche sotto un profilo, per così dire, formale. Il dovere di motivazione, in particolare, si giustifica soprattutto nella esigenza di far trasparire all'esterno dell'Amministrazione il risultato della valutazione discrezionale e, dunque, nella necessità di rendere nota la regola autoimposta, sulla quale poi costruire un giudizio di corrispondenza con l'atto concretamente emanato.

Ma, ancora una volta, la motivazione è requisito di mera validità dell'atto, non già della sua esistenza. Cosicché, anche per tal via, la discrezionalità non riesce a compenetrare l'essenza del provvedimento.

Altre prove della dissociazione strutturale tra la discrezionalità e gli elementi essenziali dell'atto amministrativo si colgono nella disciplina processuale.

In particolare, nei casi di contestazione del silenzio inadempimento o del rifiuto di provvedimento, i poteri del giudice variano secondo la preliminare fase di esercizio della discrezionalità sia stata esaurita oppure no. Solo nel secondo caso, la sentenza potrà contenere un ordine di emanazione di un preciso provvedimento.

Ma ciò attiene al caso in cui la discrezionalità, appunto, sia stata *precedentemente* consumata e non attiene alla natura del provvedimento da emanare.

5. *Critica al concetto di discrezionalità*

Sia attingendo alla sistematica di teoria generale, sia guardando al regime di alcune figure di diritto positivo, si può, pertanto, sostenere che quella dell'atto discrezionale sia in realtà una *falsa nozione*, che non descrive una caratteristica ontologica di una specifica tipologia di provvedimenti.

In realtà, nel momento in cui il provvedimento viene emanato, esso è sempre vincolato. Sia che, in tal modo, esso sia descritto fin dall'inizio ad opera della legge, sia che la sua produzione avvenga al termine di una valutazione discrezionale.

Ciò non toglie, naturalmente, che tra l'atto c.d. *discrezionale* e l'atto c.d. *vincolato* possa fondarsi alcune differenze di regime. Ma, proprio perché la discrezionalità non attiene alla essenza dell'atto, dette diverse discipline indicano delle regole suscettibili di essere derogate e non già degli inviolabili principi.

Volendosene offrire degli esempi, si pensi alle distinzioni tra *ammissioni* e *autorizzazioni*.

Le prime (tra le quali ricadono le iscrizioni, gli accreditamenti e altre figure variamente denominate) si dice che conferiscano uno *status*.

Ciò significa che l'ammissione costituisce il presupposto per l'efficacia di una separata norma giuridica generale e astratta (solitamente la legge), la quale intesterà direttamente un dato regime - un insieme di diritto o di doveri - in capo a tutti i soggetti che, in quanto qualificati dall'ammissione, ne risultino così destinatari.

In tal modo, però, il titolare di una ammissione vede i propri diritti e i propri doveri discendere non già dal provvedimento amministrativo, ma, appunto, dalla legge che presuppone, per la propria applicabilità, l'ammissione stessa. Ne segue che il regime giuridico del titolare di un'ammissione è sempre e necessariamente uguale a quello di tutti gli altri destinatari della norma generale e astratta. Cioè è sempre uguale a quello di tutti gli altri titolari di ammissione.

Gli iscritti all'albo forense, così, hanno tutti le stesse prerogative; indipendentemente dal fatto che i singoli siano versati nelle discipline civilistiche o penalistiche. Indipendentemente dal fatto che essi siano giovani o vecchi o che, altrimenti, si cerchi di differenziarli. E, quando pure si volesse in tal senso distinguere, toccherebbe alla legge istituire nuovi albi e nuove qualificazioni.

L'indifferenziazione di regime, che vale per il caso delle ammissioni, dimostra che quando il legislatore ricorre a questa figura, per regolare l'attività dei privati, esso ha inteso escludere che l'Amministrazione possa intervenire dettando una disciplina adeguata e conformata al singolo caso specifico.

Le ammissioni, per necessità funzionale, sono dunque atti vincolati nel loro contenuto: o si è ammessi o non lo si è. Non si è ammessi un po' di più o un po' di meno.

Di contro, nel caso della autorizzazione, il regime giuridico del cittadino deriva direttamente dall'atto amministrativo e non deriva dalla legge.

La regolazione dell'attività dei privati non è, dunque, necessariamente indifferenziata tra tutti i soggetti autorizzati. Al contrario, l'autorizzazione si presta ad una regolamentazione attenta alle specificità del caso concreto, sì da avere contenuto *naturalmente* discrezionale.

Ciò non toglie, però, che possano ugualmente aversi autorizzazioni vincolate, quanto al loro contenuto. Ancora una volta, dunque, la discrezionalità non attiene ai caratteri essenziali di questa specifica tipologia di atto.

6. *Atti preceduti o non preceduti dalla discrezionalità*

Ravvisato, dunque, che è più corretto distinguere tra atti preceduti da discrezionalità e atti che non lo sono (anziché tra atti discrezionali e vincolati, *tout court*), si vorrà a questo punto verificare come la categoria incida sul piano delle tutele, atteso che il diritto amministrativo è soprattutto orientato alle stesse.

La riflessione, al riguardo, intreccia la categoria degli atti *discrezionali* come quella del merito amministrativo.

Nozione quest'ultima sempre sfuggente. Oggi ancora di più che nel passato, giacché i tradizionali limiti alla sua sindacabilità sembrano stati sensibilmente erosi. E, in tale procedimento di erosione, si deve forse cogliere la difficoltà di distinguere tra atti discrezionali e vincolati, quanto alla loro essenza.

Le radici del limite alla sindacabilità del merito affondano, come si sa, nel principio di divisione dei poteri dello Stato. Di talché, quello che dovrebbe essere un impedimento alla tutela si rivela (o, almeno così era stato originariamente concepito) in realtà un argine all'ingerenza del potere giurisdizionale su quello esecutivo.

Sia pure in modo piuttosto contorto, l'insindacabilità del merito si risolve, perciò, anch'essa in una forma di tutela dei c.d. «diritti pubblici subiettivi».

Tali diritti, infatti, sono suscettibili di essere violati non solo quando l'Amministrazione si propone come Giudice (chiamato a risolvere le proprie controversie con i privati), ma anche quando sia, al contrario, il Giudice a pretendere di farsi Amministrazione.

È invero l'identificazione in sé tra i due poteri a rivelarsi potenzialmente lesiva delle garanzie dei cittadini, in qualunque modi si arrivi a configurare detta identificazione.

Per certi aspetti, anzi, in un sistema a diffuso controllo democratico, che prevede l'eleggibilità delle cariche amministrative, può apparire meno pericoloso che sia l'Amministrazione a farsi Giudice, anziché l'opposta ipotesi. Perché, all'operato del giudice non può estendersi quel lato controllo, operato in sede di rinnovazione degli uffici rappresentativi.

L'impossibilità di distinguere concettualmente il potere giurisdizionale e quello esecutivo è, tuttavia, forse fragile, ove si consideri che entrambi promanano dall'unico potere statuale, che si identifica con il principio di autorità. Di talché la medesima distinzione, pur utilissima sul piano applicativo e delle garanzie, si poggia su un piano verosimilmente empirico e mutevole, alla luce del quale si pongono anche i confini tra sindacato di legittimità e sindacato esteso al merito.

7. *Effetti di tale distinzione sui poteri del giudice*

La stessa legge Crispi 5992/1889, d'altronde, accettò quello che, con

la progressiva giurisdizionalizzazione della Quarta Sezione, si sarebbe dimostrata una vera e propria *deroga* al principio di divisione dei poteri dello Stato. A patto, però, che il sindacato si concentrasse sull'atto amministrativo già emanato e, per di più, nei ristretti limiti del potere di annullamento.

Perciò, quando il provvedimento veniva assunto l'Amministrazione si poneva al confine del proprio potere, sì da esporsi alle possibilità che il Giudice intervenisse, eliminando l'atto assunto *contra legem*.

Tutto ciò che precedeva il provvedimento, invece, era distante da quella linea di confine e doveva considerarsi esercizio pieno del potere amministrativo, sottratto, come tale, ad ogni intervento del Giudice.

Ecco, così, che la stessa discrezionalità, non connaturando l'atto (ma precedendolo) sfuggiva anche per tal via (e giustificatamente) al sindacato giurisdizionale, restando confinata nel c.d. «merito».

8. *La distinzione tra potere amministrativo e giurisdizionale*

Lo schema fin qui descritto si dimostra apparentemente semplice e, nella sua realtà applicativa, esso ha retto, almeno quanto ai suoi tratti fondamentali complessivamente fino ad oggi.

A mio modo di vedere, tuttavia, esso risentiva di una sorta di originario vizio di costruzione, che già era stato colto nella celebre affermazione del Portalis: «*Juger l'administration c'est administrer*».

Il limite della costruzione va colto proprio in quella sorta di empirismo con cui è stata risolta la distinzione tra legittimità e merito, tra norme d'azione giuridiche e non giuridiche; tra principio di legalità e principio di buona amministrazione. Empirismo che ha portato a costruire il giudizio amministrativo come un giudizio di mera cassazione del provvedimento amministrativo, limitando i poteri sostitutivi del Giudice.

E tuttavia anche l'annullamento è una misura sostitutiva, poiché caducando l'atto il Giudice opera sugli effetti giuridici già prodotti dall'azione dell'Amministrazione. Se è così, allora, la linea di confine tra i due poteri è, dunque, solo convenzionale, perché essa non si appoggia a oggettive fondamenta concettuali.

E perciò nulla impedisce che la linea di confine venga diversamente tracciata.

Questa è la situazione attuale: ne è un esempio paradigmatico la surrettizia introduzione dell'azione di adempimento, che consente al

Giudice di concorre alla produzione di effetti giuridici «amministrativi» nuovi e di non limitare la sua azione alla mera eliminazione di effetti preesistenti.

Ma la linea di confine sembra che si stia ulteriormente spostando, sì da invadere anche lo spazio un tempo riservato alle stesse valutazioni discrezionali.

È ben noto il dibattito sul sindacato diretto circa le valutazioni c.d. tecniche.

Pur avendo sostenuto il passato la tesi della loro insindacabilità, penso che ora si possa rivedere quella precedente convinzione, giacché l'insorgenza dell'art. 63 del codice del processo amministrativo, nell'ammettere la consulenza tecnica anche per l'acquisizione di valutazioni che richiedono specifiche competenze tecniche, sembra alludere proprio al caso delle valutazioni tecniche.

Perciò, riguardo agli atti amministrativi preceduti da discrezionalità tecnica, si può oggi ipotizzare che sussista una giurisdizione generale di merito, facilitata peraltro dalla circostanza che il relativo principio di tassatività – a differenza dell'analogo principio che vale per la giurisdizione esclusiva – non sembra essere assistito da una specifica protezione costituzionale.

Ma anche il sindacato diretto sulla c.d. discrezionalità pura sembra essersi ampliato; almeno con riguardo a determinate fattispecie.

Si pensi all'ipotesi in cui, omessa la comunicazione di avvio del procedimento, l'Amministrazione riesca ad evitare l'annullamento del proprio provvedimento dimostrando in giudizio che il suo contenuto, pur discrezionale, non avrebbe potuto essere diverso.

Sarebbe erroneo, in tali casi, ravvisare una inversione in senso tecnico dell'onere della prova, giacché qui non sono fatti da dimostrare, ma giudizi di valore.

Tuttavia, lo schema logico sembra essere assai simile a quella figura, con la conseguenza che, così come il giudice valuta liberamente le prove, è ragionevole pensare che egli possa valutare in modo altrettanto libero e diretto la dimostrazione della opportunità del provvedimento adottato.

Tanto più che la giurisprudenza non è incline a ritenere che siffatta «dimostrazione» debba avere la forma propria dell'atto amministrativo, come tale impugnabile nei ristretti limiti del sindacato di legittimità e, quindi, della sua ragionevolezza. Al contrario, i giudici sembrano reputare che l'onere di dimostrazione possa essere soddisfatto nella semplice sede della difesa tecnica, così esponendo, però, quanto dimostrato ad ogni critica diretta sul suo contenuto.

9. *Conseguenze sul giudizio di legittimità o di merito*

Più in generale, sembra emergere, anche in ragione delle esemplificazioni addotte, il dubbio che il concetto stesso di merito amministrativo – inteso come sfera di insostituibilità dell'Amministrazione – debba essere rivisitato nei suoi contenuti e che la sua nozione, oggi sembra ispirarsi, meno che nel passato, a rigidi criteri «sostanziali». Più semplicemente, sembra prospettarsi che, oggi, il merito amministrativo altro non sia se non ciò che la legge, nel dettare i limiti del sindacato giurisdizionale, definisce come tale.

Conseguentemente, anche la nozione di giurisdizione generale di legittimità deve essere forse ripensata, giacché in essa finisce, pur sempre, per ricadere tutto ciò che dal merito deve essere espunto.

Che lo stesso concetto di giurisdizione di legittimità stia, per così dire, ampliandosi (e, con detto fenomeno, stiano ampliandosi anche le potenzialità del Giudice di incidere sull'attività amministrativa) è cosa facilmente riscontrabile.

Sempre guardando al rapporto con la giurisdizione di merito (e trascurando quello con la giurisdizione esclusiva, in cui si può constatare un analogo fenomeno), si potrà considerare anche l'attrazione nel giudizio di cognizione di fasi e poteri un tempo spettanti al rito dell'ottemperanza, quali la nomina di un commissario *ad acta* (art. 34, comma 1, c.p.a.).

Tale possibilità, verosimilmente da intendersi limitata all'emanazione di atti *vincolati*, è indice di una trasformazione in atto del processo, volta, forse, a rappresentarlo come una manifestazione di esercizio unificato dei due poteri dello Stato: il Giudice che si fa Amministrazione.

Tutto ciò, paradossalmente, sembra trovare conferma osservando come lo stesso giudizio di ottemperanza sia in grado di intervenire sul contenuto dell'accertamento giudiziale e sul giudicato stesso, nell'ipotesi di azione per ottenere «chiarimenti» sulla sentenza da attuare. Non pare che si possa contestare, infatti, che detti «chiarimenti» siano potenzialmente idonei a modificare il contenuto della sentenza, come è proprio di ogni attività di interpretazione.

Venendo meno – o indebolendosi – la stabilità del giudicato, la stessa sentenza cessa però di essere tale e il suo carattere sostanziale si avvicina di molto a quello del provvedimento amministrativo.

10. *Conclusioni*

In che modo tutto ciò possa armonizzarsi con il dettato degli artt. 103 e 113 cost. è cosa tutta da verificare. Ma sembra innegabile che vi sia almeno un orientamento in questo senso, volto in generale a favorire una più ampia capacità del Giudice di sostituirsi all'Amministrazione.

In tale prospettiva, anche il rilievo della bipartizione tra atti discrezionali ed atti vincolati deve essere oggetto di nuove considerazioni critiche.

L'atto discrezionale, pur secondo i fragili limiti con cui si può assumere tale concetto, non sembra alludere più, necessariamente, ad una ipotesi in cui l'Amministrazione è soggetta solo ad un sindacato esterno e indiretto. Quanto meno con riguardo al caso della discrezionalità tecnica, sussistono ragioni che potrebbero portare a sostenere il contrario.

Perciò la bipartizione sembra essere un'ulteriore cartina al tornasole, alla luce della quale verificare se il modello del diritto amministrativo, quale uscito dal Secolo dei Lumi, sia ancora attuale e, soprattutto, ancora compiutamente applicato.

Spetterà ad altri considerare se queste nuove tendenze esprimano, sotto il profilo delle tutele, un miglioramento o un regresso.

FRANCESCO MANGANARO

PUBBLICITÀ ED ACCESSO PER LA TRASPARENZA AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Il segreto nelle attività delle amministrazioni pubbliche. – 2. La riservatezza: un concetto in negativo. – 3. La pubblicità dell'azione delle pubbliche amministrazioni. – 4. Il principio di trasparenza. – 5. L'evoluzione della disciplina normativa: l'accesso nella legge sul procedimento. – 6. L'accesso civico. – 7. L'introduzione dell'accesso civico generalizzato. – 8. Le linee guida ANAC sull'accesso. – 9. L'ampliamento dell'accesso nel Codice dell'amministrazione digitale. – 10. La tutela dei dati personali nell'attuazione del Regolamento comunitario 679/2016. – 11. La tutela dei dati personali nei differenti tipi di accesso. – 12. La stratificazione delle forme di tutela dei dati personali nelle diverse forme di accesso.

1. *Il segreto nelle attività delle amministrazioni pubbliche*

Per ragionare compiutamente sull'accesso agli atti ed ai dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni può essere utile seguire una sistematica che esponga inizialmente quali siano gli argomenti utilizzati per limitare l'accesso in nome della tutela di interessi pubblici e privati, ostacolandone l'effettiva realizzazione.

Il primo profilo attiene alla rilevanza del *segreto* amministrativo, un istituto considerato come il necessario fondamento delle moderne burocrazie, custodi esclusive dell'interesse pubblico in forza della loro competenza tecnica.

È infatti proprio sul versante del segreto amministrativo che si fonda la legittimazione delle amministrazioni pubbliche nelle teorie sulla burocrazia. Risale a Max Weber l'idea che la formazione della burocrazia, cioè un insieme organizzato di persone che lavorano a titolo professionale per le pubbliche amministrazioni, abbia costituito il nucleo essenziale per la nascita dei moderni Stati costituzionali in Europa[1]. Il potere

[1] M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tubinga, 1922, ed. it. *Economia e società. I. Teoria delle categorie sociologiche*, Torino, 1999, 217 secondo cui "lo sviluppo delle "moderne" forme di aggruppamento in tutti i campi (stato, chiesa, esercito, partito, impresa economica, gruppo di interesse, unione, fondazione e così via) è semplicemente

di carattere razionale, che poggia sulla "credenza nella legalità di ordinamenti statuiti, e nel diritto di comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere (potere legale) in base ad essi"[2], trova realizzazione concreta nell'esercizio di un'attività amministrativa svolta a livello professionale dalla burocrazia, che fonda la sua capacità di curare gli interessi pubblici sulla propria competenza tecnica specializzata, costituita sia dal sapere tecnico in senso stretto[3] che dalla competenza acquisita negli anni di servizio[4].

È in questo contesto che va letta la questione del segreto amministrativo. Weber ammette e giustifica la necessità del segreto "per certi campi amministrativi dalla loro natura oggettiva", come nel caso di attività militari o diplomatiche o finanche nel caso di imprese pubbliche che gestiscono segreti commerciali. E tuttavia annota che è "il puro interesse di potenza della burocrazia" ad ampliare oltre misura tale idea, con la creazione del "segreto d'ufficio", istituto immotivato al di fuori dei settori indicati[5]. La forza della burocrazia attraverso la custodia del segreto è tale che anche "il monarca assoluto, e in un certo senso proprio lui soprattutto, è impotente di fronte alla superiorità della specializzazione burocratica"[6].

Ecco perché gli studi sulla sociologia dell'amministrazione pubblica

un tutto unico con lo sviluppo e l'accrescimento continuo dell'amministrazione burocratica: la sua nascita è, per esempio, il nucleo dello Stato occidentale moderno".

[2] M. WEBER, *op. ult. cit.*, 210.

[3] Nota M. WEBER, *op. ult. cit.*, 218 che negli Stati evoluti "c'è soltanto la scelta tra "burocratizzazione" e "dilettantismo" dell'amministrazione; e il grande strumento di superiorità dell'amministrazione burocratica è il sapere specializzato, che è reso del tutto indispensabile dalla moderna tecnica ed economia della produzione dei beni, tanto se questa è organizzata in modo capitalistico quanto se è organizzata su base socialistica – il che quando si debba raggiungere una prestazione tecnica eguale, implica soltanto uno straordinario aumento di importanza della burocrazia specializzata".

[4] La burocrazia tende ad accrescere il suo potere mediante "la competenza acquisita nel servizio, cioè mediante le cognizioni di fatti appresi nel corso del servizio o "messe agli atti": *op. ult. cit.*, 219.

[5] Secondo M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, ed. it. *Economia e società.* IV. *Sociologia politica*, Torino. 1999, 92 "la tendenza a conservare il segreto deriva per certi campi amministrativi dalla loro natura oggettiva", ma è il puro potere di comando ad estendere il concetto con la creazione del segreto d'ufficio e "niente è difeso da essa [la burocrazia] con tanto fanatismo come questa attitudine che non può essere motivata, al di fuori di questi campi specificamente qualificati, in modo oggettivo".

[6] M. WEBER, *op. ult. cit.*, 92.

considerano fattori determinanti dei rapporti tra cittadini ed amministrazioni le posizioni di potere ed il grado di conoscenza e d'informazione delle parti del rapporto amministrativo, sia riguardo all'oggetto specifico della questione trattata che alla struttura organizzativa e procedimentale dell'amministrazione[7], rilevando peraltro, quanto all'informazione, il carattere asimmetrico a vantaggio della burocrazia[8].

2. *La riservatezza: un concetto in negativo*

Un secondo ostacolo alla piena attuazione del diritto di accesso può derivare dalla configurazione del diritto alla *riservatezza*. La questione si presenta molto complessa perché sotto un unico termine lessicale si prospettano situazioni differenziate quanto ai soggetti nei cui confronti la riservatezza produrrebbe effetti e quanto alle situazioni giuridiche tutelate[9].

È assai significativo che la dottrina non individui un preciso fondamento costituzionale e normativo della riservatezza così da definirne un contenuto specifico, cosicché la sua natura giuridica viene configurata per contrasto con tutto ciò che con essa possa interferire o limitarla[10].

Le indicazioni normative, anche di livello sovranazionale, sulla tutela della riservatezza nonché la giurisprudenza che ne riconosce la rilevanza finiscono per rinviare alla disciplina dei dati che non possono essere oggetto di divulgazione da parte delle amministrazioni, cosicché "i confini sostanziali della riservatezza sono venuti definendosi, attraverso la speculare identificazione della spettanza dell'accesso agli atti"[11]. Una chiara dimostrazione di questo assunto si ha, ad esempio, nell'art. 24 della legge sul procedimento (su cui si tornerà più avanti) che, individuando specifici limiti all'accesso agli atti delle amministrazioni, pone

[7] R. MAYNTZ, *Sociologia dell'amministrazione pubblica*, Heidelberg 1978, ed. it. Bologna, 1982, 266.

[8] M. WEBER, *op. ult. cit.*, 272.

[9] D. PICCIONE, *Riservatezza (disciplina amministrativa)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, Milano, 2015, 722 ss.

[10] Secondo D. PICCIONE, *op. ult. cit.*, "conviene subito anticipare che questo della indiretta qualificazione della riservatezza per contrasto con i suoi valori antagonisti è uno snodo cruciale sul piano metodologico, se non altro al fine di evitare confusione tra quello in esame e il tema dei segreti pubblici".

[11] D. PICCIONE, *op. ult. cit.*, 731.

un invasivo controlimite che consente comunque l'accesso a chi debba curare o difendere i propri interessi giuridici.

Non sussiste perciò un interesse pubblico generale alla riservatezza dell'attività delle pubbliche amministrazioni, se non nei casi specificamente previsti[12]. La questione anzi si porrebbe al contrario, in quanto la riservatezza non sarebbe limite all'accesso agli atti delle pubbliche amministrazioni, ma un divieto posto a queste ultime di intromettersi nella sfera privata delle persone[13].

Tralasciando questo ultimo profilo, ciò che si deve qui esaminare è la declinazione della riservatezza come un limite all'accesso agli atti in quanto lesivo degli interessi dei controinteressati, non potendosi configurare un principio generale di riservatezza a tutela degli interessi delle amministrazioni.

Se ne ha conferma nelle disposizioni sul procedimento amministrativo, che pongono un limite all'accesso in nome della tutela dei dati dei soggetti terzi detenuti dalle amministrazioni. Tali norme dimostrano, al tempo stesso, la tenuità della tutela della riservatezza nel bilanciamento con il diritto di accesso, quando esso sia necessario per difendere diritti giuridicamente protetti[14].

Il diritto all'accesso agli atti, esercitato per fini difensionali, prevale anche rispetto alle eventuali esigenze di riservatezza delle informazioni di rilievo industriale o commerciale delle imprese opposte dai controinteressati, esigenze che comunque possono essere tutelate mediante il differimento o il parziale oscuramento dei dati richiesti (Consiglio di Stato, sez. III, 16 luglio 2018, n. 4312; T.A.R. Lazio, sez. I, 13 giugno 2018, n. 6614). Alla stessa conclusione si perviene nel caso di accesso agli atti relativi alle domande di registrazione dei farmaci generici da parte della società che commercializza il farmaco di riferimento (Consiglio di Stato, sez. III, 14 giugno 2018, n. 3688).

[12] A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc Dir.*, XXI, 1971, 477; BEVERE, CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 1995.

[13] Secondo D. PICCIONE, *op. ult. cit.*, 736, si possono avere tre diverse configurazioni della riservatezza nei confronti delle amministrazioni pubbliche: limiti alle pubbliche amministrazioni a tutela della sfera individuale; regolazione di soggetti pubblici su attività di privati che detengono dati di terzi; contemperamento con il principio di pubblicità e trasparenza.

[14] Secondo il comma 7 dell'art. 22 della legge sul procedimento "deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici".

Il contemperamento tra accesso e riservatezza si concretizza, perciò, nell'avvisare i terzi controinteressati dell'istanza di accesso, dando ad essi la possibilità di presentare una motivata opposizione, alla quale consegue una valutazione dell'amministrazione in ordine all'accoglimento, o meno, della domanda di accesso (T.A.R. Sardegna, sez. I, 7 febbraio 2018, n. 81).

Alla stessa conclusione giunge la giurisprudenza anche dopo l'emanazione del d.lgs. n. 196/2003 (Codice di protezione dei dati personali), considerando recessive le esigenze di riservatezza quando l'accesso sia esercitato per esigenze di difesa di un interesse giuridicamente rilevante (T.A.R. Lombardia, sez. III, 26 settembre 2018, n. 2151; T.A.R. Veneto, sez. I, 23 luglio 2018, n. 802).

Sul punto si tornerà più oltre[15], ma per ora è sufficiente rilevare che la riservatezza non ha i contorni definiti di una situazione giuridica soggettiva limitativa dell'accesso (come invece avviene negli specifici casi di segreto normativamente determinati), quanto piuttosto configura una modalità dell'accesso stesso[16].

3. *La pubblicità dell'azione delle pubbliche amministrazioni*

L'accesso agli atti amministrativi, ai dati ed alle informazioni detenute dalle amministrazioni presuppone che essi non siano già acquisibili attraverso gli obblighi di *pubblicità* previsti dall'ordinamento.

Anche alla pubblicità sono stati attribuiti contenuti differenti, che attengono sia alle modalità di attuazione che agli effetti prodotti[17].

La pubblicità potrebbe avere, infatti, finalità – e di conseguenza strumenti – diverse ove intenda essere misura di conoscenza, di informazione, di propaganda. In questa sede si preferisce accogliere la nozione più ristretta che la configura come pubblicazione (sui siti delle amministrazioni, sulla Gazzetta Ufficiale ecc.) di atti, divenuti in tal

[15] Per una più approfondita analisi, si veda il par. 10.

[16] Lo definisce bene D. PICCIONE, *op. ult. cit.*, 742, secondo cui "lo scolorare della struttura della riservatezza ne elide i contorni come situazione giuridica soggettiva, così che essa viene ulteriormente confinata alla natura di mero limite modale del diritto di accesso".

[17] A. MELONCELLI, *Pubblicità (dir. pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXXVII, 1988, 1034 ss.; M. OCCHIENA, *Pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 141 ss.

modo conoscibili da parte di tutti ed in particolare di coloro che ne hanno interesse. In questo senso la pubblicità avrebbe multiple finalità: una generale conoscibilità *erga omnes* del modo in cui l'amministrazione esercita il potere ed una finalità di garanzia per coloro che hanno maggiormente interesse a conoscere il contenuto dell'atto.

La pubblicità, pertanto, troverebbe attuazione (quasi identificandosi) negli obblighi di pubblicazione, che le più recenti norme anticorruzione hanno ampliato sia per quanto concerne lo stato patrimoniale ed il *curriculum* di dirigenti politici ed amministrativi che per quanto concerne gli atti adottati.

Il catalogo degli atti oggetto di pubblicazione è assai vasto. L'art. 1, c. 15 della l. 190/2012, già prevedeva che dovessero essere pubblicate sui siti web dell'amministrazione "le informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione", i bilanci, i conti consuntivi, i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini, le informazioni sulla situazione patrimoniale dei dirigenti[18].

Il d.lgs. 33/2013, dando estensiva attuazione alla l. 190/2012 in materia di anticorruzione, amplia consistentemente la categoria degli atti soggetti ad obbligo di pubblicazione.

Innanzitutto, rientrano tra gli atti oggetto di pubblicazione quelli di carattere normativo e amministrativo generale, gli atti di organizzazione, i *curricula* ed i redditi dei componenti degli organi di indirizzo politico, dei titolari di incarichi dirigenziali e di collaborazione o consulenza.

Invero, la Corte costituzionale, con la recente sentenza n. 20/2019 segnala alcuni inutili eccessi in materia di pubblicazione degli atti proprio in materia di incarichi dirigenziali. Viene perciò dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, comma 1-*bis*, del d.lgs. 33/2013, nella parte in cui prevedeva l'obbligo di pubblicazione per tutti i dirigenti di una dichiarazione contenente l'indicazione dei redditi soggetti all'IRPEF nonché dei diritti reali su beni immobili e su beni mobili iscritti in pubblici registri, delle azioni di società, delle quote di partecipazione a società e dell'esercizio di funzioni di amministratore o di sindaco di società (con obblighi estesi al coniuge non separato e ai parenti entro il secondo grado, ove gli stessi vi consentano e fatta salva la neces-

[18] E. D'ALTERIO, *Pubbliche amministrazioni in crisi ai tempi della trasparenza*, nota a T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 febbraio 2018, n. 1734, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2018, 511.

sità di dare evidenza, in ogni caso, al mancato consenso), anziché limitare tale disposizione ai soli titolari di incarichi dirigenziali previsti dall'art. 19, commi 3 e 4, del d. lgs. 165/2001, cioè ai titolari di incarico di Segretario generale di ministeri e di direzione delle strutture dirigenziali generali interne (comma 3) ed ai titolari di funzioni dirigenziali di livello generale (comma 4).

Tornando all'elencazione degli atti oggetto di pubblicazione, vi rientrano la dotazione organica ed il costo del personale con rapporto di lavoro a tempo indeterminato, i dati relativi al personale non a tempo indeterminato, gli incarichi conferiti ai propri dipendenti, la valutazione della performance e la distribuzione dei premi al personale, gli atti della contrattazione collettiva.

Quanto alle risorse economiche, oltre al bilancio preventivo e consuntivo, sono pubblici il Piano degli indicatori e dei risultati attesi di bilancio, nonché i dati concernenti il monitoraggio degli obiettivi ed i tempi di pagamento dell'amministrazione.

Devono essere pubblicati l'elenco dei beni immobili, gli atti di gestione del patrimonio, i dati relativi ai controlli sull'organizzazione e sull'attività dell'amministrazione e dei servizi erogati. È altresì previsto l'obbligo di pubblicare i dati relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, nonché alle partecipazioni in società di diritto privato, i dati aggregati sull'attività amministrativa, i controlli sulle imprese, gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati.

Particolare attenzione è dedicata alla disciplina delle opere pubbliche, con il conseguente obbligo di pubblicazione dei processi di pianificazione, realizzazione e valutazione delle opere pubbliche, delle procedure sui contratti di lavori, servizi e forniture, sull'accesso alle informazioni ambientali, sugli interventi straordinari e di emergenza che comportano deroghe alla legislazione vigente.

Il dirigente responsabile dell'anticorruzione, individuato in ogni ente, è responsabile dell'adempimento di tali obblighi. L'eventuale inadempimento costituisce elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale e causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione; costituisce, inoltre, elemento di valutazione ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale (art. 46, d.lgs. 33/2013).

È stato opportunamente osservato, anche nelle relazioni

dell'Autorità nazionale anticorruzione, che la lunga lista di atti oggetto di pubblicazione impone eccessivi obblighi senza differenziare – come sarebbe stato necessario – tra categorie e dimensioni di enti pubblici. Un primo segnale quanto all'inutile eccesso di obblighi di pubblicazione viene ora dalla segnalata sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale.

Tuttavia gli obblighi di pubblicazione si comprendono meglio alla luce dell'accesso civico, introdotto dall'art. 5 del d.lgs. 33/2013 che, nella sua formula originaria, considera oggetto di accesso tutti gli atti oggetto di pubblicazione obbligatoria nel caso in cui l'amministrazione abbia disatteso tale obbligo. Visto che sarebbe contraddittorio prevedere l'accesso per atti già oggetto di un obbligo normativo di pubblicazione, l'unica spiegazione possibile della norma consiste, infatti, nel considerare l'accessibilità dell'atto come una "sanzione" per l'amministrazione inadempiente agli obblighi di pubblicazione. E tale disposizione permane – come si vedrà meglio nel prosieguo – anche quando il d.lgs. 97/2016, modificando l'art. 5, introduce l'accesso civico generalizzato anche per gli atti non soggetti ad obbligo di pubblicazione.

Dal contesto normativo vigente, si può perciò trarre la conclusione che l'organizzazione e le attività di tutte le autorità pubbliche sono soggette, in linea di principio, ad un precetto di pubblicità, i cui eventuali limiti sono da considerare eccezionali[19], rovesciando così il rapporto tra regola ed eccezione.

4. *Il principio di trasparenza*

Se il segreto e la riservatezza non sono principi generali dell'azione amministrativa lo è invece la *trasparenza*, esplicitamente prevista come tale dall'art. 1 della legge sul procedimento[20].

La trasparenza è stata spesso identificata con la pubblicità e

[19] In tal senso: A. MELONCELLI, *op. ult. cit.*, 1035.

[20] A. NATALINI – G. VESPERINI (a cura di), *Il Big Bang della trasparenza*, Napoli, 2015; M.C. CAVALLARO, *Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati*, in *Dir. amm.*, 2015, 121 ss.; M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016; S. FOÀ, *La nuova trasparenza amministrativa*, in *Dir. amm*, 1, 2017, 65 ss. La questione della trasparenza si pone anche negli altri ordinamenti europei, vedi ad esempio S. F. RAMOS, *La transparencia pública: pasado, presente y futuro*, in *Revista aragonesa de administración pública*, 2018, 213.

l'accesso o meglio si è ritenuto che essa sia l'espressione complessiva di questi due principi. In altro senso, tenendo conto del dettato normativo, si è attribuita alla trasparenza un significato specifico, identificato nella comprensibilità delle informazioni[21].

È innegabile che il principio della trasparenza si rafforzi sia attraverso l'ampliamento del catalogo degli obblighi di pubblicazione che attraverso le disposizioni sull'accesso civico[22], ma esso ha avuto una complessa gestazione, che ne giustifica la pluralità di significati.

La trasparenza è principio generale dell'attività amministrativa ai sensi dell'art. 1 della legge sul procedimento; regola specifica dell'organizzazione ai sensi del d.lgs. c.d. Brunetta n. 150/2009, che la configura come accessibilità totale ai dati ed alle informazioni; infine, con l'entrata in vigore delle leggi anticorruzione estende la sua efficacia, configurandosi sotto forma di accesso civico generalizzato, come meglio si vedrà in seguito. Ne è scaturita una trasparenza prevalentemente considerata per gli effetti anticorruttivi[23], presupposto di un controllo sociale sull'azione amministrativa, che ha oscurato gli ulteriori effetti positivi della trasparenza, quale funzione partecipativa di tipo propositivo e collaborativo più che ispettivo del corpo sociale[24], nonché l'effetto positivo che essa svolge sul versante dell'efficienza.

È stato perciò rilevato che la trasparenza ha una "virtualità multipla"[25], non solo perché consente di migliorare efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa attraverso la trasformazione di un'amministrazione analogico/cartacea in un' amministrazione digitale[26], ma anche perché attraverso la digitalizzazione si possono meglio

[21] F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012.

[22] I. NICOTRA (a cura di), *L'autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016.

[23] G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilancio a due anni dal "FOIA Italia"*, in *federalismi.it*, 10 ottobre 2018.

[24] Secondo F. CACCIATORE, F. DI MASCIO, A. NATALINI, *La trasparenza proattiva in Italia: meccanismi causali e dinamiche di contesto*, in *Riv. it. di polit. pubbl.*, 1, 2017, 49 ss. l'integrazione tra trasparenza proattiva e prevenzione della corruzione ha minato l'efficacia delle riforme nel contesto italiano caratterizzato dal legalismo della tradizione amministrativa.

[25] L. CALIFANO, *Trasparenza e privacy nell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale*, in *Giorn. st. cost.*, 2016, 77 ss.

[26] F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione,* in *Diritto e processo amministrativo*, 2019, 72 ss.

garantire i diritti sociali nei settori più rilevanti quali sanità, istruzione, welfare. È un punto poco esplorato o dato per scontato dalla dottrina giuridica, ma in effetti la digitalizzazione in materia di servizi li rende fruibili ad un maggior numero di persone, superando le barriere fisiche territoriali.

5. *L'evoluzione della disciplina normativa: l'accesso nella legge sul procedimento*

Si è dimostrato, nei paragrafi precedenti, che la conoscenza degli atti delle amministrazioni pubbliche non trova ostacolo normativo in un principio generale di segretezza o di riservatezza, in quanto i casi di segreto devono essere normativamente determinati in maniera specifica e quelli di riservatezza costituiscono un limite, ma non un motivo di esclusione, dell'accesso.

E tuttavia il percorso normativo del diritto di accesso è stato lungo e tortuoso[27], soprattutto per la primigenia opinione che attribuiva al segreto la forza di tutela dell'interesse pubblico, nonché per gli ostacoli posti dalla burocrazia (vedi par. 1).

Le prime esili forme di accesso si trovano nella l. 765/1967, che consentiva la visione degli atti procedimentali relativi alle licenze edilizie.

Molto più significativo l'accesso alle informazioni ambientali previsto nella l. 349/1986, istitutiva del Ministero dell'ambiente, che prefigura una prima forma di accesso civico, seppure limitato ad un ambito specifico[28].

La vera novità arriva con la legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, che introduce la possibilità di prendere visione

[27] Nella sterminata bibliografia sull'accesso si vedano in particolare: M. A. SANDULLI, *Accesso alle notizie e ai documenti amministrativi*, in *Enc. Dir.*, agg. IV, Milano 2000; C. E. GALLO, S. FOÀ, *Accesso agli atti amministrativi*, con agg. di F. Pavoni, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 2011. Più di recente: E. CARLONI, *Il nuovo diritto di accesso generalizzato e la persistente centralità degli obblighi di pubblicazione*, in *Dir. amm.*, 2016, 579 ss.; A. CAUDURO, *Il diritto di accesso a dati e documenti amministrativi come promozione della partecipazione: un'innovazione limitata*, in *Dir. amm.*, 2017, 601 ss.; A. SIMONATI, *I principi in materia di accesso*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, 1208 ss.

[28] A. CONTIERI, G. DI FIORE, *L'accesso alle informazioni ambientali* (D.l. 19 agosto 2005 n. 195) in M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1250 ss.

degli atti per coloro che partecipano al procedimento (art. 10), sia a titolo di interventore necessario (art. 7) che eventuale (art. 9), in entrambi i casi titolari di una situazione soggettiva che li legittima alla partecipazione procedimentale. Inoltre, la stessa legge introduce il diritto di accesso per tutti coloro che, pur non avendo partecipato al procedimento, intendano conoscere un atto che potrebbe ledere le loro situazioni giuridiche soggettive (art. 22 ss.).

Tali disposizioni normative, peraltro, intersecano un'altra specifica disciplina di quello stesso anno, contenuta nella legge 8 giugno 1990, n. 142 di riforma degli enti locali, dove, per la prima volta, si configura un acceso civico generalizzato agli atti ed alle informazioni. E tuttavia l'interpretazione della giurisprudenza prevalente riporta questo tipo di accesso a quello previsto dalla legge sul procedimento, con tutti i suoi limiti. Della legge di riforma degli enti locali rimane tuttora la disciplina speciale dell'accesso agli atti ed alle informazioni garantita ai consiglieri degli enti locali in forza della loro peculiare rappresentatività (art. 7, l. 142/90, ora art. 10 del T.U. n. 267/2000)[29].

La riforma della legge sul procedimento, realizzata con la l. 15/2005, influisce notevolmente sulla disciplina dell'accesso. L'intento di limitarne il perimetro di operatività è testimoniato dal fatto che l'interesse legittimante l'accesso non è più una "*situazione giuridicamente rilevante*", come originariamente previsto in maniera molto ampia dall'art. 22 della l. 241/90, bensì "*una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso*". Per di più, l'interesse legittimante deve ora essere "*diretto, concreto e attuale*", traslando così a livello legislativo quanto era già previsto a livello regolamentare dal d.P.R. 352/1992, che dava originaria attuazione alla legge sul procedimento.

La giurisprudenza, dopo un periodo di decisioni ondivaghe, apre la strada all'ampliamento del diritto di accesso, pacificamente ritenuto, sulla scorta della dottrina, come un vero e proprio diritto soggettivo, precipuamente volto a rendere effettivi e concreti i principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, pur mantenendo la sua strumentalità (T.A.R. Lazio, sez. II, 6 novembre 2017, n. 11029). La situazione legittimante l'accesso è del tutto distinta dalle situazioni legittimanti il ricorso giurisdizionale, a conferma della natura strumentale dell'accesso. Anzi è proprio la natura strumentale – che non garantisce l'acquisizione o la

[29] Sul punto: F. MANGANARO, *L'accesso agli atti ed alla informazione degli enti locali*, in M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1250 ss.

conservazione di beni della vita e, dunque, non assicura al suo titolare il conseguimento di utilità finali (T.A.R. Lombardia, sez. I, 15 ottobre 2018, n. 2292) – che ne fa una situazione autonoma rispetto a quella legittimante all'impugnativa dell'atto (T.A.R. Lazio, sez. I, 22 ottobre 2018, n. 10210; T.A.R. Lazio, sez. III, 1 agosto 2018, n. 8584).

Per la giurisprudenza, il legittimo esercizio del diritto di accesso richiede, innanzitutto, la sussistenza di un interesse qualificato, specificamente inerente alla situazione da tutelare, che sia immediatamente riferibile al soggetto che pretende di conoscere i documenti e, in secondo luogo, di un collegamento attuale tra situazione giuridica da tutelare e la documentazione di cui si richiede l'accesso, tale da poter incidere, anche solo potenzialmente, sull'interesse di cui il soggetto istante è portatore (Consiglio di Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1578).

La casistica favorevole all'accesso è quanto mai vasta. Sono considerati accessibili i pareri legali con funzione endoprocedimentale (Consiglio di Stato, sez. III, 15 maggio 2018, n. 2890)[30]; gli atti propedeutici a procedure di riscossione (T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 22 marzo 2018, n. 136); l'istanza di conversione del permesso di soggiorno (T.A.R. Campania, sez. VI, 10 novembre 2017, n. 5311). Non costituisce limite all'accesso la complessità tecnica di un accertamento (in questo senso, Consiglio di Stato, sez. V, 6 settembre 2017, n. 4217, secondo cui sono accessibili i dati della complessa attività di accertamento della c.d. 'saturazione virtuale' degli impianti di produzione elettrica, pur se comporti conoscenze specialistiche). Le limitazioni attengono a casi del tutto peculiari, come quando si esclude l'accesso ad un esposto presentato alla pubblica amministrazione, da cui hanno avuto origine procedimenti per l'accertamento di illeciti (T.A.R. Emilia Romagna, sez. II, 17 ottobre 2018, n. 772).

Un limite generale si rinviene nel comma 3 dell'art. 24 della legge sul procedimento, inserito dalla l. 15/2005, secondo cui "*non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni*". In questo senso, è necessario che l'istanza di accesso individui gli atti in modo sufficientemente preciso e circoscritto in modo da evitare che l'amministrazione sia costretta a compiere un'attività di ricerca e di elaborazione dei dati (T.A.R. Lombardia, sez. III, 26 settembre 2018, n. 2151; T.A.R. Emilia-Romagna, sez. II, 28 settembre 2018, n. 715).

[30] Con nota di S. INGEGNATTI, *Pareri legali richiesti dalla p.a.: quando è possibile il diritto di accesso*, in *Giur. it.*, 2018, 10, 2230.

Infine, le modifiche alla legge sul procedimento, introdotte dalla l. 69/2009 attribuiscono all'accesso natura di principio generale dell'ordinamento a rilievo costituzionale. La natura di principio generale dell'azione amministrativa viene sancita nel comma 2 dell'art. 22 della l. 241/90, secondo cui "*l'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza*". Ed inoltre l'art. 29, c. 2 *bis* della l. 241/90 inserisce l'accesso tra i livelli essenziali delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. m) della Costituzione[31].

6. *L'accesso civico*

L'evoluzione normativa che si è tratteggiata dimostra che l'accesso, pur con le modifiche intervenute, è considerato come una situazione strumentale posta a tutela di situazioni giuridiche, soprattutto di natura individuale.

Tale prospettiva muta radicalmente con l'irrompere nell'ordinamento della legislazione anticorruzione, introdotta con la legge delega 190/2012 e seguita, per quanto qui interessa, dal d.lgs. 33/2013.

L'accesso diventa una strumento di una trasparenza intesa come "*accessibilità totale dei dati e dei documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni*", integrando l'interesse individuale all'accesso con forme di controllo diffuso sull'attività delle amministrazioni. Tale disciplina, peraltro, richiama e completa quanto già previsto dal d.lgs. 150/2009 (c.d. decreto Brunetta), che prevedeva l'accessibilità totale alle informazioni attinenti ai profili relativi all'organizzazione delle pubbliche amministrazioni[32].

[31] Ai sensi dell'art. 29, c. 2-*bis* della legge sul procedimento "*attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti*".

[32] Secondo l'art. 11 del d.lgs. 150/2009, "*la trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli*

La diversità tra accesso procedimentale ed accesso civico è evidente nei suoi diversi principi ispiratori quanto allo scopo perseguito: il primo è destinato a soddisfare interessi giuridici particolari di soggetti portatori di un interesse diretto, attuale e concreto corrispondente a una situazione giuridicamente tutelata (art. 22, l. 241/90), il secondo ad un controllo diffuso sulle attività delle amministrazioni da parte di chiunque (art. 5, d.lgs. 33/2013).

Anche le modalità con cui il legislatore attua l'accesso civico sono diverse da quelle relative all'accesso procedimentale. L'ampliamento degli obblighi di pubblicazione è il presupposto per accedere a tutti gli atti eventualmente non pubblicati per l'inerzia dell'amministrazione (art. 5, d.lgs. 33/2013). Ed inoltre diventano oggetto di accesso anche le informazioni, come era previsto nella legge 142/90 sugli enti locali, che legittimava l'accesso a titolo di cittadinanza e non in quanto titolari di situazioni giuridiche soggettive protette.

La differenza giustifica quella giurisprudenza che ritiene convivere le due discipline sull'accesso, cosicché l'ampiezza del diritto di accesso civico, ispirato a un nuovo modo di concepire il rapporto tra cittadini e potere pubblico, non esclude l'accesso procedimentale a garanzia dei diritti individuali (Consiglio di Stato, sez. VI, 31 gennaio 2018, n. 651).

7. *L'introduzione dell'accesso civico generalizzato*

L'accesso civico ha avuto un'ulteriore significativa evoluzione. La critica posta puntualmente dalla dottrina in ordine all'originario art. 5 del d.lgs. 33/2013 rilevava che l'accesso civico era limitato a quegli atti per i quali l'obbligo di pubblicazione era stato eluso dall'amministrazione, ma non consentiva un vero accesso generalizzato a titolo di cittadinanza.

È su questo punto che interviene il d.lgs. 97/2016, emanato in attuazione della più generale riforma amministrativa voluta dalla l. 124/2015 (c.d. legge Madia).

indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività' di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità. Essa costituisce livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione".

Prima di ragionare sul contenuto delle norme, è interessante notare come il parere del Consiglio di Stato e quello del Garante per la protezione dei dati personali, forniti sullo schema di parere, siano di segno opposto, a dimostrazione di quanto sia delicato il bilanciamento tra l'ampliamento del diritto di accesso e la tutela dei dati personali.

Il Consiglio di Stato opportunamente sposta lo scopo dell'accesso dalla corruzione all'efficienza, nel senso che tutti gli istituti che consentono la trasparenza, come è l'accesso, servono a "coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa", dando effettiva consistenza alla visibilità del potere pubblico, pur se non bisogna trascurare le posizioni soggettive giuridicamente tutelate, dovendo trovare un giusto bilanciamento con la protezione dei dati personali.

Molto critico appare, invece, il parere del Garante per la protezione dei dati personali nei confronti delle nuove disposizioni che comporterebbero una notevole compressione della protezione dei dati personali, senza il corretto equilibrio tra l'interesse pubblico alla conoscenza e l'interesse individuale alla riservatezza dei dati personali.

Il d.lgs. 97/2016 incide significativamente sull'accesso civico: lascia inalterato il comma 1 dell'art. 5 del d.lgs. 33/2013, che prevede l'accesso per gli atti oggetto di obbligo di pubblicazione (accesso civico semplice), ma introduce, al comma 2, un accesso anche per quegli atti non oggetto di pubblicazione (acceso civico generalizzato). Si aggiunge così alla trasparenza proattiva, che già obbligava le amministrazioni alla pubblicazione di atti e dati, anche una trasparenza reattiva, che dà risposte pubbliche alle richieste dei privati.

L'ampliamento è tale da richiedere l'enucleazione di limiti. Ai sensi del nuovo art. 5-*bis* l'accesso è escluso tutte le volte che si debba evitare un pregiudizio concreto alla tutela degli interessi pubblici connessi a sicurezza e ordine pubblico, sicurezza nazionale, difesa e questioni militari, relazioni internazionali[33], politica e stabilità finanziaria ed economica dello Stato, conduzione di indagini sui reati e loro perseguimento, regolare svolgimento di attività ispettive.

La stessa limitazione opera per evitare un pregiudizio concreto a interessi privati quali la protezione dei dati personali conformemente alla vigente normativa, la libertà e la segretezza della corrispondenza e gli

[33] Per un caso di relazioni internazionali a livello europeo: M. FILICE, *L'applicazione estensiva delle presunzioni generali di riservatezza: il lato oscuro del FOIA europeo*, nota a Tribunale UE, Sez. I, 7 febbraio 2018, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2018, 493 ss.

interessi economici e commerciali (tra questi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali) delle persone fisiche e giuridiche.

Si prevede comunque, nei casi citati, che le restrizioni all'accesso siano temporanee, fintanto che la protezione dei dati sia giustificata in relazione alla loro natura, nonché limitate ai dati e documenti strettamente necessari, restando libero l'accesso per quelli non rientranti in tale ambito.

Inoltre, l'esclusione è ovviamente prevista ove vi sia un segreto di Stato e ogni qualvolta esista un divieto normativo di accesso o divulgazione.

Assai criticabile è, invece, l'ulteriore limite, secondo il quale tale accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di "*specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1 della legge n. 241 del 1990*". In questo modo, infatti, tradendo le finalità di un accesso generalizzato, vengono riportati all'accesso civico i limiti posti all'accesso dalla legge sul procedimento, consentendo un'interpretazione restrittiva che potrebbe porre limiti all'accesso civico generalizzato con regolamenti delle amministrazioni[34].

La differenza tra accesso civico e procedimentale non si limita alle situazioni legittimanti, ma attiene anche alle diverse modalità procedurali ed ai modi di tutela, secondo quanto si esporrà in seguito (vedi par. 12).

Nell'accesso civico, l'equilibrio tra diritto di accesso e tutela dei controinteressati è garantita dall'obbligo per l'amministrazione di dare comunicazione ad essi della richiesta di accesso eventualmente pregiudizievole dei loro interessi, con un termine di dieci giorni per produrre le loro osservazioni.

La giurisprudenza riconosce che l'accesso introdotto dalla legge sul procedimento e quello civico convivono avendo presupposti ed oggetto differenziati (T.A.R. Lazio, sez. III, 21 marzo 2017, n. 3742; T.A.R. Campania, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5901). Lo scopo dell'accesso civico è infatti palesemente quello di un controllo sul perseguimento delle funzioni pubbliche (T.A.R. Lazio, sez. II, 2 luglio 2018, n. 7326),

[34] Sul punto, le opportune critiche di B. G. MATTARELLA, M. SAVINO, *L'Italia e gli altri sistemi FOIA: convergence at last?*, in B. G. MATTARELLA, M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto*, Napoli, 2018, 19; nello stesso senso A. MOLITERNI, *Italia*, *op. ult. cit.*, 56.

un controllo diffuso (T.A.R. Liguria, sez. I, 29 dicembre 2017, n. 1002), anche al fine di verificare l'organizzazione dell'amministrazione, favorendo la partecipazione civica dei cittadini (T.A.R. Campania, sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5901).

Nel contemperamento degli interessi si può giungere a pronunce giurisprudenziali apparentemente paradossali, che ammettono un accesso procedimentale più approfondito a tutela di interessi personali ed un accesso civico che, per le esigenze di controllo diffuso, può essere più esteso ma meno approfondito (T.A.R. Lazio, sez. I, 31 gennaio 2018, n. 1126).

Una particolare questione attiene alla possibilità di esperire l'accesso civico nei confronti degli atti di gara dei contratti pubblici. La tesi negativa[35] (per tutte: T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, 18 luglio 2018, n. 197) è ora contraddetta da un diverso orientamento giurisprudenziale[36], che rileva che tale esclusione non è prevista né tra i casi indicati dall'art. 5 *bis*, né tra quelli specificamente previsti dal Codice dei contratti pubblici[37].

8. *Le linee guida ANAC sull'accesso*

L'art. 5 *bis*, comma 6 del d.lgs. 33/2013, come modificato dal d.lgs. 97/2016, prevede che l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) stabilisca linee guida per regolare modalità e limiti dell'accesso civico. L'ANAC ha emanato un primo regolamento il 31 maggio 2016 ed un nuovo regolamento il 24 ottobre 2018.

Modificando l'art. 2 del primo regolamento, l'ANAC specifica ora che la nuova disciplina non attiene solo al diritto di accesso procedimentale, bensì anche alle ulteriori categorie di accesso introdotte dal legislatore: l'accesso civico inteso quale diritto di chiunque di richiedere documenti, informazioni e dati oggetto di obbligo di pubblicazione da

[35] C. MENGONI, *L'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara nei contratti pubblici*, in *Lamministrativista*, 19 novembre 2018.

[36] TAR Lombardia, Sez. IV, 11 gennaio 2019, n. 45, con nota di G. STRAZZA, *L'accesso civico generalizzato si applica anche agli atti delle procedure di evidenza pubblica*, in *Lamministrativista*, 21 gennaio 2019.

[37] Come confermato dall'art. 25 del Regolamento ANAC 2018, che affida al RUP le funzioni di responsabile del procedimento per gli accessi agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.

parte delle amministrazioni, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione, ai sensi dell'art. 5, comma 1, del d.lgs. 33/2013 e l'accesso civico generalizzato regolato dall'art. 5, comma 2, di accedere a dati e documenti detenuti dalle amministrazioni.

Per l'accesso civico semplice, l'istanza al Responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza va proposta utilizzando, preferibilmente, la casella istituzionale di posta elettronica certificata indicata sul sito dell'ANAC, mentre per l'accesso civico l'istanza va presentata all'Ufficio unico per l'accesso civico generalizzato istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione.

Vengono introdotte misure per una maggiore tutela degli istanti e dei controinteressati, prevedendo che possano presentare richiesta di riesame al Responsabile per la prevenzione della corruzione dell'ANAC sia il richiedente, nei casi di diniego totale o parziale dell'accesso o di mancata risposta entro il termine previsto, sia i controinteressati nei casi di accoglimento della richiesta di accesso nonostante la loro motivata opposizione.

Quanto alla disciplina attinente l'accesso ai sensi della l. 241/90, le modifiche apportate rispetto al precedente regolamento, non sono particolarmente rilevanti. Degno di nota l'art. 18, comma 3, che ammette l'accesso ai documenti contenenti categorie particolari di dati personali anche relativi a condanne penali per reati o a connesse misure di sicurezza, ma solo nei casi in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dal Regolamento (UE) 2016/679 e dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

9. *L'ampliamento dell'accesso nel Codice dell'amministrazione digitale*

La disciplina dell'accesso trova ulteriore evoluzione nelle nuove forme di digitalizzazione delle amministrazioni.

Le amministrazioni pubbliche detengono e gestiscono dati ed informazioni personali che per quantità e qualità non hanno eguali. Tali dati non solo attengono alla dignità della persona, rivelandone profili riservati, ma costituiscono anche un patrimonio di grande interesse a fini commerciali. Il Libro verde sull'informazione del settore pubblico nella società dell'informazione COM (1998) 585 osserva che la proprietà dei dati, con il loro intrinseco valore politico ed economico, comporta una sempre più evidente esigenza di protezione di essi, a garanzia dei

singoli ma anche della sicurezza degli Stati e del regolare svolgimento della vita democratica (si pensi al caso delle *fake news* nella più recente campagna elettorale per la presidenza degli Stati Uniti d'America).

Il principio di riservatezza (vedi par. 2) può certo costituire una limitazione all'accesso ove l'istante voglia accedere ad atti o dati dell'amministrazione che incidano su diritti di terzi controinteressati, confermando così peraltro che la tutela della riservatezza viene sempre definita nei suoi contenuti per contrasto con il diritto di accesso.

Il tema era già stato affrontato nel caso di accesso procedimentale ed in quella occasione era stato risolto prevedendo la preminenza dell'accesso ove fosse l'unico mezzo necessario per la tutela giuridica dell'istante (vedi par. 2).

Tuttavia il problema si pone ora in un'ottica differente, sia perché l'accesso civico generalizzato ha natura diversa e più ampia, sia perché la pervasività delle nuove tecnologie nell'accesso ai dati personali richiede l'affinamento degli strumenti giuridici di tutela[38].

La lettura dell'accesso civico generalizzato in chiave di controllo sociale sulle pubbliche amministrazioni dilata le possibilità di accesso agli atti e ai dati, ma, proprio per questo, maggiori appaiono i pericoli per la tutela dei dati personali. L'asse del bilanciamento è tutto spostato verso l'accesso: il legislatore della riforma amministrativa, nella l. 124/2015 (legge Madia), delega il governo ad emanare un decreto legislativo per "*garantire ai cittadini e alle imprese il diritto di accedere a tutti i dati, i documenti e i servizi di loro interesse in modalità digitale*" e per "*la semplificazione nell'accesso ai servizi alla persona, riducendo la necessità dell'accesso fisico agli uffici pubblici*".

Il conseguente d.lgs. 179/2016 ed il successivo d.lgs. 217/2017 modificano in tal senso il Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), che peraltro ha subito negli ultimi anni ventotto interventi correttivi a dimostrazione di quanto sia rapido il progresso tecnologico e difficile l'equilibrio tra accesso e protezione dei dati personali[39].

[38] Nota fondatamente S. CALZOLAIO, *Digital (and privacy) by default. L'identità costituzionale della amministrazione digitale,* in *Giorn. st. cost.*, 2016, 185 ss. che i dati personali sono messi in pericolo più che dall'accesso dalla impossibilità tecnica di controllare l'uso della rete e dei social.

[39] B. CAROTTI, *Il correttivo al Codice dell'amministrazione digitale: una metariforma*, in *Giorn. dir. amm*. 2, 2018, 131 ss.; G. PESCE, *Digital first. Amministrazione digitale: genesi, sviluppi, prospettive*, Napoli, 2018.

L'art. 53, comma 1 *bis* del Codice prevede ora un ampliamento degli obblighi di pubblicazione, con un rinvio alla disciplina anticorruzione, stabilendo che "*le pubbliche amministrazioni pubblicano, ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, anche il catalogo dei dati e dei metadati, nonché delle relative banche dati in loro possesso e i regolamenti che disciplinano l'esercizio della facoltà di accesso telematico e il riutilizzo di tali dati e metadati, fatti salvi i dati presenti in Anagrafe tributaria*".

Quanto all'accesso ed ai suoi limiti, l'art. 50, comma 1, prevede che "*i dati delle pubbliche amministrazioni sono formati, raccolti, conservati, resi disponibili e accessibili con l'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione che ne consentano la fruizione e riutilizzazione*", ma sempre nel rispetto dei limiti alla conoscibilità dei dati *"previsti dalle leggi e dai regolamenti, le norme in materia di protezione dei dati personali ed il rispetto della normativa comunitaria in materia di riutilizzo delle informazioni del settore pubblico*".

Quanto all'oggetto dell'accesso, l'art. 23 *ter* del CAD parifica gli atti realizzati con strumenti informatici con i dati ed i documenti informatici, rendendoli tutti oggetto di accesso. I dati confluiscono in una "banca dati"[40] che, ai sensi della direttiva 96/9/CE, deve intendersi come "*una raccolta di opere, dati o altri elementi indipendenti sistematicamente e metodicamente disposti ed individualmente accessibili grazie a mezzi elettronici o in altro modo*". Ai sensi dell'art. 68, inoltre, i dati debbono essere pubblicati in formato aperto, che consenta di acquisirli in maniera disaggregata, accessibili ed utilizzabili anche secondo una licenza che ne permetta il riutilizzo (art. 68 CAD).

10. *La tutela dei dati personali nell'attuazione del Regolamento comunitario 679/2016*

Interviene, a questo proposito – a tutela dei dati personali – il d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, che recependo il Regolamento comunitario 679/2016, aggiorna e modifica il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 "Codice in materia di protezione dei dati personali".

La recente modifica del Codice in materia di protezione dei dati

[40] G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, 259 ss.

personali introduce un'ulteriore complessità nelle differenti discipline sull'accesso in nome della tutela dei dati personali[41], con la necessità di un nuovo bilanciamento tra la garanzia di questi ultimi e le diverse situazioni tutelate nei diversi casi di accesso, soprattutto nell'accesso civico generalizzato.

La complessità della vicenda è condensata nel considerato 154 del Regolamento. Da una parte si stabilisce che "*l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali può essere considerato di interesse pubblico*", dall'altra che le norme dell'Unione e degli Stati membri "*dovrebbero conciliare l'accesso del pubblico ai documenti ufficiali e il riutilizzo delle informazioni del settore pubblico con il diritto alla protezione dei dati personali e possono quindi prevedere la necessaria conciliazione con il diritto alla protezione dei dati personali, in conformità del presente regolamento*".

Si precisa, quanto all'oggetto della tutela, che per "dato personale" deve intendersi "*qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile*"[42], intendendo per tale la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, "*con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale*" (art. 4).

A garanzia di una corretta acquisizione e gestione dei dati, il Regolamento prevede il principio fondamentale secondo cui la raccolta dei dati personali da parte delle amministrazioni richieda sempre il consenso esplicito del titolare dei dati al suo trattamento. Perciò l'art. 12 del Regolamento obbliga il titolare del trattamento dati a fornire comunicazione "*in forma concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori*"[43]. Anzi, ai sensi dell'art. 7, il titolare del trattamento deve

[41] Per una recente approfondita analisi della questione: E. D'ALTERIO, *Protezione dei dati personali e accesso amministrativo: alla ricerca dell'"ordine segreto"*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2019, 9 ss.

[42] La dottrina distingue tra "dato" ed "informazione", in quanto il primo è un elemento conosciuto, mentre l'informazione è il risultato soggettivo che l'utente ricava dall'aggregazione dei dati; vedi, per tutti: D. U. GALETTA, *La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 5, 2016, 1019.

[43] Questa tutela appare tuttavia indebolita quando il legislatore prevede la disapplicazione della norma nel caso in cui la raccolta di dati personali sia necessaria per stipu-

essere in grado di dimostrare che l'interessato ha prestato il consenso al trattamento dei propri dati personali. Inoltre, l'art. 22 stabilisce che i dati personali vengano raccolti solo per scopi specifici ed espliciti, evitando trattamenti automatizzati, inclusa la profilazione.

Dunque, un primo presidio a tutela dell'eventuale accesso di terzi ai dati personali acquisiti dalla pubblica amministrazioni è il consenso esplicito dell'interessato, che, espressamente previsto per l'acquisizione, deve a maggior ragione ritenersi necessario in caso di istanza di accesso.

11. *La tutela dei dati personali nei differenti tipi di accesso*

Tuttavia, il Regolamento non introduce nuove regole specifiche in materia di accesso in quanto l'art. 86 lascia agli Stati la relativa regolamentazione. Ma è proprio la molteplicità dei tipi di accesso previsti nel nostro ordinamento a complicare l'applicazione della disciplina europea sui limiti all'accesso a tutela dei dati personali[44].

Gli articoli 59 e 60 del modificato Codice in materia di protezione dei dati personali distinguono i relativi limiti tenendo conto delle diverse forme di accesso: i limiti previsti dalla legge sul procedimento per l'accesso ai documenti contenenti dati personali (art. 59, c. 1) ed i limiti previsti dal d.lgs. 33/2013 per i casi di accesso civico (art. 59, c. 1-*bis*)[45].

lare un contratto o quando vi sia il consenso esplicito del soggetto interessato, benché tale consenso non dovrebbe essere obbligatorio per potere acquisire il prodotto o il servizio richiesto, in questo senso: E. LUCCHINI GUASTALLA, *Il nuovo regolamento europeo sul trattamento dei dati personali: i principi ispiratori*, in *Contratto e impr.*, 2018, 1, 106.

[44] Ne è prova il caso esemplificativo proposto da E. D'ALTERIO, *op. ult. cit.*,13: "ad esempio, se la richiesta fosse presentata ai sensi della L. n. 241/1990 ma il dato o l'atto richiesto rientrasse nelle categorie degli obblighi di pubblicazione di cui al D.Lgs. n. 33/2013, la richiesta dovrebbe essere trattata non come accesso "tradizionale-qualificato" (per il quale andrebbero valutati i caratteri dell'interesse ex art. 22 della L.n. 241/1990) ma come accesso civico, da inoltrare al Responsabile per la prevenzione della corruzione e della trasparenza Qualora, invece, il dato o atto richiesto non rientrasse tra gli obblighi di pubblicazione online e la richiesta non potesse essere accolta ai sensi della L. n. 241/1990, la stessa andrebbe trattata come accesso civico generalizzato: in questo caso, la domanda potrebbe essere infatti accolta, nel rispetto dei limiti di cui all'art. 5 bis del D.Lgs. n. 33/2013".

[45] Art. 59 (*Accesso a documenti amministrativi e accesso civico*) - 1. *Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 60, i presupposti, le modalità, i limiti per l'esercizio del diritto di accesso a documenti amministrativi contenenti dati personali, e la relativa tutela giurisdi-*

È lasciato ad una più ampia discrezionalità dell'interprete il bilanciamento tra accesso e garanzia dei dati personali, quando la richiesta di accesso riguardi dati genetici, sulla salute, sulla vita o l'orientamento sessuale delle persone, poiché l'amministrazione dovrà valutare se la situazione fatta valere dall'istante "*è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale*"[46].

I limiti all'accesso per la tutela dei dati personali sono perciò differenti secondo i tre diversi tipi di accesso previsti dalla normativa interna.

Come si era già rilevato (vedi par. 5), l'accesso procedimentale ai dati personali di un terzo da parte del soggetto titolare di una situazione giuridica appare come prevalentemente tutelata nel bilanciamento degli interessi contrastanti ai sensi dell'art. 24 della legge sul procedimento.

L'accesso civico semplice *ex* art. 5, c. 1 del d.lgs. 33/2013 non trova ostacolo nella tutela dei dati personali, in quanto esso è sostitutivo della mancata pubblicazione di quegli stessi dati. Al più la protezione eventuale può essere garantita da quelle stesse norme che, per gli atti oggetto di pubblicazione, prevedano specifici rimedi quali l'anonimizzazione o l'oscuramento di alcune parti dell'atto.

Differente la situazione nel caso di accesso civico generalizzato, ove la richiesta di accesso va rigettata per evitare "un pregiudizio concreto" alla protezione dei dati personali. Nota a questo proposito la dottrina che "la definizione di pregiudizio concreto, così declinata, lascia intendere che anche il pregiudizio potenziale sia sufficiente a bloccare una domanda di accesso", giungendo alla conclusione che in questo caso il diritto di accesso sia recessivo di fronte alla tutela di tali dati[47].

zionale, restano disciplinati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi regolamenti di attuazione, anche per ciò che concerne i tipi di dati di cui agli articoli 9 e 10 del regolamento e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso. 1-bis. *I presupposti, le modalità e i limiti per l'esercizio del diritto di accesso civico restano disciplinati dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*.

[46] Art. 60 *(Dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale)* - 1. *Quando il trattamento concerne dati genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale*.

[47] E. D'ALTERIO, *op. ult. cit.*, 19.

12. *La stratificazione delle forme di tutela dei dati personali nelle diverse forme di accesso*

La differenza tra tipi di accesso non si limita ai presupposti legittimanti ed ai limiti in nome della riservatezza, ma si estende anche alle modalità di tutela[48].

Per l'accesso procedimentale, l'art. 24 della l. 241/90 prevede l'eventuale ricorso contro il provvedimento espresso o tacito di diniego al difensore civico per gli atti di enti locali o alla Commissione per l'accesso per gli atti statali, con il parere obbligatorio del Garante per la tutela dei dati personali, nel caso in cui il diniego attenga alla tutela di questi ultimi. Tali rimedi amministrativi sospendono il termine per l'eventuale ricorso al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 116 Codice del processo amministrativo.

Invece, nel caso dell'accesso civico, l'art. 5, c. 7 del d.lgs. 33/2013 prevede che avverso il diniego totale o parziale o l'inerzia protrattasi per trenta giorni, chi ha fatto istanza di accesso possa rivolgersi al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, previo eventuale parere del Garante per la tutela dei dati personali, ove l'accesso sia stato negato o differito per la protezione di questi ultimi. In via alternativa, ma solo per gli atti di Regioni ed enti locali, l'art. 5, c. 8 prevede la possibilità di ricorrere al difensore civico competente per territorio, sempre con eventuale parere del Garante per la protezione dei dati personali nel caso in cui il diniego sia stato motivato in ordine ad essi.

Quanto al tipo di azione esperibile, si dovrebbe distinguere tra ricorso avverso il diniego esplicito nei cui confronti va proposta la specifica azione *ex* art. 116 CPA e l'inerzia contro la quale – non essendo equiparata a tacito rigetto come nel caso della legge sul procedimento – dovrebbe esperirsi l'azione avverso il silenzio ai sensi dell'art. 117 CPA[49].

[48] A. CORRADO, *La "trasparenza" nella legislazione italiana*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1407 ss.

[49] In questo senso, A. CORRADO, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale,* in *www.federalismi.it*, 5, 2017, 9 ss. Di diverso avviso A. MOLITERNI, *Italia*, in B. G. MATTARELLA, M. SAVINO (a cura di), *L'accesso dei cittadini. Esperienze di informazione amministrativa a confronto,* cit., 33, secondo cui si dovrebbe applicare comunque il rito speciale in materia di accesso.

In conclusione, si ha conferma che la tutela della riservatezza dei dati personali attiene più al modo in cui essi vengono acquisiti e trattati dalle pubbliche amministrazioni che per la presunta lesione dovuta all'accesso civico generalizzato, che – come in tutti gli altri casi di accesso – mette a confronto l'interesse dell'istante con la tutela dei controinteressati. È un bilanciamento assimilabile a quello relativo agli altri tipi di accesso, ma con una maggiore garanzia per i controinteressati, dovuta all'introduzione di un peculiare procedimento regolato che, mettendo a confronto le ragioni delle parti, ammette o esclude l'accesso, con forme di tutela amministrative e giurisdizionali.

Il quadro così prospettato conferma che la molteplicità dei tipi di accesso previsti in tempi diversi dal legislatore e la stratificazione/sovrapposizione delle loro differenti regolamentazioni rendono la materia assai complessa[50], finendo così per attribuire ampia discrezionalità al bilanciamento tra opposti interessi, effettuato caso per caso dalle amministrazioni e dalla giurisprudenza, un'incertezza[51] che non giova alla tutela del diritto di accesso, che meglio andrebbe disciplinato con un'armonizzazione dell'intera materia[52].

[50] Secondo E. D'ALTERIO, *op. ult. cit*., 21, per ovviare alla difformità dei tipi di tutela sarebbe auspicabile l'istituzione, come in altri ordinamenti europei, di un'unica autorità amministrativa con compiti di indirizzo e controllo in materia di accesso generalizzato, superando la divisione tra la Commissione per l'accesso, l'ANAC ed il Garante per la protezione dei dati personali.

[51] Sul punto, F. MANGANARO, *Cenni sulla (in)certezza del diritto*, in *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, Napoli, 2018, 437 ss.

[52] In questo senso anche A. CORRADO, *op. ult. cit*., 1417.

MASSIMO OCCHIENA

L'ATTIVITÀ CONSULTIVA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. L'attività consultiva: una prima definizione. – 2. I caratteri fondamentali dell'attività consultiva. – 3. L'esercizio dell'attività consultiva: i pareri e le loro caratteristiche principali. – 4. Le diverse tipologie di pareri. – 5. Il procedimento consultivo e la semplificazione: dal parere "tollerato" alla decisione erronea ma non annullabile perché tempestiva?

1. *L'attività consultiva: una prima definizione*

In diritto amministrativo, con "attività consultiva" si intende comunemente l'attività volta «non già a decidere per la cura di un interesse pubblico, ma a fornire valutazioni e giudizi su varie questioni in vista delle scelte finali adottate da altri»[1].

La locuzione in esame risale alla sistematica della dottrina pubblicistica di fine Ottocento che ha elaborato la distinzione tra "funzioni sostanziali" e "funzioni ordinali"[2]. In particolare, con le prime si individuavano le funzioni correlate agli interessi, appunto, sostanziali affidati alla cura dei diversi di enti pubblici; con le seconde si indicavano le attività poste in essere dagli uffici pubblici al fine di esercitare le funzioni sostanziali ed erano denominate "ordinali" per rappresentarne l'ordine di svolgimento. Queste ultime erano identificate nelle funzioni di amministrazione attiva, consultiva e di controllo. Prescindendo dalle ulteriori classificazioni di cui queste categorie (e, più specificamente, di quella dell'amministrazione attiva)[3] sono state oggetto e rinviando alla

[1] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2018, 499.

[2] Sul punto, si v. la ricostruzione offerta da M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 26 s.

[3] Sempre M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 26 ricorda come la dottrina abbia ulteriormente scandito la funzione di amministrazione attiva in funzione conoscitiva, decisoria e di attuazione. Seppure talora utilizzata (si pensi, quanto all'approfondimento della raccolta ed elaborazione istruttoria degli enti pubblici, a F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967), la suddetta tripartizione e, in genere, lo schema concettuale delle funzioni sostanziali e ordinali non ha avuto particolare seguito nella dogmatica dell'attività amministrativa (sebbene non

definizione in premessa riportata della funzione/attività consultiva[4], si rileva come tradizionalmente all'amministrazione attiva si riconducano «tutte le attività mediante le quali l'Amministrazione agisce operativamente in vista della realizzazione degli obiettivi concreti assegnati all'azione amministrativa»[5]; a quella di controllo, le attività volte a sindacare – a seconda dei casi, in punto di mero diritto ovvero anche con estensione al merito – gli atti e gli effetti posti in essere e conseguenti all'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva.

In tempi relativamente recenti, la formula lessicale "attività consultiva" ha avuto riconoscimento e copertura formale a opera del legislatore che, con l'art. 21, comma 1, lett. u), legge 11 febbraio 2005, n. 15, ha inserito la

manchino eccezioni: si v., ad esempio, nella materia urbanistica, P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico*, Torino, 2004, 62 ss., che riprendono P. STELLA RICHTER, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984, spec. 49 ss., a sua volta ispiratosi alla menzionata ricostruzione di Giannini, il quale tuttavia in *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 246, scrisse che detta classificazione «in sé non vale molto»). Lo studio sempre più preciso e minuzioso dell'attività amministrativa, così da scomporre l'agire degli enti pubblici in una molteplicità di atti il cui catalogo diventò particolarmente complesso, ripeteva l'impianto sistematico di stampo pandettistico proprio del diritto civile e portò alla costruzione di un'accurata tassonomia dell'attività amministrativa, riconducendo i diversi atti a categorie generali che ne compendiassero le caratteristiche. Questa impostazione nello studio dell'azione amministrativa venne gradatamente abbandonata in considerazione sia dell'affermarsi del metodo elaborato dalla Scuola italiana del diritto pubblico (sulla parabola storica testé brevemente accennata, per tutti, si v. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 19 ss.), sia del successo della teoria del procedimento amministrativo siccome inizialmente elaborata da A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, la quale pare avere determinato la graduale perdita di importanza della scomposizione classificatoria in atti dell'attività amministrativa, concentrandosi l'attenzione degli studiosi specialmente sulla dinamica del processo decisionale pubblico, nelle diverse accezioni – strutturale (Sandulli), funzionale (Benvenuti), organizzativa (Nigro) – in cui progressivamente il procedimento è stato concepito e ricostruito (sul punto, *ex multis*, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, I, Bologna, 2005, 537 ss.; R. VILLATA, G. SALA, voce *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1996, 574 ss.).

[4] L'utilizzazione alternativa di cui al testo risponde all'opzione di considerare i due termini in rapporto di sinonimia (sul punto, si v. anche C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 14, nota 1), sebbene ovviamente, sul piano strettamente dogmatico, "attività" e "funzione" costituiscano concetti diversi e quindi non assimilabili: per tutti, si v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 96 ss.

[5] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, I, 589.

rubrica all'art. 16 della legge 7 agosto 1990, n. 241, intitolandolo appunto «Attività consultiva». Seppure, come si tenterà di dimostrare in appresso, la norma offra importanti elementi ai fini della determinazione delle peculiarità dell'attività in analisi, di per sé l'art. 16, cit., disciplina esclusivamente il regime dei pareri degli organi consultivi[6] ovvero, collocandosi sul piano dell'organizzazione anziché su quello dell'azione, i rapporti tra l'ufficio consultivo e l'organo di amministrazione attiva[7], mentre nulla dice in relazione al contenuto e alle caratteristiche dell'attività consultiva. Pertanto, ai fini di comprendere quali siano i profili ontologici di tale attività occorre volgersi all'opera della dottrina, dalla cui indicazioni paiono emergere alcuni caratteri principali su cui si sofferma l'attenzione.

2. *I caratteri fondamentali dell'attività consultiva*

L'attività consultiva si caratterizza per l'essere esercitata da organi amministrativi cui è stata attribuita la relativa funzione o comunque il compito anche occasionale di rendere consulenza ad altri organi o enti pubblici[8]. Si tratta di aspetto da sempre sottolineato dalla dottrina, correlato sul piano organizzativo alla tripartizione già illustrata delle attività/funzioni amministrative[9], oggi fatto proprio dal legislatore che, come anticipato, all'art. 16, legge 241/1990, collega l'attività consultiva agli «organi consultivi delle pubbliche amministrazioni», a significare quindi l'intimo collegamento tra la componente organizzativa e quella dell'attività consulenziale. Gli organi a ciò preposti sono «non necessariamente, ma ordinariamente»[10] a composizione collegiale e hanno na-

[6] Come osservato da A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 615 s.

[7] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 234.

[8] Così, per tutti, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2018, 335. Sugli organi consultivi, A. AMORTH, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in *Scritti giuridici - 1958-1986*, Milano, 1999, IV, 1773 ss.

[9] Si v., a titolo di mero esempio, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, II, 906 s. (nella ristampa anastatica del 1992; pag. 420 nell'edizione del 1960 con note di G. Miele); S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo. Principii generali*, Padova, 1932, 119; C. VITTA, *Diritto amministrativo. I - Parte generale*, Torino, 1933, 142; G. BELLI, voce *Parere*, in *Nuovo Dig. it.*, IX, Torino, 1939, 451; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, I, 276.

[10] Secondo l'annotazione, tuttora valida, di F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., II, 907.

tura tecnica o scientifica, essendo «composti da esperti delle diverse discipline che possono venire in rilievo nel prendere una decisione amministrativa»[11].

Ancora, in linea di massima a tali organi sono attribuiti compiti esclusivamente consultivi, non essendo generalmente titolari di attribuzioni relative all'esercizio di altre attività e funzioni (così il Consiglio di Stato in sede consultiva e i Consigli superiori dei Ministeri). Quest'ultimo aspetto deve essere però puntualizzato, nel senso che anche un organo che non svolge di per sé attività consultiva può essere talvolta chiamato a rendere consulenza a un'altra amministrazione od organo[12]. È il caso, ad esempio, dell'Avvocatura dello Stato, che affianca alla funzione specifica della difesa in giudizio delle amministrazioni dello Stato quella di provvedere «alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi», nonché di esaminare «progetti di legge, di regolamenti, di capitolati redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta» e di esprimere «parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni» (come stabilisce l'art. 13, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611); oppure anche delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, a cui l'art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003, n. 131, attribuisce la funzione consultiva a favore di Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni nella materia della contabilità pubblica. Ciò precisato, pare dunque di potere affermare come caratteristica degli organi consuntivi non sia tanto che essi siano titolari in via esclusiva della relativa funzione, quanto invece che il compito consultivo sia loro attribuito dalla legge[13] e, soprattutto, che si tratti di apparati amministrativi stabilmente integrati all'interno dell'organizzazione pubblica: non si può allora parlare dello svolgimento di funzione di amministrazione

[11] Così D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, 195 s. L'Autore inserisce nel novero degli apparati consultivi altresì quelli «costituiti da (o anche che da) rappresentanti di categorie i cui interessi sono coinvolti dall'attività dell'amministrazione» (196): si ritiene tuttavia di dovere escludere la natura consultiva di questi organi, per le ragioni esposte *infra*, in fine del presente paragrafo.

[12] Su questi aspetti, si v. C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 132 ss.

[13] Scrive a questo proposito M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 563, che «l'attività consultiva deve sempre trovare una base normativa. Dato che… qualunque figura soggettiva può dare pareri, non si deve confondere il dare pareri con l'attribuzione consultiva… quest'ultima consistendo nel dare pareri in esercizio di un'attività specificamente definita come tale da norme».

consultiva propriamente detta nel caso di attività consulenziale resa da consulenti ed esperti privati estranei all'organizzazione amministrativa[14].

Più complesso, invece, è stabilire se l'organo consultivo debba essere interno o esterno rispetto all'amministrazione cui è prestata la consulenza. La questione sembra invero riflettere uno dei problemi descrittivi della natura del parere (l'atto in cui si estrinseca la funzione consulenziale), ossia se esso vincoli o meno l'organo decidente. In questa prospettiva, qualora l'organo consultivo avesse natura interna e quindi fosse strutturalmente collegato all'autorità decidente, secondo alcuni non sussisterebbe la sufficiente indipendenza tra i due soggetti affinché quello decidente possa assumere una determinazione indipendentemente da quanto rappresentato nell'atto consultivo[15]. Questa impostazione è stata soggetta in dottrina a puntuale critica: in proposito è stato annotato che al carattere esterno o interno dell'organo consultivo può al più attribuirsi valenza classificatoria delle diverse figure di organi cui è attribuita la relativa funzione, mentre la carica più o meno vincolante dell'atto consultivo per l'organo decidente non è tanto da ricondursi al fatto che entrambi appartengano al medesimo plesso amministrativo, quanto all'effettivo grado di autonomia/dipendenza funzionale organizzativa tra i due organi, sicché il carattere dell'indipendenza decisionale non deriva «solo dalla collocazione ordinamentale degli organi, ma da altre variabili che ne caratterizzano i profili funzionali e relazionali, per come sono configurati dalle norme e per come risultano dai rapporti che si instaurano tra essi e diversi soggetti che, a vario titolo, entrano nel processo decisionale»[16].

Altra peculiarità dell'attività in disamina è il suo carattere ausiliario rispetto ad altre attività amministrative volte all'assunzione di decisioni[17]. Com'è stato osservato, questa caratteristica deriva dal fatto che la

[14] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 499.

[15] Così V. CAIANIELLO, *L'attività consultiva*, in *Cons. Stato*, 1969, II, 915 ss.; A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, IV, 249.

[16] C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 29.

[17] Secondo una recente e aggiornata classificazione teorica delle funzioni amministrative colte sia nel momento dell'esercizio delle attività tipiche che le estrinsecano, sia in quello dell'organizzazione, ossia degli organi e degli apparati amministrativi chiamati a svolgere quelle attività, la funzione consultiva è ricondotta unitamente a quella di controllo alle funzioni ausiliarie, altrimenti definita «amministrazione delle funzioni ausiliarie»: così D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 193. In passato, C. VITTA, *Diritto amministrativo. I - Parte generale*, 345, ha riconosciuto l'ausiliarietà quale carattere peculiare non solo degli atti, ma anche degli uffici consultivi.

funzione in analisi è strumentale a salvaguardare la qualità delle decisioni amministrative, affinché esse siano «frutto di un'adeguata ponderazione degli interessi e di una completa rappresentazione dei fatti rilevanti»[18]. L'attività consultiva è quindi diretta ad aiutare chi debba prendere una decisione amministrativa ad assumerla nel modo migliore, tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti. Dal fatto di essere ausiliaria consegue il carattere servente di tale attività rispetto a quella preordinata all'adozione della decisione amministrativa, nel senso che «non si può configurare un atto consultivo di per sé stante, avulso dalla relazione giuridica che lo lega all'atto di volontà dell'organo attivo»[19]: in altri termini, essa non gode di una sua autonomia funzionale.

Al carattere ausiliario è strettamente legata l'ulteriore peculiarità dell'attività consultiva, concernente la sua collocazione endoprocedimentale rispetto al procedimento principale volto all'adozione del provvedimento cui la consulenza è resa. Sia che l'attività in questione si esaurisca o, meglio, venga descritta, quale attività *uno actu*, valorizzando l'unicità dell'atto consulenziale su richiesta, sia che essa comporti/sia (più correttamente) rappresentata in modo maggiormente articolato alla stregua di vero e proprio subprocedimento caratterizzato dalla sequenza di più atti[20], in ogni caso essa si svolge nel contesto procedimentale volto a predisporre il provvedimento conclusivo, precedendo la formazione della decisione, cui come visto è strumentale. In buona sostanza, l'attività consultiva ha valenza eminentemente preparatoria della decisione finale[21]. Per questa ragione è stato altresì segnalato come generalmente l'atto consultivo consegua a espressa richiesta da parte dell'organo decidente, ossia si connoti quale «attività *su impulso*, che non si mette in moto da sola»[22].

[18] V. PARISIO, F. APERIO BELLA, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 804.

[19] F. FRANCHINI, voce *Parere*, in *Noviss. Dig. it*., XII, Torino, 1965, 396.

[20] Sullo svolgimento procedimentale dell'attività consultiva, su cui ormai converge la dottrina maggioritaria, si v., per tutti, A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, II, 2000, 1016.

[21] Così, riferendosi ai pareri, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 639.

[22] C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 20 s., la quale osserva tuttavia come non manchino «significative eccezioni, in quanto spesso le norme riconoscono all'organo consultivo la facoltà di esprimere pareri di propria iniziativa», come nel caso di alcune funzioni consultive dell'Avvocatura dello Stato, il che

Sostenere il carattere endoprocedimentale della funzione consultiva non significa affermarne la natura "interna". Pare, infatti, non potersi seguire la qualificazione dell'attività consultiva alla stregua di "attività interna"[23], categoria dell'attività amministrativa in effetti ormai desueta. Con tale locuzione in passato «si indicava l'attività di pubblici poteri che non superasse la soglia della rilevanza giuridica nell'ordinamento generale»[24]. Al di là degli aspetti inerenti la produzione di atti giuridici di regolazione dei momenti organizzativi funzionali all'esercizio di poteri amministrativi e costituenti l'ordinamento interno della (*recte*, di ciascuna) pubblica amministrazione[25], questa categoria risulta oggi superata in considerazione dell'ampliamento del sindacato del giudice amministrativo, mediante l'utilizzo dell'eccesso di potere, anche agli atti interni, che di per sé hanno perso la loro assoluta irrilevanza/intangibilità[26], costituendo pur sempre un momento della determinazione del provvedimento, in quanto tale di giuridica rilevanza. E ciò a prescindere dall'efficacia condizionante dell'atto consultivo rispetto a quello conclusivo del procedimento, dal momento che, senza anticipare temi che saranno trattati *infra*, per quanto la consulenza dell'organo pubblico possa essere disattesa, comunque essa costituisce un momento del processo decisionale giuridicamente preordinato all'assunzione del provvedimento finale, tanto da dovere emergere nella trama motivazionale di quest'ultimo[27].

sembra dovere escludere l'eterodeterminazione dell'avvio del procedimento consultivo tra le caratteristiche fondamentali della relativa attività. Afferma che la funzione in esame deve essere necessariamente sollecitata anche F. FRANCHINI, voce *Parere*, cit., 396.

[23] Si v., ad esempio, V. BRONDI, *Appunti delle lezioni di Diritto amministrativo*, Torino, 1928, 46; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., I, 269, secondo il quale sono atti interni gli atti consultivi «quando l'autorità attiva domanda il parere liberamente», mentre sono esterni gli atti consultivi «nei casi in cui hanno carattere di pareri obbligatori».

[24] M.S. GIANNINI, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, 991.

[25] Sul punto, si v. gli studi di E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950 e F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963. Sul tema, da ultimo, V. BERLINGÒ, *Contributo a uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, Napoli, 2018.

[26] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 451 s.

[27] Già C. VITTA, *Diritto amministrativo. I - Parte generale*, cit., 275, osservava che gli atti preparatori (tra cui includeva le inchieste e i pareri) acquistano di per sé rilevanza dopo l'emissione del provvedimento definitivo «in confronto dei terzi, in quanto, se gli atti preparatori voluti dalla legge non siano stati compiuti o siano viziati, l'atto stesso terminale ne risulta viziato».

Sempre nel tentativo di individuare i tratti caratteristici dell'attività consultiva si ricorda come essa consista nel «procurare elementi conoscitivi e/o valutativi ai quali resta estranea ogni manifestazione di volontà»[28]. Il fine squisitamente valutativo dell'attività in esame è stato soprattutto segnalato al fine di esaltare la componente neutrale del momento consultivo rispetto al contenuto della decisione assunta dall'organo di amministrazione attiva[29]. Ciò con la duplice ricaduta, da un lato, che la consulenza risponde esclusivamente a parametri tecnici o scientifici (il che al contempo determina e giustifica la costituzione di appositi apparati organizzativi a ciò preposti); dall'altro, che il contenuto dell'atto consulenziale non ha natura volitiva, ossia non costituisce una rappresentazione di interessi, trattandosi di espressione neutrale fondata, appunto, solo su criteri tecnico-scientifici. Questa riflessione ha condotto la dottrina a espungere dall'ambito dell'attività consultiva qualsiasi connotazione partecipativa[30]. Mentre con la partecipazione procedimentale si introducono nel processo decisionale pubblico rappresentazioni di interessi, con la consulenza si esprimono solo valutazioni neutrali, "punti di vista" scevri da qualsiasi specifico interesse a che la decisione finale dell'amministrazione sia assunta in un modo piuttosto che in un altro[31].

Questa precisazione vale a tenere separati e distinti gli atti consultivi dai contributi partecipativi e dalle manifestazioni di interesse nel procedimento amministrativo. La puntualizzazione pare essere affatto evidente quando si tratti di "punti di vista" espressi da soggetti estranei all'organizzazione amministrativa. E ciò per due ragioni.

In primo luogo, per quanto dal punto di vista dell'ente decidente la partecipazione procedimentale – sia nella sua accezione di "collabora-

[28] C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 29.

[29] Sulla neutralità quale fondamento dell'attività consultiva, si v. G. FERRARI, *Gli organi ausiliari dello Stato*, Milano, 1956, 197 ss.

[30] A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 654, rileva come spesso nel linguaggio legislativo siano indicati gli interventi partecipativi «col nome di pareri: ma è chiaro che si tratta invece semplicemente di manifestazioni ordinate a esprimere (non valutazioni neutrali, bensì) ragioni e punti di vista interessati».

[31] In argomento, V. PARISIO, F. APERIO BELLA, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, cit., 805 e dottrina ivi citata. *Contra*, come già anticipato, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 193, che ricomprende nell'oggetto dell'attività consultiva anche «gli interessi che debbono avere particolare considerazione» nella decisione finale.

zione" sia in quella di "contraddittorio"[32] – costituisca momento di arricchimento del quadro delle possibili scelte finali, dal momento che grazie ai documenti, alle osservazioni, delle memorie ecc. presentati dai privati il decisore può acquisire dati utili per colmare le c.d. "asimmetrie informative"[33], non c'è dubbio che ciò richieda uno sforzo da parte di quest'ultimo e una sua effettiva capacità di discernimento per sfrondare le intenzioni "egoistiche" sottese alla partecipazione (nel senso che chi partecipa intende continuare a fruire o fruire *ex novo* di beni per soddisfare interessi individuali), valutando criticamente e selezionando i contributi partecipativi in vista del perseguimento del pubblico interesse[34]. Non è così per l'attività consultiva che, in quanto resa da un soggetto pubblico neutrale rispetto agli interessi implicati dalla decisione finale, offre al soggetto chiamato ad assumere la decisione finale una valutazione *ex se* improntata a canoni di oggettività, con la conseguenza che quello stesso decisore pubblico può confidare nell'oggettività della lettura della porzione di realtà sottoposta a indagine siccome prospettata dall'organo consultivo.

In secondo luogo, la partecipazione dei soggetti privati (individuali o collettivi) e pubblici al procedimento costituisce una facoltà, mentre l'esercizio dell'attività consultiva è doverosa per l'organo che ne è titolare, che quindi non "può", ma "deve" svolgerla[35].

Meno immediata e comunque oggetto di contrasti in dottrina è invece l'esclusione dal novero dell'attività consultiva della partecipazione di organi e/o enti al processo decisionale, con il fine di ivi rappresentare gli interessi di cui sono portatori[36]. Invero, laddove con "interessi" si in-

[32] Per questa distinzione, sia consentito rinviare a M. OCCHIENA, voce *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, V, 4128 ss.

[33] E. CARDI, voce *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur., agg.*, XXIV, Roma, 1995, 7.

[34] F. FRACCHIA, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 48.

[35] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 499.

[36] C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 31 ss. e 84 s., la quale sostiene che «la neutralità, se intesa come estraneità alla trama degli interessi, anche quando resti come attributo implicito di taluni interventi consuntivi, deducibile dalla natura dei contributi che, per il loro tramite, vengono resi e dalla composizione e/o collocazione del soggetto chiamato renderli, perde gran parte della propria capacità ad identificare ciò che debba intendersi come espressione di un'attività consultiva». Sul punto, si v. anche la già rammentata ricostruzione di D. SORACE, *Diritto delle*

tenda la componente funzionale delle situazioni giuridiche soggettive (private e pubbliche) e, quindi, le aspirazioni dei singoli soggetti (che, simmetricamente con le predette situazioni, possono essere sia privati che pubblici) verso i beni (materiali, immateriali, patrimoniali, non patrimoniali, già rientrati nella sfera di titolarità del soggetto, oppure che vi possono rientrare)[37], pare emergere come all'organo consultivo sia di per sé indifferente l'assetto degli interessi che sarà posto dalla decisione finale, essendogli estranea la cura in concreto dell'interesse pubblico dell'agente pubblico[38]. Infatti, com'è stato osservato, con la consulenza tale organo amministrativo non rappresenta la sua specifica tendenza in relazione a un certo bene – ossia, trattandosi di soggetto pubblico, come un certo interesse pubblico debba essere realizzato e/o compendiato nella decisione – ma la modalità tecnico-scientifica che il decisore deve seguire/applicare ai fini dell'adozione del provvedimento finale che determinerà il bilanciamento tra gli interessi in concreto implicati dall'agire amministrativo[39]. In buona sostanza, l'atto consultivo consiste in un apprezzamento «non condizionato dalla tutela di uno degli interessi compresenti» nel procedimento[40] e strumentale a garantire la qualità, la correttezza della decisione mediante l'assunzione di un contributo qualificato per la specifica conoscenza/capacità/esperienza dell'organo che lo rilascia, laddove la partecipazione di soggetti pubblici nel procedimento è volta a ivi introdurre il loro punto di vista sulla opportunità, sulla coerenza con gli indirizzi politico-amministrativi di una decisione in relazione agli interessi pubblici di cui essi sono titolari[41].

amministrazioni pubbliche, cit., 195 s., nonché E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 499, secondo il quale il «giudizio» in cui si manifesta la funzione consultiva «può investire anche l'apprezzamento di interessi pubblici»; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 336, che qualifica alla stregua di atti consultivi anche i pareri di contenuto politico-amministrativo; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 630, che ricomprende tra i pareri consultivi quelli che esprimono valutazioni comparative sui vari interessi coinvolti, definendoli «pareri politico-amministrativi».

[37] Per queste definizioni, sia consentito rinviare a M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002 (242 ss. per il concetto giuridico di "interesse" e 245 ss. per quello di "bene").

[38] Si v. la definizione di attività consultiva elaborata da E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 499 e riportata *supra*, nota 1.

[39] A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 613 ss.

[40] A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1019.

[41] A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 614 ss., osserva come non

3. *L'esercizio dell'attività consultiva: i pareri e le loro caratteristiche principali*

La dottrina ha sempre unanimemente indicato i pareri quali atti di estrinsecazione dell'esercizio dell'attività consultiva. Come visto, possono sussistere ipotesi in cui il legislatore utilizzi il *nomen iuris* "parere" per delineare un atto non riconducibile allo svolgimento della funzione consultiva[42] e d'altronde è lo stesso art. 16, legge 241/1990, cit., a implicitamente ammettere la sussistenza di pareri adottati da organi che non svolgono funzioni consultive[43]. Cionondimeno, che il parere costituisca il *proprium* dell'attività consultiva è opinione da sempre invalsa in dottrina[44], che ha trovato conferma nella stessa norma della legge sul procedimento amministrativo testé richiamata, laddove inequivocabilmente sancisce che gli «organi consultivi delle pubbliche amministrazioni» rendono «i pareri»[45].

siano riconducibili a un'attività di consulenza i c.d. "pareri" con cui, partecipando a un procedimento, un ente od organo pubblico rappresenti interessi pubblici affinché di questi sia tenuto conto nel provvedimento finale: tali atti soddisfano esigenze di coimputazione degli effetti della decisione, avvicinandosi dunque al regime degli atti di consenso, volti a consentire l'espressione di «valutazioni determinanti» circa il rilascio di un provvedimento o lo svolgimento di un'attività da parte di un soggetto pubblico diverso da quello chiamato dalla legge ad assumere la decisione. In questo contesto, «I pareri in esame attuano il principio di "leale collaborazione" fra amministrazioni che sono titolari di interessi coinvolti nell'esercizio della medesima funzione». Parla di esercizio della funzione co-deliberativa nell'adozione di questa tipologia di atti, F. TRIMARCHI, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974, 104.

[42] Sui «pareri in funzione non consultiva» si v. anche G. GRASSO, *Attività consultiva*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. Bartolini - S. Fantini - G. Ferrari, Roma, 2010, 413. A questo riguardo, G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 630, rammenta la natura di atti di controllo dei "pareri" di regolarità tecnica e contabile delle proposte di deliberazione, che non siano di mero indirizzo, sottoposte alle giunte e ai consigli degli enti locali siccome di cui all'art. 49, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

[43] Sul punto, si v. A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 616, che afferma come dopo la legge 241/1990 occorre prendere atto «che non c'è una figura di "parere": vi sono ipotesi articolate di "pareri"».

[44] Sull'evoluzione storica della ricostruzione sistematica di questa categoria di atti, si rinvia agli approfondimenti di A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1015 s. e A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 601 s.

[45] Nel testo originario della parte della norma che qui interessa, l'art. 16, comma 1, prevedeva che «Ove debba essere obbligatoriamente sentito un organo consultivo, questo deve emettere il proprio parere», poi sostituito dall'art. 17, comma 24, legge 15

Dall'annotata circostanza per cui i pareri sono la manifestazione dell'esercizio dell'attività consultiva deriva che essi esibiscono gli stessi caratteri peculiari di quest'ultima. Pertanto, il parere è obbligatoriamente reso in sede endoprocedimentale da un organo amministrativo, generalmente collegiale e a cui è attribuita la funzione consultiva, per lo più in adempimento a una norma procedimentale che onera l'organo decidente di richiederlo per assumere una dichiarazione di giudizio di stampo tecnico-scientifico su determinati aspetti che devono essere valutati al fine di adottare un provvedimento qualitativamente migliore.

Il profilo per cui il parere è reso a seguito di richiesta dell'organo decidente e quello concernente la doverosità dell'espressione del parere da parte dell'apparato consultivo sono tradizionalmente indicati quali elementi per differenziare i pareri propriamente detti dai c.d. "pareri-note", con cui l'apparato che li emana rappresenta il suo punto di vista o gli interessi di cui è titolare, che «si accostano agli atti di partecipazione procedimentale, anche perché la loro emanazione non costituisce un dovere per l'organo che li pone in essere»[46].

Proseguendo a tratteggiare i lineamenti distintivi dei pareri rispetto ad altri atti amministrativi, si rileva che non costituiscono pareri:

- lo "studio", con cui un organo rilascia opinioni o valutazioni senza rispondere a quesiti o seguendo schemi già formulati nella richiesta dall'autorità decidente[47];

- la "proposta", che è atto d'iniziativa, mentre il parere non è «spontanea manifestazione giuridica da parte dell'organo consultivo», conseguendo all'iniziativa eteronoma del soggetto decidente che ne richiede il rilascio[48];

- il "nulla-osta", che non è atto endoprocedimentale, in quanto è adottato da un ente pubblico ai fini del perseguimento/salvaguardia dell'interesse pubblico di cui è titolare[49].

maggio 1997, n. 127 con il vigente testo di legge (non emendato in questa parte dall'art. dall'art. 8, comma 1, lett. a, legge 18 giugno 2009, n. 69), recante «Gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono tenuti a rendere i pareri a essi obbligatoriamente richiesti».

[46] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 499.

[47] V. PARISIO, F. APERIO BELLA, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, cit., 805.

[48] Così F. FRANCHINI, voce *Parere*, cit., 396; si v. anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 641.

[49] Per queste precisazioni, A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 605 e, in

La cennata collocazione endoprocedimentale del parere merita separato approfondimento.

In primo luogo, è stata valorizzata la natura preparatoria di tale atto sicché, seguendo la dottrina che ha elaborato tale categoria, esso non è elemento della fattispecie, prodotta unicamente dal provvedimento finale: da ciò consegue che il parere si distingue sia dai diversi atti che formano l'atto complesso, in quanto tutti elementi produttivi della fattispecie, sia dagli atti-presupposto, sia, infine, anche per la ragione qui disvelata, dai predetti nulla-osta[50].

In secondo luogo, quanto alla più precisa definizione della allocazione del parere all'interno del procedimento amministrativo, la dottrina pare concorde nell'affermare che esso si inserisce «nella fase che precede la formazione della decisione e, in particolare, in quella che segue immediatamente l'istruttoria, in quanto la sua acquisizione serve anche a procurare elementi per valutare le risultanze di quest'ultima»[51]. Questa puntualizzazione è preziosa, perché offre un importante elemento distintivo tra i pareri e le valutazioni tecniche, certamente differenti visto quanto stabilito dalla legge 241/1990 sulla prescindibilità dei primi (art. 16, cit., di cui si dirà *infra*) e sull'imprescindibilità delle seconde (art. 17, legge 241/1990)[52]. Tali due tipologie di atti hanno diversa collocazione nel procedimento: in particolare, dovendo essere acquisite «preventivamente» (così l'art. 17, cit.) rispetto all'adozione del provvedimento, le valutazioni tecniche sono interne all'istruttoria, di cui costituiscono parte necessaria e integrante; i pareri sono invece richiesti e rilasciati a istruttoria conclusa, quando cioè anche sulla base degli accertamenti effettuati l'organo consultivo può rendere il consiglio che guiderà l'agente pubblico nell'adozione della decisione finale[53].

generale, G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 863.

[50] Sul punto, si v. A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 604 s., che si rifà alla teoria procedimentale di Sandulli e, in particolare, alla categoria degli atti preparatori elaborata da questo Autore nella citata opera del 1940.

[51] Per tutti, C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 19.

[52] In argomento, si v. i chiarimenti offerti da C. VIDETTA, *Pareri e valutazioni tecniche a confronto nel procedimento di riconoscimento di infermità o lesione dipendente da causa di servizio e di concessione dell'equo indennizzo*, in *Foro it.*, 2002, III, 239 ss.

[53] Si v. ancora A. TRAVI, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 616. Sulla distinzione tra le due figure, M. DELSIGNORE, *La valutazione tecnica ed i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amm.-CDS*, 2010, 1121 ss.

In terzo luogo, in quanto atto endoprocedimentale che precede la decisione, un parere non può essere richiesto e quindi adottato *ex post* per sanare un provvedimento che avrebbe dovuto essere adottato previa assunzione del medesimo parere, invero mai rilasciato. E ciò non tanto per la formalistica ragione che il parere avrebbe dovuto essere reso "prima" e non "dopo", bensì per la ragione sostanziale per cui quell'atto è espressione della funzione consultiva, ontologicamente strumentale alla (migliore) determinazione della decisione finale e che dunque deve precederne e non seguirne l'adozione[54]. Senza contare il fatto che il parere è del tutto estraneo all'esercizio dell'affatto diverso potere di riesame in sede di autotutela.

Infine, sembra importante chiarire che i pareri devono essere necessariamente motivati. Trattandosi di atti estrinsecazione dell'attività consultiva e consistendo in consigli rivolti all'organo di amministrazione attiva, che illuminano in merito agli aspetti tecnici e/o scientifici di cui è stata richiesta la valutazione, giocoforza i pareri devono riportare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche su cui si fonda la manifestazione di giudizio in essi compendiata. È la stessa funzione cui il parere è preposto che esige che esso sia motivato in modo puntuale ed esaustivo. E ciò non solo per offrire al decisore una vivida ricostruzione del contesto su cui deve provvedere, ma anche per fornirgli il materiale esplicativo sulla cui base costruire l'*iter* logico-argomentativo – *id est* la motivazione – del provvedimento.

4. *Le diverse tipologie di pareri*

I pareri sono generalmente classificati dal punto di vista dell'oggetto; del regime giuridico della loro acquisizione; della loro efficacia.

In relazione alla prima tassonomia, sono stati distinti i pareri di legittimità, i pareri di opportunità e i pareri tecnici[55]. Come facilmente deducibile dalla terminologia impiegata, i primi hanno contenuto prettamente giuridico e riguardano la valutazione della maggiore aderenza dell'azione amministrativa alla specifica disciplina relativa alle modalità di svolgimento del potere; i secondi offrono ricostruzioni sul merito

[54] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 500.
[55] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 565.

dell'attività esplicata, quindi sulle modalità di realizzazione dell'interesse pubblico; gli ultimi forniscono gli apprezzamenti tecnico-scientifici su cui l'organo richiedente ha espresso la necessità di ricevere chiarimenti per assumere la decisione.

Passando alle modalità di attivazione della funzione consultiva, la dottrina ha sempre distinto i pareri obbligatori, ossia quelli la cui acquisizione è prescritta dalla legge a pena di illegittimità del procedimento e quindi del provvedimento finale, da quelli facoltativi, cioè quelli che la legge non prevede che debbano essere assunti, che tuttavia l'amministrazione può di propria iniziativa richiedere, purché l'aggravamento del procedimento che ne consegue trovi giustificazione in straordinarie e motivate esigenze, dunque nel rispetto del principio posto dall'art. 1, comma 2, legge 241/1990. Come si vedrà, con la riforma del 2009 queste due categorie hanno avuto riconoscimento anche legislativo e oggi sono regolate dai primi due commi dell'art. 16, legge 241/1990, cit., siccome modificati dall'art. 8, della legge 18 giugno 2009, n. 69.

Infine, dal punto di vista dell'efficacia, tradizionalmente sono individuate le seguenti tipologie di pareri:

- il parere conforme, quando l'organo di amministrazione attiva ha il dovere di richiederli, potendo però decidere se provvedere o meno, ma se sceglie di provvedere deve farlo uniformandosi al contenuto del parere, che non può disattendere;

- il parere vincolante, che è il parere obbligatorio a cui l'amministrazione decidente deve uniformarsi, a meno di motivarne l'illegittimità;

- il parere semivincolante o parzialmente vincolante, categoria che invero sembra ormai venuta meno a seguito dell'abrogazione a opera dell'art. 69, legge 69/2009, cit., dell'unica fattispecie che veniva ricondotta a questa tipologia, ossia quella *ex* art. 14, comma 1, decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199, relativa al parere del Consiglio di Stato nel procedimento di decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, che poteva essere disatteso mediante deliberazione del Consiglio dei Ministri.

I pareri conformi sono assai discussi e non sono unanimemente accettati in dottrina[56], che in alcuni casi semplicemente non li include nel-

[56] Riconoscono tale categoria, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 500; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 640.

le ricostruzioni tassonomiche[57], in altri ne ha motivatamente negato la configurabilità[58]. Invero, la questione sembra avere valenza più che altro concettuale, poiché sul piano operativo la categoria in esame sembra riguardare fattispecie affatto isolate[59]. Dall'analisi dei precedenti, emerge invece che la giurisprudenza utilizza la locuzione "parere conforme" con il significato di "su parere conforme", senza quindi qualificare l'efficacia dell'atto consultivo, ma solo rappresentando la circostanza per cui l'autorità decidente ha agito in conformità al parere reso[60].

Tutt'altra ricaduta applicativa ha invece il dibattito che tradizionalmente anima la categoria dei pareri vincolanti, tipologia piuttosto discussa e in relazione a cui parte della dottrina nega persino la stessa natura consultiva. In una prospettiva di sintesi, in materia si riscontrano due posizioni contrapposte. Alcuni Autori ne valorizzano, in quanto consultivi, la natura di atti preparatori, predicandone in tal modo l'estraneità rispetto alla produzione degli effetti giuridici, propria ed esclusiva del provvedimento finale: «il parere vincolante determina un obbligo di conformarsi, non un obbligo di attuare una previa decisione altrui»[61]. Al contrario, secondo un diverso orientamento, i pareri in disamina, vincolando l'organo decidente, di fatto perderebbero la connotazione di "consiglio", risolvendosi in un atto decisorio, appunto «perché l'amministrazione attiva non può da esso discostarsi»[62].

[57] È il caso, ad esempio, di G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., 628 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo - 2. Atti e ricorsi*, Milano, 1999, 29.

[58] Secondo A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., 1018, tale tipologia di pareri non sarebbe più coerente con il principio del dovere di provvedere stabilito dall'art. 2, legge 241/1990, stante l'insussistenza di uno spazio di scelta dell'organo procedente in ordine alla possibilità di non concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso.

[59] Oltre ai casi ricordati da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 640, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2008, n. 3898, a proposito della delibera di Consiglio di Facoltà adottata ai sensi dell'art. 102, comma 6, decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382.

[60] Così, recentemente, TAR Campania, Salerno, Sez. II, 19 luglio 2018, n. 1112; TAR Campania, Sez. I, 5 febbraio 2018, n. 744. In dottrina, utilizza in modo analogo la formula verbale "parere conforme" anche D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 194.

[61] Questa la posizione che fa capo a A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 640, e recentemente riproposta da V. PARISIO, F. APERIO BELLA, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, cit., 560 s.

[62] Così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 500. Affermano che i pareri vincolanti non sono pareri in senso proprio, «ma atti di decisione», anche M.S.

Le due tesi sembrano entrambe fondarsi su valide argomentazioni: la prima esibisce evidente coerenza sistematica, laddove la seconda offre una ricostruzione più attenta ai profili sostanziali e applicativi, meglio raccordandosi all'interpretazione giurisprudenziale che ritiene il parere vincolante suscettibile di autonoma e necessaria[63] impugnazione, in quanto di per sé lesivo prima ancora di essere recepito nel provvedimento conclusivo del procedimento principale (e di cui provoca l'arresto) di competenza dell'organo decidente[64]. È d'altronde indicativo che, sebbene in sede consultiva, il Consiglio di Stato abbia recentemente affermato (ai fini di assumerne la sottoposizione alla disciplina dell'art. 17 *bis*, legge 241/1990) che i pareri vincolanti, «al di là della loro denominazione, attribuiscono di fatto all'autorità consultata un potere di co-decisione»[65].

L'emarginato orientamento giurisprudenziale conduce a inscrivere i pareri vincolanti al di fuori dell'attività meramente consultiva, di cui non partecipano evidentemente i tratti ontologici sin qui messi in chiaro, trattandosi a tutti gli effetti di predecisioni o codecisioni, che dir si voglia, con efficacia provvedimentale. In buona sostanza, predicandone la natura di pareri, questi atti non devono essere, *rectius*, non possono essere autono-

GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., I, 127; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 194; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 338.

[63] Secondo TAR Piemonte, Sez. II, 21 dicembre 2016, n.1585, costituisce una facoltà e non un obbligo dell'interessato attivare la tutela giurisdizionale subito dopo l'adozione del parere vincolante anziché attendere l'adozione del provvedimento che lo recepisce.

[64] Sull'immediata impugnabilità dei pareri vincolanti, si v., tra le più recenti, TAR Campania, Sez. VI, 5 luglio 2017, n. 3607; TAR Liguria, Sez. I, 8 giugno 2016, n.579; TAR Veneto, Sez. II, 29 aprile 2015, n. 475; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 23 marzo 2015, n. 523; TAR Puglia, Sez. I, 23 ottobre 2014, n. 1226; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 giugno 2014, n.1068; Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2012, n.1829. Si v. anche TAR Campania, Sez. VII, 20 settembre 2018, n. 5541, secondo cui è immediatamente impugnabile la comunicazione da parte dell'amministrazione procedente del parere vincolante negativo reso dall'organo consultivo in quanto detta comunicazione costituisce concreta espressione di potere provvedimentale da parte dell'organo che ne è titolare.

[65] Cons. Stato, Comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640. Appare criticabile questa interpretazione di estendere la norma in questione anche ai pareri vincolanti in materia di interessi sensibili, posto che finisce con il perdere di significato la diversa disciplina speciale posta dall'art. 16 della legge sul procedimento, specialmente alla luce del fatto che non è stata oggetto di modifiche a opera della legge 7 agosto 2015, n. 124 il cui art. 3 ha introdotto nel corpo della legge 241/1990 il menzionato art. 17 *bis*. In materia, si v. F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art.* 17 bis *introdotto dalla cd. riforma Madia*, in *www.federalismi.it*, 2015.

mamente impugnati, dovendosi attendere l'adozione del provvedimento dell'organo decidente unitamente al quale dovranno essere gravati dinanzi al giudice amministrativo. Infatti, questo è il nucleo fondamentale della tesi in questione, siccome a suo tempo elaborata, ossia che trattandosi di atti preparatori essi sono estranei al piano della produzione degli effetti giuridici e quindi non sono impugnabili perché non dotati di carica lesiva, insuscettibili di arrecare pregiudizi a situazioni giuridiche soggettive[66]. Laddove, invece, la giurisprudenza ne pretenda la rituale impugnazione tanto da ritenere tardivo il ricorso proposto avverso il provvedimento finale una volta decorsi i termini per gravare anche il parere vincolante, allora quest'ultimo è a tutti gli effetti un atto-presupposto, dotato di autonomia rispetto al provvedimento finale ed espressione di effetti giuridici indipendenti rispetto a quelli propri del provvedimento cui pure ineriscono[67].

5. *Il procedimento consultivo e la semplificazione: dal parere "tollerato" alla decisione erronea ma non annullabile perché tempestiva?*

Secondo quanto è già stato anticipato, il parere è reso all'esito di un subprocedimento, avviato dall'organo di amministrazione attiva mediante richiesta di rispondere a un quesito e che, dopo l'espletarsi dei necessari passaggi endoprocedimentali, si conclude con la trasmissione del parere «con mezzi telematici» (art. 16, comma 5, cit.).

La legge 241/1990 disciplina in modo rigoroso la scansione temporale del procedimento consultivo a seconda della tipologia di parere – vincolante o facoltativo – che dovrà essere adottato dall'apparato chiamato a rendere la consulenza.

Nel caso di pareri obbligatori, l'organo consultivo deve rendere il parere entro venti giorni dal ricevimento della relativa richiesta. Decorso inutilmente detto termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo consultivo abbia rappresentato esigenze istruttorie, «è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'espressione del parere» (art. 16, comma 2)[68].

[66] Il riferimento è naturalmente al lavoro, più volte menzionato, di A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit.

[67] Su questi temi, da ultimo, S. DETTORI, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2006.

[68] Occorre precisare che, secondo la giurisprudenza, nel caso di mancato rispetto del termine fissato per il rilascio del parere, il relativo potere consultivo non si consuma,

In ipotesi di parere facoltativo, l'organo consultivo deve invece immediatamente comunicare il termine entro cui lo renderà, termine «che comunque non può superare i venti giorni dal ricevimento della richiesta» (art. 16, comma 1, cit.). Se questo termine decorresse senza comunicazione del parere facoltativo oppure senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, «l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere» (art. 16, comma 2, cit.).

In tutte e due le ipotesi:

- la disciplina acceleratoria sopra riportata, non si applica ai pareri resi da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini;

- se l'organo consultivo manifesta esigenze istruttorie, i termini si interrompono una sola volta e in ogni caso il parere «deve essere reso definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate» (art. 16, comma 4, cit.);

- il responsabile del procedimento che ha chiesto e non ha ottenuto nei termini anzidetti il parere è fatto esente dalla responsabilità per gli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dell'invocato atto consultivo.

Traspare in modo nitido dalla disciplina testé illustrata come il legislatore abbia optato per una soluzione di modalità di esercizio del potere consultivo improntata alla logica del massimo contenimento dei tempi, laddove la scelta operata nel testo originario dell'art. 16, cit., era solo quella di evitare le *impasse* procedurali in caso di ritardi nel rilascio degli apporti consulenziali da parte degli organi preposti. Difatti, nel testo storico della norma non si faceva distinzione tra parere obbligatorio e

ma continua a sussistere, dal momento che «la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento»: Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4914; da ultimo, TAR Campania, Sez. VI, 5 gennaio 2017, n. 138. In particolare, la giurisprudenza formatasi sul parere paesaggistico *ex* art. 146, commi 8 e 9, decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ha affermato che la decorrenza del termine previsto per l'emanazione del parere statale non determina la consumazione della relativa potestà, in quanto l'organo consultivo ha comunque il potere di esprimersi in merito alla istanza sottoposta al suo esame, ma comporta che laddove il parere fosse adottato tardivamente esso non avrebbe più carattere vincolante, per cui l'organo decidente può eventualmente discostarsene: TAR Campania, Sez. III, 3 settembre 2018, n. 5317; TAR Toscana, Sez. III, 20 dicembre 2016, n. 1828; Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179; TAR Sardegna, Sez. II, 8 gennaio 2016, n. 3.

facoltativo e il termine residuale (in mancanza cioè di diverso termine posto da altra disposizione di legge o regolamentare) ivi fissato era di novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il cui inutile spirare abilitava l'organo decidente a esercitare la facoltà di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere. A seguito della riforma operata prima dalla legge 127/1997, cit., e poi dalla legge 69/2009, cit., invece, si è imposto un sistema in cui l'attività consultiva risulta compressa e talora compromessa. Il testo vigente della disposizione in commento riduce sensibilmente i termini, sia quello generale che quello speciale in caso di ampliamento dell'istruttoria; regola partitamente i pareri obbligatori e quelli facoltativi, limitando la facoltà di proseguire senza la consulenza solo ai primi e rendendo invece obbligatorio il progredire dell'azione in caso di mancato rilascio dei secondi; con fini palesemente monitori, introduce – seppure in negativo («non può essere chiamato a rispondere») – il concetto di responsabilità per illecito da ritardo.

I temi che si stagliano sullo sfondo sono noti ed efficacemente rappresentati da quella dottrina che ha evidenziato come nella legislazione degli ultimi anni emerga vivida la «prevalenza dell'ansia di provvedere rispetto ai valori di garanzia, pubblicità e completezza dell'istruttoria», in cui l'istruttoria è spinta ai margini dell'azione amministrativa, laddove la decisione è invece posta in posizione sempre più centrale, «posto che l'importante non è decidere bene, ma decidere e decidere in fretta»[69].

Ma è altrettanto noto che è ormai davvero improrogabile garantire la soddisfazione dell'esigenza del cittadino (specie se operatore economico) di potere contare su una definizione, favorevole o sfavorevole che sia, dei processi decisionali pubblici in un lasso di tempo congruo rispetto agli interessi in gioco e secondo modalità prevedibili[70]. Ora, per stare collegati al tema dell'attività consultiva, a tacere delle diverse ragioni che, nei fatti, non hanno consentito, per citare alcuni esempi, né al principio del non aggravamento del procedimento; né alla regola

[69] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 514, tesi già esposta in ID., *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss. Su queste tematiche, si v. anche F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedimentali e semplicismi mediatici*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 447 ss.; R. FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 327 ss.

[70] Sul punto, F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss.

dell'obbligo di provvedere *ex* art. 2, legge 241/1990, cit.; né all'istituto della conferenza di servizi (nelle sue varianti istruttoria e decisoria) di assicurare la certa e sollecita acquisizione dei pareri nei termini prefissati[71], resta comunque il fatto che la lentezza/l'inefficienza delle pubbliche amministrazioni costituisca problema del tutto irrisolto, con conseguenze economiche gravi[72], a dispetto dei frequenti tentativi del legislatore di intervenire nel corpo della legge sul procedimento con propensione semplificatoria. Né sono stati posti in essere i necessari rimedi sul piano organizzativo: dopo il buon inizio negli anni Novanta del secolo scorso, è mancata continuità nello sforzo riformatore dell'organizzazione consultiva nell'ottica di una completa razionalizzazione degli organi preposti[73].

Sennonché, dall'altro lato, risulta assai complesso riuscire a inscrivere in una logica di sistema non tanto norme finalizzate a rendere sollecito l'esercizio dell'attività consultiva, contingentandone i tempi, quanto norme che la obliterano del tutto. Per questa via, non sembra che dalla vigente disciplina dell'art. 16, legge 241/1990, traspaia l'intenzione di attribuire particolare valore all'attività consultiva: dal quadro generale normativo sembra evincersi un generale disconoscimento della carica di momento insostituibile di acquisizione di dati e conoscenze utili e talvolta necessari per adottare una decisione di qualità. Potrebbe dirsi, con una battuta, che nella disciplina vigente il parere è, al più, tollerato.

Ne consegue il sacrificio di quella qualità delle decisioni che ne costituisce la ragione fondante siccome *supra* delineata, essendo il parere istituto finalizzato a fornire valutazioni tecniche e scientifiche utili per emanare una decisione qualitativamente migliore, dunque in grado di meglio realizzare gli interessi pubblici e di meglio compendiare gli interessi (pubblici ma soprattutto) privati coinvolti dall'azione amministra-

[71] Sulla necessità di assicurare al massimo grado la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i richiamati poteri debbano essere esercitati entro un termine certamente congruo, ma allo stesso tempo certo e non superabile, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 2015 n. 4927.

[72] Sul tema, si rinvia alle riflessioni di P. LAZZARA, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna - F. Saitta, Milano, 2012, 533 ss.

[73] Si v. C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 137 ss. Esempi recenti di riforma razionalizzatrice degli apparati consultivi dell'amministrazione pubblica sono i decreti approvati dal Governo francese nel 2006 e nel 2009, su cui si v. J. MORAND-DEVILLER, *Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 4179 ss.

tiva. Ciò specialmente qualora venga fatto cadere pure il limite dei c.d. "interessi sensibili" (è il caso del sopra menzionato art. 17 *bis*, cit., nella criticata interpretazione offerta dal Consiglio di Stato).

Si ritiene, allora e in ottica conclusiva, che per realizzare la semplificazione non ci si possa esclusivamente limitare ad eliminare momenti istruttori, accorciando la catena decisionale e riducendo lo spazio tra l'inizio del procedimento e l'adozione del provvedimento che lo conclude. Il timore è che, se si concede una riflessione che ha il sapore della provocazione, dopo la formalizzazione dell'irrilevanza dei vizi procedimentali (il riferimento è, ovviamente, all'art. 21 *octies*, legge 241/1990), si debba un domani fare i conti con una norma che preveda la non annullabilità di una decisione errata, in quanto adottata senza il prescritto parere, ma tempestiva.

MARGHERITA RAMAJOLI

IL DECLINO DELLA DECISIONE MOTIVATA

SOMMARIO: 1. Il problema: dalla dequotazione al depotenziamento motivazionale. – 2. La motivazione amministrativa. – 3. I principi e le regole: *a)* la motivazione assente; *b)* la motivazione implicita; *c)* la motivazione sintetica; *d)* la motivazione successiva. – 4. La motivazione giudiziale: la sentenza in forma semplificata e la sentenza *per relationem*. – 5. Motivazione e legittimazione dei pubblici poteri.

1. *Il problema: dalla dequotazione al depotenziamento motivazionale*

L'attuale epoca storica è caratterizzata dal declino delle decisioni dotate di motivazione. Questo fenomeno sta investendo ogni tipo di decisione individuale proveniente dai pubblici poteri e quindi riguarda sia i provvedimenti amministrativi sia i provvedimenti giurisdizionali[1].

Vi è un parallelismo tra crisi della motivazione provvedimentale e crisi della motivazione giurisdizionale: si decide anche senza motivare, forti di un'istanza efficientista che condiziona norme di legge e principi di diritto.

Come è noto, la motivazione del provvedimento amministrativo assolve molteplici funzioni, che spaziano dall'agevolare l'interpretazione dell'atto al consentire il sindacato giurisdizionale sul medesimo, senza trascurare la funzione di creazione dei presupposti affinché l'attività amministrativa divenga oggetto di controllo consapevole e informato da parte dei cittadini, favorendo anche l'individuazione di responsabilità in capo ai pubblici poteri[2].

[1] F. SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, ed.it. a cura di G. B. RATTI e V. VELLUZZI, Roma, 2016, 225 ss.; in questo contesto è interessante notare come invece la Corte costituzionale recentemente sia giunta a configurare un, del tutto inedito, obbligo di motivazione dei provvedimenti legislativi; cfr. Corte cost., 30 aprile 2015, n. 70, sulla quale cfr. A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio. L'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *www.federalismi.it*.

[2] Così A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 52 ss., che collega a ciascuna funzione assolta dalla motivazione una specifica categoria di destinatari della medesima (la persona interessata dal provvedimento, il giudice, la collettività). In parziale dissenso G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio*

Parimenti la motivazione del provvedimento giurisdizionale assolve una pluralità di funzioni, consentendo alle parti di individuare i vizi della sentenza in vista di un'eventuale impugnazione e della formulazione dei relativi motivi (funzione endoprocessuale) e permettendo a tutti i cittadini di svolgere un controllo esterno e diffuso sull'esercizio del potere giurisdizionale in un'ottica di trasparenza (funzione extraprocessuale)[3].

L'obbligo di motivazione è previsto per tutti i provvedimenti giurisdizionali a livello costituzionale dall'art. 111, comma 6, mentre per i provvedimenti amministrativi è stato introdotto in maniera generalizzata e incondizionata dall'art. 3 della legge n. 241/90[4].

Nondimeno si sta facendo spazio sia in ambito sostanziale, sia in ambito processuale l'idea che ciò che conta è la decisione, mentre tutto il resto è sacrificabile sull'altare delle istanze efficientiste.

Per quanto riguarda specificamente l'obbligo generalizzato di motivazione dei provvedimenti amministrativi, esso è sottoposto a un sottile

Romano Tassone, in *Dir. amm*., 2014, 463 ss., 470-472. Di recente, sulle possibili funzioni assolte dalla motivazione, cfr. altresì A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, *passim*, ma spec. 249 ss., interessante, tra l'altro, nel sottolineare come anche in ambito europeo la motivazione soddisfi le sempre più pressanti esigenze di *accountability* delle istituzioni dell'Unione; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir.pubbl.*, 2012, 837 ss., che giunge a configurare la motivazione come oggetto di un "diritto di informazione" del cittadino; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, II ed., 374 ss.

[3] In questo senso cfr., per tutti, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 63 ss., 319 ss.; E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc.dir.*, Milano, 1977, vol. XXVII, 181 ss.; A. ANDRONIO, *Commento all'art. 111 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, vol. III, 2119 ss.

[4] Sottolinea comunque la rilevanza costituzionale della motivazione anche dei provvedimenti amministrativi B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione*, in M. RENNA e F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 521 ss.; cfr. altresì A. CASSATELLA, *Il dovere*, cit., spec. 249 ss., sul fondamento costituzionale della motivazione come affermazione della "responsabilità funzionale" dell'amministrazione rispetto alla decisione assunta in concreto; in questo contesto è interessante notare poi come l'obbligo di motivazione delle sentenze, nel silenzio della Cedu, sia stato elevato dalla giurisprudenza di Strasburgo a strumento essenziale di garanzia del diritto a un equo processo, questo sì previsto dall'art. 6 della Cedu. Sul punto cfr. M. SERIO, *Tecnica della motivazione e precedente giudiziario*, in *L'ordinamento giudiziario. Itinerari di riforma*, Napoli, 2008, 370 ss., 375-378, e giurisprudenza *ivi* citata.

e continuo processo di svuotamento che presenta specifiche caratteristiche.

È un processo generale, in quanto riguarda sia gli atti amministrativi vincolati, sia gli atti amministrativi discrezionali (e in quest'ultimo caso risulta maggiormente criticabile); un processo complesso, in quanto investe la mai risolta dialettica tra legislazione, amministrazione pubblica e giurisprudenza; un processo articolato, in quanto assume manifestazioni concrete diverse, che spaziano da un particolare modo d'intendere la motivazione *per relationem* al reputato grado di sufficienza della stessa, dall'inquadramento del difetto di motivazione tra i vizi formali all'ammissibilità dell'integrazione della motivazione nel corso del processo; un processo inedito, in quanto va tenuto distinto dalla c.d. dequotazione della motivazione del provvedimento.

Infatti, nonostante spesso si tenda a parlare ancora oggi di dequotazione della motivazione, impiegando il fortunato neologismo coniato da Giannini, in realtà attualmente si è in presenza di un fenomeno diverso e cioè di un depotenziamento della motivazione. La dequotazione della motivazione ad opera della dottrina e della giurisprudenza nasce in un contesto storico differente, di assoluta latitanza legislativa e di attenzione pressoché esclusiva all'atto terminale del procedimento amministrativo anziché al complessivo farsi dell'azione della pubblica amministrazione. La dequotazione della motivazione era pertanto mossa da un'istanza garantista intesa a valorizzare "ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare"[5].

Invece, il presente processo di depotenziamento motivazionale segna un passo indietro in termini di garanzia, come se il tempo fosse tornato agli inizi del secolo scorso, in cui Cammeo riteneva che l'obbligo di motivazione "importerebbe difficoltà, impacci, lentezze insormontabili, le quali sarebbero ben più disastrose per il pubblico, per l'inconveniente di qualche provvedimento non motivato"[6].

Stesso discorso è possibile fare con riferimento all'obbligo di moti-

[5] Sul fenomeno della dequotazione della motivazione del provvedimento amministrativo cfr. M.S. GIANNINI, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc.dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 268 ss.; sul mutamento di scenario dovuto all'emanazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990 cfr. invece A. ROMANO TASSONE, voce *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig.disc.pubbl.*, Appendice, Torino, 1997, 683 ss.; G. CORSO, voce *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc.dir.*, Aggiornamento V, Milano, 2001, 774 ss.; A. CASSATELLA, *Il dovere*, cit., 157 ss.

[6] F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur.it.*, 1908, III, 253 ss.

vazione delle sentenze, sottoposto a un processo di progressivo svuotamento, ad opera vuoi del legislatore ordinario vuoi della giurisprudenza. Anche qui il fenomeno è generale e trasversale, riguardando sia il processo amministrativo sia il processo civile; conosce diverse manifestazioni concrete, quali, ad esempio, la motivazione semplificata oppure la motivazione *per relationem*[7]; ed è sorretto da proclamate esigenze semplificatorie e acceleratorie, intese a "destrutturare" la motivazione dei provvedimenti decisori di merito.

È come se le ragioni pratiche di un particolare modo di intendere il principio di buon andamento e il principio di efficienza (anche della giustizia) avessero la meglio sulle molteplici istanze alla base dell'obbligo di motivazione -prima tra tutte la funzione di garanzia e di trasparenza- e che ben erano state valorizzate negli anni Settanta del secolo scorso dalla monografia di Taruffo con riferimento ai provvedimenti giurisdizionali e negli Ottanta sempre del secolo scorso dalla monografia di Romano Tassone per quanto riguarda i provvedimenti amministrativi[8].

Con l'aggravante che questa ragione pratica ha ottenuto anche il recente avvallo della Corte costituzionale, la quale se, da un lato, ha affermato che la motivazione del provvedimento amministrativo costituisce "il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo ... e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile"[9], dall'altro, però ha ritenuto di dovere coordinare l'art. 3 della legge n. 241/90 con i criteri d'economicità e d'efficacia, in modo da ridurre il contenuto dispositivo della norma citata[10].

2. *La motivazione amministrativa*

L'art. 3 della legge n. 241/1990 non si limita a fissare un obbligo generale di motivazione dei provvedimenti amministrativi, ma precisa anche quale debba essere il contenuto della stessa motivazione obbligato-

[7] Nel processo civile si era addirittura parlati di una motivazione "a richiesta", sulla quale cfr. M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?,* in *Riv.trim.dir.proc.civ.,* 2014, 375 ss.

[8] Cfr., rispettivamente, M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 63 ss., 319 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*, cit.

[9] Corte cost., ord., 26 maggio 2015, n. 92, sulla quale cfr. *infra*, par. 3, lett. *d*. L'espressione era già stata impiegata da Cons. Stato, sez. III, 30 aprile 2004, n. 2247.

[10] Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175, sulla quale cfr. *infra*, par. 3, lett. *c*.

ria. La motivazione infatti deve contenere i "presupposti di fatto" e le "ragioni giuridiche" fondanti la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria procedimentale.

Dunque si richiede normativamente l'indicazione delle ragioni sostanziali che, nella prospettiva del rapporto tra diritto e fatto, sorreggono la scelta dell'amministrazione, così come emergono dagli esiti istruttori. Il legislatore dell'art. 3 mostra di obbedire a un concetto di motivazione in senso sostanziale, in base al quale la pubblica amministrazione deve esplicitare per iscritto la tessitura della trama che l'ha condotta dal diritto al fatto e dal fatto al diritto per precisare l'uno mediante l'altro e viceversa[11].

La motivazione permette di considerare la vera e propria valutazione compiuta dall'amministrazione, sia pure partendo dagli elementi formali attraverso la quale si esprime. La motivazione è un veicolo che consente di entrare all'interno dell'azione amministrativa e di attivare un sindacato reale sull'attività svolta[12].

La disciplina della motivazione del provvedimento amministrativo è stata integrata dalla più importante novella modificativa dell'impianto originario della legge n. 241/90, e cioè dalla legge n. 15/2005. Quest'ultima legge non possiede la medesima compattezza d'impronta del primigenio testo, anzi presenta un'ispirazione ambivalente, la quale si manifesta anche con riferimento alla disciplina della motivazione del provvedimento amministrativo.

Infatti, se, da un lato, alla legge n. 15/2005 si deve una norma infausta come l'art. 21-*octies*, che, in base ad una certa interpretazione giurisprudenziale, ha contribuito al processo di svuotamento dell'obbligo normativo di motivazione[13], dall'altro lato, la stessa legge valorizza il contenuto della motivazione, arricchendolo ulteriormente. Si allude qui sia al nuovo testo dell'art. 6 sia all'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990. L'art. 6, comma 1, lett. *e*, della legge n. 241/1990, stabilisce ora che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, qualora sia diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle

[11] Sul punto, se si vuole, cfr. M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss.; nonché, da ultimo, A. CIOFFI, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 199 ss., spec. 202 ss.

[12] R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, II edizione, 269 ss.

[13] Su questo specifico punto cfr. *infra*, par. 3, lett. a.

risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile, se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale. L'art. 10-*bis* impone poi all'amministrazione, nei procedimenti ad istanza di parte, di comunicare tempestivamente al soggetto che ha presentato domanda, prima della formale adozione di un atto di diniego, i motivi che impediscono l'accoglimento dell'istanza e colui che ha fatto domanda ha poi facoltà di presentare per iscritto osservazioni aggiuntive. La motivazione del provvedimento finale dovrà dare ragione dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni proposte dal privato a seguito della comunicazione dei motivi ostativi[14].

Anche la legge n. 190 del 2012 è intervenuta in senso modificativo sulla disciplina generale della motivazione del provvedimento amministrativo. Tuttavia, la legge del 2012, diversamente dalla novella del 2005, non ha quale oggetto la sola integrazione del dettato normativo della legge n. 241/90, ma possiede un obiettivo più ampio, consistente nella prevenzione e repressione della corruzione nella pubblica amministrazione. In quest'ottica di trasparenza e pubblicità deve essere letta la disposizione che introduce un obbligo di motivazione pure per gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento amministrativo; va comunque osservato che la disposizione pecca di superfetazione, se si tiene presente la già di per sé minuziosa disciplina prevista per tali tipologie di atti consensuali (art. 11, comma 2, della legge n. 241/90, come modificato dall'art. 1, comma 47, della legge n. 190/2012). Sempre la legge n. 190/2012 configura un'ipotesi, eccezionale, di motivazione abbreviata e semplificata, ammessa al ricorrere di specifici presupposti (art. 2, comma 1, della legge n. 241/90, come modificato dall'art. 1, comma 38, della legge n. 190/2012). In base alla nuova disposizione le amministrazioni pubbliche, qualora ravvisino la "manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda", concludono il procedimento con un provvedimento "redatto in forma semplificata", "la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo".

Il modello d'ispirazione del provvedimento con motivazione in forma abbreviata è d'origine processuale, ossia la sentenza in forma semplificata. Come si avrà modo di verificare successivamente, alla sentenza con motivazione in forma semplificata si ricorre vuoi per accelerare i

[14] Sul preavviso di rigetto e sulle conseguenze di tipo motivazionale cfr. M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Art. 10 bis l. n. 241/1990*, in *Treccani. Il libro dell'anno del diritto 2012*, Roma, 2012, 278 ss.

tempi della decisione, vuoi perché le ragioni della decisione sono manifeste. Invece al provvedimento in forma semplificata si ricorre unicamente nel caso in cui le ragioni della decisione siano manifeste e quindi solo nel caso di semplicità della decisione. Infatti il legislatore ha introdotto la motivazione in forma semplificata del provvedimento per chiarire che il dovere di provvedere con un provvedimento espresso sussiste in capo alla pubblica amministrazione anche nell'ipotesi in cui la domanda di parte sia manifestamente da non accogliere[15].

3. *I principi e le regole:* a) *la motivazione assente;* b) *la motivazione implicita;* c) *la motivazione sintetica;* d) *la motivazione successiva*

La giurisprudenza non è nuova nello svalutare la motivazione di una data decisione amministrativa. Nondimeno quest'opera pretoria poteva aveva un senso prima dell'introduzione della legge n. 241/1990, in quanto lì essa era volta a valorizzare la ricerca delle ragioni sostanziali alla base della decisione amministrativa in un quadro generale in cui il sindacato si concentrava solo sul provvedimento finale e l'importanza del procedimento risiedeva unicamente nella sua idoneità ad individuare l'atto impugnabile[16].

Ma ai giorni nostri il cuore del diritto amministrativo si è spostato

[15] Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 12 dicembre 2013, n. 879; in dottrina, cfr., anche se prima dell'aggiunta normativa, ma con considerazioni che rimangono attuali, M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestamente infondate"*, in *Dir.amm.*, 2010, 103 ss.; sulla novella cfr. L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2014, 53 ss.; N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione*, in *www.giustamm.it*, nonché in corso di pubblicazione negli *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*.

[16] In tema cfr. M. NIGRO, *Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza*, in *Foro it.*, 1985, V, 121 ss.; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Milano, 1975, 779 ss.; anzi deve essere sottolineato quanto meritoria sia stata l'opera della giurisprudenza che in passato ha valorizzato l'istituto della motivazione venendo così ad ampliare l'ambito dell'eccesso di potere e, conseguentemente, le possibilità di controllo giurisdizionale sull'attività amministrativa, visto che con il vizio del difetto di motivazione essa è arrivata a considerare la vera e propria valutazione compiuta dall'amministrazione, sia pure partendo dagli elementi formali attraverso la quale si esprime. Sul punto cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 208 ss.

verso l'operare concreto della pubblica amministrazione e in cui si beneficia di numerosi tentativi (alcuni) riusciti di diluizione del potere dell'amministrazione e di legittimazione della stessa, i quali si sono concretizzati nella disciplina del procedimento amministrativo come modo di esercizio del potere e in una più raffinata tecnica di sindacato sull'eccesso di potere che coinvolge il processo di elaborazione degli interessi, nonché nella identificazione dell'oggetto del processo amministrativo non più nel provvedimento impugnato, bensì nel rapporto dedotto in giudizio. In questo diverso contesto il processo di depotenziamento della motivazione si riduce nell'eliminare un importante baluardo a garanzia del privato. È come un tornare indietro in un infinito gioco dell'oca.

Il declino delle decisioni corredate da motivazione è fenomeno che non riguarda solamente alcuni singoli ambiti d'azione amministrativa, caratterizzati da particolari tratti d'autoritarietà, come, ad esempio, avviene nel caso di provvedimenti di trasferimento di militari, rispetto ai quali l'interesse del singolo a prestare servizio in una determinata sede assume, a detta della giurisprudenza, "una rilevanza di mero fatto" la quale "non abbisogna di una particolare motivazione"[17].

La crisi motivazionale assume invece rilevanza generale e si realizza in quanto la giurisprudenza interpreta l'art. 3 come una norma in bianco, da riempire di volta in volta di contenuto. In quest'opera di precisazione del dettato normativo un ruolo fondamentale è svolto da una particolare lettura efficientista del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., come risulta dalle varie manifestazioni concrete del fenomeno, che danno vita rispettivamente alla motivazione assente (*a*), alla motivazione implicita (*b*), alla motivazione sintetica (*c*) e alla motivazione successiva (*d*).

a) L'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi non nasce con la legge n. 241/1990, ma era già stato in precedenza introdotto dalla giurisprudenza, con riferimento ad alcune specifiche categorie di atti. Tali provvedimenti amministrativi (sanzionatori, ablatori, di diniego, oppure accrescitivi ma fondati su scelte di tipo comparativo) erano tutti accomunati dall'essere espressione di potere discrezionale[18].

Esiste un profondo legame tra questa giurisprudenza antecedente

[17] Tar Sicilia, Catania, sez. III, 9 marzo 2016, n. 730.

[18] Si veda la ricostruzione storica operata in R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 279 ss.

la legge n. 241/90 e quella successiva all'introduzione in via normativa di un obbligo di motivazione provvedimentale. Infatti l'obbligo normativo di motivazione, fin dal suo apparire (e quindi ben prima dell'avvento dell'art. 21-*octies*), nonostante la sua generalità, ha continuato ad essere legato alla natura discrezionale del provvedimento o alla lesività del medesimo, come lo era stato in passato. Così la giurisprudenza ha perdurato nell'escludere la necessità di una specifica motivazione per gli atti vincolati, dando vita ad un'eccezione pretoria che affonda le sue radici nella giurisprudenza pregressa[19].

Attualmente poi l'art. 21-*octies,* stabilendo la non annullabilità di provvedimenti amministrativi vincolati affetti da vizi formali o procedurali che siano inidonei ad incidere sul contenuto del provvedimento amministrativo finale, ha offerto il destro ad una parte della giurisprudenza per rafforzare il suo orientamento, ricomprendendo opinabilmente il difetto di motivazione tra i suddetti vizi formali e non disponendo automaticamente l'annullamento di un atto vincolato carente di motivazione[20].

[19] Diverso il discorso per quanto riguarda le eccezioni normative espresse all'obbligo di motivazione. Nonostante l'art. 3, comma 2, della legge n. 241/1990 stabilisca che la motivazione non sia richiesta per gli atti normativi e per gli atti generali, tuttavia l'esclusione dell'obbligo di motivazione per gli atti generali non va intesa alla lettera. Infatti l'art. 3 deve essere interpretato in maniera coerente con il sistema complessivo, altrimenti risulterebbe smentita la risalente e costante giurisprudenza che richiede adeguata motivazione ogni qual volta le scelte contenute in un atto generale sacrifichino situazioni giuridiche soggettive consolidate dei privati, degne di affidamento, oppure quando sia necessario fornire la prova del contemperamento tra interesse pubblico e interesse privato. Senza poi dimenticare che alcune leggi di settore superano la disciplina prevista dalla legge generale, richiedendo la motivazione anche per gli atti normativi e generali, come è stato previsto dall'art. 23 della legge n. 262/2005 per i regolamenti e gli atti generali della Banca d'Italia e della Consob; sul punto cfr. M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir.amm.*, 2013, 53 ss.; A. CASSATELLA, *Il dovere*, cit., 364 ss. e, da ultimo, M.C. ROMANO, *L'esclusione della motivazione per gli atti normativi e per gli atti a contenuto generale*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 231 ss.

[20] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2010, n. 8218, con riferimento a un decreto commissariale di liquidazione dell'elargizione prevista a favore delle vittime di richieste estorsive; Tar Puglia, Bari, sez. III, 15 aprile 2009, n. 868, relativamente a una domanda di assegnazione di lotto. Per l'orientamento contrapposto cfr. Tar Toscana, Firenze, sez. III, 9 luglio 2012, n. 1299, coerente, tra l'altro, con l'impostazione data alla problematica dalla giurisprudenza europea, in cui il difetto o l'insufficienza motivazionale sono fatti rientrare nella violazione delle forme sostanziali e

Ciò in nome di una malintesa idea di amministrazione di risultato e di efficienza amministrativa.

Si è così parlato di motivazione in *re ipsa* degli atti vincolati, come nel caso degli ordini di demolizione a seguito dell'accertamento di un abuso edilizio. Infatti la giurisprudenza è solita affermare che l'ordine di demolizione, come tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato "che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione"[21]. Tuttavia, nel caso (del tutto particolare) di ordinanze di demolizione di un immobile abusivo trasferito *mortis causa* è stata da ultimo rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se tali ordinanze debbano essere congruamente motivate "sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio"[22].

Per quanto riguarda questo orientamento depotenziante l'obbligo di motivazione, è sì vero che nel caso di atti amministrativi vincolati non vengono in rilievo i motivi, intese come valutazioni di opportunità, posti alla base della decisione della pubblica amministrazione, come invece

costituiscono addirittura motivo d'ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio ad opera del giudice (per tutte Corte giustizia, 2 dicembre 2009, C-89/08, spec. punto 34).

[21] Ciò dal momento che non può ammettersi "alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare"; così Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2016, n. 1774; in senso analogo Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2013, n. 4470; sez. IV, 11 gennaio 2011, n. 79; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 16 aprile 2015, n. 2172; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 28 novembre 2013, n. 1333.

[22] Cons. Stato, sez. VI, ord. 24 marzo 2017, n. 1337. La controversia che ha ingenerato l'ordinanza possiede tratti peculiari, quasi da caso-limite: "nonostante l'edificio fosse stato ultimato nel 1982, e sin da quel momento l'Amministrazione fosse a conoscenza dell'esistenza dello stesso, l'ordinanza era stata notificata soltanto a ben 32 anni dall'ultimazione del fabbricato in argomento. Tale inerzia aveva ingenerato una posizione di affidamento rispetto alla quale l'amministrazione avrebbe avuto l'onere di una congrua motivazione in ordine all'interesse pubblico prevalente che giustificasse il sacrificio dei ricorrenti i quali, peraltro, semplicemente ereditando la proprietà dell'edificio nel 2009 … risultavano addirittura estranei a qualsivoglia realizzazione abusiva".

accade nel caso di provvedimenti discrezionali. Di conseguenza negli atti vincolati la motivazione non può consistere nella esplicitazione e nella rappresentazione delle valutazioni di convenienza attraverso le quali l'amministrazione, bilanciando tra loro interessi differenti emersi nel procedimento, è giunta al provvedimento. Nondimeno anche nel caso di atti vincolati il potere esercitato deve essere giustificato e ciò può avvenire solo con l'indicazione delle norme che lo sottendono e dei presupposti di fatto ricorrenti nel caso di specie, che non sempre sono pacifici. Pertanto, anche volendo aderire alla distinzione tra motivazione in senso stretto e giustificazione del provvedimento[23], resta il fatto che la giustificazione del potere esercitato è necessaria sia per gli atti amministrativi discrezionali sia per quelli vincolati.

In secondo luogo, l'erosione giurisprudenziale dell'obbligo normativo di motivazione si è spinta ancora più in là ed è venuta a colpire anche gli atti amministrativi discrezionali.

Alcune volte la giurisprudenza è esplicita nell'affermare che l'art. 21-*octies*, il quale testualmente riguarda i soli atti amministrativi vincolati, è "norma (che) può operare non soltanto nelle ipotesi in cui il provvedimento sia totalmente vincolato, ma, in particolari circostanze, anche in quelle in cui quest'ultimo presenti, congiuntamente ad ambiti vincolati, margini di discrezionalità"[24].

Altre volte la giurisprudenza non si pone un problema di inquadramento del difetto di motivazione tra i vizi formali o sostanziali e quindi di applicabilità dell'art. 21-*octies*, ma ritiene direttamente non necessaria la motivazione per alcune tipologie di atti eminentemente discrezionali, quali sono i provvedimenti d'annullamento d'ufficio, e ciò addirittura senza invocare alcun principio a sostegno di questa sostanziale disapplicazione della norma di legge. Ancor oggi, nonostante l'art. 3 e nonostante pure il chiaro dettato dell'art. 21-*nonies,* il quale espressamente impone che l'annullamento d'ufficio sia emanato "sussistendone le ragioni di interesse pubblico ... e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati", una parte della giurisprudenza afferma che l'annullamento d'ufficio non richiede all'amministrazione una specifica e puntuale motivazione ove l'interesse pubblico sotteso consista nell'evitare l'esborso di denaro pubblico senza titolo, oppure -talvolta- nel mero ripristino della legalità violata. Ad esempio, l'annullamento

[23] Per questa distinzione cfr. M.S. GIANNINI, voce *Motivazione*, cit., 268 ss.

[24] Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 25 maggio 2005, n. 1170, in tema di diniego immotivato di riammissione in servizio di un carabiniere.

d'ufficio di un illegittimo inquadramento economico non richiede una specifica motivazione, "in quanto l'atto oggetto di autotutela produce un danno per l'Amministrazione consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il dipendente"[25]. Parimenti l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia, una volta che l'amministrazione abbia accertato le irregolarità compiute in sede edificatoria, non necessita di un'espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse, atteso che la preminenza dell'interesse generale sull'interesse del privato è in *re ipsa* nell'esigenza del corretto ripristino del governo del territorio[26].

b) Invero già a livello di diritto positivo vi è una regola potenzialmente idonea a scardinare la centralità della motivazione del provvedimento amministrativo. L'art. 3, comma 3, della legge n. 241/1990 ammette

[25] Cons. Stato, sez. III, 8 ottobre 2012, n. 5236. Trattasi di giurisprudenza costante; cfr. altresì Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2014, n. 6310.

[26] Cfr., tra le tante pronunce, Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2885, che ritiene "largamente prevalente il principio secondo il quale il provvedimento di annullamento di concessione edilizia illegittima è da ritenersi *in re ipsa* correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata, atteso che il rilascio del titolo edilizio comporta la sussistenza di una permanente situazione *contra legem* e di conseguenza ingenera nell'Amministrazione il potere- dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita". L'insussistenza di un obbligo di motivazione viene quindi correlato alla trasformazione del potere di annullamento d'ufficio da discrezionale a vincolato. Inoltre, per esonerare dalla comparazione tra interesse pubblico e interesse privato, spesso assumono rilievo le indicazioni fuorvianti o false della parte istante, che avevano determinato l'illegittimità del provvedimento annullato (Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660). Proprio a tal proposito è stata di recente sottoposta all'Adunanza plenaria la particolare questione "se, nella vigenza dell'art. 21- *nonies*, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza – sia pure solo a fini interpretativi – della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato" (Cons. Stato, sez. IV, ord. 19 aprile 2017, n. 1830).

quella particolare tecnica motivazionale data dalla motivazione *per relationem*, che ricorre quando le ragioni di fatto e di diritto della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dal provvedimento finale.

Con il che si legittima la tendenza a ricercare le ragioni del provvedimento non necessariamente in un'esplicita esternazione, ma anche altrove, prescindendo da eventuali mancanze del formale enunciato motivatorio. Tendenza rafforzata dal fatto che il legislatore ha anche stabilito che l'atto da cui risultano le ragioni del decidere e richiamato dal provvedimento finale non debba essere comunicato, bensì più semplicemente "indicato e reso disponibile" per il destinatario. Scelta tutt'altro che scontata, dal momento che l'art. 7, comma 1, della legge n. 212/2000, sullo Statuto dei diritti del contribuente, prevede invece che se nella motivazione degli atti dell'amministrazione finanziaria si fa riferimento ad un altro atto, "questo deve essere allegato all'atto che lo richiama"[27].

Dal canto suo, la giurisprudenza ha interpretato in maniera molto estensiva la facoltà di motivazione *per relationem*. Per essa l'argomentazione contenuta in altro atto non deve neppure essere necessariamente richiamata nel provvedimento finale: l'obbligo di motivazione è soddisfatto anche quando le ragioni sottese alla decisione, "lungi dal dover trasparire dal mero atto conclusivo" possono essere colte dalla lettura di altri atti collegati ed evinte dal complesso degli atti del procedimento, e ciò anche nel caso di atti amministrativi discrezionali[28].

Curiosamente, per non dir altro, la giurisprudenza ha affermato che l'orientamento ampliativo dei confini testuali della motivazione *per relationem* avviene "in omaggio ad una visione … coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 cost."[29].

c) Risponde alla medesima logica riduttiva dell'obbligo normativo anche il modo in cui è interpretato il grado di sufficienza e adeguatezza della motivazione riguardante le prove di gara per l'aggiudicazione di

[27] Su questa diversità di disciplina cfr. Cass., sez. I, 11 giugno 2003, n. 9357.

[28] Da ultimo cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 dicembre 2016, n. 5150; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 24 febbraio 2016, n. 561; Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 4 febbraio 2016, n. 99; ma cfr. altresì Cons. Stato, sez. IV, 1 marzo 2017, n. 941. Sempre in questa logica s'inserisce il consolidato orientamento per cui il mancato richiamo alle norme di legge o di regolamento cui si collega la decisione non integra il difetto di motivazione, purché "sia agevole l'identificazione del potere esercitato" (Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 2008, n. 3351).

[29] Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2084. sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2770.

un contratto, o di un concorso, oppure di un esame di abilitazione. Anche in quest'ipotesi lo svuotamento della norma si fonda su un'utilizzazione anomala del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione.

Buona parte della giurisprudenza è favorevole a ritenere che l'obbligo di motivazione sia sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio numerico, dal momento che il voto sintetizzerebbe in forma numerica il giudizio e conterebbe in sé la propria sufficiente motivazione[30].

Più volte la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale delle disposizioni che consentirebbero il mero punteggio numerico per esprimere il giudizio valutativo motivato su prove di esame, per assunto contrasto con i principi d'imparzialità dell'amministrazione, di parità di trattamento dei cittadini e di tutela giurisdizionale in relazione agli atti amministrativi[31].

[30] Tra le tantissime cfr. Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5407; sez. II, 13 ottobre 2011, n. 5261; sez. IV, 9 luglio 2010, n. 4456; sez. IV, 4 maggio 2010 n. 2557; sez. IV, 4 maggio 2010 n. 2544; sez. IV, 4 maggio 2010 n. 2543; sez. IV, 14 aprile 2010 n. 2088; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 4 aprile 2016, n. 484.

Da ultimo cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. II *quater*, 24 maggio 2017, n. 6171, in tema di procedure di selezione dei direttori museali, che si inserisce nel filone definibile come mediano, secondo cui il solo punteggio numerico è idoneo a dimostrare la logicità e la congruità del giudizio a condizione che i criteri di attribuzione dei voti risultino da un'adeguata griglia di valutazione stabilita *a priori* (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. III, 17 dicembre 2015, n. 5717; sez. III, 24 aprile 2015, n. 2050; sez. V, 22 gennaio 2015, n. 252). Con il che il problema non si risolve, ma più semplicemente si sposta sul grado di precisione nella previa fissazione dei criteri di valutazione reputato sufficiente; cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1024. In tema si rinvia ad A. CASSATELLA, *Il dovere*, cit., 340 ss.

Sulla stessa scia che considera sufficiente la motivazione in forma numerica si colloca l'orientamento giurisprudenziale secondo cui negli organi collegiali la votazione costituzione "strumento di manifestazione finale della volontà del collegio", "maturato attraverso l'enunciazione degli elementi di valutazione e di comparazione degli interessi che formano oggetto della discussione, preordinata al confronto delle posizioni dei singoli membri per una più ponderata deliberazione" (Cons. giust.amm., 19 ottobre 2010, n. 1279); oppure che la motivazione degli atti deliberativi collegiali sia legittimamente desumibile anche dalle opinioni espresse dai singoli componenti dell'organo, le quali costituiscono esplicazione delle ragioni addotte per suffragare il contenuto della votazione (Cons. Stato, sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 5008).

[31] Viene qui in rilievo in particolare l'art. 17-*bis*, comma 2, del r.d. 22 gennaio 1934, n. 37 (modificato nel 2003), interpretato in modo da fare ritenere sufficiente la formulazione del giudizio di valutazione degli elaborati di esame attraverso un mero punteggio espresso in numeri.

Dapprima la Corte, attraverso una dichiarazione di manifesta inammissibilità, non ha voluto ingerirsi nella questione, reputata volta non alla risoluzione di un dubbio di legittimità costituzionale, ma a realizzare "un improprio tentativo di ottenere l'avvallo della Corte a favore di una determinata interpretazione della norma". Quest'ultima di contro sarebbe una "attività … rimessa al giudice di merito", specie laddove si sia in presenza di "indirizzi giurisprudenziali non stabilizzati"[32].

A un certo punto però il giudice costituzionale ha cambiato impostazione, considerando ormai "diritto vivente" l'indirizzo giurisprudenziale a sostegno della sufficienza del punteggio numerico e reputando dunque maturi i tempi per una sua decisione a riguardo[33].

La Corte ha dichiarato la non fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, ritenendo che la graduazione del punteggio numerico consenta alla commissione esaminatrice di esprimere un giudizio sull'elaborato. La *ratio* alla base di questo avvallo è esplicitata dalla stessa Corte, a detta della quale un'esposizione più dettagliata delle ragioni che possono avere condotto a un giudizio di non idoneità non sarebbe esigibile alla pubblica amministrazione alla luce del principio del buon andamento, avuto riguardo sia ai tempi entro cui le operazioni concorsuali o abilitative devono essere concluse, sia al numero dei partecipanti alle prove. Afferma infatti il giudice costituzionale che l'art. 3 della legge n. 241/1990 "va coordinato" con l'art. 1, comma 1, della medesima legge n. 241, "in forza del quale l'attività amministrativa è retta (tra gli altri) da criteri di economicità e di efficacia, che giustificano la scelta del modulo valutativo adottato dal legislatore" (punto 3.1. del Considerato in diritto).

Ma, come è stato giustamente osservato, la Corte costituzionale, da un lato, ha così attribuito a una prassi amministrativa fondata su esigen-

[32] Corte cost. (ord.), 3 novembre 2000, n. 466; Corte cost. (ord.), 14 novembre 2005, n. 420.

[33] Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175. Ma cfr. anche la precedente Corte cost., 30 gennaio 2009, n. 20, che ha dichiarato infondata la stessa questione di costituzionalità, in quanto i parametri evocati erano volti a presidiare l'adeguatezza degli strumenti processuali a disposizione per la tutela dei diritti soggettivi e interessi legittimi (artt. 24 e 113), nonché ad assicurare la parità delle parti nel processo (art. 111), in coerenza con i principi espressi nella Cedu (art. 117), e cioè nella Cedu, e cioè garanzie non messe in discussione dalle norme in questione. Invece la Corte, nella più recente sentenza n. 175/2011, di cui nel testo, è stata chiamata a valutare la medesima questione alla luce però di diversi parametri concernenti gli aspetti sostanziali dell'esercizio della potestà amministrativa.

ze meramente pratiche "una piena giustificazione di rango costituzionale", dall'altro, ha utilizzato impropriamente l'art. 97 Cost., dal momento che non è affatto chiaro come una motivazione meno sintetica di un semplice numero possa imporre all'amministrazione un'attività diseconomica o contraria al principio d'efficacia[34].

d) Per ragioni di coerenza logico-giuridica la motivazione deve essere contestuale e non successiva alla parte dispositiva del provvedimento. Tuttavia una parte della giurisprudenza amministrativa consente l'integrazione della motivazione in corso di giudizio e ciò sia nel caso di atti amministrativi vincolati sia nel caso di atti amministrativi discrezionali[35].

[34] F.G. SCOCA, *Punteggio numerico e principio di buon andamento*, in *Giur.cost.*, 2011, 2279 ss.; utili spunti per riflessioni sull'effettivo ruolo assolto nel nostro ordinamento giuridico dalle istanze efficientiste si ricavano da G.M. SALERNO, *L'efficienza dei poteri pubblici nei principi dell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1999, spec. 137 ss.

Da ultimo il Cons.giust.amm. ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione della motivazione del giudizio di non ammissione alle prove orali dell'esame per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, in particolare richiedendo se il voto numerico sia capace di esprimere e sintetizzare il giudizio tecnico discrezionale della commissione, senza ulteriori oneri motivazionali (ord. 2 maggio 2017, n. 206)

[35] A far data da Cons.giust.amm., 20 aprile 1993, n. 149, in *Dir.proc.amm.*, 1993, 507, con note critiche di G. VIRGA, *Integrazione della motivazione nel corso di giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento impugnato*, ivi, 1993, 516 ss. e di A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, *ivi*, 1994, 577 ss.; in realtà in tal senso cfr. già (ma comunque prima dell'avvento dell'art. 3 della legge n. 241/90) Tar Veneto, sez. I, 10 giugno 1987, n. 648, *ivi*, 1989, 469 ss., con nota di P. BARTOT, *La motivazione tra vizio formale e tutela sostanziale in giudizio*.

Il *leading case* del Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia faceva invero riferimento a un caso molto specifico, in cui venivano in rilievo esigenze di riservatezza connesse con la salvaguardia dell'ordine pubblico e la tutela contro la criminalità. In particolare si trattava di un provvedimento ministeriale di diniego di rinnovo della concessione per l'impianto e l'esercizio di un ponte radio che era stato genericamente motivato, ma poi giustificato, secondo quanto dedotto in giudizio dall'Avvocatura dello Stato, dalle informazioni delle autorità locali circa i precedenti penali del richiedente. Tuttavia, come giustamente osservato da A. ZITO, *op.cit.*, 579, è vero che i giudici si sono limitati ad affermare il principio in questione con riferimento ai soli procedimenti riservati di cui all'art. 24 della legge n. 241/90, però questa limitazione "ha assai scarso valore", perché "l'integrazione della motivazione, mancante o insufficiente, è principio che, avendo poco o nulla a che fare con la natura, riservata o meno, del procedimento, si ammette o si nega *in toto*, in relazione cioè a qualsiasi provvedimento".

Si parla qui di motivazione successiva come formula riassuntiva delle varie manifestazioni che il fenomeno può assumere, le quali vanno dalla motivazione postuma alla integrazione della motivazione già esistente[36]. Fermo restando che le modalità d'introduzione di una motivazione successiva possono presentare differenti gradazioni d'intervento, sta di fatto che la *ratio* sottesa al desiderio di legittimarle è comune, il che spiega perché qui si sono volute accomunare.

L'indirizzo favorevole all'integrazione successiva della motivazione è stato rafforzato dal già citato art. 21-*octies*, o, meglio, dal sopra visto inquadramento giurisprudenziale del difetto di motivazione del provvedimento all'interno della categoria dei vizi formali, che consentirebbe all'amministrazione intimata di rappresentare in corso di giudizio gli eventuali elementi utili per evidenziare la palese infondatezza della pretesa della parte ricorrente[37].

Oltre che sull'art. 21-*octies*, che a rigore vale comunque per i soli atti vincolati, il giudice amministrativo è giunto a una "attenuazione" del divieto di motivazione successiva facendo leva anche sulla nuova disciplina processuale in materia di silenzio, che consente al giudice di conoscere della fondatezza dell'istanza[38]; e ha così ritenuto che l'amministrazione non violi il divieto di motivazione successiva quando le ragioni del provvedimento, intuibili sulla base della parte dispositiva dell'atto impugnato, "siano state rese evidenti mediante chiarimenti resi nel corso del giudizio"[39].

Anche con riferimento alla motivazione in corso di giudizio, come già in relazione alla motivazione numerica, la Corte costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi, venendo in discussione la legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies* nella misura in cui consentirebbe

Ed infatti così è stato interpretato dalla giurisprudenza successiva che aderisce a tal principio.

[36] Sull'esistenza di fenomeni giuridici diversi cfr. G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 531 ss.; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila*, cit., 861 ss.

[37] Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194.

[38] Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271.

[39] Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241; Tar Toscana, Firenze, sez. III, 10 novembre 2010, n. 3873; secondo poi Tar Sardegna, sez. II, 31 marzo 2006, n. 476, "è possibile integrare la motivazione con valutazioni … esternabili anche in un momento successivo e per opera di un soggetto diverso (il difensore), il quale, agendo in rappresentanza dell'amministrazione, viene *abilitato* a svolgere una funzione nuova e ulteriore rispetto a quella propriamente processuale". Cfr. comunque anche la posizione mediana assunta Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018.

l'integrazione in sede processuale della motivazione provvedimentale. Ma analogamente a quanto avvenuto, sia pure solo in un primo momento, con riferimento alla legittimità del mero punteggio numerico per esprimere una sufficiente motivazione, anche in questo caso la Corte costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile. Due le ragioni addotte, la prima dovuta alla particolarità della fattispecie, non rilevanti in questa sede[40], la seconda invece perfettamente rientrante nel filone prima considerato volto ad impedire alla Corte costituzionale di esporsi direttamente sulla questione. Infatti il giudice ha affermato che la questione sottoposta fosse diretta non a risolvere un dubbio di legittimità costituzionale, bensì a ricevere un improprio avallo costituzionale ad una determinata interpretazione della norma censurata, rimessa invece al giudice di merito. Ancora una volta, per evitare di assumere una posizione in materia, il giudice costituzionale si nasconde dietro la circostanza che l'orientamento più penalizzante per il privato, quello per cui il difetto di motivazione nel provvedimento sarebbe assimilabile alla violazione di vizi di forma, non sia ancora del tutto "diritto vivente" dal momento che esiste anche un orientamento diverso in seno alla giurisprudenza amministrativa[41].

[40] La controversia da cui era originata la questione di legittimità costituzionale riguardava una domanda di annullamento dell'atto con cui una Regione richiedeva la ripetizione di somme indebitamente versate, in relazione alla pensione percepita dalla ricorrente, la quale lamentava l'impossibilità di comprendere le ragioni di fatto e di diritto della suddetta ripetizione. A seguito dell'integrazione dei motivi da parte dell'amministrazione regionale, avvenuta con la memoria di costituzione di giudizio, la Corte dei conti aveva promosso giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 21 *octies*, in riferimento agli artt. 3, 97, 24, 113 e 117, primo comma, della Costituzione.

[41] Corte cost., ord. 26 maggio 2015, n. 92. Su questa pronuncia cfr. G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm*. 2017, 1235 ss. Ancora più di recente la Corte cost. (ord.), 17 marzo 2017, n. 58, ha ribadito la manifesta inammissibilità della q.l.c. dell'art. 21-*octies*, stante la sostanziale identità delle questioni e delle relative argomentazioni. Sempre la Corte dei conti ha promosso davanti alla Corte di giustizia la questione relativa alla compatibilità della disciplina relativa all'art. 21 *octies* con i principi generali dell'ordinamento comunitario e in particolare con il principio dell'obbligo di motivazione degli atti della pubblica amministrazione previsto dall'art. 296 TFUE e dall'art. 41, paragrafo 2, della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione europea, nella misura in cui la disposizione, così come interpretata dalla giurisprudenza nazionale, consente all'amministrazione di integrare la motivazione in corso di giudizio. Ma anche la Corte di giustizia ha affermato la propria incompetenza ad esprimersi sul merito della questione, dal momento che l'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990 non contiene alcun rinvio diretto e incondizionato agli artt. 296 del TFUE e 41 della Carta (Corte di giustizia, sez. III, 21

Nel frattempo la giurisprudenza di merito continua ad essere divisa al suo interno sulla legittimità della motivazione successiva, costringendo così il privato ad attivare la tutela giurisdizionale allo scopo di essere reso partecipe delle specifiche ragioni alla base del provvedimento. Una parte della giurisprudenza (ma ancora prima una parte della pubblica amministrazione) mostra di non cogliere la portata precettiva di una norma come l'art. 3 della legge n. 241/90 ed è invece propensa ad utilizzare altre disposizioni di legge, come l'art. 21-*octies,* in maniera forzata, al fine di legittimare *ex post* un dato orientamento. Quest'orientamento giurisprudenziale ha alla base non solo un'utilizzazione anomala di alcuni principi generali, come si è notato accadere nelle altre illustrate ipotesi di depotenziamento dell'obbligo normativo di motivazione. Esso si fonda su un vero e proprio postulato, ossia sull'inesauribilità del potere amministrativo, anch'esso comunque collocabile nell'alveo delle presunte istanze efficientiste, che portano a decidere subito e motivare puntualmente (o completamente) in un momento successivo.

Viene infatti in rilievo l'inesauribilità del potere amministrativo perché ammettere la motivazione in corso di giudizio comporta trasformare il giudizio in una sorta di prolungamento del procedimento amministrativo sotto mentite spoglie processuali, costringendo il privato ad adire le vie giurisdizionali per conoscere tutte le ragioni del decidere della pubblica amministrazione[42].

dicembre 2011, C-482/10; cfr. altresì, in senso pressoché analogo, Corte di giustizia, sez. V, 7 novembre 2013, C-313/12).

Interessante, in una prospettiva comparata, la disciplina belga in materia, sulla quale è di recente intervenuta la Corte costituzionale con tre decisioni (8 maggio 2014, n. 74; 29 ottobre 2014, n. 152; 16 luglio 2015, n. 103), per un'analisi delle quali cfr. M. DELSIGNORE, *The Italian Legal System and the Possible Implications of the Belgian Constitutional Court's Rulings on the Administrative Loop*, in *https://papers.ssrn.com*.

[42] Acutamente F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, in *Foro amm.*, 2000, 3443 ss., osserva come, ammettendo la motivazione successiva, venga portato davanti al giudice amministrativo un provvedimento "non ancor compiutamente *fatto*". Tra i vari fenomeni di svuotamento dell'obbligo di motivazione la motivazione successiva è quella che più ha attirato l'attenzione della dottrina; cfr., per i tanti rilievi critici, da ultimo A. CASSATELLA, *Il dovere*, cit., spec. 47 ss., 323 ss.; G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila*, cit., 856 ss.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo fra diritto interno e diritto dell'Unione europea*, Milano, 2015, 172 ss., il quale osserva che l'orientamento del giudice amministrativo non sia neppure coerente con la giurisprudenza delle Corte UE, la quale, però, come si è sopra notato, manifesta una certa ritrosia ad esporsi in materia; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 310 ss.; la tematica presenta poi un indubbio aggancio con quella limitrofa del rifiuto della teoria del c.d. *one shot*, per cui, "sebbene

4. *La motivazione giudiziale: la sentenza in forma semplificata e la sentenza* per relationem

L'art. 111 Cost., che impone un obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali, è anzitutto paradigma di congruità costituzionale della normativa ordinaria, ma è anche condizione di effettività di altri principi costituzionali, primo tra tutti la garanzia di difesa sancita all'art. 24. Ciò nel senso che è il giudice deve adeguatamente prendere in considerazione le istanze e allegazioni in cui l'esercizio del diritto di difesa si è in concreto manifestato.

Ma, al pari della motivazione degli atti amministrativi, anche la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali sta subendo un processo di progressivo svuotamento, in nome dell'efficienza e della "funzionalità" della giurisdizione, allo scopo di assicurare giustizia in tempi ragionevoli.

L'evoluzione normativa verso un modello di motivazione semplificata della sentenza ha riguardato dapprima il giudizio amministrativo e solo successivamente il processo civile (con un fugace passaggio anche nell'abrogato rito societario)[43].

Nel processo amministrativo la decisione con motivazione in forma abbreviata fa la sua prima comparsa alla fine degli anni Novanta del secolo scorso nello speciale rito degli appalti. L'art. 19 del d.l. n. 67/1997, convertito in l. n. 135/1997, aveva infatti previsto che il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, poteva definire immediatamente il giudizio nel merito, "con motivazione in forma abbreviata", indipendentemente dalla complessità delle questioni devolute[44].

Dietro sollecitazione dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato[45], la legge n. 205/2000 ha poi generalizzato l'istituto della motivazio-

sia preferibile che le Amministrazioni pubbliche, allorché intervengono sulle istanze del privato, esternino in prima battuta tutti i motivi asseritamente ostativi, l'indicazione del solo principale motivo reiettivo non è *ex se* preclusiva a che, nel prosieguo del procedimento ed anche a seguito di un eventuale annullamento giurisdizionale del provvedimento reiettivo, ne emergano di ulteriori" (Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2014, n. 1457).

[43] Infatti l'art. 16, comma 5, del d. lgs. n. 5/2003, con riguardo al soppresso rito societario, prevedeva che la sentenza potesse essere motivata in forma abbreviata, mediante il rinvio agli elementi di fatto riportati in uno o più atti di causa e la concisa esposizione delle ragioni di diritto, anche facendo riferimento a precedenti conformi.

[44] Su questa disposizione cfr. M. RAMAJOLI, *La tutela cautelare nel contenzioso sulle procedure di affidamento degli appalti pubblici*, in *Dir.proc.amm.*, 2011, 928 ss.

[45] Ad. Gen., n. 236/1994, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1308 ss.

ne in forma abbreviata, circoscrivendone l'applicazione ai soli casi di manifesta fondatezza, infondatezza, irricevibilità, inammissibilità e improcedibilità del ricorso (art. 26, comma 4, della legge Tar, come modificato dall'art. 9 della legge n. 205/2000), pur però continuando a prevedere il potere del giudice, in sede di decisione della domanda cautelare, di definire il giudizio nel merito con una sentenza succintamente motivata (art. 21 della legge Tar, come modificato dall'art. 3 della legge n. 205/2000)[46].

Attualmente la sentenza in forma semplificata è disciplinata sul piano formale dall'art. 74 c.p.a., ove si prevede che la motivazione della sentenza possa consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, oppure a un precedente conforme. Mentre la sentenza ordinaria deve contenere l'esposizione di tutti i profili di fatto e di diritto, sia pure anche qui in forma "concisa" (art. 88, comma 2, lett. *d*), visto che comunque l'art. 3, comma 2, c.p.a. fissa un generale dovere di "sinteticità" degli atti del giudice, oltre che di parte, invece nella sentenza in forma semplificata è sufficiente il mero richiamo a un unico profilo di fatto o a un unico profilo di diritto oppure a un precedente conforme.

La sentenza in forma semplificata è prevista nel c.p.a. per un'estrema varietà di ipotesi e non solo più nel caso di manifesta fondatezza, infondatezza, irricevibilità, inammissibilità o improcedibilità della domanda. Essa è altresì ammissibile nel caso di decisione di merito assunta in sede di ottemperanza (art. 114, comma 3), in materia di accesso ai documenti amministrativi (art. 116, comma 4), nel rito avverso il silenzio (art. 117, comma 2), nel giudizio avverso gli atti di esclusione dal procedimento preparatorio per le elezioni regionali, provinciali e comunali (art. 129, comma 6), in sede cautelare (art. 60) e nel particolare rito sugli appalti pubblici (art. 120, commi 6 e 10).

Specie nelle due ultime ipotesi la motivazione breve soddisfa non tanto un'istanza semplificatoria, quanto piuttosto un'istanza acceleratoria, sulla quale sarà necessario tornare nella chiusa, per evidenziare le criticità insite nel modello di depotenziamento della motivazione.

Da ultimo il legislatore ha ampliato le ipotesi in cui è ammissibile ricorrere alla sentenza in forma semplificata grazie all'art. 1, comma 781, della legge n. 208/2015 (legge di stabilità 2016), che ha introdotto nel c.p.a. l'art. 71-*bis*, ai sensi del quale, a seguito dell'istanza di prelievo, il

[46] In tema cfr. A. CLINI, *La forma semplificata della sentenza nel "giusto" processo amministrativo*, Padova, 2009, 138 ss.

giudice, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio in camera di consiglio con una sentenza in forma semplificata. *Ratio* dell'intervento normativo è, ancora una volta, l'accelerazione dei tempi di definizione delle controversie e, in particolare, di smaltimento dell'arretrato.

La direttiva di alleggerimento degli obblighi motivazionali caratterizza anche la disciplina del processo davanti al giudice ordinario. Nel processo civile la riforma attuata con la legge n. 69/2009 ha innovato, per quanto qui rileva, il contenuto sia dell'art. 132, comma 1, n. 4, c.p.c., sia dell'art. 118, disp.att. del codice di rito. Per quanto riguarda l'art. 132 è stata eliminata la necessità di riportare nella sentenza lo svolgimento del processo e si è previsto che la decisione debba contenere soltanto la "concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione". Il nuovo testo dell'art. 118, disp.att.c.p.c. dispone poi che la motivazione della sentenza debba consistere nella "succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi".

Due sono i tratti qualificanti della riforma: un deciso *favor* verso una motivazione sintetica della sentenza (proprio come quella dell'ordinanza, che, del resto, non nasce come provvedimento decisorio di merito) e la codificazione dell'ammissibilità della motivazione *per relationem,* potendosi giustificare le ragioni giuridiche della decisione con il ricorso a precedenti conformi. Nella relazione di accompagnamento alla novella si legge che quest'ultima mira a "ridurre il contenuto espositivo e motivazionale della sentenza", al fine di consentire un'accelerazione dei tempi di definizione del processo, problema drammaticamente avvertito nel giudizio civile[47].

L'art. 132 c.p.c. trova applicazione anche nel processo amministrativo, come precisato dal Consiglio di Stato, secondo cui nella redazione della motivazione (ordinaria), il giudice non è tenuto ad occuparsi espressamente e singolarmente di ogni allegazione, prospettazione e argomentazioni delle parti, "essendo necessario e sufficiente, in base all'art. 132, n. 1 c.p.c., che esponga in maniera concisa, gli elementi in fatto e in diritto posti a fondamento della sua decisione, dovendo ritenersi per implicito disattesi tutti gli argomenti, le tesi e i rilievi che, sep-

[47] "Che talvolta sembra organizzato per impedire che si giunga rapidamente alla conclusione", mentre il processo amministrativo è sempre stato "un processo orientato alla decisione"; così G. FALCON, *Buone notizie per la giustizia amministrativa*, in *Giorn.dir.amm.*, 2017, 166 ss.

pure non espressamente esaminati, siano incompatibili con la soluzione adottata e con il percorso argomentativo"[48].

Parimenti la motivazione della sentenza *per relationem* è ritenuta ammissibile anche nel processo amministrativo, anzi è considerata principio generale dell'ordinamento. Così il Consiglio di Stato, che ha poi puntualizzato che si deve giudicare la completezza e la logicità della motivazione sulla base degli elementi contenuti nell'atto al quale si opera il rinvio e che in ragione del rinvio diviene parte integrante dell'atto rinviante[49].

Tempo è passato da quando l'art. 361, n. 2, c.p.c. del 1865 qualificava come omissione di motivazione il mero rinvio ad altra sentenza[50]. Da precisare poi che il rinvio a decisioni conformi in cui può risolversi la motivazione *per relationem* non è un *obiter dictum* né costituisce un uso topico del precedente, ma viene a rappresentare tutto ciò che il giudice afferma a sostegno della decisione, sul quale è difficile esercitare una qualsiasi forma di controllo[51].

Nel processo, vuoi civile vuoi amministrativo, è il legislatore a farsi carico di un'istanza acceleratoria in ambito motivazionale, ma, come si è visto già accadere in ambito sostanziale, anche la giurisprudenza contribuisce ad erodere e destrutturare la motivazione. Ad esempio, nel processo civile e in quello tributario le Sezioni Unite hanno interpretato la motivazione *per relationem* in maniera oltremodo estensiva, affermando che "non può ritenersi nulla la sentenza che esponga le ragioni della decisione limitandosi a riprodurre il contenuto di un atto di parte (ovvero di altri atti processuali o provvedimenti giudiziari) eventualmente senza nulla aggiungere ad esso", purché "risultino comunque attribuibili al giudicante … le ragioni sulle quali la decisione è fondata"[52].

[48] Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2016, n. 5108. In senso analogo, peraltro, si è recentemente pronunciata l'Adunanza Plenaria, con la sentenza 27 luglio 2016, n. 21, che ha altresì stabilito che non costituisce vizio di revocazione per errore di fatto l'omessa pronuncia, da parte del giudice, su tutte le argomentazioni poste dalla parte a sostegno del medesimo motivo di ricorso.

[49] Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2011, n. 68.

[50] In proposito cfr. L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, III ed., Milano, s.d., vol. IV, 95 ss.

[51] Parla a tal riguardo di "non-motivazione" che comporta la rinuncia del giudice a ragionare autonomamente intorno al fondamento razionale della decisione M. TARUFFO, *La motivazione*, cit., spec. 429-430.

[52] Cass., sez.un., 16 gennaio 2015, n. 642. Cfr. altresì Cass., sez.un., 2 luglio 2012, n. 11067, per la quale "per intendere il significato e l'estensione dell'accertamento compiuto con la sentenza è dato integrare il pensiero del giudice consegnato alla

Ciò del resto è evenienza espressamente prevista dal legislatore del codice del processo amministrativo, che all'art. 129 consente che nel contenzioso elettorale la motivazione della sentenza possa consistere "anche in un mero richiamo delle argomentazioni contenute negli scritti delle parti che il giudice ha inteso accogliere e fare proprie". Tuttavia nello speciale rito elettorale questa particolare modalità di motivazione *per relationem* trova una spiegazione essenzialmente nel fatto che il giudice è tenuto a depositare la sentenza, e non solo il dispositivo della stessa, nel medesimo giorno in cui l'udienza è celebrata, adempimento che non è ovviamente richiesto in via abituale.

Si è già accennato al fatto che la *ratio* proclamata come sottostante alla destrutturazione della motivazione della sentenza è l'obbedienza a principi di "efficienza del sistema" e di ragionevole durata del processo[53].

Tuttavia, come giustamente osservato, la *ratio* alla base del modello della motivazione semplificata è in realtà duplice, in quanto può venire in rilievo la semplicità della decisione, come già accade nell'ambito del diritto sostanziale, con il menzionato provvedimento in forma semplificata previsto dall'art. 2 della legge n. 241/1990, ma altresì può sussistere l'esigenza di accelerare i tempi della decisione stessa. In quest'ultimo caso la motivazione semplificata è "quasi un espediente per chiudere il processo in tempi brevi"[54].

Ad esempio, nella fase cautelare la disposizione che consente la decisione in forma semplificata non contiene alcun riferimento ai presupposti "contenutistici" per la definizione immediata della lite in base al suo esito, diversamente da quanto dispone in via ordinaria l'art. 74[55]. Di conseguenza il giudice può utilizzare lo strumento contemplato dall'art. 60, se riscontra l'urgenza di una decisione conclusiva del giudizio nei tempi, molto stringati, di definizione dell'incidente cautelare, a prescindere dal carattere manifesto delle tesi prospettate o delle questioni pregiudiziali o processuali poste dalla controversia.

La discrezionalità del giudice nell'utilizzo dell'istituto previsto dall'art. 60 c.p.a. rende "flessibile" l'istituto stesso fino al punto da "as-

sentenza con quanto risulta dagli atti delle parti".

[53] In questo senso cfr. M. ACIERNO, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in *Riv.trim.dir.proc.*, 2012, 437 ss.

[54] F. PATRONI GRIFFI, *Forma e contenuto della sentenza amministrativa*, in *Dir.proc.amm.*, 2015, 1 ss.

[55] Cfr. L. CORAGGIO, *Le sentenze semplificate nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2012, 644 ss.

sorbire processi non semplici" o da sceglierlo anche contro il parere delle parti, anzi, secondo un orientamento, addirittura nel caso in cui il ricorrente abbia rinunciato alla domanda cautelare[56].

In generale, utilizzare il modello motivazionale semplificato in materie complesse rischia paradossalmente di moltiplicare il contenzioso; ciò proprio in ragione della semplificazione della decisione, che porta il soggetto soccombente a promuovere ulteriori gradi di giudizio, in quanto insoddisfatto anche a causa della scarna motivazione in ordine alle ragioni di rigetto del suo ricorso[57].

Ma non vi sono solo queste problematicità di tipo applicativo. Ancora più a monte la dottrina lamenta l'erroneità nel considerare la motivazione della sentenza una delle principali cause della crisi di durata dello svolgimento del processo, essendo indimostrato il binomio motivazione semplificata/attuazione del principio di ragionevole durata del processo[58].

La garanzia della ragionevole durata del processo, intesa come ridu-

[56] In questo senso C. CRISCENTI, A. STORTO, *La sentenza in forma semplificata*, in *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2016, 1087 ss.; l'orientamento cui si allude nel testo è espresso da Cons. Stato, sez. V. 28 luglio 2015, n. 3718, che fa applicazione dell'istituto della sentenza in forma semplificata anche nel caso di rinuncia da parte del ricorrente alla domanda cautelare, "atteso che uniche cause ostative a tale definizione sono … il difetto del contraddittorio e la non completezza dell'istruttoria, che spetta al collegio decidente apprezzare, nonché la dichiarazione della parte circa la volontà di proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione".

Comporta un problema di rispetto delle garanzie difensive anche la disciplina della sentenza semplificata prevista dall'art. 71-*bis* c.p.a., la cui formulazione ricalca quella dell'art. 60, dal momento che ipotizza un mutamento di rito, quale che sia il tipo di giudizio, su esclusivo impulso di parte; cfr. UFFICIO STUDI, MASSIMARIO E FORMAZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA, *Parere sull'art. 71 bis*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; nonché P.G. LIGNANI, *L'equivoco della sentenza semplificata (note a margine della disciplina prevista dai commi 777 e 781 della legge di stabilità 2016 per assicurare la ragionevole durata del processo*, in *www.lexitalia.it*.

[57] C. CRISCENTI, A. STORTO, *La sentenza in forma semplificata*, cit., 1087 ss.

[58] Cfr. G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 23 ss.; B. CAPPONI, *La motivazione della sentenza civile*, in *www.questionegiustizia.it*; Id.; *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di Cassazione*, in *www.judicium.it*, che ricorda poi come a seguito della riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c. il sindacato sulla motivazione è stato ridotto al "minimo costituzionale". Per un'acuta critica alla "enfatizzazione" della ragionevole durata del processo cfr. R. VILLATA, *La giurisdizione amministrativa e il processo sopravviveranno ai "cavalieri dell'Apocalisse"?*, in *Riv.dir.proc.*, 2017, 106 ss., 109.

zione dei tempi del giudizio, si gioca anzitutto sul piano organizzatorio (come, del resto, anche la ragionevole durata del procedimento amministrativo).

L'esito ultimo del depotenziamento della motivazione è un pericoloso passaggio dalla sentenza al verdetto, in cui si può decidere anche senza motivare, con un invocato principio di efficienza che condiziona addirittura una norma di rango costituzionale e cioè l'art. 111, sesto comma, Cost., a garanzia del giusto processo, e che svuota di contenuto anche i principi di trasparenza, pubblicità e responsabilità del decisore.

5. *Motivazione e legittimazione dei pubblici poteri*

Esiste un nesso profondo tra decisione motivata e *due process of law*. Negli ordinamenti di *common law*, culla della nozione, il *due process* presenta un'accezione formale e un'accezione sostanziale. La prima riguarda le regole di funzionamento della procedura, mentre la seconda mira ad assicurare un equo trattamento per tutti gli individui, bandendo discriminazioni ingiustificate e discipline irragionevoli[59].

La distinzione non va però enfatizzata perché esiste un indubbio raccordo tra garanzie procedurali e garanzie sostanziali, fermo restando che entrambe sono ineliminabili e non sono risolvibili le une nelle altre. Sia il procedimento sia il processo devono essere regolati e gestiti in modo tale da favorire il raggiungimento di una decisione giusta[60].

Che il binomio forma-sostanza possa e debba essere trasfuso in una sintesi superiore emerge con particolare nettezza se si ha riguardo alla motivazione delle decisioni, amministrative o giurisdizionali. La motiva-

[59] Cfr., per tutti, L. TRIBE, *American Constitutional Law*, II ed., Mineola, NY, 1988, 629 ss.

[60] Sul punto si rinvia, se si vuole, a M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir.proc.amm.*, 2013, 100 ss.; sulla portata precettiva del canone del *due process* cfr. altresì G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Foro amm. Tar*, 2007, 2707 ss.; M. RENNA, *Giusto processo e effettività della tutela in un cinquantennio di giurisprudenza costituzionale sulla giustizia amministrativa: la disciplina del processo amministrativo tra autonomia e "civilizzazione"*, in G. DELLA CANANEA e M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 505 ss.; F. SAITTA, *Verso un "giusto" procedimento espropriativo*, in *Dir.amm.*, 2013, 627 ss.; A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale*, Torino, 2016, 69 ss.

zione è forma sostanziale, garanzia indefettibile che integra il canone del *due process*[61].

Il depotenziamento motivazionale trascura la rilevanza non solo interpretativa, ma anche prescrittiva del canone del *due process,* che è anzitutto canone di civiltà giuridica.

In questa logica il declino delle decisioni dotate di motivazione porta un ritorno al passato: conta solo il provvedimento che decide, come se la motivazione fosse del medesimo un'appendice non necessaria.

Si trascura così che la motivazione è strumento di legittimazione e di razionalizzazione di qualsiasi pubblico potere e che la mancanza di motivazione costituisce il "tramite essenziale dell'esercizio arbitrario del potere"[62].

Per evitare di ritornare all'epoca in cui i pubblici poteri si legittimavano per ragioni esclusivamente di tipo soggettivo, occorre presidiare sempre più quelle forme di legittimazione che poggiano sulle caratteristiche oggettive e intrinseche delle decisioni adottate dai pubblici poteri. Sicuramente tra queste ultime la motivazione occupa un posto di rilievo[63].

[61] Va dato atto che dal canto suo la dottrina da tempo ha tentato di reagire di fronte ai tentativi elusivi (parzialmente o totalmente) dell'obbligo di motivazione, anche se la sua voce non è stata ascolta dagli altri "formanti" (quello legislativo e quello giurisprudenziale) del diritto; cfr., per quanto riguarda l'ambito del diritto amministrativo sostanziale, F. LEDDA, *Elogio della forma scritto da un anticonformista*, cit., 3443 ss., M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità nel diritto amministrativo*, Milano, 2004, spec. 271 ss., secondo cui il difetto di motivazione è indizio della "lacerazione" della composizione dell'interesse pubblico concreto che costituisce la "causa della successiva scelta sull'assetto degli interessi … trasfuso nel provvedimento" e quindi di "ferita obiettiva, profonda ed intollerabile, al profilo funzionale del provvedimento amministrativo" (*op. cit*., 277).

[62] Così M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 319 ss.

[63] Sulle diverse forme di legittimazione dei pubblici poteri cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere pubblico e privato e della sua legittimazione*, in *Dir.amm.*, 2013, 559 ss.

ANNA ROMEO

LA PROBLEMATICA DEI VIZI IN UNA NUOVA SISTEMATICA DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: 1. L'originaria impostazione del tema e la sua evoluzione. – 2. Vizi dell'atto amministrativo come tecnica di sindacato. – 3. Per nuova configurazione dei vizi di legittimità e dei vizi di merito. – 4. Gli sviluppi della ricostruzione proposta in un sistema aperto all'evoluzione della società.

1. *L'originaria impostazione del tema e la sua evoluzione*

La tematica dei vizi è tra le più complesse per le molteplici implicazioni che presenta.

Appare, dunque, utile muovere da un sintetico richiamo alle origini della stessa e, in particolare, al disposto dell'art. 3 della legge 31 marzo 1889 n.5992, trasfuso poi nell'art. 26 del R.D. 16 giugno 1924 n.1054 (Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato)[1] che definiva l'ambito di cognizione della IV Sezione del Consiglio di Stato cui veniva attribuito il potere di «decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti amministrativi di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione o alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali». Al riguardo, giova, in realtà, precisare che il progetto di legge del 1887, a firma del Ministro Crispi, prevedeva quali ulteriori motivi di illegittimità, oltre ai tre vizi appena detti, anche l'abuso di potere e la manifesta ingiustizia. Nella formulazione definitiva della fattispecie, si ritenne, invece, di non includere tali ultime due figure in base all'assunto che l'abuso di potere si concretizzasse in un'ipotesi di violazione di legge o in un giudizio di estimazione, non sindacabile in sede giurisdizionale e che l'ingiustizia manifesta, non integrante un'ipotesi di violazione di legge o di eccesso di potere, si traducesse in una censura di merito.

[1] Cfr. A. ROMANO, *Commento all'art. 26 t.u. Cons. Stato*, in ID., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 221.

Orbene, l'art. 26 del R.D. 16 giugno 1924, n. 1054 era una norma avente natura processuale che valse a collegare, in un binomio inscindibile, il tema del sindacato giurisdizionale amministrativo alla tripartizione dei vizi ora detta. E ciò tanto più se si considera la mancanza di un intervento legislativo in materia, la cui occasione poteva essere offerta, da ultimo, dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15, recante modifiche ed integrazioni alla l. 7 agosto 1990 n. 241 la quale, aggiungendo alla l. 241/90, l'art. 21 *octies*, – rubricato "annullabilità del provvedimento" – si è limitata a riaffermare che «è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza». In tale contesto, che oggi, come allora, non offre una precisa definizione dei vizi di legittimità, non sorprende, dunque, che l'individuazione della categoria sia stata demandata all'attività interpretativa della dottrina e, soprattutto, della giurisprudenza.

Del pari, anche la nozione di «merito» e di «vizi di merito» sconta un'origine processuale valendo a connotare quella diversa forma di giurisdizione del giudice amministrativo che, ai sensi dell'art. 27 del medesimo R.D. 16 giugno 1924, n. 1054 (Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato) poteva, in alcuni casi espressamente previsti, pronunciarsi «anche in merito». Tale competenza del giudice amministrativo fu da taluno ricondotta alla possibilità di sindacato sui diritti soggettivi che, con essa, il legislatore avrebbe voluto attribuire, in determinate materie, al giudice amministrativo. Tesi, questa, che è sembrata perdere di consistenza in considerazione dell'istituzione, nel 1923, della giurisdizione esclusiva[2] del giudice amministrativo che è valsa ad attribuirgli una cognizione estesa tanto ai diritti soggettivi quanto agli interessi legittimi. Da altri, dunque, con maggiore seguito, la «competenza di merito» così devoluta al Consiglio di Stato valeva, piuttosto, a conferire a questo un potere di sindacato diretto sul «fatto» che non era consentito nell'ambito della giurisdizione di legittimità.

Nella prospettiva che da tale costruzione emerge, può, dunque, osservarsi come le nozioni di legittimità-merito non qualificavano, in origine, il tipo di vizio ma il tipo di giurisdizione in cui il vizio era accerta-

[2] Cfr. M.S. GIANNINI – A. PIRAS, voce *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir*., XIX, Milano, 1970, 229 ss.; A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. Proc. Amm*., 2004, 417 ss.; F. LEDDA, *La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 131 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, I, Padova, 2000.

to. Ed il vizio veniva considerato "di legittimità" o "di merito" solo in via indiretta, ossia in relazione al fatto che la sua verifica fosse possibile nella giurisdizione di legittimità o avvenisse con i poteri tipicamente accordati al giudice nell'ambito della giurisdizione di merito. Ed è appunto, in quest'ottica, che la dottrina ritenne che intento del legislatore dell'epoca fosse stato quello di configurare la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo sul modello del giudizio di Cassazione e la giurisdizione di merito sul modello, invece, del giudizio di appello.

Tale ricostruzione dei vizi viene elaborata in un contesto influenzato dalla pandettistica e dalla teoria del negozio giuridico, in forza del quale l'illegittimità veniva configurata come difformità dell'atto dal paradigma normativo dello stesso che definiva gli elementi costitutivi dell'atto medesimo, atto inteso, in parallelo al negozio giuridico appunto, quale manifestazione di volontà del soggetto pubblico. In altri termini, l'atto amministrativo era illegittimo perché uno o più elementi di esso risultavano mancanti o viziati, configurandosi l'incompetenza come vizio del soggetto, la violazione di legge come vizio dell'oggetto, del contenuto o della forma e l'eccesso di potere come vizio della causa o dei motivi ovvero della volontà.

Preso atto della differenza in realtà sussistente tra negozio giuridico e provvedimento amministrativo per essere il primo il risultato di un processo psichico interno al soggetto agente in esito al quale vengono individuate le finalità dell'atto in cui quella volontà si trasfonde e che incontra il solo limite della liceità laddove, invece, il secondo è l'esito di un processo formativo oggettivo rispetto al quale la funzione risulta posta dall'ordinamento, ci si rese conto che l'illegittimità poco si prestava ad essere delineata attraverso il riferimento agli elementi dell'atto amministrativo[3] e che la nozione di legittimità doveva preferibilmente essere rapportata alle norme attributive del potere, quest'ultimo inteso come «situazione che si esplica per la produzione di effetti giuridici, conseguenti agli atti che costituiscono il suo esercizio».

Entro una siffatta impostazione di tipo «normativistico», i vizi assunsero, pertanto, una nuova fisionomia e furono, quindi, costruiti pro-

[3] A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 316, per il quale «almeno sotto l'aspetto dell'opportunità e dell'aderenza al sistema normativo» la nozione di illegittimità deve essere meglio intesa come violazione o difformità da una norma che vincola l'esercizio del potere attribuito all'amministrazione e non già come difformità dall'atto amministrativo «valutato analiticamente secondo il modello degli elementi dell'atto come manifestazione di volontà, di scienza, etc..».

prio facendo leva sulla natura delle norme violate: il vizio, dunque, era un vizio "di legittimità" o "di merito" a seconda che la violazione avesse riguardo ad una norma giuridica o di opportunità, e la diversa qualità del vizio si traduceva in una diversa sede del loro accertamento. In questo contesto, "legittimità" e "merito" acquistarono un'essenza sostanziale, indicando, rispettivamente, il segmento di attività amministrativa assoggettata a regole giuridiche e quella, invece, sottratta al vincolo del diritto e retta, al massimo, da criteri di opportunità[4].

Nondimeno, anche la distinzione delle norme e dei vizi derivanti dalla loro inosservanza basata sulla natura delle prime viene superata e si afferma un diverso criterio in ragione delle modalità di sindacato del giudice amministrativo che si delinea sempre più come sindacato di legittimità. Parallelamente, con la trasformazione delle stesse norme di opportunità che perdono il carattere di norme extragiuridiche per assurgere a norme giuridiche, resta priva di valenza anche la distinzione tra norme giuridiche ed extragiuridiche, con la sempre maggiore espansione della legittimità rispetto al merito a misura in cui la normativa diventa specifica, consumando gli spazi riservati alla discrezionalità ed il sindacato del giudice amministrativo diventa sempre più penetrante.

Su tale base, ha preso corpo l'idea secondo cui il merito amministrativo ed i vizi di merito cederebbero il passo alla legittimità, potendo essere tutta l'attività amministrativa assoggettata a controllo giurisdizionale. In particolare, la previsione normativa del criterio di «efficacia» quale parametro informatore dell'azione amministrativa ha indotto ad includere tra i criteri di valutazione della validità di questa anche il dovere di buona amministrazione, che parte della dottrina aveva ritenuto già giuridicizzato attraverso la previsione costituzionale del buon andamento[5]. Ne è conseguito, dunque, che la sfera della legittimità è stata ulte-

[4] Cfr. A. AMORTH, *Il merito amministrativo*, Milano, 1939, che individua nel principio di opportunità «una misura dell'azione rispetto al suo risultato», osservando, altresì, «l'incidenza delle così dette regole di buona amministrazione non sulla scelta stessa dell'azione […] dominata piuttosto dall'arte politica e dall'intuito, dall'avvedutezza del funzionario, bensì sul suo contenuto, nel senso della sua più appropriata adeguatezza al risultato»); M.S. GIANNINI, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Stato e diritto*, 1941, 439 (ora in Scritti giuridici, Milano, 2000, II, 347) e, in polemica, C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Milano, 1936; ID., *Ancora sul merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941; ID., voce *Discrezionalità*, in *Nov.mo Digesto it.*, V, Torino, 1960, 1099 ss.

[5] Cfr. A. ROMANO TASSONE., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione*

riormente ampliata sino ad includere la verifica sull'efficacia o meno di un atto, ossia sul rapporto tra i contenuti dell'atto ed i risultati conseguiti, e, dunque, in definitiva, tesa ad accertare l'adeguatezza della scelta amministrativa sindacabile attraverso l'eccesso di potere.

E proprio in forza dell'art. 113 co. 2 Cost., secondo cui la tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti, la tripartizione tradizionale dei vizi è apparsa meno rilevante, comportando l'illegittimità costituzionale di quelle leggi che precludevano il sindacato giurisdizionale su alcuni tipi di provvedimento o tipologie di vizi, soprattutto l'eccesso di potere.

2. *Vizi dell'atto amministrativo come tecnica di sindacato*

Senza indugiare nella disamina delle vicende che hanno interessato il binomio legittimità-merito e vizi di legittimità-vizi di merito, pare opportuno analizzare il tema muovendo dagli sviluppi più recenti appena accennati tesi ad affermare il ridimensionamento (se non la scomparsa) del merito amministrativo e dei vizi di merito.

Orbene, se l'eliminazione del concetto di merito postula l'assenza di limiti al sindacato di «legittimità» inteso in senso ampio, ossia l'estensione di esso ad ogni ambito dell'attività amministrativa, occorre prendere atto che, in realtà, ciò che è stato attratto all'ambito della legittimità – e, dunque, è venuto meno – è soltanto l'ambito «materiale» ed oggettivo dell'azione amministrativa che è stato prima ritenuto afferire al concetto di «merito». Ciò che, invece, è rimasto distinto sono le tecniche di controllo sugli atti amministrativi che non sono state affatto unificate ma appaiono, piuttosto, molto più articolate e complesse rispetto al modulo offerto dal binomio «legittimità-merito».

In questa direzione, già individuata da autorevole dottrina[6], sembra possibile un'impostazione del tema sotto l'aspetto – peraltro originario – delle tecniche di sindacato del provvedimento, sindacato non solo

dell'attività amministrativa, Napoli, 2000; R. FERRARA, *L'interesse al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, 16 ss.

[6] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. Amm.*, 2008, 517 ss.

giudiziario e provvedimento non solo amministrativo ma più generalmente emanato da autorità pubbliche.

Si tratta, cioè di costruire le nozioni di legittimità e merito non già sul fondamento dell'invalidità ma sul tipo di sindacato ed intendere la formula vizi di legittimità – vizi di merito come formula che, richiamando «modi di sindacare», non si pone in termini di contrapposizione bensì di diversità.

La trasformazione della decisione amministrativa, infatti, induce a ritenere che essa sia ora soggetta ad un controllo imperniato sulla intrinseca correttezza della scelta effettuata, da considerare in base e nei limiti della sua «ragionevolezza», ossia ad un sindacato di legittimità sostanziale che utilizza come parametro direttamente i principi contenuti in un testo normativo e risultanti dal contesto sociale, principi che il controllore – l'impostazione, è bene precisare, concerne non soltanto il sindacato giurisdizionale – assume come propri e ne esplica il senso, interpretandoli. Si tratta di un controllo fondamentalmente oggettivo, in quanto la valutazione di congruità teleologica e funzionale della decisione è svolta in base a ciò che emerge dal processo formativo della stessa, ai medesimi ed unici elementi su cui si fonda la decisione controllata. Esso, poi, non ha natura «sostitutiva» poiché imperniato su una verifica di ragionevolezza oggettiva della decisione, senza possibilità di surrogare questa con altra equivalente a quella adottata.

Proprio il limite generale dei principi, mentre, da un lato vale a caratterizzare il controllo di ragionevolezza – legittimità ora detto, dall'altro vale a distinguerlo dal sindacato di merito che, in quest'ottica, non rinviene limiti nella procedura concretamente svolta. Il controllore – in ragione della sua posizione di supremazia rispetto al controllato –, resta, pertanto, libero di «disapprovare» l'azione di quest'ultimo anche in base ad elementi non risultanti dall'*iter* procedurale, eventualmente effettuando una autonoma istruttoria. Egli, quindi, può ritenere preferibile altra opzione, sebbene la scelta amministrativa controllata, considerata con riferimento agli esiti del processo decisionale, si presenti come intrinsecamente ragionevole e la diversa misura individuata dal controllore non possa considerarsi oggettivamente superiore per intrinseca adeguatezza e congruità. A differenza di quello di legittimità sostanziale, è un sindacato molto soggettivo e del tutto «sostitutivo» della decisione controllata, la cui essenza si rinviene proprio nella qualità del rapporto sottostante tra controllore e controllato.

Resta, in ogni caso, fermo un sindacato che possiamo definire come di mera legalità o legittimità formale, caratterizzato da un livello minore

di invasività e soggettività, nel quale il riscontro effettuato mira a verificare l'osservanza delle norme di comportamento che disciplinano l'esercizio del potere, tanto se relativo allo sviluppo dell'*iter* decisionale controllato quanto se relative all'emanazione della decisione in quanto tale. In questa veste, esso si configura alla stregua di un sindacato «oggettivo» e, almeno tendenzialmente, «non sostitutivo», connotandosi per la tecnica di valutazione consistente nella diretta comparazione tra previsione normativa del potere ed espressione concreta del suo esercizio.

Come evidente, si tratta di modalità di controllo sull'atto che si articolano secondo un ordine differenziato, per intensità e incisività del controllo ovvero di soggettività della valutazione a tal fine compiuta che si articola ad un livello minore nel controllo di legittimità formale e che, secondo uno sviluppo crescente, prende corpo nel controllo di legittimità sostanziale e di merito.

Sembra, pertanto, che, inquadrando la tematica nei termini appena detti, ossia sul piano della struttura del sindacato, si possa ridare vitalità alla tradizionale impostazione dei vizi, che, dunque, a questa stregua, possono essere intesi come tecniche di sindacato, sì da individuare quale ambito entro cui porre convenientemente le due nozioni, proprio quello del controllo sull'atto. In altri termini, la tradizionale impostazione dei vizi di legittimità può essere recuperata sul terreno paraprocessuale delle modalità di sindacato volte all'accertamento della validità della decisione amministrativa.

Parallelamente, tenuto conto di quanto sopra esposto, se l'eliminazione del concetto di merito postula l'assenza di limiti al sindacato di legittimità in senso ampio, ossia l'estensione di quest'ultimo ad ogni ambito dell'attività amministrativa e, se, dunque, non sembrano configurabili vizi di merito in senso proprio in quanto non viene in rilievo più una questione di requisiti dell'atto controllato ma la tematica, come detto, si sposta sulle modalità di controllo dell'atto stesso, deve rilevarsi come il vizio di merito valga a delineare l'irragionevolezza della scelta assunta, sindacata nell'ambito di un controllo che ne consente la disapprovazione e sostituzione ad opera di un controllore che si trova in una posizione di supremazia rispetto al controllato.

3. *Per una nuova configurazione dei vizi di legittimità e dei vizi di merito*

Alla luce delle considerazioni appena scolte, sembra, quindi, possi-

bile distinguere sindacato di merito e sindacato di legittimità e tracciare una prima divisione tra di essi laddove si convenga che il sindacato di merito ha oggetto gli interessi e, dunque, l'intero rapporto amministrativo mentre il sindacato di legittimità – che può essere condotto secondo tecniche diverse le quali, comunque, si sviluppano nei limiti dell'affermazione del ricorrente – investe tanto il piano dell'atto quanto quello degli interessi. Come il sindacato di merito, ha ad oggetto gli interessi e rimane delimitato entro la perimetrazione del problema effettuata dal giudice se svolto secondo la tecnica dell'eccesso di potere; investe, invece, l'atto amministrativo laddove si svolge secondo la tecnica della violazione di legge.

In particolare, la nozione di violazione di legge non appare più connotata dall'originario carattere di vizio idoneo a rappresentare la difformità dell'atto amministrativo rispetto alla legge formale, ma vale, piuttosto, ad evocare un sindacato di conformità/difformità rispetto ad un parametro che si arricchisce sempre più per via della progressiva introduzione di nuove regole dell'azione amministrativa e di diversi e distinti criteri di giudizio. Addirittura, in questo senso, il vizio di eccesso di potere può risultare superato apparendo la violazione di legge – intesa in senso ampio[7], e, dunque, comprensiva dell'incompetenza[8] – quale tecnica di controllo più idonea.

Si ravvisa, invero, incompetenza in ipotesi di violazione di una disposizione normativa primaria o secondaria che attribuisce ad organi amministrativi poteri o fini da conseguire o interessi da curare secondo il criterio impiegato. Essendo l'osservanza di tali norme preordinata all'ordinato svolgimento delle funzioni amministrative sì da integrare una garanzia per i destinatari dell'azione amministrativa, l'incompetenza sostanzia, quindi, una violazione di legge che assume una valenza pregnante. La giurisprudenza, infatti, riconduce nell'ambito della incompetenza anche i vizi relativi al verificarsi, in capo all'organo, dei presuppo-

[7] In ordine alla nozione di violazione di legge in senso stretto, si vedano R. CAVALLO PERIN, voce *Violazione di legge (atto amministrativo)*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, XV, 1999, 658; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, IV ed., 2007, 358; F.G. SCOCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo*, in ID., (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 326 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 203.

[8] Cfr. A. PIOGGIA., *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, 2001; P. GASPARRI, voce *Incompetenza (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1971, 72 ss.; A.M. SANDULLI, *Per la delimitazione del vizio di incompetenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1948, I, 25 ss.

sti per l'esercizio, in concreto, del potere ovvero inerenti alla sua struttura che sembrerebbero afferire più alla sfera della legittimazione. La violazione di legge, dunque, dà spazio ad ogni altra inosservanza di norme giuridiche, anche regolamentari, ed in particolare di norme di azione quali norme finalizzate alla cura dell'interesse pubblico.

La finalizzazione all'interesse pubblico ha assistito pure la dogmatica sull'eccesso di potere[9], costruito, nell'impostazione tradizionale, come vizio del provvedimento amministrativo che, realizzando un interesse diverso da quello pubblico in vista del quale la legge attribuisce all'amministrazione un determinato potere, contrasta in via diretta con l'interesse pubblico. E ciò a differenza di quanto accade in ipotesi di incompetenza e violazione di legge laddove, invece, secondo la medesima classica ricostruzione, il contrasto con l'interesse pubblico è mediato dalla legge.

Giova, tuttavia, precisare che, secondo altra ricostruzione rimasta minoritaria, in ipotesi di mancato perseguimento dell'interesse pubblico ricorre sempre una fattispecie di violazione di legge, ossia della norma che attribuisce il potere indicando ad un tempo il fine che l'amministrazione, con il suo esercizio, deve conseguire. A differenza della configurazione fornita dalla giurisprudenza e dalla dottrina francesi che hanno delineato la nozione di eccesso di potere sulla falsariga dell'eccesso di potere giurisdizionale[10], la giurisprudenza amministrativa

[9] P. GASPARRI, voce *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, Milano XIV, 1965, 125; G. SACCHI MORSIANI, voce *Eccesso di potere amministrativo*, in *Nov.mo Dig.it.*, Torino, App. III, 1982, 220; F. MODUGNO – M. MANETTI, voce *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur.*, Roma XII, 1989.

[10] La nozione di eccesso di potere fu originariamente concepita come «straripamento di potere» (*empietement* o *usurpartion* o *débordement de pouvoir*), ossia l'esercizio da parte di un'autorità amministrativa di una funzione spettante al potere legislativo o giudiziario (cfr. F. BASSI, *Lo straripamento di potere (profilo storico)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 245 ss.). In analogia con l'art. 3 n. 3 della legge 31 marzo 1877 n.3761, si riteneva, infatti, che la Cassazione, quale organo regolatore della giurisdizione, potesse conoscere delle sentenze dei giudici ordinari e delle giurisdizioni speciali viziate da incompetenza ed eccesso di potere che, quale eccesso di potere giurisdizionale, era inteso come vizio che «rincara sulla incompetenza, in quanto esce fuori ogni limite che contiene la giurisdizione e dentro cui la si distribuisce tra i giudici» (G. MANTELLINI, *I conflitti di attribuzione in Italia dopo la legge 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, 224). Sul presupposto dell'impiego della medesima espressione in entrambe le norme, si desumeva che uguale dovesse essere anche la loro interpretazione. Ed in quest'ottica, l'eccesso di potere valeva a salvaguardare il principio di separazione dei poteri, individuando, in modo analogo all'incompetenza, la violazione di legge che distingue le funzioni tra i tre poteri. In realtà, tale accezione dell'eccesso di potere non

italiana, invero, nel tentativo di assicurare al privato una adeguata tutela a fronte del potere discrezionale dell'amministrazione, ritenne, come noto, che nel conferire al soggetto pubblico tale potere, la legge individuasse comunque quell'interesse pubblico che l'amministrazione, con l'espletamento di quel potere, doveva curare. Di conseguenza, il perseguimento di fini diversi – ancorché generali o pubblici – da quelli indicati dalla legge, si è ritenuto integrare una deviazione rispetto al dettato normativo[11].

Come accennato, tuttavia, anche l'eccesso di potere si presta ad essere riconsiderato proprio alla luce dell'evoluzione della nozione di legittimità sopra detta e dei suoi rapporti con il merito.

Ed invero, nel momento in cui la legittimità amministrativa si dilata sino ad includere, in ossequio al dettato costituzionale, il buon andamento, con i corollari di efficacia ed efficienza, così come l'imparzialità[12] e, sotto la spinta dell'ordinamento europeo, il principio di legittimo affidamento e di proporzionalità, essa non viene più dimen-

si rinviene nella giurisprudenza del Consiglio di Stato nè nell'elaborazione dottrinale, essendo stato in Italia l'eccesso di potere inteso come «sviamento di potere», il cd. *detournement de pouvoir* (di parere diverso, O. ABBAMONTE, *Eccesso di potere. Origine giurisprudenziale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm*., 1986, 83 ss.). Ciò in base all'idea che la legge, nell'attribuire all'amministrazione un potere discrezionale, individua l'interesse pubblico che, attraverso quel potere, deve essere curato, sicché perseguire fini diversi da quelli indicati dalla legge, sebbene aventi carattere generale o pubblico, costituirebbe una deviazione rispetto alla previsione normativa.

[11] Per lo sviluppo della nozione cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, III, 1901, 266 ss.; A. SALANDRA, *Trattato della giustizia amministrativa nei Governi liberi*, Torino, 1904; PIRAS A., voce *Invalidità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XXII, 1972, 605; M. D'ALBERTI, *Mutamenti e destini del* recours pour exces de puovoir, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, III, 1988, 285; C. MARZUOLI, *Note in punto di vizi dell'atto "amministrativo" del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, I, Napoli, 2011, 539, ove si rileva che «l'eccesso di potere nella forma dello sviamento in senso stretto, cioè come perseguimento di un interesse diverso da quello legale, in realtà, è una violazione di legge che dalle altre si distingue sol perché viola la norma nel punto in cui indica la finalità».

[12] Cfr. A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, 1973, il quale rileva come «si avverte viva l'esigenza di un insieme di regole le quali valgono a garantire che l'amministrazione medesima, nella sua complessa attività, non devii dalla funzione che le è stata assegnata dall'ordinamento, non venga da essa allontanata in conseguenza della pressione di interessi estranei. Tali regole trovano la loro sintesi unitaria nel principio di imparzialità».

sionata solo sul rispetto del paradigma normativo e sul perseguimento dell'interesse pubblico delineato dalla norma attributiva del potere, ma viene rapportata e valutata anche con riferimento alla capacità del provvedimento di realizzare un interesse pubblico, inteso non più tanto come criterio di giudizio assorbito nella legge quanto, piuttosto, quale attitudine del provvedimento ad una adeguata sistemazione degli interessi in gioco alla luce della configurazione normativa.

In questo contesto, l'eccesso di potere vale ad individuare una tecnica di sindacato che non si sostanzia in una valutazione di difformità da un parametro ma in una meno rigida e più evanescente valutazione di interessi. In altri termini, la problematica dell'eccesso di potere viene sviluppata come individuazione delle tecniche elaborate dal giudice amministrativo per sindacare, in legittimità, la discrezionalità amministrativa secondo regole e criteri di giudizio che, sebbene prefissati – pena lo sconfinamento in un sindacato di tipo politico – non sono, comunque, espressivi di un definito valore normativo. Il che vale, appunto, a segnare quella sottile linea di confine tra l'eccesso di potere ed i vizi di merito[13].

D'altra parte, proprio la prevalenza dell'aspetto funzionale ha comportato un superamento della valutazione del provvedimento amministrativo alla stregua del solo paradigma normativo. Per effetto della procedimentalizzazione dell'azione amministrativa – con conseguente assoggettamento del concreto esercizio del potere alle norme di carattere generale e speciale integrate da regole di azione e di giudizio di elaborazione giurisprudenziale – diventa rilevante e sindacabile tutto l'*iter* procedimentale che conduce all'adozione del provvedimento, inteso quale atto finale. E diventa altresì controllabile secondo legittimità tutta l'attività amministrativa intesa, in senso globale o unitario, quale fattispecie giuridicamente rilevante.

Ed allora, acquisito che la verifica di congruenza teleologica e funzionale della decisione adottata non può essere inquadrata nei termini di un controllo di legittimità di tipo classico in quanto essa concerne in via diretta – e non già mediata – la scelta amministrativa e si articola secondo una valutazione oggettiva sì ma non meccanica – comunque non sussumibile entro un'operazione di mera applicazione della legge al caso concreto –, ed individuato altresì il carattere non pienamente sogget-

[13] L'eccesso di potere è stato individuato, invero, come vizio vicino a quello di merito. Cfr. M. D'AMELIO – S. ROMANO, *I contatti giurisprudenziali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 187.

tivo di tale verifica che ne preclude la riconducibilità entro il sindacato di «merito» e la avvicina piuttosto a quello di «legittimità» – sia pure inteso in senso dinamico e sostanziale –, riacquista, dunque, pregnanza la distinzione tra vizi di legittimità e vizi di merito, i quali, a tale stregua, vanno considerati entro un medesimo ambito, ossia quello del controllo sull'atto.

Essi, quindi, appaiono individuabili come tecniche e modalità del sindacato sui provvedimenti della pubblica amministrazione, sicché, lungi dall'essere unificati, mostrano la loro precipua valenza in relazione al loro atteggiarsi come differenti modalità di articolazione del sindacato che, sebbene entro i limiti dell'affermazione del ricorrente, si estrinseca secondo un maggiore o minore grado di incisività, come sopra esposto.

Un recupero della distinzione pare, peraltro, giustificato in considerazione dello stesso impianto normativo se è vero che è la stessa disciplina positiva – per tutti, il tanto discusso art. 21 *octies* L. 241/90 – che fa riferimento ai vizi di legittimità e l'art. 21 *quinquies* adombra quelli di merito.

Articolate le nozioni non già sul piano dell'invalidità bensì sul tipo di sindacato, la coppia legittimità- merito e vizi di legittimità – vizi di merito non sembra, dunque, enucleabile in termini di contrapposizione ma di diversità, valendo a connotare differenti modalità di controllo sul provvedimento amministrativo.

4. *Gli sviluppi della ricostruzione proposta in un sistema aperto all'evoluzione della società*

Una tale impostazione presenta, chiaramente, una pluralità di sviluppi da quello incidente sulla tematica degli atti di ritiro – e della revoca in particolare[14] –, a quello della validità del provvedimento, nonché, in una prospettiva più ampia, di teoria generale, a quello delle tecniche di controllo sulle decisioni dei pubblici poteri, ossia, in una prospettiva interdisciplinare di funzionalizzazione degli atti espressione di potere.

Un percorso di ricerca, questo, che sembra doversi svolgere nella direzione di una struttura del sindacato giurisdizionale che guardi sempre

[14] Cfr. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni «favorevoli» e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

più all'essenza sociale del rapporto dedotto e che, se pure può condurre ad avvicinare ancor di più il giudice amministrativo a quello civile, consentirebbe di dar vita ad un controllo penetrante sull'attività amministrativa, accrescendo l'ambito della responsabilità e riducendo il divario tra soggetto pubblico e soggetto privato di cui certamente rafforzerebbe le situazioni giuridiche.

Un sindacato così configurato, varrebbe altresì ad accelerare il processo di «dequotazione» del potere amministrativo, già innescato dal pluralismo e da più significative forme di partecipazione procedimentale ed organica.

È, in questa prospettiva, che potrebbe essere, appunto, recuperata la nozione di «merito» e di «vizi di merito», altrimenti destinata a svanire, sì da assurgere a modalità di sindacato molto penetrante ed incisiva, anzi, come detto, la più penetrante ed incisiva. Nello svolgimento di tale sindacato, infatti, il giudice amministrativo è spinto a guardare all'essenza sociale del rapporto dedotto, così avvicinandosi ancora di più al giudice civile ed accelerando il processo di «dequotazione» del potere amministrativo ora detto.

Come acutamente osservato[15], «se il "sistema" non è più concepibile quale ipostatica realtà, preesistente all'operazione interpretativa e da essa indipendente, resta infatti viva ed attuale l'esigenza di mantenere la tensione verso l'ordine sistematico come sfondo del discorso della giurisprudenza, cui compete, in poche parole, affrontare il problema costruendo il sistema. Sistema che, pertanto, deve necessariamente concepirsi come dinamicamente "aperto" all'evoluzione della società: le vicende del concetto di "merito" dimostrano infatti come la crisi attuale di tale nozione si debba essenzialmente alla sopravvenuta inidoneità della sua versione originaria a tradurre giuridicamente una realtà che si venuta nel tempo trasformando, ed alla cui comprensione essa finisce pertanto, se non aggiornata, per fare velo».

Se, dunque, dei rapporti sociali «la scienza giuridica non può determinare fino in fondo l'evoluzione, essa può sicuramente contribuire ad indirizzarne il corso verso esiti condivisi ed equilibrati, proprio se ed in quanto, orientandosi problematicamente verso il sistema, essa si presta allo stesso tempo ad aprire la dinamica sociale ad una considerazione complessiva (ergo, ed in molti sensi: «comprensiva») della realtà»[16].

In quest'ottica, il parametro da tenere in considerazione potrebbe

[15] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 555.
[16] A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, cit., 556.

essere individuato – in alternativa a quello tradizionale modellato sull'*homo oeconomicus* – nell'essere umano riguardato nella sua globalità e unitarietà, vale a dire quale portatore e punto di riferimento di interessi «personali» di ampiezza maggiore rispetto a quelli individuali.

D'altra parte, il potere pubblico, nel suo volgersi alla realizzazione dei bisogni della persona umana intesa nella pienezza di significato di cui all'art. 2 Cost., cambia volto restando permeato dal principio di ragionevolezza che, con la maggiore valenza dell'analisi del fatto e l'attitudine all'assunzione di decisioni logiche ed accessibili, informa di sé l'azione amministrativa, riverberandosi sulla sfera della legittimità e del principio di legalità in senso sostanziale nonché, più a monte, su un'organizzazione amministrativa che vuole modellata anch'essa su schemi elastici, capaci di adeguarsi ad una realtà dinamica e mutevole.

Su questa strada, dunque, la tematica dei vizi e la tradizionale tripartizione di essi non sembra affatto superata ma conserva la sua precipua valenza nell'ottica di un controllo del potere pubblico modulabile in relazione alle trasformazioni sociali ed ai mutamenti dell'organizzazione e dell'azione amministrativa.

FABRIZIO FRACCHIA

AUTORIZZAZIONI E CONCESSIONI

SOMMARIO: 1. Premessa: autorizzazioni e concessioni alle origini degli studi di diritto amministrativo. – 2. L'autorizzazione nella scienza giuridica successiva: cenni. – 3. La concessione nella scienza giuridica successiva: cenni. – 4. Crisi delle figure e crisi della distinzione tra le stesse? Le traiettorie dell'autorizzazione. – 5. La riduzione del numero delle autorizzazioni. Il problema del permanere dei tradizionali criteri distintivi tra autorizzazioni e concessioni. – 6. Segue: le traiettorie della concessione. – 7. Conclusioni. – 8. Una digressione finale sulla c.d. liberalizzazione.

1. *Premessa: autorizzazioni e concessioni alle origini degli studi di diritto amministrativo*

Le autorizzazioni e le concessioni costituiscono la prima categoria di atti che la scienza giuridica italiana ha posto al centro della propria riflessione giuridica[1].

È, questa, una prima ragione che giustifica ancora oggi l'attenzione rivolta a tali provvedimenti.

Per altro verso, proprio guardando ad autorizzazioni e concessioni, la giuspubblicistica ha potuto da subito indagare l'intreccio tra interessi dei privati e condizionamento pubblicistico, dischiudendo lo studio del rilievo dei poteri pubblici in ordine alle iniziative economiche dei privati.

Ci si interrogò molto presto in ordine problema della netta distinzione tra i due atti, nella prospettiva secondo cui ciascuno poteva occupare il territorio posto al di là del confine tracciato a teorica delimita-

[1] O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it*., XLVI (1894), IV, Torino, 7-83; *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte II. Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.,* XVII (1894), 3-100, 315-372; *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative. Parte III. Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.,* XIX (1895), 3-107; XX, 255-337; XXI (1896), 77-172, 350-379; XXII, 177-277. Gli stessi scritti sono ora pubblicati in O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti*, (a cura di E. FERRARI e B. SORDI) pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, vol. III, Napoli, 1992, 35 ss.

zione dell'altro, diventandone così elemento di definizione: assumendo che anche l'autorizzazione conferisca diritti (o nuove utilità) al privato, come tali non preesistenti rispetto all'esercizio del potere, risultava però più difficile rinvenire nell'effetto costitutivo della sola concessione la radice della differenziazione tra le due figure.

In ogni caso, comuni alle due fattispecie sono sicuramente il fatto che il privato è titolare di un interesse legittimo pretensivo e la circostanza che il loro rilascio consente allo stesso di "fare qualcosa che prima non si poteva lecitamente realizzare". La storia, inoltre, si sarebbe incaricata di confermare una sorta di osmosi tra autorizzazione e concessione, nel senso che alcune attività, assoggettate originariamente a un regime autorizzatorio, sono stato attratte in quello concessorio (almeno nominalmente) e viceversa, salvo poi trovare comunque un criterio sostanziale di differenziazione. Basti citare il caso della licenza edilizia, che, a un certo punto, il legislatore aveva qualificato come concessione. Chiamata a scrutinare la legittimità costituzionale della disciplina dell'indennità di espropriazione — basata sul criterio del valore agricolo medio — prevista dalla l. 22 ottobre 1971, n. 865, la Consulta (sent. 30 gennaio 1980, n. 5) ha analizzato i caratteri della concessione edilizia (che la l. 27 gennaio 1977, n. 10 delineava come provvedimento attributivo della facoltà di costruire, così escludendo che tale facoltà fosse pertinente alla sfera del proprietario), rigettando la tesi secondo cui l'ordinamento avrebbe operato lo scorporo del *ius aedificandi* dal contenuto del diritto di proprietà. La facoltà di edificare continua a essere di pertinenza del proprietario e la concessione venne qualificata come autorizzazione (oggi, il d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, Test unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, si riferisce non a caso al "permesso di costruire"). Nel corso della trattazione si richiameranno poi altre forme di "pendolarismo" tra le due figure, questa volta indotte dal diritto europeo.

Con riferimento alle concessioni, nate nella prassi delle amministrazioni pubbliche centrali e locali come contratti che istituivano e regolavano il rapporto tra le parti[2], la dottrina dovette necessariamente misu-

[2] Sulla prevalenza della qualificazione contrattuale nella dottrina precedente, v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, 3 ss.; ID., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. VII, 1 ss., il quale sottolinea come soltanto verso la fine del diciannovesimo secolo si sia imposto un modello pubblicistico nelle relazioni tra cittadini e amministrazioni, con ovvi riflessi sulla ricostruzione della natura della concessione.

rarsi con il cruciale tema, avvertito in misura assai meno intensa nelle autorizzazioni, dell'intervento della volontà del privato nella definizione del contenuto dello schema concessorio[3].

Una delle soluzioni offerte, come meglio si dirà *infra,* configurava l'atto di concessione tutto e soltanto nel provvedimento amministrativo, posto in vista di interessi pubblici da un soggetto che opera come autorità[4]. L'unico spazio assicurato al ruolo del privato era costituito dal riconoscimento di due negozi giuridici distinti e aventi vita propria: la concessione e la dichiarazione di volontà del concessionario, di natura privata.

In ragione dell'assenza di omogeneità nella natura dei soggetti e delle rispettive dichiarazioni di volontà, lo schema ricostruttivo rimase dunque fondato sull'unilateralità della concessione, il cui effetto consiste nel conferire in via provvisoria ai privati nuove facoltà (in senso lato) da parte della pubblica amministrazione[5].

In ordine alle autorizzazioni, sottolineando che esse si ricollegano all'attività svolta dallo Stato in funzione di prevenzione, Ranelletti riconosceva l'effetto di rimuovere un limite all'esercizio di un diritto preesistente, almeno allo stato potenziale, ancorché si facesse pure cenno al possibile effetto di "acquisto di un diritto".

La preesistenza di una situazione di vantaggio veniva comunque confermata dall'osservazione secondo cui, a seguito dell'autorizzazione, "come ampiezza del diritto, nulla ha il privato più di quanto aveva prima".

2. *L'autorizzazione nella scienza giuridica successiva: cenni*

L'evoluzione posteriore degli studi giuridici si caratterizzò per una maggior attenzione ad atti specifici pur sempre riconducibili allo schema autorizzatorio, dando così evidenza a un fenomeno, alimentato anche dalla legislazione, di progressiva enucleazione di distinte figure permissive (licenze, abilitazioni, approvazioni, nulla-osta) dal ceppo comune.

[3] V. sul punto B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*, in *Dir. amm.*, 1995, 509.

[4] O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, cit., 61-64.

[5] E. SILVESTRI, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 370 ss.

Per altro verso, venne anticipato un motivo che avrebbe trovato uno sviluppo molto importante nei decenni successivi, quello, cioè, dell'inconciliabilità della preesistenza di un diritto rispetto a un potere in assenza del cui esercizio il privato non può lecitamente operare[6].

È interessante notare che una delle conseguenze di questa differente impostazione – non sempre consapevolmente avvertita – sarebbe stata quella di frantumare il carattere monolitico della posizione di chi si rapporta all'amministrazione chiedendo un'autorizzazione, enucleandone i momenti dinamici destinati ad essere espunti dal suo perimetro. In luogo di un unico diritto che pretende di veder rimossi limiti al proprio esercizio, si determinò l'elevazione a dignità di vero e proprio diritto, "costituito" dall'autorizzazione, di quella facoltà di agire che viene "liberata" a seguito del consenso espresso dall'amministrazione.

Siffatta tendenza esibiva più di un motivo di analogia rispetto alla contestuale vicenda –invero né semplice, né lineare – di esclusione di facoltà e di poteri (più in generale: di figure dinamiche) dal contenuto del diritto soggettivo, che avrebbe tra l'altro condotto all'approdo rappresentato dall'affermazione del carattere meramente statico del diritto soggettivo[7].

Un diritto di tale indole non tollera alcuna vicenda di rimozione di limiti al proprio esercizio.

In ogni caso, per il resto, il tradizionale schema causale riferito all'autorizzazione poteva essere riassunto nei termini seguenti: l'amministrazione valuta l'assenza di contrasto tra l'attività del privato e l'interesse pubblico, previa verifica della "capacità" del primo a "non far male".

La necessità di verificare la continua rispondenza dell'attività con l'interesse pubblico si rifletteva poi su di un ulteriore carattere, ancor oggi attuale, delle autorizzazioni. Esse, molto spesso, valgono a istituire una relazione tra ente e privato, che apre la via all'esercizio di ulteriori poteri (ad esempio: controllo e sanzione). Tale aspetto è particolarmente evidente dall'esame della legislazione. È sufficiente porre mente alle autorizzazioni in campo ambientale, ove l'amministrazione ha il potere di verificare che l'attività autorizzata rispetti le norme e le prescrizioni a essa riferibili.

[6] G. ORTOLANI, *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, vol. II, Padova, 1940, 263.

[7] In argomento, v. F. FRACCHIA, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996,

L'intreccio tra esigenze pubblicistiche e interessi privati portò peraltro alla introduzione di modelli autorizzatori caratterizzati dal fatto che l'amministrazione non si limita a consentire un'attività, ma si spinge a conformare la medesima. Si coglie così il progressivo arricchimento che i caratteri del provvedimento venivano a subire, nel diritto positivo, rispetto allo schema, funzionale e strutturale, originariamente descritto da Ranelletti.

Non solo: le operazioni per cui i privati chiedono di essere autorizzati attengono in linea di principio ad attività economiche. Da quest'ultimo punto di vista, a far data dagli anni Sessanta, si venne focalizzando l'attenzione sul fenomeno delle autorizzazioni il cui rilascio è subordinato all'esame del bisogno espresso dal mercato. Esse, cioè, diventa(va)no la via d'accesso per un settore di mercato, subordinatamente ad una verifica dell'oggettivo vantaggio per il benessere collettivo rimessa all'autorità pubblica, piuttosto che al mero riscontro della capacità dell'imprenditore a "non far male".

In tal guisa, però, l'autorizzazione veniva a configurarsi come uno strumento di "filtro" per l'accesso al mercato.

L'autorizzazione, al momento del suo rilascio, rimuove un "ostacolo"; ma la sua presenza (o, meglio, il relativo regime) è, appunto, un "ostacolo" allo svolgimento di un'attività imprenditoriale sul mercato.

3. *La concessione nella scienza giuridica successiva: cenni*

Per quanto riguarda la concessione, si registrarono scostamenti rispetto alla prima ricostruzione (concessione come provvedimento unilaterale), favoriti dall'analisi specifica della tematica del contratto di diritto pubblico, evidentemente originata dall'interesse per quel carattere specifico delle concessioni costituito dal fatto che, in concreto, esse spesso conseguono a un confronto o a una negoziazione tra concessionario e concedente.

Al riguardo, vi fu chi, ad esempio, asserì l'esistenza di ambiti nei quali non sono ammessi poteri di ingerenza pubblicistici, così consentendo al cittadino di porsi nei confronti dello Stato su una posizione di parità[8]; altri[9] concepì il problema (ancora una volta colto sotto lo speci-

[8] U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900 IV, 369, anche in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, 414 ss. V. altresì *Lezioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1950, 86.

fico scorcio del contratto di diritto pubblico) negli stretti termini del diritto positivo, rifuggendo da costruzioni generali circa la natura delle concessioni.

Successivamente, fu valorizzato il profilo della corrispondenza tra oggetto e natura dell'atto: è questa una delle caratteristiche dalle tesi contrarie alla possibilità che i contratti (di diritto comune) abbiano ad oggetto l'esercizio delle potestà pubbliche[10], tra l'altro sviluppando l'indagine proprio con specifico riferimento alla tematica concessoria[11].

La non deducibilità in un contratto delle situazioni di diritto pubblico era del resto già stata affermata da Cammeo, impegnato a dimostrare l'incommerciabilità dell'oggetto pubblico[12] ed interessato ad accostare le ipotesi di accordo tra privati e amministrazione a fattispecie quali il testamento, ove la volontà dell'istituito costituisce una mera condizione di fatto per l'attuazione di un rapporto il cui contenuto è determinato interamente dalla volontà del testatore[13].

Va pure rilevato come nelle elaborazioni della scienza del diritto amministrativo e pubblico di fine Ottocento e Novecento affiorasse più di un'eco delle tesi della dottrina tedesca.

Ancora una volta, l'obiettivo di molte di queste analisi era costituito dal contratto di diritto pubblico, ma alcune delle considerazioni svolte erano sicuramente riferibili alle (ovvero suscitate dall'esame delle) concessioni, che interrogava l'interprete circa le relazioni tra carattere tradizionalmente unilaterale del potere amministrativo e possibilità di rapporti convenzionali stipulati dal soggetto pubblico.

Particolarmente indagato risultò il tema della sovvenzione: una tesi destinata a godere di notevole successo[14] fu quella che propose di dislo-

[9] G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931.

[10] A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1989, 600 ss.

[11] F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 273.

[12] V. F. CAMMEO, *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it*., 1903, I, 473 ss.

[13] F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico,* in *Giur. it.,* 1900, IV, 8, 13, 15. Sul tema della non commerciabilità dell'oggetto pubblico, pur con diversità di angolazioni, v. V. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo,* Milano, 1958, vol. I, 233 e, soprattutto, F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo,* Torino, s.d. (1965).

[14] In Italia, comunque, la tesi dualistica cui si accenna nel testo era stata elaborata dalla giurisprudenza a far data dai primi decenni del secolo: v. sul punto M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981, 187 ss.

care su piani diversi l'esercizio del potere, unilaterale e costitutivo del rapporto, e il contratto, al quale competerebbe la mera regolazione di alcuni aspetti del rapporto stesso[15]. La pattuizione, che dà luogo a negozi esecutivi o strumentali, è ritenuta ammissibile soltanto in ordine ad alcuni aspetti della relazione e l'unilateralità del potere amministrativo rimane salva. Il rapporto, dunque, venne diviso in due *Stufen*, che corrispondono alle due aree del diritto: appartiene interamente al diritto pubblico la decisione sul "se" concedere la sovvenzione; spetta al diritto privato la regolamentazione dello stesso. Rimanevano aperti alcuni problemi, dovendosi ad esempio chiarire la rilevanza dell'atto amministrativo nel quadro della fattispecie considerata nel suo complesso, configurabile di volta in volta come condizione di efficacia del contratto, come causa dello stesso, come presupposto e così via.

In Italia, invero, già agli inizi del Novecento era stata avanzata dal Forti una proposta teorica che faceva perno sulla presenza di due momenti, uno pubblicistico e uno privatistico. Tale impostazione, favorevole all'accoglimento della figura del contratto di diritto pubblico[16], sosteneva che i rapporti in questione sarebbero regolati da un lato mediante contratto, con il quale l'amministrazione si obbliga verso la controparte vincolando la propria volontà discrezionale; dall'altro, mediante provvedimento, il quale costituisce «esecuzione del contratto di diritto pubblico»[17]. La natura pubblicistica del contratto derivava appunto dall'indole delle obbligazioni assunte dalle due parti, consistenti – in ca-

[15] IPSEN, *Öffentliche Subventionierung Privater*, Berlino, 1956, in part. 61 ss. Sulla teoria del doppio grado, v. F. LEDDA, Il *problema*, cit., 154 ss. e A. MASUCCI, *La* Quaestio *nel diritto tedesco dell'ammissibilità del contratto di diritto pubblico tra amministrazione e privato*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, I, 1988, 424 ss.

[16] Giova ricordare che, successivamente, il dibattito sul contratto di diritto pubblico sarebbe stato arricchito dall'articolata analisi di Ledda che si concluse con l'affermazione secondo cui esso «non costituisce una figura giuridica a sé stante, e neppure una specie della figura generale, poiché non trova nel diritto pubblico il proprio fondamento né una propria particolare disciplina». Residua il problema di interpretare le norme che prevedono (o, meglio, che prevedevano al momento in cui fu elaborato lo studio) figure pattizie tra amministrazione e privati: «se non esiste un "contratto di diritto pubblico", esistono le figure che con questa espressione vengono designate» (F. LEDDA, *Il problema*, cit., 104 ss.). La questione è risolta asserendo che la disciplina applicabile alle stesse è quella civilistica, pur se sussistono alcune specificità, comunque non in grado di fondare una ricostruzione in chiave contrattual-pubblicistica di questi negozi.

[17] U. FORTI, *Natura giuridica*, cit., 361. Sull'interesse della costruzione del Forti v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 135 ss.

so di concessione – nell'esercizio di un potere pubblico e nella gestione del servizio.

Maggiori fortune raccolsero comunque in dottrina l'impiego dello schema della combinazione tra provvedimento e contratto[18], con conseguente abbandono della teoria (unicamente) provvedimentale, e la proposta teorica avente ad oggetto la figura del contratto ad oggetto pubblico[19].

Quest'ultima muove dalla premessa secondo cui il contratto ed il provvedimento esauriscono il quadro degli strumenti utilizzabili dall'amministrazione nel corso della propria azione, senza che residuino spazi per figure intermedie[20]: ciò chiarito, si specifica che i contratti di diritto privato sono ammissibili per la disciplina del rapporto patrimoniale o degli aspetti patrimoniali dei rapporti giuridici, ivi compresi quelli che vengono instaurati dall'amministrazione a seguito dell'emanazione di un provvedimento. Più nello specifico, il contratto, caratterizzato dal fatto di essere collegato al provvedimento, può disciplinare gli aspetti patrimoniali dell'"oggetto pubblico"[21], che è tale in quanto «solo l'amministrazione» ne dispone, «perché oggetto di potestà amministrativa propria»[22]. Sotto il profilo definitorio tali contratti, che sono di diritto privato, sarebbero dunque a oggetto pubblico solo in quanto concernenti beni estranei alla sfera di disposizione dei privati[23].

[18] La tesi dualistica è stata accolta in particolare da E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, cit., 374 e F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, cit.

[19] La tesi è di M.S. GIANNINI, il quale si è occupato del tema in numerose opere. V. in particolare GIANNINI, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 26; *Corso di diritto amministrativo*, Roma, 1967, 97 ss.; *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 426 ss.

[20] La distinzione tra il momento pubblicistico e quello privatistico era comunque già chiara in A. DE VALLES, *Sulla classificazione delle concessioni amministrative*, in *Dir. e giur.*, XXVI, Napoli, 1912, 73 ss.

[21] Sul rilievo del contratto v. in particolare F. GULLO, *Provvedimento e contratto*, cit., 268 ss.

[22] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 429.

[23] M.S. GIANNINI, *Corso*, cit., 103. L'indagine si sofferma poi ad esaminare i rapporti che corrono tra provvedimento e contratto -i quali possono atteggiarsi secondo una pluralità di prospettive: in particolare vengono ricordati i contratti accessivi necessari, i contratti ausiliari di provvedimenti ed i contratti sostitutivi di provvedimento- e precisa che in seno alla medesima fattispecie, atto e provvedimento restano soggetti alla propria disciplina. Il collegamento di necessità tra provvedimento e contratto deriva dal fatto che il secondo è l'unico mezzo per introdurre clausole relative agli effetti patrimoniali prodotti dal primo. Ciò comporta che il provvedimento condiziona il contratto, pur se i due atti sono soggetti al regime proprio in punto validità ed efficacia.

La giurisprudenza, dal canto suo, frequentemente accedeva alla tesi fondata sulla combinazione tra contratto e provvedimento, soprattutto nelle concessioni di beni, anche per tutelare meglio la posizione del privato che acquistava rilevanza e protezione diverse a seconda che fosse riferita al momento provvedimentale o a quello contrattuale della figura composta[24].

La valorizzazione del solo momento della contrattazione fu invece rimarcata dalla dottrina che, dopo aver negato la presenza di un provvedimento amministrativo in seno ai negozi che regolamentano le concessioni di beni e servizi, affermò con coerenza la riconduzione di tali figure, caratterizzate spesso dalla presenza della sola convenzione, all'area contrattuale[25].

La conclusione è in qualche misura temperata dal riconoscimento della sussistenza del potere dell'amministrazione di recedere dal contratto per motivi di pubblico interesse, ma è indubbio che lo scarto determinato dall'annessione della concessione al terreno del contratto costituisce operazione anche culturalmente molto significativa. A questa impostazione va accostata l'analisi che, focalizzando il più ristretto settore degli aiuti statali, concluse nel senso che il sovvenzionamento dà luogo ad un rapporto paritario tra amministrazione e privato[26].

Richiamando la diffusa percezione dell'indole pattizia di molte scelte amministrative (il carattere accessorio e subordinato del contratto nei confronti del provvedimento amministrativo non ricorrerebbe in molte ipotesi nelle quali la disciplina del rapporto, nella sua integrità, sarebbe appunto di fonte pattizia), parte della dottrina elaborò la categoria delle "convenzioni pubblicistiche"[27], ammettendo così l'esistenza di una figura autonoma sia dal contratto privatistico sia dal modello provvedimentale.

[24] Per l'esame di tale giurisprudenza si v. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., 187 ss.

[25] M. D'ALBERTI, *Le concessioni,* cit., 301 ss.

[26] D. SERRANI, *Lo stato finanziatore,* Milano, 1971, 225. In tema di sovvenzioni v. altresì V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario ai privati,* Napoli, 1964, 96; G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, 1967, nonché V. altresì C. VITTA, voce *Concessioni amministrative (diritto amministrativo),* in *Noviss. dig. it*., Torino, 1959, III, 919 ss.; V. CAIANIELLO, voce *Concessioni (diritto amministrativo),* in *Noviss. dig. it*., Appendice, Torino, 1981, II, 234 ss.

[27] G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984. V. altresì, dello stesso A., voce *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Torino, 1988.

La convenzione è definita come «ogni testo concordato tra una pubblica amministrazione, che agisce nell'esercizio di una potestà pubblica, e una controparte sia essa pubblica o privata, contenente la determinazione consensuale di reciproci impegni, assunti mediante la comune sottoscrizione»[28].

Questa tesi, che interessa ai nostri fini nei limiti in cui sia applicabile all'istituto concessorio, rivisitò tradizionali categorie, tra le quali, in particolare, va segnalata l'imperatività (configurata non già come carattere essenziale del provvedimento, bensì come suo connotato eventuale, assente ad esempio negli atti che ampliano la sfera giuridica del destinatario, attribuendo benefici particolari). Essa, inoltre, focalizzò la propria attenzione sulla "predecisione" – vero e proprio atto amministrativo, in quanto tale soggetto al regime pubblicistico, ma inidoneo a produrre unilateralmente gli effetti giuridici – con cui l'amministrazione esprime l'adesione ad un programma che diviene vincolante a seguito dell'impegno assunto (anche) dal soggetto pubblico[29]. La possibilità che volontà diverse diano luogo ad una disciplina concordata fu sostenuta in virtù del richiamo delle tesi privatistiche che hanno rinunciato all'ambigua concezione di fusione della volontà dei contraenti per valorizzare il fenomeno del reciproco corrispondersi di due dichiarazioni[30]: la convenzione presuppone il mero incontro delle volontà in ordine al medesimo schema.

Ricordata la classica tripartizione (concessioni di beni, di servizi e di opere pubbliche[31]), dal punto di vista della legislazione, così come nel campo dell'autorizzazione si erano venuti enucleando figure specifiche (quali le licenze e le approvazioni), anche in ordine alle concessioni, con il tempo, talune fattispecie hanno ricevuto una disciplina peculiare, addirittura penetrata nella legge sul procedimento. È il caso delle sovvenzioni: basti citare l'art. 12, l. 241/1990, secondo cui "la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi".

[28] G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi*, cit., 1.

[29] Sull'esistenza di un atto unilaterale con cui l'amministrazione valuta l'interesse pubblico, al quale segue una convenzione (con il privato) che attua il programma così determinato, v. altresì E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, cit., 374.

[30] G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 243 ss.

[31] E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, cit.

4. *Crisi delle figure e crisi della distinzione tra le stesse? Le traiettorie dell'autorizzazione*

In una prospettiva di sintesi, può dirsi che, secondo la tesi più tradizionale, il potere autorizzatorio ha l'effetto di rimuovere i limiti posti dalla legge all'esercizio di una preesistente situazione di vantaggio; sotto il profilo funzionale, il suo svolgimento comporta la previa verifica della compatibilità di tale esercizio con un interesse pubblico.

L'esercizio del potere concessorio, invece, produce l'effetto di attribuire provvisoriamente al destinatario medesimo *status* e situazioni giuridiche (diritti) che esulano dalla sua sfera giuridica: precedentemente e in assenza di concessione, infatti, egli non potrebbe esserne titolare.

Le elaborazioni della dottrina, però, già avevano messo in luce alcuni profili critici, che vennero maturando nel corso del tempo.

Ciò, unitamente all'evoluzione della legislazione, ha comportato quella che, per ragioni di semplificazione, possiamo indicare come una triplice crisi o, più propriamente, una triplice direttrice di sviluppo che ha allontanato la ricostruzione teorica delle figure dagli schemi tradizionali: crisi interna alle autorizzazioni; crisi interna alle concessioni; crisi relativa alla distinzione tra le due figure.

Onde meglio comprendere questi passaggi – e partendo dall'autorizzazione – prendiamo le mosse da ciò che accadde dopo la Costituzione.

Muovendo dalla considerazione dell'art. 41 Cost., venne offerta una lettura attualizzata della tesi ranellettiana[32]. La disciplina costituzionale, infatti, offriva un fondamento saldo alla preesistenza di diritti soggettivi rispetto all'esplicarsi dell'effetto di rimozione di un limite, vicenda quest'ultima considerata come necessaria per l'esercizio di facoltà o poteri che "albergano" nel diritto in stato di latenza. È questo il confine su cui si attesta la difesa del modello ranellettiano prima dell'affacciarsi di differenti tesi e nuove impostazioni. Quel modello aveva caratteri ben definiti: il privato è titolare di una posizione di vantaggio in forza di una scelta dell'ordinamento giuridico, addirittura effettuata a livello costituzionale (si pensi al riconoscimento della libertà di iniziativa economica), la sua esplicazione in una specifica direzione viene limitata da una norma, la quale attribuisce però contestualmente all'amministrazione il po-

[32] A.M. SANDULLI, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 1957, 784 ss., dello stesso Autore si veda *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958.

tere di rimuovere il limite; il soggetto pubblico, infine, esercita quel potere previa verifica della compatibilità dell'operazione rispetto all'interesse pubblico.

La disciplina normativa introduceva però alcune variabili: già si è detto dell'arricchimento del profilo funzionale, della conformazione dell'attività e dell'esame del bisogno (dovendosi ad esempio valutare il numero di autorizzazioni già rilasciate e le condizioni del mercato). A tacere di tale ultimo aspetto, ciò significa che sempre più spesso l'ordinamento tende a legare più direttamente soddisfazione dell'interesse privato e protezione di quello pubblico, conformando l'azione dell'autorizzato in vista del conseguimento di tale ultimo interesse.

In sostanza, si assisteva a una sorta di paradosso: l'atto autorizzatorio amplia la sfera del privato, rimuovendo un limite all'esercizio di un diritto preesistente, accompagnandosi però all'instaurazione di una relazione giuridica che si nutre di controlli e della penetrante conformazione dell'attività autorizzata.

Il profilo della limitazione, talora, sembrava quasi prevalere su quello dell'ampliamento.

Il diritto preesistente, al più, assume rilievo quale fattore di legittimazione a chiedere l'autorizzazione (per altri autori, l'autorizzazione è elemento di una fattispecie complessa, già parzialmente realizzata, da cui il diritto deriva[33]), mentre si avverte come pressante l'immanente condizionamento pubblicistico dell'attività del privato.

Per altro verso, se è vero che l'autorizzazione estende e amplia la sfera giuridica del destinatario, essa in realtà è legata a un regime che, a monte, ne restringe la libertà (è sufficiente paragonare la posizione di chi richiede l'autorizzazione e quella di chi svolge un'attività del tutto libera). Non è un caso che la stessa Costituzione individui tipologia di libertà che non tollerano un regime di autorizzazione imposto dal legislatore: è il caso delle libertà di associazione (art. 18) e di stampa (art. 21). Il regime di autorizzazione, evidentemente, è per ciò stesso considerato un'inammissibile restrizione di siffatte libertà.

In ordine alle successive tesi che si distanziarono dal modello ranellettiano, va in primo luogo ricordata quella che distingue tra autorizzazioni permissive, ricognitive e costitutive e imposta l'analisi pure sotto

[33] G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, 107; P. GASPARRI, voce *Autorizzazione (dir. amm.),* in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 509 ss.

l'aspetto strutturale. Essa evidenzia che i relativi procedimenti avrebbero tutti una struttura logica che si compone di tre elementi: "un potere del privato, una connotazione giuridica del potere che fa la norma, un provvedimento che amministra tale connotazione"[34].

Il carattere apertamente costitutivo dell'autorizzazione è stato affermato con forza da ulteriori e approfondite analisi: alcune hanno sottolineato come l'atto in esame abbia l'effetto di attribuire una nuova situazione giuridica, quella "esplicantesi nell'attività permessa"[35]; altre hanno osservato che il titolo in base al quale l'attività può essere svolta va ricondotto ad una situazione giuridica creata *ex novo* dall'atto, che non deriva da situazioni preesistenti[36]. La seconda tesi riportata, che non a caso costruisce il diritto soggettivo come situazione statica, distingue pure le autorizzazioni discrezionali da quelle vincolate, chiarendo che per queste ultime, prive di carattere costitutivo, va mantenuto il carattere della preesistenza di un diritto, secondo lo schema in forza del quale a fronte dell'attività vincolata sussistono diritti. Siffatto orientamento pare trovare motivi di supporto nella c.d. liberalizzazione di cui all'art. 19, l. 241/1990: la norma ha il senso di sostituire con il regime delle attività c.d. liberalizzate (o, comunque, soggette a Scia) un'ampia area di azione privata prima subordinate ad autorizzazione. La Scia opera solo per le autorizzazioni vincolate, quelle che, secondo la tesi in esame, concernono diritti preesistenti (onde è "naturale" immaginare una liberalizzazione). Seguendo fino in fondo siffatto ragionamento, si potrebbe addirittura giungere a sostenere che le (residue) autorizzazioni discrezionali conferiscono diritti alla stregua – sotto questo profilo – delle concessioni (e per questa ragione non possono essere interessate dalla liberalizzazione a mezzo Scia), mentre quelle vincolate si confrontano a diritti preesistenti e possono, appunto, essere sostituite con la Scia.

[34] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* Milano, 1993, 610 ss.

[35] R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata,* Milano, 1974; F. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 130.

[36] A. ORSI BATTAGLINI, voce *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto IV* (disc. pubbl.), II, Torino, 1987. Più di recente, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, Padova, 1996.

5. *La riduzione del numero delle autorizzazioni. Il problema del permanere dei tradizionali criteri distintivi tra autorizzazioni e concessioni*

Lo spazio per le autorizzazioni espresse, inoltre, si è progressivamente (ma, come si dirà, solo relativamente) ridotto.

Si deve al riguardo ricordare, accanto alla già citata sostituzione degli atti permissivi con la segnalazione di inizio attività (il privato può agire senza necessità di ottenere un'autorizzazione), l'introduzione del meccanismo del silenzio assenso (che, tuttavia, dal punto di vista della dinamica giuridica, è pur sempre legato alla sussistenza di un potere autorizzativo e che, in particolare in presenza di interessi sensibili, incontra numerose deroghe ex art. 20, l. 241/1990), nonché la propensione alla loro eliminazione o trasformazione in meccanismi vincolati[37].

Questa "restrizione" del campo di applicazione delle autorizzazioni espresse deriva anche dalla preoccupazione di «alleggerire» il condizionamento pubblicistico relativo alle iniziative dei privati, con l'obiettivo finale di ridurre gli ostacoli all'esercizio della libertà di iniziativa economica.

Il fenomeno, che non ha risparmiato anche le concessioni (v. subito *infra*)[38], è legato al rafforzamento del valore della concorrenza determinato dall'ordinamento dell'Unione europea. Va in particolare richiamata la disciplina di cui al d.lgs. 59/2010 (attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi sul mercato interno).

Per quanto concerne più specificamente i regimi autorizzatori, tradizionalmente molto diffusi nel settore delle attività commerciali, si stabilisce che essi possono essere istituiti o mantenuti solo se giustificati da motivi imperativi d'interesse generale. Tra i motivi imperativi d'interesse generale ricordiamo le ragioni di pubblico interesse, il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale, la tutela dei consumatori e dell'ambiente. Il numero dei titoli autorizzatori per l'accesso e l'esercizio di un'attività di servizi, inoltre, può essere limitato solo se sussiste un motivo imperativo di interesse generale o per ragioni correlate alla scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili. Nelle aree liberalizzate, saranno ampliati gli spazi di utilizzo di due istituti che non condizionano l'inizio dell'attività e spostano

[37] Sul piano interno, è sufficiente citare l'autorizzazione, in ordine alla quale non residuano margini di discrezionalità pura, per lo svolgimento dell'attività bancaria di cui al d.lgs. 386/1993.

[38] M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?,* in *Dir. economia*, 2015, 9 ss.

in un momento successivo l'intervento pubblicistico: la Scia e (anche ai sensi del d.l. 201/2011) l'autocertificazione.

Di rilievo è pure il d.l. 1/2012, conv. nella l. 27/2012. L'art. 1 introduce un meccanismo di abrogazione basato sull'emanazione di regolamenti governativi. Si prevede, in particolare, l'abrogazione delle norme che prevedono limiti numerici, autorizzazioni, licenze, nulla osta o preventivi atti di assenso dell'amministrazione comunque denominati per l'avvio di un'attività economica non giustificati da un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento dell'Unione europea nel rispetto del principio di proporzionalità. Le disposizioni che sopravvivono sono in ogni caso interpretate e applicate in senso tassativo, restrittivo e ragionevolmente proporzionato.

Possiamo ora tornare al problema della distinzione tra autorizzazioni (residue) e concessioni per sintetizzare alcuni concetti.

L'approdo delle direttrici di analisi favorevoli a individuare un chiaro effetto accrescitivo-costitutivo nell'autorizzazione (o in alcune tipologie di autorizzazioni) poneva i già citati problemi relativi al permanere della distinzione con la concessione.

Quella differenziazione stentava poi a giustificarsi anche adottando un differente punto di osservazione, quello, cioè, utilizzato nel corso del presente paragrafo, del "regime" autorizzatorio o concessorio concepito come una "barriera" artificiale o come un "filtro" da superare per affacciarsi su di un certo mercato in chiave di controllo preventivo[39].

Siffatto ostacolo, infatti, è preso in considerazione in maniera analoga dalla disciplina, soprattutto di matrice europea, favorevole a ridurre quelle barriere e a liberalizzare le attività (in particolare, le autorizzazioni discrezionali con esame del bisogno sono parse in contrasto con le esigenze del mercato).

Non mancano, infine, esempi a livello europeo (basti citare il caso delle telecomunicazioni) di passaggio da un regime concessorio e quello autorizzatorio[40], alimentando un fenomeno, inverso rispetto a quello sopra menzionato, di incremento delle autorizzazioni.

[39] M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, cit., ricorda come, nella Direttiva 2006/123/CE, la definizione di «regime autorizzatorio» sia così ampia da includere tutti i tipi di atti amministrativi – licenze, autorizzazioni, nulla osta – che rientrano nella c.d. categoria del controllo *ex ante*.

[40] *Ex multis*, in generale, F. MERUSI, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 579 ss.

6. *Le traiettorie delle concessioni*

Un allontanamento dall'impostazione originaria secondo cui le concessioni sarebbero atti autoritativi è stato operato dalla tesi che ha rivisitato il concetto di autoritatività, limitandola ai soli casi in cui non occorra un consenso del destinatario dell'atto.

Più nel dettaglio, le concessioni sarebbero sempre atti amministrativi, negando però che si tratti di atti autoritativi ai quali si applichi il principio di tipicità e precisando che il potere concessorio può essere fatto oggetto di contratto, anche se l'atto del soggetto pubblico che si fonde con quello privato rimane sottoposto al regime di diritto amministrativo[41].

Un altro "momento di crisi" della concessione, in particolare di quella di servizi (ove peraltro nella legislazione il termine "concessione" tende a sparire per essere sostituito da "affidamento"), è il portato dell'osservazione secondo cui non sempre essa attiene ad attività riservate all'amministrazione: in questo contesto, posto che i privati potrebbero comunque svolgere quell'attività in assenza di concessione, ancorché secondo un "ritmo" diverso, riesce più ardua l'individuazione di un conseguente effetto accrescitivo[42]. Il provvedimento assumerebbe al più un carattere organizzatorio, ma non servirebbe a costituire diritti.

La l. 241/1990 ha indotto la dottrina a ulteriormente riflettere sulla natura dell'atto.

Da un lato, il provvedimento è stato ricondotto alla figura degli accordi ex art. 11[43] (essa, in particolare, consente di dare rilievo alla negoziazione tra le parti, al rispetto dei principi di diritto amministrativo e all'esistenza di poteri pubblicistici, soprattutto a quelli di recesso); d'altro lato, spesso richiamando la disciplina europea, ne è stata proposta la qualificazione in termini genuinamente contrattuali (soluzione che, soprattutto con riferimento a talune fattispecie, quali le sovvenzioni[44], potrebbe trovare agganci nell'art. 1, c. 1 *bis,* l. 241/1990, ai sensi del quale l'amministrazione agisce secondo le norme di diritto privato

[41] V. D. SORACE- C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Digesto IV* (disc. pubbl.), III, Torino, 1989, 292.

[42] R. CAVALLO PERIN, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.,* 1994, 115 ss.

[43] Sia consentito rinviare a F. FRACCHIA, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. I, Milano 2007, 250 ss.

[44] V. le riflessioni critiche di A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità*?, in *Foro amm. TAR*, supplemento al n. 6/2005, 17 ss.

nell'adozione di atti non autoritativi), in particolare nel settore dei lavori pubblici e, ora, dei servizi (le Direttiva, infatti, definiscono le concessioni come contratti: *ex multis,* Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione).

La disciplina europea, inoltre, ha notevolmente inciso sul profilo dell'individuazione dei concessionari. È al riguardo sufficiente ricordare la Comunicazione interpretativa della Commissione Europea sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) del 29 aprile 2000 secondo cui le concessioni (di servizi) non sfuggono alle norme e ai principi di non discriminazione, di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Senza entrare nei dettagli della complicata vicenda, è sufficiente al riguardo ricordare che, proprio invocando la Direttiva 123/2006, la Corte di giustizia UE, sent. 14 luglio 2016, cause C-458/14 e 67/15, tra l'altro operando un'interpretazione estensiva della nozione di regime di autorizzazione (che comprende anche le procedure per il rilascio di concessioni), ha censurato la disciplina italiana che prevede una reiterata proroga automatica del termine di scadenza delle concessioni di beni del demanio marittimo, lacuale e fluviali (caso emblematico è quello delle concessioni balneari) in assenza di qualsiasi procedura di selezione.

Rilevante giurisprudenza europea e nazionale ha comunque confermato questi principi, d'altro canto ormai codificati nel d.lgs. 50/2016, codice dei contratti pubblici.

La crisi che ha investito le concessioni di lavori (accostate ai contratti) e quelle di servizi (non legate necessariamente a un fascio "riservato" di relazioni giuridiche), consente di osservare che la vicenda accrescitiva è certamente più agevole da identificare con riferimento alle concessioni relative all'uso di beni pubblici: in questi casi, infatti, è evidente che al privato, in assenza di concessione, sarebbe precluso lo sfruttamento delle *utilitates* connesse al bene, anche se si discute del titolo giuridico richiesto (concessione o contratto per i beni del patrimonio indisponibile[45]).

Infine, va ribadito che, nella prospettiva della "barriera" all'ingresso sui mercati, ove ciò che conta è la giustificabilità del condizionamento

[45] *Ex multis*, a favore della tesi della concessione, v. Cass. civ., sez. un., 26 giugno 2003, n. 10157.

dell'iniziativa privata derivante dai vari regimi[46], anche le concessioni possono essere interessate dai fenomeni di liberalizzazione, posto che possono essere traguardate come strumenti di controllo ex ante.

7. *Conclusioni*

Lo sviluppo suggestivo degli studi di diritto amministrativo che hanno analizzato autorizzazioni e concessioni e l'evoluzione della disciplina giuridica hanno in sintesi comportato un avvicinamento tra autorizzazioni e concessioni, nonché un profondo ripensamento "interno" ad entrambe le categorie.

In una prospettiva di ulteriore sintesi, può rilevarsi che l'autorizzazione, soprattutto se discrezionale, si avvicina alle concessioni esibendo un più marcato effetto costitutivo (e in questi casi non è sostituibile dalla Scia). Entrambi gli atti, come ripetutamente detto, sono analizzabili anche nella prospettiva delle barriere all'accesso ai mercati. Pure il diritto positivo, talora, li considera unitariamente, delineando un regime specifico: si ponga mente agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. 241/1990, che, rispettivamente con riferimento alla revoca (escludendo che possano essere revocati per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario) e al termine per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio (fissando quello massimo di diciotto mesi), richiama i "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici". Autorizzazioni e concessioni sono soggetti al regime dei procedimenti a istanza di parte e potenzialmente interessate dal meccanismo del silenzio assenso di cui all'art. 20, l. 241/1990 (che però non opera per gli interessi sensibili).

Per altro verso, si restringe il campo di applicazione dell'autorizzazione, anche in forza del testé citato meccanismo del silenzio assenso. Là dove scompare del tutto (perché sostituita dalla Scia) emerge con forza lo spessore del diritto preesistente, collegabile dell'iniziativa privata.

Quando si guarda però alle concessioni, cui parrebbero "tendere" o alle quali sembrerebbero avvicinarsi le autorizzazioni che sopravvivono (discrezionali o, se espresse, relative a interessi sensibili), anche alla luce delle indicazioni UE, si scopre una figura che, vuoi per la rilevanza del

[46] M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?,* cit., 9 ss.

momento pattizio, vuoi per l'influsso del diritto comunitario, a sua volta sembra "fuggire" verso il lido del diritto privato e lontano dall'autoritatività.

Lo stato di incertezza, dunque, è notevole.

Rimangono, tuttavia, alcuni dati di fondo su cui riflettere.

Si può intanto osservare che se un effetto costitutivo dell'autorizzazione certamente esiste (proprio perché dopo il suo rilascio si può fare qualcosa che prima non era consentito), la relativa vicenda giuridica non consiste nell'ampliamento della posizione giuridica di vantaggio originaria: esso concerne piuttosto il profilo dell'esercizio di quella posizione. La questione, cioè, si risolve nella specifica individuazione del significato dell'espressione "effetto accrescitivo"[47].

Per altro verso, la distinzione tra le due figure è stata confermata dalla già citata sentenza della sentenza con cui la Corte costituzionale, nel settore urbanistico, ha rigettato l'impostazione del carattere costitutivo di diritti in relazione al provvedimento autorizzatorio (sent. n. 5/1980): la facoltà di edificare continua ad essere di pertinenza del proprietario anche prima del permesso.

In ogni caso, nonostante le limitazioni introdotte sul piano nazionale (artt. 19 e 20, l. 241/1990) ed europeo, le autorizzazioni continuano a sopravvivere, assai numerose.

Basti porre mente a tutto il settore ambientale, ove le autorizzazioni in chiave precauzionale espresse "incarnano" il principio di prevenzione e sono preordinate a scongiurare pregiudizi agli interessi pubblici.

Frequenti, anche al di fuori di quel settore, sono comunque i casi in

[47] Ad esempio, aderendo all'idea secondo cui, prima dell'autorizzazione, addirittura non esisterebbe il diritto (o, meglio, la posizione di vantaggio), si dovrebbe sposare una prospettiva di immanente soggezione del privato al controllo dell'amministrazione, "entità" da cui il privato dovrebbe ricevere di volta in volta il diritto (o altra situazione giuridica), quasi che la sfera del cittadino sia visualizzabile non già a priori come dotata di un suo spessore e di una sua dignità giuridica, ma soltanto in ragione di ciò che il potere pubblico gli concede. Riprendendo il motivo della sostituzione delle autorizzazioni con la segnalazione certificata di inizio attività-Scia di cui all'art. 19, l. 241/1990, essa non comporterebbe meramente un mutamento del regime delle attività private (e del relativo controllo), ma una "riallocazione" di facoltà al settore privato in precedenza non sussistente, ancorché le autorizzazioni fossero addirittura vincolate (la norma, infatti, esclude dal campo di applicazione della Scia le autorizzazioni discrezionali). Tale conclusione, a tacere d'altro, è in conflitto con la formula testuale della norma che afferma che le autorizzazioni sono semplicemente "sostituite" dalla Scia senza far cenno alla consistenza della (o a vicende relative alla) situazione giuridica del privato.

cui lo svolgimento di situazioni di vantaggio richiede il rilascio di un titolo autorizzatorio, spesso a conclusione di un procedimento in cui confluisce l'esercizio di più poteri (sono emblematici i casi dell'autorizzazione unica ambientale e dello sportello unico per le attività produttive: v. rispettivamente D.P.R. 59/2013 e D.P.R. 196/2010).

Anche pensando a queste ipotesi, si coglie che, nel regime autorizzatorio, l'amministrazione si limita a permettere un'iniziativa privata previa verifica della sua compatibilità con l'interesse pubblico (anche se, talora, il rilascio è subordinato pure alla verifica dell'idoneità del soggetto "a far bene" nella prospettiva di un interesse pubblico).

Nella concessione, invece, vuoi per carenza di risorse economiche, vuoi per mancanza di competenze tecniche, l'amministrazione si volge a ricercare la "collaborazione" del privato per curare interessi pubblici che spetterebbe all'ente gestire.

Sviluppando questa intuizione, a tacere del diverso trattamento di concessioni e autorizzazioni sotto il profilo della giurisdizione[48], si può aggiungere che unicamente a monte della concessione (in particolare: di quella di servizi pubblici) sussiste l'assunzione della garanzia del risultato e, cioè, l'assunzione del dovere di garantire, con alcune caratteristiche, una certa attività, sicché la concessione trasferisce al privato questo dovere, che non sussiste nei casi di autorizzazione.

Per altro verso e di conseguenza, solo al concessionario, che, dunque, si configura come sostituto dell'amministrazione, è attribuita una temporanea posizione di "soggetto privilegiato" rispetto agli altri soggetti.

La circostanza che si tratta di poteri accrescitivi e che essi attengono a "posizioni" limitate comporta che il relativo procedimento sia spesso caratterizzato da una scelta tra più soggetti, oggi spesso "catturato" dai principi europei sulla concorrenza.

In tema di servizi pubblici, nello specifico, a monte vi è una valutazione del potere pubblico che considera insufficiente l'offerta di beni o servizi su di un particolare mercato e ritiene necessario delineare doverosamente una propria "presenza".

Nel caso dell'autorizzazione, invece, l'ordinamento ritiene sufficiente «appoggiarsi» all'iniziativa di un soggetto (in genere si tratta di un privato), limitandosi a condizionarne lo svolgimento. Attraverso l'esercizio del potere autorizzatorio, l'amministrazione esprime il pro-

[48] Solo per le concessioni, infatti, sussiste la giurisdizione esclusiva ex art. 133, d.lgs. 104/2010.

prio assenso preventivo all'attività progettata dal richiedente, ma, poiché il meccanismo dipende dall'iniziativa del privato, non vi è la "garanzia del risultato".

Il consenso è tale nei confronti di una necessaria iniziativa privata, mentre nella concessione esso è rivolto a chi voglia subentrare in un'offerta o in una posizione definita dal potere pubblico. Ciò significa che, in assenza di regime incentrato sul consenso "permissivo", il privato potrebbe esercitare l'attività (espressione di libertà o posizioni originarie), laddove in assenza di regime imperniato sul consenso "concessorio", ciò non sarebbe possibile, quanto meno con quelle specifiche caratteristiche "pubblicistiche".

In chiave di controllo preventivo e di assenso, l'autorizzato si configura come un "predestinato" piuttosto che come un "privilegiato", nel senso che il beneficiario non è "scelto" dall'amministrazione, ma al più è da essa riconosciuto come titolare di una posizione legittimante onde liberarne le possibilità di azione. L'effetto dell'autorizzazione non può che dispiegarsi con riferimento a "quel" soggetto, già titolare della posizione di vantaggio rilevante ai fini dell'esercizio del potere pubblicistico. Di conseguenza, come avvertito dalla dottrina più risalente[49], il rilascio dell'autorizzazione lascia intatta la sfera dei rapporti giuridici facenti capo al soggetto autorizzante (laddove nelle concessioni traslative[50] il privato si sostituisce in una "posizione" dell'ente pubblico che viene in qualche modo impoverito con riferimento a quello specifico profilo di attività), liberando potenzialità che, *in nuce*, sono riferibili al richiedente.

Questo carattere permane anche a fronte di autorizzazioni discrezionali. Esso corrisponde, appunto, alla circostanza che, rispetto all'autorizzazione, preesiste un diritto rilevante per l'esercizio di quel potere.

Ove si accetti il criterio, qui suggerito, dell'assenza della «garanzia del risultato», neppure sussistono particolari ostacoli al riconoscimento della natura autorizzatoria di quei provvedimenti permissivi previsti nelle situazioni in cui esiste una «barriera» all'accesso di peculiari mercati o, eccezionalmente, un loro contingentamento. Infatti, pur se in pratica è molto difficile che nessun privato intenda intraprendere quell'attività (si ponga mente al caso del commercio), e se, anzi, il regime autorizza-

[49] P. GASPARRI, voce *Autorizzazione (dir. amm.)*, cit.

[50] In alcuni casi – si pensi alla concessione della cittadinanza – si viene addirittura a creare una situazione nuova in capo al privato, prima non appartenente al soggetto pubblico.

torio potrebbe (o poteva) essere previsto per evitare i danni che potrebbero scaturire da un eccesso di presenze imprenditoriali, è innegabile che, in assenza dell'iniziativa dei privati, l'amministrazione non sarebbe in grado di raggiungere il risultato (offerta di determinati beni o di servizi). Piuttosto il problema è quello della effettiva necessità del mantenimento di una tale barriera, soprattutto quando essa attenga all'esercizio di libertà costituzionalmente garantite e protette anche dall'ordinamento dell'Unione europea. La limitazione all'accesso, detto in altri termini, non deriva dalla predefinizione pubblica – e distinta rispetto a quella di altri operatori sul mercato – di un'offerta di beni o servizi, come invece accade in tema di concessione.

Tre ultime precisazioni si impongono.

La prima prende le mosse dall'osservazione secondo cui, come si è detto, in molti casi le autorizzazioni sopravvivono. Ciò è un bene sotto uno specifico punto di vista, quello del terzo. L'autorizzazione, infatti, rispetto ad altri regimi (quali la Scia) dà più tutela a tale soggetto (diverso da colui che, sulla base di quel titolo, esercita un'attività). Il terzo, infatti, può impugnare un atto espresso per tutelarsi e per "bloccare" l'azione privata, facendo cadere il titolo di legittimazione.

La seconda osservazione investe le (e muove dalla considerazione delle) concessioni di lavori pubblici e di servizi. Esse, pur nominalmente qualificate come contratti, esibiscono caratteri che sembrano rievocare la cifra pubblicistica e la natura genuinamente concessoria.

Ciò consente intanto di rilevare che la disciplina europea non necessariamente impone una trasfigurazione degli istituti nazionali, essendo posta a certi fini (garanzia del trasferimento del rischio o applicazione di alcuni principi) e purché gli stessi siano conseguiti. In altri termini, per allargare l'orizzonte di analisi fino ad abbracciare un tema più generale su cui a lungo si è indugiato, la circostanza che, in vista della liberalizzazione dei mercati, autorizzazione e concessione siano considerate unitariamente (imponendo una notevole semplificazione del quadro di riferimento e un superamento delle varie figure – licenze, abilitazioni e così via – che sono ricondotte ai due ambiti) in quanto espressione di regimi concepite alla stregua di barriere preventive e artificiali all'accesso ai mercati, non svuota di significato lo sforzo volto a ricercare la sussistenza di criteri distintivi ad altri fini.

In terzo luogo, e giungendo specificamente a trattare del regime delle concessioni, ai sensi dell'art. 176, d.lgs. 50/2016, queste figure possono essere risolte per inadempimento dell'amministrazione aggiudicatrice ovvero revocate per motivi di pubblico interesse.

La previsione, di cui nella direttiva europea non vi era cenno, che consente all'amministrazione di revocare la concessione per motivi di interesse pubblico sembra allontanare la figura dal lido della fattispecie contrattuale per avvicinarla a quello degli accordi pubblicistici ex art. 11, l. 241/1990, posto che la permanenza del rapporto contrattuale è esposta alle conseguenze derivanti dalla variazione dell'interesse pubblico.

In concreto, paiono così riemergere alcuni tratti tradizionali della concessione, pur se trasfigurati o accentuati diversamente nel nuovo quadro giuridico espressione delle direttive europee: piuttosto che il profilo del privilegio accompagnato dalla sostituzione del concessionario in un compito pubblicistico, la disciplina codicistica coglie quello della gestione e della sostituzione nella sopportazione del "rischio"[51].

La circostanza che non sia possibile una concessione di forniture (non contemplata dal codice), comunque, sembra confermare indirettamente che permane il momento della "sostituzione" in una dimensione giuridica sottratta alla comune circolazione giuridica. La presenza di un rilevante momento organizzativo "a monte" che definisce quella "dimensione", d'altro canto, è ribadita dalla regola secondo cui va salvaguardata la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di organizzare l'espletamento dei propri compiti, anche gestendoli direttamente o attivando la procedura per la scelta del concessionario (art. 2, Direttiva 2014/23/UE). Le amministrazioni, ai sensi dell'art. 166, d.lgs. 50/2016, sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Nella prospettiva del mercato (che è quella cui guarda il diritto europeo da cui deriva il codice), dunque, della complessa vicenda della concessione (in cui un'amministrazione, invece di gestire direttamente un proprio compito, si "appoggia" a un operatore del mercato) rileva soprattutto il profilo del trasferimento del rischio piuttosto che aspetti più "domestici", ma la sostanza non sembra mutare.

[51] La differenza essenziale con l'appalto risiede oggi nel fatto che il corrispettivo è costituito dal diritto del concessionario di gestire l'opera (che genera entrate) e, soprattutto, nel trasferimento del rischio.

5. *Una digressione finale sulla c.d. liberalizzazione*

Si è più sopra spesso accennato al fenomeno della liberalizzazione. Esso induce a effettuare un approfondimento relativo ai regimi cui possono essere assoggettate le attività private: regime autorizzatorio e regime concessorio, infatti, non esauriscono il campo delle possibilità previste dal legislatore.

La grande linea distintiva che, anche alla luce delle osservazioni fin qui condotte, si può al riguardo tracciare separa i casi in cui senza l'iniziativa privata non sarebbe garantito un certo obiettivo, dalle ipotesi in cui la spinta iniziale per conseguire uno specifico risultato sia invece pubblica, pur se un importante ruolo è svolto dall'iniziativa privata, coinvolta a valle della decisione pubblica. Da quest'ultimo punto di vista viene in evidenza la concessione, in cui all'iniziativa pubblica segue la necessità di valorizzare il ruolo di un privato (concessionario) per svolgere l'attività. Senza l'atto d'impulso pubblico, tuttavia, quella specifica attività (il servizio pubblico) con quelle caratteristiche sul mercato non sarebbe assicurata agli utenti. Vero è che, come più volte ribadito, pure la concessione può essere considerata come barriera all'accesso ai mercati e, dunque, nell'ottica della liberalizzazione. L'eliminazione della concessione, però, è la punta di emersione di una vicenda più profonda e, cioè, del fatto che, comunque ampliando la platea dei possibili operatori, una certa attività potrà essere svolta da un privato senza bisogno dell'intervento a monte del potere pubblico che, ad esempio, definisca il servizio pubblico.

Tornando alle situazioni in cui l'iniziativa e la spinta iniziale sono private (sicché, senza quell'iniziativa, l'obiettivo finale non sarebbe garantito: si pensi all'apertura di un negozio), invece, sono soggette a regimi differenziati. Più nel dettaglio, guardando alle modalità mediante le quali il privato può iniziare l'attività (molto spesso "affacciandosi" su di un mercato, quando si tratti di attività economica) sono configurabili cinque modelli.

a) l'iniziativa richiede un assenso da parte dell'amministrazione (autorizzazione);

b) l'assenso può essere reso con la modalità del silenzio: si tratta in realtà di una variante del modello precedente;

c) l'attività può essere iniziata in forza di una mera segnalazione, ma l'amministrazione può vietarla entro un certo termine, effettuando un controllo successivo (segnalazione certificata di inizio attività);

d) l'attività può essere iniziata a seguito di mera comunicazione previa (d.lgs. 222/2016);

e) in via residuale, l'attività può essere liberamente iniziata (d.lgs. 126/2016, art. 1).

Nello svolgimento e nell'esercizio di tutte le attività (anche di quelle che possono essere liberamente iniziate), peraltro, occorre rispettare norme pubblicistiche (si pensi alla disciplina sull'inquinamento acustico, sugli orari o sulla somministrazione al pubblico di bevande); in quelle soggette a titolo autorizzativo o comunicazione, poi, è necessario agire conformemente rispetto a quanto autorizzato o dichiarato.

Il privato, dunque, è sottoposto a poteri di vigilanza, che possono sfociare in misure di carattere ripristinatorio, inibitorio o sanzionatorio, di intensità variabile a seconda dei casi. A questo riguardo, di rilievo è l'art. 21, c. 2 *bis*, l. 241/1990, ai sensi del quale restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività utilizzando gli istituti del silenzio assenso o della Scia.

Va precisato che, anche dopo l'inizio dell'attività, sono possibili verifiche relative al permanere dei requisiti iniziali: il termine vigilanza viene talora usato genericamente per indicare il complesso di tutte i riscontri, compresi quelli ora indicati attinenti al controllo preventivo. In funzione di una maggior protezione del privato interessato, l'ordinamento tende però a limitare la possibilità per l'amministrazione di tornare sulle verifiche inizialmente svolte (al momento dell'"ingresso" del privato in un certo settore), ad esempio fissando termini per gli interventi in caso di Scia (art. 19, l. 241/1990) o per l'annullamento delle autorizzazioni (art. 21-*nonies*).

Il rilievo mostra l'importanza della vigilanza in senso proprio (unico strumento mediante il quale l'amministrazione può evitare che l'attività privata, una volta iniziata/autorizzata/segnalata/comunicata, risulti lesiva di interessi pubblici o privati). Per altro verso, si evince come, anche nei casi di passaggio da un modello più invasivo a uno più leggero (salvo che ricorra il modello residuale sopra citato, *sub* e), non si può parlare di privatizzazione in senso proprio, intendendo il termine come annessione delle attività private a un regime in cui non sussiste alcun potere pubblicistico.

Al più si può discutere di alleggerimento dei poteri di condizionamento (soprattutto all'"entrata", ma anche nello svolgimento delle attività), ad esempio in forza del passaggio da un controllo preventivo (autorizzazione) a una verifica successiva (Scia).

SEBASTIANO LICCIARDELLO

IL POTERE SANZIONATORIO

SOMMARIO: 1. La sanzione amministrativa e la sanzione penale tra ordinamento amministrativo ed ordinamento generale. – 2. Penalizzazione e depenalizzazione. – 3. La legge n. 689/1981. – 4. Sanzioni amministrative e interessi pubblici. – 5. La delimitazione della nozione di sanzione amministrativa: le sanzioni interdittive e le sanzioni ripristinatorie. – 6. I principi generali delle sanzioni amministrative tra diritto interno e diritto europeo. – 7. Le sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU.

1. *La sanzione amministrativa e la sanzione penale tra ordinamento amministrativo ed ordinamento generale*

Nel 1924 Guido Zanobini pubblica "Le sanzioni amministrative", un volume in cui si propone di "attuare uno studio unitario e completo intorno alle varie forme di responsabilità amministrativa ed alle relative sanzioni". Zanobini non crede "che le sanzioni amministrative siano destinate ad un progressivo svolgimento nel diritto amministrativo" in quanto "se una congettura è possibile per l'avvenire, essa è piuttosto nel senso di una ulteriore invadenza della sanzione penalistica". Anche se ritiene che "non ha nessun fondamento né logico né giuridico" il fatto che il diritto amministrativo sia costretto a mutare le sanzioni dei suoi precetti dal diritto penale. E conclude "l'atto illecito di diritto pubblico dovrebbe sempre dar luogo alla responsabilità amministrativa, e generalmente a questa soltanto"[1].

L'approccio repressivo penale prevarrà invero nella seconda parte del 900 anche se la repressione penale, per sanzionare precetti amministrativi, è apparsa spesso poco adeguata per la incompetenza «tecnica» del giudice penale, per le difficoltà di far rientrare certe infrazioni nel sistema punitivo penale, per il carattere insufficientemente dissuasivo delle sanzioni penali, per le difficoltà del sistema penale di perseguire persone giuridiche, ma anche per quella che la dottrina d'oltralpe chiama «*impuassance psicologique*» del giudice penale[2].

[1] G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 199 ss.

[2] Cfr. C. TEITGEN-COLLY, *Sanctions administratives et autorités administratives*

2. *Penalizzazione e depenalizzazione*

Rispetto al processo di penalizzazione che perseguiva una illusoria disincentivazione di comportamenti illeciti attraverso la repressione penale e che ha determinato una ipertrofia del sistema penale, con immediate e negative ricadute sull'apparato giudiziario, si è avviato, a partire dalla fine degli anni '60 dello scorso secolo, un processo di depenalizzazione.

Attraverso la depenalizzazione si ha una riduzione dell'area di tutela tradizionalmente coperta dal sistema penale, il quale viene surrogato da altri strumenti di controllo sociale.

In Italia la depenalizzazione è coincisa con una trasformazione dei reati in illeciti amministrativi e pertanto con una "rivalutazione delle sanzioni amministrative"[3] a cui tuttavia ci si affida per tutelare interessi dell'ordinamento generale, al pari della sanzione penale.

L'evoluzione legislativa che si è sviluppata in diverse tappe sin dal 1967 (legge 3 maggio 1967, n. 317 sulla disciplina della circolazione stradale) anche attraverso provvedimenti di portata generale (legge n. 706/1975 e legge n. 689/1981[4]) per arrivare ai recenti decreti legislativi n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, è prevalentemente – se non esclusivamente – mossa da esigenze di contenimento del contenzioso penale.

Si pensi alla depenalizzazione ad opera del d.lgs. n. 15/2016 degli

indépendantes, in *Petites Affiches*, n. 8, 17 gennaio 1990, 26 ss.; V. MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella L. 10.10.1990 N. 297*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1991, 647; S. LICCIARDELLO, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1993*,* 99, ed ivi nota 24. Vi sono violazioni che "risultano in un certo senso implicite in certi modelli di azione imprenditoriale così da costituire alla fine, più che il risultato di un processo motivazionale individuale chiaramente individuabile, la conseguenza di molteplici fattori di condizionamento trascendenti la dimensione del singolo soggetto", vedi F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzione,* in *Indice pen.,* n. 2/1992, 221 ss. Nel modello sanzionatorio statunitense nei confronti delle imprese la sanzione più che avere uno scopo afflittivo deve tendere "a plasmare la struttura interna della società, condizionandone lo stesso statuto" (C. DE MAGLIE, *Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 90).

[3] C.E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Digesto Disc. Pen.*, 1989, 438.

[4] Il primo ha depenalizzato tutte le contravvenzioni extracodicistiche punite con la sola ammenda, con esclusione di alcune materie specifiche, il secondo ha trasformato in illecito amministrativo tutte le fattispecie delittuose extracodicistiche punite con la sola multa.

atti osceni, che il riformato art. 527 c.p., ove commessi in pubblico, punisce ora con una sanzione amministrativa pecuniaria, salvo che si tratti di luoghi abitualmente frequentati da minori.

La novità è che con gli ultimi interventi di depenalizzazione del 2016 (d.lgs. n. 7 e 8) si attua una riduzione del penalmente rilevante sia con la tradizionale trasformazione di reati in illeciti amministrativi ma anche convertendo reati offensivi d'interessi privati in illeciti sottoposti a "sanzioni pecuniarie civili"[5].

3. *La legge n. 689/1981*

La legge n. 689/1981 – leggiamo nella relazione illustrativa – ha la "finalità unitaria di contenere e di semplificare gli interventi della giustizia penale e più in generale di liberare la magistratura di una parte dei suoi compiti attuali per metterla in condizione di agire con maggiore efficacia e tempestività riguardo ai reati più gravi"[6].

E tuttavia in questa legge di depenalizzazione ci sarà una attenzione sistematica del legislatore alla ricostruzione unitaria della sanzione amministrativa. Questa legge conterrà infatti una organica disciplina delle sanzioni amministrative, definendo i principi generale, regolando il procedimento e la tutela giurisdizionale.

Ma come appare del tutto ovvio la definizione dei "principi generali" viene ad assumere nel contesto di una legge di depenalizzazione un "sapore inequivocabilmente penalistico"[7] e la disciplina procedimentale riflette l'orientamento di costruire un micromodello di processo penale[8].

I principi cardine del diritto penale – legalità, responsabilità perso-

[5] Si è detto che la depenalizzazione costituisca un "ritorno pendolare" di illeciti criminali nell'originario alveo del diritto penale amministrativo (V. *Problemi e prospettive della delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, IV, Padova, 1974, 2233 s.) tenuto conto ad esempio che "un capitolo fondamentale delle origini del diritto penale moderno è costituito dalla giurisdizionalizzazione degli illeciti di polizia per dar vita alla nuova categoria delle contravvenzioni", cfr. C. E. PALIERO, *Depenalizzazione*, cit., 437.

[6] Relazione al d.d.l. n. 1799 presentato alla Camera il 18 ottobre 1977.

[7] E. ROSINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1991, 32.

[8] M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 154; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 92 ed *ivi* indicazioni bibliografiche ulteriori.

nale, antigiuridicità, imputabilità, colpevolezza – vengono estesi alle sanzioni amministrative divenendo i principi generali della sanzione amministrativa contenuti nella sezione I del capo I della legge n. 689/1981[9].

Detti principi si osservano – in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito – per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Mentre non si applicano alle violazioni disciplinari.

Così assistiamo ad un prevalere del modello penalistico, in rottura con una elaborazione della dottrina amministrativa che considerava quello delle sanzioni amministrative un capitolo del diritto amministrativo[10].

Per Vittorio Ottaviano la sanzione amministrativa è lo strumento con cui l'amministrazione garantisce l'osservanza del suo ordinamento[11]. Nel saggio "Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni" scrive: "le norme che reggono l'amministrazione, guardate dal punto di vista dell'ordinamento generale, fanno parte di questo... le stesse norme, guardate, invece, dal punto di vista dell'amministrazione, entrano a costruire un diverso ordinamento, in quanto gli organi amministrativi, secondo la loro stessa conformazione, ne vogliono l'attuazione come mezzo per conseguire i fini che ad essi sono assegnati"[12].

L'amministrazione pertanto quando infligge una sanzione ad un cittadino che abbia violato un dovere verso l'amministrazione stessa, ovvero infligge la sanzione ad un soggetto legato all'amministrazione da un particolare rapporto, perché dipendente, perché ammesso ad un servizio pubblico o ad un ufficio pubblico, "non agisce al fine di reintegrare l'ordinamento generale, come invece avviene attraverso l'attività giurisdizionale, ma per curare un suo interesse"[13].

[9] A. ROSSI, *Illecito Depenalizzato - amministrativo*, Milano, 1990, 10.

[10] Per una rassegna delle posizioni dottrinali di Cammeo, Zanobini, Santi Romano, Ottaviano, Benvenuti, Cannada Bartoli, Giannini, Capaccioli, Bassi, Casetta, Sandulli, Virga e Travi, vedi G. PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, 45 ss.

[11] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 825 ss., ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, 91 ss.

[12] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, cit., 97.

[13] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, cit., 113 ss.

Sinteticamente – conclude Ottaviano – può dirsi che "l'applicazione di una sanzione amministrativa è espressione non del dover essere secondo l'ordinamento generale ma del dovere essere che discende dall'organizzazione amministrativa"[14].

Il procedimento sanzionatorio previsto dalla legge n. 689/1981 appare come un micromodello di processo penale tuttavia non ancora aggiornato al principio del giusto processo[15] che si adatta alla funzione comunque punitiva delle sanzioni che conseguono a politiche di depenalizzazione. Il procedimento si articola nell'accertamento, nella contestazione, nella notificazione, nella possibilità di un pagamento in misura ridotta e nella ordinanza-ingiunzione dove l'amministrazione non esprime un potere discrezionale.

Anche la tutela giurisdizionale segue questo modello, prevedendosi un giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, che si propone dinanzi al giudice ordinario.

I contributi di Maria Alessandra Sandulli e Aldo Travi di conseguenza proporranno un concetto di sanzione, depurato da ogni finalità pubblica, da momenti discrezionali, a cui è estranea qualsiasi finalità ripristinatoria o risarcitoria, avendo carattere meramente afflittivo.

E tuttavia va detto che la Corte costituzionale ha considerato (ord. n. 159/1994) la sanzione amministrativa distinta dalla sanzione penale anche per un diverso fondamento costituzionale che si rinviene negli artt. 23 e 97 Cost. per la sanzione amministrativa e negli artt. 25, 2° co., e 27 Cost. per quella penale.

4. *Sanzioni amministrative e interessi pubblici*

Il momento afflittivo della sanzione amministrativa appare prevalente se non determinante negli illeciti depenalizzati, con una funzione deterrente dissuasiva.

E tuttavia le sanzioni amministrative non sono sempre espressione di una mera potestà punitiva che si risolve nella applicazione ad un soggetto di una pena determinata secondo indici marcatamente personalizzati alla stregua della sanzione penale, in quanto il potere sanzionatorio

[14] V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, cit., 115 ss.

[15] Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, 1303.

viene attribuito talvolta per il perseguimento di interessi affidati alla cura di una amministrazione.

Si pensi al potere sanzionatorio attribuito alle amministrazioni indipendenti.

Ad esempio la potestà sanzionatoria dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato prevista dalla legge n. 187 del 1990 rappresenta un aspetto della funzione complessiva di detta Autorità che è insieme "pedagogica, dissuasiva e correttiva"[16] a completamento dei poteri ad essa attribuiti di controllo delle intese restrittive della libertà di concorrenza, dell'abuso di posizione dominante e delle operazioni di concentrazione[17].

Altro esempio che può farsi riguarda le sanzioni che può comminare l'Autorità Nazionale Anticorruzione ad esempio nei confronti delle amministrazioni che omettano l'adozione di piani, programmi e codici a tutela della integrità della amministrazione pubblica.

In questi casi il potere sanzionatorio è strumentale alla funzione dell'ANAC di prevenzione della corruzione[18]. Pertanto attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio l'ANAC tutela interessi pubblici ad essa dall'ordinamento devoluti.

L'ANAC attraverso il proprio potere regolatorio ha disciplinato l'esercizio del potere sanzionatorio delineando – con la definizione di criteri – anche la fattispecie sanzionatoria.

Il regolamento approvato dal Consiglio il 9 settembre 2014 all'art. 1, 1° comma, lettera g, stabilisce che per «omessa adozione» dei Piani trien-

[16] C. TEITGEN COLLY, *Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes*, cit., 28. Sul potere "persuasivo" dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, vedi P. AQUILANTI, *Poteri dell'autorità in materia di intese restrittive della libertà di concorrenza e di abuso di posizione dominante (art. 12-15)*, in *Diritto antitrust italiano*, II, Zanichelli, 1993, 891, nota 17.

[17] Cfr. S. LICCIARDELLO, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto*, cit., 97 ed ivi nota 21; vedi pure M. GENTOT, *Les autorités administratives indépendantes*, Montchrestien, 1994 (2° ed.), 113; M. CLARICH, *Le sanzioni amministrative nel testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: profili sostanziali e processuali*, in *Banca impresa società*, n. 1/1995, 61.

[18] Art. 19, comma 5, del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 11 agosto 2014, n. 114, secondo cui, salvo che il fatto costituisca reato, l'Autorità Nazionale Anticorruzione applica una sanzione amministrativa non inferiore nel minimo a euro 1000 e non superiore nel massimo a euro 10.000, nel caso in cui il soggetto ometta l'adozione del Piano triennale di prevenzione della corruzione, del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità o dei Codici di comportamento.

nali di prevenzione della corruzione, dei Programmi triennali di trasparenza, dei Codici dì comportamento, deve intendersi non solo la mancata adozione di detti atti ma anche l'approvazione di un provvedimento puramente ricognitivo di misure, in materia di anticorruzione; ovvero l'approvazione di un provvedimento il cui contenuto riproduca in modo integrale analoghi provvedimenti adottati da altre amministrazioni.

In questo modo l'ANAC adatta la sanzione agli specifici interessi da perseguire.

Il momento afflittivo delle sanzioni non è di conseguenza fine a se stesso[19], ma è strumentale alla tutela degli interessi che l'amministrazione è chiamata a garantire; interessi che contagiano i profili funzionali della sanzione[20].

[19] Per la Cassazione "a parte la considerazione che nella 1. n. 287 del 1990 l'atto con cui l'Autorità infligge le sanzioni pecuniarie viene testualmente indicato con il termine "provvedimento" (v. art. 14, 5° comma), va detto che nelle fattispecie di illecito di maggior rilievo l'atto medesimo non è mera applicazione della sanzione, volto, cioè, alla quantificazione ed alla riscossione di un credito sorto *ex lege* in conseguenza della operazione vietata, ma ha un contenuto complesso, che gli attribuisce i caratteri del provvedimento amministrativo in senso proprio, con esercizio di poteri autoritativi discrezionali spettanti all'Autorità *per la cura degli interessi pubblici ad essa istituzionalmente attribuiti*. La qual cosa è fatta palese anche da ciò, che alla medesima Autorità competono il potere di accertamento della violazione e la potestà sanzionatoria, sicché manca la diversificazione – postulata come normale nella l. n. 689 del 1981 (v. art. 17 e 18) – tra l'organo che procede all'accertamento e l'organo che, valutata la fondatezza dello stesso, infligge la sanzione. Sono significativi, al riguardo, gli art. 15 e 19 della legge del 1990, in cui le sanzioni pecuniarie, largamente discrezionali nel *quantum* e, talvolta, anche nell'*an* (v. 1° comma dell'art. 15; 2° comma dell'art. 19), vengono correlate all'inadempimento di diffide o prescrizioni impartite dalla stessa Autorità e chiaramente non costituiscono espressione di un potere sanzionatorio meramente punitivo" (Cass. civ., ss.uu., 5 gennaio 1994, n. 52, in *Foro it.*, 1994, I, 739 ss.). Nello stesso senso vedi già S. LICCIARDELLO, *Sulle sanzioni a tutela della concorrenza e del mercato. Italia e Francia a confronto, cit., passim.*

[20] Vedi S. LICCIARDELLO, *Le sanzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Rivista trim. di dir. pubbl.*, 1997, 349 ss.; A questo proposito vanno messi in luce alcuni aspetti della normativa che evidenziano come la funzione afflittiva delle sanzioni *antitrust* sia strumentale alla cura degli interessi che è chiamata a curare l'Autorità. L'art. 14, 5° comma, ad esempio, configura delle fattispecie illecite sanzionandole in via amministrativa, questa norma nello stesso tempo però dispone che sono fatte salve le diverse sanzioni previste dall'ordinamento vigente. La clausola rende inapplicabile l'art. 9 della legge n. 689 del 1981 che risolve il concorso apparente di sanzioni penali ed amministrative alla luce del criterio di specialità. D'altra parte la stessa sanzione che l'Autorità può comminare alle imprese che non ottemperino alla diffida di eliminare le infrazioni agli artt. 2 e 3 (art. 15, 2° comma), non ha natura

Il che ha conseguenze in ordine al procedimento ed alla tutela giurisdizionale.

La sequenza procedimentale prevista dalla legge n. 689/1981 ha una impronta marcatamente garantista ma è inidonea a fare emergere interessi pubblici e privati al pari della legge n. 241/1990.

Anche nella definizione della entità della sanzione la legge n. 689/1981 propone una "marcata 'personalizzazione' degli indici di commisurazione" che tende a "caratterizzare l'illecito amministrativo in termini di 'riprovevolezza' e di 'meritevolezza di sanzione' con assoluto parallelismo rispetto all'illecito penale"[21].

L'utilizzo di questi parametri prevalentemente soggettivi appaiono poco efficaci nell'ottica della strumentalità del momento afflittivo alla cura di interessi pubblici. Così ad esempio per le sanzioni *antitrust* che dovrebbero tendere a ristabilire l'ordine economico.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale appare inadeguata la tutela prevista nella legge n. 689/1981 nella forma dell'opposizione all'ordinanza ingiunzione al giudice ordinario. Ora l'art. 133, lett. l), del c.p.a. prevede che appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto tutti i provvedimenti, compresi quelli sanzionatori tra l'altro dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

5. *La delimitazione della nozione di sanzione amministrativa: le sanzioni interdittive e le sanzioni ripristinastorie*

Detto questo, a volere rinvenire dei tratti unitari, possiamo dire che le sanzioni amministrative si connotano essenzialmente per il fatto di essere irrogate nell'esercizio di una potestà amministrativa.

meramente afflittiva. Infatti si è esattamente ritenuto che nel caso sia sanzionata l'inottemperanza alla diffida dell'amministrazione di eliminare un'infrazione e non la violazione dell'originario obbligo, "la sanzione, seppure resti tale, finisce in qualche modo par essere attratta al potere di autotutela, funzionalizzandosi con esso" (A. BRANCASI, *Diffida nel diritto amministrativo,* in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, 1990, 83). L'Autorità per determinare l'entità della sanzione dovrà valutare la gravità dell'infrazione in relazione agli interessi della concorrenza e del mercato. Ciò è una riprova della strumentalità dei tratti afflittivi delle sanzioni *antitrust* agli interessi al cui soddisfacimento è chiamata l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

[21] C. E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1989, 369.

Sarà Elio Casetta a definire la sanzione amministrativa come "misura afflittiva non consistente in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo"[22].

Pertanto non costituirebbero sanzioni amministrative: "la misura di carattere preventivo e cautelare, che non presuppone l'accertamento della violazione della legge... la dichiarazione di nullità o la rimozione dell'atto invalido... la reintegrazione, in qualsiasi forma, dello stato di cose antecedente alla trasgressione"[23].

Le sanzioni afflittive nei confronti dell'autore dell'illecito si distinguono poi in sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive.

Queste ultime hanno un carattere afflittivo, al pari delle sanzioni pecuniarie. Incidono sull'esercizio di un diritto (ad. es. chiusura di un esercizio commerciale) ovvero su provvedimenti amministrativi che consentano l'esercizio di un diritto (ad es. revoca dell'autorizzazione al commercio).

Tuttavia non tutti i provvedimenti dell'amministrazione che presentano questi tratti possono essere definiti sanzionatori, potendo avere altra funzione, ad esempio cautelare[24].

Hanno sicuramente carattere sanzionatorio quelle misure interdittive che siano accessorie o complementari a sanzioni pecuniarie: in tal caso, l'identità del presupposto determina l'identica natura sanzionatoria della misura[25]. Così anche quelle misure interdittive che presentino una graduazione a seconda della gravità dell'infrazione.

Nella legge n. 689 del 1981 non mancano diretti riferimenti alle sanzioni interdittive: in particolare agli artt. 11 e 20 per quanto concerne rispettivamente la commisurazione delle sanzioni accessorie facoltative e l'applicazione di misure interdittive accessorie alla pena pecuniaria che consistono "nella privazione o sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione".

Tuttavia manca una disposizione che assoggetti le sanzioni interdittive al procedimento sanzionatorio delineato dalla legge n. 689 del 1981.

[22] E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, 599.

[23] E. CASETTA, *Sanzione amministrativa*, cit. 599.

[24] Ad esempio, ha natura cautelare il provvedimento emanato dall'Autorità *Antitrust ex* art. 17, 1° comma, della legge n. 287 del 1991, con cui si ordina alle imprese di sospendere la realizzazione di una concentrazione fino alla chiusura dell'istruttoria.

[25] In tal senso, Cass. Civ., ss.uu., 13 febbraio 1999, n. 59.

Questa carenza non può però portare ad escludere l'applicabilità dei principi della legge n. 689 del 1981, dettati esplicitamente per le sanzioni pecuniarie, anche alle sanzioni interdittive.

Il richiamato art. 20 consente di applicare anche alle sanzioni interdittive il procedimento sanzionatorio previsto dagli artt. 13 e segg. della legge n. 689 del 1981 e la tutela giurisdizionale.

Ovviamente nel caso in cui il provvedimento amministrativo non abbia carattere sanzionatorio per non avere la sanzione interdittiva carattere sostanzialmente afflittivo, seguirà le ordinarie regole di impugnazione davanti al giudice amministrativo.

In questo senso si muove la giurisprudenza amministrativa la quale è attenta nel valutare le finalità della norma al fine di radicare la giurisdizione: se la finalità della norma non è sanzionatoria si è di fronte ad un interesse legittimo e la giurisdizione spetta al giudice amministrativo.

Ulteriore problema è quello di qualificare le misure ripristinatorie in termini di sanzioni amministrative.

Il carattere non afflittivo della sanzione sarebbe evidente nei casi in cui il potere sanzionatorio dell'amministrazione tende con evidenza non tanto a punire una condotta illecita quanto piuttosto a ripristinare o conservare interessi sostanziali devoluti all'amministrazione prescindendo da ogni qualificazione della condotta tenuta dal soggetto, con una funzione ripristinatoria della "legalità".

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di misura ripristinatoria che è la demolizione di opere edilizie abusive: l'amministrazione interviene per ripristinare "materialmente" l'ordine urbanistico, demolendo le opere che costituiscono il risultato dell'abuso. In tal caso l'azione amministrativa non ha come obiettivo l'accertamento della responsabilità e la punizione dell'autore dell'abuso, bensì il ripristino della legalità violata.

Secondo una risalente dottrina [26], il potere sanzionatorio dell'amministrazione rappresenta la reazione della pubblica amministrazione alla violazione di un precetto; per cui sanzioni amministrative sono sia le sanzioni punitive, sia le sanzioni ripristinatorie e risarcitorie.

A tale orientamento si contrappone la tesi, divenuta maggioritaria che fonda la nozione di sanzione amministrativa sulla specificità di questa misura rispetto alle altre forme di reazione della P.A. alla violazione di un precetto: la sanzione amministrativa, in tale prospettiva, è considerata alla stregua di una "pena in senso tecnico", non assimilabile a

[26] A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.

strumenti principalmente diretti a conservare o a ripristinare interessi sostanziali lesi attraverso un illecito[27].

La distinzione tra sanzioni amministrative pecuniarie e sanzioni ripristinatorie[28] ha una immediata ricaduta sul piano procedimentale: invero, l'applicazione della sanzione amministrativa afflittiva prevede un previo procedimento per l'accertamento e la valutazione della condotta illecita attraverso una indagine incentrata sulla condotta dell'agente (cfr. artt. 2, 3 e 4 della legge n. 689/81).

Invece, il provvedimento ripristinatorio-sanzionatorio, si caratterizza per il fatto che l'accertamento di responsabilità riguarda profili di ordine puramente oggettivo: ai fini dell'adozione delle misure ripristinatorie non rilevano, cioè, situazioni giuridiche del trasgressore, né è richiesta un'indagine sull'intenzionalità della condotta o sulla colpevolezza di chi ha realizzato l'illecito.

Tale distinzione risiede nel fatto che nei procedimenti ripristinatori è prioritario l'interesse alla restaurazione diretta del bene leso: la tutela dell'interesse pubblico specifico è particolarmente stringente e prevalente sull'interesse privato, tant'è che il destinatario della misura può anche essere un soggetto diverso dall'autore dell'infrazione, circostanza che accade quando un soggetto diverso abbia un rapporto attuale con il bene leso (ad esempio, l'avente causa del bene stesso).

Un logico corollario di tali differenze, è che mentre il procedimento sanzionatorio è in linea di massima incompatibile con una misura di "sanatoria" che legittimi *ex post* il comportamento sanzionato, tale misura è compatibile invece con il procedimento ripristinatorio, proprio in relazione alla rilevanza che assume non tanto il fatto storico dell'infrazione, quanto l'interesse a ristabilire una situazione di legalità.

In base alle suddette differenze la sanzione ripristinatoria non può essere ricompresa assieme alla sanzione pecuniaria all'interno di una unitaria categoria di sanzioni amministrative, circostanza indirettamente confermata anche dalla legge n. 689 del 1981, da cui emerge un sistema palesemente calibrato sul concetto di equivalenza tra "sanzione amministrativa" e "pena" ed incentrato sull'interesse pubblico a sanzionare il fatto antigiuridico, piuttosto che a ripristinare lo *status quo ante.*

[27] G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, cit., 135 ss.

[28] Sulla assimilazione tra procedimenti ripristinatori e procedimenti sanzionatori cfr. A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit.

6. *I principi generali delle sanzioni amministrative tra diritto interno e diritto europeo*

La legge 24 novembre 1981, n. 689 («modifiche al sistema penale») definisce come abbiamo detto i principi generali della sanzione amministrativa, i quali appaiono tendenzialmente modellati su quelli penalistici: principio di legalità, capacità di intendere e di volere, elemento soggettivo, cause di esclusione della responsabilità, concorso di persone, solidarietà, non trasmissibilità dell'obbligazione, concorso di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, reiterazione delle violazioni, principio di specialità, rapporto tra limite minimo e limite massimo della sanzione pecuniaria e criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie[29].

Accanto ai principi generali contenuti nella legge n. 689/1981, si collocano i principi generali del diritto comunitario che riguardano le sanzioni amministrative, frutto di una elaborazione prima giurisprudenziale e poi legislativa.

L'approdo più rilevante è l'approvazione del Trattato di Lisbona che attribuisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati,

[29] Per il principio di legalità nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. Inoltre viene precisato che le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati (art. 1). Nessuno poi può essere assoggettato a sanzione amministrativa se al momento in cui ha commesso il fatto, non aveva compiuto i diciotto anni o non aveva, in base ai criteri indicati nel codice penale, la capacità di intendere e di volere, salvo che lo stato di incapacità non derivi da sua colpa o sia stato da lui preordinato (art. 2). Ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa (art. 3). Per l'art. 4 non risponde delle violazioni amministrative chi ha commesso il fatto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa. Quando più persone concorrono in una violazione amministrativa, ciascuna di esse soggiace alla sanzione per questa disposta, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge (art. 5). L'art. 6 riguarda il principio di solidarietà mentre per l'art. 7 l'obbligazione di pagare la somma dovuta per la violazione non si trasmette agli eredi. L'art. 8 regola il caso di più violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, l'art. 8 bis la reiterazione delle violazioni, l'art. 9 il principio di specialità. Per l'art. 11 nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche.

per cui in materia di sanzioni amministrative troveranno applicazione il principio di rispetto della vita privata e familiare (art. 7), il principio di uguaglianza (art. 20), il principio di non discriminazione (art. 21), di parità tra uomini e donne (art. 23), il diritto ad una buona amministrazione (art. 41), il diritto ad un ricorso effettivo ed ad un Giudice imparziale (art. 47), la presunzione di innocenza ed il diritto di difesa (art. 48), il principio di legalità e di proporzionalità delle pene (art. 49)[30].

Rilevante è poi il regolamento del Consiglio 18 dicembre 1995, n. 2988.

In particolare l'art. 2, n. 2 del Regolamento stabilisce che nessuna sanzione amministrativa può essere irrogata se non è stata prevista da un atto precedente all'irregolarità. Ciò che rileva non è la natura della "fonte" ma la chiarezza e la inequivocabilità della previsione.

La disposizione poi viene a codificare il principio di retroattività per cui in caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose.

Il diritto UE dovrebbe portare alla applicazione anche nell'ordinamento italiano del principio del *favor rei*.

E tuttavia di recente la Corte costituzionale con la sentenza n. 193 del 2016 ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, legge n. 689/1981, nella parte in cui sancisce l'inapplicabilità della legge successiva più favorevole nei confronti degli autori delle violazioni amministrative.

7. *Le sanzioni amministrative nella giurisprudenza della Corte EDU*

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha introdotto una qualificazione "sostanzialistica" della sanzione amministrativa al fine di estendere il principio del giusto processo al procedimento sanzionatorio amministrativo.

Per la Corte, per stabilire se si è in presenza di una "accusa in materia penale" non assume esclusiva rilevanza la qualificazione giuridica adoperata dal legislatore, ma alternativamente la natura sostanziale della sanzione in riferimento agli interessi tutelati e la severità della sanzione[31].

[30] Cfr. M.V. FERRONI, *I principi generali delle sanzioni nel diritto comunitario e la loro rilevanza nel diritto interno*, in *La sanzione amministrativa. Principi generali*, Torino, 2012, 60.

[31] Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi.

Nel caso Grande Stevens la Corte EDU (Sez. II, 04/03/2014, n. 18640/10), ha ritenuto incompatibile il sistema punitivo previsto nella legislazione italiana in materia di abusi di mercato con le garanzie approntate dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, considerata la *ratio punitiva* e la gravità delle sanzioni, prescindendo dalla qualificazione di illecito amministrativo.

Per la Corte la garanzia del *ne bis in idem* di cui all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU si avrà anche nel caso di concorrenza tra procedimento amministrativo e procedimento penale nel caso che entrambi vertano sui medesimi fatti qualora la sanzione amministrativa sia particolarmente severa.

Sulla stessa linea si colloca un'altra pronuncia (Corte dir. uomo 20 maggio 2014, Nykanen c. Finlandia) con cui si è condannato lo Stato finlandese per aver violato il *ne bis in idem* applicando il doppio binario sanzionatorio: sanzione amministrativa pecuniaria e successiva condanna in sede penale per frode fiscale in ordine al medesimo fatto.

Anche in materia urbanistica la Corte di Strasburgo (Corte dir. uomo 21 marzo 2006, Valico c. Italia) non ha esitato a qualificare come "penale" una sanzione pecuniaria irrogata per attività edilizie realizzate in violazione della disciplina a tutela del paesaggio.

Una "gravità di stampo penalistico" è stata individuata (Corte dir. uomo, 27 novembre 2007, Hamer c. Belgio) con riferimento alle sanzioni ripristinatore dell'ordine urbanistico violato.

Lo scopo della Corte è stato quello di applicare in maniera uniforme negli ordinamenti nazionali le garanzie convenzionali previste per la materia penale e, in particolare, il diritto al giusto ed equo processo (art. 6 CEDU) ed il principio del *ne bis in idem* processuale (art. 4 Protocollo n. 7 CEDU) che ne è declinazione, prescindendo dalla qualificazione amministrativa ovvero penale della sanzione [32].

Di recente tuttavia la Corte (Corte dir. uomo, sez. Grande Chambre, 15 novembre 2016, n. 24130, A e B c. Norvegia) sembra discostarsi dalla giurisprudenza elaborata sulla decisione "Grande Stevens c. Italia". La Corte, invero, rispetto a quest'ultima decisione, specifica che non è violato il principio del *ne bis in idem* se l'ordinamento interno

[32] J.A.E. VERVAELE, *The transnational* ne bis in idem *principle in the EU. Mutual recognition and equivalent protection of human rights.*, in *www.utrechtlawreview*, I, Issue 2, December 2005, 100; S. GLESS, J.A.E. VERVAELE, *Law Should Govern: Aspiring General Principles for Transnational Criminal Justice*', *Utrecht Law Review* 9, no. 4, 2013, 10.

consente uno sviluppo parallelo e la connessione tra il procedimento penale e amministrativo, che si realizza: se i due procedimenti perseguono scopi complementari, non solo in astratto, ma anche in concreto, punendo differenti aspetti dell'illecito; se i fatti accertati in un procedimento sono considerati nell'altro, ove pertinenti; se è assicurato il rispetto del criterio di proporzionalità della sanzione complessivamente inflitta, dovendo il giudice penale tener conto, in sede di determinazione della pena, della sanzione già irrogata nel procedimento amministrativo, e viceversa.

In sostanza i giudici di Strasburgo non escludono la compatibilità con l'art. 4 del Protocollo n. 7 di un sistema che consenta l'introduzione di procedimenti "paralleli" sempre che sussista una chiara distinzione tra i beni giuridici rispettivamente protetti dalle diverse norme e la possibilità per i consociati di prevedere lo svolgersi delle eventuali concorrenti procedure.

La nostra Corte costituzionale appare restia ad una ricostruzione unitaria di sanzione. Con la sentenza n. 102/2016, la Corte ha dichiarato inammissibili tre questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione con riferimento alla compatibilità con il principio del *ne bis in idem*, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, della disciplina italiana sugli abusi di mercato, che prevede un sistema di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale per medesime fattispecie. Rimettendo ad un intervento del legislatore il ripensamento del sistema del c.d. doppio binario.

Ma ciò, prescinde, va aggiunto, dalla questione delle garanzie che comunque vanno assicurate – secondo l'insegnamento della Corte EDU – attraverso un giusto ed equo processo o procedimento, prescindendo dalla qualificazione (penale ovvero amministrativa) della sanzione[33].

[33] La "casistica" della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nonché l'introduzione dei principi europei sulla sanzione, prescindendo dal carattere afflittivo ovvero ripristinatorio, tendono a introdurre un sistema di effettive garanzie e tutele per il cittadino. Il che dovrebbe fare ripensare a certi orientamenti giurisprudenziali interni. Ad esempio in tema di provvedimento che ordina la demolizione di una immobile abusivo, di fronte al quale per la giurisprudenza il cittadino non vanta alcuna pretesa procedimentale a cominciare dalla comunicazione di avvio del procedimento. Così si recuperano le garanzie del giusto processo, ai sensi dell'art. 6 CEDU, sin dalla fase procedimentale, quantomeno nei casi di esercizio del potere sanzionatorio che ha una immediata e grave incidenza su diritti e libertà.

MARIA IMMORDINO

RIESAME DELL'ATTO AD ESITO CONSERVATIVO E SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE DEI PRIVATI INTERESSATI

SOMMARIO: 1. Per iniziare. – 2. *Segue*. Il principio di conservazione. – 3. Aspetti comuni tra provvedimenti ad esito eliminatorio e provvedimenti ad esisto conservativo. – 4. La sospensione ai sensi dell'art. 21 *quater* della legge sul procedimento amministrativo. – 5. La convalida. – 6. La conversione, la ratifica, la sanatoria, la rettifica e la riforma. – 7. Conferma ed atto meramente confermativo. – 8. *Segue*. La doverosità del riesame conservativo anche su istanza dell'interessato e la qualificazione quale interesse legittimo della situazione dell'istante e del controinteressato.

1. *Per iniziare*

I provvedimenti di riesame ad esito conservativo hanno una duplice funzione: eliminare un vizio che inficia un precedente atto o accertarne l'inesistenza. Si tratta di provvedimenti, dei quali va sottolineata la mancanza di una definizione legislativa nell'ordinamento italiano, così come, del resto, per il provvedimento amministrativo[1], e ciò nonostante l'esistenza di una disciplina di carattere generale che consente all' amministrazione il potere di riesaminare ed, eventualmente, ritirare, modificare, confermare, unilateralmente i propri atti[2].

Provvedimenti, questi ad esito conservativo, sicuramente meno studiati, almeno in passato, dalla dottrina rispetto ai procedimenti ad esito eliminatorio. Provvedimenti, quest'ultimi, tra i quali hanno avuto da sempre un particolare rilievo nella riflessione giuridica – per le conseguenze negative per i diritti e gli interessi legittimi sorti con il provvedimento di primo grado e il conseguente affidamento dell'interessato

[1] G. CORSO, *I principi generali del diritto amministrativo. Una riflessione, in questo volume*, 26; F.G. SCOCA, *Atto e provvedimento amministrativo: elementi essenziali e situazioni giuridiche*, in questo volume, 70.

[2] Così come è previsto in Germania e dallo stesso diritto dell'Unione europea, a differenza di altri ordinamenti (Gran Bretagna, Francia) dove la disciplina è di origine essenzialmente giurisprudenziale.

alla stabilità dei suoi effetti – l'annullamento d'ufficio e la revoca[3], studiati tradizionalmente in relazione o in contrapposizione l'uno rispetto all'altro e viceversa, sia sotto il profilo strutturale che funzionale[4].

Ma, a ben vedere, anche istituti riconducibili agli atti del primo tipo, quali, per fare degli esempi, la convalida e la sanatoria – che consentono rispettivamente di eliminare il vizio di legittimità che inficia l'atto, o di sanare il vizio discendente dalla omissione di un atto intermedio con l'adozione postuma dello stesso[5], o da un atto del procedimento viziato, con la sostituzione con un atto valido – sono suscettibili di incidere sull'aspettativa dei diretti interessati alla eliminazione dell'atto viziato, in autotutela o in sede giurisdizionale, in ipotesi per essi sfavorevole.

La partizione, poggia, quindi, sul risultato del riesame[6], potere, questo, tradizionalmente connotato da una ampia discrezionalità[7], con il quale viene consentito all'amministrazione di riesaminare unilateralmente, ritirandoli o modificandoli, i propri precedenti provvedimenti ritenuti non più idonei al perseguimento dell'interesse pubblico istituzionalmente affidato alla sua cura. Il riesame, postula, quindi il riesercizio del potere, riesercizio che risulta legittimato dalla cura di un interesse pubblico che per il valore relativistico che assume ormai nell'attuale ordinamento, si modifica continuamente, rinnovandosi e variando costantemente al mutare della sensibilità sociale, in relazione al contesto territoriale e al momento storico[8], richiedendo alla pubblica ammini-

[3] Corte Cost., sent. n. 5/2017.

[4] Per la riconducibilità dei due provvedimenti nell'alveo di una nuova categoria unitaria, così da superare i problemi derivanti dall'incerta linea di demarcazione tra gli stessi, A. GUALDINI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio,* Torino, 2016.

[5] Cons. Stato, sez. VI, n. 3199/2000.

[6] Nella nozione di riesame la dottrina riconduce ormai prevalentemente sia gli atti di riesame che gli atti di revisione, distinzione basata sul profilo funzionale, E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2007, 450 e 490; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* II. Milano, 1993, 989; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, distinguendoli, come si è detto nel testo, in atti ad esito conservativo ed atti ad esito eliminatorio.

[7] Estensione confermata di recente dalla Corte costituzionale, sent. n. 181/2017, in materia di autotutela tributaria, su cui, per prime osservazioni critiche, E. DE MITA, *Limitare l'autotutela dà spazio all'inerzia dell'amministrazione,* in *Il Sole 24 Ore,* 23 luglio 2017.

[8] M. SPASIANO, *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico,* in questo volume, 19 ss.; B. SORDI, *Il tempo e lo spazio nell'attività amministrativa nella prospettiva storica, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, Milano, 2003, 362.

strazione di provvedere con nuovi atti ad esigenze e bisogni che richiedono un assetto di interessi differente rispetto a quello precedente. La flessibilità e la dinamicità dell'interesse pubblico, l'esigenza di perseguirlo, anche se ne sono mutate le originarie coordinate, prevale, in questo senso, sull'aspettativa del privato alla stabilità della decisione in precedenza assunta (ma questo, si vedrà di seguito, è stato attenuto dalle riforme legislative intervenute di recente).

L'atto di riesame, indipendentemente dal suo esito, quale espressione del riesercizio del potere già esercitato, presuppone, dunque, l'inesauribilità del potere stesso, anche ad esercizio consensuale[9], ed è proprio tale inesauribilità che chiarisce la possibilità della preminenza dell'atto adottato successivamente il quale può "spiegarsi in direzione antitetica a quella dell'atto precedente (annullamento o revoca) o in direzione parzialmente difforme (riforma) o nella stessa direzione (convalida, conferma)"[10]. Possibilità che sarebbe esclusa ove il potere si fosse affievolito o consumato già al momento del suo primo esercizio.

L'inesauribilità, quale carattere del potere, è servita – ma il tema sarà ripreso – a spiegare il fondamento giuridico e, dunque la compatibilità dei poteri di riesame, soprattutto quelli i cui relativi provvedimenti sono idonei ad incidere negativamente nella sfera giuridica del destinatario o del controinteressato, con il principio di legalità. Essendo infatti ammessi in via generale da una prassi amministrativa, avallata da una giurisprudenza consolidata.

Il potere di riesame può considerarsi connaturato all'esercizio della funzione amministrativa[11], a seguito del quale viene individuato l'interesse pubblico del caso concreto, sintesi e esito del contemperamento, nell'ambito del procedimento, dei diversi interessi pubblici e privati, tutti rilevanti ed ugualmente coinvolti dall'esercizio della funzione medesima.

La possibilità riconosciuta all'Amministrazione di riesaminare i

[9] M. NIGRO, *Convenzioni urbanistiche e rapporti tra privati. Problemi generali*, in M. COSTANTINO (a cura di), *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati*, Milano 1978, 45. In questo senso anche R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 119, s, cui si rinvia per la precedente bibliografia.

[10] G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo,* Milano, 1969, 336.

[11] Riconduce la nozione di "funzione pubblica" al fenomeno della disgregazione della nozione unitaria di interesse pubblico, M. SPASIANO, *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofico,* cit, 19 s.; Per alcune considerazioni di carattere generale sulla nozione di funzione pubblica, A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo,* Buenos Aires, 2013.

propri precedenti provvedimenti amministrativi, ha trovato nuova linfa a partire dagli anni Novanta, allorché nell'ordinamento si è affermato, quale sintesi di un complesso ed articolato percorso legislativo, un nuovo parametro di valutazione dell'azione amministrativo, ossia il "risultato". Principio e norma dell'azione giuridica della pubblica Amministrazione, il raggiungimento di un risultato che soddisfi i bisogni e le istanze della collettività amministrata, posto a fondamento del potere dalla norma che lo ha attribuito, non sostituisce ma si aggiunge a quello di legittimità.

In passato, il potere di riesame è stato utilizzato dall'amministrazione soprattutto in funzione della rimozione di un atto, illegittimo o inopportuno, scartandosi, verrebbe da dire, già a priori la verifica della possibilità di mantenere in vita l'assetto di interessi precostituito dall'originario provvedimento, intervenendo, sanandoli o eliminandoli, sugli eventuali vizi. Verifica, del resto, imposta dal principio di conservazione dei valori giuridici, alla cui luce va sempre condotto l'esercizio del potere di riesame nelle sue differenti forme. Proprio tale principio infatti può portare, nell'esercizio di tale potere, piuttosto che alla eliminazione dal mondo giuridico di un atto o dei suoi effetti, alla sua conservazione, quale espressione di quello *ius corrigendi* che connota la funzione di riesame. Prospettiva, questa, che postula anche il superamento di quell'impostazione tradizionale che pone al centro del sistema la volontà dell'amministrazione e le sue necessità, con conseguente subordinazione alla stessa delle aspettative e degli interessi dei privati, comunque coinvolti dall'azione amministrativa.

La distinzione è ormai consolidata, sia sul piano processuale che sostanziale, e le due differenti categorie provvedimentali, detti anche di secondo grado[12], sono state tradizionalmente ricondotte alla nozione di autotutela[13], nella specie dell'autotutela c. d. decisoria (spontanea) che,

[12] M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado,* in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 349, ss.; A. CONTIERI, *Procedimenti e provvedimenti di secondo grado*, in AA.VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, 2014, 457 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, parte generale, Tomo I, 933 ss.

[13] In argomento, fra gli altri, ai quali si rinvia per l'ulteriore bibliografia, F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it.*, 2015, 5; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità,* in AA.VV., *Il principio di legalità nel principio amministrativo che cambia,* Milano 2008, 289 ss.; G. CORSO, voce *Autotutela,* in *Diz. dir. pubbl.*, vol. I, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006; A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006; G. BARONE, *Autotutela*

pur essendo assimilabile ad una "giurisdizione" [14], conserva il suo carattere di attività amministrativa[15]. Attraverso l'autotutela, che costituisce una prerogativa dell'amministrazione, questa conserva il potere, attribuitole dalla legge per la cura in concreto di un interesse pubblico[16], di "esercitare la propria competenza fino alla sua più esatta e completa realizzazione"[17]. Sottesa a tale costruzione è chiaramente la prospettiva dell'inesauribilità del potere.

Se le due categorie di atti sono riconducibili a quella generale del riesame, tuttavia la distinzione tra le due tipologie è nitida. Mentre i primi tendono infatti ad eliminare, *ex tunc*, dal mondo giuridico un provvedimento illegittimo, con l'"annullamento"; o gli effetti, per il futuro, prodotti da un provvedimento non più idoneo alla cura dell'interesse pubblico perseguito, con la "revoca"; oppure alla loro modifica, con la riforma, per ragioni di legittimità o di merito, in presenza delle condizioni richieste per l'annullamento o per la revoca; i secondi, viceversa, tendono a mantenere nell'ordinamento il provvedimento, o conservandone alcuni degli effetti voluti, con la "conversione"; o eliminando, con la "sanatoria", il vizio consistente nella mancanza di un atto endoprocedimentale, mediante l'emanazione tardiva dell'atto omesso, o sostituendo l'atto invalido con uno valido; o confermandone, di solito su istanza dell'interessato, il contenuto, con la "conferma"; o stabilizzandone, senza soluzione di continuità, gli effetti, con la "ratifica" dell'atto; o rimuovendo i vizi inerenti la formazione dell'atto, con la "convalida". Si parla in queste ipotesi generalmente di "convalescenza", intesa, in senso ampio, come consolidamento, ossia stabilizzazione degli effetti di un atto amministrativo[18].

amministrativa e decorso del tempo, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, 209; G. CORAGGIO, voce *Autotutela*, (*dir. amm.),* in *Enc. giur.,* IV, Roma, 1988, 4; G. GHETTI, voce *Autotutela della pubblica amministrazione,* in *Dig. disc. pubbl.,* II, Torino, 1987, 80.

[14] M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

[15] F. BENVENUTI, voce *Autotutela, dir. amm*., in *Enc. dir*., IV, 1959, 537 – 540.

[16] Sul ruolo del pubblico interesse nell'ambito dell'autotutela, F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazione,* in *Dir. proc. amm*., 2014, 25 ss.

[17] B. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo,* 351 ss.

[18] G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo,* Milano, cit., 177 ss. Con riferimento alla convalida, G. SANTANIELLO, voce *Convalida*, (*dir. amm.*), in *Enc. dir*., X, Milano, 1962, 503.

La categoria dei provvedimenti ad efficacia conservativa può essere ampliata ove nel suo ambito si riconducano anche provvedimenti quali la sospensione[19] e la proroga[20], caratterizzati, oltre che dalla sopravvivenza del potere già esercitato, anche dal fatto che i relativi esiti di "conservazione" sono limitati nel tempo.

Con la sospensione, istituto sul quale ritorneremo nel prosieguo del lavoro, infatti gli effetti dell'atto vengono "paralizzati", ma soltanto, per un tempo circoscritto; mentre con la proroga gli effetti ancora in essere di un provvedimento ad efficacia temporale limitata vengono protratti oltre il termine di durata previsto dal provvedimento stesso[21], anche in questo caso, comunque, per un tempo determinato, ed a condizione che l'atto, espressione dello stesso potere nel cui esercizio è stato emanato l'atto prorogando[22], venga emanato prima della scadenza del termine finale, e ricorrendo ragioni di interesse pubblico[23]. La proroga costituisce un atto autonomo, impugnabile per vizi propri, soggetto, quale atto consequenziale, alla stessa sorte dell'originario atto prorogato, nel caso di annullamento d'ufficio o in sede giurisdizionale dello stesso.

Ci si può interrogare sulla riconducibilità o meno alla categoria anche della "rinnovazione" del provvedimento. La risposta non può che essere positiva. Trattasi infatti di un atto con il quale, l'amministrazione, una volta scaduto il termine per la proroga, può procedere alla conservazione dell'originario rapporto, attraverso il riesercizio del potere mediante la ripetizione obbligatoria di tutte le fasi procedimentali, nonché la rivalutazione completa di tutte le circostanze di fatto e di diritto rilevanti, messa in atto mediante un'adeguata ponderazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti, oltre alla verifica dei presupposti richiesti. La rinnovazione consiste, dunque, nell'adozione, in sede di rie-

[19] In questo senso, tra gli altri, M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 319; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo,* Torino 2017, 333, ss.; A. CONTIERI, *Procedimenti e provvedimenti di secondo grado,* cit., 457.

[20] M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit., 370 ss. In senso contrario, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 279.

[21] A. CORPACI, voce *Proroga e rinnovazione dell'atto amministrativo,* in *Dig. disc. pubbl.*, XVII, Torino, 1997, 123 ss.; M. SANINO, voce *Proroga*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, 411 ss.

[22] In questo senso la giurisprudenza, tra le tante, Cons. Stato, IV, n. 913/1984; TAR Puglia, Bari, II, n. 3243/2001. Diversamente, ammette la proroga solo nei casi previsti dalla legge, A. CORPACI, *Proroga,* cit., 125 ss.

[23] B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000; M. SANINO, *Proroga,* cit.

same, in autotutela o su istanza dell'interessato, di un nuovo provvedimento, con un contenuto identico al precedente, con efficacia *ex nunc*, autonomamente impugnabile[24]. Il riesame, tuttavia, può ben concludersi con un esito differente da quello auspicato dall'interessato che ha presentato l'istanza, concretizzandosi in un provvedimento dal contenuto diverso da quello precedente, per mancanza dei requisiti e presupposti richiesti.

Esulano dalla categoria dei provvedimenti di secondo grado ad esito conservativo, gli istituti dell' "inoppugnabilità"[25] e dell' "acquiescenza" all'atto da parte dell'interessato[26], pur essendo entrambi, sia pure con modalità e presupposti diversi, finalizzati ad assicurare la stabilità degli effetti di un atto e dunque del rapporto tra amministrazione e cittadini, ed in quest'ottica diretti a garantire la "continuità" dell'azione amministrativa già compiuta[27], rispetto alla quale è strumentale il principio di "conservazione" degli atti giuridici o dei loro effetti.

Che l'inoppugnabilità, che esprime la condizione in cui viene a trovarsi l'atto una volta decorsi i termini per impugnarlo, si collochi al di fuori del riesame è pacifico, unanimemente riconosciuto. L'istituto opera infatti soltanto sul piano giustiziale, e l'effetto di conservazione dell'atto discende non dall'esercizio di un potere della competente amministrazione, ma dal mancato esercizio da parte del titolare del potere di impugnazione dell'atto, in sede giurisdizionale o amministrativa, entro il prescritto termine decadenziale. Termine il cui fine precipuo con-

[24] R. VILLATA, *L'atto amministrativo,* in AA.VV., Bologna, 2005, 816; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 279.

[25] Sul tema, P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano 1970, cui si rinvia per la dottrina precedente; R. VILLATA, *L'atto amministrativo,* 809.

[26] Sull'acquiescenza esiste una vasta bibliografia, senza quindi pretesa di esaustività, si indicano tra gli altri, P. VIRGA, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo,* Palermo, 1948; M.S. GIANNINI, voce *Acquiescenza,* in *Enc. dir.,* I, 1958, 506 ss.; R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo. Vicende dell'interesse legittimo*, Padova, 1987; E. FERRARI, voce *Acquiescenza*", in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, 79 ss.; F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006.

[27] Sul principio di continuità, C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, 2007, ove ampi riferimenti bibliografici. In giurisprudenza, tra le tante, Cons. Stato, sez. III, n. 76/2016; Cons. Stato, sez. III, n. 4199/2016; Cons. Stato, sez. VI, n. 5035/2016; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, n. 1035/2016; Cons. Stato, sez. III, n. 2189/2015. Sulla necessità del rispetto del principio di continuità dell'ordinamento giuridico, anche Corte cost., sent. n. 255/2004.

siste nella garanzia della continuità dell'azione amministrativa, funzionalizzata al perseguimento di un pubblico interesse attraverso la previsione di un meccanismo che mette al riparo i provvedimenti a rischio di invalidità da eventuali futuri ricorsi, una volta trascorso un breve lasso di tempo, così garantendo, con la stabilità degli effetti dell'atto, la certezza del diritto, cui corrisponde una posizione di legittimo affidamento del controinteressato. Emerge, così, accanto all'effetto processuale, il carattere sostanziale dell'istituto.

L'inoppugnabilità non sana il vizio, ma comporta la preclusione, per il solo soggetto decaduto, del potere di impugnazione dell'atto attraverso ricorsi giurisdizionali o amministrativi, una volta scaduti i rispettivi termini per la proposizione[28]. Con una conseguenza, secondo autorevole dottrina, la mancata sopravvivenza dell'interesse legittimo all' intervenuta inoppugnabilità per scadenza dei termini di decadenza[29].

Quanto all'acquiescenza, si tratta di un istituto di conservazione, ammesso concordemente sia dalla dottrina – che ormai ne riconosce la natura di fattispecie autonoma, con proprie e differenti peculiarità[30] – che dalla giurisprudenza, ma non espressamente disciplinato dal legislatore.

Non si tratta di un provvedimento amministrativo, caratterizzandosi per il fatto di non dipendere dall'amministrazione, ma da un comportamento dell'interessato che, con manifestazioni esplicite o tacite, poste in essere liberamente, dimostra di accettare, in modo spontaneo e volontario[31], il provvedimento, ossia l'assetto di interessi già elaborato dall'amministrazione e, dunque il suo contenuto, del quale ha acquisito piena conoscenza[32], così precludendosi per il futuro, pur consapevole

[28] A. ROMANO, *Note in tema di decadenza,* Riv. trim. dir. proc. civ., 1964, 171.

[29] In questo senso, R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione ed acquiescenza al provvedimento amministrativo,* cit., 96 ss.

[30] Tradizionalmente se ne era rinvenuto il fondamento, in via analogica, nell'art. 329 c.p.c. concernente l'acquiescenza alla sentenza civile, su cui, per una ricostruzione completa, della tesi, R. MARRAMA, *Rinuncia all'impugnazione e acquiescenza,* cit. Per un inquadramento dogmatico dell'istituto nel diritto amministrativo, F. GAFFURI, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, cit., ove ampi riferimenti bibliografici.

[31] TAR Liguria, sez. I, n. 1590/2003; TAR Campania, Napoli, sez. V, n. 13483/2003.

[32] In quest'ottica non è ammessa l'acquiescenza per mera presunzione non essendo possibile, in tali ipotesi, riscontare in modo univoco la volontà dell'interessato di accettare gli effetti del provvedimento amministrativo, incidenti sulla sua sfera giuridica. Rispettivamente Cass., SS. UU., n. 12339/2010 e Cons. Stato, sez. VI, n. 1990/2003.

del vizio che lo inficia, la possibilità di impugnare l'atto stesso[33]. L'acquiescenza determina, quindi, la rinuncia all'impugnazione, con conseguente perdita di rilevanza dell'interesse legittimo del privato interessato, una volta decorso il termine per impugnare. Non è ammissibile l'acquiescenza nei confronti di un provvedimento la cui procedura di emanazione sia ancora in essere, ossia nei confronti di provvedimenti non ancora emanati[34]. Resta, in ogni caso, ferma, in entrambe i casi, la possibilità per la pubblica amministrazione, di riesaminare l'atto, revocandolo, convalidandolo o annullandolo d'ufficio, ricorrendone i relativi presupposti.

2. Segue. *Il principio di conservazione*

Sotteso ai provvedimenti del secondo tipo è il principio fondamentale di conservazione dei valori giuridici dell'ordinamento[35], la cui stessa "continuità" richiede l'azione di una forza conservatrice dei relativi valori[36]. Di natura trasversale, il principio, in virtù della *vis espansiva* che lo caratterizza, riguarda qualsiasi ordinamento, compreso quello europeo. In diritto amministrativo postula che prima dell'eliminazione di un atto dal mondo giuridico l'amministrazione ne verifichi la possibilità di mantenerlo in vita[37]. Si tratta, pertanto, di un principio che "trova la sua naturale giustificazione nella considerazione che, quando è possibile recuperare un qualunque risultato utile a disciplinare un rapporto giuridico, occorre propendere per la soluzione che consenta di salvare il risultato stesso, ovviamente tenendo sempre ben presente che a tanto può pervenirsi quando non risultino coinvolti nella vicenda altri princìpi di

[33] TAR Puglia, Bari, sez. I, n. 2269/2002.

[34] Cons. Stato n. 1540/1998. Diversamente, per la configurabilità di forme di acquiescenza preventiva, TAR Puglia, Bari, n. 2269/2002.

[35] C. GRASSETTI, voce *Conservazione* (*principio di*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 173 ss.

[36] G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, spec. 21, nota 23.

[37] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, III, cit., 210 ss.; S. MAGRA, *Principio di conservazione del provvedimento amministrativo fra nullità, annullabilità e inesistenza*, in *www.overlex.com*, 2006; G. PEPE, *Il principio di conservazione degli atti giuridici con particolare riferimento agli atti amministrativi*, in *www.giustiazia-amministrativa.it*. In giurisprudenza TAR Basilicata, Potenza, sez. I, n. 479 del 2012; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 5844/2014.

carattere generale in qualche modo violati o comunque compromessi dalla operazione di salvezza"[38].

Principio che la L. 241/90 sull'azione amministrativa ha rafforzato sotto un duplice profilo: da un lato, con la previsione sia, tra i criteri ("principi") cui deve ispirarsi, dell' "economicità" e dell'"efficienza", parametri sulla cui base viene valutata l'attività amministrativa sotto il profilo del "risultato" raggiunto; sia con le nuove regole introdotte dalla ~~recente~~ L. n. 125/2015 (art. 6), in tema di annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*) e di sospensione dell'efficacia o dell'esecuzione del provvedimento (art. 21-*quater*, comma 2)[39]. Dall'altro, con la clausola di non annullabilità di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, che ha reso irrilevanti, nell'ambito di un giudizio, i vizi meramente formali che non incidono sul contenuto dell'atto vincolato.

Si tratta di un principio generale, espressione di un'esigenza nodale dell'esperienza giuridica, che trova applicazione anche nel diritto civile, dove si esprime, secondo quanto emerge dagli artt. 1419,1420 e 1446 c. c., nel brocardo "utile per inutile non *vitiatur*"; brocardo che, nel diritto amministrativo, si esprime nella regola del "raggiungimento dello scopo" (art. 156, c.p.a., comma 3), oggi sancita dal già citato art. 21 *octies*, comma 2, il quale pone una regola di natura processuale, che consente, nell'ambito di un giudizio, la "conservazione" dell'atto invalido, i cui vizi ne determinano comunque la illegittimità, tanto che l'atto potrà essere, secondo parte della dottrina, annullato d'ufficio dall' amministrazione competente[40]; secondo altra dottrina l'amministrazione potrà procedere alla rimozione del vizio, ma soltanto con la convalida[41].

Nel diritto amministrativo il principio di conservazione, nell'ambito del potere di riesame, è finalizzato ad evitare, fin quanto è possibile, la caducazione di un atto invalido, già adottato e produttivo di effetti, se ciò risponde ad un interesse pubblico attuale.

In questa prospettiva il principio costituisce, di conseguenza, uno

[38] Cons. Stato, n. 506 /2015.

[39] Si ricordi che la L. n. 124/2015, c.d. legge Madia, non ha inciso sulla disciplina della convalida quale introdotta dalla L. n. 15/2005.

[40] In questo senso F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della Legge sul procedimento*. Atti della Giornata di studio (Caserta, 20 maggio 2005), Torino, 2005, 174.

[41] V. ANTONELLI, *La convalida del provvedimento annullabile e la riforma della legge sul procedimento amministrativo, Foro amm. CdS*, 2005, 2215 ss.; S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016, 258 ss.

strumento idoneo ad evitare la dispersione di attività giuridiche in entrambi gli ambiti dell'ordinamento, privatistico e pubblicistico, sia pure sulla base di presupposti, ambiti di applicazione e modalità differenti, in ragione, oltre che delle particolari discipline di ciascun settore, soprattutto, della natura dell'interesse perseguito e della forma procedimentale dell'esercizio dell'attività amministrativa, quale attività funzionalizzata sempre e comunque alla cura dell'interesse pubblico concreto.

Si ritiene che in diritto amministrativo, dove costituisce espressione del principio di buon andamento[42] – nella misura in cui tende a limitare gli effetti dell'illegittimità[43] – il principio postuli che l'amministrazione, nel perseguimento del suo fine primario, ossia l'interesse pubblico, prima di procedere alla eliminazione di un atto dal mondo giuridico si accerti, attraverso un procedimento di secondo grado, ovvero l'esercizio di poteri di riesame[44], della possibilità di adottare, soprattutto se i risultati perseguiti sono stati comunque raggiunti, una misura idonea al mantenimento dell'atto stesso in vita. In questo senso il principio è strumentale, sia alla stessa "continuità" dell'ordinamento, la quale richiede la conservazione dei valori giuridici e, in questa prospettiva alla "continuità" dell'azione amministrativa, quale canone fondamentale dell'agire amministrativo[45], oltre che dell'organizzazione amministrativa[46], sia all' "effettività" dell'ordinamento medesimo[47].

Delle due manifestazioni che connotano il principio di conservazione, anche in ambito amministrativistico, quale canone interpretativo di un atto giuridico (art. 1367 c.c.), sia esso una legge, una sentenza, un atto processuale, un provvedimento amministrativo, un negozio giuridico, etc.; o insieme di istituti (conversione, convalida, sanatoria, conferma,

[42] Cons. Stato, IV, n. 4983/2012.

[43] Indicazioni al riguardo in Cons. Stato, VI, n. 1332/2012.

[44] Per la riconduzione dei poteri di riesame al principio di continuità, Cons. Stato, sez. IV, n. 6931/2004; TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 1722/2004.

[45] C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa*, cit. In senso critico, N. PAOLANTONIO, *Note sul c.d. principio di continuità in diritto amministrativo, Dir. amm*., 2, 2011, 443.

[46] Su cui, R. MARRAMA, *Titolari degli organi pubblici e principio di continuità (sul problema della* prorogatio *dei poteri),* Napoli, 1969; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit. Si riconduce al principio di continuità, diretto ad assicurare il funzionamento dell'organo o dell'ufficio, oltre alla *prorogatio*, alla supplenza ed alla sostituzione, anche la figura del funzionario di fatto.

[47] Si legge in G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, op. cit., 21, nota 23: "Così dicasi dell'effettività: una organizzazione può dirsi effettiva come ordinamento nel momento in cui essa ha la forza di conservare i valori cui ha dato vita".

rettifica, ratifica, etc.) che operano sul versante dell'efficacia, ossia degli effetti giuridici di un atto – qualificato dalla unilateralità e dall'essere espressione di un potere caratterizzato dall'autoritarietà – la prospettiva del presente lavoro è la seconda, essendo infatti riconducibili al principio tutti quei provvedimenti di secondo grado, che ho prima richiamato, finalizzati a garantire un effetto utile al precedente provvedimento, anche in presenza di un vizio, purché idoneo alla soddisfazione dell'interesse pubblico attuale in concreto perseguito, quale emerge dal bilanciamento con la pluralità degli interessi sia pubblici che privati comunque coinvolti dall'azione amministrativa. Ed a condizione che, va precisato, la pubblica amministrazione abbia piena consapevolezza dell'esistenza del vizio e ne sia chiara la volontà di eliminarlo.

Emerge evidente il collegamento del principio di conservazione, oltre che con il principio di "efficacia", con il principio di "economicità", nell'accezione di "economia dei mezzi giuridici" [48], che la giurisprudenza ha ricondotto al principio di buon andamento, e che la L. 241/90, come si è prima ricordato, ha incluso nell'elenco dei principi generali (nonostante li chiami "criteri") dell'attività amministrativa.

L'economicità, espressione della valenza efficientistica della citata legge sul procedimento amministrativo, richiede all'amministrazione un uso diligente delle proprie risorse, non solo umane, ma anche economiche e finanziarie, in relazione ai risultati perseguiti ed in concreto ottenuti. Richiede, in particolare, che tali risultati vengano raggiunti con il minimo consumo possibile delle richiamate risorse. E dunque, che non vengano esercitate se non hanno una effettiva utilità[49].

Ed affiora, altresì, la connessa esigenza di un corretto bilanciamento tra i principi di legalità e di efficacia – in presenza di vizi che rendono illegittimo o inopportuno l'atto – e necessità di non disperdere, per quanto consentito, l'attività amministrativa già compiuta, con le relative risorse impiegate, tenuto anche conto degli effetti materiali *medio tem-*

[48] Tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, n. 4257/2012, secondo cui, in base al principio dell´economia dei mezzi giuridici, se l´amministrazione riscontra vizi nel *modus procedendi*, che non travolgono l´intero procedimento ma coinvolgono solo singole fasi, legittimamente può far ricorso alla regola cardine della conservazione degli atti validi e di conseguenza, può limitare l´esercizio dell´autotutela agli atti effettivamente incisi dalle accertate illegittimità e, quindi, circoscrivere la rinnovazione del procedimento alle sole fasi viziate e a quelle successive, conservando l´efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento; cfr. anche, TAR Puglia, Lecce, I, n. 1745/2013.

[49] A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa,* II, Milano, 2017, 40 ss.

pore prodottisi, da un lato; garanzia dell'affidamento non solo del destinatario dell'atto, considerato che il mantenimento nell'ordinamento di un atto a lui sfavorevole, sarebbe in contrasto con il suo interesse all'eliminazione dell'atto stesso, ma anche del controinteressato, il cui interesse è opposto a quello del primo, dall'altro.

3. *Aspetti comuni tra provvedimenti ad esito conservativo e provvedimenti ad esito eliminatorio*

I provvedimenti ad esito conservativo presentano aspetti comuni ai provvedimenti ad esito eliminatorio, dei quali occorre tenere conto per l'influenza reciproca delle rispettive discipline, soprattutto della disciplina dei secondi sui primi. Al riguardo va sottolineato come le recenti innovazioni introdotte nella disciplina della revoca e dell'annullamento d'ufficio, rispettivamente con la L. n. 164/2014 e con l'art. 6 della legge 124/2015, confermano la tendenza dell'ordinamento alla "conservazione" degli atti giuridici, trattandosi infatti di novità che mirano ad assicurare un maggior grado di "stabilità", in particolare ai provvedimenti autorizzativi o attribuitivi di vantaggi economici, contestualmente garantendo l' affidamento degli interessati, cui spetta un obbligo di correttezza a fronte dell'esercizio della funzione amministrativa[50]. Affidamento che, in quest'ottica, costituisce il versante soggettivo, psicologico, del valore oggettivo della certezza del diritto. Principio, questo dell'affidamento, nell'accezione di aspettativa alla stabilità della decisione già assunta, che al pari del principio di imparzialità e di buon andamento, costituisce un principio fondante dell'ordinamento, qualificato dalla Corte di Giustizia anche come principio fondamentale dell'Unione Europea[51]. Con la conseguenza che l'affidamento dell'interessato nella stabilità delle situazioni giuridiche create nell'ambito di un rapporto amministrativo deve essere contemperato con le istanze di legalità e di opportunità dell'azione amministrativa, che possono condurre alla eliminazione o alla conservazione di un atto e dei relativi effetti, alla luce

[50] L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.

[51] D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata,* in *Dir. Amm.*, 2008, 757 ss.

dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza[52]. Principi che governano l'esercizio del potere discrezionale, quale si configura il potere di riesame.

Entrambi le categorie sono riconducibili, si è già detto, al principio di "continuità" quale canone anche dell'azione amministrativa che, in assenza di una espressa previsione legislativa, è ormai unanimemente ricompreso nel principio di buon andamento, concernente sia il profilo dell'azione che dell'organizzazione amministrativa.

Come per i provvedimenti ad esito eliminatorio, anche per i provvedimenti ad esito conservativo, espressione di un potere autoritativo, capaci, in alcuni casi, di incidere negativamente nella sfera giuridica del destinatario, si è in passato posto, almeno fino alla L. n. 15/2005 che, in ogni caso, lo ha risolto solo per alcuni di essi[53], il problema del loro fondamento giuridico e, dunque della relativa compatibilità con il principio di legalità. Essendo tradizionalmente ammessi in via generale da una prassi amministrativa, avallata da una consolidata giurisprudenza e da una dottrina maggioritaria, che considerava "diritto vivente" l'irrevocabilità delle concessioni amministrative[54], o la convalida che consente l'eliminazione di un vizio che inficia un provvedimento, per fare qualche esempio.

Se ha avuto scarso seguito la tesi della tassatività dei poteri di riesame, in base alla quale tali poteri dovrebbero essere ammessi solo ove espressamente previsti dalla legge[55], diversamente molto più seguito ha avuto la tesi che riconduce tali poteri, alla consuetudine o alla prassi e, soprattutto, si è detto prima, all'autotutela decisoria. Tesi ormai minoritaria quest'ultima[56], sia, perché l'autotutela, anche nella forma c. d. de-

[52] Cons. Stato, sez. III, n. 5026/2016, cit.

[53] Ossia per l'annullamento d'ufficio e la convalida (art. 21-*nonies*, rispettivamente primo e secondo comma), per la revoca (art. 21-*quinquies*), per la sospensione dell'efficacia del provvedimento (art. 21 – *quater*).

[54] M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, 354 e 356.

[55] Tra gli altri, S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione, con una parentesi sull'annullamento d'ufficio,* in *Studi in onore di V. Bachelet*, II, Milano 1987, 663 ss.; A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità,* in *Dir. pubbl.* 1995, 120; A. CORPACI, voce *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo,* in *Dig. disc. pubbl.,* XIII, Torino, 1997. Per una analisi critica della tesi, con riferimento alla revoca, M. IMMORDINO*, Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento,* Torino, 1999, 81 ss.

[56] Per una nozione restrittiva di autotutela, G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, che vi riconduce soltanto l'esecuzione coattiva.

cisoria, non è essa stessa prevista dalla legge, ma è stata da sempre considerata un "privilegio", una "facoltà" connaturata alla posizione di sovraordinazione dell'amministrazione rispetto ai cittadini, che le consente di vigilare sulla legittimità e sull'opportunità dei propri atti e di intervenire direttamente per rimuovere, rinnovare o conservare i propri atti o i relativi effetti, ricorrendo determinati presupposti. Sia, in considerazione del fatto che attraverso tali atti l'amministrazione non si fa giustizia da sé, né tutela se stessa, bensì l'interesse pubblico al quale è sempre funzionalizzato l'esercizio del potere amministrativo, già perseguito con l'adozione del primo provvedimento che ora vuole eliminare (l'art. 21-*nonies*, comma 1, richiama, quale causa dell' annullamento d'ufficio anche "le ragioni di pubblico interesse") o conservare (lo stesso art. 21-*nonies*, comma 2, pone "le ragioni di pubblico interesse" a base della convalida), così eliminandone o mantenendone, *ex tunc o ex nunc*, i relativi effetti attuali. L'autotutela, in altri termini, non è una caratteristica dell'atto amministrativo, inteso come atto espressione di potestà amministrativa, ma è collegata al carattere unilaterale dell'atto amministrativo, quella stessa unilateralità che consente anche ad un privato, ricorrendone i presupposti, di ritirare un proprio atto (come un testamento)[57].

Il legislatore più recente, il riferimento è alla disciplina della SCIA e del silenzio assenso nella legge 241/90 (prima, tuttavia, delle ultime modifiche introdotte con la L. 124/2015) è sembrato, per vero, condividere la tesi che riconduce all'autotutela tali poteri, avendo riconosciuto all'amministrazione la possibilità, in presenza di determinati presupposti, di assumere determinazioni in via di "autotutela" ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, che disciplinano rispettivamente la revoca, l'annullamento d'ufficio e la convalida[58]. Un richiamo, tuttavia, che può ben spiegarsi quale omaggio ad una prassi talmente radicata, oltre che ad un linguaggio corrente, che identifica ancora oggi i poteri di revoca, annullamento, convalida, sospensione, conferma, come poteri di autotutela[59]. Il che sembrerebbe confermato dalla recente legge 124 del 2015 che nel suo art. 6, pur essendo rubricato "Autotutela amministrativa", menziona soltanto l'annullamento d'ufficio e la sospensione, escludendo

[57] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo,* Torino 2017.

[58] D.L. n. 35/2005, conv. in legge n. 80/2005.

[59] Così, rispettivamente A. CONTIERI, *Procedimenti e provvedimenti di secondo grado,* cit., 447*;* G. CORSO, *Manuale*, cit., 310; in senso contrario, con riferimento alla revoca, B.G. MATTARELLA, *Autotutela*, cit.

atti che per prassi vi sono stati tradizionalmente ricondotti, come la revoca, la convalida, la conferma, la sanatoria, quest'ultimi tradizionalmente inclusi nell'autotutela "conservativa". Mentre, modificando di recente l'originario comma 4 dell'art. 19 sulla SCIA, dove è stato eliminato qualsiasi riferimento all'autotutela, il legislatore ha ricondotto i poteri inibitori dell'amministrazione alle sole "condizioni" previste dall'art. 21 *nonies*, e non ha più menzionato, diversamente dalla precedente formulazione, l'art. 21 *quinquies*.

Esiste, per vero, un orientamento ormai consolidato che rinviene il fondamento dei poteri di riesame, indipendentemente dall'efficacia eliminatoria o conservativa, in quella stessa norma che ha attribuito all'autorità il potere di adottare l'atto originario. Si richiede, quale presupposto, la sopravvivenza del potere al suo stesso esercizio, nel senso che lo stesso non deve essersi consumato, e che gli effetti dell'atto di primo grado devono essere ancora nella disponibilità dell'amministrazione. È, quindi, l'ontologica "inesauribilità" o "imprescrittibilità" del potere, direttamente collegata ai caratteri della funzione e, dunque, la sopravvivenza al suo stesso esercizio[60], che ne consente un nuovo esercizio allorché lo richiede il rispetto della legalità e l'interesse pubblico, per la mutevolezza, con il trascorrere del tempo, delle sottese circostanze, si rinnova continuamente nella sua attualità[61].

Trattasi di strumenti giuridici apprestati dal legislatore per consentire all'amministrazione, in presenza di determinate condizioni, di "continuare" ad esercitare un potere quando, con il decorso del tempo, emergono nuove esigenze di cura in concreto dell'interesse pubblico, ossia del bene comune, già perseguito con il precedente provvedimento[61], ma che, risultando dalla composizione di interessi che si evolvono e mutano con il mutare delle esigenze manifestate dalla società, non sono mai uguali a quelli in precedenza curati, così da richiedere un nuovo intervento[62]. In quest'ottica i provvedimenti di secondo grado costituisco-

[60] G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo,* cit., 206 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., 206 ss. Sull'influenza che il "presunto" carattere dell'inesauribilità del potere esercita sulla disciplina del potere di riesame e, più in generale sui rapporti tra amministrazione e cittadini, con i connessi profili di criticità, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici,* Napoli, 2018.

[61] Per l'ancoraggio dell'interesse pubblico al piano concreto della realtà, M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), cit., 361 ss.

[62] G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La persistenza rilevanza dell'interesse pubblico dopo*

no espressione della stessa funzione amministrativa svolta con il provvedimento di primo grado.

Con la codificazione nel 2005, di alcuni tra i più problematici provvedimenti amministrativi di riesame (annullamento d'ufficio, revoca, sospensione, convalida) ha trovato, almeno per questi, una soluzione positiva la questione del relativo fondamento. Tale legge ne ha, da un lato, escluso l'ancoraggio alla discussa nozione di autotutela, dall'altro, ne ha confermato la natura di atti espressione del potere esercitato con l'originario provvedimento, come si vedrà di seguito. Ma non solo. Questa legge ha ancorato tali provvedimenti al principio di "efficacia" e, di conseguenza, ne ha affermato la natura di strumenti di gestione dell'interesse pubblico[63]. Ed è proprio quest'ancoraggio all'interesse pubblico attuale, cui l'azione amministrativa è sempre funzionalizzata che consente di collocarli nell'area dell'amministrazione attiva, escludendone l'appartenenza all'autotutela.

Un ulteriore elemento comune ad entrambi i tipi di provvedimento è il rapporto strettissimo che gli stessi hanno con il tempo.

Presuppongono infatti l'esistenza di un provvedimento e il decorso di un certo lasso di tempo dalla sua adozione: la durata, minore o maggiore di questo tempo, incide sull' ammissibilità dell'esercizio del potere di riesame. Incide, in altre parole, sull'attualità dell'interesse pubblico perseguito, quale condizione per il loro esercizio.

Tale incidenza è maggiore soprattutto quando il provvedimento del quale si vogliono eliminare, conservare o prolungare gli effetti per un certo periodo, ha creato, rispettivamente, una situazione favorevole o sfavorevole per il destinatario, per cui la sua eliminazione o la sua conservazione, anche per un lasso di tempo limitato, inevitabilmente gli nuocerebbe. Il che comporta che, nel momento in cui l'amministrazione ritiene opportuno esercitare il relativo potere l'affidamento del privato costituirà uno degli interessi che dovranno essere ponderati in quella sede[64]. A maggior ragione oggi con le nuove regole introdotte dalla l. 124/2015, che, si ribadisce, nei rapporti amministrativi, ed in particolare con operatori economici, ne privilegiano la certezza e la stabilità e,

la L. n. 15/2005 e la sua effettiva consistenza, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), cit., 350, s.

[63] M. IMMORDINO, Art. 21 – *quinquies*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, 496 ss.

[64] A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo,* Napoli 2016, 84 ss.

dunque l'affidamento, rispetto all'interesse alla legittimità dell'atto medesimo, sul presupposto che l'instabilità delle decisioni pubbliche costituisce un potente disincentivo rispetto alle scelte strategiche d'investimento del privato in iniziative economiche con l'amministrazione pubblica[65].

Ad entrambi le categorie di provvedimenti non sembra applicabile la disposizione di cui al comma 2, alinea seconda, dell'art. 21 *octies* sulla non annullabilità del provvedimento per omessa comunicazione dell'avvio del relativo procedimento.

Il contraddittorio, nell'ambito di un rapporto di correttezza e collaborazione tra la parte pubblica e quella privata, ispirata al principio generale di buona fede[66], consente infatti agli interessati – le cui pretese partecipative sono state qualificate sia in termini di diritto soggettivo, sia come facoltà dell'interesse legittimo o, ancora, come facoltà proprie di una situazione qualificabile in termine di interesse procedimentale[67] – la possibilità di manifestazione e rappresentazione dei loro interessi e all'amministrazione la possibilità di assolvere adeguatamente all'obbligo di ponderazione e valutazione di tutti gli interessi, comunque coinvolti, nel procedimento stesso[68], e di evitare, anche, già a monte, quegli errori eventuali che i provvedimenti di secondo grado sono chiamati a correggere.

La partecipazione è pertanto connaturata ai procedimenti di secondo grado, nei quali l'interesse pubblico alla eliminazione o alla convalida dell'atto illegittimo, o alla sospensione dell'efficacia o della esecuzione di un provvedimento inopportuno, si scontra con l'opposto interesse del privato destinatario dell'atto o controinteressato, alla conservazione delle posizioni favorevoli comunque acquisite, tanto più se, in relazione al tempo trascorso, tali posizioni si sono consolidate, determinando così un legittimo affidamento nella loro stabilità.

[65] A. POLICE, *La cooperazione pubblico – privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in *Nuove autonomie,* n. 2/2016; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n.124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio – assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17 del 2015.

[66] F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1995.

[67] Su cui, A. ZITO, *Il procedimento amministrativo*, in F.G. SCOCA, (a cura di), cit., spec. 238, ove ampi riferimenti bibliografici.

[68] A. CONTIERI - M. IMMORDINO, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca*, *Foro amm. - TAR*, 2006, pp. 2783 ss.; N. PAOLANTONIO - S. TARULLO, *Art. 21-quater*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 468 ss.; Cons. Stato, sez. VI, n. 520/2010.

Il novero dei provvedimenti volti alla conservazione di un atto amministrativo, lo abbiamo visto prima, è abbastanza consistente. Di questi alcuni, come la sospensione, la convalida, la sanatoria e la conferma, sono tra i più problematici, trattandosi di istituti rispetto ai quali, più che per gli altri, quali la ratifica o la rettifica, si può porre, sia un problema di tutela dell'affidamento degli interessati; sia la questione dell'esistenza o meno di un "dovere" dell'amministrazione di attivare un procedimento di riesame a seguito di un'istanza del privato interessato.

La questione è complessa, e una soluzione condivisa è ancora lontana dall'essere stata raggiunta, sia in dottrina che in giurisprudenza. Ma è fuor di dubbio che l'affermazione dell'esistenza nell'ordinamento di un principio di doverosità anche dell'esercizio dei poteri di riesame, oltre che d'ufficio su richiesta dell'interessato, nel contesto del più generale principio di doverosità della funzione amministrativa, anche ad efficacia conservativa, avrebbe per vero un impatto molto significativo non solo nell'ambito dei più generali rapporti tra amministrazione e privati, ma anche e soprattutto sui rapporti economici e dunque, in definitiva, sullo sviluppo del sistema Paese.

4. *La sospensione ai sensi dell'art. 21 quater della legge sul procedimento amministrativo*

La sospensione amministrativa[69] costituisce eccezione alla regola della immediata esecuzione del provvedimento efficace, sia istantanea[70] che durevole[71] consentendo infatti di sospendere temporaneamente l'efficacia o l'esecuzione di un precedente provvedimento[72].

Con la positivizzazione nel 2005 (art. 21 *quater*, L. n. 15), la so-

[69] Da distinguersi da quella disposta dal giudice, su richiesta della parte interessata, a seguito della proposizione di un ricorso giurisdizionale.

[70] In questo caso ne determinerà il differimento della produzione degli effetti, tranne che questi non si siano già prodotti.

[71] In questi casi si inserirà "nell'ambito di un rapporto in essere" e verrà a "sospenderne le reciproche prestazioni".

[72] Nell'art. 21 *quater*, comma 2, le nozioni di efficacia e di esecuzione, che attenta dottrina ritiene di dover distinguere (M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 1034; G. CORSO, *Manuale*, cit. 334) diversamente sembrano coincidere. In dottrina, per alcune puntuali osservazioni, G. DE GIORGI CEZZI – P.L. PORTALURI, *L'efficacia e l'esecutività del provvedimento,* in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit. § 1, 1035 s., con ampi riferimenti bibliografici.

spensione dell'efficacia del provvedimento[73] è uscita dal limbo dei poteri impliciti[74], il cui fondamento era rinvenuto nell'autotutela[75], ed è divenuta un istituto espressione di un potere di carattere generale[76], riconducibile secondo una parte della dottrina ai poteri cautelari, per i quali è consentito (art. 7, comma 2 della L. 241/90), ricorrendo esigenze di celerità, avviarne il procedimento prima della relativa comunicazione[77]. Laddove, in precedenza, l'istituto era previsto soltanto da leggi di settore, per ragioni di ordine pubblico (art. 12, d. P. R. n. 391/1995), o per consentire ulteriori approfondimenti preliminari all'immissione in commercio di un medicinale (art.14, d.lgs. n. 178/1991), o, ancora, in vista del riesame di legittimità di un determinato provvedimento (licenza edilizia), o dell'adozione di un provvedimento sanzionatorio, come nel caso di lavori edilizi sospettati di essere iniziati abusivamente.

All'istituto è stata quindi attribuita una "funzione polivalente", esso è stato normalmente considerato strumentale rispetto all'adozione di un altro provvedimento di secondo grado, quale l'annullamento d'ufficio, la convalida o la revoca, finalizzato, dunque, ad evitare che *medio tempore* vengano posti in essere atti esecutivi dalle conseguenze irreversibili[78], ma autonomo rispetto a detti istituti per fondamento legale e presupposti[79], anche se al pari di essi espressione di un potere di riesame,

[73] Delle due ipotesi di sospensione disciplinate dall'art. 21 *quater* della legge sul procedimento amministrativo, relative rispettivamente all'efficacia del provvedimento ed alla sua esecuzione, solo la prima rientra tra i provvedimenti di secondo grado, incidendo sugli effetti giuridici del precedente provvedimento.

[74] Potere che a sua volta si ricomprendeva in quello di revoca, su cui, S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa,* Torino, 2012, 41.

[75] S. FUOCHI, *Sospensione dell'atto amministrativo,* in *Dig. disc. pubbl.,* XIV, Torino, 1999, 363 ss.

[76] M. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, in F.G. SCOCA, (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 295.

[77] Proprio sulla disposizione di cui all'art. 7, comma 2, parte della dottrina (F. SAITTA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione. Tra principio di tipicità ed esigenze di tempestività dell'azione amministrativa,* Torino 2003, 102) e della giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, n. 350/1995), ne aveva rinvenuto in passato il relativo fondamento legislativo. Ma, in senso contrario, ritenendosi la configurazione del potere cautelare come potere generale in contrasto con i principi di legalità e di tipicità, G. GARDINI, La comunicazione degli atti amministrativi, Milano 1996, 108 ss.; S. FUOCHI, *Sospensione dell'atto amministrativo,* cit., 367.

[78] TAR Abruzzo, I, n. 915/2008.

[79] M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124,* in *www. federalismi.it,* n. 16/2016.

strumento di cura dell'interesse pubblico, come tale riconducibile all'amministrazione attiva[80].

La sospensione è quindi istituto riconducibile alle vicende dell'efficacia[81], in particolare se durevole, del provvedimento, comporta infatti non l'eliminazione dell'atto, bensì, in vista del riesame, in presenza di un dubbio di legittimità o di opportunità, la paralisi degli effetti sia ampliativi che restrittivi, del provvedimento per un tempo determinato.

Il dubbio che può portare alla sospensione, può derivare da un vizio originario del provvedimento o da un fatto sopravvenuto che incide sulla legittimità o sull'opportunità del medesimo, perché incide su un presupposto del provvedimento stesso. In quest'ottica la sospensione si colora di doverosità, confermando la tesi, si vedrà di seguito, che si vuole sostenere in questo scritto, della doverosità dei poteri di riesame, sia ad esito eliminatorio, sia ad esito conservativo, attivabili oltre che d'ufficio, anche su istanza dell'interessato, ricorrendone i relativi presupposti.

Ne emerge la funzione cautelare[82]. Funzione, a ben vedere, che sembra trovare conferma anche in quella teoria, sostenuta da una parte della dottrina, che muovendo dall'idea che l'art. 21 *quater* non avrebbe previsto limitazioni all'uso dell'istituto, ne ha affermato la possibilità di un uso non necessariamente finalizzato ad un procedimento di riesame, nel caso di eventi straordinari, come lo scoppio, ad esempio, di una epidemia che rende necessaria la sospensione di alcune licenze di ristorazione al fine di circoscriverne la diffusione[83].

Vi sono ipotesi in cui l'istituto non è annoverabile tra i provvedimenti di riesame, avendo un carattere marcatamente sanzionatorio di illeciti amministrativi, come nel caso di sospensione della patente di guida, della licenza di porto d'armi, delle autorizzazioni relative alle sostanze stupefacenti, di un'autorizzazione all'esercizio di un'attività commerciale, di un pubblico dipendente dal servizio e dallo stipendio in esito ad un procedimento disciplinare[84].

[80] U. POTOTSCHING, *Sospensione amministrativa e provvedimenti cautelari*, in *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, IV, 1468,

[81] M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 322 ss.

[82] M.R. SPASIANO, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 322 ss.

[83] M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi tra garanzie procedimentali ed esigenze di risultato,* in *Dir. amm.*, 2007, 833.

[84] In argomento, tra gli altri, S. VILLAMENA, *La sospensione,* cit., 174, ss.; N.

Esula dall'ambito di operatività dell'art. 21-*quater,* comma 2, la sospensione di una attività, sospensione che può essere soltanto effetto indiretto della sospensione del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario, come nel caso di sospensione del permesso di costruire, per fare un esempio. Esula, altresì, dall'ambito di operatività della disposizione in oggetto la sospensione dei lavori *ex* art. 27 del d. P. R. n. 380 del 2001[85]. La distinzione rileva ai fini degli effetti della mancata indicazione nel provvedimento di sospensione del termine di durata, mancanza che determinerà la illegittimità del provvedimento stesso soltanto nel primo caso, mentre non rileverà nella seconda ipotesi[86].

Quanto alla competenza ed al relativo procedimento, la sospensione può essere disposta oltre che dall'organo che ha emanato l'atto, anche da un altro organo, cui una legge specifica ne ha attribuito il relativo potere. Al di fuori quindi di una relazione gerarchica tra organi dello stesso plesso amministrativo.

Il tema della durata temporale della sospensione, ha costituito da sempre un profilo critico dell'istituto, oggi, nel contesto della *ratio* – ispirata al principio di certezza e di tutela del legittimo affidamento nella stabilità della decisione amministrativa – sottesa alle nuove regole in materia di procedimenti di riesame, è stato previsto un termine di decadenza per l'esercizio del relativo potere, disponendosi, con un inciso aggiunto dalla L. n. 124/2015 (art. 6, comma 1, lett. c) nel comma 2 dell'art. 21- *quater*, che "la sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento". Per i provvedimenti autorizzatori o di attribuzione di vantaggi economici, si applica il termine di decadenza di diciotto mesi, secondo quanto previsto dall'art 21 *nonies* nella nuova versione. Si tratta di un limite temporale che non trova applicazione, nell'ipotesi di affidamento non legittimo, vale a dire nel momento in cui una sentenza penale passata in giudicato abbia accertato la falsità della rappresentazione dei fatti o delle dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà sottese al rilascio del provvedimento. Diversamente, per i provvedimenti sfavorevoli, il relativo potere deve essere esercitato, come già previsto dalla normativa precedente, entro un termine "ragionevole"; mentre per

PAOLANTONIO – S. TARULLO, *Art. 21 – quater*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione,* Torino, 2006, 468.

[85] Una ampia casistica in S. VILLAMENA, *La sospensione,* cit., 140 ss.

[86] Rispettivamente TAR Campania, Salerno, sez. II, n. 2411/2013; Cons. Stato, sez. IV, n. 3115/2014; TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, n. 9/2015.

la revoca non è stato previsto alcun limite temporale, sicché in entrambi le ipotesi lo stesso va commisurato ai principi di proporzionalità e ragionevolezza.

Il termine di durata della sospensione deve, comunque, essere espressamente indicato nell'atto che la dispone[87], e deve essere certo (anche se si ricava per *relationem* dagli atti richiamati nel provvedimento sospensivo[88]) nell'*an* e nel *quando*, in modo da consentire la conoscenza effettiva della durata del periodo di sospensione e può essere ridotto per sopravvenute, quindi, nuove, esigenze.

Quindi, in sintesi, se è possibile ricavare dall'art. 21 *quater* e dall'art. 21 *nonies*, il termine di decadenza per l'esercizio del potere di sospensione, a seconda che si tratti di provvedimenti favorevoli o di altra natura, resta indefinita la durata massima della sospensione. Anche se, comunque, la sua efficacia è temporanea e non definitiva, non potendo in ogni caso perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento. Ed è proprio la temporaneità, in via generale, dei suoi effetti che ne esclude la retroattività la quale presuppone la "definitività" dell'assetto di interessi creato dal provvedimento.

Se è ormai venuta meno, così come per altre determinate categorie di provvedimenti, la piena discrezionalità nella individuazione del termine per l'esercizio del potere di sospensione – essendo in precedenza la quantificazione della relativa durata, che non poteva protrarsi "oltre il tempo strettamente necessario", rimessa alla amministrazione – rimane comunque ferma l'ampia discrezionalità – con il solo vincolo del rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità e dell'obbligo di una puntuale motivazione[89], più rigorosa allorché riguarda provvedimenti ampliativi – sui presupposti, essendo stata confermata la previsione circa le "gravi ragioni". Previsione criticata perché ritenuta "generica ed ondivaga"[90], tale da non consentire il rispetto del principio di "tipicità" del contenuto dell'atto amministrativo[91], ma di permettere la sospensione di un atto, anche a pre-

[87]Sicché è illegittima una sospensione "priva della indicazione di un termine finale di cessazione dell'effetto sospensivo", TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 296/2007; TAR, Puglia, Bari, sez. II, n. 490/2006.

[88] TAR Sicilia, Palermo, sez. II, n. 1817 ~~del~~ 2009.

[89] TAR Campania, Napoli, sez. VII, n. 5302/2011; Cons. Stato, sez. V, n. 6507/2012.

[90] N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*.

[91] M. RENNA, *L'efficacia e l'esecuzione dei provvedimenti amministrativi,* cit.

scindere dall'esistenza di un interesse pubblico specifico, o addirittura per tutelare interessi di un privato[92].

La giurisprudenza, nella prospettiva di limitarne l'ambito di operatività, a tutela della certezza nella stabilità dell'assetto di interessi, in ipotesi favorevole per il privato, ritiene che la richiesta, quale presupposto della sospensione, delle "gravi ragioni", ne testimonia il carattere di istituto eccezionale impressole dal legislatore[93]. Inoltre, le nuove regole introdotte dalla più volte richiamata L. n. 124/2015, volte a garantire maggiormente i destinatari di provvedimenti attributivi di vantaggi economici rispetto al potere di riesame dell'amministrazione, annullamento e sospensione, confermano l'esigenza di un aggravamento dell'obbligo motivazionale circa le "gravi ragioni" sottese alla sospensione ed avvalorano quell' orientamento giurisprudenziale che, nell'apprezzamento del suddetto presupposto si è basato, come si è sottolineato in dottrina, su un bilanciamento degli interessi in gioco tale da far prefigurare una giurisdizione di merito piuttosto che di legittimità[94].

Quanto alle vicende successive all'adozione della sospensione la proroga o il differimento degli effetti sono consentiti per una sola volta e perdurando le "gravi ragioni", mentre la durata può essere ridotta per sopravvenute esigenze o per il venir meno delle "gravi ragioni". Nel silenzio della legge sembra, inoltre, ragionevole escludere la possibilità per l'amministrazione, di reiterare la sospensione, a tutela dell'affidamento degli interessati.

Infine, non sembra che l'art. 21- *quater* possa costituire, come pure si è sostenuto da una parte della giurisprudenza[95], sulla base di una interpretazione estensiva, il fondamento di un potere generale di sospensione per "finalità cautelari" legate alle "gravi ragioni" anche dell'*iter* procedimentale. Così come non credo sia condivisibile quell'orientamento secondo cui la facoltà dell'amministrazione di dosare i tempi della propria azione – con relativo potere di sospensione del provvedimento o del procedimento – sarebbe implicita nei poteri cautelari previsti dall'art. 7, comma 2 , a prescindere dalla espressa previsione

[92] F. SAITTA, *Il potere cautelare*, cit., 117.

[93] TAR Liguria, Genova, sez. II, n. 10664/2010; Cons. Stato, sez. VI, n. 905/2011; TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 2098/2013.

[94] S. VILLAMENA, *La sospensione*, cit., 75. Di orientamenti giurisprudenziali non univoci in ordine a tale presupposto, parla M. TRIMARCHI, *La sospensione,* cit., spec. n. 66.

[95] Cons. Stato, sez. IV, n. 2876 del 2007; TAR Campania, Napoli, sez. VII, n. 2674 del 2010.

degli artt. 21-*quater* e 2, comma, 7[96]. A me sembra che, se interpretiamo in modo restrittivo le facoltà che la legge accorda all'amministrazione di manovrare i tempi della sua azione, la sospensione del procedimento sarà ammessa soltanto nei casi e con le modalità previste dall'art. 2, comma, 7[97].

Un cenno infine all'esistenza o meno in capo all'amministrazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del relativo procedimento. Al riguardo si registrano due opposti orientamenti, dei quali uno, ritiene applicabile alla sospensione l'art. 7, comma 2, che esclude l'esistenza in capo all'amministrazione di un tale obbligo allorché la stessa adotta misure di carattere cautelare[98]; l'altro, più garantista, ritiene, non a torto, che la sussistenza di "gravi ragioni" non priva gli interessati della garanzie partecipative ordinariamente previste dalla L. n. 241/1990, in presenza di atti incidenti negativamente nella sfera giuridica del destinatario[99]. Con la conseguenza che "la comunicazione di avvio del procedimento può essere omessa soltanto in caso di comprovata necessità ed urgenza"[100].

5. *La convalida*

L'art. 21 *nonies,* oltre all'annullamento d'ufficio, disciplina al comma 2, la convalida[101] che, nell'ambito dei provvedimenti ad esito conservativo, ha un ruolo centrale.

Prima dell'intervento del 2005 (L. n. 15, cit.) la convalida, ammessa da una prassi consolidata, era considerata un provvedimento discrezio-

[96] TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 5918 del 2008.

[97] M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza,* in AA.VV., *L'incertezza delle regole, Annuario AIPDA*, Napoli 2015, 130.

[98] Cons. Stato, sez. IV, 13 giugno 2013, n. 3276.

[99] Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 1997, n. 1486.

[100] Per una particolare ipotesi, segnalata dalla giurisprudenza, nella quale non ricorre la fattispecie in esame, Cons. Stato, sez. V, n. 5591/2007, e IV, n. 3276 3.

[101] Statuendo che "È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole". In dottrina, prima del 2005, P. RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937; G. SANTANIELLO, *Convalida,* cit., 503; G. GHETTI, voce *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, in *Dig. Disc. pubbl.,* Torino, 1987, 348; L. MAZZAROLLI, voce *Convalida (dell'atto amministrativo),* in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988, 1.

nale, riconducibile all'autotutela conservativa, con il quale era consentito all'amministrazione un intervento, con una dichiarazione espressa, volto ad eliminare, con efficacia retroattiva[102] e senza incidere sul relativo contenuto, un vizio originario dell'atto, di natura non sostanziale, ma formale, consolidandone così gli effetti e rendendo l'atto inattaccabile per il futuro. Dalla convalida erano quindi esclusi i vizi suscettibili di incidere sul contenuto dell'atto, quali gli atti nulli o affetti dalla mancanza di un presupposto, da eccesso di potere (quale lo sviamento), dalla violazione del principio di proporzionalità, oppure adottati sulla base di elementi di fatto non corretti o a seguito di una valutazione sbagliata.

La convalida, in quest'ottica, costituiva espressione della primarietà dell'interesse pubblico e, di conseguenza, un "privilegio" riconosciuto all'amministrazione, indipendentemente da una espressa previsione di legge, di correggere i vizi inficianti i propri provvedimenti, a prescindere dagli effetti, anche se sfavorevoli, da questi prodotti nella sfera giuridica del destinatario, e dall'aspettativa alla stabilità della decisione.

Lettura, per vero, ormai superata dal differente modo di intendere l'interesse pubblico nella sua interrelazione con gli interessi privati, con mutamento del rapporto tra amministrazione e cittadini, rispettoso del principio dell'affidamento, quale conseguenza delle trasformazioni che hanno interessato, soprattutto in questi ultimi venti anni, il nostro sistema amministrativo.

Una volta riconosciuto il ruolo dell'amministrazione quale soggetto al servizio dei cittadini, anche la convalida, pur riconducibile ad un principio fondamentale dell'ordinamento, qual è il principio di "conservazione" dei valori giuridici dello stesso, postula un necessario bilanciamento tra l'eliminazione del vizio, con conseguenza salvezza dell'atto, ed esigenza dei destinatari dell'atto convalidando di mantenimento dell'atto viziato che, una volta impugnato, potrà essere annullato. E postula, altresì, una ricostruzione dell'istituto, sia alla luce del mutato regime giuridico dell'invalidità, con l'introduzione nell' ordinamento nel 2005 della disposizione di cui all'art. 21 *octies*, con conseguente affermazione di una concezione sostanzialistica dell'attività amministrativa; sia alla luce degli effetti che tale costruzione ha sotto il profilo processualistico e, in particolare sulla convalida in corso di giudizio. Su questa nuova base ricostruttiva la dottrina è pervenuta all'affermazione della

[102] R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, cit., I, 881. In senso contrario, G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo,* in *Dir. amm.*, 2003, 29.

irretroattività della convalida[103], così scardinando il postulato che tradizionalmente ne ammette l'efficacia retroattiva, sul presupposto che, pur trattandosi di un nuovo ed autonomo atto, la convalida si ricollega all'atto convalidando, mantenendone i relativi effetti[104].

La disposizione del 2005, che pure ha il merito di averlo codificato, cosi risolvendo il problema del relativo fondamento e confermandone la natura di provvedimento espressione del principio di buon andamento nell'accezione di economia dei mezzi giuridici e di conservazione degli effetti giuridici di un atto[105], ha dettato, ciò nonostante, dell'istituto una disciplina molto scarna, limitandosi a richiedere quale presupposto "le regioni di pubblico interesse" e circoscrivendone l'esercizio "entro un termine ragionevole", anche se parte di tale disciplina può ben ricavarsi dal precedente comma 1 dello stesso articolo concernente l'annullamento d'ufficio. In questo senso, ad esempio, la competenza all'adozione della convalida spetterà all'organo che ha emanato l'atto, ovvero ad altro organo espressamente previsto dalla legge.

In particolare, va sottolineato, sono rimasti tutti quei dubbi interpretativi che già interessavano l'istituto quanto alle modalità ed ai profili temporali del suo esercizio. Dubbi che non possono risolversi guardando all'analogo istituto di diritto civile, disciplinato dall'art. 1444, c.c. A parte infatti alcuni elementi comuni, quale l'espressa menzione dell'atto da convalidare, la dichiarazione di conoscere il vizio che inficia l'atto e la volontà di sanarlo, le differenze tra i due istituti sono notevoli. Mentre la convalida amministrativa è un atto di competenza della stessa autorità che ha emanato l'atto convalidando (tranne un trasferimento di competenza per legge) e consiste nell'emanazione di un nuovo ed autonomo atto, espressamente motivato, il quale postula una valutazione discrezionale dell'interesse pubblico (diverso dal mero ripristino della legalità), delle posizioni comunque coinvolte dall'atto convalidando, finalizzato ad eliminare il vizio ed in questo senso costituisce un'alternativa all'annullamento, diversamente, l'istituto civilistico si concretizza in una forma di rinuncia all'azione di annullamento del contratto da parte dell'interessato, che pur dichiara di conoscere il vizio che lo inficia.

[103] In tal senso G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo,* in *Dir. pubbl.* 1/2011, 225 ss.

[104] In giurisprudenza, tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, n. 3121/2010; TAR Lazio, sez. I, n. 1450/2009.

[105] Come evidenziato dalla stessa giurisprudenza, tra le tante, cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 4460/2010.

Quanto alle modalità, una delle questioni sulle quali si è in passato appuntata l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza riguardava l'ammissibilità o meno della convalida avente ad oggetto un atto *sub iudice*, dubbi che nascevano dalla presenza nell'ordinamento della disposizione di cui all'art. 6 della L. n. 249/1968, che sembrava circoscriverne l'ambito di operatività, in pendenza di gravame in sede giurisdizionale ed amministrativa, al solo vizio di incompetenza relativa, con esclusione degli altri vizi[106]. Conferma di tale indirizzo può trarsi da quella giurisprudenza maggioritaria che negava la convalida nel corso del giudizio dell'atto affetto da un vizio di motivazione[107].

Sottesa a tali dubbi era la constatazione che, ove con la convalida in corso di giudizio fosse stato precluso al giudice l'accoglimento di un motivo di ricorso fondato su un vizio diverso dalla incompetenza relativa, si avrebbe avuto una riduzione della tutela giurisdizionale dell'interessato con conseguente pregiudizio della propria situazione giuridica di interesse legittimo[108]. Diversamente un orientamento, sia pure minoritario, riteneva ammissibile la convalida in corso di giudizio in via generale, ossia per altri vizi, in forza del principio di economia dei mezzi giuridici[109].

Con la novella recata dall'art. 21 *nonies*, comma 2, non avendo il legislatore previsto espressamente come causa preclusiva la pendenza di un giudizio, ma avendo "fatto salva" in via generale "la possibilità di convalida" del provvedimento annullabile per "ragioni di pubblico interesse", opportunamente motivate[110], ed entro un "ragionevole" lasso temporale, in dottrina si è sostenuto il venir meno di tale limitazione[111]. Diversamente, parte della giurisprudenza ammette comunque la convalida di un atto nelle more del giudizio[112].

Il tema interseca quello relativo ai profili temporali dell'istituto, coinvolgendo oltre al profilo della decorrenza degli effetti, ossia della sua efficacia *ex tunc*, come tradizionalmente si è ritenuto, o *ex nunc*, se-

[106] G. MANNUCCI, *La convalida in corso di giudizio: spunti ricostruttivi alla luce del mutato regime di invalidità dell'atto*, in *Dir. amm.,* 1, 2011, 172 s.

[107] Tra le tante, Cons. Stato, sez. V, n. 342/2003. In senso contrario, TAR Lazio, Roma, sez. I, n. 398/2002; CGA, n. 149/1993.

[108] Cons. Stato, sez. IV, n.73/1964; sez. V, n. 495/1968; sez. V, n. 792/1987.

[109] Cons. Stato, sez. IV, n. 991/1998; TAR Lazio, sez. I, n. 398/2002.

[110] Cons. Stato, sez. V, n. 1201/ 2013; sez. IV, n. 2863/2011.

[111] V. CERULLI IRELLI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2005.

[112] TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 760/2005; Cons. Stato, IV, n.759/2005; Cons. Stato, IV, n.5538/2011, cit.

condo quella nuova prospettazione, prima richiamata, più attenta alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei terzi, anche attraverso la tutela risarcitoria[113]; altresì quello del tempo entro il quale il potere di convalida deve essere esercitato. A questo specifico riguardo la disposizione fa riferimento ad un "tempo ragionevole".

Tale ragionevolezza, con specifico riferimento alla questione relativa all'ammissibilità o meno della convalida in corso di giudizio, sembra debba misurarsi in relazione al fatto che il termine per impugnare l'atto non sia ancora scaduto o, diversamente, il provvedimento non sia più impugnabile per scadenza del termine. Nel primo caso una eventuale convalida violerebbe l'interesse del destinatario dell'atto ad impugnarlo, se per lui sfavorevole, ed in questa prospettiva sarebbe "irragionevole", in contrasto non soltanto con gli artt. 24 e 113 della Costituzione[114], ma anche con il principio di irretroattività dei provvedimenti sfavorevoli, ove continuasse a riconoscersi, secondo l'orientamento tradizionale ed ancora oggi prevalente, alla convalida efficacia retroattiva[115]. Del resto, è noto che parte della giurisprudenza, nel vigore di tale orientamento ha individuato un limite alla retroattività della convalida nella irreversibilità delle situazioni giuridiche nel frattempo verificatesi[116].

Guardando, in altri termini, alle circostanze in relazioni alle quali misurare la ragionevolezza del termine di esercizio del potere di convalida, andrebbe ~~cioè~~ esclusa la convalida fino al momento in cui sono aperti i termini per impugnare, in quanto al di fuori "del termine ragionevole". Di ciò si trova, per vero, conferma in quella giurisprudenza, successiva alla novella del 2005, che esclude la convalida in corso di giudizio, fatta eccezione per il vizio di incompetenza relativa (art. 6, l. 249/1968), e secondo un orientamento giurisprudenziale, minoritario, per mancanza della motivazione[117].

L'ammissione generalizzata, ossia per qualsiasi vizio di forma, della convalida di un provvedimento già impugnato, quindi in corso di giudizio, sul presupposto che con l'entrata in vigore dell'art. 21 *nonies*, comma 2, sia stata tacitamente abrogata la disposizione di cui al cit. art. 6 della L. n. 249/1968, vanificherebbe invero, si ribadisce, la tutela

[113] G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo,* cit., 225 ss.

[114] Che garantiscono agli interessati il diritto di far valere dinanzi al giudice diritti ed interessi legittimi senza possibili limitazioni.

[115] C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), 1201ss.

[116] Cons. Stato, sez. V, n. 3207/2002.

[117] Cons. Stato, sez. VI, n. 1054/2003; TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 760/2005.

giurisdizionale dei diritti e degli interessi costituzionalmente garantita[118].

Diversamente, una volta scaduti i termini per impugnare, compreso quello di 120 giorni per esperire il ricorso straordinario, e consolidatasi la situazione pregiudizievole per il destinatario dell'atto, con conseguente inconfigurabilità di un affidamento tutelabile, la convalida deve considerarsi sempre ammissibile, anche se, coerentemente a quanto previsto per l'annullamento, entro comunque un termine ragionevole, ritenendosi non applicabile alla convalida nel silenzio della legge Madia, quella disposizione che ha fissato la nozione di ragionevolezza, nel termine di diciotto mesi, ma soltanto per l'annullamento dei provvedimenti ampliativi.

Il tema della convalida nel corso del giudizio va inoltre rivisto, si è già detto, anche alla luce del ~~già~~ ricordato art. 21-*octies,* comma 2, il quale, ponendo la clausola di non annullabilità, fa espresso riferimento al "giudizio". Il che ha posto il problema della sua incidenza sull'ambito di operatività dell'istituto in oggetto, ma anche della sua stessa utilità, ritenendosi che, in considerazione dell'irrilevanza dei vizi di forma non incidenti sul contenuto vincolato del provvedimento la convalida in corso di giudizio sia, anche ad ammetterla, divenuta ormai superflua[119], o addirittura impossibile[120], ove il provvedimento sia inficiato da vizi meramente formali. Diversamente, si è ipotizzato uno spazio per la convalida in giudizio, quale provvedimento ad efficacia conservativa, in quelle ipotesi in cui l'atto sia affetto da un vizio formale-sostanziale.

Con riguardo al vizio di motivazione, se ne è ipotizzata la convalida in corso di giudizio, ma solo nell'ipotesi in cui la stessa non integri un vizio della funzione, ma sia tale da non chiarire la portata dispositiva del provvedimento[121]. Diversamente, il giudice amministrativo ha escluso, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art, 21 *octies*, l'integrazione della motivazione in sede di giudizio, in quanto in contrasto con l'art. 3

[118] G. FALCON, *Questioni sulla validità ed efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo,* cit.; A. CONTIERI, op. cit.

[119] V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/1990,* cit.

[120] G. MANNUCCI, *La convalida in corso di giudizio: spunti ricostruttivi alla luce del mutato regime di invalidità dell'atto,* in *Dir. amm.*, n. 1/2011,174 ss.

[121] P. PROVENZANO, *Art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea e integrazione postuma della motivazione,* in *Riv. it. dir. pubbl, com.*, 5-6/2013, 1118 ss.; G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività sanatoria e giudizio amministrativo,* in *Dir. amm.*, 3/2003, 531 ss.

della L. 241 e dell'art. 34, comma 2, del c.p.a., ritenendola ammissibile soltanto in sede amministrativa attraverso la convalida[122].

Ma, va sottolineato, il problema dell'incidenza o meno della clausola di non annullabilità di cui al 2 comma dell'art. 21 *octies,* sull'ambito di operatività della convalida in corso di giudizio, non ha ragione di porsi, ove, guardando al profilo temporale e, in particolare al tempo "ragionevole" entro il quale il potere di convalida potrà essere esercitato, nella prospettiva della tutela del privato e delle garanzie giurisdizionali, si ritiene, come già detto prima, il potere esercitabile e, dunque, ammissibile, soltanto una volta scaduti i termini per impugnare, compreso quello di 120 giorni per esperire il ricorso straordinario, con conseguente consolidamento della situazione soggettiva pregiudizievole per il destinatario dell' atto, e favorevole per il controinteressato.

Un cenno ulteriore infine al tema dei vizi sanabili. Al riguardo la tesi della convalidabilità dei soli vizi formali, secondo la tesi tradizionale, è stata, da un lato ridimensionata dalla giurisprudenza che ha individuato alcune ipotesi in cui sono convalidabili anche vizi di natura sostanziale[123]. L'art. 21 *octies*, inoltre non sembra avere inciso sulla tipologia dei vizi convalidabili. Si tratta di una norma che dispone sull'irrilevanza nel corso del giudizio dei vizi formali che inficiano un provvedimento vincolato. Ma la natura processuale della disposizione fa si che la stessa non operi al di fuori di un giudizio. La clausola di non annullabilità infatti rende irrilevante il vizio ma non lo sana, rimanendo ferma la illegittimità del provvedimento. Tanto che, prima della modifica all'art. 21 *nonies* introdotta dal d. l. n. 133/2014, si riteneva che l'amministrazione competente potesse annullarlo d'ufficio[124]. Possibilità che oggi sembra esclusa avendo il legislatore del 2014 esteso il divieto di annullamento di un atto per vizi non invalidanti al potere di autotutela della stessa amministrazione, escludendo dai presupposti dello stesso "i casi di cui al medesimo art. 21 *octies*, comma 2". Diversamente, nel silenzio del legislatore, si ritiene possibile rimuovere il vizio non invalidante attraverso la convalida[125].

Del resto il legislatore, facendo "salva" la possibilità di convalida,

[122] Cons. Stato, V, n. 279/2016, In dottrina, S. TUCCILLO, *Contributo*, cit., 259 s.

[123] TAR Lazio, Latina, sez. I, n. 1036/2014 e I, n. 415/2012.

[124] F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi,* cit., 174 ss.; R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado, (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano 2008, 915 ss.

[125] S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, cit., 258 ss.

dopo aver disciplinato l'annullamento d'ufficio, individuandone presupposti e confini, ne ha lasciato senza limiti il relativo ambito di operatività. Nel senso che, nel contesto dei procedimenti di riesame, la convalida ha un ruolo residuale, potendo l'amministrazione farvi ricorso in tutti i casi in cui non è possibile esercitare il potere, compreso quello di annullamento. Con una conseguenza di rilievo, ossia l'elusione di forme di responsabilità, come emerge dalla disposizione, integrativa dell'art. 21 *nonies*, introdotta dal c. d. decreto "Sblocca Italia", a mente della quale restano "ferme" le "responsabilità" connesse non soltanto all'adozione del provvedimento ma anche al suo mancato annullamento per vizi di legittimità sostanziali, essendo esclusi, come si è prima visto, i vizi formali[126]. In quest'ottica, vale a dire allo scopo di eludere le forme di responsabilità, la convalida estende il suo ambito di operatività anche nei confronti dei provvedimenti ormai inoppugnabili, comunque viziati, sicché ben potrà l'amministrazione, d'ufficio o su istanza della parte interessata, procedere alla convalida, eliminando il vizio che inficia l'atto.

6. *La conversione, la ratifica, la sanatoria, la rettifica e la riforma*

La "conversione", pur presentando alcune affinità, è un istituto diverso dalla sanatoria. Più che alla eliminazione di un vizio dell'atto invalido, così da sanarlo, l'istituto è finalizzato alla conservazione, con efficacia retroattiva, di alcuni dei suoi effetti[127].

Con la conversione, l'atto invalido, che abbia tutti i requisiti di sostanza e di forma di un altro atto, può produrre gli effetti di questo purché risulti che l'amministrazione lo avrebbe voluto, se avesse conosciuto l'invalidità del primo[128] e, a condizione che la funzione dell'atto convertendo sia affine a quella dell'atto da convertire, ricorra, cioè, una certa omogeneità degli interessi pubblici in concreto perseguiti.

[126]Sulla responsabilità della P.A. oltre che per l'attività svolta anche per quella non svolta, A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976. Per una lettura di tale disposizione coerente con la natura discrezionale dell'annullamento d'ufficio, C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa,* cit., 1192, ss.

[127] L. MUSSELLI, *La conversione dell'atto amministrativo*, Milano, 2004; G. GHETTI, voce *Conversione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 167.

[128] S. CAPOZZI, voce *Conversione dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Roma, 1988, 1.

L'istituto, che pur non è stato codificato dalla legge sull'azione amministrativa, diversamente da quanto previsto per i negozi di diritto privato, ove è disciplinato dall'art. 1424 c.c.[129], si ritiene tradizionalmente applicabile anche al provvedimento amministrativo.

Quanto al suo ambito di operatività le opinioni sono discordanti. Mentre parte della dottrina la limita ai casi di nullità o inesistenza dell'atto, muovendo dalla previsione codicistica dove il presupposto dell'istituto è la nullità del contratto[130], altra dottrina la circoscrive ai soli casi di annullabilità[131], e può, in questo caso, essere contestuale o successiva all'annullamento dell'atto, altra ancora vi ricomprende sia atti annullabili che nulli[132]. Esempi classici sono quelli della conversione della nomina di impiegato di ruolo annullata nella nomina quale avventizio; del decreto di espropriazione definitiva convertito in decreto di occupazione temporanea; dell'ordine di demolizione di un immobile abusivo, convertito in diffida a demolire.

Quanto all'autorità competente, nel silenzio della legge, si ritiene unanimemente che questa sia la stessa che ha emanato l'atto convertendo. Mentre si esclude una competenza dell'organo gerarchicamente superiore, considerato che «l'autointerpretazione che si compie con l'adozione dell'atto di conversione» sottintende l'identità tra il soggetto che ha emanato l'atto convertendo e l'autorità che procede alla conversione[133]. Si esclude, inoltre, che la conversione possa avvenire, diversamente da quanto avviene per l'omologo istituto civilistico, da parte del giudice amministrativo a seguito dell'annullamento del provvedimento illegittimo: se così fosse infatti si ammetterebbe una interferenza del giudice nella scelta discrezionale dell'amministrazione degli strumenti ritenuti ~~i~~ più appropriati per la cura del pubblico interesse.

Non va confusa con la convalida del vizio di incompetenza relativa la "ratifica", confusione che nasce ove si intenda l'istituto come diretto alla eliminazione di tale vizio da parte della competente autorità, laddo-

[129] Secondo cui un negozio nullo può essere convertito in un altro valido del quale abbia tutti gli elementi.

[130] A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 330.

[131] A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 691. Contrari alla conversione degli atti nulli, tra gli altri, M. BREGANZE, voce *Sanatoria dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XXVII, Roma, 1991.

[132] Tra i tanti, E. CASETTA, *Manuale*, cit., 533; D. SORACE, *Diritto*, cit., 361 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado*, cit., 376 ss.

[133] B. CAVALLO, *Provvedimenti*, cit., 415.

ve nel caso dell'istituto in oggetto l'atto non è inficiato dal vizio di incompetenza[134].

La ratifica è infatti un provvedimento di secondo grado con il quale l'autorità competente in via ordinaria fa proprio, stabilizzandone in via definitiva i relativi effetti – senza soluzione di continuità, e cioè con efficacia *ex tunc* – un atto adottato da un organo non competente ma al quale la legge riconosce una "legittimazione straordinaria" e, quindi, una competenza temporanea, in presenza di particolari circostanze di urgenza, alla sua adozione[135].

L'esistenza effettiva di tali circostanze, in una con le ragioni di pubblico interesse sottese all'adozione dell'atto, devono essere valutate al momento della ratifica. Né l'istituto va confuso con la ratifica disciplinata dal codice civile (artt. 1398-1399) funzionalizzata, nell'ambito della rappresentanza, a risolvere il problema degli atti negoziali compiuti *ultra vires*.

Esempi si rinvengono sia nella disciplina degli organi collegiali, dove di solito viene riconosciuto al presidente la possibilità di adottare atti del collegio in via d'urgenza, salvo successiva ratifica da parte dello stesso organo competente; sia in molti statuti regionali che prevedono la possibilità per la giunta di adottare, in presenza di determinati presupposti, atti del consiglio, salva successiva ratifica.

La ratifica, quindi non presuppone un vizio di incompetenza da sanare, ma una legittimazione straordinaria che richiede l'adesione dell'organo cui spetta normalmente la competenza, ed è per questo che non pone un problema di tutela delle situazioni giuridiche soggettive del terzo.

L'istituto ha tradizionalmente operato nell'ambito dell'ordinamento degli enti locali[136], dove era prevista la ratifica delle delibere delle giunte comunali e provinciali adottate in via d'urgenza con i poteri dei rispettivi consigli (artt. 140 e 125 del t.u. del 1915). L'attuale ordinamento, con riferimento alle deliberazioni assunte in via d'urgenza dall' organo esecutivo, limita la ratifica consiliare alle sole deliberazioni attinenti alle variazioni di bilancio (artt. 42 e 175 del t.u.e.l. del 2000), mentre con rife-

[134] R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 882.

[135] A. CARACCIOLO LA GROTTERIA, *La ratifica degli atti amministrativi*, Milano, 1988; G. GHETTI, voce *Ratifica dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 454; G. SANTANIELLO, voce *Ratifica (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987; L. MAZZAROLLI, voce *Ratifica*, *II) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVI, Roma, 1991, 1.

[136] La giurisprudenza ne ha però ribadito la portata generale.

rimento ad atti del sindaco (art. 34) dispone che la sua adesione ad un accordo di programma deve essere ratificata dal consiglio comunale, qualora comporti variazioni degli strumenti urbanistici. In entrambi i casi è previsto un termine, nel primo di sessanta, di trenta nel secondo, pena la perdita di efficacia, *ex tunc*, dell'atto soggetto a ratifica.

Dalla convalida e dalla sanatoria si distingue la "rettifica" che ha ad oggetto provvedimenti legittimi, ma irregolari, affetti da un errore, o più errori, ma non invalidanti[137].

Con la rettifica viene eliminato, con efficacia *ex tunc*, l'errore materiale nel quale è incappata l'amministrazione nella predisposizione formale del provvedimento[138]. La casistica, che si collega ad ipotesi di mera irregolarità, è la più svariata, potendo l'errore concernere i dati catastali, il domicilio del destinatario dell'atto, l'ubicazione di un bene, i dati anagrafici, solo per fare qualche esempio. Esistono inoltre ipotesi individuate dalla giurisprudenza in cui la rettifica avviene per *facta concludentia.*

L'istituto non è stato disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo, che parla di rettifica, ma soltanto come istituto che consente, nell'ambito di un procedimento amministrativo, agli interessati, su richiesta del responsabile, di provvedere alla "rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete" (art. 6, lett. *b*).

Anche la "sanatoria" non è stata disciplinata dalla legge sul procedimento amministrativo, ma trattasi di una figura giuridica ammessa dalla prassi sostenuta dalla dottrina e da una giurisprudenza consolidate.

Il termine indica l'efficacia sanante propria di tutti i provvedimenti di secondo grado ad esito conservativo. Sicché la dottrina, almeno parte di essa, ne esclude la natura di provvedimento autonomo di secondo grado.

Tuttavia, in una seconda accezione, nella nozione di sanatoria si ricomprendono quegli atti volti a sopperire, con efficacia retroattiva, alla mancanza di un atto che nella sequenza procedimentale avrebbe dovuto precedere il provvedimento finale. Con la sanatoria, quindi, un atto endoprocedimentale, rientrante nella competenza di un organo diverso da quello cui compete il provvedimento finale, viene emanato in un momento successivo, con conseguente inversione dell'ordine procedimen-

[137] G. GHETTI, *Correzione*, *rettifica e regolarizzazione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, 198 ss.

[138] TAR Sicilia, Palermo, sez. IV, n. 658/2011.

tale, ed efficacia sanante del precedente provvedimento. La sanatoria è stata tradizionalmente ammessa con riguardo a quei provvedimento come, istanze, nulla osta, autorizzazioni, che pur dovendo precedere il provvedimento finale, rispetto allo stesso non si trovano in una sequenza temporale irreversibile, sicché possono essere adottati successivamente[139]. Diverso è invece il caso degli atti della funzione consultiva, e segnatamente di un parere obbligatorio, che devono necessariamente precedere il provvedimento finale. Lo stesso dicasi per la proposta, atto con il quale una pubblica amministrazione chiede l'avvio di un procedimento amministrativo da parte della competente amministrazione.

Nella sanatoria si fa rientrare anche la sostituzione di un atto endoprocedimentale illegittimo con un atto valido.

La sanatoria costituisce, come si è sottolineato, un istituto particolare, che giustifica i dubbi della dottrina sulla sua annoverabilità tra i provvedimenti di secondo grado[140], è ammessa soltanto per provvedimenti annullabili, con esclusione dei provvedimenti nulli.

E veniamo, infine, alla "riforma", ascrivibile ai procedimenti di riesame ad esito conservativo. Essendo infatti manifestazione di uno *jus variandi o corrigendi*, con il quale in sede di riesame si ha la riforma o modifica, in funzione conservativa, del precedente provvedimento, affetto da un vizio originario o da una inopportunità sopravvenuta o illegittimità successiva alla sua adozione[141].

Quanto all'ambito di operatività, la riforma può avere ad oggetto, sia atti ad efficacia continuata (in questi casi si parla di varianti) di tipo programmatico (si pensi ad un piano regolatore), o puntuale (può essere il caso di un permesso di costruire), ma si esclude che possa riguardare atti vincolati nel contenuto (un passaporto, la patente di guida).

La riforma, che ha efficacia *ex nunc*, può collocarsi, sussistendone i relativi presupposti, sia nell'ambito di un procedimento di annullamento, sia nell'ambito di un procedimento di revoca, che si concluderanno non con l'annullamento o la revoca, ma con la modifica o correzione parziale del precedente provvedimento, così da conservarne i relativi effetti.

Con la riforma una o più parti del provvedimento possono essere

[139] Sul rilascio postumo di una autorizzazione paesaggistica, Cons. Stato, sez. VI, n. 3199/2000.

[140] D.U. GALETTA, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in AA. VV., *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012, 334.

[141] B. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti amministrativi*, cit., 417 ss.

sostituite, dando luogo, rispettivamente ad un annullamento o ad una revoca parziali. In dottrina si è parlato anche di riforma «sostitutiva» e di riforma «aggiuntiva», per indicare le ipotesi in cui con la riforma viene sostituita una parte dell'atto, nel primo caso, o viene all'atto aggiunta una parte nuova, originariamente non prevista, nel secondo caso[142].

Il potere di riforma costituiva anche una delle espressioni tipiche della potestà d' ordine, che rappresentava il nucleo fondamentale della gerarchia. Venuta meno, salvo rarissime eccezioni, la gerarchia in senso stretto, con conseguente riduzione del relativo contenuto, il potere di riforma spetta all'autorità che ha emanato l'atto riformando, nonché a quella cui è attribuito da una legge.

Tale potere è rimasto principalmente nell'ambito del ricorso gerarchico, con il quale un privato, allegando motivi di legittimità o di merito, richiede all'ufficio superiore l'annullamento, la revoca o la riforma di un atto di un ufficio subordinato. L'art. 14 del d.lgs. n. 165/2001 esclude espressamente anche il potere del Ministro di riformare gli atti dei dirigenti.

7. *Conferma ed atto meramente confermativo*

Un orientamento giurisprudenziale tradizionale[143], ancora oggi avallato dalla dottrina, distingue la conferma, provvedimento di riesame ad esito conservativo, dall'atto meramente confermativo, cui si nega tale qualificazione. Anche la conferma è un istituto non codificato dalla legge sull'azione amministrativa, di guisa che la relativa disciplina non può che ricavarsi dall'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina[144].

La conferma è un atto, di natura discrezionale, con il quale l'amministrazione, si rifiuta di provvedere e prima ancora di procedere[145], su istanza dell'interessato, all'annullamento, alla revoca, alla con-

[142] A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 732.

[143] TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 926/2014; Cons. Stato, sez. V, n. 5196/2012; Cons. Stato, sez. VI, n. 1983/2011; TAR Puglia, Lecce, sez. III, n. 20186/2010; Cons. Stato, sez. V, n. 1115/2009.

[144] Cons. Stato, sez. IV, n. 7732/2009; Cons. Stato, sez. III, n. 1655/2013; E. CANNADA BARTOLI, voce *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 856; L. MAZZAROLLI, voce *Conferma dell'atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1998; J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012.

[145] ~~Di recente~~ Cons. Stato, sez. VI, n. 12/2014; sez. VI, n. 767/2013.

valida o alla conversione di un precedente provvedimento, soprattutto se lo stesso è ormai inoppugnabile, confermandone il contenuto dispositivo, sul presupposto della sua legittimità o della sua opportunità.

La conferma si basa su ~~di~~ nuova ponderazione degli interessi coinvolti, ed una rinnovata valutazione, oltre che degli elementi di fatto e di diritto già considerati in precedenza, anche di quelli nuovi *medio tempore* acquisiti. Valutazione, e qui sta il cuore della distinzione con l'atto meramente confermativo, che avviene nell'ambito di un nuovo procedimento e di una nuova istruttoria. Procedimento di riesame, ad iniziativa di parte, ma anche d'ufficio.

Diversamente, si configura come atto "meramente confermativo" di un precedente provvedimento, l'atto con il quale l'amministrazione, senza una nuova ponderazione degli interessi in gioco, e senza una nuova valutazione degli elementi di fatto e di diritto già considerati, ovvero di quelli nuovi *medio tempore* acquisiti, conferma l'atto precedente semplicemente rigettando le osservazioni formulate nell'istanza di riesame dell'interessato e ribadendo la validità od opportunità del proprio precedente atto[146].

In base a tale distinzione, solamente la conferma~~,~~ c. d. propria, è considerata provvedimento di secondo grado, conclusivo di un procedimento di riesame avviato su istanza dell'interessato, con il quale si afferma la legittimità o l'opportunità di un precedente provvedimento sfavorevole – del quale era stato richiesto l'annullamento o la revoca – o favorevole – del quale era stato richiesto un atto ad efficacia conservativa, come la convalida, la sanatoria, la conversione, e se ne conferma il relativo contenuto.

La conferma sostituisce, con efficacia *ex nunc*, il precedente provvedimento ed è autonomamente impugnabile, dalla data della sua adozione, per qualsiasi vizio proprio, in sede sia giurisdizionale, che amministrativa[147]. Laddove non è impugnabile l'atto meramente confermativo, espressione della scelta dell'amministrazione di non riesaminare il proprio precedente provvedimento e, quindi, di non ritornare sulla propria decisione, come richiesto dall'interessato[148].

La distinzione sottende, tradizionalmente, un'esigenza di carattere

[146] TAR Lazio, n. 221/2011; TAR Basilicata, n. 120/2011; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, n. 416/2011; Cons. Stato, V, n. 1115/2009.

[147] Cons. Stato, sez. V, n. 2548/2012.

[148] Cons. Stato, sez. VI, n. 2774/2012; sez. IV, n. 3615/2012; TAR Lazio, n. 221/2011; TAR Basilicata, n. 120/2011; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, n. 416/2011.

processuale, l'esigenza, cioè, di evitare, attraverso l'impugnazione di un atto meramente confermativo l'elusione della norma sul regime di impugnazione degli atti amministrativi nel termine di decadenza. In quest'ottica assume rilievo la posizione dell'amministrazione e l'interesse pubblico perseguito, rimanendo in ombra i privati, direttamente interessati o controinteressati, e le relative situazioni giuridiche soggettive.

Ma da che cosa nasce tale distinzione?

Alla base c'è quell'orientamento ben consolidato nella giurisprudenza[149], ancora oggi sostenuto da una parte della dottrina[150], che esclude l'esistenza a carico dell'amministrazione dell'obbligo di avviare, su istanza dell'interessato, un procedimento di riesame di un proprio provvedimento, soprattutto se lo stesso è divenuto inoppugnabile per scadenza dei termini.

Ove si ammettesse un tale obbligo, si sostiene, verrebbero scardinati, sia il principio di inoppugnabilità dei provvedimenti, con conseguente violazione oltre che del principio di certezza delle situazioni giuridiche dei terzi controinteressati e del loro legittimo affidamento alla stabilità degli effetti per loro vantaggiosi prodotti dal provvedimento del quale si chiede il riesame, anche del principio di efficienza[151], ma verrebbe altresì messa in discussione la natura di procedimenti d'ufficio, ampiamente discrezionali, e non ad istanza di parte, dei procedimenti di riesame, indipendentemente dagli effetti ad essi ascrivibili. E' proprio tale natura ampiamente discrezionale che porta ad escludere l'esistenza di un formale obbligo in capo all'amministrazione di provvedere in sede di riesame su istanza del privato interessato, cui si riconosce al massimo un mero interesse di fatto alla presa in considerazione dell'istanza[152], qualificata come semplice denuncia[153] – con conseguente possibilità di

[149] Tra le più recenti, TAR Basilicata, Potenza, sez. I, n. 258/2016.

[150] Con specifico riferimento all'annullamento d'ufficio, D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame,* in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli 2006, 398. In generale, A. CONTIERI, *I procedimenti di secondo grado,* cit., 338. Per le differenti posizioni della dottrina, M. IMMORDINO - M.C. CAVALLARO, voce *Revoca del provvedimento amministrativo*, in *Diz. dir. pubbl.*, 2006, 5210.

[151] Principi che fondano il "sostrato dell'agire autoritativo della pubblica amministrazione e della inoppugnabilità dopo il termine di decadenza dei relativi atti", Cons. Stato, sez. VI, n. 2318/2007; TAR Campania, Napoli, sez. I, n. 3989 /2011.

[152] Cass., SS. UU., n. 2693/1966; n. 128/1969; Cons. Stato, sez. VI, n. 244/1967.

[153] G. GHETTI, voce *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc.*

stimolare una decisione dell'amministrazione – ma non la titolarità di una situazione soggettiva, qualificabile come interesse legittimo tutelabile[154]. Essendo, si ritiene, venuto a cessare, con l'inoppugnabilità del provvedimento l'originario interesse legittimo. Quanto al controinteressato, secondo questa prospettiva, il suo interesse rispetto all'istanza di riesame non assume alcun rilievo, non venendo neanche preso in considerazione, secondo una prassi consolidata[155].

La centralità riconosciuta alla volontà dell'amministrazione ha portato a considerare l'istanza, quindi, come una semplice denuncia[156], con funzione meramente sollecitatoria di presa in considerazione della stessa, inidonea, pertanto, a far sorgere in capo all' amministrazione l'obbligo di provvedere e, prima ancora di procedere[157]. Riconoscendosi alla p. A. una mera facoltà, ovvero, un semplice dovere morale[158] e, ma solo nell'ipotesi di denuncia qualificata[159], un dovere di procedere.

Differente, per vero, è l'ipotesi in cui l'istanza venga presentata in costanza del termine per impugnare. Qui sovvengono infatti, oltre ad esigenze di tutela dell'interesse di cui è portatore il privato, anche necessità di deflazionare il contenzioso. Secondo il Consiglio di Stato esisterebbe infatti l'obbligo di provvedere e, quindi di aprire il relativo procedimento, nel caso di istanza "presentata in pendenza" del termine per ricorrere, non sussistendo in questo caso la volontà di eludere la decadenza dall'impugnazione[160]. Con conseguente riconoscimento della

pubbl., Torino, 1987, 268.

[154] E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, 487; G. SINISI, *La «doverosità» dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in *Foro amm., TAR*, 2007, 3265.

[155] Sulla posizione del terzo e la relativa presa in considerazione nel diritto amministrativo, R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal terzo,* in *Dir. proc. amm*., 2003, 1024 ss.; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato,* cit.

[156] Sulla distinzione tra istanza e denuncia, G. ESPOSITO, *L'iniziativa procedimentale*, in AA. VV., *Percorsi di diritto amministrativo*, cit., 200 ss.; G. PALEOLOGO, voce *Denuncia amministrativa,* in *Enc. giur. Treccani*, X, 1989, 4.

[157] Tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, n. 12/2014; sez. VI, n. 767/2013; sez. V, n. 2549/2012~~, cit.~~; sez. IV, n. 3313/2004~~, cit.~~

[158] Cons. Stato, sez. VI, n. 303/1941; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit., 89; E. FERRARI, *Revoca*, cit., 335.

[159] L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa,* in *Dir. amm.,* 2002, 717 ss.

[160] Cons. Stato, sez. V, n. 6056/2006, cui M. RENNA, *Commento all'art, 2 della legge n. 241/1990*, in A. BARTOLINI, S. FANTINI, G. FERRARI (a cura di), *Codice dell'azione*

possibilità di proporre ricorso, *ex* artt. 31 e 117 c.p.a., avverso il silenzio inadempimento.

Al di fuori di questa ipotesi, ed in mancanza di una norma di legge, di regolamento o di atto amministrativo su cui possa fondarsi un obbligo giuridico di provvedere[161], da un lato si esclude, in via generale, la formazione del silenzio-rifiuto sull'istanza di riesame impugnabile in sede giudiziale[162], dall'altro il rifiuto di avviare il relativo procedimento viene generalmente ricostruito, come ho già ricordato, come atto meramente confermativo di un precedente provvedimento, pertanto non impugnabile autonomamente.

La tesi della non impugnabilità dell'atto meramente confermativo è stata di recente sottoposta ad una serrata critica, sia perché premia l'amministrazione inattiva e impudente, penalizzando invece l'amministrazione che, prima di emanare un atto negativo, prende in considerazione, sia pure attraverso una delibazione sommaria, l'istanza del privato; sia perché sottrae alle garanzie dell'art. 113 Cost. gli atti meramente confermativi, impedendo così al cittadino di dimostrare in giudizio il mutamento della situazione sottesa all'originario provvedimento ed il conseguente comportamento dell'amministrazione che illegittimamente ha omesso l'esercizio del potere di riesame come richiesto dal privato interessato. Sia perché la distinzione si situa su un piano processuale, laddove, diversamente va configurata sotto il profilo sostanziale in cui rilevano accanto alla posizione dell'amministrazione preposta alla cura di un interesse pubblico, le posizioni giuridiche soggettive dei privati, comunque interessati, qualificabili come posizioni di interesse legittimo. Da qui la proposta di rivedere la nozione di atto meramente confermativo che fa dipendere l'impugnabilità di un atto da una mera scelta dell'amministrazione, prendendo in considerazione anche le posizioni giuridiche soggettive dei privati interessati dall'azione amministrativa. Posizione, quella dell'istante il cui contenuto va individuato almeno in una pretesa qualificata alla presa in considerazione, attraverso un esame sommario, dell'istanza e ad una risposta motivata. Posizione della quale, in una con quella del controinteressato, deve tenersi conto – nel bilanciamento tra i principi che reggono l'azione amministrativa: buon andamento e certezza, da un lato, doverosità ed im-

amministrativa e della responsabilità, Roma 2010, 132.

[161] Cons. Stato, Ad. Plen., n. 10/1978; sez. VI, n. 180/1984.

[162] Cons. Stato, sez. V, n. 4054/2002; Cons. Stato, Sez. VI, n. 1427/2007.

parzialità, dall'altro[163].

8. Segue. *La doverosità del riesame conservativo anche su istanza dell'interessato e la qualificazione quale interesse legittimo della situazione dell'istante e del controinteressato*

Al di là delle condivisibili critiche, l'orientamento, e la conseguente distinzione, non sembra per vero più sostenibile, se e nella misura in cui si fonda sull'inesistenza di un obbligo dell'amministrazione di provvedere sull'istanza di riesame presentata dal privato e sulla qualificazione come interesse di mero fatto della relativa posizione giuridica sottesa.

La riconduzione dell'atto meramente confermativo nell'alveo della disciplina del rito speciale sul silenzio – rifiuto, oggi disciplinato dall'art. 117 del c. p. a, è stata suggerita dalla dottrina[164] per risolvere positivamente il problema. E ciò in considerazione, sia del fatto che sussisterebbe in capo all'amministrazione un obbligo di provvedere sull'istanza di riesame nel momento in cui all'istanza il privato alleghi o sopravvenuti elementi di fatto e di diritto, o fatti che, pur esistenti al momento dell'emanazione dell'atto, non erano all'epoca conosciuti; sia del fatto che, così come avviene nel caso di silenzio rifiuto o di silenzio mero, anche nel caso di atto meramente confermativo la domanda del privato rimarrebbe in ogni caso insoddisfatta, laddove il dovere di provvedere e, prima ancora di aprire il relativo procedimento, dopo la legge n. 15/2005 ed i successivi interventi legislativi, è ravvisabile anche a favore dell'interesse del privato istante, qualificabile come interesse legittimo[165]. In questa direzione si muove lo stesso giudice amministrativo secondo cui l'obbligo di provvedere, o comunque il diritto ad una risposta, può nascere anche da prescrizioni di carattere generico, dai principi generali sull'esercizio dell'azione amministrativa, di origine costituzionale o comunitaria, quale l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Del resto, già nel lontano 1935, la dottrina, criticando tale orientamento, aveva suggerito, *de iure condendo*, un intervento del legislatore

[163] J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato,* 2 ss e 234 ss.

[164] F. SAITTA, *Per una nuova nozione di «atto confermativo» compatibile con le esigenze di tutela giurisdizionale del cittadino*, in *Foro amm., Cons. Stato*, 2003, 2435 ss.

[165] F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 245 ss.

volto a configurare il dovere dell'amministrazione di prendere in considerazione l'istanza di autotutela del privato, al quale doveva riconoscersi la titolarità di un interesse legittimo[166].

La doverosità del potere di riesame su invito e, nel nostro caso, del riesercizio del potere attraverso provvedimenti ad efficacia conservativa degli effetti del precedente provvedimento, è tema che si inscrive in quello più generale concernete la doverosità della funzione amministrativa[167], in cui occupa un ruolo centrale. Centralità che discende dal fatto che tale forma di riesame, espressione del principio di conservazione dei valori giuridici dell'ordinamento, consente all'amministrazione di salvaguardare contemporaneamente sia l'interesse pubblico, rimuovendo quei vizi di legittimità o inopportunità che inficiano l'atto, sia l'interesse del privato al mantenimento della situazione per lui vantaggiosa e già consolidatasi[168], senza l'intermediazione del giudice. In questa prospettiva spetta all' amministrazione, prima di adottare un provvedimento di secondo grado ad esito eliminatorio, verificare la possibilità di adottare un provvedimento ad esito conservativo, idoneo a mantenere nell'ordinamento il provvedimento, o conservandone alcuni degli effetti voluti, con la "conversione"; o eliminando, con la "sanatoria", il vizio che inficia l'atto endoprocedimentale; o confermandone il contenuto, con la "conferma"; o stabilizzandone, senza soluzione di continuità, gli effetti, con la "ratifica"; o correggendone le irregolarità con la "rettifica"; o "sospendendone" temporaneamente gli effetti, prima di procedere alla revoca o all'annullamento dello stesso; o rimuovendo i vizi di legittimità, vale a dire i vizi inerenti la formazione dell'atto, con la "convalida".

La preferenza per la conservazione dell'atto emerge già dalla giurisprudenza più risalente avendo infatti il giudice amministrativo[169], se-

[166] Con riferimento alla revoca, R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935. Per le differenti posizioni della dottrina e della giurisprudenza, anche più recenti, M. IMMORDINO - M.C. CAVALLARO, voce *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, 2006, 5210.

[167] G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010; F. GOGGIAMANNI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, per i quali, nell'ambito dell'azione amministrativa, il dovere prevale sul potere, sulla scia di F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.) secondo cui il potere è attribuito dalla legge sempre in funzione della cura di un interesse pubblico, sicché lo stesso deve essere sempre esercitato, ricorrendone i relativi presupposti.

[168] S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, cit, 253 ss.

[169] Cons. Stato, sez. V, n. 104/1948.

guito dalla dottrina, affermato che nella ponderazione dell'attualità dell'interesse pubblico, quale condizione dell'annullamento d'ufficio, debba tenersi conto anche della possibilità di dare attuazione all'interesse pubblico pure attraverso la convalida.

Il riesame, quindi, come riesercizio della funzione, può condurre, anche su istanza della parte interessata, all'eliminazione di un atto o degli effetti dell'atto sfavorevole per l'istante, ma può ben condurre alla conservazione dello stesso o dei suoi effetti o parte degli stessi, ove vantaggiosi, attraverso l'uso della vasta gamma degli istituti ad efficacia conservativa prima ricordati.

La funzione conservativa, in questa prospettiva, dovrebbe costituire un *prius* rispetto a quella demolitoria, proprio nel rispetto del principio di conservazione dei valori giuridici dell'ordinamento, sotteso a provvedimenti di secondo grado, prima richiamati, la cui cifra identificativa è, si ribadisce, l'efficacia conservativa. Ma non meno rilevante sono i principi di buon andamento, di imparzialità e di certezza che presiedono l'attività amministrativa, nonché il rispetto di un giusto equilibrio tra le ragioni dell'interesse pubblico, da un lato, le differenti ragioni dei privati comunque coinvolti, ossia l'istante ed il controinteressato, soggetti entrambi titolari di situazioni di interesse legittimo, anche se di contenuto differente.

Già il giudice amministrativo, nel lontano 1948, aveva affermato un obbligo in capo all'amministrazione di motivare le ragioni di pubblico interesse che l'avevano indotta ad annullare un atto piuttosto che a convalidarlo[170]. Nella stessa prospettiva conservativa si muove, si è già detto, la sospensione temporanea dell'efficacia o dell'esecuzione di un atto, in attesa dell'adozione di un provvedimento definitivo, in ipotesi ad efficacia demolitoria. Sono ipotesi in cui la ponderazione in merito all'attualità e sussistenza dell'interesse pubblico sotteso all'annullamento o alla revoca può condurre all'adozione di un differente atto, ad efficacia conservativa, ugualmente idoneo ad assicurarne la garanzia[171].

Quanto detto muove dalla doverosità del potere di riesame e, dunque dell'esistenza in capo all'amministrazione non soltanto di un obbligo di procedere d'ufficio, ricorrendone i relativi presupposti, ma, prima

[170] Cons. Stato, sez. V, n. 104/1948.

[171] P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri "incidenti" nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo,* Napoli, 2012, 122, ove ampi riferimenti bibliografici.

ancora, di prendere in considerazione, attraverso una delibazione sommaria, adeguatamente motivata, l'invito al riesame da parte di un interessato, sul presupposto che delle due dimensioni, di potere e di dovere, in cui rileva l'autotutela, sia prevalente quella di dovere, nella prospettiva che individua nel riesame lo strumento per correggere gli errori in cui sia eventualmente incorsa l'amministrazione nella prima decisione, soprattutto, c'è da dire, quando il ricorso in sede giurisdizionale o amministrativa, non sia più ammissibile. Sicché all'amministrazione, in altri termini, non sarebbe consentita la scelta, a fronte di una istanza dell'interessato, di provvedere o meno e, prima ancora di aprire il relativo procedimento, senza aver prima proceduto ad un esame sommario dell'istanza stessa.

Tanto più che la delibazione sull'istanza, prima, e l'obbligo di avviare il procedimento e di concluderlo (art. 2, legge n. 241/1990), dopo, non reca seco anche quello di provvedere nel senso richiesto dall'istante, rimanendo infatti ferma la discrezionalità, che è tipica dei provvedimenti di secondo grado, in ordine al contenuto della scelta medesima. Sicché ben potrà il procedimento di riesame concludersi con un provvedimento motivato di diniego dell'annullamento o della revoca di un provvedimento sfavorevole per il richiedente, che ne conferma il contenuto. Ma, ben potrà concludersi anche con un provvedimento di convalida, sanatoria, come richiesto dall'interessato, che eliminando il vizio formale o endoprocedimentale, inficiante un provvedimento vantaggioso per il privato, lo renda inattaccabile per il futuro.

Indicazioni particolarmente interessanti di questa tendenza all'affermazione della doverosità del riesame su istanza, e ad un ridimensionamento della relativa discrezionalità, emergono da una decisione del Trga di Trento che, sulla scia di un indirizzo della giurisprudenza tedesco-federale fondato sull'art. 48 della legge sul procedimento amministrativo, e in mancanza di una norma *ad hoc*, è pervenuta, alla "riduzione a zero" della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio. Il quale assume carattere doveroso, anche su istanza del privato, allorché il provvedimento, anche se ormai inoppugnabile, presenta vizi di legittimità tali da renderne "semplicemente insopportabile", il mantenimento nell'ordinamento.

Non meno rilevante ai nostri fini, incidendo sull'esercizio della discrezionalità del riesame, è stata l'affermazione del principio di risarcibilità dell'interesse legittimo, il quale obbliga ormai l'amministrazione, a fronte di una istanza di riesame di un provvedimento da parte dell'interessato, a verificarne la legittimità, compiendo una prognosi

delle eventuali conseguenze della mancata rimozione dell'atto illegittimo sulla quantificazione, ai sensi dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, del c. p. a., da parte del giudice amministrativo del danno risarcibile [172].

Anche se ancora minoritario, l'orientamento che configura come doveroso il potere di riesaminare un atto a seguito dell'istanza dell'interessato, in quanto attività funzionalizzata alla cura di un pubblico interesse[173], trova ormai un ancoraggio sicuro in alcuni recenti interventi del legislatore e della giurisprudenza, oltre che in quelle ipotesi in cui tale doverosità discende dalla necessità di adottare un provvedimento di secondo grado diretto ad eliminare un precedente provvedimento, attraverso l'annullamento d'ufficio, in contrasto con interessi pubblici considerati in *re ipsa* prevalenti.

Si pensi alle già ricordate modifiche introdotte nel corpo dell'originario art. 21 *nonies* dal c. d. decreto "Sblocca Italia" che, se da un lato hanno precluso l'annullamento d'ufficio allorché si verta in una delle ipotesi contemplate dall'art. 21 *octies*, comma 2, dall'altro, mantengono "ferme" le "responsabilità" connesse all'adozione o al mancato annullamento del provvedimento illegittimo[174].

Anche se direttamente rivolta all'annullamento d'ufficio, con tale disposizione il legislatore del 2014 spinge verso la doverosità dell'esercizio della funzione di riesame, ad efficacia demolitoria o conservativa, sia pure attraverso una "strada tortuosa" [175], puntando sul fatto che il rischio di responsabilità dovrebbe spingere l'amministrazione a valutare, dandone conto, l'opportunità o meno di rimuovere o sanare un proprio atto, anche a seguito di un invito all'autotutela decisoria, istanza, denuncia, o mera sollecitazione, comunque voglia chiamarsi, dell'interessato, assicurando così il corretto esercizio della funzione e, dunque, la tutela dell'interesse pubblico da soddisfare, in una con l'interesse del privato, secondo una prospettiva di collaborazione tra parte pubblica e parte privata, che la normativa sulla partecipazione, affermatasi a partire dalla legge 241/90, ha notevolmente consolidato, che

[172] C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 1190 ss.; Cons. Stato, sez. IV, n. 4401/2007.

[173] F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1964.

[174] Sulla responsabilità della P. A. oltre che per l'attività svolta anche per quella non svolta, A. MELONCELLI, *L'iniziativa amministrativa*, Milano, 1976.

[175] P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14. (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Gli effetti del decreto legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul testo unico dell'edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, suppl. al fasc. n. 6/2015, 21 ss.

punta sulle modalità di esplicazione del potere piuttosto che sulla conclusione del relativo provvedimento con un provvedimento espresso[176].

Ulteriori ipotesi legislative di autotutela doverosa, il cui scopo è, in prevalenza, quello di deflazionare il contenzioso, emergono dalla disciplina relativa all'amministrazione tributaria[177]; dalla nuova disciplina, introdotta dal d.lgs. n. 127/2016, in materia di conferenza di servizi[178]; dalle nuove disposizioni in materia di attività contrattuale della p. A, secondo le regole dell'evidenza pubblica[179]; dall'art. 20 della legge 241/90, nella versione attuale in cui rientrano la maggior parte dei provvedimenti ampliativi, attributivi di vantaggi economici. Ipotesi nelle quali, fermo il termine massimo di diciotto mesi per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio, estendendosi la previsione anche alle fattispecie disciplinate dall'art. 20, l'istanza di riesame dovrebbe far sorgere l'obbligo di procedere – o almeno quello di chiarire le ragioni per le quali si è scelto di non procedere – così da controbilanciare l'assenza del provvedimento scritto e allargare l'ambito delle tutele disponibili[180].

Ma, la disposizione che ha messo in crisi il postulato dell'inesistenza di un obbligo di riesame, anche ad esito conservativo, di precedenti provvedimenti, in particolare se provvedimenti ormai inoppugnabili, è per vero antecedente a tutte quelle prima indicate. Trattasi di quella disposizione di cui all'art. 30, comma 3, secondo inciso, del c. p. a., in for-

[176] A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit.

[177] Secondo la Cassazione la P.A. tributaria, su istanza dell'interessato, anche a fronte di un provvedimento inoppugnabile, deve procedere alla verifica del provvedimento ed annullarlo se illegittimo. Con la conseguenza che l' amministrazione tributaria risponde ex art. 2043 cc. per il danno arrecato al privato a seguito del mancato o ritardato annullamento di un atto illegittimo nell'esercizio del potere di autotutela, d'ufficio o su istanza del privato interessato, fermo naturalmente il problema della sussistenza dell'elemento soggettivo, del dolo o della colpa.

[178] Che prevede la possibilità per le amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza di servizi, di sollecitare, con richiesta congruamente motivata, l'amministrazione procedente ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* della legge 241/90.

[179] Quale il "preavviso di ricorso", o la possibilità riconosciuta all'ANAC dal nuovo codice degli appalti di invitare la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Tale previsione contenuta nell'art. 211, comma 2, del ~~c. a. p.~~ è stata successivamente abrogata dal d. lgs. 56/2017.

[180] Come sostenuto da M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche,* cit.; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione europea,* Milano, 2015.

za della quale il giudice amministrativo nel determinare il risarcimento valuta tutte le circostanze di fatto e il "comportamento complessivo delle parti" ed "esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

Orbene, l'uso del termine "tutela", senza ulteriori specificazioni, porta ragionevolmente ad includere tra tali strumenti anche i procedimenti di riesame attivabili, ricorrendone i relativi presupposti, oltre che d'ufficio anche su istanza degli interessati, indipendentemente dall'efficacia. Il che del resto ha trovato una prima e significativa conferma in una decisione dell'Adunanza Plenaria del 2011, la n. 3[181]. Secondo il Supremo Consesso infatti l'invito all'autotutela è sintomatico della diligenza del creditore danneggiato dalla condotta illecita dell'amministrazione debitrice. Ma se così è, deve allora ragionevolmente ritenersi che, l'attivazione da parte dell'amministrazione di un procedimento di secondo grado oltre che d'ufficio, su istanza dello stesso creditore, integra quel comportamento di ordinaria diligenza che la disposizione codicistica richiede, non soltanto al creditore, ma anche all'amministrazione debitrice, alla quale è peraltro imputabile il danno.

Emerge da questa sintetica analisi la tendenza del legislatore a configurare come doverosa la funzione di riesame, sia pure con particolare riferimento ai procedimenti di annullamento d'ufficio, nel contesto della doverosità della funzione amministrativa.

Le disposizioni sinteticamente ricordate si riferiscono infatti quasi esclusivamente, fatta eccezione per quella codicistica, all'ipotesi di mancato annullamento di un atto illegittimo, dal quale potrebbero scaturire oltre a forme, le più diverse, di responsabilità, anche il diritto al risarcimento del danno da parte del soggetto che avrebbe avuto vantaggi dall' annullamento. In questa ipotesi, tuttavia, la doverosità dell'annullamento sembra scaturire non dall'esigenza del ripristino della legalità, quanto da quella di non esporre l'amministrazione all'azione risarcitoria del privato, con conseguente responsabilità del funzionario inadempiente. Comunque il carattere di novità delle norme richiamate è indubbio, e le stesse possono considerarsi espressione di una tendenza non strettamente ancorata alle fattispecie in esse contemplate, ma estensibile anche alla autotutela conservativa.

Diversa e più pregnante per la possibile configurazione della dove-

[181] Su cui F.G. SCOCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo,* in *Corr. Giur.*, n. 7 ~~del~~ 2011, 922~~,~~ ss.

rosità dell'esercizio del potere di riesame, anche ad esito conservativo, è l'art. 2, della L. 241, così come è stato integrato dalla L. 190 del 2012, c. d. anticorruzione, che ha attribuito rilevanza anche alle domande palesemente irricevibili, inammissibili o infondate, obbligando in pratica l' amministrazione ad aprire il relativo procedimento e, dunque anche un procedimento di riesame, indipendentemente dall'efficacia, eliminatoria o conservativa, su istanza della parte interessata, ed a concluderlo con un provvedimento espresso, sia pure in forma semplificata. Così esternando le eventuali ragioni sottese ad una valutazione di irricevibilità, inammissibilità o infondatezza della domanda, nel rispetto del principio di trasparenza dell'agire amministrativo.

Certo, non sono campate in aria le perplessità di chi a fronte di una tale disposizione invoca ragioni di tempestività ed economicità dell'azione amministrativa. Perplessità che sembrano avere trovato un riscontro nel d. l. n. 69/2013, il cui art. 38, disposizione di natura comunque processuale, prevede sanzioni apposite a carico dell'istante "temerario", in caso di ricorso dichiarato inammissibile o infondato.

È fuor di dubbio, in ogni caso, l'impossibilità di fondare sulla sola disposizione di cui al cit. art. 2, della L. 241, come integrato dalla legge anticorruzione, una teoria che consideri ammissibile sostenere la doverosità della funzione di riesame nel caso di istanza da parte dell'interessato, nonostante la ricordata tendenza dell'ordinamento per la doverosità della funzione di riesame, anche se in prevalenza nella forma, tuttavia, va ribadito, dell'annullamento d'ufficio.

Del resto è, in primo luogo, più facile immaginare la risarcibilità della posizione del privato nell'ipotesi di mancato annullamento, perché in quel caso l'atto è illegittimo e quindi il conseguente risarcimento del danno subìto dal privato derivante dal mancato annullamento troverebbe un fondamento dal protrarsi di un assetto di interessi illegittimo, produttivo di un danno ingiusto. Nel caso, ad esempio, di mancata revoca ci troviamo pur sempre in presenza di un atto legittimo, ma inopportuno, nei confronti del quale è più problematico sostenere la doverosità della revoca, dalla cui omissione ben difficilmente potrebbe discendere la conseguenza della risarcibilità della posizione del privato danneggiato dall'inerzia della amministrazione.

Ma esistono, a ben vedere, elementi di riflessione che possono portare alla configurabilità di una teoria della doverosità dell'esercizio del potere di riesame, indipendentemente dall'esito, anche su istanza dell'interessato.

In quest'ottica, del resto, già la dottrina più recente, muovendo dal

principio generale di doverosità dell'azione amministrativa, ha declinato il principio stesso come doverosa attenzione dell'amministrazione verso ogni istanza, richiedendosi all'amministrazione di procedere per lo meno ad una sommaria delibazione sulla richiesta di riesame[182]. Distinguendo, in pratica, tra obbligo di pronuncia e di risposta motivata sull'istanza, ed obbligo di aprire un nuovo procedimento e concluderlo con un provvedimento espresso. Considerato che l'invito ad un intervento in autotutela, se finalizzato ad eliminare un eventuale contrasto tra quanto deciso ed i valori dell'ordinamento, deve essere preso sempre in considerazione[183].

A supporto dell'esistenza ormai di un vero e proprio obbligo a carico dell' amministrazione di attivazione di un procedimento di riesame su istanza dell'interessato, possono infine, ma non per importanza, richiamarsi oltre ai principi costituzionali di legalità, imparzialità, buon andamento, quello, già più volte ricordato, di "doverosità" dell'azione amministrativa, il quale si declina anche come doverosa attenzione dell' amministrazione verso ogni istanza (comma 1, parte finale, dell'art. 2, l. 241/90, già cit.), anche verso le richiese di riesame, sulle quali, già prima dell'entrata in vigore del c. p. a, si è affermata–, come già ricordato, l'esigenza che l'amministrazione procedesse almeno ad una sommaria delibazione. Doverosità che costituisce, a sua volta, espressione oltre che dei principi di equità e giustizia, di ragionevolezza e di buona fede, del principio costituzionale di solidarietà di cui all'art. 2, sul quale si fonda il più generale divieto di tenere condotte contrarie a buona fede nell'ambito di un rapporto obbligatorio.

Dovere solidaristico nitidamente richiamato (punti 3.2, 7.2.1. e 7.2.2. in diritto) dalla citata sentenza n. 3/2011 dell'Adunanza Plenaria, che a tale principio ha ricondotto proprio la disposizione di cui al cit. art. 30, comma 3, parte seconda che, per la esatta quantificazione del danno risarcibile, richiede, secondo quanto ribadito dal Supremo Consesso, alle parti, inclusa l'amministrazione, una condotta ispirata a lealtà e collaborazione attiva, in linea con le clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.

[182] G. MORBIDELLI, *Il tempo del procedimento,* in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 253.

[183] Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una istanza di riesame, ovvero di revoca di un provvedimento sfavorevole, che pur essendo presentata alla scadenza dei termini per impugnare, si basi su sopravvenuti elementi di fatto o di diritto, o su fatti che, pur esistenti al momento dell'emanazione dell'atto, non erano all'epoca conosciuti.

Con esplicito riferimento ad istanze di riesame conservativo aventi ad oggetto provvedimenti ampliativi, in specie attributivi di vantaggi economici, da parte, oltre che dei diretti destinatari, anche di eventuali controinteressati, la doverosità dell'amministrazione di prendere in considerazione l'istanza nasce come interesse della stessa quale portatrice "di interessi di privati che contrastano con gli interessi di altri privati". Fermo il termine massimo previsto per l'avvio di un procedimento, compresi quelli per l'esercizio dell' autotutela su invito, l'amministrazione, accertata l'esistenza di un vizio, potrà valutare se annullare il provvedimento; oppure emendarlo dal vizio stesso, convalidandolo; o sospenderne l'efficacia o l'esecuzione in funzione cautelare; o limitarsi a confermarne il contenuto, con un nuovo atto di conferma, o con un atto meramente confermativo; oppure attraverso la conversione, mantenere in vita l'atto nullo, ma avente i requisiti di un diverso atto valido. Sono tutte ipotesi in cui l'amministrazione a seguito dell'istanza dell'interessato, accogliendone l'invito, opera una nuova valutazione del precedente assetto di interessi, in base ad elementi nuovi in precedenza non presi in considerazione. Nuova valutazione, consistente in un bilanciamento degli interessi comunque coinvolti, e quindi anche dei controinteressati, che non mette in discussione, si ribadisce, la discrezionalità dei poteri di riesame, ma attinge alla doverosità della funzione, ossia alla presa in considerazione dell'istanza ed eventuale opportunità di avviare il procedimento, senza alcun vincolo quanto al contenuto del provvedimento finale, che rimane discrezionale, potendo avere effetti eliminatori o conservativi.

Resta ancora da esaminare il problema del riesame su invito, di un provvedimento inoppugnabile. Sull'esigenza di salvaguardare tale principio, e con esso il principio di certezza nella stabilità di un precedente assetto di interessi, si basa l'orientamento di una parte della giurisprudenza e della dottrina che continua a negare la configurabilità di un obbligo a carico dell'amministrazione di provvedere sull'istanza di riesame del privato.

A questo specifico riguardo, senza volere diminuire l'importanza del principio, posto a presidio della certezza del diritto, ed a tutela delle situazioni giuridiche dei terzi controinteressati e del loro legittimo affidamento alla stabilità degli effetti per loro vantaggiosi prodotti dal provvedimento del quale si chiede il ritiro in autotutela, credo che la questione possa essere, per così dire, "raffreddata", attingendo in primo luogo alla stessa legge sul procedimento amministrativo, così come risulta dalle integrazioni e modificazioni successivamente intervenute. Si

pensi all'annullamento d'ufficio, in questo caso è lo stesso art. 21 *nonies* che, quale controlimite alla discrezionalità dell'amministrazione, postula, oltre all'illegittimità dell'atto, uno scrutinio comparativo di tutti gli interessi coinvolti e, dunque, un contemperamento dell'interesse pubblico all'annullamento con gli interessi, oltre che dei destinatari anche dei terzi controinteressati, sul cui affidamento incide in ogni caso il decorso del tempo. Situazioni, anche quella dei destinatari, considerate "differenziate" e "qualificate" rispetto all'avvio del procedimento di riesame, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza che una posizione del genere rinviene anche in capo al controinteressato[184]. In ogni caso mi sembra importante sottolineare che l'inoppugnabilità comporta per l'interessato la preclusione all'esperimento avverso il provvedimento dei rimedi giurisdizionali o amministrativi, ma non comporta l'intangibilità del provvedimento stesso, tanto che lo stesso può essere annullato, convalidato, convertito, revocato, d'ufficio nell'ambito dei poteri di riesame.

Orbene, non è revocabile in dubbio che una soluzione positiva alla configurabilità di un obbligo a carico dell'amministrazione, a seguito di una preventiva delibazione, di avviare un procedimento di riesame su invito, avrebbe effetti positivi non soltanto per il privato, ma anche per l'amministrazione alla quale sarebbe consentito di rimediare ai propri errori, possibili sintomi, non di rado, di cattiva amministrazione e di esercizio arbitrario della discrezionalità[185], così curando nel modo migliore l'interesse pubblico attraverso l'esercizio di un potere di cui la funzione si avvale per adempiere ai suoi doveri nei confronti della comunità di riferimento.

Sia il legislatore, sia la giurisprudenza, anche se ancora in misura minore, supportata dalla dottrina, confermano la tendenza dell'ordinamento ad ammettere il principio di doverosità dell'autotutela decisoria e, dunque anche dell'autotutela conservativa. Accanto ai valori della certezza, della stabilità, dell'affidamento, della legalità, la cui affermazione è necessaria per lo sviluppo del Paese, il principio di conservazione dei valori giuridici consente di non disperdere l'attività ammini-

[184] Cons. Stato, sez. IV, n. 5855/2012; TAR, Roma, sez. III, n. 8860/2013. In dottrina, S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità,* Napoli, 2015, 174 ss.

[185] A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2015, 1127 ss.

strativa pregressa evitando lo svolgimento di attività dispendiose senza un'utilità effettiva.

CARLO DEODATO

IL POTERE AMMINISTRATIVO DI RIESAME PER VIZI ORIGINARI DI LEGITTIMITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Storia dell'istituto dell'annullamento d'ufficio. – 3. Struttura e presupposti della funzione. – 4. Principali problemi esegetici e applicativi. – 5. Conclusioni.

1. *Premessa*

Lo studio dell'autotutela e, in particolare, dell'annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi si rileva sempre più ricco di suggestioni in merito all'analisi della consistenza e dei caratteri delle relazioni tra l'esercizio del potere pubblico e le libertà dei cittadini.

Lo studio dell'autotutela decisoria, infatti, non può essere derubricato a mera elaborazione concettuale del potere di riesame degli atti amministrativi, ma implica la disamina dei rapporti tra le funzioni pubbliche e i diritti o gli interessi dei cittadini, tra le esigenze di rispetto della legge e quelle di tutela dell'affidamento.

In ultima istanza, l'analisi del potere di annullamento d'ufficio di atti illegittimi postula la definizione del rapporto tra autorità e libertà o, meglio, la ricerca di un equilibrio tra le istanze della prima e i diritti della seconda.

Il presente studio, concepito in coerenza con la prospettiva ~~di studio~~ appena tracciata, sarà articolato in tre parti: a) la storia della fattispecie dell'annullamento d'ufficio; b) la descrizione dei caratteri dell'istituto, con particolare riguardo all'analisi della struttura e della funzione della norma attributiva del potere di annullamento d'ufficio; c) una sintetica rassegna dei principali problemi interpretativi ed applicativi.

Per ogni approfondimento rinvio, invece, al commento all'art. 21-nonies, pubblicato nell'edizione del 2017 del Codice dell'azione amministrativa, curato da Maria Alessandra Sandulli.

2. *Storia dell'istituto dell'annullamento d'ufficio*

L'analisi dell'evoluzione storico-normativa dell'istituto potrebbe an-

che apparire superflua, ma si rivela, invece, di estrema importanza, in quanto manifesta, in maniera palese, la trasformazione dei rapporti tra il potere pubblico e i cittadini.

Lo studio del percorso evolutivo della potestà in esame ci consegna, in particolare, preziose e irrinunciabili informazioni sul progressivo, ma inesorabile, spostamento del bilanciamento tra gli interessi da esso implicati dall'originaria ed assoluta prevalenza di quello pubblico al ripristino dell'ordine giuridico infranto a un'equilibrata e proporzionata considerazione di quello del privato alla conservazione dei titoli ampliativi o, comunque, al rispetto di regole di certezza della loro stabilità.

Sono identificabili quattro fasi nell'iter storico dell'istituto dell'annullamento d'ufficio.

Prima della legge n. 241 del 1990 mancava qualsivoglia fondamento legale al potere generale di autotutela decisoria (con l'eccezione di disposizioni speciali riferite a specifiche funzioni amministrative).

In questa fase storica si è posto il problema della coerenza del potere di annullamento d'ufficio con il principio di legalità che, ancorché non enunciato in maniera formale e generale nella Costituzione, se non (per aspetti peculiari) negli artt. 23, 25 e 97, viene, comunque, ritenuto un principio fondamentale dell'ordinamento, nella misura in cui esprime il canone, di genesi illuministica e liberale, secondo cui la sfera di libertà dei cittadini può essere validamente conformata o limitata dall'autorità amministrativa solo nel conforme esercizio dei poteri ad essa attribuiti da una legge.

Nonostante l'omessa previsione di una disposizione legislativa attributiva del potere di annullamento d'ufficio, non si è mai dubitato, tuttavia, della legittimità degli atti di autotutela, sulla base dell'opinione che l'amministrazione, nel riesaminare i propri atti viziati e deliberarne il ritiro, esercitasse la stessa funzione espletata con l'adozione del provvedimento di primo grado (oggetto dell'autotutela decisoria).

Si è, così, inteso ancorare il potere di autotutela al principio di legalità, nella misura in cui il fondamento della potestà di riesame è stato identificato nella stessa legge attributiva del potere esercitato in prima istanza, decifrata come comprensiva (anche) del potere implicito e immanente di rivedere le decisioni assunte e di correggerle o rimuoverle, se invalide (Benvenuti).

In questa fase, tuttavia, la posizione del cittadino destinatario del ritiro di un atto ampliativo è rimasta poco considerata e anche la giurisprudenza si è accontentata di una motivazione plausibile (ma non

troppo intensa) sulle ragioni dell'annullamento del provvedimento illegittimo (senza attribuire, ad esempio, una valenza pregnante alla tutela dell'affidamento).

Nel 1990, com'è noto, è stata approvata la legge n. 241, che ha disciplinato, in via generale, l'azione amministrativa e che avrebbe costituito la fonte più appropriata per risolvere il problema del fondamento legale e della disciplina normativa del potere di autotutela.

Sennonché, il (distratto) Legislatore del 1990 si è dimenticato di colmare tale lacuna e di regolare, quindi, il potere di riesame degli atti amministrativi, che continuava, quindi, a restare privo di un sicuro fondamento legale.

La rinnovata (e inedita) considerazione legislativa della posizione dei cittadini nell'ambito del procedimento amministrativo, per come consacrata nella legge n. 241, ha, tuttavia, indotto la giurisprudenza a elaborare criteri più stringenti di esame della legittimità delle decisioni di autotutela, assegnando, per esempio, una rilevanza sempre maggiore alla tutela dell'affidamento del destinatario dell'atto e alla consistenza del tempo intercorso tra l'adozione del provvedimento di primo grado e l'assunzione di quello di autotutela.

In questo periodo, quindi, per un verso l'istituto dell'annullamento d'ufficio è rimasto sprovvisto di base legale, ma la declinazione dell'esercizio del relativo potere è stata, nondimeno, circondata da regole, di matrice giurisprudenziale, espressive delle (sempre più avvertite) esigenze di valorizzazione degli interessi dei cittadini destinatari dell'atto e di certezza degli effetti giuridici da esso prodotti.

Finalmente con la legge n. 15 del 2005 è stata codificata la disciplina dell'autotutela.

Il legislatore del 2005 si è fatto, quindi, carico della necessità di una compiuta disciplina legislativa dei poteri di secondo grado e, per quanto qui interessa, ha introdotto, nella legge n. 241 del 1990, l'articolo 21-nonies (commettendo, tuttavia, un errore lessicale, avendo usato il numerale errato *nonies*, anziché quello corretto *novies*). L'articolo così aggiunto regola, infatti, in maniera compiuta il potere di annullamento d'ufficio di atti illegittimi, assegnando una tutela particolare alla posizione dei privati danneggiati dall'adozione dell'atto di rimozione d'ufficio (là dove condiziona la legittimità dell'atto di autotutela alla sua adozione entro un *termine ragionevole* e *tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*).

La novella ha, così, assicurato anche il rispetto formale del principio di legalità, mediante la configurazione legislativa del potere di autotute-

la decisoria, nella precisa declinazione regolativa delle sue condizioni, dei suoi contenuti e dei suoi effetti.

Ma, a ben vedere, le esigenze di tutela dei privati, a fronte dell'esercizio dei poteri di autotutela, non potevano intendersi esaurite con la legge del 2005 (nonostante la sua straordinaria importanza), difettando ancora la previsione di stringenti (e giustiziabili) regole di azione, ai fini della corretta e proporzionata esplicazione della potestà di riesame.

E così il Legislatore è nuovamente intervenuto a correggere la norma.

Dapprima con l'art. 25, comma 1, lett. b) qu[illegible]nn. 1 e 2 del d.l. n. 133 del 2014, (convertito dalla legge n. 164 del 2014), che ha escluso la possibilità di annullare provvedimenti affetti da vizi di legittimità solo formali e ha fatto salva la responsabilità connessa all'adozione e al mancato annullamento dell'atto illegittimo (con una formula lessicale ambigua, di cui parleremo dopo) e, soprattutto, con la legge n. 124 del 2015. Quest'ultimo intervento ha, in particolare, operato una profonda riconfigurazione regolativa del potere di annullamento d'ufficio, introducendo due importanti modifiche: a) la fissazione del termine massimo di diciotto mesi per la valida adozione dell'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici; b) la previsione, con il comma aggiunto 2-*bis*, della possibilità di annullare, anche dopo quel termine, i provvedimenti ottenuti sulla base di dichiarazioni false, ma solo quando la falsità è stata accertata in sede penale con sentenza passata in giudicato.

Le modifiche del 2015 assolvono all'evidente funzione di assicurare certezza alle situazioni giuridiche prodotte da provvedimenti favorevoli e di assicurane un certo grado di stabilità (prima rimesso, in prima battuta, all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione e, in un secondo, eventuale, momento, alla valutazione, parimenti discrezionale, del giudice).

Il potere di annullamento d'ufficio, quindi, non può più essere definito ultrattivo e inesauribile, ma resta soggetto a un preciso vincolo temporale, scaduto inutilmente il quale l'atto, ancorché illegittimo, consolida definitivamente i suoi effetti e diventa intangibile anche da parte dell'amministrazione.

Il Consiglio di Stato (nel noto parere n. 839 del 2016) ha parlato, al riguardo, di "un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione", con una felice espressione lessicale la cui paternità va riconosciuta a Luigi Carbone.

Il sintetico excu[illegible] storico-normativo dell'istituto dell'annullamen-

to d'ufficio rende manifesta, in definitiva, l'evoluzione dei rapporti tra l'amministrazione e il cittadino, con una progressiva considerazione delle esigenze di protezione dell'affidamento generato nel privato dall'adozione di un atto a lui favorevole e con l'irrigidimento delle condizioni e delle modalità (anche temporali) che autorizzano la sua rimozione (si vedano in dottrina i contributi di Maria Immordino e Fabio Francario).

L'innovazione, tuttavia, non si risolve nella (sola) protezione degli interessi dei destinatari dell'atto favorevole oggetto di revisione, ma serve anche a realizzare quelle condizioni di certezza del diritto che favoriscono lo sviluppo del sistema Paese.

La crescita degli investimenti e della produttività economica non tollera, a ben vedere, situazioni di incertezza relative all'efficacia dei titoli che abilitano all'esercizio di attività produttive e che non possono restare esposti *sine die* al ripensamento dell'amministrazione (sul punto, in dottrina, Aristide Police).

3. *Struttura e presupposti della funzione*

Così descritto l'approdo del percorso evolutivo dell'istituto dell'annullamento d'ufficio, occorre analizzare la struttura della norma che lo regola e definire i presupposti stabiliti per il valido esercizio della relativa potestà di autotutela decisoria.

Le nome attributive del potere amministrativo, com'è noto, possono essere concepite (secondo tre schemi astratti) in modo da stabilire condizioni di esercizio della funzione interamente vincolate, oppure riferite solo a concetti elastici, ovvero, ancora, mediante la previsione di alcuni presupposti vincolati e altri indeterminati (e, quindi, rimessi a un apprezzamento discrezionale dell'amministrazione).

L'art. 21-*novies* va annoverato in quest'ultima categoria: alcuni presupposti sono stabiliti in maniera esatta e vincolata; altri con riferimento a concetti elastici.

Sono cogenti le condizioni afferenti all'illegittimità dell'atto e al termine perentorio di consumazione del potere (che risulta, quindi, vincolato nel *quando*, in ordine alla rimozione di atti ampliativi), mentre sono rimessi a un apprezzamento discrezionale gli elementi della fattispecie pertinenti all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, alla ragionevolezza del termine (là dove la clausola resta operativa) e alla tutela dell'affidamento ingenerato nel privato.

La legittimità dell'atto di annullamento d'ufficio non resta, quindi, condizionata dal solo rispetto dei canoni cogenti (invalidità dell'atto rimosso e rispetto del termine perentorio di consumazione del potere), ma anche dal corretto esercizio della discrezionalità, quanto alla verifica dei presupposti del potere riferiti a nozioni giuridiche elastiche.

Ora, mentre la verifica del legittimo esercizio del potere, limitatamente alla sua conformità alle condizioni vincolanti, risulta agevole, lo scrutinio del corretto uso della discrezionalità resta più complesso ed esige uno scrutinio di ragionevolezza e di proporzionalità della valutazione compiuta dall'amministrazione.

La disamina della correttezza degli apprezzamenti discrezionali dev'essere, allora, svolta per mezzo del controllo della coerenza, dell'attendibilità e della completezza della motivazione dell'atto di annullamento d'ufficio, la cui (necessaria) consistenza dipende dall'intensità dell'affidamento ingenerato nel privato, secondo i parametri di giudizio della ragionevolezza e della proporzionalità delle valutazioni esplicitate nel provvedimento di autotutela.

Quanto all'intensità del dovere motivazionale, appare agevole ribadire che, maggiore è il consolidamento dell'affidamento del destinatario dell'atto illegittimo sulla sua stabilità e più consistente sarà l'obbligo di esplicitare le ragioni che giustificano la sua rimozione.

Senza ribadire principi giurisprudenziali conosciuti e, orami, univoci, appare utile segnalare che, in una ~~recente~~ sentenza (n. 341 del 27 gennaio 2017), il Consiglio di Stato ha giudicato viziato l'annullamento d'ufficio di un permesso di costruire dopo tredici anni dal suo rilascio, sulla base di un ordito argomentativo che ha chiarito il contenuto della motivazione necessaria.

Nella sentenza si premette che, per quanto l'innovazione del 2015 non sia applicabile ai provvedimenti di autotutela perfezionatisi prima della sua entrata in vigore, la stessa vale tuttavia come prezioso e ineludibile indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione (che è stata, in quel caso, ritenuta violata dall'annullamento dopo un termine di oltre sette volte superiore a quello indicato come massimo dalla novella).

Il Consiglio di Stato ha, in particolare, inteso precisare che una motivazione capace di giustificare la rimozione d'ufficio di un atto favorevole esige l'articolata e convincente esplicitazione delle ragioni, di interesse generale, che impongono l'eliminazione dell'atto invalido, nella (sola) misura in cui continua a produrre effetti insanabilmente contrastati, in concreto, con le esigenze di protezione dei valori tutelati

dall'ordine legale infranto, per come configurato nella realtà fattuale (e non anche per come considerato dalla regolazione normativa astratta).

Da ultimo, l'Adunanza Plenaria (n. 8 del 17 ottobre 2017), espressamente investita della questione dell'intensità della motivazione dovuta per il caso di annullamento d'ufficio, dopo un considerevole lasso di tempo, di titoli edilizi illegittimamente rilasciati, ha, peraltro, ulteriormente chiarito e precisato che: "nella vigenza dell'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990 – per come introdotto dalla l. 15 del 2005 – l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole.

In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi:

i) che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro;

ii) che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*);

iii) che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte".

Con tale decisione, quindi, l'Adunanza Plenaria ha, per un verso, confermato l'indirizzo che esigeva, per l'annullamento d'ufficio, dopo un significativo lasso di tempo, di titoli edilizi illegittimi, una motivazione stringente in ordine all'interesse pubblico alla sua rimozione e che non trascuri la consistenza dell'affidamento ingenerato nel destinatario dell'atto oggetto dell'autotutela, ma ha, al contempo, identificato alcune fattispecie nelle quali l'onere motivazionale deve intendersi affievolito o,

addirittura, escluso (in quanto gli interessi pubblici presidiati dall'ordine giuridico violato appaiono preminenti o in quanto l'affidamento del privato non merita tutela).

4. *Principali problemi esegetici e applicativi*

Da ultimo, sono state selezionate alcune questioni esegetiche e applicative implicate dalla novella del 2015, che saranno illustrate nei loro termini essenziali, con il solo accenno a possibili soluzioni.

Si tratta di problemi che attengono alla definizione del perimetro applicativo della disposizione o alla sua efficacia temporale o, ancora, alla configurazione dei presupposti e dei contenuti di esplicazione della potestà di autotutela in questione e in ordine ai quali tenteremo di segnalare le possibili soluzioni, in coerenza, là dove non precluso dalla lettera della norma, con le finalità dell'innovazione (già identificate nell'esigenza di assicurare la certezza degli effetti giuridici prodotti da titoli amministrativi abilitativi).

Seguiremo, per comodità espositiva, un metodo illustrativo schematico, che si limita alla descrizione sintetica del problema e all'indicazione concisa delle ragioni delle sue possibili soluzioni, rinviando, per una disamina più compiuta, al nostro commento all'art. 21-*novies*:

a) Una prima questione attiene alla verifica della persistente operatività del precetto della ragionevolezza anche prima della scadenza del termine di diciotto mesi (ovviamente per l'autotutela riferita a provvedimenti soggetti a quest'ultimo limite temporale). In dottrina sono state espresse, al riguardo, due opinioni: secondo un prima tesi la regola continua a operare (Lipari), mentre secondo un'altra lettura ha perso efficacia, in quanto assorbita ed esaurita dalla previsione del termine massimo di diciotto mesi (Conti). Appare preferibile la prima opzione ermeneutica per due ragioni (una testuale e una teleologica). La lettera della norma risulta, in particolare, univocamente significativa della volontà di prescrivere che la ragionevolezza del termine continua ad operare fino alla consumazione del potere ("*…entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi…*"). Ma anche la finalità dell'innovazione (riassumibile nell'esigenze di tutela dell'affidamento) impone di considerare operativo il precetto della ragionevolezza del termine anche entro l'ambito temporale massimo di esercizio del potere, potendosi dare ipotesi nelle quali, per la chiarezza della situazione di

illegalità prodotta, sia esigibile l'adozione dell'atto di annullamento d'ufficio anche prima della scadenza del termine massimo (proprio al fine di evitare il consolidamento dell'affidamento sulla stabilità dell'atto viziato).

b) Un secondo problema attiene, invece, alla definizione dei confini dell'ambito applicativo della novella e riguarda la classificazione della tipologia formale degli atti di autotutela ai quali è applicabile il precetto del termine massimo. Con il parere n. 839 del 2016 il Consiglio di Stato, in una logica di coerenza con l'esigenza di assegnare alla disposizione la più ampia latitudine operativa, ha ritenuto applicabile la norma a tutti i provvedimenti di secondo grado diretti a rimuovere provvedimenti illegittimi, a prescindere dal *nomen iuris* ad essi attribuito dalle disposizioni legislative speciali di riferimento (decadenza, risoluzione, revoca ecc.). Ogni diversa esegesi riduttiva della portata precettiva della norma dev'essere, quindi, disattesa, in quanto finirebbe per vanificarne la stessa utilità (a fronte della rimozione d'ufficio di atti illegittimi con provvedimenti qualificati da norme speciali con definizioni nominali diverse da "annullamento").

c) Anche la terza questione, attinente alla catalogazione degli atti di primo grado ascrivibili entro il perimetro operativo del vincolo temporale dei diciotto mesi per la loro valida rimozione, riguarda la delimitazione dei confini dell'ambito applicativo della novella. Appare, anche in questo caso, preferibile un'esegesi sostanzialistica che, in coerenza con lo scopo della disposizione (già identificato nell'esigenza di tutelare la stabilità degli effetti di provvedimenti ampliativi), ricomprenda nel suo ambito attuativo tutti gli atti attributivi di vantaggi giuridici od economici, a prescindere dal *nomen iuris* di "autorizzazione" usato nel testo della norma (e, quindi, anche permessi, nulla osta, abilitazioni ecc.). Anche in questo caso, resta agevole il dirimente rilievo che, al contrario, un'esegesi formalistica si risolverebbe in una sostanziale disapplicazione del precetto, consentendo l'annullamento d'ufficio, anche oltre il termine di diciotto mesi, di atti ampliativi, per il solo fatto (da reputarsi, invece, del tutto ininfluente) della loro classificazione con nomi diversi da quello di "autorizzazione", con conseguente (e inaccettabile) vanificazione dell'innovazione legislativa.

d) Un ulteriore problema attiene al difetto di coordinamento della nuova disposizione con altre norme che regolano il potere di annullamento d'ufficio in maniera diversa, quanto in particolare ai tempi dell'esercizio del potere (M.A. Sandulli). Se appare, infatti, opportuna l'abrogazione dell'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004 (che

prevedeva l'annullamento entro tre anni dei provvedimenti illegittimi attributivi di vantaggi economici), desta perplessità il mancato coordinamento con altre norme previgenti e, segnatamente, con l'art. 137 del TUEL (che contempla il potere straordinario e *sine die* del Governo di annullare gli atti illegittimi degli enti locali) e con l'art. 39 del d.P.R. n. 380 del 2001 (che attribuisce alle regioni il potere di annullare entro dieci anni i titoli edilizi illegittimamente rilasciati dai comuni). Ora, mentre la sopravvivenza della prima disposizione può ritenersi giustificata dalla "gravità dei motivi di interesse pubblico" che ne integra la *ratio*, la persistente efficacia della seconda risulta, invece, del tutto inopportuna, nella misura in cui l'ampiezza del termine ivi previsto (dieci anni) risulta del tutto incoerente con il "nuovo paradigma" normativo. Purtroppo, il difetto di coordinamento si è manifestato anche con riguardo a disposizioni legislative successive (che non si sono preoccupate di precisare la loro relazione con l'art. 21-*novies* o l'hanno fatto secondo uno schema incoerente e non convincente). Si tratta, in particolare, dell'art. 108 del d.lgs. n. 50 del 2016 (che regola il potere di risoluzione dei contratti d'appalto, omettendo qualsiasi indicazione sul termine massimo di esplicazione della relativa potestà) e dell'art. 176 del medesimo decreto legislativo, che ha disciplinato la cessazione degli effetti delle concessioni (escludendo espressamente, ma in maniera asistematica, il rispetto del termine di cui all'art. 21-*novies*). Basti, qui, aver rilevato il deficit di coordinamento normativo, con l'auspicio che, *de iure condendo*, ogni nuova disposizione che intervenga a regolare l'esercizio di poteri di autotutela decisoria contenga una chiara regola di raccordo sistematico con il precetto generale contenuto nell'art. 21-*novies* (come verosimilmente accadrà con riguardo all'art. 108 del d.lgs. n. 50 del 2016, in relazione al quale il decreto legislativo correttivo in itinere prevede, mentre scriviamo, l'esclusione dell'obbligo del rispetto dei termini di cui all'art. 21-*novies*).

e) Su un piano soprattutto dogmatico, anche se non scevro da implicazioni applicative, si è posto, poi, il problema della qualificazione giuridica della natura dell'invalidità dell'atto di annullamento emesso dopo la scadenza del termine di diciotto mesi, sul presupposto logico della sua classificazione come perentorio (con il corollario che la sua inosservanza integra senz'altro un vizio dell'atto di secondo grado). Non appare, al riguardo, utilmente invocabile la fattispecie della nullità. Il vizio in esame, infatti, si risolve nell'inosservanza di una condizione della valida adozione dell'atto di annullamento d'ufficio, sicché la relativa violazione non può essere ascritta alla fattispecie, contemplata

dall'art. 21-*septies* della l. n.241 del 1990, del difetto assoluto di attribuzione. Nella fattispecie considerata l'Amministrazione, a ben vedere, resta titolare (in astratto) del potere di autotutela, ma lo ha esercitato male, violando una delle regole che ne presidiano il legittimo espletamento (D'Ancona). Mentre, infatti, il vizio della nullità per difetto assoluto di attribuzione postula la diversa situazione, nella specie non ravvisabile, della "carenza di potere in astratto", e, cioè, dell'assenza di qualsiasi norma giuridica attributiva del potere esercitato, quello dell'annullabilità resta integrato dalla "carenza di potere in concreto", e, cioè, dall'esercizio della funzione (astrattamente assegnata all'amministrazione, come nel caso in esame) in difetto delle condizioni prescritte dalla legge attributiva per il suo corretto esercizio (Cons. Stato, sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5228).

f) In ordine alla questione dell'individuazione della determinazione formale che integra il rispetto del precetto in esame, risulta agevole il rilievo che l'avviso di avvio del procedimento non vale (così come anche altri atti endoprocedimentali) a consacrare l'osservanza del termine perentorio massimo. Il rispetto di quest'ultimo esige, infatti, la formalizzazione, entro la data di consumazione del potere, dell'adozione dell'atto di secondo grado.

g) Il problema dell'identificazione del *dies a quo* del termine di diciotto mesi per l'esercizio dei poteri di autotutela nella SCIA, che si risolveva nel quesito sul computo del termine dal giorno della presentazione della segnalazione o da quello di consumazione dei poteri di inibizione e di conformazione dell'attività, risulta ormai risolto. Il suggerimento del Consiglio di Stato (formalizzato nel primo parere sul d.lgs. SCIA) ha avuto, infatti, un riscontro decisivo e la questione risulta ormai chiarita mediante l'espressa (e opportuna) previsione, all'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 222 del 2016, che il termine di diciotto mesi inizia a decorrere dalla data di scadenza del termine previsto per l'esercizio dei poteri ordinari di verifica da parte dell'Amministrazione competente.

h) La questione della natura, obbligatoria o facoltativa, del potere di annullamento d'ufficio deve intendersi risolta con la sua classificazione come atto discrezionale (Barone, Sinisi), secondo le argomentazioni sopra sintetizzate. Sennonché tale qualificazione sembra messa in crisi da due diposizioni: la clausola aggiunta alla fine del primo comma dell'art. 21-*novies* ("rimangono ferme le responsabilità connesse…") e l'art. 211, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, che configura un'ipotesi di annullamento d'ufficio doverosa, in caso di raccomandazione della ri-

mozione di atti di gara illegittimi da parte dell'ANAC, addirittura con la previsione di sanzioni a carico della stazione appaltante rimasta inadempiente. La prima norma, che potrebbe essere letta come significativa della responsabilità del funzionario che, pur essendovi tenuto, non annulla l'atto illegittimo (con conseguente doverosità di quest'ultimo), dev'essere, invece, interpretata come significativa della responsabilità del funzionario che ha adottato l'atto illegittimo di primo grado, anche se non è stato annullato in sede di autotutela (con la conferma quindi del carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio). La seconda disposizione rivela, invece, il carattere asistematico di un invito cogente ed eteronomo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di un atto illegittimo, la verifica dei cui presupposti deve restare, invece, riservata all'autorità che esercita la prelativa potestà, e se ne auspica una correzione nel decreto legislativo correttivo del d.lgs. n.50 del 2016. (*contra*, vedi *supra*, Maria Immordino).

i) Un'altra, rilevante questione attiene alla verifica dell'operatività della preclusione temporale di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio di atti contrastanti con il diritto dell'UE. Com'è noto, tradizionalmente l'autotutela è stata considerata lo strumento più appropriato per la rimozione obbligatoria di atti anticomunitari, sicchè la fissazione del termine ultimo per l'espletamento di quel potere pone la questione dell'applicabilità del limite anche agli atti violativi dell'ordine giuridico europeo. Sono state formulate, al riguardo, due tesi: a) il termine non rileva, a fronte dell'esigenza di garantire l'attuazione del diritto europeo (in ossequio ai principi della sua effettività e della sua primazia) e, se è scaduto, si deve comunque annullare l'atto ad esso contrario e disapplicare l'art. 21-*novies* (Francario); b) le esigenze di tutela dell'affidamento valgono anche per gli atti contrastanti con il diritto dell'Unione e, quindi, il termine opera anche per il loro annullamento (D'Ancona). Nella consapevolezza che ciascuna delle due ricostruzioni presenta argomenti solidi e si fonda su ragioni attendibili, ci permettiamo di segnalare come preferibile una soluzione intermedia: il termine di diciotto mesi non opera solo quando si tratti di assicurare l'attuazione di decisioni puntuali della Commissione o della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la duplice conseguenza che gli atti amministrativi contrastanti con esse devono (e non possono) essere annullati anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi, previa disapplicazione dell'art. 21-*novies* in quanto contrastante con i ricordati principi europei, e che i relativi provvedimenti di secondo grado non possono essere considerati illegittimi per violazione della predetta regola. La preclusione temporale con-

tinua, invece, ad operare per atti affetti da violazioni europee di natura diversa, in relazione alle quali non si ravvisano ragioni che giustifichino la deroga alla regola generale codificata dalla novella (peraltro espressiva del principio, anch'esso di genesi europea, di proporzionalità).

j) Ma la questione esegetica più ardua è quella che attiene ai problemi di diritto transitorio. Si tratta della questione, di incerta soluzione, dell'applicabilità del termine anche ai provvedimenti adottati prima della legge del 2015 e dell'individuazione del *dies a quo* per il suo computo. Ancorché costituisca una regola di buona tecnica normativa quella che impone, quando si introducono nuovi canoni di azione amministrativa, di regolare espressamente la sua applicabilità alle fattispecie aperte (e cioè non concluse al momento dell'entrata in vigore della nuova legge), l'art. 21-*novies* tace sul suo regime transitorio. Dovrebbe, allora, soccorrere, in via generale, l'art. 11 delle preleggi che, tuttavia, è stato declinato secondo regole diverse: quella del *tempus regit actum* e quella della insensibilità del procedimento amministrativo alle regole giuridiche sopravvenute. La regola della irretroattività delle leggi non appare, allora, risolutiva. La questione, come si vede, si presenta oggettivamente difficile e si presta ad essere risolta in ossequio a regole ermeneutiche differenti e con approdi ricostruttivi divergenti (come attestato dalle contrastanti pronunce giurisprudenziali finora registrate). Astenendoci da una compiuta ed esauriente disamina delle diverse interpretazioni giurisprudenziali del problema (che esula dai confini ~~della presente relazione~~), ci limitiamo ad osservare che, in attesa di un chiarimento legislativo, la soluzione del problema non può prescindere dalla considerazione della finalità dell'innovazione e delle connesse esigenze di stabilizzazione dei titoli abilitativi, con la conseguenza che devono preferirsi le soluzioni ermeneutiche che garantiscano la certezza delle situazioni giuridiche originate da atti ampliativi e che, quindi, precludano l'esercizio del potere di autotutela oltre la sua consumazione temporale, da verificarsi alla stregua della normativa vigente al momento del suo esercizio. In coerenza con le coordinate ermeneutiche appena tracciate appare, in definitiva, preferibile giudicare applicabile la nuova disposizione anche ai provvedimenti invalidi adottati prima della sua entrata in vigore e ritenere che, per quelli per i quali il termine di diciotto mesi sia ancora aperto a quest'ultima data, lo stesso debba computarsi dalla data di emanazione dell'atto illegittimo e non da quella della vigenza della novella.

5. *Conclusioni*

Le questioni regolative implicate dall'istituto dell'annullamento d'ufficio si rivolvono, a ben vedere, nell'antinomia tra l'esigenza del rispetto della legge e l'interesse a che l'indefettibile e inesauribile conformazione al dettato legislativo delle attività private originate e assentite da decisioni pubblicistiche non scardini le istanze di certezza che devono presidiare i rapporti giuridici di genesi amministrativa.

Si tratta di un'aporia, di un conflitto logico dal quale è difficile uscire indenni.

O si privilegia la legge, con il corollario che non può ammettersi la persistente efficacia di atti che l'hanno violata, o si preferisce la stabilità dei provvedimenti amministrativi ampliativi, ma, allora, si sacrifica la legge sull'altare della certezza delle situazioni prodotte da atti contrari ad essa.

Il dominio assoluto e dogmatico della legge non appare, tuttavia, più sostenibile.

Sovviene, al riguardo, la "Favola delle api" di Bernard de Mandeville nella quale l'intervento "moralizzatore" di Giove ha ridotto in miseria l'alveare, prima prospero e benestante.

Il paradosso di Mandeville, lungi dall'essere inteso come un inno all'illegalità, serve solo a insegnare che la pretesa di un controllo legale assoluto e incondizionato sulle attività produttive finisce per produrre più danni di quelli che vuole evitare.

Nella ricerca incessante di un proporzionato bilanciamento tra l'interesse pubblico al rispetto della legge e quello privato alla conservazione di situazioni di vantaggio prodotte dalla stessa amministrazione ci pare, allora, che la novella del 2015 abbia raggiunto un giusto equilibrio.

Le esigenze di ripristino della legalità restano salvaguardate, ma hanno perduto quel carattere di sacralità che ne imponeva, in origine, l'assoluta e incondizionata soddisfazione.

Non ci resta, quindi, che formulare l'auspicio che la nuova configurazione normativa del potere di annullamento d'ufficio serva ad assicurare quella certezza sulla stabilità dei titoli amministrativi che si risolve in una condizione essenziale per lo sviluppo economico del Paese (M.A. Sandulli).

ALDO SANDULLI

LA REVOCA DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO E LA TUTELA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO: UNA QUESTIONE DI BILANCIAMENTO?

SOMMARIO: 1. La revoca del provvedimento tra tradizione e innovazione. – 2. Il riconoscimento ultrastatale della tutela del legittimo affidamento a seguito di revoca: il caso *Micula*. – 3. Revoca e tutela del legittimo affidamento nel diritto europeo. – 4. La revoca del provvedimento nell'esperienza tedesca e francese. – 5. La revoca quale meccanismo di revisione dei risultati originariamente prodotti. – 6. La revoca e la ricerca del proporzionato bilanciamento. – 7. La revoca per sopravvenienza. – 8. La revoca per pentimento. – 9. L'indennizzo e la sua quantificazione. – 10. Possibili linee di sviluppo della revoca.

1. *La revoca del provvedimento tra tradizione e innovazione*

Quello relativo al rapporto tra revoca del provvedimento amministrativo e tutela del legittimo affidamento è un tema centrale del diritto amministrativo, perché consente di ragionare sia sulla parte tradizionale del rapporto tra amministrazione e cittadino – relativa al modo di perseguire l'interesse pubblico e di esercitare il pubblico potere e del conseguente sacrificio che può essere richiesto all'interesse del privato – sia sulla parte degli studi amministrativi che – sui diversi versanti, da un lato, dell'aspetto garantistico e della stabilità del rapporto (nonché del ristoro dell'alterata stabilità) e, dall'altro, dei principi di buon andamento e di efficacia – mostra come i principi del diritto amministrativo abbiano ormai un ampio riconoscimento anche oltre lo Stato.

Ciò ha condotto verso un graduale ridimensionamento, nel nostro ordinamento, del generale potere di revoca dell'amministrazione, che si inscrive nel più ampio processo di erosione del potere discrezionale della pubblica amministrazione e di valorizzazione del principio di stabilità dei rapporti giuridici.

È ovvio che studiare un tema così capillarmente approfondito, che affonda le proprie radici nelle origini del diritto amministrativo continentale, implica che l'analisi sia estesa sia sul piano verticale, della profondità storica del percorso plurisecolare, sia sul piano orizzontale, della

varietà di modi di strutturazione degli atti di ritiro nelle esperienze degli altri ordinamenti.

E forse proprio da quest'ultimo profilo conviene avviare l'indagine, al fine di mostrare le diverse angolazioni dalle quali può guardarsi all'istituto della revoca, con modalità di ricaduta variabili nelle sfere giuridiche dei soggetti interessati dall'esercizio del potere pubblico.

2. *Il riconoscimento ultrastatale della tutela del legittimo affidamento a seguito di revoca: il caso* Micula

Può essere produttivo affrontare il tema della revoca dalla parte opposta rispetto al potere esercitato e all'interesse pubblico da perseguire e, cioè, dalla parte del principio di tutela del legittimo affidamento. Questo per dimostrare come il cambio di atteggiamento nei riguardi del potere di revoca possa essere dipeso in buona parte dal processo di integrazione europea e dal crescente ed estensivo riconoscimento della tutela dell'affidamento legittimo. Un principio, proveniente dal diritto tedesco, che non è soltanto di rango europeo, in quanto ampiamente elaborato e riconosciuto dalla Corte di giustizia, ma che si è ormai affermato anche presso gli organismi di tutela globali.

Proprio al fine di evidenziare tale aspetto, si prenderanno le mosse dalla pronuncia del Tribunale arbitrale dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) sul caso *Micula*.

Sul finire dello scorso secolo, la Romania era impegnata nella transizione verso un sistema di economia di mercato, in prospettiva di un'adesione del paese alla Unione Europea. Lo Stato, al fine di incoraggiare gli investimenti privati, aveva previsto misure di sostegno agli investimenti privati (con una normativa del 1998, EGO 24), per imprese che fossero in possesso di certificati requisiti (PIC – *Permanent Investor Certificate*), in particolare nelle zone meno sviluppate del paese, che ponevano però problemi di compatibilità con le regole europee sulla concorrenza, in particolare con il divieto o comunque il limite alla concessione di aiuti alle imprese da parte degli Stati membri.

I fratelli Micula, di origine rumena ma cittadini svedesi, si impegnavano a investire in una regione depressa della Romania (area di Ștei-Nucet, provincia di Bihor) agli inizi degli anni 2000, ottenendo PIC (il 1° giugno 2000 e il 17 maggio 2002) validi fino al 1° aprile 2009, mantenendo i loro investimenti per un periodo pari al doppio di quello du-

rante il quale essi beneficiano dei vantaggi introdotti dalla disciplina rumena (EGO 24).

Nel 1995, però, la Romania aveva stipulato con la Comunità europea un accordo di preparazione all'adesione, in cui si impegnava (art. 64), in particolare, a rispettare l'intero *corpus* di norme dell'Unione in materia di aiuti di Stato. Per rispettare tale impegno, fra l'altro, la Romania ha approvato la legge n. 143/1999 sugli aiuti di Stato, che attribuiva ad apposita autorità nazionale (il Consiglio per la concorrenza) funzioni di controllo della compatibilità con la disciplina sugli aiuti di Stato degli aiuti concessi alle imprese dalla Romania.

Nel maggio 2000 il Consiglio per la concorrenza rumeno aveva adottato la decisione n. 244/2000, nella quale constatava che alcuni incentivi offerti nel quadro della EGO 24 (fra cui in particolare l'esenzione dal pagamento, ovvero il rimborso, dei dazi doganali sulle materie prime) falsavano la concorrenza; raccomandava, pertanto, che tali benefici venissero revocati. Il Governo e il Parlamento rumeno, però, mantenevano in vigore i benefici e i giudici rumeni, cui si era rivolto il Consiglio per la concorrenza, avevano avallato tale indirizzo.

Nel frattempo, però, nel contesto dei negoziati di adesione della Romania all'UE, quest'ultima pretendeva, quale condizione per il successo dei negoziati, l'abrogazione di quasi tutti gli incentivi previsti dalla EGO 24, che pertanto venivano revocati il 31 agosto del 2004 con effetti a decorrere dal 22 febbraio 2005.

Nel luglio 2005, i fratelli Micula, sul presupposto della cittadinanza svedese, chiedono all'ICSID, di istituire un Tribunale arbitrale, ai sensi delle disposizioni del Trattato bilaterale di investimento (BITs), stipulato nel 2003 fra Svezia e Romania (*Agreement Between the Government of the Kingdom of Sweden and the Government of Romania on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment*), che consentono appunto agli investitori privati di adire un tribunale arbitrale internazionale ove ritengano che i diritti loro riconosciuti loro dal BIT siano violati dallo Stato ospitante.

Essi sostengono, in particolare, che la decisione del governo rumeno di revocare gli incentivi per l'importazione delle materie prime abbia violato l'art. 2 (3) del BIT fra Svezia e Romania, che dispone come segue: «*Each Contracting Party shall at all times ensure fair and equitable treatment of the investments by investors of the other Contracting Party and shall not impair the management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof, as well as the acquisition of goods and services or the sale of their production, through unreasonable or discriminatory measures*».

I fratelli Micula domandano inizialmente il ripristino degli incentivi, ma poi, nel corso del giudizio, convertono la domanda in una richiesta di risarcimento danni.

Dopo un lungo giudizio, nel corso del quale è intervenuta anche la Commissione europea, per chiedere il rigetto del ricorso dei fratelli Micula, il Tribunale arbitrale, con lodo dell'11 dicembre 2013, ha invece accolto le ragioni dei ricorrenti, rilevando in particolare che la revoca degli incentivi previsti dalla EGO 24 aveva violato il legittimo affidamento degli stessi al mantenimento di tali incentivi fino al 1° aprile 2009.

La misura domestica, imposta dalla UE, si pone dunque in contrasto con un principio tipico del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare, previsto però da un accordo internazionale e fatto rispettare da un tribunale internazionale adito non già da uno Stato, ma direttamente da un soggetto privato.

Il Tribunale costruisce il problema nei seguenti termini: «*who bore the risk of regulatory change: the state or the investors who benefitted from the existing regulatory regime*»? Il collegio arbitrale chiarisce che il principio del *fair and equitable treatment* non può essere interpretato nel senso di conferire un diritto alla *regulatory stability* all'investitore privato, su cui grava il rischio del cambiamento regolatorio, salvo che lo Stato, con la propria condotta, non abbia creato una legittima aspettativa, su cui l'investitore abbia fatto ragionevolmente affidamento. La questione cruciale, pertanto, di fronte al Tribunale è quella di accertare se la Romania abbia contribuito a creare nei fratelli Micula una ragionevole aspettativa di stabilità regolatoria, poi "tradita" dai provvedimenti che hanno invece modificato il quadro normativo vigente.

La risposta del Tribunale a questo interrogativo cruciale è positiva: «*the legislative framework in Romania between the years 1998-2002 (taking into consideration EU law, as it applied to Romania at the time), together with the PICs, instilled in the Claimants a legitimate expectation that they would be entitled to the EGO 24 incentives, in substantially the same form as when they received their PICs, until 1 April 2009*».

Al di là del caso specifico, ciò che rileva, ai fini del presente scritto, è il riconoscimento da parte di un organismo giudicante ultrastatale del principio di tutela del legittimo affidamento in occasione dell'esercizio del potere di revoca da parte dall'amministrazione. Tra i principi di riconosciuta diffusione ultrastatale vi sono quindi, legati da stretta connessione, il principio di stabilità dei rapporti e quello di tutela del legittimo affidamento, volto a tutelare gli interessi dei privati (e, in particola-

re, degli investitori) nei confronti dell'attività autoritativa dei poteri pubblici.

3. *Revoca e tutela del legittimo affidamento nel diritto europeo*

Si tratta, d'altra parte, di principi ormai radicati nel diritto europeo. Su tale tematica vi è, come è noto, una ricca casistica giurisprudenziale della Corte di giustizia europea, dal momento che il principio del legittimo affidamento, storicamente derivante dall'ordinamento tedesco, è il modo con il quale il giudice europeo, sin dalla fine degli anni Cinquanta dello scorso secolo (C. giust., sent. 12 luglio 1957, *Algera Dineke c. Alta autorità*, C-7/56, 3/57 e 7/57, in *Racc*., 1957, 81 ss.), fornisce protezione alla certezza e alla stabilità degli ampliamenti della sfera giuridica soggettiva protetta.

Sono numerosi i casi nei quali sia la Corte di giustizia sia il Tribunale di primo grado hanno dichiarato che «la revoca» – *nomen* che si utilizza in modo atecnico, dal momento che nell'ottica del giudice europeo comprende anche quello che noi chiamiamo annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo, con effetti retroattivi – «di un atto illegittimo è consentita solo entro un termine ragionevole e se l'istituzione da cui emana ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui il destinatario dell'atto ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dello stesso. Se queste condizioni non sono soddisfatte, la revoca lede i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento e deve essere annullata» (CGCE, 26 febbraio 1987, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo c. Commissione*, C-15/85, e ancor prima CGCE 3 marzo 1982, *Alpha Steel c. Commissione*, C-14/81).

Non è questa la sede per passare in rassegna la vasta giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, seppur talvolta ondivaga, riconosce ampia estensione al principio nell'ordinamento europeo. D'altra parte, ciò che le istituzioni europee intendono primariamente tutelare è il valore della stabilità, poiché in chiave europea è fondamentale garantire la certezza dei rapporti, quale incentivo per gli operatori privati a entrare in relazione con l'amministrazione e a compiere investimenti economici in un determinato ordinamento giuridico.

Ciò che si può sinteticamente riassumere è che la Corte di giustizia si è ispirata per lo più all'ordinamento tedesco, ma, come spesso fa, mixando con soluzioni adottate in altri sistemi giuridici degli Stati membri. L'*humus* di fondo è costituito dal fatto che le istituzioni europee,

per ciò che riguarda gli atti di ritiro, non sono sottoposte al principio di doverosità, potendo discrezionalmente valutare in quali casi prendere in considerazione l'ipotesi di revoca e in quali astenersi.

Pur avendosi a livello europeo una dizione comune di "revoca" per l'annullamento d'ufficio e la revoca, una distinzione generale e trasversale è comunque stata introdotta dalla giurisprudenza: lo spartiacque, come è noto, è costituito dall'illegittimità o legittimità dell'atto oggetto di ritiro. Quanto agli atti illegittimi, è stata posta una serie di limiti alla restaurazione dell'ordine giuridico violato, ma il ritiro dell'atto illegittimo è generalmente ammesso, anche *ex tunc*, in presenza di taluni parametri e requisiti (termine ragionevole; attualità dell'interesse pubblico; adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco, compresi quelli dei controinteressati; tutela della stabilità dei rapporti e dell'affidamento legittimo). Per gli atti legittimi, invece, può aversi soltanto una revoca *ex nunc*, poiché sono tutelati al massimo grado i principi della certezza e stabilità dei rapporti e della tutela del legittimo affidamento. Ovviamente, le garanzie per gli interessi privati operano soltanto in caso di comportamento in buona fede del soggetto tutelato, in assenza del quale l'amministrazione non è tenuta alla salvaguardia della situazione giuridica del soggetto leso. La revoca degli atti legittimi è comunque molto limitata, perché può operare soltanto nei riguardi degli atti dichiarativi (qui l'ispirazione è alla disciplina francese) – e, pertanto, degli atti adottati in assenza di discrezionalità – e può intervenire, entro un termine ragionevole, esclusivamente per mutamento della situazione di fatto o di diritto. Per gli atti costitutivi (connotati solitamente da agire discrezionale), invece, prevale sempre la tutela del legittimo affidamento, a meno di specifiche previsioni normative settoriali che valorizzino i profili di convenienza del perseguimento di interessi di rilievo europeo. Sin qui la giurisprudenza europea ha tratto ispirazione, principalmente, dal modello tedesco (il quale, peraltro, come si vedrà tra breve, distingue espressamente annullamento d'ufficio e revoca). Per l'ordinamento europeo riveste invece meno rilievo l'ampliamento o la restrizione della sfera giuridica del destinatario, che è importante nell'esperienza francese e significativa anche in quella tedesca; difatti, non ha sin qui avuto seguito la Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013, nella quale si è stabilito che ai fini del ritiro degli atti emessi dalle istituzioni europee va operata «una netta distinzione tra la procedura da seguire per la revisione di decisioni adottate che ledono gli interessi di una persona e di quelle che comportano invece un beneficio per la persona».

Ne deriva che la revoca degli atti legittimi, a livello europeo, è gui-

data per lo più da due criteri base: la tutela del legittimo affidamento dei privati e la proporzionata ponderazione degli interessi in gioco, compresi quelli degli eventuali controinteressati. Se ne ricava che, a livello europeo, circa la revoca dell'atto legittimo, che ha quale meccanismo ispiratore il criterio efficientistico, il perseguimento dell'interesse pubblico è stretto con poca possibilità di movimento nella morsa degli interessi privatistici e tale perseguimento è ammesso esclusivamente in presenza di un controllo di proporzionalità che, sbilanciato fortemente verso la tutela degli interessi privati, dia un saldo positivo principalmente in relazione proprio alla tutela di tali interessi. Ne scaturisce una lettura sostanzialmente "contrattualistica" dell'esercizio del potere di revoca (di depotenziamento, quindi, del criterio della funzionalizzazione dell'interesse pubblico), sulla falsariga dell'esercizio del recesso contrattuale.

4. *La revoca del provvedimento nell'esperienza tedesca e francese*

La disciplina della revoca nel diritto europeo mostra come vi siano due tradizioni principali che si sono sviluppate in materia: quella tedesca e quella francese. Pare opportuno porle brevemente a confronto, prima di poter affrontare il tema dall'angolazione indigena.

Innanzitutto, contrariamente al diritto europeo e allo stesso modo che da noi, in entrambi gli ordinamenti l'annullamento d'ufficio ha disciplina separata dalla revoca. In Germania, infatti, si distingue il *Zurücknahme* dal *Widerruf*, allo stesso modo in cui in Francia si distingue il *retrait* dall'*abrogation*.

Nell'ordinamento tedesco la disciplina degli atti di ritiro ruota attorno al principio di tutela dell'affidamento e l'aspetto interessante è che la giurisprudenza amministrativa tedesca ha costruito tale protezione negli anni Cinquanta e, cioè, negli stessi anni in cui la Corte di giustizia lo ha fatto a livello europeo: si è trattato, quindi, di un vicendevole scambio di esperienze e non di una influenza unidirezionale (dall'ordinamento dello Stato membro a quello sovranazionale).

La duplice bipartizione che, nell'ordinamento tedesco, presiede alla disciplina, è tra atti illegittimi e legittimi e tra atti che producono effetti favorevoli e pregiudizievoli.

La revoca dell'atto legittimo favorevole opera *ex nunc* e può intervenire (dunque, l'agire non è doveroso) soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, i quali però comprendono un novero di casi piutto-

sto esteso: inadempimento di un onere connesso, modifica della situazione di fatto o di diritto, prevenzione o rimozione di gravi pregiudizi all'interesse pubblico. Dunque, è contemplata la revoca per sopravvenienza, ma il riferimento *tout court* al pregiudizio dell'interesse pubblico lascia la porta aperta anche alla revoca per pentimento. Tutto ciò in un contesto che orbita, come detto, attorno al principio di tutela dell'affidamento e della stabilità dei rapporti, implicandosi limiti temporali, da un lato, e ipotesi di ristoro del danno subito, dall'altro: la revoca di un atto legittimo favorevole, infatti, può essere effettuata soltanto entro un anno dalla conoscenza dei fatti che sono alla base dell'atto di ritiro, prevedendosi peraltro la possibilità di ristoro del danno patrimoniale subito e di risarcimento per equivalente. L'applicazione anche alla revoca dei limiti temporale e risarcitorio fanno sì che essa possa costituire un'opzione alternativa e ausiliaria rispetto all'annullamento d'ufficio, con ciò finendo per diluirsi la distinzione tra i due istituti.

Nell'ordinamento francese la disciplina degli atti di ritiro è adesso codificata negli artt. 242 e 243 del *Code des relations entre le public et l'administration*. La bipartizione principale concerne il tipo di effetti prodotti dal provvedimento amministrativo e, in particolare, primariamente, se esso sia o meno creativo di diritti e, in subordine, se si tratti di provvedimento legittimo o illegittimo.

Nel caso in cui il provvedimento amministrativo crei diritti, esso può essere ritirato soltanto nel caso di illegittimità dello stesso ed esclusivamente entro quattro mesi dall'adozione della decisione (242-1). Le uniche due eccezioni alla regola generale previste dall'ordinamento sono le seguenti: se la conservazione del diritto sia subordinata a una condizione non soddisfatta; in relazione a una sovvenzione, nel caso in cui le condizioni poste al suo rilascio non siano state osservate (242-2). L'amministrazione deve ritirare il provvedimento illegittimo laddove ne faccia espressa richiesta il destinatario e non sia stato superato il termine di quattro mesi dall'adozione (242-3). Il provvedimento, anche legittimo, può altresì essere ritirato su espressa richiesta del destinatario, senza limiti temporali, laddove il suo ritiro non produca danni a terzi e sia sostituito da un provvedimento più favorevole per il destinatario (242-4).

Laddove il provvedimento non crei diritti, si distingue la revoca dall'annullamento. Un atto regolamentare o un provvedimento non creativo di diritti può essere sempre revocato, per qualsiasi motivo e senza limiti temporali (243-1). L'amministrazione ha il dovere di revocare un atto regolamentare illegittimo o privo di scopo, sia che

l'illegittimità sia originaria sia che essa sia sopravvenuta, tranne nel caso in cui l'illegittimità sia cessata. L'amministrazione ha il dovere di revocare un provvedimento non regolamentare e non creativo di diritti illegittimo o privo di scopo soltanto in ipotesi di sopravvenienza (243-2). L'amministrazione può annullare un atto regolamentare o non regolamentare e non creativo di diritti soltanto se esso sia illegittimo e se non siano già trascorsi più di quattro mesi dalla sua adozione (243-3), tranne ovviamente nel caso in cui si tratti di una misura sanzionatoria adottata dall'amministrazione, la quale può essere sempre annullata (243-4).

Dalla traduzione degli articoli del Codice relativi all'annullamento d'ufficio e alla revoca si ricava che il principio valorizzato al massimo dall'ordinamento francese è quello di certezza e di stabilità dei rapporti, poiché il ritiro del provvedimento adottato è ipotesi assai limitata, soprattutto nel caso in cui esso incida su posizioni di vantaggio dei destinatari; a spazi di discrezionalità, limitati e orientati, si affiancano ipotesi di doverosità, legate al ripristino della legalità violata per quanto concerne la disciplina astratta e generale e la situazione giuridica soggettiva protetta del destinatario in ordine all'attività puntuale (e, quindi, completamente scissa dal perseguimento dell'interesse pubblico); la disciplina di annullamento e revoca è frammista, poiché per gli atti creativi di diritti non vi sono distinzioni, anche perché il ritiro è ammesso quasi esclusivamente per gli atti illegittimi; nell'ordinamento francese, la revoca di un atto legittimo è ridotta ai minimi termini, prescindendosi quasi completamente dall'interesse pubblico e prendendo in considerazione esclusivamente la posizione di vantaggio del destinatario e soltanto laddove non vi si contrappongano contrastanti interessi dei controinteressati (si tratta del già esaminato art. 242-4). E questo è il motivo per cui, oltralpe, non si pone il problema indennitario o risarcitorio.

Si tratta, pertanto, di due concezioni diverse del potere di ritiro degli atti amministrativi. Nella costruzione francese, il legislatore ha già operato a monte buona parte del bilanciamento tra interessi, vincolando lo stesso per via legislativa e prediligendo il principio di stabilità dei rapporti giuridici. In quella tedesca, pur nell'accentuata tutela del principio del legittimo affidamento, il bilanciamento tra interessi è tuttora demandato all'amministrazione, che ha consistenti spazi discrezionali per operare attraverso procedimenti di secondo grado, sempre prevedendo forme di ristoro degli interessi sacrificati.

5. *La revoca quale meccanismo di revisione dei risultati originariamente prodotti*

Ne scaturisce un quadro in cui non soltanto il diritto ultrastatale, ma anche i principali ordinamenti dell'Europa continentale hanno valorizzato in modo considerevole i principi di tutela del legittimo affidamento e di stabilità dei rapporti giuridici, per cui uno tra i problemi più significativi del riesercizio del potere consiste, come si è già avuto modo di vedere, nel verificare quali ne siano i limiti.

A tal fine, si può spostare l'attenzione sulla disciplina nazionale, nella quale la tutela del legittimo affidamento, pur valorizzata nel corso degli ultimi decenni, è tuttora vissuta come un accidente rispetto all'esercizio del potere amministrativo.

In tal senso, l'analisi del potere amministrativo di revoca è quasi paradigmatico. Esso, nato come istituto giurisprudenziale e dottrinale, è stato nel 2005 codificato, quale potere di carattere generale, nella legge sul procedimento amministrativo, all'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990. Il riferimento alla revoca *ex* art. 21-*quinquies* non richiede neanche di specificare che ovviamente restano fuori dal presente scritto le forme di cd. revoca-sanzione derivanti da norme speciali e le tipologie legate alla violazione o al venir meno di presupposti, requisiti, prescrizioni tecniche, ecc.

Come è noto, la revoca consente all'amministrazione di eliminare gli effetti futuri (efficacia *ex nunc*) di un provvedimento ad efficacia durevole che non sia più in grado di consentire il perseguimento dell'interesse pubblico (ma si ritiene che possa investire anche provvedimenti ad efficacia istantanea i cui effetti non si siano ancora concretamente prodotti: il comma 1-*bis* del citato articolo, infatti, contempla espressamente la possibilità di revoca di provvedimenti istantanei incidenti su rapporti negoziali). Per lungo tempo si è disputato attorno al fatto che tale potere fosse un attributo naturale della pubblica amministrazione: oggi, con il riconoscimento normativo in seno alla legge sul procedimento, si è stemperato il rilievo di tale profilo, essendo tale potere a carattere generale espressamente conferito da disposizioni normative.

Ciò che rileva, ai fini della revoca, è il venir meno dell'efficacia del provvedimento produttivo di effetti durevoli nel tempo (e, quindi, che non abbia già esaurito i suoi effetti istantaneamente; o, come si è accennato, i cui effetti istantanei non si siano già prodotti). Non si guarda, pertanto, all'illegittimità o meno del provvedimento originario, bensì

all'idoneità o meno a perseguire l'interesse pubblico: in tal senso, si dice che la revoca non sia un provvedimento di riesame volto al ripristino della legalità violata (come per l'annullamento d'ufficio), ma un provvedimento di revisione dei risultati prodotti dal provvedimento in riferimento all'interesse pubblico perseguito (di qui la connessione con il principio di efficacia). La revoca è forse l'istituto del diritto amministrativo nel quale più emerge la tensione all'interesse pubblico dell'azione amministrativa, ciò che si è soliti indicare come la funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento del pubblico interesse.

Il fatto che il *focus* della revoca sia concentrato sull'interesse pubblico spiega il motivo per il quale l'elemento della legittimità o illegittimità del provvedimento passi in secondo piano in relazione all'utilizzo di tale istituto. La revoca, infatti, può teoricamente intervenire anche in relazione a un provvedimento illegittimo, poiché la spinta alla revoca è data dall'impossibilità di conseguire l'interesse pubblico e, quindi, da valutazioni di non convenienza e inopportunità, non dall'esigenza di ripristino della legalità violata. Il problema, in caso di illegittimità del provvedimento originario, non è nella revoca in sé, ma nelle conseguenze che ne scaturiscono ai fini dell'erogazione dall'indennizzo al privato: la revoca, difatti, implica l'indennizzo, mentre ciò non avviene per l'annullamento d'ufficio. Con la conseguenza che, se il funzionario amministrativo decidesse di revocare un provvedimento illegittimo, si esporrebbe certamente a ipotesi di responsabilità amministrativo-contabile per l'esborso dell'indennità in favore del privato revocato. Da ciò deriva la rarità di casi di revoca del provvedimento illegittimo.

6. *La revoca e la ricerca del proporzionato bilanciamento*

L'operazione che l'amministrazione compie con la procedura di revoca, pertanto, è volta a valutare in modo discrezionale la rispondenza all'interesse pubblico degli effetti del provvedimento amministrativo originario connotato anch'esso da discrezionalità. Proprio la duplice presenza della discrezionalità amministrativa (per come concepito l'istituto nel nostro ordinamento) conduce a ragionare attorno allo svolgimento di un percorso logico di valutazione della rispondenza dell'interesse pubblico che implica l'esercizio di una sorta di verifica di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Tale valutazione amministrativa discrezionale, difatti, è costruita su tre *steps*. Innanzitutto, vi è una verifica di idoneità allo scopo: si valuta,

cioè, se il provvedimento originario (adottato sulla base di potestà discrezionale) conservi l'idoneità al vincolo di scopo e, quindi, se consenta ancora di perseguire l'interesse pubblico. Se il provvedimento non è idoneo, si passa allo *step* che si potrebbe definire, della necessarietà, dovendosi verificare se l'esercizio del potere di revoca possa comportare un sacrificio oltre misura per i soggetti che usufruivano dei vantaggi derivanti dal provvedimento originario ad efficacia durevole. Vi è poi il terzo *step*, quello della giusta misura del potere da esercitare, che però, come è noto, è situato proprio al confine con il merito amministrativo, per cui resta al di là dell'eventuale sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo: l'amministrazione scende certamente anche questo gradino del merito, ma il giudice lo fa molto raramente (e quando ciò avviene, il rischio è che si producano più danni che benefici). L'amministrazione il gradino lo deve scendere necessariamente, in relazione alla revoca, perché il problema riguarda essenzialmente l'inopportunità del provvedimento originario e, quindi, l'estensione al merito della decisione amministrativa.

Questo paragone, un po' forzato, tra esercizio del potere di revoca e controllo di proporzionalità (proprio perché, accanto alla stretta proporzionalità, nella revoca vi sono anche valutazioni di pura opportunità, relative ad esempio alla situazione fattuale, che richiedono un secco bilancio costi/benefici e, quindi, un ragionamento, *ex post*, sui risultati effettivamente conseguiti dal provvedimento originario), oltre che suggestivo, è utile per far comprendere il percorso logico che l'amministrazione compie nello scendere verso la valutazione di merito e nel valutare l'efficacia del provvedimento originario e i limiti del potere da esercitare.

E questo, d'altro canto, spiega anche le ragioni per cui sia fondamentale e debba essere particolarmente stringente e dettagliata la motivazione del provvedimento di revoca (nonché tutte le altre garanzie del procedimento), perché deve esporre la rappresentazione delle risultanze istruttorie e, cioè, delineare il percorso argomentativo che l'amministrazione ha seguito al fine della revisione e della rinnovata ponderazione dell'assetto di interessi in gioco.

Si è parlato di agire discrezionale, ma si è discusso molto, negli anni recenti, sulla doverosità dell'azione amministrativa nei casi di istanza prodotta dai soggetti che riceverebbero un beneficio dall'adozione del provvedimento di revoca. Come è noto, in tema di annullamento d'ufficio è recentemente intervenuto il legislatore, sulla falsariga della disciplina francese innanzi ricordata. Per la revoca, invece, il giudizio di

convenienza è lasciato alla valutazione discrezionale dell'amministrazione, anche se la dottrina più avveduta ha segnalato la possibilità di un doveroso procedere a seguito di istanza motivata dell'interessato (e, quindi, di obbligatoria rivalutazione degli interessi in gioco) anche nell'ipotesi di revoca.

7. *La revoca per sopravvenienza*

Come è noto, la revoca può intervenire, ai sensi dell'art. 21-*quinquies*, per sopravvenienza o per pentimento (*jus poenitendi*).

La revoca per sopravvenienza comporta un mutamento della situazione di fatto (si pensi a una nuova tecnologia o alla modificazione della situazione di mercato) ovvero l'intervento successivo di ulteriori motivi di interesse pubblico che determinano l'inidoneità degli effetti scaturenti dall'assetto di interessi definito dal provvedimento originario. La revoca per sopravvenienza costituisce l'ennesima dimostrazione di quanto si diceva innanzi circa la funzionalizzazione del potere amministrativo al conseguimento dell'interesse pubblico, per cui, spostandosi il fuoco dell'interesse pubblico da perseguire, l'amministrazione deve necessariamente aggiustare il tiro per rispondere al vincolo di scopo. La revoca per sopravvenienza, come detto, prende le mosse dal mutare della situazione originaria; per le ragioni innanzi elencate, è quasi naturale che un soggetto governato dall'esigenza di pervenire al fine pubblico sia chiamato a operare sugli effetti del provvedimento.

Ciò, ovviamente, sempre tenendo conto del principio del legittimo affidamento. Il legislatore si è posto il problema del bilanciamento con gli interessi lesi, poiché ha stabilito che la revoca non possa intervenire in caso di prevedibilità del mutamento della situazione di fatto al momento dell'adozione del provvedimento originario. Peraltro, si è rilevato in dottrina che si verrebbe in tal modo a sacrificare oltremisura, sull'altare del legittimo affidamento, il perseguimento dell'interesse pubblico, dal momento che sarebbero conservati e perpetuati gli effetti di un provvedimento che è in contrasto con l'interesse pubblico, a seguito di una non diligente previsione del mutamento della situazione di fatto da parte della pubblica amministrazione. Si tratterebbe, nel caso di specie, di un sacrificio sproporzionato dell'interesse pubblico perseguito, poiché, al fine di colpire il comportamento negligente dell'amministrazione ben si sarebbe potuto far uso di altri possibili strumenti (sanzioni disciplinari più severe, forme più penalizzanti di responsabilità di-

rigenziale da risultato, ecc.). Il legislatore ha invece optato per l'intangibilità del provvedimento reso, anche se del tutto sconveniente e inopportuno. L'intervento del legislatore, pertanto, solleva perplessità: da un lato, si insinua una fattispecie derogatoria al criterio generale della revoca per sopravvenienza, finendo per indebolire l'istituto; dall'altro, soprattutto, si introduce un elemento discretivo di complessa interpretazione, poiché l'elemento prognostico è di per sé mobile ed etereo e presta il fianco a letture strumentali.

La revoca per sopravvenienza implica un mutamento sostanziale della situazione di fatto, per cui non è anomalo che ciò possa condurre alla revisione della situazione originaria oggetto di mutazione. Questo, d'altra parte, accade anche nei rapporti tra privati per i casi di risoluzione del negozio al variare della situazione data: la differenza qui è data dalla particolare valorizzazione dell'interesse pubblico rispetto agli altri interessi. Ma non si tratta di un *unicum* nel nostro ordinamento, poiché lo stesso si verifica con l'art. 11 della legge n. 241/1990 e, cioè, con la facoltà di recesso unilaterale dall'accordo amministrativo cd. verticale conferita all'amministrazione a seguito di sopravvenienze che impediscano il perseguimento dell'interesse pubblico. Fatto sta che l'ipotesi della sopravvenienza costituisce generale e riconosciuta causa di limitazione alla regola *pacta sunt servanda*, poiché tale regola non può essere incisa soltanto *rebus sic stantibus* (si v., in proposito, l'art. 62 della Convenzione di Vienna, per cui, a determinate condizioni, anche gli Stati possono svincolarsi da un trattato a seguito di un cambiamento fondamentale delle circostanze). Se ne ricava che, a prescindere dal fatto per il quale uno o più tra gli interessi in gioco abbiano natura pubblica, la possibilità di mutare equilibrio dei rapporti al mutare della situazione di fatto non costituisce un'anomalia determinata da un esercizio della potestà autoritativa, ma semplice ed equo bilanciamento degli interessi, pubblici e privati che siano.

8. *La revoca per pentimento*

Più problematico è il caso della revoca *jus poenitendi* o per pentimento, perché viene conferito all'amministrazione un potere di ritornare sui propri passi e di rieditare l'assetto di interessi che la stessa aveva già in precedenza licenziato. Si tratta di un vero e proprio potere pubblico di ripensamento dell'assetto di interessi quello esercitato con la revoca *jus poenitendi*, la cui praticabilità è stata ritenuta possibile dalla

dottrina a partire dagli anni Trenta del secolo scorso. L'incisione sulla sfera giuridica soggettiva dei titolari di interessi lesi dall'esercizio del potere di revoca è potenzialmente assai significativa, perché si è in presenza di un provvedimento legittimo, quello originario, e di una situazione di fatto e di un novero di interessi immutato rispetto a quello originariamente in campo. Eppure l'ordinamento concede all'amministrazione il potere di valutare in modo diverso gli interessi, perché il precedente assetto ha dimostrato l'inadeguatezza al perseguimento dello scopo pubblico. In sostanza, il provvedimento originario è ineffettivo, non risponde al principio del buon andamento sotto il profilo del rapporto tra mezzo e fine.

Certo è che qui è più difficile dirimere il conflitto tra il riesercizio del potere amministrativo e la tutela del legittimo affidamento dei soggetti che facevano fede sull'efficacia durevole del provvedimento revocando.

E, in effetti, come è stato rilevato in dottrina, con la revoca *jus poenitendi* siamo in presenza di un riconosciuto errore di ponderazione degli interessi in gioco da parte dell'amministrazione: un errore compiuto al momento della originaria definizione dell'assetto di interessi, la cui conseguenza è l'esercizio del potere di revoca (o, altrimenti, *tertium non datur*, l'errore è commesso nel momento in cui si riedita tale assetto a fini di revoca e, allora, sarà la revoca a essere illegittima).

Acuisce il problema il fatto che entrambe le ipotesi di revoca (per sopravvenienza e per pentimento) siano poste dal legislatore sullo stesso piano quanto alla possibilità di indennizzare il solo danno emergente subito dal soggetto interessato leso. Peraltro, quel che non è concesso dal legislatore sul piano risarcitorio potrebbe pesare sull'amministrazione sul piano erariale: è ovvio che nel caso di revoca *jus poenitendi*, per le ragioni evidenziate nel precedente capoverso, sarà quasi certa la propaggine dell'azione di responsabilità amministrativa-contabile a carico dell'agente chiamato a risponderne.

In caso di revoca per pentimento, il legislatore ha stabilito che la nuova valutazione dell'interesse pubblico non possa comunque intervenire in ordine a provvedimenti autorizzativi o di attribuzione di vantaggi economici. In particolare, eliminando o comunque diminuendo la possibilità di revoca per una parte significativa di provvedimenti (autorizzazioni e sovvenzioni), il legislatore ha fortemente eroso l'ambito di applicazione di tale tipologia di revoca e ha probabilmente valutato che in questi campi mettere in dubbio la stabilità dei rapporti importi maggiori costi rispetto alla conservazione del provvedimento originario ineffettivo.

Si tratta di una disposizione indicativa, perché in essa il legislatore ha preso posizione in favore dei principi di stabilità dei rapporti e della tutela del legittimo affidamento, compiendo un passo significativo nella direzione del graduale superamento di una tipologia di revoca che, più volte in passato, è stata definita una sorta di annullamento d'ufficio *ex nunc*. Pur non essendovi in questa sede lo spazio per richiamare l'amplissima dottrina sui temi classici della revoca e dell'annullamento d'ufficio, va almeno rammentata la tesi di Eugenio Cannada Bartoli, che ha classificato l'inopportunità originaria del provvedimento quale ipotesi di annullamento d'ufficio per ragioni di merito. Al di là della tenuta dell'argomentazione, su cui si è sviluppato un consistente dibattito dottrinale, tale posizione consente di comprendere la problematicità della previsione di una siffatta tipologia di revoca.

Va anche ricordato, peraltro, in senso opposto, che, nel diritto privato, la revoca per pentimento è tradizionalmente la vera e unica tipologia concettuale di revoca (si pensi, ad esempio, alla revoca del testamento), perché il concetto di revoca implica di per sé il ritornare sui propri passi e il pentirsi di un atto proprio adottato: in caso di fatto sopravvenuto, come detto innanzi, si è più vicini alla risoluzione; mentre in una ipotesi di recesso unilaterale, colui che recede incide non soltanto sulla decisione propria, ma anche sulla decisione dell'altro contraente. Sicché, tornando al diritto amministrativo, l'anomalia segnalata in ordine alla possibilità di pentimento deriva più che altro dal diverso modo di comporsi, nell'epoca contemporanea rispetto a qualche decennio fa, del rapporto tra interesse pubblico *tout court* (la soddisfazione delle esigenze della collettività, per cui per il potere pubblico è sempre possibile il ripensamento) e dei principi di stabilità dei rapporti e di tutela del legittimo affidamento, i quali, pur operando incidentalmente in favore di specifiche situazioni giuridiche soggettive, determinano tuttavia anch'essi ricadute di sistema, soprattutto sul piano degli effetti economico-finanziari complessivi.

Certo è che il legislatore, determinando contraddizioni interne difficilmente componibili, ha scelto forse la via meno coerente, perché, per ragioni probabilmente legate al contenimento della spesa pubblica (ma forse anche alla considerazione dello spazio sempre minore di discrezionalità in relazione ai tipi di atti interessati: autorizzatori e attributivi di vantaggi economici), ha introdotto un impedimento all'esercizio dello *ius poenitendi* in relazione soltanto ad alcune tipologie di provvedimenti, in tal modo frammentando la disciplina relativa a tale categoria di revoca e introducendo due "forze" diverse alla tutela dell'affidamento.

In ordine alla revoca per pentimento vi è infine da considerare il fattore tempo, poiché, mentre la revoca per sopravvenienza è correlata a un mutamento intervenuto (del fatto o degli interessi), per cui tale mutamento, in qualsiasi tempo intervenga, può giustificare il potere di revoca, la revoca *jus poenitendi* agisce, per così dire, "a bocce ferme" e, pertanto, c'è da chiedersi se il trascorrere di un significativo lasso di tempo non possa determinare il venir meno di tale potere. Negli altri ordinamenti esaminati è sempre previsto un termine, anche piuttosto breve, per l'esercizio del potere di revoca. Il legislatore nazionale, invece, nulla ha stabilito in proposito, per cui pare aver implicitamente optato per la possibilità di rieditare, in qualsiasi tempo, un assetto di interessi idoneo al perseguimento del fine pubblico, ritenendo sufficiente la previsione dell'indennizzo. La previsione del limite del termine ragionevole, sulla scorta dell'annullamento d'ufficio, sarebbe stata forse la soluzione più adeguata.

9. *L'indennizzo e la sua quantificazione*

Si giunge così al problema della quantificazione dell'indennizzo.

Innanzitutto, va sottolineato che la previsione legislativa di un indennizzo, nel 2005, ha costituito una importante conquista per la tutela del legittimo affidamento del privato. Si è lamentato, in proposito, il rischio di "monetizzare" la lesione dell'affidamento e cioè di far coincidere il ristoro con una somma di denaro e, quindi, con un equivalente economico: mentre il bene della vita cui il privato aspira (la stabilità del provvedimento originario) resterebbe in secondo piano, proprio perché l'interesse del privato sarebbe coperto dal pagamento dell'indennizzo. Ma, come è stato rilevato, tale rischio parrebbe equilibrato da quello del tutto opposto di esporre il funzionario che decide in favore della revoca a un possibile danno erariale a seguito dell'esborso dell'indennizzo da parte dell'amministrazione: con la conseguenza per cui la previsione dell'indennizzo rappresenterebbe un deterrente all'utilizzo della revoca.

Il comma 1-*bis*, introdotto nel 2007, ha previsto, per le revoche sia di provvedimenti ad efficacia durevole sia ad efficacia istantanea che incidano su rapporti negoziali, la liquidazione del solo danno emergente, quindi commisurato alla perdita subita, e non del lucro cessante, commisurato al mancato guadagno, perché altrimenti, laddove comprendesse anche il lucro cessante, coinciderebbe con il risarcimento del danno. Dunque, la tutela del legittimo affidamento sarebbe parziale, perché ri-

guarderebbe soltanto le perdite subite a seguito del venir meno del provvedimento legittimo originario. Su tale falsariga, questa linea è stata poi estesa dalla giurisprudenza anche ai rapporti amministrativi, per cui oramai in tutti i casi di revoca *ex* art. 21-*quinquies* l'indennizzo corrisponde al solo danno emergente.

Hanno attirato l'attenzione degli studiosi, inoltre, le due ulteriori limitazioni ad ottenere l'indennizzo da parte dell'interessato, volte a mettere in dubbio l'affidamento e, dunque, ad avvalorare un comportamento non in buona fede dell'avente diritto all'indennizzo. La disposizione (art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*), infatti, considera, quale elemento negativo ai fini della concessione dell'indennizzo, l'«eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà» all'interesse pubblico dell'atto amministrativo oggetto di revoca e l'«eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico». Al di là del fatto che la disposizione ha conferito giusto rilievo, ai fini indennitari, ai profili della complessiva condotta delle parti e della colpa e della carenza di buona fede degli interessati, la stessa ha comunque ricevuto forti e motivate critiche dalla dottrina. Innanzitutto, si è rilevato che il privato sarebbe chiamato, in tal guisa, a compiere una valutazione dell'interesse pubblico ovvero compartecipare alla definizione dell'interesse pubblico: ciò che ovviamente non è, non trattandosi di una ipotesi di accordo tra amministrazione e privati. In ordine alla seconda ipotesi, poi, non si vede per quale motivo il concorso di altri soggetti, diversi dal contraente, dovrebbe poter incidere sulla possibilità di indennizzo dell'interessato. Di qui l'evidente contraddittorietà di tali previsioni rispetto alla finalità perseguita.

Collegato al tema dell'entità del ristoro è anche il maggiore caso giurisprudenziale degli ultimi anni relativo alla revoca e, cioè, la sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2014.

La questione ha riguardato lo svolgimento di una procedura di gara di appalto, che è stata aggiudicata e per la quale si è proceduto alla stipula del contratto di appalto. La stazione appaltante ha revocato gli atti della procedura di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione. L'aggiudicataria ha impugnato innanzi al giudice amministrativo, sostenendo che non di revoca si trattasse, ma di diritto di recesso o di risoluzione unilaterale e, quindi, la stazione appaltante si sarebbe dovuta fare carico non soltanto dell'indennizzo commisurato al solo danno emergente.

Il Consiglio di Stato si è espresso nel senso del divieto per

l'amministrazione, una volta stipulato il contratto, di esercitare il potere di revoca in luogo del recesso. In particolare, il Consiglio di Stato ha sostenuto che «il divieto di revoca quando sia stato stipulato il contratto si fonda sulla fondamentale ragione dell'affidamento del privato negli impegni reciproci consacrati nell'accordo, sulla cui base egli ha maturato aspettative di profitto e assunto impegni organizzativi che l'art. 21-*quinquies* non impone di considerare (…) e il cui ristoro è ivi previsto soltanto con l'indennizzo, mentre, ad esito del recesso consentito per i contratti di diritto privato, l'amministrazione è obbligata (…) ad una più adeguata compensazione del pregiudizio sofferto dalla controparte».

E, d'altra parte, se non fosse così, finirebbe per essere svuotato di rilievo l'art. 21-*sexies* della legge n. 241/1990.

10. *Possibili linee di sviluppo della revoca*

Una breve riflessione va compiuta su come abbiano inciso le recenti riforme amministrative degli ultimi due anni (cd. riforme Madia) sull'istituto della revoca.

Va detto che, in generale, si è avvertito un *favor* del legislatore per il principio della stabilità dei rapporti, che ha fatto compiere un balzo in avanti alla tutela dell'affidamento rispetto all'attività autoritativa dell'amministrazione, nell'ambito di una sorta di nuovo paradigma di tali rapporti.

La revoca è stata forse tra gli istituti meno incisi dalle riforme, probabilmente perché era già prevista l'ipotesi dell'indennizzo, ma alcuni interventi sono comunque rinvenibili.

Si prenda, ad esempio, la nuova conferenza di servizi. Le amministrazioni diverse da quella procedente hanno perso, con il d.lgs. n. 127/2016, il potere di agire direttamente tramite l'art. 21-*quinquies* sugli atti posti in essere in seno alla conferenza, residuando loro soltanto la possibilità di sollecitare l'amministrazione procedente ad esercitare il potere di revoca.

La disposizione più innovativa e di maggior rilievo è certamente quella esaminata in precedenza, del divieto di revoca *ius poenitendi* per i provvedimenti autorizzatori e per quelli volti ad erogare vantaggi economici.

In tali ipotesi la ponderazione è stata operata direttamente dal legislatore, che ha optato per il valore della stabilità dei rapporti e per la tutela del legittimo affidamento.

Tale scelta del legislatore incide indubbiamente sull'idea di revoca quale istituto unitario, dal momento che si introduce una divaricazione tra la revoca per sopravvenienza e quella per pentimento.

Ne esce acuito il percorso di graduale ripensamento che, negli ultimi decenni, ha investito, anche nel nostro ordinamento, la revoca del provvedimento amministrativo.

Come si è visto, in altri ordinamenti si è raggiunta da tempo una posizione di più avanzata protezione dei principi di stabilità dei rapporti e della tutela del legittimo affidamento, sotto i diversi profili della effettività della protezione, della doverosità dell'intervento, della limitazione temporale, della possibilità di ristoro degli interessi pregiudicati.

Nel nostro ordinamento sono invece ancora presenti talune ambiguità, per cui non è detto che si sia giunti a un equilibrio stabile della disciplina legislativa in materia.

Sull'assetto più complessivo degli atti di riesercizio del potere resta aperto l'interrogativo di fondo: se il bilanciamento degli interessi vada per buona parte effettuato in astratto direttamente dal legislatore (come avviene nell'ordinamento francese) oppure se l'equilibrato bilanciamento possa essere utilmente demandato alla ponderazione in concreto operata dall'amministrazione (come accade nell'ordinamento tedesco).

Quantomeno in linea astratta, sembrerebbe tuttora preferibile la seconda ipotesi, perché garantirebbe la possibilità di perseguire caso per caso l'esercizio della giusta misura del potere amministrativo esercitato (permettendo anche di prestare una più adeguata attenzione all'interesse pubblico nelle ipotesi in cui il sacrificio richiesto agli altri interessi non risulti eccedente): purché si possa contare su un'amministrazione dalle spalle larghe, sia in termini di preparazione tecnica e tecnico-giuridica sia in termini di capacità di assunzione di responsabilità.

Ma questa conclusione sposta il problema ad altro piano, cruciale per il destino del Paese nei prossimi decenni: la formazione della classe dirigente, soprattutto nel settore pubblico.

ARISTIDE POLICE

ATTI AMMINISTRATIVI E POTERI DI ANNULLAMENTO DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E DELLA GIURISDIZIONE AMMINISTRATIVA

SOMMARIO: 1. Una necessaria premessa sul problema dell'instabilità delle decisioni pubbliche. – 2. I diversi fattori che generano la instabilità delle decisioni pubbliche. – 2.1. La volatilità delle decisioni politiche, ovvero di Ulisse e delle Sirene. – 2.2. La libertà di cambiare idea, ovvero dei poteri unilaterali di autotutela delle pubbliche Amministrazioni. – 2.3. Il dovere di cambiare idea, ovvero del costo della garanzia giurisdizionale sulla legittimità delle scelte pubbliche. – 3. Le recenti riforme legislative italiane per garantire l'affidamento dei privati e la stabilità delle decisioni pubbliche. – 3.1. Le novità in tema di autotutela amministrativa e suoi limiti. – 3.2. Le novità in tema di tutela amministrativa giurisdizionale, in particolare nella materia dei contratti pubblici. – 3.3. Gli ostacoli conseguenti alla funzione giurisdizionale ordinaria.

1. *Una necessaria premessa sul problema dell'instabilità delle decisioni pubbliche*

L'occasione di questo studio[1] consente di affrontare un tema molto significativo e comune sia all'agenda della politica economica e della politica industriale (europea e latinoamericana), sia all'approfondimento degli studiosi di discipline giuridiche pubblicistiche di matrice latina.

Anche nel contesto del Convegno che ha sollecitato anche il presente approfondimento, si è avuta la chiara percezione che uno dei più significativi "problemi" dell'atto amministrativo è quello della stabilità delle decisioni pubbliche, un problema che condiziona lo stesso sviluppo dei nostri Paesi, così come la realizzazione di infrastrutture e l'incremento degli investimenti industriali frutto della cooperazione tra il Settore pubblico ed il Settore privato.

Nel rapporto pubblico-privato abbiamo infatti una profonda disomogeneità dei processi decisionali per la realizzazione di investimenti e di infrastrutture. Nei processi decisionali di parte privata, delle imprese

[1] Una relazione alle VIII Giornate Italo-Argentine di Diritto Amministrativo (Reggio Calabria, ottobre 2016).

in sostanza, l'imprenditore assume le proprie decisioni in modo stabile, fondandosi sull'autonomia negoziale, senza vincoli esterni che non siano il perseguimento e la massimizzazione del proprio profitto nel rispetto della liceità delle condotte e nel rispetto alle regole dell'ordinamento generale; decisioni che possono rimanere sostanzialmente stabili ed intangibili solo sulla base della volontà di chi le assume.

Il soggetto privato assume una decisione e la pone in atto obbligandosi con un contratto e questa sua decisione può restare ferma almeno fino a quando egli non cambia la sua volontà, e sempre che la possa cambiare laddove non sia viceversa vincolato dal contratto a tenerla ferma. L'obbligazione contrattuale, essendo bilaterale o plurilaterale, non consente al singolo di cambiare idea unilateralmente. Questo assicura la stabilità della decisione privata, o se volete la sua immutabilità salvo la concorrente volontà di tutte le parti.

Non così le decisioni assunte nella sfera pubblica o anche nella più vasta sfera felicemente definita come Arena pubblica[2].

2. *I diversi fattori che generano l'instabilità delle decisioni pubbliche*

2.1. *La volatilità delle decisioni politiche, ovvero di Ulisse e delle Sirene*

Nell'ambito del processo decisionale pubblico, invece, questa stabilità della decisione è messa a rischio ripetutamente.

In primo luogo per il fatto che la decisione pubblica, soprattutto se riguarda scelte strategiche (come sono la parte più qualificante e significativa delle scelte infrastrutturali), ha un legittimo fondamento di natura politica. La scelta infrastrutturale talvolta – anzi spesso – è influenzata da una decisione di tipo politico relativa all'assetto o allo sviluppo di un territorio, alla pianificazione urbanistica di un'area, alle prospettive di sviluppo sociale e commerciale di un'intera nazione.

Ne segue che i mutamenti della sfera decisionale politica – mutamenti ciclici nei percorsi democratici – sia per eventi naturali (si pensi alle elezioni a scadenza di mandato) sia per eventi traumatici (pensiamo a vicende traumatiche connesse a crisi politiche o addirittura a sovvertimenti dell'ordine democratico), ebbene tali mutamenti possono segnare mutamenti significativi delle politiche pubbliche ed in parti-

[2] Il riferimento è al bel saggio di S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir pubbl.*, 2001, 601 ss.

colare di quei disegni che hanno natura e portata strategica. Tutto ciò può mettere a rischio (se l'ordinamento non offre significative garanzie generali) la stabilità delle decisioni pubbliche. Ed una decisione strategica in materia infrastrutturale assunta da un Governo, viene annullata o significativamente modificata dal Governo successivo.

Il ciclico mutamento del quadro politico proprio degli ordinamenti democratici può essere dunque primo fattore dell'instabilità della decisione pubblica, una decisione che peraltro difficilmente è riconducibile a modelli di razionalità[3] e che giustamente rievoca l'immagine omerica dell'Ulisse e delle Sirene, di un decisore pubblico che sprovvisto della saggezza dell'eroe epico non sopporta il peso dei vincoli e non ha il coraggio di chiedere di esser legato per resistere al conto delle Sirene[4].

2.2. *La libertà di cambiare idea, ovvero dei poteri unilaterali di autotutela delle pubbliche Amministrazioni*

Un secondo fattore d'instabilità della decisione pubblica è dato dallo stesso apparato amministrativo.

Come è ben noto, soprattutto nei Paesi a diritto amministrativo continentale, le Amministrazioni pubbliche, assunta una scelta una decisione amministrativa, hanno sempre la facoltà di ripensarci, il potere di cambiare idea, tecnicamente un potere di autotutela a mezzo di provvedimenti di auto-annullamento o di revoca unilaterale a seguito del riesame delle decisioni precedentemente assunte[5].

[3] Si fa riferimento ad una instabilità che da lungo tempo gli economisti studiano come fattore di incertezza di tutti gli agenti economici, ivi inclusi i decisori pubblici. Non è certo questa la sede per soffermarsi sul pensiero classico di Ricardo, di Marx o di Keynes. Né si può soffermare l'attenzione sui modelli di decisioni pubbliche come quello "a razionalità limitata" di H.A. SIMON (tra gli altri *Rationality as Process and as Product of Tought*, in *American Economic Review*, vol. 2, 1968, 1 ss.), o quello incrementale di C.E. LINDBLOM (*The Intelligence of Democracy*, Macmillan, New York, 1965), o il *garbage can model* di M.D. COHEN, J.C. MARCH e J.P. OLSEN (*Garbage Can Model of Organizational Choice*, in *Administrative Science Quarterly*, vol. 17, no. 1, 1972, 1 ss.).

Si vedano per un approfondimento i due volumi di J.E. STIGLIZ, *Economia del settore pubblico,* Milano, 2003. Si veda anche il saggio di D. PIANA, *La complessità dei processi decisionali e i limiti del dibattito sulla razionalità*, in *Riv. it. politiche pubbliche*, no. 1, 2002, 137 ss.

[4] Il riferimento è ai due bei saggi di J. ELSTER, *Ulysses Unbound*, Cambridge, 1979, (trad. it., II ed., Bologna, 2008) ed al precedente *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality,* Cambridge, 1985 (trad. it., Bologna, 2005).

[5] Per una ricostruzione si veda lo studio monografico di A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991.

Quanto all'annullamento, Non ci si riferisce qui tanto ad ipotesi straordinarie[6], quanto al generale potere di annullamento di cui è titolare ogni pubblica Amministrazione, nell'esercizio dei poteri di autotutela. Ci si riferisce alla previsione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990[7], che ha disciplinato e ricondotto alla tipicità modalità e forme di esercizio del potere di autoannullamento già pacificamente riconosciute in giurisprudenza ed in dottrina[8].

Come è noto, secondo il primo comma, "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge", ciò facendo "salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile".

L'unico elemento di novità introdotto dalla originaria previsione normativa rispetto alla tradizione ed ai principi era rappresentato dalla espressa previsione secondo cui all'annullamento d'ufficio l'amministrazione può procedere entro un termine ragionevole

[6] Il riferimento è all'annullamento a seguito dell'esercizio di poteri di controllo (governativo, ovvero regionale); si pensi ancora all'annullamento disposto a seguito dell'esercizio di poteri di approvazione ed all'annullamento conseguente al riesame sollecitato dai ricorsi amministrativi; si pensi infine all'annullamento disposto in accoglimento di un ricorso straordinario al Capo dello Stato.

[7] Per un approfondimento oltre alle non superate voci di S. ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi* (agg. da G. MIELE), in *Noviss. dig. it*., Torino, 1957, I, 642 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1959, 537 ss. e di E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità ed annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 484 ss.; sia consentito il rinvio ad A. POLICE, *Annullabilità ed annullamento (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 49 ss.

Sempre di recente con taglio monografico G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; P.M. VIPIANA¸ *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, 2007; R. MUSONE, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Roma, 2012; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015.

[8] Per un commento, fra i più recenti contributi, si vedano C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, commento all'artt. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e s.m.i., in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), 2^ ed., Milano, 2017, 983 ss.; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. ROMANO), Torino, 2016 e M. MACCHIA, *L'autotutela amministrativa*, in *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge n. 124 del 2015 (Madia) e ai decreti attuativi* (a cura di B.G. MATTARELLA et al.), IlSole24Ore, Milano, 2017, 155 ss.

dall'emanazione dell'atto. E la novità consiste nel fatto che se già in passato non erano mancate pronunce giurisdizionali che circoscrivevano il potere di annullamento di ufficio in termini ragionevoli, si rinvenivano del pari decisioni nelle quali si affermava la imprescrittibilità del potere di autotutela[9]. È grazie a tale previsione che la giurisprudenza amministrativa ha potuto ad esempio ritenere illegittimo l'esercizio di poteri di autoannullamento di una procedura ad evidenza pubblica a distanza di circa tre anni dalla intervenuta aggiudicazione[10].

Il legislatore, però, in origine non aveva indicato un preciso o rigido termine entro il quale l'esercizio del potere di autoannullamento dovesse ritenersi ragionevolmente esercitato ed era quindi rimessa all'interprete la individuazione dei criteri alla cui stregua affermare la ragionevolezza (o meno) del termine entro cui procedere in via di autotutela.

Il giudizio sulla ragionevolezza del termine dipendeva quindi dalle circostanze concrete e da una valutazione di prudente bilanciamento tra la protezione degli interessi del privato, quali si sono concretizzati a seguito della emanazione dell'atto e la cura dell'interesse pubblico. Un limite di tempo massimo (ma molto lungo, di ben tre anni) era stato previsto solo nel caso di annullamento di ufficio per "i provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati"[11].

Tale soluzione come è ben intuibile non era in grado di assicurare certezza e stabilità nei rapporti tra pubblico e privato e non costituiva sufficiente garanzia all'affidamento ingenerato nei privati e nella stabilità del rapporto tra essi e le Amministrazioni pubbliche[12].

[9] Così, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 30 ottobre 1981, n. 547.

[10] Così Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2006, n. 3576.

Con specifico riguardo agli effetti dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione sui contratti pubblici, si veda F. MANGANARO e S. GARDINI, *Annullamento in autotutela dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 457 ss.

[11] Il riferimento è all'art. 1, co. 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 recante *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato* (legge finanziaria per l'anno 2005), a tenore del quale "… può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

[12] Su cui si ricorda lo studio di M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

Ancora maggiori perplessità suscitava il potere di revoca dei provvedimenti amministrativi per sopravvenute ragioni di opportunità.

Il generale potere di revoca di cui è titolare ogni pubblica Amministrazione[13], così come poi disciplinato dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 nella sua originaria formulazione[14], prevedeva che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole potesse essere revocato da parte dell'organo che lo aveva emanato (ovvero da altro organo previsto dalla legge). La revoca determinava quindi la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti.

Unico temperamento che il legislatore aveva previsto ove la revoca comportasse pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, era l'obbligo per l'Amministrazione di provvedere al loro indennizzo. Tale temperamento veniva peraltro successivamente contenuto con la introduzione di un comma 1-bis, secondo cui "ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea (…) incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico"[15].

In ogni caso e comunque, come si è accennato, le decisioni pubbli-

[13] Per un approfondimento oltre alle voci di R. ALESSI, *Revoca (dir. amm.),* in *Noviss. dig. it*., XV, Torino, 1976, 802 ss.; A. PAPARELLA, *Revoca (dir. amm.),* in *Enc. dir*., XL, Milano, 1989, 204 ss.; P. SALVATORE, *Revoca degli atti, III) Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur*., XXVII, Roma, 1991; si vedano altresì G. GHETTI, *Brevi note intorno alla revoca dell'atto amministrativo*, in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, Milano, 1996, 302 ss.; S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi. Struttura e limiti: linee dell'evoluzione*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Milano, 1987, 597 ss.

[14] Come si ricorderà l'articolo fu inserito dall'art. 14, comma 1, L. 11 febbraio 2005, n. 15.

Per un commento si vedano M. IMMORDINO, *Articolo 21-quinquies: revoca del provvedimento*, nel volume a cura di N. PAOLANTONIO et al., *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 485 ss.; S. FANTINI, *Art. 21-quinquies, l. n. 241/1990*, nel volume a cura di A. BARTOLINI et al., *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 558 ss.

[15] Come si ricorderà il comma fu inserito dall'art. 12, comma 4, D.L. 31 gennaio 2007, n. 7.

che, essendo revocabili o annullabili in modo unilaterale (e quindi non consensuale), potevano essere costantemente messe a rischio nella loro stabilità rispetto agli interlocutori privati.

2.3. *Il dovere di cambiare idea, ovvero del costo della garanzia giurisdizionale sulla legittimità delle scelte pubbliche*

Una terza dimensione di instabilità è rimessa all'esercizio del sindacato o del controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità.

In molti paesi a tradizione del diritto amministrativo il giudice (sia esso speciale come in Italia, sia esso un giudice ordinario come in molti paesi nell'esperienza costituzionale sudamericana) ha un potere di incidere sulla validità e sulla permanenza di un atto, di una decisione pubblica, che si assume legittima o meno.

Ebbene, a prescindere dalle discussioni che ciclicamente negli studi italiani in materia di giustizia amministrativa si ripropongono quanto alla sopravvivenza di una "giurisdizione speciale" del giudice amministrativo[16] ovvero quanto alla opportunità di procedere in direzione della unificazione della giurisdizione per tutte le controversie nei confronti delle pubbliche Amministrazioni[17], ai fini del presente approfondimento ciò che conta è l'impatto molto significativo e negativo che una giurisdizione di annullamento di atti e decisioni amministrative comporta sullo sviluppo economico del Paese.

Con una serie di interventi di autorevoli personalità politiche infatti si è ripetutamente posto in dubbio l'utilità della giurisdizione amministrativa ed anzi ne hanno contestato la stessa esistenza, considerando il sindacato di legittimità che questo giudice esercita da oltre un secolo come un insopportabile ostacolo allo sviluppo economico del Paese e come un freno alla sua crescita[18].

[16] Il pensiero corre subito a M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?* In *Foro It.*, 1983, V, 249 ss. o alle pagine del caro A. ROMANO TASSONE, *Intervento al dibattito sulla crisi della Giustizia Amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[17] Si vedano le belle pagine di G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 921 ss. e di A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 380 ss.

[18] Si pensi all'intervento di Romano Prodi, *Abolire Tar e Consiglio di Stato per non legare le gambe all'Italia*, articolo apparso su *Il Messaggero*, *Il Mattino* e *Il Gazzettino* 11 agosto 2013. Ma il tema è stato poi ripreso dal Presidente del Consiglio Matteo Renzi in più occasioni, sin da una intervista del novembre 2013, in cui aveva dichiarato "abolire il Tar e la giustizia amministrativa unificando le giurisdizioni significa recuperare due

Si è presa in esame in dottrina la necessità di una "fuga dalla giustizia amministrativa"[19], intravedendo in essa un ostacolo alla stabilità delle scelte strategiche di investimento infrastrutturale del Paese.

3. *Le recenti riforme legislative italiane per garantire l'affidamento dei privati e la stabilità delle decisioni pubbliche*

Da quanto sin qui illustrato si può sostanzialmente concludere che la decisione pubblica, rispetto alla decisione privata, nel rapporto pubblico-privato ha tre gravi fattori di instabilità: il fattore politico, il fattore amministrativo della c.d. possibilità o facoltà di autotutela e il fattore giurisdizionale, cioè la possibilità per un giudice di annullare o sospendere l'efficacia di decisioni pubbliche.

Questi tre fattori d'instabilità sono altrettanti elementi di disincentivo rispetto alle scelte d'investimento del privato in iniziative con il settore pubblico: ciò perché l'incertezza dell'investimento (in termini economici il "rischio" dell'investimento) aumenta in modo esponenziale proprio per questi tre fattori di instabilità.

Allora perché il partenariato pubblico-privato abbia maggiori *chances* di successo, maggiori possibilità di investimento da parte di chi impiega risorse private, maggiori possibilità di attrazione di risorse e di realizzazioni, è opportuno agire contenendo questi rischi di instabilità della decisione pubblica a garanzia di un principio fondamentale – che è proprio dei rapporti tra privati ma che è anche tipico dei rapporti tra soggetti pubblici e privati – che è quello della buona fede o dell'affidamento dei privati rispetto alle condotte anche dei soggetti pubblici.

La tutela dell'affidamento può quindi costituire una ragione o un motivo per garantire maggiore stabilità alle decisioni pubbliche di tipo strategico-infrastrutturale[20].

punti di Pil" (*Servizio pubblico*, La7, 8 novembre 2013); si veda sul punto *Matteo Renzi alla guerra dei Tar*, in *www.formiche.net*, 22 aprile 2014.

Dibattito ripreso anche nello scorso mese di agosto 2017, da un lato si vedano i rilievi di M(atteo) RENZI, *Avanti. Perché l'Italia non si ferma*, Milano, 2017; dall'altro lato, si veda la lettera al Direttore di G. NAPOLITANO, *La giustizia amministrativa non è la vera anomalia*, in *Corriere della Sera*, 7 agosto 2017.

[19] Il riferimento è all'appassionato intervento di F. SATTA, *Fuga dalla giustizia amministrativa*, in *Aperta Contrada*, dicembre 2013.

[20] Sul tema della tutela dell'affidamento non può che richiamarsi il pensiero di F. MERUSI, da ultimo in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta"*

3.1. *Le novità in tema di autotutela amministrativa e suoi limiti*

Su questo fronte l'esperienza italiana, sia pur con molta fatica, può essere interessante. Nel nostro ordinamento infatti sono state assunte alcune importanti scelte legislative, e potrebbero esser condivise soluzioni giurisprudenziali idonee ad assicurare un maggior grado di stabilità delle scelte strategiche pubbliche in grado di assicurare una un maggior grado di tutela dell'affidamento degli investitori privati.

Quanto ai recenti interventi del Legislatore italiano, sul finire della precedente legislatura (su iniziativa dell'esecutivo Monti) e nei due esecutivi di questa legislatura (il Governo Letta e soprattutto il Governo Renzi), essi si sono concentrati su due linee di azione, da un altro si è intervenuto sulla portata ed i limiti del potere di autotutela dell'Amministrazione, dall'altro si è operato con l'introduzione alla preclusione di poteri di annullamento giurisdizionale soprattutto in materia di contratti pubblici per la realizzazione di infrastrutture strategiche.

Con riguardo alla prima linea di azione, la principale misura che è stata adottata da parte del Legislatore a mezzo di decretazione d'urgenza, quindi con decreti legge del Governo poi convertiti in legge dal Parlamento, è una misura legislativa che limita i poteri di autotutela e quindi di auto-annullamento delle decisioni pubbliche da parte dell'amministrazione.

Il legislatore recente, con la legge n. 124 del 2015 ha previsto e introdotto una significativa limitazione al potere di auto-annullamento delle decisioni amministrative anche se illegittime.

Con estrema e banalizzante sintesi si potrebbe dire che gli atti amministrativi dopo un certo periodo di tempo, anche se illegittimi, non possono più essere annullati. Questo perché laddove essi tocchino interessi privati, investimenti privati, iniziative economiche e commerciali (la norma limita questo effetto di stabilizzazione al settore dell'investimento e dell'opera infrastrutturale strategica) la possibilità di cambiare idea non solo per ragioni di tipo politico, ma anche per ragioni di tipo giuridico, deve essere limitata in un tempo ragionevole superato il quale l'investitore, il soggetto o i soggetti privati, devono avere l'assoluta certezza della stabilità della decisione pubblica e della sua irrevocabilità

all'"Alternanza", Milano, 2001. Ma si veda anche F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995.

In sostanza con un completo capovolgimento di prospettiva[21], la novella legislativa predetta modifica l'art. 21-*nonies*, introducendo il limite temporale «comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione», entro il quale potrà intervenire l'annullamento d'ufficio «dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici», finanche qualora si siano formati mediante il meccanismo del silenzio assenso.

A seguito delle modifiche apportate all'art. 21-*nonies* dall'art.6 della legge n. 214 del 2015, il suddetto limite temporale del "termine ragionevole" da indeterminato ed elastico, è divenuto espresso e rigido, atteso che l'annullamento d'ufficio dovrà intervenire entro un termine «comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti».

Ne consegue che, qualora l'annullamento d'ufficio intervenga oltre il termine massimo diciotto mesi, lo stesso provvedimento di ritiro potrà essere censurato dinanzi al G.A. per violazione di legge.

Questa disposizione legislativa è forse una delle più significative delle misure recenti di riforma della pubblica amministrazione varate dal

[21] In realtà questa previsione, con l'introdurre un ben preciso e perentorio termine per l'esercizio del potere di autotutela smentisce quella dottrina che per prima si era occupata del tema nel vigore della disciplina precedente. Si assumeva che la mancata indicazione di un termine preciso da parte del legislatore si giustificasse in relazione alla particolare esigenza di tutela dell'affidamento che con tale previsione si vuole assicurare. Si riteneva che non prevedendo un termine certo si fosse voluta proteggere la situazione del privato destinatario di un provvedimento favorevole e non quella dell'amministrazione il cui potere (di autoannullamento) risulta limitato, ma questa protezione a quanto sembra è accordata soltanto nei limiti ed in ragione delle modifiche che ha subito la sfera giuridica soggettiva del privato a seguito della esecuzione del provvedimento e che l'annullamento d'ufficio colpirebbe in modo pregiudizievole e radicale. In questi termini, a dire della dottrina, la tutela dell'affidamento che con tale previsione normativa si è voluta assicurare non è una tutela dell'affidamento in astratto, ma viceversa è una tutela del concreto affidamento che – caso per caso – il privato ha fondato su un provvedimento amministrativo e su ciò che si è realizzato a seguito del provvedimento medesimo, con il consolidamento che nel tempo ha avuto questa realizzazione. Così G. BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, relazione al convegno "La nuova disciplina dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi e i conseguenti poteri del giudice", Catania, dicembre 2005, in *Giustizia amministrativa Riv. di dir. pubbl.*, n. 3-2006.

Ed era questa, del resto, l'indicazione che viene anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea. Per un'ampia rassegna sul tema si veda il volume di M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006.

Governo Renzi, (infatti nell'approfondimento e nello studio del diritto amministrativo italiano è oggetto di molteplici convegni, tanti scritti), un dato certo è innegabile con tale disposizione si è garantita una maggiore tutela all'affidamento dei destinatari di provvedimenti autorizzatori o di attribuzione di vantaggi economici.

3.2. *Le novità in tema di tutela giurisdizionale amministrativa, in particolare nella materia dei contratti pubblici*

Ma la stabilità delle decisioni pubbliche il legislatore non l'ha assicurata soltanto limitando il potere unilaterale di cambiare idea dell'amministrazione; il legislatore è intervenuto da un tempo più risalente con riguardo anche ai poteri di tipo sospensivo o demolitorio del giudice e in particolare del giudice amministrativo.

È noto che nella tradizione italiana del diritto amministrativo il Consiglio di Stato, come in Francia, può annullare i provvedimenti amministrativi per vizi di violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza. Questo potere non ha un limite temporale (se non quello di decadenza per la proposizione dei ricorsi e quindi l'avvio del giudizio). È capitato, ad esempio, che un atto concorsuale venisse annullato a quindici anni di distanza dal momento in cui l'atto era stato adottato.

Il Consiglio di Stato con la sua giurisprudenza ha sempre ritenuto necessitato l'annullamento dell'atto quale applicazione, forse rigida e formalistica, del principio di legalità. Ma svolgendo un discorso in tema di stabilità delle scelte pubbliche e prospettive per lo sviluppo economico non può eludersi una verifica circa l'attualità del sistema di tutele contro la pubblica Amministrazione che l'ordinamento assegna al giudice amministrativo, ovvero circa la sua incompatibilità con le esigenze di una moderna società civile e di una economia globale.

Il tema, come si è ricordato, è stato a più riprese posto in discussione nell'ambito del dibattito politico e merita una meditata riflessione[22].

[22] Che in realtà è ben vivace fra gli studiosi del processo amministrativo. Per tutti si vedano gli scritti di R. VILLATA, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 287 ss., Relazione ad un Convegno presso l'Avvocatura Generale dello Stato (Roma, dicembre 2013), e di L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 561 ss. Relazione in occasione della presentazione del *Terzo rapporto sulla giustizia civile in Italia "Semplificazione ed unificazione dei riti nella prospettiva dell'unificazione della giurisdizione"*, Unione Nazionale Camere Civili, Roma (Aula magna della Corte di cassazione), marzo 2014.

Se infatti una parte non marginale di questo dibattito è alimentata dal naturale fastidio e dalla inevitabile insofferenza ai controlimiti da parte dei pubblici poteri e del potere esecutivo in particolare, sarebbe molto miope da parte delle Istituzioni di garanzia non avvedersi dell'esistenza di alcuni problemi reali e non riconoscere le giuste ragioni che talvolta alimentano polemiche dal tono semplicistico o populista.

Non può negarsi infatti che l'esercizio della funzione giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni ha concorso in maniera non secondaria a generare negli anni recenti un deprecabile effetto di instabilità delle decisioni pubbliche; quelle decisioni che in quanto esito dell'esercizio del potere pubblico costituiscono appunto l'oggetto del giudizio amministrativo[23]. La portata demolitoria di una pronuncia di annullamento, rimedio tipico conseguente al sindacato di legittimità del giudice amministrativo (ma il discorso in tempi recenti si è posto anche per il giudizio di legittimità sulle leggi da parte della Corte costituzionale), determina la sensazione che il giudice amministrativo sia di ostacolo alla tempestiva adozione delle misure necessarie alla cura degli interessi collettivi.

Le pagine dei quotidiani sono piene di polemiche sulla pretesa responsabilità dei giudici amministrativi per la mancata realizzazione dei lavori per la bonifica ambientale di aree inquinate o affette da dissesto idrogeologico, ovvero per la fuga degli investitori stranieri in progetti per la realizzazione di impianti di trasformazione di fonti energetiche o di generazione di energia, o ancora per la mancata posa in opera delle grandi reti di servizio pubblico (dalla distribuzione di energia elettrica e gas al trasporto ferroviario ad alta velocità), ovvero per la interruzione nella prestazione di servizi pubblici.

Ebbene, è del tutto evidente che imputare alla funzione giurisdizionale gli effetti nefasti di attività amministrative illegittime (quando non illecite) è un fuor d'opera, e tuttavia che in talune circostanze si determini una palese sproporzione tra l'utilità del rimedio (la garanzia della legittimità nell'esercizio della funzione pubblica) ed il pregiudizio derivante dagli effetti che produce l'esercizio di tale rimedio è una constatazione che non può essere smentita. Esiste (e non fa bene nasconderselo) un tema di proporzionalità ed adeguatezza degli effetti del rimedio demolitorio rispetto agli interessi pubblici o collettivi connessi alla decisione pubblica che si è assunta.

Per far fronte a questa esigenza il giudice amministrativo nel passato

[23] Sul punto F. SATTA, *op. e loc. ult. cit*.

si è talvolta esposto alla critica di cui si è parlato nelle pagine che precedono, quella secondo cui egli manifesterebbe un sostanziale *favor* per la parte pubblica in danno della tutela dei privati[24]. In realtà, il giudice lungi dall'alterare la posizione di parità delle parti del giudizio ha immaginato una serie di possibili soluzioni per garantire adeguatezza e proporzionalità fra gli effetti generali della propria pronuncia e la richiesta riparazione della lesione delle situazioni giuridiche soggettive oggetto del giudizio.

Ne sono esempio gli spunti offerti per la dequotazione dei vizi di legittimità formale dei provvedimenti amministrativi, soluzione poi recepita dal legislatore sia in termini generali[25], sia con riguardo ai vizi delle procedure ad evidenza pubblica (ed agli effetti sui contratti pubblici conseguenti)[26], ovvero le pronunce volte a differire o a modulare nel tempo gli effetti delle pronunce di annullamento[27], o da ultimo il tentativo di dequotazione della stessa tutela costitutiva ipotizzato in una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato[28].

[24] Sul punto si vedano anche le riflessioni di S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 47 ss.

[25] Non è questa la sede per dilungarsi sul punto, è sufficiente il richiamo agli studi del Maestro che in queste pagine si ricorda sin da A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, negli *Scritti in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993, vol. II, 1116 ss. Per ulteriori riferimenti, sia consentito il rinvio ad A. POLICE, *Annullabilità e annullamento* cit., 49 ss.

[26] Ci si riferisce agli artt. 119 ss. del Codice del processo amministrativo. Su cui si vedano N. PAOLANTONIO, *Commento al Libro quarto Titolo quinto*, nel volume *Codice del Processo Amministrativo*, a cura di G. Leone ed altri, Padova, 2010, 876 ss.; R. GIOVAGNOLI, *Commento* agli artt. 119 e 120, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA E V. LOPILATO, Milano, 2011, 980 ss.; R. DE NICTOLIS, *Commento* agli artt. 121-125, ivi, 1013 ss.; S. MORELLI, *Commento all'art 119*, nel volume a cura di E. PICOZZA, *Codice del Processo Amministrativo*, Torino, 2010, 228 ss.; C. SGUBIN, *Commento agli artt. 120-125*, ivi, 232 ss.; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo*, Milano, 2010, 562 ss.; P. LIGNANI, *Commento* all'art. 119, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. GAROFOLI e G. FERRARI, Roma, 2010, vol. III, 1635 ss. ed ivi, G. FERRARI, *Commento* agli artt. 120-125, vol. III, 1649 ss.; M. LIPARI, Commento all'art. 119, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, 2010, 1090 ss. ed ivi S. CRESTA, *Commento* agli artt. 120-125, 1118 ss.

[27] Il riferimento è fra le altre a Cons. Stato, sez. VI sezione, 10 maggio 2011, n. 2755, con commento di M. CLARICH, *L'annullamento degli atti non è sempre retroattivo*, in *Il Sole 24Ore. Norme e Tributi*, 7 giugno 2011.

[28] Il riferimento è a Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284, con commento fortemente critico di M. MAZZAMUTO, *Dalla de quotazione dei vizi "formali" alla de*

Parte della dottrina e la stessa Adunanza plenaria[29] non hanno accolto con favore questa soluzione ma, in disparte le ragioni che hanno motivato una lettura più tradizionale, è indubbio che è restata sul tappeto la vera questione, il vero e principale problema della tutela giurisdizionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni. E si tratta di un problema, come si vede, che prescinde da quale sia il giudice chiamato a sindacare la legittimità dei provvedimenti amministrativi[30].

Con riguardo al tema che più ci occupa fra tutti questi segnali di evoluzione del nostro ordinamento, il più significativo è quello che riguarda la disciplina processuale delle controversie in materia di appalti di opere pubbliche ed infrastrutture strategiche.

Da un lato infatti, ed in termini generali, l'art. 122 del Codice del processo amministrativo esclude (fuori da alcune limitate e tassative ipotesi) che l'illegittimità delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici possa determinare la inefficacia dei contratti e quindi la loro sostanziale caducazione[31].

Con riguardo poi alle infrastrutture strategiche, la previsione legislativa è ancor più efficace nel tutelare l'interesse pubblico alla realizzazione delle opere e l'utile impiego degli investimenti. Si prevede infatti che "la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente", e con riguardo al pote-

quotazione dei vizi "sostanziali", ovvero della de quotazione tout court *della tutela costitutiva*, in *Giust.amm - Rivista Internet di Diritto Pubblico*, 2015.

[29] Il riferimento è a Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4. Sul punto F. MANGANARO e A. MAZZA LABOCCETTA, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, in *Urbanistica e appalti*, 2015.

[30] Ciò sempre che non si voglia risolvere il problema con un divieto, analogo a quello che da centocinquant'anni ancora vige per i giudici ordinari (il riferimento, come è ovvio, è all'art. 4, comma 2, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E) e che ovviamente sarebbe in stridente contrasto con le previsioni dell'art. 113, secondo comma, Cost.

[31] L'art. 122 CPA recita: "1. fuori dei casi indicati dall' articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

re cautelare di sospensione si precisa altresì che "In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure".

Evidente e significativo l'impatto di queste norme sia in termini di consolidamento delle decisioni pubbliche, sia in termini di stabilità di prospettiva per la loro realizzazione e per la sostenibilità dei finanziamenti anche privati che ad essa concorrono. Ed in effetti se si osservano anche dal punto di vista statistico i contenziosi sulle infrastrutture strategiche ci si avvede come nell'ultimo quinquennio sia sostanzialmente venuto meno l'impiego di decisioni demolitorie di annullamento in favore di altre forme di compensazione.

E ciò, si badi, senza sottrarre gli atti amministrativi al doveroso sindacato di legittimità, nel pieno rispetto dell'art. 113 Cost. senza cioè alcuna compressione della tutela giurisdizionale.

3.3. *Gli ostacoli conseguenti alla funzione giurisdizionale ordinaria*

Le due misure legislative passate in rassegna nei paragrafi precedenti (*supra §§* 3.1 e 3.2), una che incide sulla facoltà di cambiare idea dell'amministrazione e l'altra che incide sul potere del giudice di cambiare idea, costituiscono due importanti momenti della legislazione italiana tendenti a favorire la stabilità delle decisioni pubbliche e la tutela dell'affidamento.

Abbiamo nel nostro ordinamento un ultimo ostacolo per poter riconoscere che la stabilità delle decisioni pubbliche, in questa materia così significativa per lo sviluppo economico e sociale del Paese, ha trovato una sistemazione adeguata.

Questo ultimo capitolo è il più difficile e anche il più drammaticamente attuale nelle pagine dei giornali di questi giorni perché in Italia, come sapete, esiste l'esercizio di un penetrante potere giudiziario del giudice ordinario nell'ambito della giurisdizione penale che, ripetutamente utilizzato nell'ipotesi di reati contro le pubbliche Amministrazioni, fa sì che il potere del giudice penale o meglio di colui che esercita l'azione penale (il Procuratore della Repubblica nell'esercizio della propria funzione inquirente), possa con misure preventive bloccare anche

iniziative di rilievo strategico e vanificare la raccolta degli investimenti ad esse funzionali (si pensi ai provvedimenti di sequestro, ad esempio).

Questo è un profilo molto delicato e molto significativo nel nostro Paese, che pone una grave incertezza sulla stabilità degli investimenti.

Non si può certo ignorare che l'intervento della funzione inquirente con effetto di blocco sulle attività di investimento è gravemente lesivo della funzione di sviluppo del partenariato pubblico-privato.

Quanto più il legislatore cerca di limitare l'effetto di blocco derivante dall'Amministrazione o dal giudice amministrativo, e quindi di liberare le decisioni pubbliche dall'incertezza della loro realizzazione, tanto più la giurisdizione penale in questo Paese viene sollecitata ad intervenire, molto spesso -sia pure involontariamente- con funzione o per ragioni strumentali, di blocco alla realizzazione di decisioni pubbliche che non trovino consenso diffuso sul territorio.

Questo profilo è l'ultimo ma il più difficile da affrontare da parte del Legislatore italiano dovendosi assicurare al contempo il corretto e indipendente esercizio dell'azione penale (tale da perseguire in modo serio e severo i reati), senza però pregiudicare le opportunità economiche degli investimenti privati, soprattutto quelli provenienti da investitori internazionali.

Su questo tema il Governo della Repubblica Italiana è molto impegnato, vi sono resistenze di ordine corporativo della magistratura ordinaria e resistenze di ordine giuridico dovute al vincolo costituzionale di cui all'art. 112 Cost., ma evidentemente i valori costituzionali della legalità non possono che contemperarsi con gli altrettanti importanti valori costituzionali dello sviluppo economico e della sostenibilità sociale delle collettività.

Questa è la futura tappa o la necessaria tappa perché la relazione pubblico-privato possa avere quel presupposto di stabilità per il quale l'investimento possa diventare attraente.

GIUSEPPE TROPEA

TUTELA GIURISDIZIONALE INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La "falsa partenza" della legge n. 2248/1865, all. E. – 3. Evoluzione della tutela dinanzi al giudice civile: da "untorello" alla giurisdizione piena. – 4. (Segue) Il problema della "sostituzione" del g.o. alla p.a. e l'estensione dei poteri "per via giurisprudenziale": la vicenda dei c.d. diritti indegradabili. – 5. Giurisdizione "piena" del g.o. e giudizio "sul rapporto": esempi e criticità. – 6. (Segue) L'insidia (apparentemente paradossale) del c.d. giudizio sul rapporto e un ulteriore possibile profilo di contrasto con l'art. 6 Cedu. – 7. L'opposta parabola della disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale: criticità. – 8. Brevi conclusioni.

1. *Premessa*

Il tema dei rapporti tra atto amministrativo e giurisdizione del giudice ordinario (da ora: g.o.) è vastissimo, e presenta troppi risvolti sistematici e al contempo problematici, per poter essere adeguatamente illustrato agli amici e colleghi argentini.

Esso, peraltro, attinge alle origini del sistema "moderno" di tutela giurisdizionale italiano nei confronti della pubblica amministrazione, e, in tal senso, potrebbe presentare un valore eminentemente storico.

Nel breve intervento che segue si cercherà di mostrare come tale assunto, sia pure indiscutibilmente in parte vero, non è del tutto preciso, in quanto il tema continua a mostrare persistenti profili di estrema attualità, ed a fornire utili spunti anche per osservare con più precisione le dinamiche riguardanti la tutela innanzi al giudice amministrativo (da ora: g.a.).

Una scelta di campo, tuttavia, si impone, per evitare una trattazione che, nella sua ampiezza, finisca però per essere superficiale, se non meramente descrittiva.

Per ragioni di tempo, ci si soffermerà – peraltro in modo assai sintetico e spesso assertivo – sulla evoluzione in tema dei c.d. "limiti interni" del g.o. (poteri del giudice), tralasciando l'ampio campo del riparto del-

la giurisdizione nel nostro sistema a carattere "dualistico"[1], e distinguendo la diversa parabola che ha caratterizzato il giudice civile e quello penale.

In particolare si esamineranno i seguenti punti:

- Tradizionali limiti del giudice civile, alla luce di una certa lettura restrittiva degli artt. 4 e 5 L.A.C. Non si tratterà, quindi, se non per un profilo specifico relativo al giudice penale, la c.d. disapplicazione, "stratagemma"[2] inventato proprio per rispettare i tradizionali limiti interni ed evitare la sostituzione del giudice all'amministrazione;
- Evoluzione in materia (grazie all'art. 113, co. 3 Cost.): la giurisdizione "piena"[3] del g.o., rispettivamente di "prima" e di "seconda" generazione[4];
- Esame di un caso emblematico, ovvero le sanzioni delle Autorità indipendenti e la tutela processuale conseguente a una certa interpretazione del concetto di sanzione da parte della Corte Edu (c.d. *full jurisdiction*), e talune persistenti questioni (sindacato del g.a.; giudizio sul rapporto e vizi formali);
- L'opposta parabola dei poteri (di disapplicazione) del giudice penale e le sue criticità.

[1] Sul quale restano fondamentali le pagine di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, ora nell'ultima edizione a cura di A. NIGRO ed E. CARDI, Bologna, 2002. Ormai classici sono, sul tema, pure gli studi di A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975; V. CERULLI IRELLI, *Il problema del riparto della giurisdizione. Premesse allo studio del sistema vigente*, Pescara, 1979; M. STIPO, *Le origini del riparto di giurisdizione verso la pubblica amministrazione e la doppia tutela*, Roma, 1979. Con riguardo, invece, al tema tuttora molto dibattuto dell'attualità del nostro sistema dualistico di giurisdizione, si rinvia alle dense – ed equilibrate – pagine di A. TRAVI, *Unità della giurisdizione e Costituzione*, in AA.VV., *Sull'unità della giurisdizione*, a cura di E. FABIANI e A. TARTAGLIA POLCINI, Napoli, 2011, 61 ss., che, al netto della condivisibilità o meno della propensione dell'Autore (favorevole al superamento del sistema dualistico), offrono un chiaro *excursus* storico-dogmatico del dibattito in materia, troppo spesso viziato da eccessivi furori ideologici (se non, peggio, di "bottega"), in un campo e nell'altro.

[2] Così P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, a cura di F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Milano, 2013, 79.

[3] Cfr. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002.

[4] Secondo la distinzione prospettata da R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti interni*, in *www.treccani.it.*

2. *La "falsa partenza" della legge n. 2248/1865, all. E.*

La l. n. 2248/1865, all. E (Legge abolitrice del contenzioso amministrativo) si proponeva come legge fondamentale di un ordinamento amministrativo improntato al principio dello Stato di diritto, ma è rimasta priva del supporto essenziale della giurisprudenza e della dottrina nella sua fase di attuazione[5].

In particolare, dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 della L.A.C., si sono tradizionalmente tratti i seguenti assiomi:

a) il giudice ordinario può limitarsi a dichiarare illegittimo l'atto amministrativo, senza poterlo annullare, revocare o modificare;

b) il sindacato del giudice è limitato al caso deciso e non ha efficacia *erga omnes,* in quanto oggetto del sindacato è la lesione di un diritto, non la legittimità dell'atto amministrativo;

c) essendo oggetto del giudizio la lesione di un diritto, il giudice ordinario non può annullare l'atto amministrativo;

d) per la stessa ragione il giudice ordinario non può sindacare il merito dell'atto amministrativo e, dunque, non può revocarlo o modificarlo;

e) dal giudicato discende un vincolo conformativo per la p.a., che è tenuta a annullare, revocare, modificare l'atto amministrativo, se necessario per soddisfare la pretesa dedotta in giudizio;

f) in caso di inottemperanza, soccorre il rimedio del giudizio di ottemperanza dinanzi al g.a. per ottenere l'esecuzione della sentenza del giudice ordinario.

Come è ben noto, peraltro, in giurisprudenza si è per molto tempo affermato che, in base al limite dell'art. 4 L.A.C., avanti al g.o. non sarebbe possibile proporre azioni volte ad ottenere qualsiasi modificazione dell'atto amministrativo da questi conosciuto[6].

Impostazione restrittiva parzialmente superata nelle ipotesi in cui il rapporto controverso risulti disciplinato dal diritto privato, ovvero il provvedimento risulti emanato in carenza di potere e/o vi sia, comunque, un mero comportamento materiale della p.a.

Gli esempi dei settori in cui si è manifestata per via giurisprudenziale tale evoluzione non mancano:

[5] M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 347.

[6] Sul punto, e sulla casistica, si rinvia a due manuali di largo uso: A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, 120 ss.; N. SAITTA, *sistema di giustizia amministrativa*, Napoli, 2015, 23 ss.

a) sentenza che produca gli effetti del contratto, quando la p.a. si sia obbligata a concluderlo, sulla base di un contratto preliminare ai sensi dell'art. 2932 c.c.;

b) azioni possessorie nei confronti della p.a.;

c) procedimenti per ingiunzione ai sensi degli artt. 633 c.p.c.;

d) convalida di sfratto ai sensi dell'art. 657 c.p.c.

Almeno tre[7] sono le ragioni di questa "falsa partenza"[8]: tutti corollari, peraltro, di una certa declinazione (all'epoca) particolarmente rigida del principio di separazione dei poteri[9].

Prima di tutto ragioni di ordine sostanziale: legate alla tardiva affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione per danni provocati da atti amministrativi illegittimi.

Indi, ragioni di carattere processuale: ci si riferisce, evidentemente, alla «rarefazione» dei diritti a favore degli interessi, determinata dal sistema di giustizia amministrativa introdotto, «per integrazione dell'Allegato E», dalla legge Crispi del 1889, per cui risultava più «conveniente» vantare un interesse piuttosto che un diritto.

Vi è poi un ulteriore aspetto, meno indagato in letteratura[10]: si tratta dell'interpretazione restrittiva tradizionalmente riservata alla nozione di "diritto politico" tutelato dal g.o. (limitata all'elettorato attivo e passivo): se fra i diritti politici si fosse ricompreso il diritto del cittadino all'uso «legale» del potere ogni qualvolta questo coinvolgesse il cittadino, certamente il sindacato del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione sarebbe stato più ampio e incisivo.

È il profilo processuale che però ha attirato maggiormente l'attenzione – spesso critica – della dottrina, anche se esso stesso, come testimoniano con limpidezza le fondamentali pagine del gianniniano *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*[11], è a sua volta strettamente connesso a un assioma di carattere sostanziale, legato ai caratteri del

[7] Le indica, da ultimo, F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, in *Amministrare*, n. 1/2015 (supplemento), 225 ss., spec.

[8] M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, cit.

[9] Sul tema, alla raccolta di Atti del Convegno di Copanello 1-2 luglio 2011, richiamata *supra* (nota 2), *adde*, se vuoi, il mio *L'"ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 965 ss.

[10] Ma ben evidenziato proprio da F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, cit., spec. 269 ss.

[11] In *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.

provvedimento amministrativo, così come erano andati definendosi nella pratica giurisprudenziale.

Anche qui ci si limita a poche battute, vista l'esaustività con cui la dottrina ha affrontato la questione. Poiché l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo da parte del Consiglio di Stato risulta più satisfattivo della sua disapplicazione da parte di un giudice ordinario di fronte ad un atto amministrativo illegittimo, le ipotesi subìto prospettatesi quando si poteva vantare un diritto «civile» furono soltanto due: o si permetteva di impugnare l'atto di fronte al nuovo giudice facendo valere il diritto come interesse ricompreso nel diritto (come sostenne Scialoja), oppure si «degradava» il diritto ad interesse per poter accedere al giudice dell'annullamento[12].

È ben noto che nella pratica giurisprudenziale fu la seconda tesi a prevalere, poi definitivamente sancita con l'affermazione della tesi del c.d. *petitum* sostanziale, col "concordato" Romano-D'Amelio del 1930.

Di fronte ad un legislatore che «non aveva posto nulla, anzi aveva solo posto delle norme processuali ambigue»[13], è stata dunque la giurisprudenza a riconoscere il principio di imperatività[14], e ad equiparare provvedimento legittimo e provvedimento illegittimo quanto agli effetti[15], con una vera e propria «costruzione normativa»[16].

L'esito della legge del 1865 è stato dunque paradossale. Il punto di partenza nello sviluppo del diritto amministrativo non sono stati i diritti, ma l'atto amministrativo, e all'elaborazione dei princìpi del diritto amministrativo si è posto non il giudice comune, quale garante dello Stato di diritto, bensì il giudice speciale creato, con la legge Crispi del 1889, per essere il garante della legalità dell'azione amministrativa[17].

[12] F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, cit., 256.

[13] M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit., spec. 533 ss.

[14] Per un'ampia ricognizione critica del quale si v. B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, 2000.

[15] Sulla questione si v. le interessanti riflessioni di M. TRIMARCHI, *La validità dell'atto amministrativo*, Pisa, 2013, spec. 81 ss. Più di recente, si v. la chiara e densa relazione, al presente Convegno, di F.G. SCOCA, *Atto e provvedimento: elementi essenziali e situazioni giuridiche*, in pubblicazione assieme a questo lavoro.

[16] Così, ancora, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, cit.

[17] M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, cit. Sul ruolo "pretorio" del giudice amministrativo nella costruzione dei principi generali, e dunque dell'essenza del diritto amministrativo, non c'è alcun margine di dubbio. Più acceso è il dibattito, che si rinfocola proprio dopo il notissimo saggio di Giannini qui citato, sulla sua portata garantistica. Sul punto si rinvia alle riflessioni sul tema di uno studioso che, in più occasioni, ha con acuta e documentata

3. *Evoluzione della tutela dinanzi al giudice civile: da "untorello" alla giurisdizione piena*

A questo punto, andando avanti nell'indagine sul tema, bisogna necessariamente distinguere fra giudice civile e giudice penale, in quanto, come sopra accennato, completamente diversa è stata la "parabola" che ha segnato l'evoluzione dei rapporti delle due autorità con l'atto amministrativo: nel segno del progressivo ampliamento il primo, secondo un percorso tendenzialmente piano anche se talora esposto a profili di criticità; sin da subìto particolarmente incisivo il secondo, secondo un andamento invece molto discutibile, che meriterebbe oggi di essere (definitivamente) rivisto.

Ma vediamo di procedere con ordine.

A cosa si deve l'evoluzione, nel segno dell'ampliamento, dei poteri del giudice civile, che da povero "untorello"[18] delle origini finisce in molti casi per acquisire una vera e propria giurisdizione piena?

Il cambiamento si misura secondo coordinate di evoluzione giurisprudenziale da un lato e costituzionali (e, quindi, legislative) dall'altro.

Quelle giurisprudenziali, a loro volta, possono essere suddivise in due grandi filoni.

Del primo, sul quale minori sono i rilievi, in quanto naturale sviluppo del principio di legalità, si è già detto. L'impostazione restrittiva viene parzialmente superata nelle ipotesi in cui il rapporto controverso risulti disciplinato dal diritto privato, ovvero il provvedimento risulti emanato in carenza di potere e/o vi sia, comunque, un mero comportamento materiale della p.a. Poiché la garanzia dell'atto amministrativo trova la sua ragione nel principio di legalità, là dove esso non opera (è il caso, ad esempio, dei c.d. comportamenti materiali) non vi può essere alcuna immunità dall'intervento giurisdizionale[19].

Del secondo, maggiormente discutibile quanto alla sua compatibilità con l'art. 113, ultimo comma, Cost., si dirà appresso.

Veniamo al dato costituzionale.

verve polemica sostenuto tale afflato garantistico, collegandolo alla specialità del diritto amministrativo, del suo giudice, e, da ultimo, delle sue fonti. Ci riferiamo, evidentemente, a M. MAZZAMUTO, del quale può leggersi, in questo senso, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 143 ss., e, più di recente, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.

[18] Secondo l'efficace e colorita immagine di Giannini.

[19] A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 121.

La regola generale, secondo cui il giudice ordinario non può annullare, revocare, modificare, l'atto amministrativo, non è stata, come è ben noto, costituzionalizzata.

Infatti l'art. 113, ultimo comma, Cost., demanda alla legge ordinaria il compito di individuare quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, infatti, più volte il legislatore ha direttamente attribuito al giudice ordinario il potere di annullare, o anche di modificare, l'atto amministrativo[20].

Sul punto possiamo distinguere una giurisdizione piena di "prima" generazione da una giurisdizione piena di "seconda" generazione.

Appartengono alla prima generazione i casi in cui il giudice emette una pronuncia dichiarativa della sussistenza o meno dei requisiti legislativi; si pensi a:

a) annullamento della trascrizione del matrimonio religioso, *ex* art. 16, l. 27.5.1929, n. 847;

b) rettifica degli atti dello stato civile, *ex* art. 96, d.P.R. 3.11.2000, n. 396;

c) pronunce in materia di elettorato attivo e passivo;

d) pronunce in materia di iscrizioni e cancellazioni da albi professionali.

Vi sono, poi, i più interessanti casi di giurisdizione piena di seconda generazione, di più recente introduzione, in cui il legislatore intende superare i tradizionali limiti imposti al g.o. nei confronti della pubblica amministrazione; si pensi, a titolo di mero esempio, a:

a) art. 23, l. 24.11.1981, n. 689 (ora art. 6 d.lgs. n. 150/2011), in tema di sanzioni amministrative[21];

b) art. 152, co. 12, d.lgs. 30.6.2003, n. 196, in tema di atti lesivi della *privacy;*

c) pubblico impiego privatizzato, nel cui ambito il giudice ordinario adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati (art. 63, co. 2, d.lgs. 30.3.2001, n. 165);

[20] Sulla non costituzionalizzazione dei limiti del giudice civile di fronte ad un atto amministrativo illegittimo v. Corte cost., n. 275/2001.

[21] In questo caso, peraltro, alcuni ritengono che i più ampi poteri del g.o. non derivino tanto dall'art. 113, co. 3, Cost., ma dal fatto che la sanzione non rappresenti esercizio del potere autoritativo ed incida su diritti soggettivi: v., sul punto, R. VILLATA, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 388 ss., ora anche in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, 2015, 287.

d) art. 187-septies D.Lgs. n. 58/1998 (TUF) in tema di sanzioni amministrative emesse dalla Consob (v. *infra*).

4. *(Segue) Il problema della "sostituzione" del g.o. alla p.a. e l'estensione dei poteri "per via giurisprudenziale": la vicenda dei c.d. diritti indegradabili*

Trasversale (e non del tutto sovrapponibile) rispetto alla distinzione tra giurisdizione piena di prima e seconda generazione, è quella fra casi di fungibilità o infungibilità degli ambiti di intervento di amministrazione e giudice[22].

Nei casi di fungibilità, o come è stato detto di congruenza, il legislatore disegna con chiarezza ambiti di cognizione e decisione di p.a. e g.o. perfettamente coincidenti, creando forme di tutela "concorrenti". Si pensi al diritto alla riservatezza, che può essere tutelato nelle forme alternative del ricorso al Garante per la tutela dei dati personali o dell'azione in giudizio (v. art. 145, comma 1, D.Lgs. n. 196/2003). In questi casi non può parlarsi, a rigore, di vera e propria sostituzione del giudice.

Diverse appaiono le ipotesi connotate da non congruenza e infungibilità: fattispecie nelle quali gli ambiti dell'amministrazione e della giurisdizione non coincidono. Si pensi al caso emblematico, sul quale si avrà modo di tornare, delle sanzioni amministrative, per le quali, prima dell'art. 23 legge n. 689/1981 (ed oggi dell'art. 6 D.Lgs. n. 150/2011), la giurisprudenza escludeva che il giudice potesse annullare il provvedimento sanzionatorio o modificare l'importo della sanzione.

La *ratio* di tali disposizioni si individua, correttamente, non già in un divieto costituzionale di sostituzione, in quanto la Costituzione non riserva alla p.a. l'applicazione di sanzioni amministrative (si pensi alle disposizioni che attribuiscono al giudice penale la competenza ad applicare sanzioni amministrative per ragioni di connessione), quanto in una scelta politica e ordinamentale: investire l'amministrazione e non la giurisdizione di un certo problema, ferma restando l'indefettibilità della successiva tutela giurisdizionale dei diritti[23].

[22] Riprendiamo qui la distinzione effettuata da P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., spec. 80 ss.

[23] P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 89.

Il cenno ai casi di non congruenza e fungibilità ci conduce alla questione dei c.d. diritti fondamentali "indegradabili", alla quale si faceva cenno sopra parlandosi dei percorsi giurisprudenziali volti a superare le rigide restrizioni dettate dagli artt. 4 e 5 della L.A.C.

Si tratta di un caso, molto noto e discusso, di estensione dei poteri e giurisdizione piena, appunto, "per via giurisprudenziale".

Il giudice civile, a partire dagli anni '70[24], ha condiviso l'idea che ci fossero dei diritti assoluti, riconosciuti come tali nella Carta costituzionale (essenzialmente, se non esclusivamente, il c.d. "diritto alla salute"), i quali, nella loro assolutezza, non erano suscettibili di «degradazione» da parte di atti della pubblica amministrazione e, conseguentemente, di sottrazione alla giurisdizione del giudice ordinario.

In tal modo, pur essendoci sovente teoricamente un margine di scelta dell'amministrazione, qualificabile in termini di vera e propria discrezionalità, come tale determinante una non congruenza tra ambiti propri dell'amministrazione e del giudice, con devoluzione della controversia al g.a., il g.o. riconosce un ampio potere sostitutivo, dopo aver a monte, evidentemente, ritenuto sussistente la propria giurisdizione[25].

La finalità delle battaglie contro le discariche dei rifiuti, contro gli impianti di riciclaggio, le centrali elettriche, gli elettrodotti e i campi magnetici, e a favore di trattamenti sanitari all'estero o non riconosciuti dalla scienza medica, non era quella di «disapplicare gli atti della pubblica amministrazione», come prevede l'art. 5 della L.A.C., bensì di imporre un comportamento alla pubblica amministrazione in aperta e dichiarata violazione della divisione dei poteri[26]. E così è infatti avvenuto attraverso ordinanze giudiziali «impositive» di un comportamento alla pubblica amministrazione.

Sennonché dall'art. 113, co. 3, Cost., discende una riserva di legge per il conferimento al giudice del potere di annullamento e, *a fortiori,* di tutti gli altri poteri sostitutivi[27]. D'altra parte, dal punto di vista teorico, oltre a mettersi in luce l'opinabilità di riservare a taluni – e non ad altri – diritti fondamentali il crisma dell'indegradabilità[28], e, nell'ambito di

[24] Cfr. Cass., Sez. un., n. 5172/1979.

[25] P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 93-94.

[26] F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, cit., 272-273.

[27] P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 99.

[28] Così, peraltro, rischiando di paralizzare l'attività della p.a., contravvenendo ai

questi ultimi magari distinguere fra situazioni soggettive "a nucleo variabile" e posizioni soggettive "a nucleo rigido"[29], ciò che non convince è che la teoria dell'indegradabilità costituisce l'altra faccia di quella – a sua volta molto criticata – della degradazione, che nel derogare di fatto presuppone[30].

In ogni caso ciò, da una parte, ha segnato una rinascita, sia pur in un settore limitato, dei diritti «politici» tutelabili dal giudice ordinario, dall'altra ha segnato la sconfitta del procedimento di salvaguardia della divisione dei poteri disegnato dall'Allegato E[31].

Il problema è oggi ridimensionato grazie a quella giurisprudenza che ritiene legittimo che un diritto fondamentale ricada in una materia compresa nella giurisdizione esclusiva del g.a., perché questi ormai ha i poteri processuali per garantire con pienezza ed effettività tale tutela. Apripista in questo senso è stata la Corte costituzionale, in tema di centrali elettriche[32], seguita a stretto giro dalle Sezioni unite, in tema di discariche di rifiuti[33]. A fronte di autorevole dottrina che causticamente si chiede se in tal modo sia stato di fatto abrogato l'art. 103 Cost.[34], v'è chi osserva come tale evoluzione rappresenti il naturale esito di un percorso che ha portato all'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo, assieme all'indiretta conferma della bontà delle argomentazioni della giurisprudenza sopra richiamata che deriverebbe dal fatto che esistono casi di attribuzione legislativa al g.o. di alcune materie coinvolgenti interessi fondamentali della persona[35].

Sul punto restano aperte due questioni: a) se possa esattamente parlarsi di giurisdizione esclusiva del g.o., a fronte di ipotesi in cui la giurisprudenza amministrativa ha ravvisato persistenti margini di esercizio del potere discrezionale e dunque di sussistenza dell'interesse legitti-

principi costituzionali di solidarietà sociale e di buona andamento. Cfr., sul punto, V. CAIANIELLO, *Giurisdizione e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Cento anni di giustizia amministrativa*, Napoli, 1996, 223 ss.

[29] V., per tutte, Cass., Sez. un., n. 17461/2006.

[30] G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico/privato*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012, 177 ss., spec. 187.

[31] F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, cit., 273.

[32] Corte cost., n. 140/2007.

[33] Cass., Sez. Un., n. 27187/2007.

[34] G. VERDE, *È ancora in vita l'art. 103, I° comma, Cost.?*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 436 ss.

[35] G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico/privato*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, cit., spec. 194 ss.

mo[36]; b) se la giurisdizione del g.a. in tema di diritti fondamentali possa aversi nelle sole materie di giurisdizione esclusiva, come sembra optare la giurisprudenza maggioritaria, a cominciare da quella delle Sezioni unite[37], ovvero, come opina una certa dottrina, se possa aversi anche nei casi di giurisdizione (generale) di legittimità, sulla base di una riconfigurazione (anche sul piano sostanziale) della possibilità che la tutela di tali interessi assuma la veste dell'interesse legittimo[38].

5. *Giurisdizione "piena" del g.o. e giudizio "sul rapporto": esempi e criticità*

D'altra parte, anche quando è il legislatore a prevedere espressamente ipotesi di giurisdizione piena, i problemi interpretativi non mancano. E' il caso, emblematico, del pubblico impiego privatizzato e della giurisdizione piena e "sul rapporto" del g.o., ai sensi dell'art. 63, co. 2, d.lgs. 30.3.2001, n. 165, nel cui ambito il giudice ordinario adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati.

Come è noto, all'ampiezza del potere sostitutivo riconosciuto al giudice in questo settore non ha corrisposto un'automatica sostituzione dell'amministrazione nelle decisioni organizzative e gestionali, salvo quando esse si presentino integralmente vincolate dalla legge[39]. Al di là

[36] V. il caso relativo alle controversie aventi ad oggetto la declaratoria della consistenza dell'insegnamento di sostegno ed afferenti alla fase che precede la formalizzazione del Piano educativo individualizzato (c.d. P.E.I.), ritenute rientranti nella giurisdizione del g.a. da Ad. plen. n. 7/2016 (in contrasto con quanto statuito da Cass., Sez. un., n. 25011/2014), nonostante la previsione di cui all'art. 44 d.lgs. n. 286/1998 che devolve al g.o. la tutela antidiscriminatoria.

[37] V. la già citata Cass., Sez. Un., n. 27187/2007.

[38] G. D'AMICO, *Qualificazione e tutela delle situazioni non patrimoniali nel sistema pubblico/privato*, in *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, cit., 199. Tale conclusione origina dalla constatazione, che di per sé costituisce ulteriore critica alla teoria dei diritti indegradabili, secondo cui anche nel campo dei diritti costituzionalmente rilevanti il legislatore, ordinario e costituzionale, attribuisce poteri riservati e discrezionali alla p.a. al fine di verificare quali siano le migliori modalità per contemperare la tutela del diritto col perseguimento degli interessi pubblici e con la tutela degli altri interessi privati anch'essi di rango costituzionale. Per tale impostazione v. pure F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2011, 2763 ss.

[39] P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 91.

di queste ipotesi, il giudice si limita alla verifica del rispetto della disciplina formale e procedurale, o, *rectius* (la differenza non è secondaria): il rispetto da parte del privato datore di lavoro dei doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Sul punto avremo modo di tornare, evidenziando il dissidio che tende a porsi fra garanzie formali e procedurali e giudizio c.d. "sul rapporto" dinanzi al g.o.

Si dibatte, in dottrina, tra chi sostiene che dinanzi al g.o. il sindacato sia più "intenso", partendosi finalmente dalla tutela dei diritti del cittadino e non più dalla tradizionale prospettiva della tutela dell'interesse pubblico (attraverso il tradizionale sindacato fondato dell'eccesso di potere)[40], e chi, invece, ritiene tuttora fondamentale la garanzia delle regole procedurali (legge n. 241/90) e il sindacato sull'eccesso di potere, non surrogabile dalle clausole di buona fede e correttezza, usate nel suo scrutinio dal g.o.[41]. Secondo altri il riferimento ai canoni della correttezza e della buona fede presuppone uno spazio di autonomia in capo al soggetto che decide, infungibile da parte del giudice, in forza della riserva (artt. 41 e 97 Cost.) in capo al soggetto "responsabile" delle scelte[42].

A questo punto, onde verificare l'ampiezza dello scrutinio del g.o., si potrebbe effettuare un raffronto con quello del g.a. Uno dei settori che oggi consente ciò è quello delle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, alla luce dell'evoluzione *in subiecta materia* sia della giurisprudenza interna – con la nota vicenda che ha portato il ripristino della giurisdizione della Corte d'Appello sulle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob – sia della giurisprudenza della Corte di

[40] Per tale impostazione si v. gli studi, più generale, di C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, e di A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, secondo la quale la decisione assunta in regime di autonomia viene esaminata in sede giurisdizionale essenzialmente nei suoi limiti esterni. Questo dipende dal fatto che il giudice assume il punto di vista del diritto e tende a ricostruire la dimensione di questo individuando in tale modo i limiti del potere che esso fronteggia. Anche il ricorso alle clausole generali rappresenta una modalità utile a circoscrivere esternamente il potere datoriale e non certo a identificarne la direzione.

[41] Autorevole dottrina, in questo senso, ha sollevato forti dubbi di costituzionalità sulla praticabilità di certe privatizzazioni proprio in virtù della conseguente defunzionalizzazione che ciò comporterebbe. In questo senso F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, agg., Milano, 2002, 97, nota 96.

[42] P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 92.

Strasburgo sulla nozione di sanzione penale "in senso sostanziale", che è divenuto un imprescindibile "misuratore" dell'ampiezza del sindacato esercitato dal giudice, cui si richiede una *full jurisdiction* nel caso in cui le garanzie procedimentali non rispettino gli standard del giusto procedimento imposti dall'art. 6 Cedu.

Più nello specifico, un interessante confronto g.o./g.a., anche alla luce dei principi Cedu (artt. 6 e 13), può oggi essere fatto richiamando il caso del sindacato sulle sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM[43] e dalla Consob[44].

La legge abolitiva del contenzioso, fra l'altro, toglieva le sanzioni pecuniarie irrogate dalla pubblica amministrazione agli organi del contenzioso amministrativo e le restituiva al loro giudice naturale, il giudice penale ordinario.

Ne deriva, conseguentemente, che ogni legge apparsa nell'ordinamento italiano che attribuisce ad un giudice diverso dal giudice penale la giurisdizione su sanzioni pecuniarie amministrative (es. legge n. 689/1981), cioè su contravvenzioni, costituisce una deroga a quanto previsto, in generale, dalla legge abolitiva del contenzioso. Essa si spiega, peraltro, alla luce di esigenze legate a ragioni di funzionalità della giustizia penale: liberare il giudice penale dell'esame dei "piccoli reati" – esigenza a sua volta perseguita attraverso la "depenalizzazione" amministrativa – per consentirgli di concentrarsi in tempi rapidi sui reati di maggior peso[45].

[43] Giurisdizione esclusiva del g.a., estesa al merito, e competenza funzionale del Tar del Lazio, ai sensi degli artt. 133, 134 e 135 c.p.a.

[44] Giurisdizione del g.o., ovvero della Corte d'Appello nella cui circoscrizione è la sede legale o la residenza dell'opponente, ai sensi dell'art. 187-*septies*, D.Lgs. n. 58/1998, dopo la sentenza n. 162/2012 della Corte cost., che ha dichiarato costituzionalmente illegittima, per eccesso di delega, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del g.a., estesa al merito, e competenza funzionale del Tar del Lazio, ai sensi degli artt. 133, 134 e 135 c.p.a., delle controversie riguardanti le sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob.

[45] Cfr. F. MERUSI, *Dal 1865 … e ritorno … al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671 ss., spec. 677-679, il quale evidenzia come la reazione di interpreti e legislatori all'abolizione del contenzioso amministrativo in materia penale fu di due generi: a) o reputando che da una sanzione amministrativa nascesse un'obbligazione pecuniaria, determinando ciò una "rinascita" del giudice ordinario civile (secondo la logica della legge n. 689/1981); b) ovvero, attraverso la scelta di altre leggi dopo il 1865, volta a privilegiare il g.a., in base alla "connessione" tra obbligazione ed atto amministrativo (specie dopo l'introduzione della giurisdizione esclusiva nel 1923).

In questo senso, già a prescindere dall'influenza della giurisprudenza della Corte Edu, se il giudice, chiunque esso sia, non è abilitato (o non si ritiene tale) a ricostruire il fatto che costituisce il presupposto della sanzione, i precetti "penali" del processo risultano violati[46].

Tuttavia, bisogna attendere le nette prese di posizione della Corte di Strasburgo per avere una piena attuazione di questi assunti, già iscritti nel codice genetico, per così dire, della legge abolitrice del contenzioso. Questo perché, invero, il mero ritorno della giurisdizione sulle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia in capo alla Corte d'appello non sarebbe stato di per sé in linea con le esigenze di pienezza ed effettività della tutela, almeno a guardare il passato, non risultando praticamente mai annullato dal g.o. un provvedimento sanzionatorio se non per motivi formali[47].

Il diritto di ogni individuo ad avere un ricorso effettivo dianzi a un giudice, e a che la causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge nel caso di "accusa penale", vale per ogni atto che produca effetti sanzionatori, indipendentemente se siano disposti

[46] Cfr. F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, cit., 263.

[47] F. MERUSI, *Dal 1865 … e ritorno … al 1864. Una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, cit., 680, il quale, sotto tale aspetto, finisce per criticare le due sentenze della Corte costituzionale n. 162/2012 sulle sanzioni Consob, e 94/2014 sulle sanzioni della Banca d'Italia, nella parte in cui hanno ritenuto prevalente la direttiva legislativa sul rispetto della pregressa giurisprudenza della Suprema Corte sul riparto di giurisdizione rispetto a quella della "concentrazione" dei giudizi. Sulla tradizionale ineffettività della tutela della Corte d'Appello nei riguardi delle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia v. anche R. LENER-L. GALANTUCCI, *A che serve oggi il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti sanzionatori delle autorità di vigilanza?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2011, 81 ss. Per un'ulteriore critica a tali sentenze, fondata sul carattere *lato sensu* riparatorio e (indirettamente) ripristinatorio delle sanzioni, e volto a evidenziare l'esistenza di un sistema che dietro aspetti afflittivi-dissuasivi nasconde sempre la cura dell'interesse pubblico, v. P. LAZZARA, *Funzione* antitrust *e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, 767 ss., spec. 793-794. Entrambi gli argomenti, assieme all'idea (in passato fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa) dell'intima connessione esistente tra potere di vigilanza e potere sanzionatorio, dovevano militare a favore del mantenimento della giurisdizione esclusiva del g.a. *in subiecta materia* anche secondo M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. SASSANI e R. VILLATA, Torino, 2012, 188-189.

con sentenza o con provvedimento amministrativo, purché abbia carattere afflittivo, non meramente risarcitorio, ed esso può consistere anche nel pagamento di una somma di denaro, purché il sacrificio economico sia significativo[48].

La Corte utilizza i c.d. *Engel criteria*, ossia tre criteri, di natura alternativa e non cumulativa, per stabilire se si è in presenza di una "*accusa in materia penale*": 1) qualificazione giuridica adoperata dalla legislazione nazionale; 2) natura sostanziale della sanzione: per essere definita come "penale" si deve guardare agli interessi che sono tutelati e la risposta è positiva quando essi hanno carattere generale, coinvolgono la collettività dei consociati e sono perciò assimilabili a quelli normalmente tutelati in sede penale (funzione punitiva e preventivo-deterrente della sanzione); 3) severità della sanzione, che attinge il livello penale anche quando è solo di carattere pecuniario, ancorché non sia sostituibile da una sanzione che privi della libertà personale in caso di mancato pagamento, purché essa sia di importo rilevante. In definitiva, secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, per "accusa penale" deve intendersi ogni atto che produca effetti sanzionatori, indipendentemente se siano disposti con sentenza o con provvedimento amministrativo, purché abbia carattere afflittivo, non meramente risarcitorio; tali effetti possono consistere anche nel pagamento di una somma di danaro, se il sacrificio economico imposto sia significativo.

Anche il concetto di "tribunale", di cui all'art. 6 Cedu, è da intendere in senso estensivo: ciò che conta, per il rispetto del giusto processo, non sono i profili organizzatori ovvero il modo di esercizio del potere, ma la sola circostanza che un dato organo pubblico eserciti determinati poteri: nel nostro caso, quelli di inflizione di sanzioni sostanzialmente penali.

Le prescrizioni dell'"equo processo" dovrebbero essere seguite nel procedimento che decide in ordine all'interesse pubblico con effetti potenzialmente lesivi delle sfere dei soggetti terzi, ma la carenza delle garanzie previste nel procedimento può essere superata riconoscendole successivamente nel processo (c.d. *full jurisdiction*). Il recupero *ex post*

[48] Corte Edu, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; 21 febbraio 1984, *Ozturk v. Germany.* Per le sanzioni tributarie, e il loro carattere "sostanzialmente" penale, v. 12 luglio 2001, *Ferrazzini v. Italy*; v. anche Corte cost. n. 196/2010, in tema di illegittimità costituzionale di una legge in tema di confisca amministrativa di veicoli utilizzati da guidatori in stato di ebbrezza per violazione dell'art. 7 Cedu, principio di legalità in materia penale.

dei principi dell'"equo processo" richiede che al giudice sia consentito di rivedere punto per punto ed intrinsecamente tutte le scelte amministrative che hanno portato all'adozione dell'atto.

Ci si può chiedere, iniziando dal g.a., se tali prescrizioni sono realizzate con riguardo al sindacato avverso le sanzioni dell'Agcm[49].

Nel noto caso *Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011, è stata espressamente riconosciuta la natura sostanzialmente "penale", ai sensi dell'art. 6 Cedu, di una sanzione pecuniaria irrogata dall'Agcm a un'impresa che aveva posto in essere un'intesa restrittiva della concorrenza.

In tale vicenda l'attenzione si è soprattutto incentrata sul profilo della tutela processuale dinanzi al giudice amministrativo, considerato dalla Corte Edu rispondente ai requisiti della giurisdizione piena (come sopra definiti). La Corte Edu ha affermato che non vi era stata alcuna violazione da parte del g.a. in relazione alla domanda proposta che chiedeva l'esercizio di un sindacato basato sui vizi propri dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche, tese a censurare la irragionevolezza e la violazione del principio di proporzionalità. Non ha però affermato che tale sindacato possa svolgersi in modo estrinseco, senza esaminare puntualmente e specificamente ogni profilo sia riguardante le soluzioni tecniche opinabili che le scelte amministrative in senso pro-

[49] In giurisprudenza, per un *excursus* dell'evoluzione in materia, cfr. Tar Lazio, Sez. I, 20 aprile 2015, n. 5758. Secondo Cons. Stato, Sez. VI, 4 luglio 2012, n. 3901, il sindacato giurisdizionale non è circoscritto alle sole valutazioni che risultano palesemente inattendibili o illogiche agli occhi di un non addetto ai lavori (c.d. sindacato "estrinseco"), dovendosi spingere, in un'ottica di effettività della tutela, sino alla verifica della correttezza dei parametri specialistici di cui si è avvalsa l'amministrazione (c.d. sindacato "intrinseco"), anche mediante il ricorso ad apposite consulenze peritali, senza, tuttavia, dar luogo alla surrettizia sostituzione del giudice nell'esercizio della funzione di cura concreta dell'interesse pubblico affidata alle autorità amministrative. A favore dell'irrilevanza della qualificazione del controllo giurisdizionale sulle decisioni antitrust in termini di sindacato "forte" o "debole", si è invece espresso Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 926, secondo il quale l'opportunità di utilizzare parametri decisionali quanto più possibile collimanti con il modello coniato a livello comunitario impone che il principio di effettività della tutela venga coniugato con la specificità della controversia vagliata, consentendo al decisore non di esercitare poteri spettanti all'Antitrust, bensì di verificare, senza alcuna limitazione, se i menzionati poteri siano stati correttamente messi in pratica. Per la tesi secondo cui il sindacato sui provvedimenti dell'Antitrust è pieno e si estende sino al controllo dell'analisi (economica o di altro tipo) dalla stessa compiuta, potendo il giudicante sia rivalutare le scelte effettuate, sia applicare la corretta interpretazione dei concetti giuridici al caso di specie, v. Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 424.

prio, allorché nel procedimento non siano state osservate le previsioni dell'art. 6 Cedu.

Sul punto la dottrina si è divisa.

Secondo alcuni[50], anche alla luce di quanto evidenzia un giudice dissenziente (Pinto De Albuquerque), in realtà il sindacato è solo formale, perché non analizza il nucleo della motivazione della decisione amministrativa di condanna, ovvero la valutazione tecnica dei fatti contestati dalla ricorrente. Altra dottrina, invece, ritiene che il g.a. è solito entrare in modo analitico nella ponderazione dei requisiti di fattispecie (es. "mercato rilevante") alla luce dei fatti emersi nel procedimento[51].

[50] M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, spec. 207 ss.; ID., *L'art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela all'interno degli Stati membri dell'Unione Europea*, in *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, cit., 109 ss.; F. GOISIS, *La* full jurisdiction *nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 546 ss.

[51] F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 507 ss., spec. 539. Secondo F.G. SCOCA, *I provvedimenti dell'autorità e il controllo giurisdizionale*, in C. RABITTI-P. BARUCCI (a cura di), *Vent'anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 259 ss., il sindacato, nato come una forma di giudizio debole, si è trasformato in un controllo forte, pieno ed effettivo sui provvedimenti emessi dall'Agcm, in perfetta aderenza agli orientamenti comunitari. Peraltro vi è chi, partendo da tale premessa, e lamentando un'eccessiva presenza dei giuristi in seno all'Antitrust, con ciò che ne consegue in ordine al diverso approccio applicativo delle norme a tutela della concorrenza (giudicato più formalista e meno attento alla tutela sostanziale del consumatore come finalità prima della tutela della concorrenza), stigmatizza l'estensione del sindacato di controllo, ricordando due episodi: l'annullamento nel 1997 delle sanzioni alle imprese assicurative, sulla base del fatto che le intese tra le imprese non erano state sottoscritte dai loro rappresentanti legali, quindi non si potevano definire accordi; il più recente (2008) annullamento della decisione con cui l'Autorità aveva sanzionato per un totale di 57 milioni di euro i principali produttori italiani di gas tecnici, sulla base del fatto che il protocollo d'intesa (con cui si sarebbe ripartito il mercato italiano) risaliva al 1980, dunque era antecedente alla entrata in vigore della legge antitrust. Per tali rilievi v. A. MACCHIATI, *Un'Autorità per i giuristi?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2016, 339 ss. Invero, anche tale idea merita delle precisazioni. Si pensi alla più recente giurisprudenza amministrativa in tema di atti di regolazione delle Autorità indipendenti, in particolare dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas: Cons. Stato, Sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 684, con nota di M. FILICE, *Verso un sindacato consapevole sulle valutazioni tecnico-discrezionali*. Qui il giudice amministrativo, superando quella giurisprudenza – anche recente – che, a causa della difficile intellegibilità delle scelte regolatorie, si limita a un sindacato indiretto, ha affermato che la complessità tecnica delle valutazioni che precedono le scelte regolatorie, spesso scarsamente intellegibile (se guardata con gli occhi del "profano"), non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente penetrante e approfondito, specie sotto

Altro aspetto: la Corte di Strasburgo si sarebbe limitata, in ossequio al principio della domanda, ad effettuare un sindacato basato sui vizi propri dell'eccesso di potere, ma non ha affermato che il sindacato possa svolgersi all'esterno, senza esaminare puntualmente e specificamente ogni profilo sia riguardante le soluzioni tecniche opinabili che le scelte amministrative in senso proprio[52].

Si è altresì suggerito che il testo dell'art. 134, comma 1, lett. c), c.p.a., che prevede una giurisdizione di merito, anziché di mera legittimità, sulle sanzioni amministrative pecuniarie, possa essere letto in modo diverso da quel che fa la giurisprudenza amministrativa: sostenendo che la giurisdizione di merito, come tale interamente sostitutiva dell'amministrazione, non riguarda solo la quantificazione delle sanzioni (come ritiene la prevalente giurisprudenza amministrativa), bensì anche l'*an* dell'illecito e, dunque, ogni valutazione di merito, di fatto e di diritto, rilevante per il suo accertamento[53].

Non minori criticità interpretative si pongono per il sindacato del giudice civile sulle sanzioni della Consob.

il profilo della attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione. Può essere interessante osservare come, nel caso di specie, il Consiglio di Stato riforma la pronuncia di primo grado, reputando legittima la scelta regolatoria operata dall'Aeeg in merito alla variazione di alcuni meccanismi tariffari riguardanti il settore della distribuzione del gas naturale. Non si può dunque confondere l'irragionevolezza con l'intellegibilità (come aveva fatto in primo grado il Tar Lombardia). Sicché tale forma di sindacato costituisce una garanzia più intensa non solo per il privato, ma anche per l'Autorità, giacché il giudice, in tale ottica specialistica, può evitare che le scelte regolatorie suffragate da un'adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultino difficilmente comprensibili.

[52] In tal senso la sentenza sarebbe stata male interpretata da una certa giurisprudenza nostrana, ad es. da Cass., Sez. un., n. 2312/2012. Cfr., sul punto, M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse; orientamenti tradizionali* versus *obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1602 ss.; E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 685 ss., spec. 703.

[53] Cfr. M. SIRAGUSA-C. RIZZA, *Violazione delle norme antitrust, sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità di concorrenza e diritto fondamentale a un equo processo: lo «stato dell'arte» dopo le sentenze «Menarini», «Kme» e «Posten Norge»*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 408 ss. In giurisprudenza, per la tesi secondo cui l'unica ipotesi in cui la cognizione del giudice è più penetrante, varcando la soglia dell'esame di legittimità per estendersi sino al merito della decisione, attiene alla determinazione della sanzione pecuniaria irrogata v., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2011, n. 896.

Nella vicenda *Grande Stevens e altri* (2014), relativa ad un procedimento Consob in materia di abusi di mercato ex art. 187-*ter* T.U.F., secondo la Corte di Strasburgo il procedimento innanzi alla Consob non corrisponde agli standard richiesti dall'art. 6, par. 1, Cedu, oltre a porsi in contrasto col principio del *ne bis in idem,* prevedendo il nostro sistema un sistema di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale per le medesime fattispecie[54].

Secondo la Corte nel caso di specie tali violazioni non sono state superate in via processuale poiché il giudizio in sede di opposizione non aveva previsto lo svolgimento di un'udienza pubblica per il contraddittorio verbale tra le parti (come è oggi espressamente sancito dall'art. 187-*septies*, comma 6-*bis*, D.Lgs. n. 58/1998), e non già per un difetto quanto a intensità del sindacato del g.o., reputato invece pieno ed effettivo[55].

Resta, peraltro, una persistente criticità, che invero riguarda anche il

[54] Su tale delicata questione v. Corte cost., n. 102/2016, che tuttavia ha dichiarato inammissibili tre questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento alla compatibilità della disciplina italiana sugli abusi di mercato, che prevede un sistema di doppio binario sanzionatorio amministrativo-penale per le medesime fattispecie, al principio del *ne bis in idem* così come interpretato dalla Corte di Strasburgo. La Consulta, tuttavia, auspica un intervento del legislatore volto ad individuare meccanismi idonei ad impedire che l'Italia venga di nuovo condannata dalla Corte Edu per violazione del principio del *ne bis in idem.* Più di recente, Cass., Sez. Trib., 20 settembre 2016, ord. n. 20675, ha sollevato, *ex* art. 267 TFUE, questione pregiudiziale sui seguenti punti: a) se la previsione dell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (secondo cui «Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge»), interpretata alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 Cedu, della relativa giurisprudenza della Corte Edu e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (illecita manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile; b) se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del "ne bis in idem", in base all'art. 50 della Carta di Nizza, interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 Cedu, della relativa giurisprudenza della Corte Edu e della normativa nazionale.

[55] Cfr., in tal senso, Cons. St., Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596 del 2015. Anche secondo Cass. civ., Sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210, l'omessa previsione della trasmissione all'interessato delle conclusioni dell'Ufficio sanzioni amministrative, e la conseguente impossibilità di interloquire, non si pone in contrasto con l'art. 6 della Cedu, quando, pur avendo le sanzioni natura sostanzialmente penale, il provvedimento con cui le stesse vengono irrogate sia assoggettato, come nel caso di specie accade, ad un sindacato giurisdizionale pieno, attuato nell'ambito di un giudizio che assicura le garanzie del giusto processo.

giudizio amministrativo, rappresentata dal principio di "presunzione di innocenza", anch'esso nella declinazione derivante dalla natura di sanzione "sostanzialmente" penale secondo il formante della Corte Edu, che contrasterebbe col non automatico effetto sospensivo a seguìto della proposizione dell'opposizione[56].

6. *(Segue) L'insidia (apparentemente paradossale) del c.d. giudizio sul rapporto e un ulteriore possibile profilo di contrasto con l'art. 6 Cedu*

Peraltro, all'ampliamento del potere sostitutivo del g.o. spesso consegue una svalutazione del ruolo della p.a.[57]

Non ci riferiamo tanto al dibattuto problema se l'art. 21-*octies*, comma 2, si applichi anche ai poteri di disapplicazione del g.o.[58]

Più in generale, in giurisprudenza spesso si ritiene che non abbia sostanzialmente rilievo se la decisione sia stata assunta senza il rispetto delle norme procedurali o il corredo di un'adeguata motivazione, perché potrà conoscerne pienamente il giudice nel successivo giudizio sul rapporto. Si realizza, di fatto, quanto vaticinato da Aldo Piras nella sua fondamentale monografia sul giudizio sul rapporto[59].

Per rimanere al sindacato sulle sanzioni irrogate dalle Autorità am-

[56] Cfr. E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, cit., 694-699. E' stato considerato invece illegittimo, per violazione dell'art. 7 Cedu, nella parte in cui prevede che «non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso», e quindi contrastante con il principio penalistico della retroattività *in bonam partem*, il provvedimento di rideterminazione dell'Agcm, che ha applicato il minimo edittale previsto dalla normativa vigente al momento della commissione dell'infrazione, piuttosto che la disciplina posteriore che avrebbe condotto al ricalcolo dell'ammenda in misura notevolmente inferiore, in coerenza con la diversa e più favorevole qualificazione dell'intesa anticoncorrenziale e con la minore durata della stessa, per come accertate nella sentenza di annullamento *in parte qua* del provvedimento sanzionatorio originario. Cfr., in tal senso, Tar Lazio, Sez. I, 20 aprile 2015, n. 5758.

[57] P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 103.

[58] Sul quale v. R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti interni*, cit., 9, che conclude nel senso dell'applicabilità della disposizione, a prescindere dal suo carattere processuale e non sostanziale, poiché se l'atto non può essere invalidato, *a fortiori* non può essere considerato privo di effetti e, dunque, disapplicato.

[59] A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. 1 e 2, Milano, 1962.

ministrative indipendenti, non è raro che il provvedimento sanzionatorio contenga elementi e valutazioni che, in fatto e in diritto, non corrispondano esattamente a quanto riportato nella C.R.I. (Comunicazione delle risultanze istruttorie) e che, talvolta, costituiscano una sorta di "risposta" ulteriore alle difese finali svolte dagli interessati. Tale approccio è "legittimato" da quella giurisprudenza – connessa alle tendenze svalutative dei vizi formali e procedurali, espresse oggi dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90 – secondo cui la modifica dell'impostazione accusatoria non comporta, per sé, vizio invalidante il provvedimento finale, ma solo nel caso limite in cui con il provvedimento finale si sia intrinsecamente modificata la natura stessa della condotta contestata, e sempre che tale mutamento abbia impedito all'impresa coinvolta di articolare in modo compiuto le proprie deduzioni, violandone le prerogative difensive[60]. Quest'ultimo tema, più in generale, riguarda anche i procedimenti per pratiche commerciali scorrette, avendo la giurisprudenza amministrativa affermato l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, al caso di mancata comunicazione di inizio del procedimento[61].

Tale impostazione nasce, in generale, in ambito tributario, si diffonde poi al sindacato sulle sanzioni[62], ed ha trovato autorevole avallo, in

[60] Cons. St., Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864.

[61] Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256.

[62] V., proprio in tema di sanzioni irrogate dalla Consob, App. Bologna, sez. III, 3.3.2015. Secondo Cass. civ., Sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210: «va qui ribadito il principio, enunciato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la più volte citata sentenza n. 20935/09, che la doglianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificamente conculcato o compresso nel procedimento sanzionatorio. Detto principio, ripreso in tema di contraddittorio nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia dalla sentenza n. 27038/13 e in tema di contraddittorio nel procedimento per l'applicazione delle sanzioni irrogate dalla CONSOB dalla sentenza n. 24048/15, è condiviso dal Collegio e si colloca nella medesima prospettiva ermeneutica ancora di recente indicata dalle medesime Sezioni Unite con la sentenza n. 24823/15, ove, in tema di contraddittorio nel procedimento tributario, si è affermato che "la violazione del diritto al contraddittorio comporta l'invalidità dell'atto purché il contribuente abbia assolto all'onere di enunciare in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere". Tale affermazione privilegia una lettura sostanzialistica (della tutela del) del diritto al contraddittorio, che il Collegio condivide perché richiama il pragmatico canone giuspubblicistico della strumentalità delle forme e risulta in piena sintonia con il diritto dell'Unione europea e, in particolare, con gli approdi della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia sull'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali (cfr. CGEU sentt. 3.7.2014, *Kamino International Logistics*, ove si afferma che la violazione dei diritti di difesa, in particolare del diritto ad essere sentiti prima dell'adozione di provvedimento lesivo, deter-

tema di giudizio previdenziale innanzi alla Corte dei Conti, in una recente pronuncia della Corte cost., ord. n. 92/2015, passata inosservata, a quanto consta, nel dibattito dottrinale[63].

La questione, peraltro, presente margini più ampi di manifestazione, come si è sopra rilevato considerando i limiti del sindacato del g.o. sugli atti del datore di lavoro nel pubblico impiego, e merita considerazioni critiche.

Intanto, oggetto dell'accertamento giudiziale è l'intera fattispecie, comprensiva dell'atto, giacché questo completa l'imposizione di cui va verificata la conformità allo schema legale.

Inoltre, tale tendenza giurisprudenziale implica una minor tutela per il cittadino, se questi deve farsi carico dell'onere di un procedimento giurisdizionale per far valere il diritto ad essere ascoltato[64].

Infine, per tornare all'art. 6 Cedu, si sottolinea un possibile contrasto con la giurisprudenza di Strasburgo, per la quale la violazione del principio del contraddittorio è sempre rilevante, indipendentemente dalla correttezza dell'esito del procedimento e dalla rilevanza dello stesso per le concrete difese del cittadino[65].

mina l'annullamento dell'atto adottato al termine del procedimento amministrativo soltanto se, in mancanza di tale irregolarità, detto procedimento "avrebbe potuto comportare un risultato diverso"; nello stesso senso, si veda anche la sentenza 26.9.2013, *Texdata Software*)».

[63] Si trattava di un caso relativo ad un preteso indebito recupero previdenziale, in cui si lamentava l'impossibilità di comprendere le ragioni di fatto e di diritto della disposta ripetizione; peraltro, l'amministrazione previdenziale avrebbe fornito solo in giudizio, con la memoria di costituzione, motivazioni integrative. Secondo la Consulta, che richiama sul punto consolidata giurisprudenza contabile, il giudizio pensionistico, ancorché promosso formalmente con ricorso contro un atto della p.a., ha per oggetto il completo riesame del rapporto obbligatorio di quiescenza nella sua globalità, pertanto, in difetto dei fatti costitutivi della relativa obbligazione, a nulla varrebbe reclamare l'applicabilità delle tutele procedimentali, primo fra tutte l'obbligo di motivazione, di cui all'art. 3 legge n. 241/1990. Interessante notare come, in un successivo *obiter dictum*, si osserva che, in ogni caso, il difetto di motivazione non può essere assimilato alla violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma, sicché la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies*, comma 2, legge n. 241/1990, si prospetta come inammissibile, nella parte in cui il giudice remittente si è sottratto al doveroso tentativo di sperimentare l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione censurata.

[64] P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., 105.

[65] E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, cit., 699-702. Con riguardo specifico alle

7. *L'opposta parabola della disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice penale: criticità*

Quanto ai poteri del giudice penale, come è noto bisogna distinguere fra due distinte tipologie di disapplicazione dell'atto amministrativo:

a) Disapplicazione *in bonam partem*: l'esempio classico è quello della illegittimità di un ordine dell'autorità che fa venir meno il presupposto del reato di inosservanza di ordine dell'autorità di cui all'art. 650 c.p. Disapplicazione di atto amministrativo ritenuto illegittimo che, ad esempio, in non poche occasioni ha permesso al giudice penale di assolvere dimostranti che avevano resistito alle «cariche» della polizia.

b) Disapplicazione *in malam partem*: tutte le volte che la legge preveda come fattispecie di reato il porre in essere una attività senza il previo possesso di un atto amministrativo autorizzatorio o concessorio, qualora il giudice penale accerti che l'atto amministrativo legittimante l'attività sia illegittimo. È il noto caso del preteso reato di costruzione abusiva nell'ipotesi in cui il reo abbia agito in forza di una autorizzazione edilizia, che il giudice penale accerti *incidenter*, disapplicandola, illegittima.

La prima ipotesi non comporta particolari problemi. C'è chi osserva che, a rigore, non si tratti di disapplicazione dell'atto amministrativo, ma di esercizio dei poteri del giudice penale di accertare la sussistenza o insussistenza dell'illecito[66]. Altri, addirittura, ritengono tale forma di disapplicazione l'unica consentita, poiché l'All. E contiene una legge sulla tutela dei «diritti civili e politici»[67].

La seconda ipotesi appare solo apparentemente smentita da una nota sentenza delle Sezioni Unite Penali[68], alla luce della successiva giurisprudenza[69] che ammette la rilevanza dell'illegittimità della concessione edilizia per l'accertamento del reato di costruzione in assenza di titolo in base all'"interesse protetto" dalla norma (tutela del territorio), e, pur ritenendo non configurabile una disapplicazione in senso proprio, con-

sanzioni pecuniarie dell'AGCM, critica la svalutazione dei vizi formali nel giudizio sul rapporto (di c.d. *full jurisdiction*), insistendo per un aumento delle garanzie procedimentali, F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, cit., 543-544.

[66] R. DE NICTOLIS, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione: limiti interni*, cit., 10.

[67] F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, cit., 265.

[68] Cass., Sez. un., n. 3/1987, sentenza *Giordano.*

[69] Cass., Sez. un., 12 novembre 1993, *Borgia*.

sidera il permesso di costruire quale elemento normativo della fattispecie penale[70].

Questa tendenza giurisprudenziale, che mette in luce un "rapporto" affatto diverso con l'atto amministrativo da parte del giudice penale, a differenza della antica timidezza del giudice civile, e che si "giustifica" per la tradizionale diffidenza del primo nei confronti dell'amministrazione pubblica italiana, accentuatasi in noti periodi della storia della Repubblica, anche se mai attenuatasi, tanto meno oggi, si espone ad evidenti profili di criticità, più volte segnalati dalla dottrina più consapevole:

a) violazione del principio della necessaria legalità e tipicità della fattispecie penale (art. 25 Cost.)[71];

b) violazione del principio di separazione dei poteri[72];

c) disincentivo rispetto alle politiche pubbliche di semplificazione, a causa dell'effetto di "blocco" che sorge in capo ai funzionari amministrativi, scoraggiati dall'eccessiva ingerenza del giudice penale[73].

Con riguardo a quest'ultimo aspetto, si è cercato di intervenire col nuovo comma 2-*bis* art. 21-*nonies* della legge n. 241/90 (introdotto dalla legge n. 124/2015), secondo il quale non vigono i nuovi limiti temporali all'annullamento d'ufficio (diciotto mesi) per i provvedimenti conseguiti sulla base di false rappresentazioni o dichiarazioni sostitutive per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato.

Al netto dei numerosi problemi interpretativi che la norma pone[74], si è detto che essa dovrebbe risolvere il delicato tema della pregiudizialità, ostando a questo punto alla giustificazione dell'intervento in autotutela la mera apertura di indagini penali, e, viceversa, alla possibilità di opporre al giudice amministrativo eventualmente adito avverso provve-

[70] Cfr., ad es., Cass., Sez. III, n. 770/2010. Per un denso *excursus* critico di tale giurisprudenza v. R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1152 ss.

[71] R. VILLATA, *Un problema non ancora (o, forse meglio, erroneamente) risolto dalla giurisprudenza della Cassazione penale*, cit., 1159-1160; F. MERUSI, *Consiglio di Stato (all. D) e abolizione del contenzioso (all. E)*, cit., spec. 261-269.

[72] F. SATTA, *Liberalizzare e semplificare*, in *Dir. amm.*, 2012, 185.

[73] A. POLICE, *Riflessioni sui tortuosi itinerari della semplificazione nell'amministrazione della complessità*, in *www.apertacontrada.it*.

[74] Sui quali, per un primo approfondimento, v. V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124/2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *www.federalismi.it*.

dimenti di annullamento (o sospensione) d'ufficio dei titoli la mera "pendenza" del processo penale[75].

Sennonché, rimane il problema di fondo della "mentalità" del giudice penale, che si traduce, ad esempio, proprio nella discutibile giurisprudenza sulla disapplicazione dell'atto amministrativo *in malam partem* di cui si è detto.

8. *Brevi conclusioni*

Le due opposte parabole descritte, da una parte quella dei limiti interni del giudice civile dall'altra quella dei limiti interni di quello penale, vanno lette alla luce del dato costituzionale, sicché:

a) quanto ai poteri del giudice civile, dall'art. 113, co. 3, Cost. discende una riserva di legge per il conferimento al giudice del potere di annullamento e, *a fortiori,* di tutti gli altri poteri sostitutivi, con quanto ne deriva riguardo alla (in)accettabilità teorica delle – pur commendevoli – spinte espansive per via meramente giurisprudenziale;

b) quanto ai poteri del giudice penale, l'art. 25 Cost. osta alla tesi, sia pur riveduta e corretta, della disapplicazione *in malam partem.*

Sennonché tali pur fondamentali coordinate non appaiono più sufficienti per la risoluzione dei problemi oggi sul campo.

Il tema del sindacato sulle sanzioni amministrative pecuniarie, e più ampiamente il diritto della regolazione, coi suoi tanti problematici risvolti processuali[76], è oggi emblematico.

A questo punto ci si dovrà misurare sempre più anche col formante della Corte Edu, e col concetto di *full jurisdiction* ivi emergente. Se esso, specie in tema di sanzioni (sostanzialmente) penali, sembra spingere per un sindacato "pieno" anche da parte del giudice amministrativo, sul modello del giudice civile[77] (anche se – come si è visto – l'esperienza,

[75] M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, 17.

[76] Cfr. L. TORCHIA, *Il diritto* antitrust *di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2013, 501 ss.

[77] Ovviamente il discorso meriterebbe un ben più ampio approfondimento, non meramente casistico ed esemplificativo, che parta dalla persistente giustificabilità della differenza sostanziale tra diritto soggettivo ed interesse legittimo, a fronte di una tendenza ad erogare le tutele da parte delle due giurisdizioni in modo, se non identico, vieppiù omologabile, in quanto "pieno ed effettivo". Tema amplissimo, appunto, che

anche più recente, mostra come in realtà sia inappagante e forse imprecisa l'idea tralatizia di un g.a. contraddistinto da maggiore *self restraint*), nello stesso tempo porta con sé l'insidia della dequotazione dei vizi formali e della motivazione dell'atto proprio nel contesto del giudizio "sul rapporto", profilo che, a sua volta, sembra però porsi in contrasto coi princìpi sul "giusto procedimento" affermati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

tocca ulteriori sotto-questioni: dalla persistente priorità ed indefettibilità dell'azione di annullamento ai requisiti che il giudice deve possedere nella sua collocazione all'interno del nostro sistema di giustizia, a fronte di una differenza fra giurisdizioni che tende a porsi come semplicemente *strutturale.* Su tali questioni di sistema può essere utile, per restare alla più recente letteratura, rinviare al fecondo colloquio fra due Maestri della scienza processuale, da ultimo densamente riportato da uno dei due, ovvero G. VERDE, *Il riparto di giurisdizione secondo Riccardo Villata*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 696 ss.

Finito di stampare nel mese di maggio 2019
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli