

2017

n. 1

P.A. Persona e Amministrazione

*Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics*



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

ISSN 2610-9050

P.A. Persona e Amministrazione
Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia
Legal Research on Public Administration and Economics

Direttore responsabile

Luca R. Perfetti, Università di Bari "Aldo Moro"

Comitato di direzione

Massimiliano Bellavista, Università di Siena; Rosa Calderazzi, Università di Bari "Aldo Moro"; Maria Cristina Cavallaro, Università di Palermo; Alberto Clini, Università di Urbino Carlo Bo; Antonio Colavecchio, Università di Foggia; Salvatore Dettori, Università di Teramo; Francesco Follieri, Università di Bari "Aldo Moro"; Pierpaolo Forte, Università del Sannio di Benevento; Biagio Giliberti, Università Telematica "Pegaso" di Napoli; Andrea Maltoni, Università di Ferrara; Massimo Monteduro, Università del Salento; Giuseppe Tropea, Università Mediterranea di Reggio Calabria.

Comitato di redazione

Giuseppina Buia, Università del Salento; Roberto Franco Greco, Università del Salento; Loriano Maccari, Università di Urbino Carlo Bo; Federico Romoli, Università di Pavia; Donato Vese, Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia.

Comitato internazionale di referaggio

Marcos Almeida Cerreda, Universidad de Santiago de Compostela (Spagna); Sandro Amorosino, Università "La Sapienza" di Roma; Antonio Barone, Università LUM "Jean Monnet"; Antonio Bartolini, Università di Perugia; Luigi Benvenuti, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Luca Bertonazzi, Università di Milano; Tomás Cano Campos, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Andrea Carbone, Università "La Sapienza" di Roma; Andrea Crismani, Università di Trieste; Giovanni Maria Caruso, Università della Calabria; Salvatore Cimini, Università di Teramo; Stefano Cognetti, Università di Macerata; Paoloefisio Corrias, Università di Cagliari; Guido Corso, Università di Roma Tre; Fulvio Cortese, Università di Trento; Elisa D'Alterio, Università di Catania; Erin Daly, Widener University (Delaware, U.S.A.); Maurizia De Bellis, Università di Roma "Tor Vergata"; Walber de Moura Agra, Universidade Federal de Pernambuco (Brasile); Francesca Di Lascio, Università di Roma Tre; Leonardo Ferrara, Università di Firenze; Luigi Ferrara, Università di Napoli "Federico II"; Fabrizio Fracchia, Università Commerciale "Luigi Bocconi"; Francesco Goisis, Università di Milano; Giuliano Grüner, Università di Roma "Tor Vergata"; Annalisa Gualdani, Università di Siena; Hélène Hoepffner, Université Toulouse 1 Capitole (Francia); Erik Kersevan, Univerza v Ljubljani (Slovenia); Pierdomenico Logroscino, Università di Bari "Aldo Moro"; Simone Lucattini, Università di Siena; Barbara Mameli, Università del Piemonte Orientale; Giuseppe Manfredi, Università Cattolica del Sacro Cuore; Giulia Mannucci, Università di Firenze; Wanda Mastor, Université Toulouse 1 Capitole (Francia);

Marco Mazzamuto, Università di Palermo; Luis Medina Alcoz, Universidad Complutense de Madrid (Spagna); Jorge Oviedo Albán, Universidad de La Sabana (Colombia); Nino Paolantonio, Università di Roma "Tor Vergata"; Ricardo Perlingeiro Mendes Da Silva, Universidade Federal Fluminense (Brasile); Sergio Perongini, Università di Salerno; Nicola Pignatelli, Università di Bari "Aldo Moro"; Aristide Police, Università di Roma "Tor Vergata"; Michel Prieur, Université de Limoges, International Center for Comparative Environmental Law (Francia); Anikó Raisz, Miskolci Egyetem (Ungheria); Margherita Ramajoli, Università di Milano Bicocca; Gianluca Romagnoli, Università di Padova; Francesco Rota, Università del Sannio, Benevento; Stefano S. Scoca, Università per stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria; Saverio Sticchi Damiani, Università del Salento; János Ede Szilágyi, Miskolci Egyetem (Ungheria); Fabrizio Tigano, Università di Catania; Simone Torricelli, Università di Firenze; Michele Trimarchi, Università di Foggia; Francesco Fabrizio Tuccari, Università del Salento; Alberto Urbani, Università "Ca' Foscari" di Venezia; Hitoshi Ushijima, Chuo University, Tokyo (Giappone); Dirk Uwer, Hochschule Bonn-Rhein-Sieg; Freien Universität Berlin; Technischen Universität Berlin (Germania); Diego Vaiano, Università della Tuscia, Viterbo; Alejandro Vergara Blanco, Pontificia Universidad Católica de Chile (Cile); Stefano Villamena, Università di Macerata; Ewald Wiederin, Universität Wien (Austria); Nathalie Wolff, Université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia); Alberto Zito, Università di Teramo.

Contatti

Redazione P.A. Persona e Amministrazione
prof. Alberto Clinì
Università degli Studi di Urbino Carlo Bo - Dipartimento di Giurisprudenza
via Matteotti, 1 - 61029 Urbino (PU)
Telefono: +39 0722 303250 - Fax: +39 0722 303230
email: redazione.pa@uniurb.it

Edizione on line a cura di

Sebastiano Miccoli
Telefono: +39 0722 303223
email: sebastiano.miccoli@uniurb.it

P.A. Persona e Amministrazione è una pubblicazione on line dell'Università degli studi di Urbino Carlo Bo. Lo sviluppo e la manutenzione di questa installazione di OJS sono forniti da UniURB Open Journals, gestito dal Servizio Sistema Bibliotecario di Ateneo. **ISSN 2610-9050.** Registrazione al Tribunale di Urbino richiesta.



Eccetto dove diversamente specificato, i contenuti di questo sito sono rilasciati con **Licenza Creative Commons Attribuzione 4.0 Internazionale**.

SOMMARIO

Presentazione	p. V
Ricordo di Giorgio Pastori	p. VII

I – SEZIONE MONOGRAFICA

LUCA R. PERFETTI, L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto	p. 3
MASSIMILIANO BELLAVISTA, Determinazione, decisione, procedura	p. 45
PIERPAOLO FORTE, Enzimi personalisti nel diritto amministrativo	p. 63
FRANCESCO FOLLIERI, Decisione e potere nell'atto amministrativo vincolato	p. 111
DONATO VESE, Decisione, semplificazione ed efficienza nel procedimento amministrativo	p. 143
MICHELE TRIMARCHI, Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere	p. 189
GIULIA MANNUCCI, La necessaria dimensione normativa dei diritti dei terzi	p. 211
GIUSEPPE TROPEA, Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto	p. 239
BIAGIO GILIBERTI, L' <i>έκλεγειν</i> nel processo amministrativo tra separazione dei poteri e sovranità dell'individuo	p. 271
GIULIANO GRÜNER, Esecuzione coattiva delle determinazioni amministrative da parte del giudice amministrativo?	p. 295
ANTONIO COLAVECCHIO, Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche	p. 313
ROSA CALDERAZZI, La decisione e le scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata	p. 331
ALBERTO CLINI, Sovranità della persona nelle determinanti di tutela del risparmio	p. 349

II – STUDI

GIUSEPPE MANFREDI, Annulloamento doveroso?	p. 383
--	--------

FRANCESCO GOISIS, La breve esperienza delle raccomandazioni vincolanti dell'ANAC ex art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016: doverosità e funzione di giustizia nella autotutela decisoria	p. 421
MARCO MAZZAMUTO, Francesco Crispi e la istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato	p. 441

III – OPINIONI E RECENSIONI

LUCA R. PERFETTI, Beyond the chinese room. Appunti per una riflessione su intelligenza artificiale e diritto pubblico	p. 457
LORIANO MACCARI, La determinazione amministrativa nel processo	p. 471
RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA, Il due process previo alle decisioni amministrative e la tutela giurisdizionale effettiva nel Brasile	p. 483

PRESENTAZIONE

P.A. (*Persona e Amministrazione*) nasce dal percorso di ricerca avviato nel 2006, con il primo convegno promosso ad Urbino. Non si tratta, quindi, di una rivista che sorge in astratto o come frutto solo di un progetto; essa è, piuttosto, il risultato di un percorso, ormai decennale. Il che non significa affatto presentarsi senza un programma ed un'identità. Piuttosto, è rilevante che questi si siano costruiti nel corso degli anni ed in relazione ad un dialogo a più voci, intenso e continuato nel tempo. Come tali, programma ed identità derivano dal confronto, da vari contributi e comprensioni, da una progressiva messa a fuoco. Essi sono - per un lato - corali, così come - per l'altro - non presentano invarianti e sono, invece, suscettibili di crescere e modificarsi ancora.

P.A. nasce, quindi, da un'esperienza ed i risultati di quell'esperienza concorreranno a sostenerla e ad accrescerla.

La rivista avrà periodicità semestrale. Essa è articolata in tre Sezioni:

- (I) “*Sezione Monografica*” (con doppio referaggio anonimo);
- (II) “*Studi*” (con doppio referaggio anonimo);
- (III) “*Opinioni e Recensioni*” (senza referaggio).

In particolare, nella “*Sezione Monografica*” saranno primariamente, ma non esclusivamente, ospitate le riflessioni che traggono origine dalle ricerche compiute in occasione del convegno ed in conseguenza ad esso. Non, quindi, gli atti del convegno. È apparso assai chiaro che la pubblicazione degli atti del convegno presenta un interesse più limitato rispetto a quanto non consegua alla pubblicazione di studi originati, ispirati o influenzati dal convegno o su temi connessi a quelli oggetto delle sue varie edizioni. Poiché il convegno si è, nei suoi primi dieci anni, strutturato come un luogo aperto di riflessione e confronto, la ricerca degli studiosi che esso riunisce continua, come un flusso ininterrotto, prima e dopo il convegno. La decisione, quindi, è quella di pubblicare - dopo il vaglio degli organi della rivista e di due *referee* anonimi - gli studi in grado di contribuire al dialogo scientifico, a livello nazionale e internazionale, che il convegno intende animare e stimolare. Questo importa che vi saranno non poche relazioni presentate a convegno che non sfoceranno in saggi originali da pubblicare sulla rivista e che quelli che troveranno in essa collocazione non saranno la riproduzione della relazione quanto piuttosto il compiersi, magari provvisorio, delle riflessioni avviate in occasione o a seguito delle varie edizioni del convegno.

Nelle Sezioni “*Studi*” e “*Opinioni e Recensioni*” saranno accolti con totale apertura saggi, contributi e commenti sottoposti da studiosi italiani e stranieri, o

sollecitati dagli organi della rivista.

La rivista, oltre ai numeri ordinari con cadenza semestrale, pubblicherà anche, con periodicità variabile, numeri speciali destinati ad ospitare, una volta selezionati, sottoposti a doppio referaggio anonimo ed organizzati per nuclei tematici, sia gli studi che derivino dalla riflessione originata da passate edizioni del convegno, sia i risultati di gruppi di ricerca nazionali e internazionali che di tempo in tempo si aggreghino intorno alla rivista.

P.A. si caratterizza per via del *metodo* e degli *oggetti* di ricerca. Quanto al primo, la rivista assume dichiaratamente un approccio aperto, alla ricerca del confronto tra posizioni nette e tra loro in discussione, secondo il carattere proprio della discussione di argomento giuridico - comune alle riviste straniere principali e non sempre presente in quelle nazionali. La rivista non è diretta ad ospitare contributi meramente ricognitivi, quanto piuttosto i risultati di ricerche originali, ricostruttive, argomentate e profondamente radicate nel dibattito teorico nazionale ed internazionale. Quanto agli oggetti di ricerca, il nucleo problematico che la rivista intende privilegiare è quello della relazione tra società e poteri - sia nella prospettiva del diritto pubblico che di quello dell'economia -, tra diritti fondamentali della persona, assunta nel suo valore normativo di fondamento dell'ordine giuridico, ed autorità. La rivista mira a stimolare il dibattito sull'evoluzione complessiva di queste relazioni giuridiche, per rinnovare il discorso teorico sull'autorità oltre la mera osservazione dei suoi mutamenti morfologici, concentrando l'analisi critica sulla sua legittimità, i suoi compiti e limiti, anche alla luce della progressiva dissoluzione delle autorità nazionali, della insufficiente emersione di formule di surrogazione a livello globale e della sempre più evidente dislocazione dei poteri reali al di fuori delle strutture pubbliche.

P.A., infine, si caratterizza per (i) apertura internazionale: la rivista pubblica saggi redatti da autori italiani e stranieri; il comitato scientifico e di referaggio della rivista ha conseguentemente composizione plurinazionale, raggruppando autorevoli studiosi del diritto pubblico, amministrativo e dell'economia di diversi paesi europei ed extra-europei; (ii) multilinguismo: la rivista accetta saggi redatti in italiano, francese, inglese, spagnolo, tedesco o portoghese, purché correddati da un doppio *abstract* nella lingua originale e in inglese; (iii) valutazione anonima: tutti i contributi sono sottoposti (salvi gli eccezionali casi tassativamente indicati nelle norme sulla procedura di referaggio pubblicate nel sito della rivista) a *double blind peer review* da parte di almeno due valutatori, scelti tra coloro che compongono il comitato scientifico e di referaggio pubblicato nella rivista; (iv) consultazione telematica *open access* da parte degli utenti; (v) pubblicazione sia telematica che, a richiesta, cartacea (con il sistema del *print on demand*).

IN RICORDO DI GIORGIO PASTORI

Il compito del giurista è quello della «ricerca, riconsiderazione e svelamento delle ragioni del diritto in ogni momento storico» e solo successivamente – ed in misura minore, meno urgente – quelli di «interpretazione e sistemazione logica delle norme e degli istituti»¹, se è vero che il mestiere del giurista è quello di essere, sempre, «un operatore e un costruttore di libertà, di giustizia e di pace»². In queste brevi e densissime parole è contenuto l'intero lavoro del giurista, il compito di questa Rivista e la pratica quotidiana del lavoro di giurista di Giorgio Pastori.

Questa Rivista nasce poggiando interamente sul lavoro di Giorgio Pastori. La sua genesi, ormai oltre dieci anni fa, è quella del Convegno di Urbino, dedicato per i primi anni alle procedure, alimentato dalla riflessione del maestro sul tema e dalla sua misurata capacità di indicare in pochi tratti prospettive profonde, la cui ricchezza solo nel tempo abbiamo iniziato a comprendere. I suoi contenuti sono largissimamente ispirati al metodo ed alle opere di Giorgio Pastori. La stessa esigenza di confrontarsi nel profondo sulle diverse prospettive attraverso le quali guardare ai medesimi problemi, in un clima di sincero e spassionato confronto, cercando attraverso lo sguardo dell'altro le ragioni del proprio, nasce profondamente dal metodo di Giorgio Pastori. Più da vicino nel tempo – e nell'esperienza personale – la prima *release* della Rivista è contenuta nell'ultimissima corrispondenza con Giorgio Pastori.

Dolorosamente, però, questo primo fascicolo viene pubblicato poco dopo che il maestro ci ha lasciato, sicché non può che aprirsi con il Suo ricordo.

Uno degli insegnamenti di Giorgio Pastori risiede nella centralità della scelta della prospettiva attraverso la quale guardare ai problemi che si indagano. Solo ponendosi dal giusto punto di vista, sarà possibile comprenderli. Solo chiarendo il proprio punto di vista sarà possibile un fruttuoso dialogo con chi li abbia risolti diversamente.

Ebbene, per potersi collocare nella corretta prospettiva, occorre scegliere la giusta distanza dalla quale guardare. La scomparsa di Giorgio Pastori è così vicina nel tempo e personalmente dolorosa, da non disporre d'altro che di uno

¹ G. PASTORI, *Intervento*, in *Il ruolo dei docenti di diritto nell'Università del domani*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 75.

² G. PASTORI, *ivi*, 77.

sguardo confuso, da non riuscire a trovare la giusta distanza. La Sua presenza è sempre stata così discreta e profonda da far pensare, naturalmente, ch’Egli sia ancora con noi, che sia possibile telefonare o scrivere per potere avere la Sua guida.

Quest’errore di prospettiva, però, indica implicitamente un metodo. Il lavoro di Giorgio Pastori deve essere letto come si legge il pensiero vivo, presente, in evoluzione. Il metodo, allora non può che essere quello che si utilizza per leggere la parola viva per eccellenza; Giorgio Pastori deve essere letto con il metodo della *lectio divina*. Per comprenderlo occorre domandarsi cosa dica davvero il testo che si legge, cercandone il dinamismo, la struttura, i personaggi, gli aggettivi, i verbi, le azioni, la qualità delle azioni, i tempi delle azioni, il contesto prossimo e remoto, i testi affini. Poiché la parola di Giorgio Pastori è viva, la si deve leggere con il metodo della parola viva, sicché ogni volta ci dica di più e di nuovo. Se si rilegge Giorgio Pastori con questo metodo, si ritroveranno immediatamente gli elementi che Lui stesso indicava di recente nel brano richiamato in apertura.

Il lavoro del giurista è «ricerca, riconsiderazione e svelamento delle ragioni del diritto in ogni momento storico». Il dinamismo del lavoro del giurista risiede nel suo momento storico. Il nostro lavoro non ha motivo di chiudersi nell’erudizione, nel tecnicismo, nella sudditanza al lascito della tradizione. Il giurista è chiamato a trovare soluzioni autorevoli – e per questo concrete – al tempo presente, alla domanda che sale concreta dalla vita delle persone e dalla loro aspettativa di giustizia.

La struttura del suo lavoro è necessariamente aperta: ricerca per conoscere, riconsidera per trovare soluzioni e prospettive per ciò che ha conosciuto, svela – con chiarezza – le ragioni del diritto perché esse possano consentirgli di costruire libertà, giustizia e pace.

In questa prospettiva il suo lavoro non è mai al singolare: non importa quanta fatica serva per crescere gli allievi, quanto impegno per farsi comprendere dagli altri scrittori, quanta pazienza per confrontarsi con le istituzioni ed alimentarle del proprio sapere. La pluralità degli interlocutori, la varietà dei personaggi è necessaria perché le ragioni del diritto servano davvero alla vita, perché possano essere declinate nell’aspettativa concreta di giustizia delle donne e degli uomini del proprio tempo.

Si tratta di esigenze che debbono appartenere a tutti ed a ciascuno. Per questo, non serve aggettivarle. Allo stesso modo l’aggettivazione “pubblica” che

qualifica tanti concetti base del nostro sapere non assume mai una posizione davvero centrale; non è infrequente che negli scritti di Pastori si muova dalla reale esigenza di giustizia che nasce dalla realtà e che si sostanzia sempre in principi e strutture costituzionali, sicché guardando all'amministrazione (pubblica) ed al suo potere (pubblico) si individuino strutture e compiti la cui natura, pubblica, è misurata dal versante degli effetti (per l'interesse generale, per la soddisfazione dei diritti) più che da quello degli aggettivi che qualificano l'autore degli atti.

Non è senza significato che nel brano citato in apertura ci si trovi innanzi ad una sostanziale scomparsa dei verbi, che sono sostituiti da azioni personali. Non v'è un ricercare, riconsiderare e svelare astratto, impersonale, che appartiene ad una scienza oggettiva e distante. Si presentano persone (i giuristi) impegnate nella «ricerca, riconsiderazione e svelamento delle ragioni del diritto» ed impegnate nel presente, continuamente, ora, anzi «in ogni momento storico», perché libertà, giustizia e pace pongono domande esigenti, concrete ed attuali.

Il contesto, «ogni momento storico», esclude che si possa consolidare una sistematica indiscussa, trascinare di tempo in tempo il contenuto di concetti o regole. Il diritto e le sue ragioni sono chiamati ad un còmpito decisivo ed urgente come costruire – attraverso l'azione degli uomini che vi si dedicano – libertà, giustizia e pace. Dinnanzi ad un quadro di perpetuazione di sistematiche pre-costituzionali ovvero d'inseguimento della novità, Giorgio Pastori ci ha richiamato sempre alla ricerca delle ragioni profonde, perché da queste si potesse riconsiderare, rivedere, migliorare, cambiare; e ciò attraverso lo svelamento – a sé stessi ed agli altri – di quelle stesse ragioni profonde, dei motivi di dissenso dalla tradizione, delle esigenze che la società poneva e che attraverso la Costituzione potevano trovare componimento e risposta; svelamento che doveva avvenire sempre in modo quanto più possibile chiaro, giacché solo nell'estrema chiarezza ci si obbliga a vedere (e se possibile superare) il limite dell'idea proposta e comunque mettersi in dialogo con gli altri.

La parola di Giorgio Pastori resta e resterà viva perché è sempre stata quella di «un operatore e un costruttore di libertà, di giustizia e di pace». Ai Suoi scritti sempre dovremo tornare per trarvi indicazioni, metodo, risposte. Vive.

Viene naturale confrontarsi con la Sua parola viva e scritta, giacché non si fa che tornare a ciò che sempre s'è fatto, anche quando si poteva ricorrere alla conversazione personale. Sicché sembra di sentirne mano la mancanza, incolmabile.

La giusta distanza per dire del maestro e dell'uomo ancora – e per lungo tempo – manca. Né, forse, si ha titolo per scriverne e conviene conservarlo nel profondo della meditazione personale e del ricordo.

Non serve dire della Sua sincera passione civile, che l'ha condotto ad essere costantemente impegnato per la nascita e lo sviluppo delle Regioni, ad alimentare del Suo pensiero l'impegno concreto dei cattolici democratici nella partita della politica e delle istituzioni, ovvero delle molte realtà sociali e sindacali che sono ricorse al Suo aiuto ed al Suo sapere, o al lungo impegno nelle istituzioni universitarie, ben oltre quanto fosse richiesto al più diligente degli accademici. Ancor meno serve rammentare il Suo pensiero giuridico, fortunatamente ben noto; si tratta di un lascito da studiare incessantemente, assai più che incorniciare in una piccola sintesi.

Forse solo due brevi tratti si possono appuntare, giacché non è lecito separare l'intellettuale dall'uomo. Anzitutto, la concreta pratica della pace come metodo. Il pensiero di Pastori sempre innovativo, sempre coraggioso e franco, sempre spinto dall'urgenza di trovare soluzioni ai problemi del tempo presente, pur trattandoli con profondità di pensiero e maestria tecnica impareggiabili. Tuttavia, non è mai partigiano, apre sempre un dialogo, considera le ragioni dell'altro, nella grande franchezza non propone mai critiche distruttive. Nell'incontro personale, nella gestione dei problemi istituzionali, nel consiglio e nell'aiuto ad organizzazioni sociali o pubbliche, ha sempre cercato la via che comprendesse, pacificasse, risolvesse, pur fermo nella difesa delle ragioni che lo muovevano, con una sorta di mitezza implacabile e indomita. In un tempo come il nostro, nel quale ad ogni livello della società e della cultura si semplificano le idee per renderle strumenti di opposizione, si radicalizzano le differenze senza ricerca delle ragioni comuni, questo tratto diviene un'indicazione urgente di percorso. Si tratta di una dimensione che ha radice profonda nella benevolenza di Giorgio Pastori verso le persone; benevolenza in senso etimologico, nudo: il maestro ha sempre cercato il bene, così nelle istituzioni e così per le persone che incontravano il Suo percorso. Senza mai calcolo, secondo fine, convenienza; il bene in sé, premio a sé stesso. Prova ne è che stimato ed amato da persone potentissime in diversi ambiti, ha sempre evitato cariche e riconoscimenti, restando legato ai Suoi affetti ed ai Suoi doveri.

L'altro tratto umano urgente per il lavoro del giurista è quello del giusto capace di ricomporre. Giorgio Pastori è certamente stato un uomo giusto, nel senso biblico del termine. A questa condizione s'accompagnava sempre la capacità luminosa di vedere con chiarezza, di comporre le cose in un ordine giusto,

capace di generare giustizia. Lasciava sempre impressionati la Sua capacità di dare ordine ai problemi più complessi – sui quali magari si ragionava da tempo – in pochi momenti e con pochi tratti. Certo era la manifestazione di un talento non comune e di un'intelligenza straordinaria, del tutto eccezionale. Tuttavia, era anche il frutto di una profonda pace interiore, della luce che il giusto riesce a gettare sulle cose. Mentre fame e sete di giustizia spingevano ed affannavano in tante direzioni, voltandosi si sapeva di poter trovare il maestro in una posizione più elevata e luminosa, dalla quale con benevolenza guardava al nostro correre e con altrettanta benevolenza aiutava a ricomporre il quadro, a ritrovare un ordine, che Lui illuminava in modo fecondo e proiettato nel futuro. Anche a questo tratto occorrerà ricorrere quanto più spesso possibile, avendo perso il riferimento visibile a Lui.

Questa Rivista non potrà che cercare di continuare a poggiare sulla pietra angolare del Suo pensiero, del Suo metodo e delle profonde virtù umane che ha saputo trasmettere. Se ci riuscirà, assolverà certo al suo còmpito.

L.R.P

I
SEZIONE MONOGRAFICA

LUCA R. PERFETTI

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Economia,

Management e Diritto dell'Impresa dell'Università di Bari "Aldo Moro"

luca.perfetti@belex.com

**L'ORDINARIA VIOLENZA DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA
NELLO STATO DI DIRITTO**

**THE ORDINARY VIOLENCE OF ADMINISTRATIVE DECISION
IN THE RULE OF LAW**

SINTESI

L'intero nostro sistema poggia sull'idea della natura legale del potere. Siamo, infatti, abituati a pensare che le ipotesi derogatorie siano limitate a circostanze eccezionali ovvero ad ipotesi limitate e fisiologiche. Se si concentra l'attenzione sul momento della decisione, ed in particolare di quella che coinvolge potere discrezionale, si può concludere in senso opposto. Infatti, sostanzialmente tutte le spiegazioni del potere discrezionale prevedono che l'amministrazione pubblica scelga tra alternative valide e, quindi, integri la legge. In particolare, le spiegazioni correnti della decisione discrezionale contengono sempre una valutazione non basata su parametri legali. Si pone, quindi, il problema dell'integrazione della legge. Quest'integrazione opera, almeno in parte, al di fuori della legge e, quindi, il potere, per la parte non regolata dalla legge, si presenta come violenza. Infatti, le spiegazioni dell'integrazione operano tutte proponendo elementi di integrazione che (i) o sono elementi di politica del diritto ed attengono al miglior diritto possibile, oppure (ii) enfatizzano elementi che sono già nella legge e che, come tali, sono inutili per integrarla nel caso in cui essa propone più alternative ovvero (iii) non solo non risolvono il problema ma pongono elementi molto pericolosi, che preludono alla dittatura della maggioranza. Tutto ciò pone il problema dello Stato di diritto - stante che in esso è la pretesa che il potere pubblico sia esercitato su base legale - e, in parte anche del Rule of Law (pur con il fatto che in alcune sue versioni esso appare come richiamo a principi giuridici fondamentali, che costituiscono elemento di giudizio della legge formale e, in questa prospettiva, costituisce un modello interessante di integrazione). Il lavoro propone una diversa idea della discrezionalità, ricostruendo l'intero sistema dei poteri pubblici come funzionale al godimento dei diritti individuali e quindi, l'interesse pubblico come funzione della massimizzazione del loro godimento. In particolare, si mette in luce come la decisione discrezionale sia un tipo di decisione che si collega profondamente con la sovranità. La costruzione dello Stato contemporaneo

è avvenuta attraverso l'attrazione alla legge formale di una notevole area di decisione sovrana. Tuttavia, l'area non attratta dal diritto continua a partecipare della sovranità. In questa prospettiva, è necessario discutere della sovranità. Il testo propone di partire dall'attribuzione della sovranità al popolo, contenuta nelle Costituzioni moderne, e del riconoscimento dei diritti inviolabili. In particolare, queste due regole del diritto positivo importano che il potere sovrano non è attribuito allo Stato, o in genere all'autorità, e che il diritto dettato dall'autorità attraverso la legge trova un confine in un dato giuridico (i diritti inviolabili) che esiste indipendentemente dal diritto dell'autorità. Tant'è che è riconosciuto in Costituzione e non creato da questa. Ne consegue che esistono regole giuridiche - ma non legali - che riempiono lo spazio lasciato alla decisione discrezionale e la sottraggono dalla pura volizione. In questa prospettiva la decisione smette di essere violenza, perché è regolata dal diritto che si colloca nel versante della sovranità e non al di fuori di essa.

ABSTRACT

The entire legal system, according common interpretations, is based on the idea public powers are grounded by the law. Exceptions are admitted in emergency situation or in particular relationship with public power (in German literature: “besondere gewaltverhältnisse”). Nonetheless, we currently admit that law grant to public authority a margin of decision, even in case of non-discretionary acts. In particular, decision about discretionary power is preference of a possible course of action. Therefore, decision not entirely driven by the Law is the rule in ordinary scenario, non-only in state-of-exception. The paper examines and discusses different ideas on discretionary power, on Rule of Law and Rechtsstaat. Particularly, looking at legal literature in Europe and (Nord and South) America, discretionary powers are mainly explained in the sequent ways: ad a margin for political decision that Law allow to the Executive or as choice between different possible interpretation of vague Law previsions. At the end of the day, all the explanation admits to the Executive a decision not driven by the Law (or not entirely driven by the Law). This is tantamount to saying that exercising discretion, public administration, complements the Law. In other words, complementing the Law is deciding not according the Law, but integrating the Law itself with decision concerning the public power; therefore, discretionary power is, partially, violence. Also Rule of Law and Rechtsstaat are ideas explained in different fashion (the paper gives a short representation and discussion of such differences). Nonetheless, European idea of Rechtsstaat is ultimately grounded on formal validity of the Law. For European idea of Rechtsstaat is obvious that the area of public authority's decision not regulated by the Law is a serious problem. Therefore, in legal literature various Law's integration system were proposed (values, democracy, reasonableness, and so on). The paper demonstrates that, looking at those integration clauses or systems in a pure logical perspective, the result is that integration based on the recourse to the legal system itself do not resolve the problem: those integration, at the end,

are just normal legal rules particularly emphasized, or claim to the best effort to speak the correct meaning of the Law, or introduces dangerous criteria in favor of political majority. The paper suggests a different idea of public power. Under the acknowledgments (i) sovereignty belongs to persons and not the State and (ii) fundamental rights are recognized and not only granted by Constitutions, public power's system is described as an instrument driven only by fundamental rights. In such a perspective, public interest coincides with concrete maximization of fundamental rights enjoyments. Therefore, integration of the Law (vague or subject to multiple interpretation) shall be performed by referring to the system of individual fundamental rights; e.g. to something (fundamental rights) that is Right (in an objective perspective) but not Legal (because is not issued by the Law), even if is acknowledged as valid and enforceable also by legal system.

PAROLE CHIAVE: Decisione, potere amministrativo, Stato di diritto, discrezionalità, violenza.

KEYWORDS: Decision, public power, Rule of Law, discretion, violence.

INDICE: 1. Violenza, decisione, Stato di diritto – 2. *Εὐλέγειν* – 3. Tre ulteriori premesse – 4. La decisione discrezionale e le sue spiegazioni correnti – 5. *Nόμος*: Stato di diritto e decisione – 6. *Εὐλέγειν* e βία. Insufficienza delle spiegazioni correnti a rendere compatibile decisione e Stato di diritto. – 7. Sovranità e νόμος

造反有理 (zaofan youli)

1. **Violenza, decisione, Stato di diritto**

Le nostre idee circa il diritto amministrativo riposano normalmente sul convincimento che il sistema si regga sulla natura legale del potere.

Possiamo cercare di allontanare dal centro della nostra attenzione i fenomeni derogatori o emergenziali, trascurare gli ordinamenti ed i rapporti di supremazia speciale, nominare in modo più moderno (ad esempio, evocando enunciati come “regolazione”, “efficienza” o “semplificazione”) relazioni che altrimenti svelerebbero una ridotta pregnanza della legalità; tuttavia, anche quando decidessimo di occuparcene direttamente, verrebbe naturale considerare le aree di potenziale contrazione della garanzia del principio di legalità come eccezioni, come segmenti di confine lungo i quali il potere sottratto alla disciplina stringente della legge emerge con la sua naturale violenza ma pur sempre puntualmente, eccezionalmente; si tratta di slabbrature - preoccupanti, certo - limitate ed, in aggiunta, quasi ineliminabili in via di fatto, sicché tollerabili.

Quel che si vorrebbe qui porre in evidenza, invece, è che ove si esamini l’ambito ristretto del decidere, se si appunta cioè lo sguardo sul momento in cui

l'insieme delle possibilità che l'ordinamento offre all'amministrazione si consumano per lasciar posto al provvedimento puntuale, laddove la procedura termina e la decisione viene presa, apparirà che il potere si esprime sempre, anche nell'ordinarietà, con un significativo grado di violenza, di pura volizione non governata dalla legge.

Volendosi esprimere diversamente, ciò che qui si vuol porre in evidenza è che lo Stato di diritto non garantisce affatto che la decisione del potere esecutivo sia assunta secondo legge.

Perché le considerazioni che seguono non vengano fraintese, è necessario chiarire in che senso si assuma l'espressione violenza. Si tratta di un'assunzione di significato semplice ed elementare, vale a dire quella per la quale ove il potere non si esprime secondo la legge (o, più vagamente, il diritto positivo) esso sarà violenza; s'intenderà violenza, quindi, l'esercizio del potere per quanto non sia disciplinato dal diritto positivo, né controllabile in sede giudiziaria. In altri termini, è violenza il potere non disciplinato dal diritto, non fondato nella legge, non esercitato secondo la legge.

Quel che s'intende dimostrare con la trattazione che segue è che il potere si esprime come violenza – nel senso qui assunto – nell'ordinarietà dei casi e non già in condizioni eccezionali. Ci si rende conto del fatto che questa tesi appare molto estrema, rispetto al modo ordinario di pensare e, tuttavia, si avvertono molto ragioni sensate per sostenerla.

Basterà pensare – sia pure preliminarmente – al fatto che nelle sistematiche classiche del diritto amministrativo, la volizione (per stare alla più diffusa sistematica italiana) del potere esecutivo circa il suo provvedimento avviene in uno spazio di liceità non regolato dalla legge; se questo è vero, ne viene che il potere si esprime, in misura significativa, come violenza e non come applicazione del diritto. Se si seguono le sistematiche quasi universalmente accettate, la scelta o il giudizio con cui si esprime il potere unilaterale dell'autorità costituita non sono ordinariamente governati da regole, se non molto parzialmente; ciò non nel caso speciale, nell'emergenza, nella crisi, nel rapporto suprematorio più estremo, quanto, piuttosto, nell'ordinaria vita dell'ordinamento.

Quel che si vorrebbe porre in evidenza, quindi, è l'insoddisfazione per codeste secolari sistematiche e la necessità - e per molti versi, l'urgenza - del loro ripensamento; la proposta sarà quella, non nuova per chi scrive, di rovesciare la concezione della sovranità e di rendere il potere funzionale al godimento dei diritti della persona.

2. Εὐλέγειν

Il problema che intenderei più immediatamente porre è quello dei caratteri giuridici della decisione dell'amministrazione pubblica, fin da ora identificando con “decisione” lo spazio di deliberazione che s’interpone tra la chiusura del procedimento amministrativo e l’emissione del provvedimento formale.

Astrattamente, si potrebbe ritenere che un simile problema sia irrilevante rispetto agli atti vincolati, ammesso che esista nella realtà una simile categoria di deliberazioni amministrative. Trascurando di prendere posizione in ordine a questo problema, presentandosene già molti altri, assumerei - solo per comodità di ragionamento - che le considerazioni che si faranno valgano per i soli provvedimenti, impregiudicato il problema di meri atti (o atti vincolati)¹. Pur delimitando così il perimetro della riflessione, esso resta comunque molto ampio, sicché conviene indicare con chiarezza lo schema del ragionamento, perché risulti più chiaro.

Ci si vuole occupare, dunque, dei caratteri giuridici della deliberazione amministrativa, vale a dire di quel momento nel quale l’amministrazione, ultimata l’istruttoria e svolti tutti gli atti e le operazioni che precedono il provvedimento formale, assume la decisione, forma il suo giudizio, trasforma il potere astrattamente previsto dalla norma in determinazione concreta (con il ché verrà tenere distinte “decisione” e “determinazione”), per poi trasfonderlo nel provvedimento amministrativo formale vero e proprio. Solo allo scopo di non essere fraintesi, non s’intende riprendere il tema, sviluppato a cavallo tra il XIX ed il XX secolo, della definizione del provvedimento; è più che ovvio, ormai, che non si può confondere il provvedimento con la sua estrinsecazione formale, documentale, consegnando il provvedere all’immaterialità giuridica di ciò che precede la formazione del documento.

Trascurando le discussioni che la dottrina, sotto la pressione dello sviluppo dell’ermeneutica giuridica, ha sviluppato in un passato recente in ordine alla sentenza ed al possibile formarsi della decisione insieme a quello dell’atto formale che ne è estrinsecazione percepibile ai sensi, è chiaro che il provvedere è altro dal fornirne documentazione formale. Del resto, che il provvedere non coincida con l’estrinsecazione formale del provvedimento è

¹ Sulla questione, nella prospettiva del decidere, si rinvia a F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in questa stessa Rivista, 2017.

confermato dall'esistenza di atti non scritti dell'amministrazione.

“Decisione”, quindi, ai fini della nostra riflessione, non coincide con l'adottare il provvedimento finale, ma con la scelta tra diverse alternative che l'ordinamento consente. Non sembra difficile convincersi che “decidere” circa il contenuto del potere non esaurisca il compito del provvedere, sicché sembra sensato porsi il problema della decisione come tema (in grande parte) autonomamente osservabile rispetto a quello del provvedimento.

Si deve anche dare ragione dell'opportunità di proporre una simile distinzione tra decidere e provvedere, tra scegliere ed adottare un provvedimento. Infatti, i due elementi potrebbero esser fatti coincidere senza troppo sforzo e, quindi, per distinguergli occorre fornire delle giustificazioni. Una dettagliata argomentazione circa la distinzione non è necessaria ai fini che in questa sede ci si propone. Tuttavia, l'intero discorso che s'intende svolgere vorrebbe assolvere a questa funzione; fin da ora conviene anticipare che il riferimento alla “decisione” consente una maggiore comprensione dei problemi che si pongono in relazione al giudizio che l'amministrazione intestata del potere svolge nell'esercitarlo.

3. Tre ulteriori premesse

3.1. La nostra dottrina giuridica si è occupata molto limitatamente del problema, se non in una stagione risalente, preolandiana². Partendo dal punto di osservazione della teoria del provvedimento, infatti, per la maggioranza, le riflessioni di cui disponiamo si sono concentrate, per la prima metà del Novecento e successivamente fino a tempi piuttosto recenti, sui caratteri giuridici del provvedimento e, intensamente negli ultimi decenni, sul procedimento amministrativo, vale a dire nell'esercizio della funzione che trasforma il potere assegnato in astratto in un provvedimento puntuale.

Naturalmente, entrambe le prospettive non ignorano il “momento” della deliberazione, che rileva nelle concezioni tradizionali del provvedimento amministrativo soprattutto sul versante della volizione del provvedimento ed in quelle del procedimento come esercizio di funzione in senso giuridico nella prospettiva del progressivo determinarsi del provvedimento. Tuttavia, non è

² Per una completa discussione della dottrina preolandiana, G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989, *passim*, e, per alcuni tratti decisivi, L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986.

seriamente discutibile che esista un autonomo momento nel quale il potere viene effettivamente esercitato, nel quale le possibili alternative o modulazioni della decisione cedono rispetto alla decisione finale, che poi sarà trasfusa nel provvedimento.

In questa prospettiva, la riflessione circa il momento della “decisione” tende a coincidere con quella relativa alla discrezionalità amministrativa (salvo la necessità di condurre un autonomo discorso relativamente agli atti vincolati).

Anche la riflessione relativa alla discrezionalità, tuttavia, è stata molto limitata negli ultimi decenni, essendosi giurisprudenza e dottrina nazionali prevalentemente acquietate sui risultati raggiunti dalla ricostruzione di Giannini³, di quasi un secolo fa. Quanto specificamente alla discrezionalità, anche la dottrina non italiana non mostra eccessiva vitalità. La riflessione tedesca, infatti, pur con qualche accento critico, è assestata da circa un secolo; la dottrina francese, non diversamente, non sente particolari ragioni per discutere

³ Ovvio il riferimento a M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939. Nella dottrina italiana, anche per ulteriori riferimenti, almeno, C. MORTATI, *Note sul potere discrezionale*, Roma, 1936, ora in ID., *Raccolta di scritti*, vol. III, 1972, Milano, Giuffrè, 1999, notoriamente in opposizione alle tesi gianniniane; si veda anche, ID., *Discrezionalità*, in *Noriss. Dig. It.*, vol. V, Torino, Utet, 1960, p. 1098; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 65-91; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 49, ove – nella scia dell’impostazione tedesca – la chiara distinzione tra scelta politica propria della decisione discrezionale e determinazione dell’effetto direttamente per ragione della legge senza intermediazione da parte del provvedimento; nella linea della discrezionalità come interpretazione della norma vaga, L. BENVENUTI, cit.; con profonda indagine dell’impianto della dottrina tedesca e valorizzazione delle procedure, S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1993; in linea con l’impostazione tedesca e, quindi, l’ampiezza della determinazione autoritativa non predeterminata dalla legge, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; nella prospettiva della disciplina della discrezionalità attraverso la predeterminazione dell’interesse pubblico, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Esi, Napoli, 1997; per una raffigurazione originale e significativa del problema, S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 2000, da p. 444; per un’imprescindibile sguardo complessivo sui problemi e le opinioni, M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*², Torino, Giappichelli, 2017; nella linea della scuola di Orsi Battaglini, C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall’eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008; con maggiore articolazione e superiore influsso della letteratura francese, R. CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, Jovene, 2008, che giunge a conclusioni non troppo diverse da Cudia; M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione: apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale scientifica, Napoli, 2008, con impianto e conclusioni molto distanti dai due libri coevi; è utile l’esame di F. CORTESE, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, Franco Angeli, 2012, p. 15, anche se dedicato all’organizzazione amministrativa e, tuttavia, con interesse sul tema in esame; più recentemente, S. COGNETTI, *Potere amministrativo e principio di precauzione fra discrezionalità tecnica e discrezionalità pura*, in *Percorsi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2014.

il lascito della tradizione; sia la letteratura giuridica spagnola che quella sudamericana - pur con diversità d'accenti non trascurabili - poggiano le loro conclusioni prevalentemente sulla sistemazione del tema che ne ha fatta la dottrina tedesca e quella italiana - pur con influenze nordamericane sulla riflessione sudamericana che portano ad ibridazioni non insignificanti; le discussioni del mondo arabo, così come quelle dell'estremo oriente o dell'est europeo mostrano peculiarità, soprattutto nell'approccio al tema dello Stato e del suo potere, che le rendono solo parzialmente utili ai nostri fini; l'approccio britannico è piuttosto consolidato da secoli, mentre gli Stati Uniti mostrano una significativa evoluzione attraverso l'*hard look doctrine*, anch'essa -tuttavia- consolidata da qualche decennio. Resta da discutere se decidere - nel senso che qui interessa - coincida con l'esercitare la discrezionalità, ovvero se gli ambiti differiscano ed in quale modo; tuttavia, ai fini che qui ci si propone, si potrà assumere la coincidenza tra decidere e farlo esercitando discrezionalità -infatti, per quanto il rilevo della decisione sia significativo anche in ordine all'atto vincolato ed assumendo che una simile categoria di atti esista, non sembra rilevante ai nostri fini aggiungere un'ulteriore discussione non essenziale.

3.2. Da altro punto di osservazione, la questione della “decisione” evoca quella della teoria dell’organo. Infatti, è agevole rivolgere l’attenzione alla questione della soggettivizzazione dell’organo da parte delle persone fisiche intestate della funzione e ripensare le conclusioni cui la nostra dottrina - in sintonia con quelle continentali - è da tempo giunta quanto alla sua impersonalità. Si tratta di approdi che meriterebbero di essere in parte ripensati anche solo sulla base dell’affermazione della responsabilità civile per atti invalidi, con il rilievo degli stati soggettivi dell’agente. Più ancora, il tema è strettamente connesso all’idea stessa dell’organo e della sua competenza, questioni anch’esse non più al centro dell’attenzione della nostra letteratura - che se ne è occupata in tempi recenti con indagini profonde, ma piuttosto isolate.

È ovvio, infatti, che la finzione di considerare la persona fisica (o un insieme di persone fisiche) un organo, vale a dire un centro di imputazione di capacità di agire dell’ente e, quindi, un’entità impersonale e portatrice di una volontà oggettiva, non riesce a nascondere il fatto che sia un soggetto determinato - un individuo, un funzionario - a prendere la “decisione”.

Naturalmente, questa “evocazione” della teoria dell’organo non può spingersi molto a fondo, pena l’alterare il senso della trattazione. Tuttavia,

non sembra troppo dannoso al nostro ragionamento non entrare con profondità nel merito della teoria dell'organo. Infatti, essa stessa sembra radicalmente condizionata dall'idea stessa del potere e dell'organizzazione - e, ultimativamente, dell'appartenenza della sovranità⁴ allo Stato o all'ordinamento. In questi termini, la discussione relativa al potere pubblico finisce per apparire significativa anche in relazione alla teoria dell'organo. Infatti, nella dialettica tra istituzionismo e normativismo⁵ si spiega la gran parte della discussione relativa al collegamento tra organizzazione e potere, con un parallelismo molto stretto rispetto a quanto avviene in ordine alla decisione: i criteri fondanti sono quelli di competenza, da un lato e di supremazia speciale ed autonomia, dall'altro. In altri termini, anche in ordine alla teoria dell'organizzazione la discussione centrale è quella relativa all'alternativa tra sovranità dello Stato ovvero dell'ordinamento. La circostanza che nel nostro Paese abbia lungamente dominato l'impostazione istituzionista, non è senza importanza per la comprensione del perché non si sia avvertito per lungo tempo il contrasto tra la realtà dell'ordinamento e l'ideologia dello Stato di diritto. E', infatti, evidente che l'istituzionismo romanzano e l'idea labandiana della supremazia speciale⁶ abbiano per lungo tempo fatto avvertire l'ordinamento amministrativo come autonomamente fondato⁷, capace di autonomia⁸, in

⁴ Sembra di poter osservare che proprio per evitare la rottura della sovranità la dottrina italiana si è orientata verso la centralità del rapporto interorganico per spiegare l'organizzazione degli enti pubblici (per il concetto, M.S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XXXI, 1981, p. 39); proprio il bisogno di conservare l'unità della sovranità fece qualificare gli enti come autarchici (ovvio il riferimento a S. ROMANO, *Decentramento amministrativo*, in *Enc. Giur. It.*, Milano, 1897, vol. IV, p. 427 poi in ID., *Scritti minori*, Milano, vol. II, 1950, p. 11) nel senso che essi non esercitino che «amministrazione indiretta dello Stato compiuta da una persona giuridica per diritto subiettivo e nell'interesse oltre che dello Stato anche proprio» (ivi) e solo «per rinuncia dello Stato all'esercizio di un'attività che pur rientrerebbe nella naturale sua sfera di funzioni» (ID., *Il Comune (parte generale)*, nel *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* curato da V.E. Orlando, pt. I, vol. II, Milano, Giuffrè, 1908, p. 577; ma sulla centralità del rapporto organico anche O. RANELLETTI, *Concetto delle persone giuridiche pubbliche amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1916, p. 317 e sulla soggezione di enti ed organi allo Stato, G. MIELE, *La distinzione tra enti pubblici e privati*, in *Studi per F. Ferrara*, Milano, 1942, p. 473; su tutti questi problemi è quasi ovvio il riferimento a G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, *passim*).

⁵ S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, da p. 44.

⁶ Per la ricostruzione e la critica restano fondamentali, F. MERUSI, *Le direttive governative agli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1963 e G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, cit.

⁷ V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, Milano, Giuffrè, 1958.

⁸ S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, qui tenuto presente nella ristampa Milano, Giuffrè, 1983 a cura di A. Romano, p. 14, ma anche le voci *Atti e negozi giuridici*,

grado di integrare i precetti della legge e di formarne di propri; il collegamento tra potere ed organo avviene in quest'ambito d'autonomia e l'impero della legge ne esce assai ridotto; sempre in questo ambito trova spazio l'idea di ordinamento derogatorio ed una perdurante concezione della norma interna sicché si ritiene che «l'assetto costituzionale vigente non possiede in via generale strumenti idonei ad impedire all'interno di singole formazioni sociali la vigenza di schemi precettivi (...) lesivi dei diritti fondamentali del cittadino»⁹; complessivamente, per lungo tempo si è coltivata l'idea che l'ordinamento amministrativo fondasse la produzione di norme¹⁰ ed organizzazioni¹¹ autonome dalla legge, fonte – quindi – di notevoli ambiti discrezionali o derogatori¹². Nel concetto di organo lungamente dominante nella nostra letteratura¹³, quindi, si saldano potere e normatività, segnando una distanza dalla legalità non facilmente negabile. Pur a fronte di una solida critica da parte di chi costruisce la teoria dell'organizzazione sulla base del concetto di competenza (e, quindi, di coordinazione, superando le nozioni classiche di gerarchia e supremazia)¹⁴, tratti dell'impostazione tradizionale perdurano e saldano quattro punti nevralgici del sistema: l'autonomia dell'organizzazione si fonda, da un lato, nella sovranità dell'autorità¹⁵ e deprime, dall'altro, la legalità; la

p. 3, *Norme giuridiche*, p. 134, *Organo*, p. 145, *Poteri e potestà*, p. 172; successivamente si veda anche A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubb.*, vol. II, Torino, Giappichelli, 1987, p. 30. Né sembra casuale che lo stesso concetto romaniano di discrezionalità si fondi (e per larghi tratti si confonda) sull'idea di autonomia dell'amministrazione.

⁹ F. BASSI, *La norma interna. Lineamenti per una teoria*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 372.

¹⁰ E. SILVESTRI, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1950, ma per le condizioni della normatività, T. MARTINEZ, *Contributo ad una teoria giuridica delle forze politiche*, Milano, Giuffrè, 1957.

¹¹ Per la dottrina dell'organo amministrativo come fonte dell'ordinamento interno, A.M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, Giappichelli, 1953; per la negazione della configurabilità della supremazia speciale è – naturalmente – l'impostazione normativista e, nella nostra dottrina, la riconduzione alla sola imperatività della norma generale è già in A. DE VALLES, *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, vol. I, *Lo Stato, gli uffici*, Padova, Cedam, 1931, p. 315 e, con precisione, G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, cit., 1943, p. 429.

¹² Per la ricostruzione accurata della dottrina precedente, M.S. GIANNINI, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in *Foro amministrativo*, vol. I, 1949, p. 322.

¹³ Per i problemi e le soluzioni basterà riferirsi a P. COSTA, *Lo Stato immaginario: metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento*, Milano, Giuffrè, 1986, soprattutto da p. 65 a p. 145.

¹⁴ In questo senso già A. DE VALLES, *op. ult. cit., passim* ma soprattutto da p. 77, lungo una traiettoria concettuale destinata a compiersi con la ricostruzione di G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, da p. 131.

¹⁵ per l'indagine del problema, A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, vol. I, *Stato - persona e organo amministrativo. Profili storico - dogmatici*, Milano, Giuffrè, 1986, da p. 218.

legalità si collega al concetto di personalità giuridica di diritto pubblico che, tuttavia, appare del tutto attratto verso il polo della sovranità¹⁶; il quadrangolo che ne risulta mostra una legalità depotenziata dalla concezione della personalità giuridica e dall'autonomia dell'organizzazione, entrambe attratte dal polo forte della sovranità del soggetto autoritario.

3.3. Se le questioni che s'intendono affrontare non sono oggetto dell'attenzione prevalente della nostra letteratura giuridica degli ultimi decenni, è invece agevole incontrare nella dottrina internazionale - ed in parte in quella domestica - una discussione molto vivace sui profili di teoria generale che attengono la decisione, nella complessiva critica al normativismo imperante nel Novecento.

Non è questa la sede per ripercorrere quelle discussioni, che meritano un più ampio svolgimento, incompatibile con lo scopo di queste pagine. Tuttavia, quelle discussioni saranno costantemente tenute presenti nello sviluppo del discorso e, ove strettamente necessario, se ne forniranno i minimi riferimenti utili a chiarire gli argomenti condotti nel testo.

Quel che conviene subito precisare, però, è che il riferimento alla “decisione”, richiama quasi naturalmente alla mente il decisionismo giuridico, la sua connessione con la teoria della sovranità¹⁷ come decisione circa lo *ausnahmezustand* o stato di eccezione, le sue relazioni con il romanticismo giuridico

¹⁶ Emblematico è C. ESPOSITO, *Organo, ufficio, soggettività dell'ufficio*, Padova, Cedam, 1932, particolarmente da p. 257.

¹⁷ Ovviamente, C. SCHMITT, *Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, München, Duncker & Humblot, 1934 (trad. it. *Teologia politica*, in *Le categorie del ‘politico’*, a cura di G. MIGLIO e P. SCHIERA, Bologna, il Mulino, 1972), sul quale tra gli altri, A. NEGRI, Novecento filosofico e scientifico, Marzorati, Milano, 1991, vol. IV, pp. 144-145; G. SCHWAB, *The challenge of the exception: an introduction to the political ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, München, Duncker & Humblot, 1970 (trad. it. *Carl Schmitt. La sfida dell'eccezione*, introduzione di F. Ferrarotti, traduzione di N. Porro, Roma-Bari, Laterza, 1986); G. AGAMBEN, *Homo sacer*, Torino, Einaudi, 2005; M. BENVENUTI, *Dal decisionismo alla teoria dell'ordinamento concreto: Carl Shmitt alla prova del nazismo*, in *Diritto e cultura*, 2005, p. 137 (ove anche un'ampia discussione della letteratura rilevante, cui si rinvia); per una prospettiva specifica, A. TORRANO, N. LORIO, *Economía de la violencia y figuras de la excepción. Soberanía y biopolítica*, in *Pléyade*, 2012, p. 101; di recente, e di sicuro interesse, A. MUSIO, *La decisione e il soggetto. Tra normalità ed eccezione*, in *Rivista di politica*, 2015, p. 79 e, più diffusamente, ID., *Etica della sovranità. Questioni antropologiche in Kelsen e Schmitt*, Milano, Vita e Pensiero, 2011; per alcuni profili, poi, merita rinviare a M. CACCIARI, *Icone della legge*, Milano, Adelphi, 1985, qui tenuto presente nella IX edizione, 2002, da p. 51, e, se si vuole, per un'argomentazione piuttosto estrema (ma della quale si resta profondamente convinti, a L.R. PERFETTI, *La legalità del migrante. Status della persona e compiti dell'amministrazione pubblica nella relazione paradigmatica tra migranti respinti, irregolari, trattenuti minori e potere pubblico*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2016, p. 393).

e le critiche di occasionalismo¹⁸.

Non è questa la prospettiva dalla quale si guarda al problema. Non interessa, almeno in questa sede, collegare eccezione e sovranità, decisione e stato di eccezione; infatti, ciò cui si guarda è il momento della decisione in un rapporto ordinario, non eccezionale. Uno dei profili per i quali si può discutere l'idea decisionista di sovranità, infatti, appare esattamente quello per il quale essa pone in luce il momento di potere, violenza, irrazionalità (in disparte il giudizio che se ne dia) dell'eccezione, del momento della sospensione dell'ordinamento. Certo, si tratta di un'obiezione dirompente rispetto alla legalità formale normativista, che infatti espressamente viene fatta oggetto di critica. Tuttavia, pur rinunziando ad argomentare le ragioni per le quali la fondazione puramente formale del comando non convince affatto, quel che il decisionismo lascia in ombra è proprio il rilievo della decisione, intesa come espressione di puro potere, di volontà scarsamente controllabile - e quindi, limitatamente razionale - che intesse di sé le determinazioni assunte nella tranquilla ed ordinaria vita dell'ordinamento e nell'assunzione, quotidiana e feriale, dei provvedimenti dell'autorità.

Determinarsi significa uscire dall'indeterminato attraverso l'esclusione di tutte le altre alternative (come l'angoscia della decisione di Kierkegaard¹⁹ chiarisce bene), così come decidere (de-cidere) significa tagliar fuori tutte le alternative rispetto a quella prescelta. Sono operazioni ordinarie nell'assunzione degli atti espressione di potere pubblico, non eccezionali, non emergenziali.

Ne consegue che l'occasionalismo della decisione (essa giustifica sé stessa per il fatto d'esser stata presa) o il suo quasi fatale irrazionalismo (per la parte in cui si sceglie tra alternative lecite, una scelta vale l'altra) appaiono tratti propri di tutti gli atti discrezionali di espressione del potere pubblico (del provvedimento, come della sentenza). Né pare irrilevante che la spiegazione dominante da decenni nella scienza giuridica qualifichi queste decisioni come atti di volizione o propriamente di scelta. Anche l'autorevolissima riflessione, resa nota di recente e sostanzialmente ignorata in Italia, che ha mo-

¹⁸ K. LÖWITH, *Der Okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt*, in *Sämtliche Schriften*, vol. VIII, Metzler, Stuttgart 1981, p. 32, sul quale, in Italia, G. FAZIO, *La critica di Karl Löwith al decisionismo politico di Carl Schmitt e il suo rapporto con Note sul concetto del politico di Carl Schmitt di Leo Strauss*, in *La Cultura*, 2010, p. 263 e N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 190.

¹⁹ S. KIERKEGAARD, *Il concetto dell'angoscia*, in *Opere*, trad. it. Firenze, Sansoni, 1972, p. 109.

strato per quali ragioni la discrezionalità non può esser spiegata come semplice scelta²⁰, non contiene elementi che consentano di escludere dalla determinazione discrezionale il carattere della decisione intesa come pura volontà legittimata dalla legge²¹.

In questi termini, sia pure con le precisazioni necessarie, ogni espressione discrezionale del potere pubblico, nell'ordinarietà della vita dell'ordinamento, esprime una decisione volontaristica che giustifica sé stessa, che resta incontrollabile con strumenti razionali (ed, infatti, essa è configurata come sottratta al sindacato in misura molto significativa), che sostanzialmente si esprime come imposizione di una delle possibili scelte lecite sulla base della pura volontà dell'organo (vale a dire, del funzionario che lo soggettivizza).

Ultimativamente, essa appare come violenza non regolata ma legittimata dalla legge.

In questi termini, non sembra inesatto dire che, nella normalità della vita dell'ordinamento, mentre tutte le spiegazioni del potere pubblico (di quello dell'amministrazione pubblica, per lo meno) hanno la pretesa di essere coerenti con la legalità dell'esercizio del potere, nessuna di esse lo è davvero giacché il provvedimento discrezionale contiene sempre una decisione in parte essenziale incontrollabile (e, quindi, violenta).

4. La decisione discrezionale e le sue spiegazioni correnti

Come appena osservato, è largamente diffusa la pretesa di fornire spiegazioni del potere che siano compatibili con la generalizzata affermazione del principio di legalità o dello Stato di diritto, nelle sue varie accezioni.

Naturalmente, per contestare la fondatezza di questo convincimento occorrerà fornire un concetto minimo di Stato di diritto, affrontando la questione della sua storicità e delle incertezze circa la sua reale sostanza. Prima di far ciò, tuttavia, conviene richiamare il contenuto minimo delle spiegazioni

²⁰ H.L. HART, *Discretion*, in 127 *Harvard Law Review*, 2013, p. 652: «there is one kind of choice which we should not rank as the exercise of discretion, namely those cases where in choosing we merely indulge our personal immediate whim or desire. Will you have a Martini or a sherry? You choose a Martini, and I ask why: you reply, “Because I like it better – that’s all.”».

²¹ ID., *op. ult. cit.*: «the authority to choose given on the understanding that the person so authorized will exercise discretion in his choice» e «a certain kind of wisdom or deliberation guiding choice, the characteristics of which I shall try to bring out in what follows».

che vengono fornite circa il potere discrezionale dell'amministrazione pubblica. Il compito di definire lo Stato di diritto e la generale pretesa alla legalità dell'azione amministrativa ne riuscirà significativamente semplificato. Il problema che si intende affrontare, infatti, non è astratto, ma riguarda le concezioni del potere in concreto, quelle con le quali si opera nell'ordinarietà dei rapporti giuridici.

Anche questo compito, naturalmente, non può essere assolto se non a prezzo di notevoli semplificazioni, stante che il tema della discrezionalità è piuttosto vasto, richiama questioni non meno centrali (dalla natura del potere alla sua legittimazione e spettanza, dal sindacato giurisdizionale alla teoria dell'organizzazione). Tuttavia, se si guarda alla dottrina europea ed americana - nel loro complesso, salve singole riflessioni - non è disagevole individuare tratti comuni che consentono di riepilogare le soluzioni in modo piuttosto agevole.

Si presentano, infatti, fondamentalmente tre spiegazioni circa la decisione discrezionale dell'amministrazione pubblica: la sua sostanza sarà individuata nel potere di scelta tra alternative lecite, ovvero nella volizione circa l'interesse pubblico e la sua ponderazione con altri con esso concorrenti, oppure, infine, con l'interpretazione della norma incerta. Non è difficile scorgere in queste tre differenti spiegazioni la diversa prospettiva di relazione tra funzioni (politica, legislativa e giurisdizionale, stante che ciascuna delle tre - nell'ordine che qui si segue), con priorità dell'una sulle altre due. Nemmeno è arduo cogliere il riferimento di ciascuna delle tre spiegazioni ad una delle tre classiche concezioni del *Nόμος* (volontarista la prima, istituzionista la seconda, normativista l'ultima). Anche le teorie dello Stato e del suo potere che ispirano le diverse soluzioni sono facili da intendere. Ma si tratta di aspetti relativamente ai quali non è necessario indulgere.

4.1. Nella gran parte della dottrina la decisione discrezionale dell'amministrazione viene spiegata come scelta tra alternative lecite; tuttavia, sono molto diversi gli accenti di questa spiegazione nella (dominante) tradizione tedesca²²

²² Per l'illustrazione di quel dibattito basterà il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova Cedam, 2013.

- o francese²³ - e nelle sue varie recezioni spagnole²⁴, italiane²⁵ o sudamericane²⁶, rispetto a quelli propri della tradizione britannica²⁷ o di quella, ancora

²³ Si possono esaminare, A. BOCKEL, *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *AJ* (Actualité juridique. Droit administratif), 1978, p. 355; M. FROMONT, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif français*, in *Festschrift für Hermann Jährreib*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1974, p. 67; A. de LAUBADERE, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français*, in *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p. 513; J.M. WOEHRING, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France*, in *La Revue administrative*, 1999, p. 75; il breve lavoro di A. DAHER, *Le pouvoir discrétionnaire entre son passé et son avenir*, in *Revue administrative*, 255, 1990, p. 242; sul problema dell'acte de gouvernement, categoria particolarmente criticabile dal punto di vista del principio di legalità, anche per la loro sottrazione al sindacato giurisdizionale, di recente e brevemente, J.C. VENEZIA, *Éloge de l'acte de gouvernement*, in *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Paris, Dalloz, 2002, p. 723.

²⁴ Per uno scorcio d'insieme, però, val la pena di osservare fin d'ora che la letteratura spagnola si è strettamente collegata con quella tedesca, sul lato della discussione – molto in voga nei Paesi latino americani – dei concetti giuridici indeterminati (tra i molti, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976) e con quella italiana ed in specie di Giannini – che pure, ovviamente, risente in modo importante anch'essa della discussione in lingua tedesca – in ordine all'idea della discrezionalità come volizione di un dato assetto degli interessi nel caso la legge assegna all'amministrazione una scelta. Per l'influenza straordinaria sulla dottrina in lingua spagnola, si rinvia a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*³, Madrid, Civitas, 1983 (ma anche, sulla discussione ID., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 89, 1996, p. 69, sul duro confronto tra Fernández e Sánchez Morón, del quale si farà cenno tra un istante, resta fondamentale osservare che gli studi del problema della discrezionalità del maestro spagnolo mettono particolarmente in luce il collegamento con il concetto di organo e competenza, in connessione al principio di legalità: «Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes», cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, Thomson-Civitas, 2005); per l'illustrazione del dibattito spagnolo – sempre con particolare attenzione al tema dei concetti giuridici indeterminati – M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Madrid, Marcial Pons, 1997 e, prima, per l'impostazione dei profili costituzionali M. BELTRAN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, Civitas, 1995 e, sempre nella logica dell'ermeneutica, F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976; di poco successivo, L. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, *Poder Ejecutivo, discrecionalidad, legalidad y control*, in *Estudios de Derecho judicial*, 6, 1997, p. 215, ove si collega l'evoluzione della riflessione ai mutamenti politici. Il terzo profilo che ha attratto l'attenzione della dottrina, soprattutto in tempi recenti, è quello del sindacato sulla discrezionalità amministrativa; il dibattito è stato caratterizzato dalla fortissima contrapposizione tra i sostenitori della sindacabilità delle decisioni discrezionali (in particolare, T.R. FERNÁNDEZ, *Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor*, in *Revista Española de Derecho Administrativo*, 76, 1992, e la successiva – molto polemica – risposta ai critici, *De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario*, ivi, 80, 1993, seguita da *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, ivi, 83, 1994, ora in ID., *De la arbitrariedad de la Administración*³, Madrid, Civitas, 1997) ed i sostenitori di larghi spazi di immunità (L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, Tecnos, 1993, Y. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Madrid, Tecnos, 1994); per una recente rivisitazione, sia pure da un punto di osservazione particolare, S. DÍEZ SASTRE, *El precedente administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2008, da p. 284 a p. 304.

²⁵ Ovvio il riferimento ad A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, cit., p. 3, ed agli sviluppi in L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996 e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, cit.

²⁶ La discussione argentina appare analoga a quella spagnola (per uno sguardo di insieme, J.C. CASSAGNE, *La discrecionalidad administrativa*, in *La Ley*, 2010, vol. II, p. 251; P.J.J. COVIELLO, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*, in *Cuestiones del contencioso administrativo*, a cura di J.C. Cassagne, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 271) con particolare attenzione alla questione della discrezionalità come applicazione di concetti giuridici indeterminati (in questa prospettiva, J.F. LINARES, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958 ; B.A. FIORINI, *La discrecionalidad de la Administración pública*, Buenos Aires, Alfa, 1948) ed alla discrezionalità tecnica (D.J. SESÍN, *Administración pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2004; A. CORVALÁN, *Un nuevo enfoque sobre la discrecionalidad administrativa*, in *RAP*, 351, 2007, p. 57). L'impanto della discussione brasiliiana, invece, è vivacemente collegato all'impanto costituzionale e, ad un tempo, largamente iscritto nell'idea che la discrezionalità consista nell'integrazione della norma incerta: quanto al tema tradizionale dei concetti giuridici indeterminati (P. MACIEL, *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados: Estudos em face de um Paradigma Constitucional*, Rio de Janeiro, Letra Legal, 2004; W. ZANCANER, *Da comvalidaçāo e da invalideza dos atos administrativos*, São Paulo, Malheiros, 2001, che configura la discrezionalità come espressa scelta omissiva del legislatore che consegna all'amministrazione il potere di integrare il precezzo, da p. 48), sia quello del controllo giurisdizionale della discrezionalità (C.A. BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdiccional*, São Paulo, Malheiros, 2003 – per il quale la discrezionalità deriva «do mandamento da lei que ocorre quando a norma faculta um comportamento ao invés de exigilo ou quando exige um comportamento facultando, pelo menos, duas alternativas. A atividade discricionária surge, ainda, quando a finalidade é expressa por conceitos práticos e plurissignificativos, como moralidade pública e segurança pública» – ove, di nuovo, si pone il tema dei concetti giuridici indeterminati ma nella prospettiva della loro definizione alla luce dello scopo pubblico), sia nel collegarla allo Stato di diritto (L.H. CADEMARTORI, *A Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*, Curitiba, Juruá, 2003; M.S.Z. DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 2001, anch'essa nella linea del fondamento della discrezionalità nell'omissione legislativa che lascia all'ente la facoltà di integrazione del precezzo, da p. 198; R. TOURINHO, *A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados*, in *Revista de Direito Administrativo*, 237, 2004, p. 324, per la quale «nos conceitos jurídicos indeterminados, que não são exclusivos do direito público, conforme já observado, estamos diante de normas com conceitos de valor (boa-fé, probidade, justo preço) ou experiência (premeditação, força irresistível), conceitos estes que dependem de exercício interpretativo para alcance do seu sentido, que poderão variar de acordo com o tempo e o espaço, não importa, porém sempre voltados a atingir um entendimento comum, aceito pelo meio social»), al diritto di buona amministrazione (J. FREITAS, *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, São Paulo, Malheiros, 2007) ed all'interesse pubblico (D. WUNDER HACHEM, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Fórum, 2011). Quanto, invece, al Chile, P. ALARCÓN JAÑA, *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Santiago de Chile, ConoSur, 2000, e all'Uruguay, A. GAYOSO, *A vueltas con la discrecionalidad administrativa*, in *Revista de derecho*, 2010, 11).

²⁷ Anche nella letteratura anglosassone di diritto amministrativo – vanno separate le considerazioni relative agli studi di *jurisprudence* – la questione della discrezionalità (sulla quale, fin da subito D. GALLIGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon, 1990, *passim* – che pure, in larga parte, è uno studio di *jurisprudence*) appare principalmente come disciplina dei limiti e delle condizioni di esercizio del potere pubblico (chiara in questo senso, fin dappriprincipio, è la ricostruzione in P. CRAIG, *Administrative Law*⁵, London, Sweet & Maxwell, 2003, da p. 521). In questa prospettiva, anche in quella cultura, la discrezionalità appare come un problema storico di progressivo dominio del diritto sull'esercizio del potere, come estensione del sindacato (H. DELANY, *Judicial Review od Administratire action: a comparative analysis*, Dublin,

Round Hall Sweet & Maxwell, 2001, soprattutto da p. 109). Tuttavia, quel che appare più interessante è che nell'impianto della letteratura inglese è agevole comprendere che la ricostruzione del problema, in grandissima parte, si regge sulla protezione dei diritti individuali e sulla *rule of law* (nell'estesissima bibliografia sul tema, basterà per il momento indicare J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, nella nostra prospettiva soprattutto ch. 11). Nella tradizione anglosassone è chiara l'idea che la discrezionalità sia scelta tra alternative lecite (in tal senso, D. GALLIGAN, *op. ult. cit., passim*, ovvero P. CRAIG, *op. ult. cit.*, da p. 521 a p. 686, ove la si definisce come l'ipotesi in cui «there is power to make choices between courses of action or where, even though the end is specified, a choice exists as to how that end should be reached»), per quanto – soprattutto sul versante della *jurisprudence* – sia intensa, invece, la discussione sull'interpretazione ed integrazione del diritto (basti pensare all'intenso dibattito avviatosi nel perimetro delle impostazioni positiviste ed utilitariste ad esito di J.R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1978, ma, per la concezione della discrezionalità, prima ancora ID., *The Model of Rules*, in *University of Chicago Law Review*, vol. XXXV, 1967, p. 14 – approccio sul quale si tornerà nel testo più avanti e sul il quale, per ora, S.J. SHAPIRO, *The Hart-Dworkin debate. A Short Guide for the Perplexed*, in *Michigan Law Review*, vol. LXXVII, 2007, e J.M. SCHELLY, *Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama)*, in *California Law Review*, vol. LXXIII, 1985, p. 158). In sostanza, anche se il problema viene principalmente impostato alla luce della protezione dei diritti e della *rule of law* («it used to be thought to be classical constitutional doctrine that wide discretionary power was incompatible with the rule of law» per quanto «modern government demands discretionary power which are as wide as they are numerous», W. WADE, C. FORSYTH, *Administrative Law*⁹, Oxford, 2004, Oxford University Press, p. 343), la sostanza della discrezionalità appare anche in quelle impostazioni vuoi come potere di scelta, vuoi come interpretazione del diritto opinabile. Nella prima prospettiva, si sono enfatizzati i poteri di sindacato sulle scelte che conseguono al diritto di ottenere un giudizio circa i modi di esercizio del potere discrezionale, la sua misura e razionalità. Come anticipato, lo strumento con il quale si è cercato di sottoporre al controllo razionale del diritto l'uso del potere, risiede nella protezione dei diritti individuali; in tal senso si è affermato il diritto ad essere ascoltati e l'obbligo dell'amministrazione di tenere conto del merito della pretesa individuale (sin dal caso *Corrie* [R v. LCC ex p. Corrie (1918) 1 K.B. 68], ove si legge che «[T]he body on whom is conferred the jurisdiction of granting such licences must hear each application on its merits and come to a general resolution to refuse a licence to everybody who does not conform to some particular requirement»). In particolare, il sindacato si potrà esprimere sul peso che, in confronto alla pretesa individuale, viene dato alla *policy* (per il significato è fondamentale il riferimento alla scuola filosofica pragmatista e, non potendo indulgere sul tema, basti il riferimento al pur controverso neopragmatismo di R. RORTY, *Consequences of Pragmatism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1982) dell'ente, sul suo controllo sostanziale, sulle presunzioni e *legitimate expectations* che essa ha generato (sul tema, P. CRAIG, *Legitimate Expectations and procedural fairness: A Conceptual Analysis*, in 108 *Law Quarterly Review*, 79, 1992, p. 94 e C.F. FORSYTH, *The Provenance and Protection of Legitimate Expectations*, in *Cambridge Law Journal*, 47, 1988, p. 238). L'intensità del sindacato sulla discrezionalità appare condizionata dal contenuto dell'attribuzione legislativa, distinguendosi diversi livelli di *deference* tra i casi in cui la legge non prevede esplicitamente quel potere (in tema, H.W. ARTHURS, *Without the Law*, Toronto, University of Toronto Press, 1985) e quelli nei quali esso è stato esercitato in modo irrazionale o sproporzionato (distinzione enfatizzata particolarmente nel caso *Wednesbury*: *Associated Provincial Picture Houses v. Wednesbury Corporation* [1947] EWCA Civ 1, [1948] 1 K.B. 223, Court of Appeal England and Wales; negli Stati Uniti una posizione simile è in *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U.S. 837 (1984), che tiene conto dell'elaborazione anglosassone; su questi temi si può leggere B.V. HARRIS, *The 'third source' of authority for government action*, in 108 *Law Quarterly Review*, 1992, p. 626). La dottrina *Wednesbury* è stata, successivamente, molto influenzata dall'affermazione positiva dei diritti umani (specie da parte della CEDU), per quanto già il *common law* assicurasse – e continui a provvedere – protezione a quei diritti (sul tema, M. HUNT, *Using Human Rights Law in English Courts*, Oxford, Hart, 1997). Razionalità e proporzionalità della decisione sono quindi fatti

differenti, nordamericana.

In sintesi estrema, tuttavia, si può ritenere comune il tratto di fondo di queste teorie: a fronte di norme attributive del potere vaghe o di incerta interpretazione, così come innanzi a fatti materiali suscettibili di apprezzamento, non si avrà decisione discrezionale se le incertezze possono essere risolte sulla base dell'ordinamento vigente ed, al contrario, essa sarà presente laddove anche utilizzando le migliori tecniche interpretative delle norme ed accertative dei fatti, residuino una pluralità di alternative accettabili; in tal caso, l'autorità, proprio per la sua posizione e ruolo istituzionale, potrà sceglierne una in modo libero ed insindacabile da parte del giudice.

Una simile spiegazione - per quanto largamente maggioritaria nelle letterature giuridiche del mondo occidentale - è compatibile con l'idea di legalità del potere solo se ci si contenta di considerare legale il potere che la legge assegna all'ente, trascurando interamente il fatto che il preceitto dell'ordinamento sia limitato alla previsione del potere, lasciando l'autorità interamente arbitra del suo contenuto a fronte della possibilità di scegliere tra alternative che non contrastano con la legge. Occorre certamente tenere conto del fatto che la proceduralizzazione dell'azione amministrativa e la diffusione di disposizioni contenenti principi, hanno limitato le scelte ammissibili ed aperto limitati spazi di sindacato. Tuttavia, la sostanza resta: la scelta dell'amministrazione è libera tra alternative lecite ed il diritto tace intorno ad essa.

oggetto di scrutinio con particolare incidenza della protezione dei diritti individuali (sul punto, R. CLAYTON, *Regaining a sense of proportion: the Human Rights Act and the proportionality principle*, in *European human rights law review*, 5, 2001, p. 504; D. FELDMAN, *Proportionality and the Human Rights Act 1998*, in *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, ed. by E. Ellis, Oxford, Hart, 1999, p. 117, nonché P. CRAIG, *Administrative Law*, cit., da p. 562 a p. 628); il limite al sindacato giudiziario è dato dall'impossibilità di «substitute their choice as to how the discretion ought to have been exercised for that of the administrative authority» (P. CRAIG, *Administrative law*, cit., 609), come ben esemplificato da *Cambridge Health Authority* (R. vs. Cambridge Health Authority, ex p. B [1995] 1 WLR 898 (CA), in tema di valutazione discrezionale relativa all'allocazione di risorse nelle strutture sanitarie ed obbligo di cure mediche; ma, in senso diverso, si veda R v East Sussex County Council, Ex p Tandy [1998] AC 714; in *Tandy* – caso relativo al dovere di impartire istruzione anche ad un bambino gravemente malato, al quale era stato negato il servizio per ragioni di costi); tuttavia, anche il sindacato di ragionevolezza e quello di proporzionalità, poggiando tra l'altro sulla Cedu, si sono andati estendendo, sicché il limite classico di non sostituzione (simile al nostro concetto di merito insindacabile) si è andato trasformando – così come l'interpretazione di *Wednesbury*: cfr. tra gli altri, J. JOWELL, A. LESTER, *Beyond Wednesbury: Substantive Principles of Administrative Law*, in *Public law*, 1988, p. 365 e, sul progressivo estendersi dell'area sindacabile alla luce di proporzionalità, buona fede e ragionevolezza, di nuovo P. CRAIG, *op. ult. cit.*, da p. 632).

L'atteggiamento della letteratura inglese è ancora più netto nell'ammettere che la decisione discrezionale contraddice la natura legale del potere: «it used to be thought to be classical constitutional doctrine that wide discretionary power was incompatible with the rule of law» e, tuttavia, la considera inevitabile, giacché «modern government demands discretionary power which are as wide as they are numerous»²⁸; la generale *deference* con la quale la giurisprudenza britannica guarda alle decisioni dell'esecutivo, limita ai minimi termini l'ambito del sindacato giurisdizionale. Proprio in ordine a quest'ultimo profilo, invece, l'affermazione dell'*hard look doctrine* negli Stati Uniti - accompagnandosi con una diversa concezione dello Stato e differente organizzazione politica del potere²⁹ - ha determinato un radicale ampliamento della revisione giurisdizionale delle decisioni discrezionali, influenzando anche la sostanza della ricostruzione del relativo potere.

4.2. L'idea che la decisione discrezionale sia il frutto di autonomia o di una volizione è tipica della dottrina italiana³⁰ e si collega con la non breve influenza dell'istituzionismo romanzo; si tratta di una spiegazione che è largamente penetrata nelle culture giuridiche di lingua spagnola, miscelandosi con la teoria dominante dell'agire discrezionale d'ascendenza tedesca.

La spiegazione in questione sembra affondare - più o meno consapevolmente - le sue radici in quella giusnaturalista del problema della sovranità: quest'ultima, affermando l'egualanza di tutti i soggetti innanzi alla legge, avverte il bisogno di distinguere dagli altri il soggetto pubblico, intestato della sovranità. Alla sovranità si contrappone, come carattere dei soggetti tra loro eguali, la libertà della volontà, che sarebbe il *proprium* del soggetto privato. Mentre la sovranità come costruzione giuridica serve primariamente a sottrarre all'arbitrio l'esercizio dell'autorità, imbrigliandolo nelle maglie del diritto, il dogma della volontà dell'individuo – ognuno uguale rispetto al diritto – presuppone non solo l'astrazione d'individui liberi di determinarsi, ma anche la sottrazione di quella volizione al diritto legale: essa, semmai, genererà rapporti giuridici, disciplinati dal diritto primariamente con la protezione del consenso raggiunto nell'esercizio della volontà.

²⁸ W. WADE, C. FORSYTH, *Administrative Law*, cit., p. 343.

²⁹ Per un'interessante ricostruzione E.C. IP, *Taking a 'Hard Look' at 'Irrationality': Substantive Review of Administrative Discretion in the US and UK Supreme Courts*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. XXXIV, 2014, p. 481.

³⁰ Si tratta, come noto, della posizione largamente sostenuta dalla dottrina e seguita dalla giurisprudenza, sicché dare conto della letteratura in argomento al lettore italiano è sostanzialmente inutile. Per una cognizione profonda ed affidabile, M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, cit.

Non sorprende che l'area di determinazione (dell'interesse pubblico ed in generale della fattispecie concreta) non disciplinata dalle norme dettate dall'autorità sia fatta coincidere con l'esercizio della volontà del soggetto agente, stante che l'imputazione degli effetti alla persona giuridica pubblica e la stessa teoria dell'organo agente sono intrisi del rilievo della volontà e la struttura dell'atto di decisione (il provvedimento amministrativo) è modellata sul negozio giuridico. Ciò che appare, insomma, è che secondo quest'impostazione classica, non appena cessi il limite dettato dalle disposizioni espresse dell'ordinamento obiettivo, la persona giuridica pubblica sia libera di volere; tuttavia, poiché il suo volere si esprime per atti autoritari assai più coercitivi rispetto alla pur enfatica idea che la volontà privatistica, attraverso il negozio, divenga “legge tra le parti”, non di libertà sembrerà corretto parlare, ma di volontà espressa in ambito discrezionale.

La discrezionalità, quindi, è volizione dell'autorità circa il contenuto dell'interesse pubblico e la sua composizione con quelli privati che vengano in rilievo in relazione alla fattispecie legale. Non si tratta di un'ambito privo di rilevanza giuridica - sono noti i termini della polemica con la ricostruzione mortatiana³¹ - e, tuttavia, essa è consegnata sostanzialmente alla volizione circa l'interesse pubblico, sindacabile solo nei casi di estrema irragionevolezza ed errore.

La disciplina legale del potere è ricostruita in modo tradizionalmente positivista, sicché in assenza del precezzo puntuale della legge, è la volizione dell'autorità ad integrarlo. Anche in questo caso, quindi, la legalità lascia spazio ad una determinazione di puro potere.

Ad esiti differenti solo per ragione della costruzione del concetto, giunge quella teoria³² che, distinta l'autonomia dell'amministrazione dalla sovranità (essendo questa seconda, a differenza della prima, illimitata), fonda nella prima la spiegazione della discrezionalità; l'autonomia sarebbe la regola di relazione tra soggetti (profilo soggettivo) e tra ordinamenti (profilo oggettivo); in questa seconda prospettiva, si colloca la distinzione tra ordinamenti originari e derivati, sicché i secondi non potranno contrastare con quanto ordinato dai primi e, tuttavia, saranno comunque autonomi. L'autonomia dell'ordinamento amministrativo giustificherebbe, quindi, la conclusione che il provvedimento amministrativo sia - insieme - espressione di autonomia e di autarchia, sicché produce - almeno in parte - diritto obiettivo. Non è disagevole avvertire come questo spazio di creazione di regole contraddica l'idea che gli atti dell'esecutivo siano predeterminati dalla legge.

4.3. Tutte le spiegazioni della discrezionalità generalmente accettate, per quanto se ne sia persa l'idea, affondano le loro radici nella sovranità: quest'ultima

³¹ C. MORTATI, *op. ult. cit.*

³² S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, *cit.*

è assunta come generale capacità di agire di diritto pubblico spettante all'autorità, sicché al di fuori del perimetro disciplinato dalle norme essa emerge e riempie lo spazio risultante (con la scelta o la volizione che sia). Poiché il normativismo assegna all'ordinamento la sovranità, queste spiegazioni appaiono inadeguate al normativista. Emerge, quindi, un terzo chiarimento circa il tema, che sussume il fenomeno del potere discrezionale nella determinazione della norma incerta. L'amministrazione, esercitando il potere discrezionale, non farebbe che interpretare la norma di legge, come ogni operatore giuridico e, in particolare, applicando gli strumenti dell'ermeneutica, rimuovere le incertezze circa il suo contenuto ed integrare il precezzo attraverso il ricorso ai principi ed al sistema ordinamentale. Poiché la discrezionalità è operazione interpretativa, essa può essere ripetuta dal giudice.

Quest'interpretazione esclude che la discrezionalità contenga una porzione di scelta o volizione incontrollabile che fa emergere il contenuto di violenza della decisione. Tuttavia, non spiega adeguatamente come possa risolversi il caso in cui la legge espressamente consegni all'amministrazione il potere di scelta tra alternative, né come si elegga un'interpretazione a scapito di un'altra quando entrambe sono corrette secondo il diritto e la logica, né alla luce di quale parametro vengano selezionati e ponderati i fatti, né, infine (ed è quel che più conta) come si assegni un significato univoco all'enunciato «interesse pubblico». Poiché esistono casi in cui la legge prevede alternative, consente una pluralità di interpretazioni corrette, disegna la fattispecie includendovi fatti indeterminati e, comunque, sempre consegna all'amministrazione un potere perché sia perseguito un interesse pubblico, il contenuto di violenza (o puro esercizio di potere) che caratterizza le altre spiegazioni si trasferisce sull'operazione interpretativa; poiché essa è interamente ripetibile da parte del giudice, la conseguenza è che la sua sentenza finirà per assumere il medesimo carattere.

5. *Nόμος*: Stato di diritto e decisione

Tutte queste spiegazioni nascondono una decisione incontrollata, ove vengano sfondate degli aspetti inutili o solo ottativi. Si conta di rendere chiara quest'affermazione identificando gli strumenti attraverso i quali le diverse teorie spiegano come lo spazio di decisione incontrollata venga risolto. Tuttavia, prima di procedere in questa direzione, è necessario identificare un contenuto minimo di Stato di diritto.

Poiché s'intende porre in luce come lo Stato di diritto sia contraddetto dalle spiegazioni correnti circa la discrezionalità e, quindi, chiarire che la de-

cisione amministrativa contiene una molto significativa dimensione di esercizio di potere incontrollabile, non fondato su basi legali e, quindi, ultimativamente, violento, sarà necessario individuare - sia pure per tratti minimi - l'altro referente concettuale di questo ragionamento, vale a dire quello dello Stato di diritto.

Senza questo chiarimento, non sarà possibile trarre la conclusione che si è anticipata in avvio di discorso, vale a dire che l'opinione circa la natura legale del potere dell'amministrazione pubblica non è fondata e che ciò è destinato a valere nella normalità dei casi, non solo nelle ipotesi eccezionali, limitate o estreme nelle quali emerge la dimensione di violenza del puro potere non regolato dal diritto.

5.1. Come s'è anticipato, non è agevole fornire una definizione esauriva di Stato di diritto, giacché si tratta di un concetto giuridico fortemente condizionato dalla sua evoluzione storica, legato «a progetti e a conflitti politico-giuridici, congenitamente polisensa, sovraccarica di valori, ideologicamente pregnante»³³ - come, del resto, quasi tutte le nozioni di tipo generale.

In termini estremamente generali - e propri di tutta la civiltà giuridica occidentale - lo Stato di diritto³⁴ si oppone a quello in cui governa una volontà soggettiva (e, quindi, arbitraria) sicché, nel suo operare, si ispira al principio di legalità. La legge garantirebbe dall'arbitrio perché generale ed astratta, sicché si avrebbero uguaglianza di trattamento e certezza del diritto, idonee garanzie di libertà. Non è possibile nemmeno impostare la discussione su un tema così generale, né formulare le molte ragioni di perplessità che la speranza del governo delle leggi anziché degli uomini porta con sé ovvero sono concretamente smentite negli ordinamenti vigenti; allo stesso modo non v'è spazio per dire delle ragioni a sostegno di questa perdurante pretesa - che al presente informa le concezioni giuridiche³⁵, tra l'altro, dell'autorità europea³⁶.

³³ P. COSTA, D. ZOLO, *Premessa*, in *Lo stato di diritto*, a cura di P. Costa, D. Zolo, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 5.

³⁴ Per una definizione problematica del concetto, di recente, A. PINTORE, *Stato di diritto*, in *Dizionario del liberalismo*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2011.

³⁵ Principalmente, J.G.A POCOCK, *The History of Political Thought: a methodological Inquiry*, in *Philosophy, Politics and Society*, series II, Oxford, Blackwell, 1962, p. 183; ID., *Politics, Language & Time, Essays on Political Thought and History*, London, The University of Chicago Press, 1971, ID., *The Machiavellian Moment, The Florentine Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 1975, Q. SKINNER, *The Republican Ideal of political liberty*, in *Machiavelli and Republicanism*, ed. by G. Bock, Q. Skinner, M. Viroli, 1990, Cambridge, Cambridge University Press, p. 293, ID., *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

³⁶ Oltre alla giurisprudenza comunitaria, basterà la lettura della Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato*

Basterà limitarsi ai tratti del tema che sono rilevanti per il nostro ragionamento, collocando il problema nella linea di alcune prospettive d'osservazione.

La questione dello Stato di diritto può essere osservata dal punto di vista dell'intrinseca limitazione del potere, che dalla seconda metà del Novecento tende a coincidere con il costituzionalismo. Nella prospettiva del costituzionalismo "politico"³⁷, lo Stato di diritto consiste nella limitazione del potere esecutivo da parte della legislazione del Parlamento, organo eletto democraticamente e, pertanto, unica espressione dello Stato a ciò legittimata; in quella del costituzionalismo strettamente "giuridico"³⁸, invece, i suoi tratti sono dati dalla sindacabilità degli atti di potere (compresa la legislazione) e della loro limitazione, dal riconoscimento dei diritti fondamentali. È chiaro che si sta ricorrendo a semplificazioni e schematizzazioni; sarà necessario, ad esempio, distinguere le tradizioni continentali (che tendono a far coincidere il diritto con la legislazione) e quelle di *common law* (che negano una simile riduzione del diritto obiettivo). Tuttavia, in estrema sintesi, se ne trae l'indicazione per la quale l'autorità amministrativa potrà legittimamente assumere provvedimenti unilaterali solo nell'ambito delle previsioni di legge, nel limite della protezione dei diritti effettivamente garantiti e purché siano sindacabili in sede giudiziaria.

Da altro punto di vista, si può guardare all'idea di Stato di diritto in relazione alle funzioni cui assolve nell'ordinamento e questo aspetto condiziona largamente il concetto. Al suo sorgere, l'idea di Stato di diritto ebbe la funzione di limitare l'ambito d'azione del potere sovrano (compreso, con evocazione aristotelica³⁹, quello popolare), basandosi sulla distinzione tra ordine politico e sociale attraverso il filtro della rappresentanza parlamentare; molto rapidamente, tuttavia, questa funzione di limitazione dell'ordine politico e del potere in genere si perse, per trasformarsi - germanizzandosi⁴⁰ nel concetto di *Rechtsstaat* - in quella di pretendere il fondamento dei poteri pubblici nella legge e, quindi, coincidere

di diritto, COM/2014/0158. Per la riflessione sulla giurisprudenza della Corte europea, J. CHEVALLIER, *L'État post-modern*, Paris, LGDJ, 2003, p. 153.

³⁷ Per il concetto, la discussione delle idee ed i necessari riferimenti bibliografici, M. BARBERIS, *Possono governare le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. Pino, V. Villa, Bologna, Il Mulino, 2016, p. 15.

³⁸ Per il concetto ed i riferimenti, ID., *Possono governare le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, *loc. ult. cit.*

³⁹ ARISTOTELE, *Politica*, IV, 4, 1292a, in particolare, la critica alla demagogia («Ragionevole, quindi, sembrerebbe la censura di chi afferma che tale democrazia non è una costituzione, perché dove le leggi non imperano non c'è costituzione. Bisogna, infatti, che la legge regoli tutto "in generale" e i magistrati in particolare: ecco quel che si deve ritenere una costituzione. Di conseguenza, se la democrazia è una delle forme di costituzione, è evidente che un sistema come questo in cui tutto viene governato in forza di decisioni popolari, non è propriamente democrazia, perché non è possibile che una decisione dell'assemblea abbia valore generale»).

⁴⁰ Per i riferimenti, R. BIN, *Rule of Law e ideologie*, *cit.*, p. 37.

con l'affermazione del principio di legalità nei confronti del potere esecutivo⁴¹. In questa seconda funzione, lo Stato di diritto si salda con l'idea di legalità formale, sicché - non potendosi ammettere limitazioni in capo allo Stato, pena contraddirne la sovranità - i diritti individuali e l'autonomia della società sono consegnati all'autolimitazione⁴² del potere attraverso la legge. La legge formale, vale a dire approvata con procedure legali indipendentemente dal suo contenuto⁴³, fonda e limita il potere dell'autorità amministrativa. A conclusioni non diverse si arriva attraverso l'idea di *État légal*⁴⁴.

Il profilo della funzione cui assolve la nozione di Stato di diritto consente un agevole collegamento con un altro profilo che ne condiziona significativamente il concetto, vale a dire quello della sua relazione con la democrazia ovvero con la realizzazione di un ordine "giusto". Si tratta di una discussione molto vivace in ambito nordamericano⁴⁵ - sicché risente della declinazione del problema nel concetto, significativamente differente, di *Rule of law*. Il formalismo tipico della soluzione europea tradizionale è accolto da quelle teorie che considerano lo Stato di diritto come limite all'uso arbitrario del potere, senza che ciò escluda che quest'ultimo possa essere esercitato "ingiustamente", sicché lo Stato di diritto deve essere tenuto distinto dalla democrazia e dall'idea di giustizia sociale, in modo da non confondere il concetto con il fine. Ciò non esclude ch'esso possa assolvere ad una funzione positiva nella prospettiva del progresso sociale, pur restando un *negative value*, non implicando necessariamente un catalogo di diritti o una certa idea di società "giusta"⁴⁶. Tra quest'idea e quella opposta si collocano molte letture intermedie, che mostrano come tratto comune quello di

⁴¹ J. STAHL, *Die Staatslehre und die Principien des Staatsrechts*, Heidelberg, Mohr, 1856, p. 138. In merito, comunque, G. DIETZE, *Rechtsstaat und Staatsrecht*, in *Theory and Politics/Theorie und Politik*, a cura di K. von Beyme, Springer, Dordrecht, 1971, p. 526, BÖCKENFÖRDE, *Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs*, in *Festschrift für Adolf Arndt zum 65. Geburtstag*, Frankfurt a. M., Europäische Verl., 1969, p. 56 e K. SOBOTKA, *Das Prinzip Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr, 1997, p. 263. In Italia, P. COSTA, *Lo Stato di diritto*, cit.

⁴² Nella prospettiva dello Stato di diritto d'impianto ottocentesco, G. GOZZI, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in *Lo stato di diritto*, cit., p. 260 e A. LAQUIÈZE, *État de droit e sovranità nazionale in Francia*, in *Lo stato di diritto*, cit., p. 284.

⁴³ J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, da p. 212.

⁴⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, vol. I, Paris, Sirey, 1920, p. 490.

⁴⁵ B.Z. TAMANAH, *On the Rule of Law, History, Politics, Theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

⁴⁶ L. FULLER, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964 (trad. it., Milano, Giuffrè, 1986); J. RATZ, *op. ult. cit.*, L.H. HART, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Law Series, 1961, (trad. it., Torino, Einaudi, 2002), 241. Si potrà vedere anche R. DWORKIN, *Philosophy, Morality, and Law - Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*, in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 113, 1964-1965, p. 668.

ritenere necessaria una giustificazione delle norme giuridiche⁴⁷, senza tuttavia sostituire l'idea di giustizia⁴⁸ a quella di legalità. All'estremo opposto si collocano quelle teorie per le quali non v'è *Rule of law* senza fondazione della legge in una teoria della giustizia o dei diritti (notissimo, in questo senso, l'approccio di Dworkin⁴⁹ ove si distingue tra *Rule-book conception* e *Rights conception* della *Rule of Law*⁵⁰, sicché nella seconda è decisiva la giustizia sostanziale dell'atto prodotto dal potere pubblico), sia pure con profonde differenziazioni relativamente all'identificazione dei diritti che debbono fondare lo Stato di diritto⁵¹.

⁴⁷ Particolarmente nota è l'idea di J. WALDRON, *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in *Ratio Juris*, vol. II, 1989, p. 79 (successivamente, ID., *The Rule of Law as a Theater of Debate*, in *Dworkin and his Critics: with Replies by Dworkin*, ed. by J. Burley, Malden, MA, Blackwell, 2004, p. 319), ove si criticano le teorie tradizionali e si afferma la necessità che la legge poggi sul rispetto dell'autonomia dei consociati, sicché «The rule of law requires us to prefigure in our means some of the main features of the just society we are striving towards» (p. 94). In argomento anche P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in *Public Law*, 1997, p. 486.

⁴⁸ Per una ricostruzione in questo senso, vale a dire della funzionalizzazione delle regole alla giustizia, sembra utile rammentare U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965.

⁴⁹ R. DWORKIN, *Il ruolo politico dei giudici e il governo della legge* (1978), ora in ID., *A matter of Principles*, Oxford, Clarendon, 1985 (trad. it. Milano, Giuffrè, 1990) e ID., *Law's empire*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1986 (trad. it. Milano, Giuffrè, 1989). Dworkin contrappone la comunità *de facto* (accidentale, guidata da interessi egoistici, nella quale si accettano limiti legali al solo scopo di conseguire la propria preservazione e una vita soddisfacente) a quella del "libro delle regole", nella quale gli obblighi dei consociati sono rigorosamente definiti da norme ed essi le obbediscono per il fatto di credere d'esservi obbligati in quanto siano un giusto compromesso tra valori ed interessi individuali tendenzialmente contrapposti; ad esse contrappone la comunità di principio, nella quale l'obbedienza alla legge deriva dall'intento di realizzare principi comuni, che scaturiscono non da convincimenti metafisici ma dalla pratica sociale interpretativa improntata all'integrità del diritto. Sulle questioni cui s'è accennato, comunque, G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, Il Mulino, 2012 e A. SCHIAVELLO, *Il Rule of Law secondo Ronald Dworkin: qualche osservazione critica*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, cit.

⁵⁰ R. DWORKIN, *A Matter of Principles*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 1985, da p. 11; «The rule of law...enriches democracy by adding an independent forum of principle... because the forum confirms that justice is in the end a matter of individual right» (p. 32).

⁵¹ Una versione assai più contratta si ha in D. ZOLO, *Teoria e critica dello Stato di diritto*, in *Lo stato di diritto: storia, teoria, critica*, a cura di D. Zolo, P. Costa, E. Santoro, Milano, Feltrinelli, 2002, giacché egli ritiene che se la concezione "formale" dello Stato di diritto perde di vista la funzione stessa del concetto, quelle "sostanziali" - intendendo lo Stato di diritto funzionale ad un'inconoscibile "società giusta" - creano cataloghi di diritti eccessivamente estesi, sicché «Il modello dello Stato di diritto non sembra avere alternative in Occidente, né sul piano teorico, né su quello politico. Proprio la crisi delle grandi ideologie...sembra raccomandare lo Stato di diritto come struttura garante di un "ordine politico minimo": capace cioè di assicurare un ordine politico stabile e, assieme, un livello accettabile di tutela dei diritti soggettivi, in particolare dei diritti civili» (p. 67).

Sembra utile, ai nostri fini, richiamare un’ulteriore e recente categorizzazione⁵² delle idee in argomento, che distingue tra teorie illuministe ed evoluzioniste. Nella prima sottolineatura lo Stato di diritto non è se non pretesa esigente circa il principio di legalità⁵³, sicché la protezione dei diritti consegue alla riduzione degli spazi di discrezionalità dell’esecutivo e dei giudicanti, divenendo pretesa circa la qualità e precisione della legislazione⁵⁴; in questa prospettiva, lo Stato di diritto assicura, attraverso la legge, la composizione (pubblica, palese e solenne) dei conflitti presenti nella società, evitando che un diritto non scritto determini incertezza e, soprattutto, garantendo - attraverso il classico ideale della rappresentanza politica - la democrazia come processo⁵⁵; secondo queste concezioni dello Stato di diritto si conseguirebbe la stabilità delle aspettative reciproche nei rapporti giuridici e la razionalità delle prescrizioni che, stabilizzandosi, assumono un carattere neutrale⁵⁶.

Si possono portare molte obiezioni a questi modi di pensare, da diversi punti di vista. Tuttavia, è significativo richiamarli perché la gran parte delle spiegazioni delle decisioni amministrative discrezionali mostra, più o meno esplicitamente, di credere a questi principi e di ritenere di prestarvi osservanza. Proprio dal fronte di alcuni critici della legislazione e dall’oggettiva impossibilità di riconoscere il rispetto di questi tratti tradizionali ed illuministici dello Stato di diritto nella realtà degli ordinamenti vigenti⁵⁷, si presenta l’idea⁵⁸ che lo stato di diritto «esige che tutte le leggi si conformino a certi principi»⁵⁹, aprendo così la via al controllo dell’interpretazione della legge formale - evidente profilo di fragilità delle tesi tradizionali, positiviste ed illuministe. Se, quindi, anche i seguaci del positivismo ricorrono a principi ordinanti non scritti, ciò non toglie che - nella loro prospettiva - non si faccia che sostituire al concetto di legge quello di ordinamento, con i suoi raccordi, gerarchie, criteri ordinanti la relazione tra norme e disciplinanti l’interpretazione.

Soprattutto nel nostro contesto europeo, il concetto di Stato di diritto

⁵² M. BARBERIS, *op. ult. cit.*

⁵³ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma, Laterza, 1989, p. 26-27.

⁵⁴ ID., *Diritto e ragione, cit.*, p. 107-108.

⁵⁵ J. WALDRON, *The concept and the Rule of Law*, in *Georgia Law Review*, 43, 2008/2009, p. 1; ID., *The rule of law as a theatre of debate*, *cit.*

⁵⁶ B. CELANO, *Normative Legal Positivism, Neutrality, and the Rule of Law*, in *Neutrality and Theory of Law*, ed. by J. Ferrer, J.J. Moreso, D. Papayannis, Dordrecht, Springer, 2013; ID., *Dover essere e intenzionalità. Una critica all’ultimo Kelsen*, Torino, Giappichelli, 1990. Già prima, L. GREEN, *The authority of the state*, Oxford, Oxford University Press, 1988.

⁵⁷ F. VIOLA, *Il “Rule of Law” e il concetto di diritto*, in *Ragion pratica*, 2008, p. 151.

⁵⁸ F. VON HEYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1960.

⁵⁹ F. VON HEYEK, *The Constitution of Liberty, cit.*

tende all'equivalenza con la pretesa della legalità del potere - e, quindi, dopo l'approvazione delle Costituzioni della metà del Novecento, anche della conformità della legge a Costituzione. A differenza della *Rule of Law*, nell'idea di Stato di diritto, a preesistere alla legge non è il diritto, ma lo Stato. Ne consegue che la legalità del potere è un prodotto della legge, dell'autolimitazione dello Stato per via legislativa, sicché la sovranità statale si giuridicizza attraverso la sottrazione che la legge opera rispetto ad ambiti di libera determinazione sovrana; la dominazione si sottomette alla regola legale - moltiplicando indefinitamente il perimetro della sua capacità di dominare, fino da svelare il profilo biopolitico⁶⁰ della sua potenza: divenendo giuridicamente regolato il potere diviene indefinitamente riproducibile da funzionari e penetra in ogni ambito della vita personale, sicché documenta, scheda, archivia, vaccina, istruisce, avvia al lavoro, amministra fatica e riposo, cura, conserva, trasporta, fa comunicare, informa, amministrando la vita fin nel più piccolo degli spazi di autonomia. Questo processo di giuridicizzazione del potere è sempre il frutto dell'intervento della regola legale a disciplinare il potere che continua ad atteggiarsi come preesistenza, come inesauribile cura sovrana dell'interesse pubblico.

La dominazione della sovranità continua ad operare per mezzo di una serie di fattori potentissimi: la legge, che si vorrebbe generale ed astratta, è pur sempre il prodotto di un corpo dello Stato (il Parlamento, per divenire in tempi recenti sostanziale appannaggio del Governo)⁶¹; “l'interesse generale” viene sostituito da quello “pubblico”, vale a dire da quello assunto come tale dall'autorità; la legge viene ricostruita sempre più attraverso le visioni kelseniane della pura legalità formale, sicché il primato della legislazione è anche primazia dell'efficacia priva di collegamenti con la sostanza, prescinde dal contenuto ed involontariamente apre la via ai totalitarismi. La garanzia della legalità, quindi, appare davvero inefficace a limitare il potere se non per via del suo stesso *self restraint*, talché essa appare per lo più ottativa.

In disparte la sua ridotta effettività -che non è oggetto della nostra riflessione in questa sede- la legalità come contenuto effettivo dello Stato di diritto, si limita ad una teoria della validità (e non dell'effettività) del comando dell'autorità: tutti i poteri debbono essere sottoposti alla legge ed il prodotto dell'esercizio dell'autorità deve poter essere scrutinato in sede di controllo di legittimità⁶², nei

⁶⁰ Almeno, M. FOUCAULT, *La volonté de savoir, Histoire de la sexualité*, vol. I, Paris, Gallimard, 1976; ID., *Il faut défendre la société. Cours au collège de France 1976*, Paris, Seuil/Gallimard, 1997; ID., *Naissance de la biopolitique. Cours au collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil, 2004.

⁶¹ G. BERTI, *La parabola della persona Stato (e dei suoi organi)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, XI/XII, 1982/1983, vol. II, p. 1027.

⁶² S. FOIS, *Legalità (principi di)*, in *La crisi della legalità. Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 383.

limiti del quale il comando continua ad essere efficace. Inoltre, in questa prospettiva, la legalità riguarda essenzialmente il potere dell'amministrazione, stante che nei confronti della funzione legislativa e di quella giudiziaria il problema semplicemente non si pone: il che val quanto dire che non vi sono diritti opponibili al potere legislativo che, quindi, ha la possibilità di travolgerli. Una volta che vi siano diritti costituzionalmente garantiti come fondamentali, anche la legislazione incontrerà alcuni limiti e, tuttavia, il problema resta quello dell'idea che solo la legge - e non il diritto - possa limitare il potere; lo stesso statuto finirà per valere per le norme costituzionali che garantiscono diritti fondamentali, sicché al di fuori di esse la legge resterà libera nei confronti delle pretese degli individui e le stesse disposizioni costituzionali potranno essere interpretate, disciplinate quanto alle modalità di godimento del diritto (che è quindi, comprimibile fino ad un suo contenuto minimo). Anche la garanzia di legalità costituzionale della legislazione, costruita secondo le categorie dello Stato di diritto, si limita ad una traduzione del concetto di legalità nei confronti della legge: essa deve essere adottata secondo procedure predefinite e dall'organo competente, non è libera nel fine, è sindacabile; nella sostanza, la decisione circa la legge diviene discrezionale⁶³, ponendosi gli stessi problemi che la discrezionalità amministrativa presenta nel rapporto con la legalità del potere. Tutto ciò trascurando per un istante i problemi dell'interpretazione della Costituzione -che sembra porre problemi non inferiori a quella del testo legislativo -, dell'affermarsi di fonti sovrannazionali, della regolazione e della *soft law*, del declino della qualità della legislazione ed altri ancora.

Il punto centrale della questione, almeno a mia opinione, resta quello dell'affermazione della priorità del potere e della sovranità dell'autorità rispetto alla sua giuridicizzazione attraverso la legge o la Costituzione. Sul punto si dovrà tornare nell'argomento conclusivo, dedicato al capovolgimento delle categorie tradizionali come possibile (non esaustiva) soluzione del tema.

Resta da dire della differenza tra *Rule of Law* e Stato di diritto, giacché essa sembra tornare utile alle conclusioni che si vogliono trarre. La definizione dei concetti di *Rule of Law* e Stato di diritto non è l'obiettivo di queste pagine, sicché non si potrà che dire molto brevemente ed al solo scopo di annotare elementi utili al nostro ragionamento, trascurando il resto. È quasi ovvio che anche in ordine al *Rule of Law* si presentino una serie consistente di spiegazioni, tra loro anche significativamente differenti; queste differenze presentano motivi di notevole interesse, ai quali non si può dedicare nemmeno un cenno⁶⁴. Quel che qui

⁶³ F. MODUGNO, *L'invalidità della legge*, Milano, Giuffrè, 1970.

⁶⁴ Se ne veda la ricostruzione in M. BARBERIS, *op. ult. cit.* e G. PALOMBELLA, *Oltre il principio di legalità dentro e fuori lo Stato. I due versanti del diritto e il rule of law*, *ivi*, p. 62.

interessa del *Rule of Law* è ch'esso denoma - almeno nelle sue concezioni più risalenti, pur tutt'ora professate ed applicate dalle Corti - una limitazione originaria del potere, pur legittimamente esercitato⁶⁵.

Anche se importanti versioni del *Rule of Law* alludono al solo principio di legalità - ad un “*Rule of Law as a Law of Rules*” -, alla certezza del diritto legale scritto, alla proceduralizzazione dell'esercizio del potere e, quindi, alla legalità formale, è innegabile che con *Rule of Law* si alluda non solo alla *Rule by Law*, ma anche alla limitazione del potere - compreso quello di dettare comandi legali- ed alla primazia del “diritto” rispetto alla legge, al potere dell'autorità o delle forze sociali - dal che l'ampia discussione circa gli elementi essenziali che necessitano perché si possa parlare di “diritto”⁶⁶. In questa prospettiva, il *Rule of Law* appare decisivo non solo perché postula l'esistenza di un diritto esistente indipendentemente dal potere (da qualunque potere, anche sociale o internazionale) ma - soprattutto - perché sradica l'idea della natura originaria del potere, dal quale il diritto origina come limitazione legale, che è, invece, tipica della tradizione europea. Il potere, nella prospettiva del *Rule of Law* che qui s'intende richiamare, è autorizzato a servirsi del diritto, a porre in essere il diritto legale ed il comando autoritario con esso coerente e, tuttavia, deve prestare ossequio ad altra “parte” del diritto - che di recente⁶⁷ s'è indicata richiamandosi alla *jurisdicō* - che limita la dominazione dell'autorità e, anzi, si configura come sottrazione alla dominazione stessa.

6. *Εὐλέγειν* e *βια*. Insufficienza delle spiegazioni correnti a rendere compatibile decisione e Stato di diritto.

6.1. Occorre ora soffermarsi sui tratti dei due elementi del problema.

La decisione (*Εὐλέγειν*) discrezionale dell'amministrazione pubblica, secondo le spiegazioni prevalenti nella dottrina internazionale, è caratterizzata dalla scelta dell'autorità intorno ad alternative lecite, ovvero alla volizione di un determinato assetto degli interessi intorno a quello individuato come pubblico; si tratta di decisioni solo molto limitatamente sindacabili. Nella sostanza, a fronte della sovranità dello Stato (o dell'autorità comunque denominata) e, quindi, della natura originaria ed inesauribile della sua capacità giuridica di diritto pubblico,

⁶⁵ B.Z. TAMANAH, *On the Rule of Law. History, Politics and Theory*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 2004, utilissimo per la ricostruzione delle idee - pur sostenendone una visione più limitata.

⁶⁶ Di nuovo, per una compiuta ricostruzione in lingua italiana, M. BARBERIS, *op. ult. cit.* e G. PALOMBELLA, *op. ult. cit.*

⁶⁷ G. PALOMBELLA, *op. ult. cit.*, sia pure con il limite dell'avvicinarla alle carte internazionali dei diritti e, quindi, di costruirne una positivizzazione.

l'ordine legale disciplina, limita, proceduralizza, assegna diritti e garantisce posizioni soggettive; tuttavia, ognqualvolta il diritto sia vago e non riducibile a certezza attraverso l'ermeneutica più sofisticata così come a fronte del fatto complesso oggetto di apprezzamento, sarà l'amministrazione - esercitando discrezionalità amministrativa - a definire la regola in concreto. A queste idee molto consolidate, sembra potersi aggiungere qualche elemento: anzitutto, l'interesse pubblico - necessariamente parte di ogni fattispecie che intesta l'amministrazione di potere unilaterale -, proprio per ragione dell'essere definito (in quanto "pubblico" e non "generale") dal soggetto pubblico che l'amministra, costituisce una riserva inesauribile di giudizi discrezionali in capo all'autorità; secondariamente, la necessità di ricostruire la fattispecie nella sua interezza - e, quindi, comprensiva delle regole procedurali d'esercizio del potere (non di rado rappresentate da principi) e di essere (sempre) composta anche di principi generali in potenziale tensione tra loro - se per un lato riduce le alternative lecite praticabili, per l'altro rende quasi ineliminabile la presenza di una (ancorché molto ridotta) pluralità di decisioni lecite (da un punto di vista legale, legittime).

La decisione discrezionale frutto di una scelta non governata da regole legali è, quindi, il modo di agire tipico dell'autorità; anche ammettendo che esistano atti vincolati, questi ultimi s'inseriscono in un ambiente largamente caratterizzato da decisioni discrezionali e la tipizzazione di atti facilmente ripetibili ed a bassa intensità di valutazione opinabile (che altri ritengono esser atti vincolati) appare piuttosto uno strumento di normalizzazione sociale potenzialmente pericoloso, perché diretto a modellare comportamenti e qualità attraverso la replicabilità di decisioni di potere standardizzate.

Dall'altro lato, l'idea di Stato di diritto - pur oggetto di spiegazioni cangianti nel tempo, molto articolate e soggette a discussioni - pretende che il potere amministrativo sia esercitato sulla base di comandi costituzionali e legali certi, contenuto nel loro ambito e suscettibile di revisione e sindacato. Si oppone il *vóuoç* all'arbitrio ed alla violenza (*βία*) e si vorrebbe che il diritto legale legittimi e disciplini l'atto dell'autorità.

Nella relazione tra i due termini del problema, è quasi unanime in dottrina (ed ancor più nella giurisprudenza non solo nazionale) l'idea che la decisione discrezionale debba rispettare i canoni dello Stato di diritto.

6.2. Sembra difficile non accorgersi del fatto che la convinzione diffusa e tradizionale nasconde, invece, la strutturale arbitrarietà della decisione amministrativa resa secondo legge e considerata legittima secondo il nostro ordinamento. *βία* è carattere della decisione amministrativa non meno del rispetto del *vóuoç*.

Non è troppo disagevole mostrarne le ragioni, passando brevemente in

rassegna le spiegazioni che si danno del problema, nel tentativo di riempire lo spazio di decisione arbitraria lasciato dalla legge.

Naturalmente, anche in quest'esercizio appare necessario ricorrere a sintesi e semplificazioni, stante la complessità dei temi che saranno accennati e la vastissima letteratura che li riguarda. Per ragioni di sintesi si ridurranno gli argomenti a sette, concentrando su di essi l'attenzione e rinunciando fin da ora a ripercorrere le vaste discussioni che si agitano intorno a ciascuno di essi e fin anche a dare riferimenti di letteratura (essendo così vasta da sconsigliare di scegliere tra diverse versioni del concetto ovvero tra differenti autori).

6.3. Anzitutto, con maggiore coerenza con le speranze che animano l'idea di Stato di diritto, s'ipotizza di superare la natura arbitraria (e, quindi, violenta) della decisione discrezionale attraverso l'ermeneutica. Si tratta di una soluzione molto seria e profondamente condotta e, tuttavia, non è questa la sede per una sua compiuta ricostruzione⁶⁸. V'è un dato significativo in questa spiegazione - che conviene annotare - giacché essa conduce con sé il superamento della sovranità dello Stato (o dell'autorità, quale ch'essa sia) - sia pure a favore di quella dell'ordinamento, con tutte le debolezze che quest'assunto conduce con sé, come da tempo mostrato da più parti.

Tuttavia, almeno a mio modo di vedere, essa non supera un'obiezione fondamentale: la scelta in capo a chi decide (o l'espressione di volontà in ordine al contenuto dell'interesse pubblico, se si preferisce) è esclusa dalla legge, a fronte della sua interpretazione più corretta, della ricostruzione più completa dell'ordinamento, della gestione adeguata delle clausole generali, dell'analogia e degli altri strumenti di coordinamento interni all'ordinamento, del disvelamento dei percorsi logici e della precomprensione, dell'uso adeguato del circolo ermeneutico e così via, ed allora non c'è alcuna discrezionalità e la risposta è inutile; ovvero, se anche a fronte dell'utilizzazione dei migliori strumenti ermeneutici e della più completa ricostruzione del fatto alla luce dei diversi saperi che lo riguardano, residuano più soluzioni lecite, questa spiegazione non fa che sostituire alla scelta dell'amministrazione non controllata dal diritto, quella del giudice - risolvendosi in un ancor minore grado di garanzia (come per certi versi mostra il dibattito nordamericano in argomento)⁶⁹.

6.4. La spiegazione più diffusa nella nostra letteratura nazionale è diretta a completare l'idea - ormai classica - della decisione discrezionale come volizione circa l'assetto degli interessi. In questa prospettiva, si cerca la risposta nella ponderazione degli interessi in relazione a quello pubblico, proponendone una sorta

⁶⁸ Basterà rinviare a S. FOIS, *op. ult. cit.*

⁶⁹ G. PALOMBELLA, *op. ult. cit.*

di misurazione e pesatura⁷⁰ - quasi fossero beni *quae pondere, numero, mensura consistunt* - ovvero attraverso la predeterminazione dell'interesse⁷¹. Anche in questo caso, si deve osservare che si tratta di teorie molto serie e profondamente argomentate, che qui non possono essere compiutamente discusse.

Tuttavia, a mio modo d'intendere, delle due l'una: o l'interesse pubblico è definito dalla legge e così il peso reciproco degli interessi - e non mi risulta che ciò avvenga con una qualche frequenza - ed allora non c'è decisione, ma solo applicazione, quasi algebrica; ovvero la ponderazione è attribuzione di significato al pubblico interesse (ed a quelli restanti che con esso si confrontano) da parte dell'unico soggetto deputato alla sua determinazione (l'autorità, appunto, pubblica): si tratta di un'operazione di integrazione della norma e completamento della fatispecie su basi del tutto extralegali, sicché l'amministrazione decide (con un atto di volontà) in cosa consista l'interesse pubblico e com'esso si compendi con altri interessi tutelati. In altri termini, sia la definizione dell'elemento ordinante (il pubblico interesse) che di quelli coordinati (i restanti interessi protetti dall'ordinamento), così come le loro relazioni reciproche è frutto di arbitrio, non disciplinato dall'ordinamento.

6.5. Muovendosi più dichiaratamente nella direzione dell'eterointegrazione dell'ordinamento, v'è chi ricorre ai principi come precipitato dei valori, ovvero direttamente ai valori intesi essi stessi come norma. Si tratta di un percorso che ho ritenuto di seguire in passato, convinto dei suoi profondissimi argomenti che in questa sede non serve ripercorrere.

Tuttavia, restando nel perimetro del problema della definizione del contenuto assente nella norma di legge, nell'ambito del quale si esercita discrezionalità (ovvero, spostandosi di piano, nella medesima relazione tra Costituzione e legge), il ricorso ai principi (intesi non come norma, ma sintesi di valori) o ai valori (intesi come norme, sia pure non giuridiche)⁷², non sembra risolutivo.

In alcune proposte, infatti, essi sono presentati come norme vaghe o clausole generali da interpretare, con il risultato di ricadere nella medesima obiezione mossa alle spiegazioni ermeneutiche. In altri casi, si opera il rinvio a regole extralegali.

In quest'ultima ipotesi - a prescindere dalla loro compatibilità con lo Stato di diritto, che appare molto problematica - si ritorna nell'obiezione già posta: o principi e valori consentono di fornire una sola soluzione valida, ed allora non

⁷⁰ Anche di recente, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

⁷¹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit.

⁷² L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1986, p. 5; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, ivi, p. 21; ID., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 97.

v'è decisione discrezionale - il che, peraltro, pare poco probabile, stante la natura elastica delle regole cui si fa ricorso - ovvero il bilanciamento tra valori (o principi) in conflitto tendenziale è oggetto di una scelta arbitraria dell'autorità (ovvero, se ritenuti regole giuridiche, del giudice).

Tutto ciò in disparte il ben noto problema della tendenziale “tirannia dei valori” - che tendono alla massimizzazione della loro applicazione a scapito di quelli antagonisti eppur protetti dall'ordinamento⁷³.

In questa prospettiva, pur con le dovute precisazioni, sembra potersi porre anche il cosiddetto neo-costituzionalismo⁷⁴ - che pure non si presenta come una teoria del potere discrezionale. Pur fondando la sua ricostruzione su alcuni principi (o valori) costituzionali e su un determinato atteggiamento interpretativo, questa spiegazione è poi costretta, per superare alcune delle obiezioni prima sinteticamente indicate, a creare un catalogo di principi o diritti fondanti, con operazione certamente seria - per quanto non esente da critiche⁷⁵ - dal punto di vista filosofico ma che, per il giurista positivo, si presenta come affermazione di priorità di regole con la stessa forza formale di altre cui viene assegnato un più ridotto significato. Peraltro, la creazione di cataloghi di regole, principi o valori “ontologicamente” necessari perché possa darsi un ordinamento, affermarsi la natura giuridica del diritto o simili è questione molto discussa nella letteratura nordamericana e ciò che è certo è che vi sia disaccordo sia in ordine al contenuto di queste regole, al loro elenco ed alla stessa loro necessità.

6.6. La principale spiegazione della libertà di decisione intrinseca nell'esercizio di potere discrezionale è data dalla legittimazione dell'autore della decisione. Questa spiegazione si distingue in due atteggiamenti principali, l'uno dato dall'attribuzione del potere in base alla legge, l'altra dalla legittimazione democratica dell'autorità - in passato, a questa spiegazione, possono essere assimilate quelle organicistiche tedesche ovvero quelle analoghe basate su altri criteri.

6.6.1. La prima delle due declinazioni cerca di presentarsi come coerente con i principi minimi dello Stato di diritto: la legge intesta l'organo del potere, sicché esso opera in osservanza della legge. Ovviamente, si tratta di una giustificazione minima, giacché si limita a spiegare l'intestazione del potere (o della capacità di agire) in capo all'organo, nell'ambito della più ampia capacità giuridica

⁷³ C. SCHMITT, *Die Tyrannie der Werte*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979 (poi in trad. it. Milano, Adelphi, 2008).

⁷⁴ Il neocostituzionalismo è un movimento complesso, che pone problemi definitori, sicché non v'è spazio per discuterne le diverse definizioni. Basterà il rinvio ad A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2003, 3, da p. 37, che esordisce esattamente osservando come «Il termine ‘neocostituzionalismo’ denota un’atmosfera culturale più che una concezione del diritto unitaria, coerente e ben strutturata».

⁷⁵ L. MENGONI, *op. ult. cit.*

dell'ente (e, quindi, fondandosi nella sovranità dell'autorità).

Alla luce di questa spiegazione, il risultato è che l'autorità indicata dalla legge, agendo al ricorrere dei presupposti della fattispecie legale ed attraverso procedimenti disciplinati dalla legge, adotta un provvedimento nominato dalla legge e tipico (nei termini in cui l'interesse pubblico sia identificato espressamente dalla legge - cioè, quasi mai). Fuori da questi limiti, tutto il plesso di determinazioni discrezionali che l'organo opererà nell'esercitare quel potere saranno volizioni non governate dalla legge (e non sindacabili). Non si fatica a cogliere la difficoltà nel conciliare questo quadro con l'aspirazione dello Stato di diritto.

6.6.2. Più articolata deve essere la discussione quanto alle opinioni che ricorrono - invece - al criterio della legittimazione democratica del potere.

Vi sono almeno tre profili che conta evidenziare in via preliminare: anzitutto, queste opinioni hanno - tra gli altri - il pregio di collocare correttamente il problema del potere pubblico in quello della sovranità popolare (e, tuttavia, lo risolvono nella semplice legittimazione dell'autorità attraverso il flusso dell'indirizzo politico); in secondo luogo, quest'approccio consente di porre in luce la dimensione della legalità-indirizzo⁷⁶, sicché non si tratterebbe di conseguire il mero agire degli organi amministrativi non in contrasto con la legge ma - nella prospettiva della legalità sostanziale - indirizzato al conseguimento di obiettivi che trovano riscontro nella legge (intesa come atto politico e non solo giuridico); infine, proprio per questa dimensione d'indirizzo e di coerenza con il mandato popolare, la legge disvela la sua necessaria connessione con valori, fini e principi costituzionali, che debbono guidare l'attività amministrativa non meno della singola disposizione di legge.

L'argomento che si va osservando deve essere colto nella sua molteplicità di sfaccettature (prescindendo per un momento dal mio profondo disaccordo in ordine alla rappresentazione della sovranità popolare).

6.6.2.1. L'idea della legittimazione democratica del potere, di per sé, non spiega nulla del nostro problema e si traduce nella mera costatazione di un fatto (in un regime democratico il potere si legittima su questa base). Al massimo, vi si trae un'aggettivazione (nel nostro caso, democratica) della spiegazione di base, per la quale la legge assegna competenza a provvedere ad un organo.

6.6.2.2. Per il tratto in cui questa spiegazione intenda dare rilievo agli interessi - collocandoli lungo una linea di maggiore o minore rilievo alla luce dei principi costituzionali o dell'indirizzo politico dell'elettorato - finirà per essere,

⁷⁶ Per il concetto e la sua coerente costruzione, per tutti, C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982.

alternativamente, null'altro che una declinazione del principio di non discriminazione e di correttezza dell'istruttoria (nell'ambito della quale tutti gli interessi debbono essere appresi), ovvero la fonte di illegittime discriminazioni (per la parte in cui si facciano prevalere gli interessi riuniti nel blocco - sociale, economico, etc. - degli elettori della maggioranza).

6.6.2.3. Per la parte in cui quest'idea intenda dare rilievo ai principi costituzionali, alle norme promozionali, agli obiettivi della Repubblica, ai diritti che richiedono attuazione legislativa ovvero intervento diretto dell'autorità, questa spiegazione si risolve in quella per la quale occorre assegnare il corretto significato alle norme. È, infatti, chiaro che la fattispecie puntuale della legge che assegna il potere all'organo non potrà mai essere letta senza il corredo delle norme procedurali d'esercizio del potere e, tantomeno, senza dare applicazione ai principi generali ed alle clausole costituzionali che riguardino la fattispecie. In questi termini, quindi, non ci si discosta dalla semplice affermazione per la quale le norme vanno interpretate correttamente.

6.6.2.4. Per certi versi, poi, la spiegazione che evoca la legittimazione democratica del potere in un regime costituzionale sembra alludere alla miglior decisione possibile, alla decisione "giusta" - essendo la giustizia valore immanente nella Costituzione vigente⁷⁷ ed in generale aspirazione del costituzionalismo moderno. In questi termini, tuttavia, si tratta di una spiegazione solo ottativa (in quanto alluda ad un concetto immanente e non definito di giustizia) ovvero pericolosa (giacché il prevalere della "giustizia" per come gradita alla maggioranza potrebbe comprimere diritti o derogare all'imparzialità).

6.6.2.5. Non è diversa la conclusione cui si deve approdare osservando il tema della legalità-indirizzo ovvero della legalità sostanziale. Per non condurre un'argomentazione eccessivamente lunga e complessa, basterà dire che la spiegazione si risolve nella necessità di dare un'interpretazione teleologica alle norme.

È chiaro che queste spiegazioni mostrano grande utilità, non solo in termini di progresso ma, soprattutto, riducendo le alternative valide tra le quali l'amministrazione può scegliere senza controllo legale; infatti, il rilievo degli obiettivi, degli indirizzi, dei risultati cui deve tendere l'azione in concreto finisce per escludere possibili interpretazioni del dato letterale delle norme che stridano con queste finalità. Tuttavia, non elimina affatto il permanere di un'ambito di scelta non regolato da norme.

6.6.2.6. È proprio in questo punto che le spiegazioni che si basano sulla legittimazione democratica si mostrano più problematiche (e pericolose).

⁷⁷ In questo senso, esplicitamente, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa, cit.*

Infatti, la tesi della legittimazione democratica del potere finisce per acquietarsi nella spiegazione della discrezionalità come valutazione politica - e come tale, incontrollabile e semmai solo sanzionabile attraverso il voto. Ove la legge (dettata da un organo democraticamente eletto, compiendo una scelta politica) disciplini interamente ogni dettaglio della fattispecie, l'atto sarà vincolato; fuori da quest'ipotesi la decisione circa l'interesse pubblico è di natura politica e sarà posta in essere dall'organo amministrativo parte di un ente (lo Stato, la Regione, il Comune) a base elettiva ovvero funzionalmente dipendente da un simile ente. Questa spiegazione soffre limiti evidenti: le competenze degli organi elettivi sono definite dalla legge ed è assicurata (sempre dalla legge) l'autonomia delle funzioni di amministrazione e tecniche; inoltre, svariati enti (si pensi anche solo alle autorità indipendenti) sono privi di collegamenti funzionali con organi elettivi.

Anche a voler ammettere ciò che è smentito dalle disposizioni in vigore, e cioè che l'indirizzo politico-elettorale fluisca sempre attraverso gli organi elettivi in tutti quelli che tali non sono e verso enti funzionali privi di base elettiva, resta che la scelta politica è - per definizione - altro dall'applicazione di norme e smentisce le attese dell'ideale dello Stato di diritto; inoltre, si presenta il rischio della "dittatura della maggioranza"; infatti, se il limite indicato è destinato a valere nella prospettiva della fisiologia del sistema e del pieno rispetto dei diritti individuali, questa prospettiva indicherebbe anche l'affermazione della volontà della maggioranza - anche nella prospettiva della conservazione dello status di maggioranza e, quindi, più che del "governo delle leggi" dell'abuso delle leggi in funzione del governo⁷⁸.

6.7. Poiché l'idea che sia la legittimazione politica - o democratica - a giustificare la scelta contenuta nella decisione discrezionale è assai diffusa e spesso accompagnata all'idea della discrezionalità dominante nella dottrina mondiale, occorre tenere conto di una sua declinazione ulteriore.

E' vero, infatti, che la consolidata dottrina tedesca della discrezionalità è fondamentalmente diretta ad identificare il concetto ed il regime della decisione discrezionale; in misura assai minore si pone il problema del fondamento della riserva all'amministrazione di un simile potere di scelta (sicché, peraltro, l'intera teoria mostra antinomie e difetti molto consistenti, dei quali la letteratura germanica pare farsi limitatamente carico, anche per il fatto di non tenere in gran conto la questione del fondamento di un simile potere). La ragione - a mio modo di vedere - è piuttosto semplice: l'autorità e la sua sovranità preesistono, sono il

⁷⁸ Ovvia l'allusione alle note tesi di C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, Leipzig - München, Duncker & Humblot, 1932, ora in parte in trad. it. in ID., *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1972.

dato di partenza, la realtà dell'ordinamento; rispetto ad essi la legalità opera per sottrazione, portando alla luce regole, procedure e limiti che condizionano l'esercizio del potere, altrimenti libero; ovvio, quindi, che tutto ciò che non sia disciplinato permane nello spazio della valutazione riservata al potere.

Questa prospettiva, tuttavia, nel Paese d'origine nasce segnata dalla prevalenza delle opinioni organiciste circa il fondamento dello Stato (e, quindi, dell'autorità in genere)⁷⁹ - come in alcune tradizioni (francese, prima, italiana e per suo mezzo spagnola e sudamericana - oltre all'influenza sulla dominante dottrina tedesca per breve tratto) è stata mitigata (e per altri profili, amplificata) dall'istituzionismo. Proprio per ragione dell'organicismo che la permea, la spiegazione consolidata nella tradizione tedesca si accompagna con l'idea che l'organo (e, più realisticamente, il funzionario) sia - o meglio, debba essere - interprete autentico del *Volksgeist*. Poiché si parte dall'assunto che «concepire il diritto subbiettivo come qualche cosa di originario che derivi da sé medesimo la sua autorità ed il suo valore, non è altro che scambiare il fatto col diritto»⁸⁰, si assume per converso la responsabilità di esercitare il potere (legislativo) che costituisce i diritti e quello (amministrativo) che li comprime interpretando lo spirito del popolo. Anche questa spiegazione - cui si ricorre raramente in modo esplicito, ma che regge quasi interamente l'enfasi circa la determinazione dell'interesse pubblico - non fa che confermare che l'amministrazione, esercitando il potere che l'abilità ad imporre determinazioni discrezionali, persegue fini ch'essa stessa determina nel momento in cui agisce - stante che l'interesse pubblico non è quasi mai definito dalla legge. Nella migliore delle versioni (e ciò vale anche per la definizione dell'interesse pubblico in concreto) essa non fa che evocare la più possibile corretta determinazione da parte dell'ente e, quindi, per esprimere un concetto ottativo; in quella degenerata, esprime la dittatura della maggioranza (il funzionario esprime lo spirito della maggioranza del popolo).

6.8. Assai più pragmaticamente, una parte consistente della riflessione relativa al potere discrezionale non si pone affatto il problema di spiegare come avvenga la determinazione discrezionale del potere. La assume come un male necessario, come l'espressione del compito dell'autorità, cui prestare deferenza.

⁷⁹ Sicché i diritti si compongano nell'unità organica dello Stato di diritto inteso come *Genossenschaft* (J.C. BLUNTSCHLI, *Lehre von modern Staat. Allgemeines Staatsrecht*, vol. I e II, 1885/1886, ora Aalen, 1965) ovvero attraverso la cittadinanza attiva o *Selbstverwaltung* (O. von GIERKE, *Das deutsche genossenschaftsrecht*, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1954) essi appaiono il riflesso dell'azione dell'autorità pubblica (E. GERBER, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco e Sui diritti pubblici*, entrambi nell'edizione italiana, Milano, Giuffrè, 1971) e, comunque, si compongono nella *Obrigkeit* statuale.

⁸⁰ G. JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Freiburg, Mohr, 1892, p. 11.

Ciò è esplicito nella letteratura britannica, ma anche la mancata problematizzazione della questione da parte di quelle tedesca e francese porta alla stessa conseguenza.

6.9. Tutti questi tentativi, quindi, almeno a mio modo di vedere, presentano elementi inutili (in quanto non fanno che dire diversamente ciò che è ovvio, oppure spiegare la decisione discrezionale con soluzioni che negano la discrezionalità, ovvero richiamarsi a norme - principi o regole che siano - che appaiono comunque applicabili); altri elementi sono solo ottativi (perché scambiano il miglior scenario possibile con quello reale, indicando come regola ciò che appare solo desiderabile); altri ancora sembrano assai pericolosi (perché se non applicati secondo i desideri di chi li propugna danno luogo a terribili degenerazioni); comunque, nessuno di essi pare spiegare in modo convincente le ragioni per le quali si può escludere che l'organo che agisce ponga in essere anche valutazioni non regolate dal diritto.

6.10. Ciò che, piuttosto, appare consolante è che, anche grazie all'importante e profondo sforzo di questi interpreti, il problema appare confinato. Infatti, l'autorità assumerà le sue decisioni sempre sotto l'influenza di principi (costituzionali e non) che la dirigono; la decisione non potrà mai contrastare con la legge ed essa, grazie agli approdi del costituzionalismo, potrà essere intesa in senso sostanziale; inoltre, non si potrà decidere in via autoritativa se non ad esito di un procedimento partecipato e regolato dal diritto; i fatti materiali che sono assunti per comprovare il ricorrere della fattispecie legale saranno almeno in parte verificabili, nel procedimento e nel processo; allo stesso modo, l'interpretazione delle disposizioni che vengono applicate sarà suscettibile di controllo razionale attraverso la giurisdizione; infine, chi assume decisioni discrezionali si muove in un ambito opinabile, nel perimetro del quale esprime non già (come vuole la tradizione) una volizione o una scelta, quanto piuttosto un giudizio⁸¹; esso, proprio in quanto giudizio, non può essere puro arbitrio, per quanto contenga un indiscutibile margine libero di decisione. Tuttavia, non sembra si possa fondatamente negare che questo giudizio contenga la definizione di una regola non prevista dalla legge e, siccome la decisione è destinata ad imporsi al suo destinatario in modo autoritativo, per questa porzione essa non è applicazione del diritto obiettivo ma violenza.

7. Sovranità e *vóμος*

7.1. Ciò che occorre riconoscere - almeno a mio modo di vedere - è che il

⁸¹ Per questa prospettiva, autorevolmente, L.H. HART, *Discretion, cit.*

problema radicale della decisione discrezionale è il suo fondamento nella spettanza della sovranità all'autorità. Impostando in questi termini il problema, si confida di cogliere il vero nodo problematico. Infatti, l'intera vicenda dello Stato moderno - e, poi, contemporaneo - è caratterizzata dalla progressiva giuridicizzazione della sovranità, del potere appartenente originariamente all'autorità. La questione, infatti, non è tanto quella di non riconoscere altri ordini o autorità o di poter deliberare lo stato di eccezione, ovvero quella di collocare la sovranità in un luogo fondante, confinante o derogatorio. La sovranità - ed il punto è chiaro nella dottrina tedesca classica, dalla quale le altre continentali derivano - è il fattore permanente, costitutivo e, quindi, ordinario dell'azione amministrativa; è la sua stessa capacità di agire. Essa potrà essere disciplinata o limitata (ovvero auto-limitarsi, nella concezione classica), ma permarrà nel nucleo centrale della scelta, della volizione, della decisione - appunto. Per poi promanare verso l'efficacia della decisione e la sua ridotta sindacabilità.

La questione è che essa non è limitatamente sindacabile per ragione di un privilegio riservato alla decisione amministrativa, quanto piuttosto perché tutto ciò che non è regolato dalla legge non è sindacabile secondo la legge.

Tutte le spiegazioni accennate sopra evitano di metter in discussione questo punto di partenza, e cercano di riempire ancor più lo spazio non disciplinato, nel quale il potere si muove in quanto tale, vale a dire come possibilità.

Ne deriva che avranno maggiore o minore successo nel loro tentativo, ma non potranno mai sgominare l'ambito che non riescono a stringere nella maglia delle norme (né, tantomeno, riusciranno a superare il problema - essenziale, invece - dato dal fatto che lo stesso soggetto che pone in essere le norme - lo Stato, ovvero, oggi, l'autorità sovrannazionale, regionale o indipendente - è poi chiamato - con un altro potere o esercitando una diversa funzione - a decidere la questione singola secondo le stesse disposizioni che ha posto in essere - e che ha il potere di mutare).

In questi termini, il problema può ricevere soluzioni diverse solo guardando con disincanto nel cuore della sovranità.

7.2. L'unico modo di guardarvi che avverte disponibile, è quello proprio del giurista positivo. In questa prospettiva - come già altre volte sostenuto - non si potrà che cogliere che l'art. 1 Costituzione riserva al popolo la sovranità. È pur vero che la disposizione appena evocata chiarisce ch'essa si esercita nelle forme stabilite dalla Costituzione. È, tuttavia, altrettanto innegabile che la Costituzione stessa contiene la smentita dell'idea che l'esercizio della sovranità popolare coincida con la legittimazione dei poteri dello Stato attraverso la rappresentanza. Quel che non pare facile negare è che l'art. 2 Costituzione "riconosce" i diritti

inviolabili. Il che val quanto dire che nell'esercizio del potere sovrano (costituente) il popolo legittima le istituzioni repubblicane (che, come tali, non coincidono con l'autorità pubblica) e, tuttavia, trattiene all'esterno di esse una porzione della sovranità (costituente), radicandola nei diritti inviolabili.

Ne derivano alcune conseguenze. Anzitutto, i diritti inviolabili sono riconosciuti come "diritti", come entità giuridiche - non, quindi, come valori o altro d'analogo. Questi diritti costituiscono un ordine extrastatale ed extralegale e, tuttavia, pienamente giuridico.

Poiché la sovranità è trasferita alle istituzioni repubblicane solo parzialmente ed in parte si trattiene, permanentemente, nell'ordine (giuridico) dei diritti inviolabili, non sembra arbitrario concludere che l'intero sistema dei poteri pubblici è funzionale alla massimizzazione del godimento di quei diritti della persona.

In ogni caso - ed è decisivo per il discorso relativo alla decisione discrezionale - l'interesse pubblico (altrimenti sostanzialmente inconoscibile perché determinato dallo stesso organo che deve decidere intorno ad esso) non è altro se non il perseguimento del risultato di massimizzare il godimento dei diritti personali inviolabili.

Poiché questi stessi diritti (che formano un ordine giuridico e si traggono permanentemente nella sovranità) sono entità giuridiche, la decisione in ordine all'interesse pubblico sarà regolata dal diritto; tuttavia, questo diritto vive in ambito extralegale e si impone all'autorità, non venendo creato da essa.

Il paradigma classico è interamente capovolto. La sovranità continua ad essere il contenuto della decisione discrezionale per la parte non regolata dalla legge; tuttavia, essa è entità pienamente giuridica e si impone all'autorità, invece di essere sua esclusiva spettanza.

7.3. Questa ricostruzione non rimuove tutti i problemi, naturalmente.

Vi si potrà obiettare che in quanto diritto (almeno in parte) non scritto esso è difficilmente conoscibile; si tratta di obiezione facile da superare, sia perché l'ordine non scritto ha base scritta (in Costituzione), sia - soprattutto - perché gli ordinamenti anglosassoni conoscono una situazione simile e soffrono assai meno del nostro dell'incertezza del diritto. Più ancora, vi si potrà obiettare che la Costituzione, nel dare atto di quest'ordine che si trattiene nella sovranità, non esplicita secondo quali regole si compongano le tensioni tra diritti tra loro potenzialmente antagonisti; a quest'obiezione si possono dare una serie di risposte (ad esempio: la regola di composizione è la persona umana, vale a dire colui cui spetta la sovranità, conseguendo così anche la risposta rispetto alla potenziale dittatura della maggioranza che affligge anche questa soluzione quand'essa dege-

neri). Tuttavia, occorre riconoscere che nel silenzio della Costituzione ogni criterio che si proponga è solo interpretativo e, come tale, controvertibile. Ancora: l'ordine giuridico in cui si trattiene la sovranità deve essere ricostruito ed interpretato, come ogni ordinamento, proponendo gli stessi difetti. Eppoi: esso funziona soprattutto per clausole generali⁸², con i problemi interpretativi che ne conseguono. Si potrà rispondere a tutte queste ultime obiezioni che si tratta di problemi che riguardano ogni ordine giuridico e, come tali, sono ineliminabili. Del resto, il breve discorso fatto sopra relativamente alla differenza tra il *Rule of Law* e lo Stato di diritto dimostra che è possibile fondare lo Stato senza assegnargli il monopolio della capacità giuridica di diritto pubblico e farne l'arbitro dei diritti.

Almeno a mio modo di vedere, tuttavia, vi sono due vantaggi della soluzione proposta che la rendono desiderabile. Anzitutto, essa spiega in modo (più) adeguato il diritto vigente - profilo di certo interesse per il giurista positivo. In secondo luogo, fornendo un contenuto giuridico all'interesse pubblico, spiega la sovranità come ordine giuridico e la sottrae al mondo dei fantasmi (come quello kelseniano della sovranità della legge) o della forza (com'è di ogni altra spiegazione corrente della sovranità).

La decisione smette di essere violenza solo se è diritto - nella specie, extralegale.

Occorre, infatti, riconoscere che fuori del controllo razionale del diritto esiste solo la forza del sovrano che impone la sua decisione. Occorre, ancora, riconoscere che nel momento che si pone al termine del procedere e prima dell'emanazione del provvedimento c'è una decisione che, nell'ambito e nei confini di ciò che è definito dalla legge, è pura volontà libera (e, perciò, arbitraria); ultimativamente, essa è violenza. È così per l'organo che adotta un provvedimento amministrativo; è così per il legislatore o il Governo che assumono decisioni con forza di legge; è così per il giudice. Se il potere è sottoposto alla legge, per la parte in cui la legge non prevede, esso è puro potere.

Nella prospettazione che si avanza, invece, la decisione si presenta come adempimento del dovere⁸³ di massimizzare il godimento dei diritti individuali; come tale, la decisione smette di essere volontà e diviene giuridica. Se ne ha che l'ordine giuridico (extralegale) s'impone al potere di fatto dell'autorità. Quel che rileva maggiormente è che quest'ordine non è creato dall'autorità, ma s'impone ad essa.

⁸² Per tutti, V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, Giuffrè, 2010, *passim*.

⁸³ Per questa prospettiva, M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo. Natura e caratteri*, in *Diritto amministrativo. Vol. 1: Parte sostanziale*, a cura di G. Carlotti, A. Clini, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, da p. 106.

MASSIMILIANO BELLAVISTA
Professore associato nell'Università di Siena
massimiliano.bellavista@unisi.it

DETERMINAZIONE, DECISIONE, PROCEDURA

DETERMINATION, DECISION, PROCEDURE

SINTESI

Ci sono parole che, meglio di altre, aiutano a far comprendere il significato di concetti giuridici. Con riguardo alle procedure amministrative, esse sono: determinazione e decisione. L'indagine sul loro significato è utile all'individuazione della struttura del procedimento. Il procedimento non è semplicemente il risultato di una costruzione giuridica oppure la disciplina, normativamente posta, del percorso che unisce il potere al provvedimento amministrativo. Esso è, invece, lo spazio giuridico ove interessi eterogenei si incontrano e si scontrano in vista di un risultato finale. Ma gli interessi non sono alcunché di astratto; essi rimandano a beni della vita (di natura pubblica o privata) i quali, a loro volta, rimandano a persone. Si è soliti studiare il procedimento nei suoi aspetti essenziali, ad esempio il contraddittorio e la decisione, ma spesso rimane in ombra (o si da per presupposto) il nesso che unisce il primo alla seconda ed il ruolo che ambedue reciprocamente (ossia l'uno verso l'altra e viceversa) ricoprono. Il contraddittorio è lo strumento giuridico che serve, certamente, alla tutela delle ragioni di chi porte nella procedura propri interessi. È esso, però, non è solo uno mezzo di difesa, ma è, anche mezzo di conoscenza; infatti nel rapporto di tesi ed antitesi l'amministrazione acquisisce il maggior numero di informazioni possibili utili e necessarie per la decisione. La decisione, a sua volta, non è il momento in cui la dinamica del procedimento si arresta; anch'essa ha la sua dinamica, rispetto per così dire alla trattazione, che è tesa alla formazione del regolamento di interessi che dispone la cura dell'interesse pubblico concreto e degli interessi particolari selezionati ed organizzati. Quindi, la decisione guarda al contraddittorio, ovvero alla trattazione, e si legittima in ragione della prima. Tale rapporto lo si esemplifica con l'uso della parola «determinazione»; la quale è l'insieme di più possibilità, «compossibilità», alle quali consegue la «realtà» della decisione. La determinazione è quindi quel percorso che porta «dalla possibilità all'effettività». In questo senso determinazione e decisione non sono monadi chiuse e distinte, ma si pongono come due cerchi concentrici, dei quali il primo ha il diametro maggiore. La determinazione, quindi, costituisce il contenuto delle procedure amministrative e ciò vale, pure, in caso di assenza di partecipazione delle parti interessate; atteso che la necessità della decisione sottostà alle stesse regole conoscitive.

ABSTRACT

There are words that, better than others, help to understand the meaning of legal concepts. Regarding administrative procedures, they are: determination and decision. The investigation of their meaning is useful in identifying the structure of the procedure. The procedure is not merely the result of a legal construction or the discipline of the path that unites the power with the administrative act. It is, instead, the legal space where heterogeneous interests come together and clash in view of a final outcome. But interests are nothing abstract; they refer to the goods of life (of a public or private nature) which, in turn, refer to people. The proceeding has usually been studied in its essential aspects, such as contradictory and decision-making, but it often remains in shadow (or presupposed) the link between the first to the second and the mutual role cover. The contradictory is the legal instrument which, of course, serves to protect the interests of those who are in the procedure of their own interests. It is, however, not merely a means of defense, but it is also a means of knowledge; In fact, in the dissertation and antithesis relationship, the administration acquires as much information as possible and necessary for the decision. The decision, in turn, is not the time when the dynamics of the procedure are stopped; It also has its own dynamic which is aimed at the formation of the rules of interest that cares for the concrete public interest and the special interests selected and organized. Hence, the decision looks at the contradiction and it is legitimized because of the former. This relationship is exemplified by the use of the word «determination»; Which is the set of multiple possibilities, «compossibility», which leads to the «reality» of the decision. Determination is then the path leading «from the possibility to the effectiveness». In this sense determination and decision are not monads closed and distinct, but they are placed as two concentric circles, the first of which has the largest diameter. Determination, therefore, constitutes the content of the administrative procedures, and this also applies in the absence of stakeholder participation; given that the necessity of the decision is subject to the same cognitive rules.

PAROLE CHIAVE: Procedura amministrativa, determinazione, decisione, compossibilità, contraddittorio.

KEYWORDS: Administrative Procedure, Determination, Decision, Compossibility, Contradictory, Law.

INDICE: 1. Premessa – 2. Oltrepassamento della metafisica – normativizzante del diritto amministrativo moderno – 3. La determinazione come compossibilità – 4. Il fatto in rapporto alla determinazione/decisione – 5. L'effettività nella determinazione/decisione – 6. Le parti in rapporto alla determinazione/decisione – 7. Contraddittorio e determinazione/decisione – 8. Conclusioni

1. Premessa

Quando si usa il lemma «determinazione» (non solo come sostantivo, ma anche come voce verbale) si rischia di incorrere in un caso di vaghezza significazionale; soprattutto, se si usa tale termine in un contesto come quello presente, ove si tratta del definire il significato autentico dello stesso nell'ambito delle procedure pubbliche.

Infatti, comunemente (e per rendersi conto di ciò è sufficiente volgere lo sguardo, anche solo in maniera superficiale, alla corrispondente voce in un qualsiasi dizionario etimologico o filosofico), lo s'intende in senso «puntualizzante» ovvero in senso privativo.

Il determinare, quindi, postulerebbe un rimando di senso a quell'attività finalizzata a fissare con precisione i termini di una questione o di un concetto; il tutto con il risultato che, al tempo stesso, alla specificazione conseguirebbe una negazione: l'evidenziazione di una particolare nota di un concetto, in definitiva, altro non è che la negazione di tutti gli oggetti dei quali esso, anteriormente alla determinazione stessa, poteva essere predicato.

Questo collegamento fra determinazione e negazione, in primo luogo, non chiarisce il ruolo che il corrispondente concetto potrebbe e dovrebbe assumere nell'ambito dello svelamento della posizione e del ruolo che una procedura amministrativa ha nell'ordinamento giuridico. Ma, in secondo luogo, esso rende confuso lo stesso rapporto fra determinazione e decisione, nell'ambito di un qualsiasi percorso decisionale pubblico.

Per essere maggiormente precisi, sotto questo secondo profilo, sembra sufficiente riflettere sul significato del lemma «decidere».

Esso deriva, com'è noto dal latino *«decidere»*, il quale è formato dal morfema *«de»* (che indica allontanamento) e dal lessema *«caedere»* (che significa tagliare).

Sicché, de-cidere altro non vorrebbe significare il tagliar via ovvero prima separare e poi scartare ciò che non serve. Che, poi, è ciò che ci sembra che avvenga, anche, in una qualsiasi decisione propria del margine giuridico; sia che essa attenga alla c.d. “costellazione” sostanziale oppure a quella giurisdizionale.

Non vi è chi non veda che tanto la determinazione quanto la decisione, nelle accezioni sopra date, avrebbero lo stesso collegamento con la negazione o, per meglio dire, gli stessi lemmi altro non avrebbero che una funzione privativa.

Se così fosse, però, i due lemmi dovrebbero essere intesi come sinonimi (come, difatti, li si trova qualificati in molti dizionari) ed allora non avrebbe senso

lo sforzo di distinguerli; per la ragione che essi avrebbero non solo stesso significato, ma addirittura indicherebbero la stessa attività nell'alveo di una procedura amministrativa.

A questo punto, non vi è chi non percepisca siffatta ricostruzione come non soddisfacente o, per meglio dire, troppo semplicistica. Si ha, invero, l'impressione, con la stessa, per così dire, di rimanere in superficie e, di conseguenza, di non riuscire a cogliere ciò che è essenziale; non solo con riguardo al significato *tout court* dei termini in questione, ma, rilievo maggiormente importante, se essi rappresentino oppure no dei concetti giuridici caratterizzanti il contenuto delle procedure amministrative.

Come sempre accade, in casi del genere, la soluzione o, meglio, la prova di falsificazione la si può cogliere tentando di ragionare in termini di “teoria generale”; ovvero cercando riferimenti in altri margini nel sapere e mutuando, da contesti eterogenei a quello dell’esperienza giuridica, schemi di pensiero che siano adattabili (al di fuori del loro ambito) al discorso giuridico.

Non si tratta in questo caso di “colorare filosoficamente” una particolare costruzione concettuale del diritto amministrativo, per renderla maggiormente accettabile, oppure di confondere l’ontologia con l’epistemologia, ma di verificare, in primo luogo, se il problema che ci si pone innanzi sia reale od apparente; e, nel caso che esso sia reale, trovarvi una situazione (non ricavabile con gli strumenti logici che ci fornisce la tradizionale elaborazione scientifica) che sia coerente con l’ordinamento giuridico.

2. Oltrepassamento della metafisica – normativizzante del diritto amministrativo moderno

Se c’è stato un tentativo, nel secolo scorso, che abbia, per certi versi, tentato di oltrepassare la c.d. tradizione fondata sulla c.d. «metafisica normativizzante», esso lo si ritrova certo nel movimento di pensiero esistenzialista¹.

¹ Ci si riferisce all’indirizzo che è stato da Martin Heidegger, a partire dalla celebre opera «Essere e tempo» (M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 1927). Non c’è opera di tale Autore che non sia tradotta e studiata, ma la sua diffusione rimane nell’ambito degli addetti ai lavori, nell’eterno contrasto fra epigoni ed accusatori; per cui in Italia il destino dell’opera del filosofo esistenzialista si gioca fra le sole letture che ci offrono, da un lato, i cultori del pensiero debole e, dall’altro, coloro che ne evidenziano solo i collegamenti (che ci furono) con il nazionalsocialismo (collegamenti che ebbe, pure, Carl Schmitt e forse in maniera più importante di Heidegger, ma che la dottrina giuspubblicistica ha, giustamente, tenuto in secondo piano rispetto all’importanza dell’opera). Così facendo, tuttavia, rimane sullo sfondo quando la sua opera abbia influenzato il pensiero di autori come Jacques Derrida e Michel Foucault, le cui opere offrono rilevanti spunti per l’interpretazione del diritto. D’altro canto, se nessuno dubita

Con grande approssimazione, si può affermare che tale corrente di pensiero, per legare «l'essere all'esistenza», ha dovuto negare la validità di ogni «metafisica normativizzante»; in altre parole, la liberazione dell'essere nelle sue possibilità implica il rifiuto della «violenza» della quale è portatrice ogni sistema oggettivo presupposto che indichi in maniera aprioristica ed indiscutibile «ciò che è giusto e ciò che è sbagliato».

A questo punto, si coglie in maniera evidente una precisa assonanza con lo sviluppo del diritto amministrativo moderno.

Esso, a partire da Gian Domenico Romagnosi, è stato pensato (in congedo dall'antica *Iurisditio*) come diritto differenziato funzionalizzato e servente lo stato; con la conseguente negazione dell'esistenza di ogni rapporto giuridico fra amministrazione e persona, sul piano del diritto sostanziale, senza l'intermediazione dell'atto amministrativo²; il quale, a sua volta, ricavava la sua validità non tanto dal «concreto amministrare», ma dal riferimento all'astratto contenuto della legge che, a sua volta, trovava legittimazione nell'astratta e temibile «sovranità dello stato»³. Il tutto con la conseguenza che la persona si trovava nella spiacevole situazione di essere dotata di un doppio *status*: «cittadino», nella giurisdizione e nella partecipazione politica; «suddito», nei confronti dell'amministrazione⁴.

In definitiva, il diritto amministrativo moderno è stato costruito attorno alla *metafisica normativizzante* della sovranità dello stato persona giuridica; la quale indicava a priori ciò che era giusto e ciò che era sbagliato attraverso *la connotazione astratta dell'interesse pubblico*.

Non è un caso, difatti, che l'Italia abbia avuto, per prima in Europa (ante-

che sia legittimo il ricorso che spesso la dottrina ha fatto nei confronti della filosofia analitica, per risolvere problemi attinenti alla conoscenza del diritto positivo; allo stesso tempo, risulta poco comprensibile la pretesa illegittimità del ricorso all'ermeneutica heideggeriana, per gli stessi scopi.

² Per attuare tale disegno, Romagnosi dovette eliminare ogni forma partecipativa all'attività amministrativa da parte dei cittadini. Le ragioni che presiedevano alla svalutazione del procedimento amministrativo sono indicate dall'Autore nel celebre e critico § 18 delle Istituzioni (poi diventate Principi) del 1814. Cfr. G.D. ROMAGNOSI, *Principj fondamentali di diritto amministrativo. Onde tesserne le istituzioni*^{3A ED.}, Prato, Stamperia Guasti, 1835, p. 17. Sul punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Il rito sostanziale amministrativo*, parte I, *Contenuto e struttura*, Padova, Cedam, 2012, p. 29 ss.

³ Sulla complessa fenomenologia della sovranità cfr. B. DE JOUVENEL, *De la Souveraineté*, Paris, Génin, 1955. Per un approccio antitetico, si veda H. KELSEN, *Das Problem des Souveränität und die Theorie des Völkerrecht. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920. Per un tentativo di lettura della sovranità in chiave decostruttiva, si veda per tutti G. BERTI, (*voce*) *Sovranità*, in *Enc. dir.*, Annali I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1067 ss.

⁴ Per delle considerazioni sul punto si permetta il rimando a M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in *Jus*, 1999, p. 763 ss.

riormente quindi alla Spagna ea all'Austria), una norma di principio sul procedimento amministrativo (ovvero l'art. 3 della L. 2248/1865 All. E) e che tale norma sia stata raramente applicata, sino cadere in oblio.

Di fatto, l'esistenza di una procedura pubblica, presupponeva l'evidenza sul piano giuridico da subito degli interessi in gioco (come avveniva nelle procedure giurisdizionali) e tale evidenza poneva in crisi tutto il sistema del diritto amministrativo moderno.

Sicché la dottrina, assecondata dalla giurisprudenza, conosceva la procedura amministrativa come modello eccezionale e residuale e non ordinario di amministrazione. Tanto è vero che, nella prima parte del secolo scorso, vi fu chi, come Mario Bracci, si oppose in maniera decisa e risoluta a qualsiasi forma di disciplina normativa del procedimento amministrativo⁵.

Anche chi, come Giovanni Miele ed Aldo Mazzini Sandulli, ebbe delle posizioni di apertura alla conoscenza del procedimento (anche in virtù degli sviluppi scientifici e normativi che sul tema si erano avuto in Austria), alla fine non riuscì mai ad andare oltre a concezioni formali delle procedure; le quali, pur raffinatissime, tenevano gli interessi delle persone al di sotto dell'evidenza giuridica⁶.

Dopo la rivoluzionaria teoria della funzione amministrativa di Feliciano Benvenuti⁷, la situazione cominciò a mutare⁸.

Nonostante ciò, immensi furono gli sforzi di autori come Giorgio Berti e Giorgio Pastori che a metà degli anni sessanta del secolo scorso (nel solco tracciato dal loro Maestro) si presero la briga di studiare la dinamica della formazione

⁵ Cfr. M. BRACCI, *Dell'atto complesso in diritto amministrativo*, Siena, Scuola Tip. Sordomuti, 1927, p. 34 ss. La ricostruzione dell'atto amministrativo, come manifestazione di volontà, prevalente in Italia ed in Germania nella prima metà del secolo scorso, peraltro mal si conciliava con la concezione di *procedimento amministrativo* (già affermatasi in Austria, grazie a Tezner e Merkl), I tentativi di combinazione, sebbene effettuati da importante dottrina, non sortirono effetti apprezzabili. Su di essi, si veda U. FORTI, *Atto e procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di Oreste Ranelletti*, vol. I, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani (Cedam), 1931, pp. 439 ss.

⁶ Cfr. G. MIELE, *Alcune osservazioni sulla nozione di procedimento amministrativo* (1933), in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1987, p. 119 ss.; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo* (1940), rist., Milano, Giuffrè, 1959.

⁷ Cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per via della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.; F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario* (1975), ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, Vita e Pensiero, 2006, p. 3223 ss.; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello* (1978), ora in *Ibid.* p. 3467 ss.,

⁸ Cfr. L. BENVENUTI, *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Torino, Giappichelli, 2011.

e della stabilizzazione degli interessi all'interno della procedura amministrativa⁹.

Lo sforzo, come si è detto, fu enorme (ma con risultati di tutto rilievo) e fu dovuto non solo dalla necessità di costruire una grammatica giuridica che oltrepassasse quella propria della pandettistica, ma soprattutto perché, forse non con piena consapevolezza, i due autori furono i primi ad avviare (prima ancora del loro maestro) l'irreversibile processo di decostruzione della metafisica normativizzante del diritto amministrativo moderno.

3. La determinazione come compossibilità

Se si libera il procedimento, ossia la procedura, da ogni qualsiasi metafisica normativizzante (ossia da ogni presupposto oggettivo) è allora possibile indagare su concetti quali sono la determinazione e la decisione.

La determinazione ha, in termini di teoria generale, in sé tutte le possibilità che sono proprie rispetto ad una certa attività, financo la sua stessa negazione: ad esempio, l'assenza di pensiero è possibile solo perché esiste la capacità di pensare ovvero solo perché l'uomo è «determinato al pensiero»¹⁰.

Quindi la determinazione non può assumere né concetto né come semplice lemma un valore privativo, semmai è vero il contrario. Essa rappresenta tutte le «compossibilità» che legano un soggetto ad un'attività, in astratto; perché, in concreto, la scelta soggettiva definisce, in un preciso luogo ed in un preciso momento storico (ossia qui ed ora), quale di esse attuare e quali no.

Non a caso nella lingua tedesca la parola determinazione è resa con il lemma *Bestimmung*, il quale indica il risultato di un'attività complessa di ordinazione e fissazione. È ovvio che siffatta attività si legittima in senso concreto sul presupposto della completa conoscenza di tutto ciò che è pertinente alla questione che è oggetto della determinazione.

La parola decisione, sempre in tale lingua, è resa (anche in senso giuridico),

⁹ La bibliografia dei due autori è vastissima, sul tema si richiamano a titolo esemplificativo G. BERTI, *La definitività negli atti amministrativi*, in *Arch. giur.*, 1965, pp. 80 ss.; ID., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA. VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 779 ss.; G. PASTORI, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, Milano, Neri Pozza, 1964, p. 95 ss.; ID., *Le trasformazioni del procedimento amministrativo*, in *Dir. e soc.*, 1996, p. 483 ss. Sulla stessa linea di pensiero si rimanda a U. ALLEGRETTI, *L'amministrazione dall'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, Giuffrè, 2009; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703 ss.; L.R. PERFETTI, *Funzione e compito nella teoria delle procedure amministrative. Metateoria su procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 53 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 309 ss.; M. BELLAVISTA, *Giusto processo come garanzia del giusto procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 596 ss.

¹⁰ Sul punto il riferimento è a M. HEIDEGGER, *L'abbandono*, trad. di A. Fabris, Genova, Il melangolo, 2006, p. 29.

invece, con tre termini: *Entscheid*, *Beschluss* ed *Erkenntnis*.

Mentre il primo richiama solo all'atto del decidere (in senso giuridico al decreto, alla sentenza ecc.), gli altri due, oltre a ciò, rimandano pure al momento conclusivo di un percorso di conoscenza e di giudizio ovvero ad un giudicare in forza di un'acquisita conoscenza.

La decisione, quindi, risulta essere il momento finale di un processo improntato alla conoscenza. Ma la conoscenza di che cosa? La risposta è intuitiva: la cognizione di tutte le possibilità, «compossibilità», concrete rispetto ad una certa attività ed in relazione alle persone che vi sono coinvolte.

Dal discorso che si va facendo, si può comprendere, ora, il legame che unisce la «decisione» alla «determinazione»: la seconda senza la prima sarebbe un agire che si perderebbe nell'eterno gioco dialettico delle «compossibilità». Poiché ciò né è ragionevole e né è ammissibile, la determinazione stessa prescrive che, una volta esaurita la carica dinamica delle compossibilità, si pervenga alla fissazione di una regola concreta, attraverso la selezione di quelle possibilità che devono costituirla e renderla effettiva. Questo suo momento finale è dato appunto con la decisione.

In tale senso, pertanto, si riesce a cogliere quel significato autentico della parola «decisione» che da inizio sfuggiva. Essa richiama certamente, nella sua derivazione dal latino, ad un tagliare (*caedere*) e ad un allontanare (*de*), tutto ciò, però, non alcuna funzione privativa, giacché con la decisione si opera una selezione che non elimina dalla determinazione quelle possibilità non risultate vincenti, ma le retrocede come elementi esterni e non pertinenti, ancorché rilevanti, per la regola concreta che scaturisce con la decisione.

Lo stesso schema di ragionamento vale per il nostro tema. La determinazione, qui, è legata all'attività che si svolge nella procedura amministrativa¹¹.

Tale attività vede come protagonisti non enti od organi, ma persone ossia parti¹²: parti interessate, ai sensi dell'art. 3 della legge del 1865, e parti pubbliche, come il responsabile del procedimento e/o del provvedimento. Ciascuna di esse, a seconda del ruolo che recita nell'agone procedurale, sceglie fra le possibilità della propria determinazione a tale attività concreta.

La determinazione, come compossibilità, postula l'esistenza di una persona concreta e di un fatto concreto. Il collegamento fra persona e fatto implica

¹¹ Per recenti esiti della teoria del provvedimento amministrativo che postulano la teoria della determinazione come compossibilità, si vada M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, vol. I, *Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012.

¹² Sul «primito della persona», titolare della sovranità, come fattore di decostruzione della legalità formale, si veda B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, p. 241 ss.

necessariamente un bene della vita ed un interesse a questo riferibile. Il lemma interesse è il risultato della composizione dei termini latini di *inter* ed *esse*, che letteralmente significa essere tra.

L'interesse è, dunque, l'atteggiamento che determina l'agire della persona nella procedura, ma questo agire è un «agire tra»; ossia esso è finalizzato a determinare il collegamento fra elementi diversi.

Questi elementi diversi sono il «bene della vita, dato dal fatto», ed il «potere amministrativo», che si attiva, «per via del fatto».

In questo senso, l'interesse è la forza che attrae il bene della vita verso il potere amministrativo e viceversa.

Feliciano Benvenuti ci ha insegnato che l'energia dell'ordinamento mette in movimento la trasformazione concreta del potere amministrativo; Giorgio Berti e Giorgio Pastori ci hanno insegnato che l'energia giuridica sprigionata dal fatto direziona la trasformazione concreta del potere amministrativo, in relazione ai beni della vita in gioco.

Tenuto conto ciò, si può affermare che la forza diviene propria dell'interesse solo quando lo stesso passa dallo stato pregiuridico a quello dell'evidenza giuridica; tale passaggio si ha solo quando vi è un fatto che causa l'avvio di una procedura amministrativa. Pertanto, è l'energia giuridica che nasce dal fatto (giuridicamente rilevabile) ad evidenziare il fatto sul piano giuridico e ad attribuirgli forza attrattiva.

La determinazione involge tutta la procedura sino all'epilogo e la decisione come suo momento ne condivide le caratteristiche. La qual cosa, come si è visto, conferisce un particolare significato al termine: selettivo delle compossibilità e non privativo rispetto alle possibilità non risultate vincenti. La rilevanza procedimentale della compossibilità, ossia di tutte le possibilità proprie del procedimento è confermata dal diritto positivo.

Infatti, l'art. 3 della l.n. 241/90 include, nella motivazione del provvedimento, tutti i presupposti di fatto (risultanti dall'istruttoria) che hanno determinato la decisione; di conseguenza, tutte le possibilità evidenziate nella procedura, pure quelle incompatibili con la regola concreta finale, sono rilevanti per la decisione. Ciò fa sì che la compossibilità impronta la tutta la determinazione, anche nel momento statico di ciò che è deciso. Per questo motivo, si può affermare che determinazione e decisione sono come due cerchi concentrici, dei quali il primo ha il diametro maggiore.

Infine, la determinazione e la decisione, come apertura al fatto, postulano il congedo da tutte quelle forme di «Violenza giuridica» che è tipica di ogni potere

esercitato in maniera unilaterale per effetto della c.d. «metafisica normativizzante».

4. Il fatto in rapporto alla determinazione/decisione

Se è vero che, in generale, la decisione (come parte della determinazione) è una delle modalità (se non la più importante) di apertura al fatto per il tramite di un giudizio, è altrettanto vero che il fatto né è una qualità del giudizio, né lo è della decisione stessa¹³.

Il fatto, come esistenziale, è esterno, quindi, tanto al giudizio quanto alla decisione, ma, per la sola circostanza di *esseri*, esso determina sia l'uno sia l'altro ovvero è la prima condizione di validità di ambedue. Ma, a questo punto, che cosa s'intende, o meglio si deve intendere, con il lemma fatto? Si deve comprendere nel suo significato un mero accadimento (o una pluralità di accadimenti) o qualcosa di più?

La risposta più semplice (e maggiormente tranquillizzante) potrebbe essere quella di riferire il fatto all'accadimento. Ancorché questo non sia attinente solo ad una cosa, ma anche a beni ed interessi (si è rilavata la forza attrattiva che esercita l'interesse con riguardo sia la bene della vita, sia al potere amministrativo), tale approccio sarebbe in ogni modo insufficiente, giacché lascerebbe fuori l'attore principale del margine giuridico, ossia la persona. La quale è presente, nelle costruzioni classiche del diritto amministrativo, come terminale dell'attività amministrativa (pur essendo fattore essenziale dello stesso), dotata di sola libertà passiva (di quella libertà che le permette solo di reagire di fronte all'esercitato potere pubblico e non di essere parte di esso)¹⁴.

La risposta meno semplice, ma ad avviso di chi scrive maggiormente vicina alla realtà, è quella che intuisce il fatto come comprendente anche la persona in sé e non solo l'accadimento.

Per rendersi conto di ciò, sembra utile volgere lo sguardo al significato del lemma in questione.

In questo, la lingua italiana non ci offre un valido aiuto a differenza di quella tedesca che non conosce il lemma «fatto» ma ne indica il concetto con una parola *Tatsache*, la quale è composta dai termini *Tat* e *Sache*.

Il primo o è una voce verbale di fare oppure è il sostantivo atto, ma inteso

¹³ Si riprende lo schema di ragionamento da M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, trad. da P. Chiodi, Milano, Longanesi, 1976, p. 360 ss.

¹⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994; A. PREDIERI, *Euro, poliarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998.

come risultato di un'azione ovvero di un fare; il secondo significa cosa. Pertanto, letteralmente la parola in questione potrebbe essere tradotta con la locuzione «cosa fatta».

Per ciò che qui interessa, essa getta un po' di luce sul contenuto del lemma fatto, ma ci tiene ancora lontano dal suo significato autentico.

Se si prende in considerazione la sola parola cosa, nella lingua tedesca essa può indicare una contesa, una causa, una questione in senso giuridico. Sicché, la combinazione dei lemmi *Tat* e *Sache* può indicare (in senso dinamico e non conclusivo) un fare in una contesa (giuridica); ma, affinché esista la contesa, è necessario l'apporto attivo di più parti e non di una sola.

Quindi, in questo particolare senso, il fatto esiste solo alla condizione della «possibilità di presenza» di tutti coloro che sono coinvolti in esso.

Si è detto del rapporto fra fatto, giudizio e decisione; se questo è condizione di validità dell'uno e dell'altra, allora significa che il fatto in sé disegna il contenuto della regola di un ordine possibile ovvero dell'ordine di formazione non di una semplice decisione, o della decisione in senso generale, ma di quella particolare decisione che ci sarà solo perché c'è il fatto.

Per mezzo di tale chiave di lettura ci si può rendere conto, ancora una volta, che l'atteggiamento classico formale, che afferma la fattispecie come passiva assunzione delle sole possibilità offerte dal contenuto formale della norma, impedisce la verace comprensione della decisione.

Allora, il contenuto autentico della decisione non è rinvenibile in un gioco di forme e contenuti normativi (almeno non solo di questo), ma lo è solo se la stessa è permeata dal fatto nella sua interezza ossia dalla «compossibilità» della determinazione e della decisione.

L'apertura al fatto, come caratteristica della determinazione/decisione, significa, prima di tutto (con riguardo alla persona – alle persone), il lasciar essere gli altri nelle proprie possibilità rispetto al momento decisivo della determinazione, cioè di quella particolare decisione. Su questa linea, la *possibilità di presenza* iniziale diviene *effettività della presenza*.

La qual cosa non significa la svalutazione della norma formale e del suo contenuto, ma indica lo svelamento di un momento essenziale nella produzione della norma individuale e concreta: quello della decisione, appunto, oltre l'interpretazione della norma generale ed astratta. Momento che è stato ingiustamente offuscato dall'eccessivo concettualismo che permeava il «tecnismo giuridico»¹⁵.

¹⁵ Lo stesso giusliberismo, nel ribellarsi alla *Begriffurisprudenz*, intese liberare il margine dell'esperienza giuridica dall'assoluto dominio del concetto, piuttosto che sminuire il ruolo del

5. L'effettività nella determinazione/decisione

Il passaggio dalla *possibilità* all'*effettività* della *presenza*, che determina il contenuto autentico della decisione è frutto di un'operazione complessa, il cui senso ed il cui tono sono già espressi nel contenuto delle parole stesse.

Conviene iniziare dal termine finale delle locuzioni (possibilità della p., effettività della p.) ossia dal lemma «*presenza*».

Tale parola deriva dal termine latino *praesèntem* ovvero dal participio presente del verbo *praesum*, il quale, a sua volta, è il composto di *prae* (innanzi) e *sum* (essere); perciò, il lemma in questione può essere inteso come un «essere innanzi a» o meglio come «d'essere innanzi a».

Ciò implica una questione centrale per la determinazione/decisione. Essa può essere espressa mediante la seguente domanda: chi è innanzi a chi ed a cosa? La risposta vale tanto sul versante delle parti interessate quanto della parte pubblica.

La persona che ricopre il ruolo di «parte interessata» (identificata dalla combinazione delle disposizioni contenute nell'art. 3 della l. 2248/1865 All. E e artt. 7 e 9 della l. 241/90) sta innanzi: (con riguardo al chi) alla persona che ricopre il ruolo di responsabile del procedimento e/o di responsabile del provvedimento; (con riguardo a cosa) all'esercizio del potere pubblico.

Questo essere innanzi a, già per il solo fatto di «esserci», rompe la struttura storicamente unitaria del potere (pubblico).

La persona, a sua volta, che ricopre il ruolo di responsabile del procedimento e/o di responsabile del provvedimento (identificati dagli artt. 4 e 5 della l. 241/90) sta innanzi: (con riguardo a chi) alla persona che ricopre il ruolo di parte interessata; (con riguardo a cosa) all'esercizio di un potere diverso da quello di cui egli è, precisamente, responsabile.

Da ciò che si va dicendo, risulta chiaro che la presenza non può essere un mero stare innanzi passivo, ma è l'essere innanzi attivo; in questa accezione, la presenza richiama l'esercizio di un potere.

D'altro canto lo stesso termine che colora la posizione di partenza dell'essere innanzi a, ovvero il lemma *possibilità*, ne dà conto. Difatti, la parola *possibilità* può indicare l'evento che può essere o può accadere (e tale significato non

diritto obiettivo. Sul punto si veda L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio di diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 346 ss. Sulla questione della relatività dei concetti giuridici, si rinvia alle brevi osservazioni di W. CESARINI SFORZA, *Sulla relatività dei concetti giuridici* (1940), ora in AA. VV., *La polemica sui concetti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 153 ss.

ci sarebbe di alcun ausilio, per il discorso che si sta facendo) oppure può voler dire qualcos'altro.

Anche in questo caso, è di interesse il significato non immediato e non attuale della parola. Il lemma deriva dalla voce latina dotta *possibilēm* che, a sua volta, è composta dal termine *posse* (potere) e dal suffisso *bilem* (capacità di). Quindi la possibilità è, in senso autentico, la capacità di esercitare un potere; ma c'è possibilità solo se si è nella condizione di essere innanzi a.

Tale capacità, tuttavia, non può rimanere allo stato potenziale, ma deve essere portata a compimento, altrimenti non si sarebbe nella condizione «dell'essere innanzi a» (attivo), ma si verserebbe in quella di un mero «stare innanzi a» (passivo). Il suo compimento è nel passaggio all'effettività della presenza; atteso che con il termine effettività si deve intendere la produzione di un effetto, tenuto conto dell'origine stessa della parola che deriva dal termine latino *effectus* (particípio passato del verbo *efficere*).

Tale effetto è l'introduzione ed evidenziazione, nella procedura, di tutte le possibilità che la persona ritiene utili per la cura del suo interesse ad un bene della vita; in questa accezione l'effetto della presenza nella procedura è la costituzione della compossibilità della determinazione.

Il passaggio, dunque, fra possibilità ed effettività è il «compimento della presenza» per la determinazione/decisione.

6. Le parti in rapporto alla determinazione/decisione

Il compimento della presenza è la produzione di un effetto, ma in cosa consiste questo effetto in relazione alla determinazione ed alla decisione?

Innanzi tutto, è necessario differenziare le posizioni; giacché l'esserci della persona come parte interessata implica possibilità di compimento diverse dall'esserci della persona che ricopre il ruolo di responsabile in una procedura amministrativa.

I tratti differenziali fra le due posizioni sono delineati dal tipo di interesse che è proprio dell'una o dell'altra.

La persona che è parte interessata ha, in relazione alla determinazione/decisione, un interesse proprio rispetto ad una bene della vita che gli è prossimo (in forza di un titolo esistente oppure per un titolo da acquisire).

La qual cosa implica che ella ha la piena disponibilità, quindi libertà, nella capacità di esercitare quel potere pertinente a quella particolare decisione.

Tale disponibilità, ovvero libertà, può consistere, persino nella sua rinuncia; visto che la fatticità della cura nell'esserci è rimessa alla totale libertà di scelta

della persona¹⁶.

Ciò significa che la persona, dal punto di vista strategico, può decidere di essere parte nella procedura amministrativa (e difendersi da subito per ottenere qualcosa – in un procedimento avviato su domanda di parte – oppure per evitare che l'amministrazione ottenga qualcosa da lui – in un procedimento avviato d'ufficio) oppure di rinunciarvi (abdicando a sua volta ad una propria pretesa oppure lasciando decidere l'amministrazione, per poi cercare tutela in via giurisdizionale).

Per la persona, invece, che ricopre il ruolo di responsabile nella procedura amministrativa il discorso è diverso.

Questa non ha un interesse proprio, con riguardo all'oggetto procedimento, ma ha il compito di pervenire ad un regolamento di interessi per la cura dell'interesse pubblico concreto che è frutto della decisione amministrativa.

In questo senso, il responsabile, spogliato da ogni interesse proprio per l'oggetto della decisione, ha un interesse propriamente conoscitivo, cioè finalizzato allo scopo pratico di fissare l'oggetto della decisione una volta per tutte¹⁷.

Così, il compimento della presenza della parte interessata (oltre i profili di tutela di quest'ultima), integra l'attività conoscitiva dell'amministrazione, poiché fornisce informazioni che altrimenti il responsabile, nella sua attività istruttoria, non sarebbe in grado di acquisire¹⁸.

Per vero, tale senso e tono del compimento della presenza sul versante della parte interessata sono già stati evidenziati nel *Saggio sul diritto giurisprudenziale* Luigi Lombardi Vallauri.

La norma concreta (giurisprudenziale), frutto di una decisione, diretta a regolare una particolare fattispecie è tendenzialmente *plurideterminata*; ossia essa è formulata da un solo autore (nelle procedure ove vi è rinuncia ad agire della parte interessata) oppure la stessa è formulata da più autori che possono essere concordi oppure discordi¹⁹.

Su questa linea, ogni compimento della presenza (soprattutto delle parti interessate) produce un'*opinione giurisprudenziale*, la cui autorità deriva dalla norma

¹⁶ Sui momenti della cura per la struttura dell'esserci, si fa riferimento allo schema di ragionamento contenuto in M. HEIDEGGER, *Esere e tempo*, cit., p. 273 ss. e 445 ss.

¹⁷ Per lo schema di ragionamento sul punto si rinvia ad E. HUSSERL, *Esperienza e giudizio*, trad. da F. Costa e L. Samonà, Milano, Bompiani, 1995, p. 475.

¹⁸ Sulla necessità dell'apporto informativo, per così, dire, dal basso, ha insistito in maniera particolare il c.d. «individualismo metodologico»; a titolo esemplificativo si veda F.A. v. HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, trad. da A. Cimino, Bologna, Il Mulino, 1988. Per l'analisi di tale corrente di pensiero, si veda per tutti C. LOTTIERI, *Il pensiero libertario contemporaneo*, Macerata, Liberi Libri, 2001.

¹⁹ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *op. cit.*, p. 466.

di produzione. Nel *dialogo competitivo* fra le varie opinioni giurisprudenziali, di conseguenza, si forma la norma concreta (giurisprudenziale).

7. Contraddittorio e determinazione/decisione

Tuttavia, se il compimento della presenza si limitasse al profilo appena descritto, per quanto rilevante esso sia, si ridurrebbe a ben poca cosa; e pure il dialogo, finalizzato ad arricchire la conoscenza dell'amministrazione, alla fine sarebbe ben poco competitivo.

L'aspetto o meglio il momento risolutamente rilevante per il compimento della presenza, dalla possibilità all'effettività, è dato dallo stabilimento dello strumento idoneo alla tutela della persona.

Ciò che veramente conta (e che risulta chiaro dall'evidenziato rapporto condizionante fra fatto e determinazione/decisione) è l'azione ossia la centralità della stessa²⁰; intesa questa come l'agire che permea tutta la formazione della decisione e non semplicemente il suo momento genetico.

La determinazione, in quest'ottica, si connota a formazione progressiva, la qual cosa vuol significare che tutti i momenti dell'attività, dall'avvio all'epilogo costituiscono formazione della stessa determinazione e, di conseguenza, del contenuto della norma concreta ovvero giurisprudenziale risultante dalla decisione.

Affinché la determinazione sia verace, ovvero condizionata dal fatto (con tutto ciò che ne consegue, come si è visto), è necessario che essa sia «metodologicamente giurisprudenziale» ovvero sia fondata sul «contraddittorio» fra le opposte tesi²¹.

Perché ci sia vero e non apparente contraddittorio è necessario che la norma di produzione definisca una forma idonea per la decisione anch'essa condizionata dal fatto (nel contenuto che si è evidenziato).

Questa la si può appellare come si vuole (procedura, rito ecc.), ma resta il fatto che la sua sostanza sia quella del «giudizio»; vale a dire di quel sistema fondato esclusivamente sul contraddittorio.

Nel tirare le fila del discorso, si può, ora, sottolineare che il compimento della presenza per la determinazione/decisione, con metodo giurisprudenziale, comporta le seguenti implicazioni.

In primo luogo, risulta chiaro il collegamento condizionante fra diritti della persona e determinazione: il potere amministrativo c'è quando la tutela di tali

²⁰ ID., *op. cit.*, p. 516 ss.

²¹ ID., *op. cit.*, p. 551.

diritti può essere attuata solamente attraverso l'attività amministrativa; tanto è vero che l'interesse pubblico (anche nelle procedure avviate d'ufficio) esiste per dare un regolamento di interessi allorché le persone da sole non sono in grado di produrlo.

In secondo luogo, la circostanza che la forma della determinazione sia il rito, o per meglio dire il giudizio, aggrava in maniera irreversibile la crisi del tradizionale concetto di discrezionalità, storicamente legato all'esercizio unilaterale dell'attività amministrativa ed alla metafisica normativizzante quale suo presupposto.

8. Conclusioni

L'ambito della tutela dei diritti (inteso questo termine in senso lato, comprendente, pure, gli interessi) della persona è di per sé complesso, vuoi perché i diritti sono spesso in contrasto fra di loro²², vuoi per la ragione che essi, in gran parte dei casi, godono di una tutela formale piuttosto che sostanziale.

In questo ultimo senso, la c.d. «legalità formale» è stata, storicamente, usata come una sorta di cartina tornasole volta garantire la specialità ed il privilegio dell'amministrazione anziché i diritti della persona.

Con l'avvento della visione proceduralista del diritto amministrativo (anche grazie all'entrata in vigore della l. 241/90), si è pensato all'avverarsi del definitivo congedo della legalità formale, ma così non è stato.

Difatti, a quella sua forma, un po' ingenua, fondata sul rispetto formale della legge, si è sostituita una ulteriore molto più insidiosa, cioè la c.d. «legalità formale procedimentale».

Questa gioca la sua battaglia su tavoli diversi: sullo spostamento della decisione su piani ulteriori da quello ordinario; sull'uso distorto delle procedure.

Sotto il primo profilo, si pensi ad esempio al c.d. diritto amministrativo globale, la procedura è sì fondata sul contraddittorio, ma l'accesso alla stessa è limitato ad un ristretto numero di soggetti; cosicché la decisione, pur avendo effetti su persone loro malgrado escluse dal contraddittorio, neppure è pienamente giustiziabile in sede giurisdizionale.

Sotto il secondo profilo, la procedura amministrativa non è usata per ciò per cui è stata predisposta, ma per altri fini, ad esempio preparare le difese dell'amministrazione nel processo giurisdizionale.

Sicché si è in presenza di un apparente uso, o meglio non uso, del potere

²² L.R. PERFETTI, *Cibo: quando i diritti sono in conflitto*, in *Agg. soc.*, 2015, p. 550 ss.

amministrativo, con la conseguenza che la procedura non è giudizio e che la decisione non è veracemente tale.

In via riflessa, siffatta mala amministrazione incide in senso negativo, pure, sull'attività giurisdizionale.

Quale rimedio a tale stato di cose?

La rinuncia alla processualizzazione dell'attività amministrativa (ossia al giudizio sostanziale ovvero alla formazione giurisprudenziale della decisione), come da molti caldeggiato, non porterebbe molto lontano.

Infatti, di fronte all'esercizio del potere amministrativo, la tutela di una qualsiasi situazione giuridica soggettiva, sul piano sostanziale, è possibile solo tramite il giudizio (altri sistemi o sono inefficaci *tout court* oppure sono inutilmente autoritari²³).

Il rito o giudizio sostanziale, a discapito dei suoi detrattori, non incide negativamente sull'attività giurisdizionale (poiché esso è rivolto al futuro – cioè a costituire un regolamento che compone i conflitti fra interessi e fra diritti – mentre la giurisdizione guarda al passato ossia alla patologia in via rimediale) ed è l'unico strumento giuridico esistente per la tutela dei diritti della persona. Si può, in realtà, ben dire che il «diritto alla giusta procedura» è un diritto fondamentale della persona, strumentale alla tutela di tutti gli altri diritti²⁴.

L'antidoto all'insidia data dalla legalità formale procedurale è «la legittimità sostanziale dell'agire amministrativo».

Se per legittimità si intende la condizione di validità esterna al sistema, allora si può correttamente sostenere che se la decisione non è vera apertura al fatto (nel senso sopra descritto), ovvero se il suo risultato non è autentica norma giurisprudenziale concreta, tutta l'attività amministrativa è invalida.

Su questa linea, si deve segnalare, però, l'insufficienza delle attuali figure sintomatiche dell'eccesso di potere. Di conseguenza, il nostro ordinamento ha l'urgenza di conoscere, come avviene per quello inglese, il vizio invalidante per non uso od apparente uso del potere amministrativo.

²³ ID., *op. cit.*, p. 551 ss.

²⁴ In senso contrario, si veda G.D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 746 ss.

PIERPAOLO FORTE

Professore ordinario abilitato di diritto amministrativo, in servizio come professore associato di diritto amministrativo presso l'Università degli studi del Sannio di Benevento, Dipartimento

DEMM

pierpaolo.forte@unisannio.it

ENZIMI PERSONALISTI NEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

PERSONALISTIC ENZYMES IN ADMINISTRATIVE LAW

SINTESI

Il lavoro indaga sugli effetti del «principio personalista» costituzionale nel diritto amministrativo, osservando anzitutto la parabola personalista del provvedimento amministrativo, che da decisione imperativa, autoritativa, sembra sempre più assumere la struttura di atto giuridico unilaterale, ed i mutamenti nel trattamento dell'interesse pubblico, che è concepito inevitabilmente in termini collettivi e perciò a primo acchito impersonali, ma deve essere trattato, perché lo è, come destinato ad essere personale, proprio di individui al pari di ogni altro interesse, e ne trae argomenti per discutere l'abitudine a definire la decisione amministrativa, in forma di atto giuridico, una faccenda di *potere*.

Anche sul piano organizzativo, lo studio rileva i numerosi indizi di mutamento della responsabilità amministrativa in funzione della doverosità di una relazione più personale, di un'attenzione ai singoli casi, che fa emergere meglio non solo il reale assetto di interessi su cui intervenire, ma soprattutto i bisogni in gioco, compreso quello pubblico; esamina le evoluzioni in tema di selezione e preposizione dei dirigenti pubblici, e la crescente attenzione alle loro qualità personali, e considera il rilievo del «buon andamento» come affidabilità, mediante il ruolo giuridico del risultato nell'amministrazione pubblica, osservando la moltiplicazione degli strumenti volti a fornire affidabilità all'azione amministrativa.

Il lavoro prova poi a proporre gli argomenti che consentono di ritenere il provvedimento amministrativo come decisione ragionevole e, dunque, personalista, scorgendovi una «ragionevolezza in senso personale», in cui l'elemento personale diviene dirimente per la validità delle decisioni amministrative.

Infine, i dati rilevati consentono la definizione di qualche implicazione per la democrazia matura, nella quale l'utilizzo esteso del principio personalista costituisce limiti e fa sorgere responsabilità; la dialettica interpersonale che si instaura in vista di una decisione amministrativa, ed il regime giuridico assunto dall'atto che la esprime, possono costituire una delle «forme» con cui si esercita la sovranità popolare.

ABSTRACT

The paper investigates the effects of the «personalist» constitutional principle in Administrative Law, observing first and foremost the *personalistic* parable of the Administrative Measure, which, intended in the past as an imperative, authoritative decision, increasingly appears to assume the structure of an unilateral legal act, and the changes in the treatment of Public Interest, which is inevitably conceived in collective and therefore, at first, impersonal terms, but must be treated, because it is that, as personal, as individual like any other interest; and draws arguments to discuss the habit to define the Administrative Decision, as a legal act, a matter of *Power*.

Also on the organizational level, the study identifies many clues of change in Administrative Responsibility, as a result of the need for a more personal relationship, with a focus on individual cases, which better illustrates not only the actual set of interests, but especially the needs involved, including the public one; it examines evolutions on the selection and preposition of public managers, and the increasing attention to their personal qualities, and considers the importance of «good performance» as accountability through the legal role of the results in public administration.

The paper then tries to propose arguments that allow to consider the Administrative Measure as a reasonable and thus personal decision, recognizing a «reasonableness in a personal sense», in which the personal element becomes diriment for the validity of administrative decisions.

Lastly, the data obtained allow the definition of some implications for mature Democracy, in which the extensive use of the personalist principle constitutes limits and induces responsibilities; the interpersonal dialectic that arises in view of an administrative decision, and the legal regime assumed by the act expressing it, can constitute one of the «forms» with which popular sovereignty is exercised.

PAROLE CHIAVE: Pubblica amministrazione - provvedimento amministrativo - diritti e libertà della persona

KEYWORDS: Public Administration - administrative measure - rights and freedoms relating to personality

INDICE: 1. Premessa – 2. Decisione imperativa, autoritativa, atto giuridico unilaterale: la parabola personalista del provvedimento amministrativo – 3. La questione della terza persona e la personalità dell’interesse pubblico – 4. Il provvedimento amministrativo è “atto di potere”? – 5. Uffici, organi, risultato: l’importanza di essere uno e non l’altro – 5.1. La lunga stagione dell’oggettivizzazione e l’amministrazione-macchina – 5.2. Una questione di responsabilità personale – 5.3. La rilevanza delle qualità dei decisorii – 5.4. Il «buon andamento» come affidabilità – 6. Il provvedimento amministrativo come decisione ragionevole e dunque, personalista – 7. Qualche implicazione per la democrazia matura

1. Premessa

L'uomo conosce quello che potremmo chiamare il fenomeno amministrativo da epoche immemorabili, poiché, in breve, dovunque c'è gruppo umano organizzato, si può dire, emerge il governo, e dove c'è governo sorge la necessità della politica e dell'amministrazione¹; ma è solo in epoca moderna, da quando s'è preso a trattare anche la politica come fenomeno suscettibile di trattamento giuridico, e dunque ha avviato il suo percorso l'ambiziosa idea del costituzionalismo, che è emersa la possibilità, ed anzi la necessità, di percepire l'amministrazione pubblica anche in termini giuridici², sia sul fronte, a dir così, della struttura dell'offerta, cioè della disciplina dell'organizzazione e del comportamento amministrativo, sia su quello, sempre a dir così, della domanda, vale a dire dei sistemi di tutela delle situazioni soggettive, ovvero della protezione di chi si trova a contatto con il vigore e gli effetti delle decisioni amministrative³. Come sempre in diritto, tuttavia, il fenomeno non è da questo integralmente costituito, perché parte di esso sta prima del giuridico, nella dimensione umana, nelle relazioni sociali, nelle menti e negli animi delle persone, nei loro comportamenti e nelle loro volontà, negli interessi, nei desideri e nei sentimenti, nelle credenze e nelle opinioni; sarebbe perciò paradossale trattare il fenomeno amministrativo pubblico come se non afferisse a persone, alle loro relazioni, ai loro bisogni, ai loro caratteri.

Ora, è ben noto che la Costituzione italiana riserva un posto centrale al tema della «persona», principalmente con l'art. 2, ma in realtà pervadendone l'intero testo, tanto che, è stato detto, quello «personalista» non è *un principio*, ma *il principio*, «ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale»⁴; e per quanto questa posizione così tanto sostanziale rischi, come

¹ L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo* Roma-Bari, Laterza, 2004, spec. p. 71.

² A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1 ss.; G. ROSSI, *I principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. pp. 17 ss.; M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, ora in *Quaderni fiorentini*, 1973, p. 179.

³ Sulla connessione tra Stato di diritto e costituzionalismo, tra altri, cfr. L. CARLASSARE, *Sovranità popolare e Stato di diritto*, in *Valori e principi del Regime repubblicano*, a cura di S. LABRIOLA, Roma-Bari, Laterza, I, 2006, pp. 163 ss.; la collocazione della nascita e del consolidamento della giustizia amministrativa entro l'evoluzione del concetto di Stato di diritto in Italia è ben rilevata da L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma- Bari, Laterza, 2001, pp. 311 ss..

⁴ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue protezioni*, in *Federalismi.it*, 17/2013, p. 1, ora in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, a cura di A. RUGGERI, Torino, Giappichelli, 2016, 1, pp. 2083 ss.; in termini simili, A. VEDASCHI, *Il principio personalista*, in *Principî costituzionali*, a cura di L. MEZZETTI, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 274 ss.; V. BALDINI, *Sussidiarietà e valore personalista*

e forse più di ogni principio fondamentale⁵, di affliggere il principio personalista con un eccesso di capacità valoriale, ciò non toglie che esso sussista e, come si vedrà, anche in confronto all'amministrazione pubblica, come per tanti altri ambiti delle relazioni umane⁶, abbia prodotto effetti rilevanti.

Ed è proprio su questo aspetto che si proverà ad indagare, sia pure con rapide osservazioni, cui va anteposto un *caveat*. I dati che verranno analizzati, infatti, indicano una probabile direzione di marcia del sistema, ma non sono i soli a determinarla, ed anzi sono spesso accompagnati da spinte diverse o addirittura opposte, e convivono elementi precedenti con quelli sorgenti⁷; è tipico infatti di ogni processo di *emersione*, anche in relazione all'efficacia di un principio, che esso conosca attriti, ostacoli, avversità, proprio come in ogni altro fenomeno di selezione, ed abbia perciò bisogno di tempi lunghi e lotte

nello Stato costituzionale di diritto, in *Sussidiarietà e diritti*, a cura di V. BALDINI, Napoli, Satura, 2007, pp. 57 ss..

⁵ L'eccedenza di valore assiologico, la «efficacia potenziata», la «superlegalità costituzionale» dei principi fondamentali, rispetto al contenuto normale delle norme giuridiche, sono loro caratteri teorici noti e studiati da tempo: Cfr., tra tanti altri, E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, spec. pp. 152 ss.; C. MORTATI, *Costituzione dello Stato*, II, *La costituzione italiana*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 214 ss.; P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in ID., *Assaggi di metaetica due*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 81 ss.; P. RESCIGNO, *Appunti sulle «clausole generali»*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, pp. 1 ss..

⁶ A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni* cit., *passim*, individua ed illustra cinque ambiti nei quali il principio ha dispiegato maggiori effetti; a sua volta, G. PINO, *Giudizi di valore e doctrine civilistiche. Il caso dei diritti della personalità*, in *Diritti & questioni pubbliche*, 2002, pp. 133 s., propone il seguente catalogo dei «diritti della personalità» prodotto dalla «*Law in action*»: «il diritto alla vita e all'integrità fisica, le problematiche attinenti a suicidio eutanasia e aborto, la sterilizzazione e la fecondazione assistita, il diritto alla salute, la tutela dell'ambiente, la tutela del consumatore, dell'utente di servizi radiotelevisivi, degli infermi di mente, il diritto morale di autore, il diritto al nome, allo pseudonimo, all'immagine, alla reputazione, all'identità personale, all'identità sessuale, alla riservatezza, il diritto all'oblio, il diritto allo sfruttamento economico della propria notorietà, nonché i più svariati diritti di libertà (diritto alla libertà personale, sessuale, religiosa, alla libera manifestazione del pensiero, alla libertà di esplicazione di attività nel campo economico e privato, alla costituzione e alla partecipazione alle formazioni sociali). Il diritto alla salute, inteso come diritto all'integrità psico-fisica (e quindi al risarcimento del danno biologico), ha poi dato adito alla elaborazione dottrinale e/o giurisprudenziale di ulteriori figure, la cui autonoma configurabilità è peraltro altamente controversa (si discute in particolare della loro autonomia rispetto al danno biologico), tra le quali si possono indicare: il danno da emozioni, il danno psichico, il danno esistenziale, il danno edonistico, il danno da «mobbing». Sulla mobilità di questo materiale, per tutti, si veda A. D'ALOIA, *Introduzione. I diritti come immagini in movimento: tra norma e cultura costituzionale*, in *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, a cura di A. D'ALOIA, Milano, Giuffrè, 2003.

⁷ Lo rileva con la consueta chiarezza S. CASSESE, *Le prospettive*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, Il Mulino, 2009, p. 516: «Quasi nessuno degli aspetti del potere pubblico è immune da un processo di stratificazione, nel quale organi, procedure, stili nuovi si affiancano ad organi, procedure, stili antichi».

travaglate, mobilitate, solo all'esito, se sufficientemente solido, prevale. È ciò che accade per ogni innovazione importante e duratura⁸.

2. Decisione imperativa, autoritativa, atto giuridico unilaterale: la parabola personalista del provvedimento amministrativo

Una delle caratteristiche strutturali di ogni amministrazione, e dunque anche di quella pubblica, sta nel fatto che nel condurla si prendono decisioni, con la qualità aggiuntiva che, assai più che in altri ambiti relazionali, queste sono spesso definite in termini necessariamente unilaterali⁹. Gli aggettivi con cui, storicamente, si è qualificata la decisione con questa qualità sono assai emblematici, e riflettono l'epoca storica, la forma di stato, la percezione pubblica del rapporto tra i poteri e le persone, e così via¹⁰.

In epoca moderna, infatti, il provvedimento amministrativo in quanto decisione è stato definito, per spiegarne la qualità, dapprima *imperativo*¹¹, poi

⁸ Secondo M. FERRARIS, *Mobilitazione totale*, Roma-Bari, Laterza, 2015, 435 ss., «d'accordo con l'ipotesi dell'emersione, la realtà sociale non è qualcosa che gli attori sociali decidono di forgiare, ma piuttosto qualcosa che si *evolve* in base ad una dinamica autonoma e finisce per forgiare gli attori sociali. La realtà sociale non è qualcosa che gli attori sociali creano o modificano mettendosi intorno ad un tavolo: quando gli attori sociali si siedono intorno ad un tavolo, la società sta già facendo il suo lavoro da tempo [...] Si tratta di fenomeni che avvengono su scale temporali molto ampie e seguono processi troppo lunghi perché riusciamo ad afferrarne lo sviluppo – pressappoco per gli stessi motivi di scala per cui nell'esperienza ordinaria non riusciamo a cogliere la sfericità della terra». Molto prima, F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, 425 s., parlava «di una conseguenza inevitabile della civiltà, perché da un lato, man mano che il mondo progredisce, diventano più numerosi i rapporti e pertanto i conflitti; dall'altra, quanto più si complica la vita, tanto più gli uomini hanno bisogno di sapersi regolare, il che vuol dire di comporre i conflitti con comandi generali e anticipati».

⁹ Di recente, si veda al riguardo M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012.

¹⁰ Il sostantivo *provvedimento*, che ben indica la collocazione di questo tipo di decisione nel quadro di quelle pubbliche, è utilizzato in verità anche per atti che decisioni non sono, in virtù della possibilità tecnica di usarne alcuni elementi del regime giuridico pure dove non vi è opzione, scelta; noi qui, tuttavia, lo esamineremo nel suo profilo decisionale, che nell'amministrazione pubblica moderna coincide col suo carattere discrezionale, come «giudizio di volontà o, più esattamente, scelta», come rilevato da M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, p. 267.

¹¹ Anche il senso comune, infatti, deve ammettere la grande difficoltà di reagire ad un atto ritenuto *imperativo*, a meno di essere, a propria volta, *Imperator*; fuor di metafora, la quantità di eminenza, di forza implicata da una decisione siffatta è difficilmente alla portata di chiunque si trovi a subirne gli effetti, ed infatti per secoli sono rimasti rari e poco efficaci gli strumenti disarmati di contrasto a disposizione di persone comuni come anche di soggetti rilevanti: postulazioni, suppliche, petizioni, istanze ossequiose e del tutto subordinate, e poco altro. Ancora agli inizi del XX secolo, O. RANELLETTI, *Principii di diritto amministrativo. I. Introduzione e nozioni fondamentali*, Napoli, Pierro, 1912, p. 274, assumeva che l'amministrazione fosse «dibera attività dello Stato per i suoi fini, la quale può esplicarsi per la sua stessa posizione e funzione

*autoritativo*¹², e solo di recente queste impegnative qualificazioni sono state sottoposte a severe revisioni in ambito scientifico, che hanno dimostrato come questi aggettivi, pur decrescenti nel loro significato dominante, mal si adattano all'ambiente costituzionale oggi vigente in Italia e in molte altre parti del mondo¹³.

nella vita dello Stato, quindi per potere proprio, in virtù della sua propria forza non in virtù della legge, quindi senza bisogno di trovare fondamento in una norma di diritto». Ma anche Weber, nelle sue classificazioni del potere, individuava l'autorità come «potere di comando ed dovere di obbedienza»: M. WEBER, *Economia e società*, trad. it. Milano, Edizioni di Comunità, 1995, IV, 45. Questa idea dell'autorità ricalca quella descritta, agli albori dell'epoca moderna, da Hobbes, che la definiva «*comando*»: «il consiglio è un precezzo in cui la ragione dell'obbedienza deriva dalla cosa stessa che viene consigliata; il comando invece è un precezzo in cui la causa dell'obbedienza è la volontà di chi comanda. Infatti è improprio dire 'io comando', se non quando la volontà si sostituisce alla ragione»: così T. HOBBES, *De cive*, in Id., *Opere politiche di Tommaso Hobbes*, Torino, Utet, 1960, p. 214. Si veda, a riassunto, L. MANNORI E B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. X: «se a lungo, con il concetto di atto amministrativo, si è inteso semplicemente l'atto soggettivamente amministrativo, l'atto – autoritativo o consensuale – comunque riferibile al soggetto amministrazione, ora (secondo Ottocento), invece, si stringe una rigida equivalenza tra l'attuazione degli scopi dello Stato e le forme imperative di attività». Qui, per brevità, non si considera Il fenomeno della «giustizia nell'amministrazione», molto complesso e variegato a causa delle numerose, e diverse, impostazioni storicamente seguite dai vari ordinamenti degli Stati preunitari: giusto per qualche indicazione degli studi al riguardo, si vedano, oltre allo studio sul celebre discorso che Silvio Spaventa pronunciò a Bergamo il 6 maggio 1880 di M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1975, pp. 719 e ss., A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2010, spec. pp. 7 ss.; AA. VV., *Atti del Convegno celebrativo del 150. anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983; P. AIMO, *Le origini della giustizia amministrativa: consigli di prefettura e Consiglio di stato nell'Italia napoleonica*, Milano, Giuffrè, 1990; S. SAMBATARO, *L'abolizione del contenzioso nel sistema di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1977; C. SCHUPFER, *I precedenti storici del diritto amministrativo vigente in Italia*, in *Trattato Orlando*, Milano, Società editrice libraria, 1930, I, pp.1089 ss.; F. CAMMEO, *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa*, Milano, Vallardi, 1911.

¹² L'autoritatività, se comparata all'imperatività, è condizione che sembra ben indicare al contempo la origine pregiuridica dei provvedimenti amministrativi, tutta rimessa ad una forza intrattabile, ed anche la nuova dimensione assunta con la livrea giuridica, che, necessariamente, richiede sia una soggezione al diritto, che la possibilità di garanzie e rimedi, anche giudiziari, in grado di tollerare l'intervento del diritto e di una sentenza sopra decisioni percepite come giuridiche ma particolari; D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA), *Annuario 2011. L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 298 s., pur riferendosi all'ambiente dottrinario tedesco, assume che: «la funzione di queste speciali qualità riconosciute all'atto non è dunque mai stata, nell'elaborazione dottrinale, di «armare» il potere – che già è tale di fatto – dotandolo di strumenti e privilegi ulteriori rispetto a quelli naturalmente suoi propri. Al contrario, il fine è sempre stato quello di disinnescare per quanto possibile i rischi di arbitrio insiti nella condizione di *Gewalt* propria del potere esecutivo, traducendolo in forme giuridiche per esso vincolanti le condizioni del suo esercizio, ma registrandone al tempo stesso la (inevitabile) natura fattuale di potere».

¹³ Si vedano, ad esempio, B. G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000; ID., *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «riletta» dalla corte costituzionale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2004, pp. 969 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, Giuffrè, 1984, part. pp. 233 s.; D. SORACE, *Promemoria per una*

Queste percezioni della decisione amministrativa derivanti dalla sua origine pregiuridica e, come si vedrà, afferente alla dimensione di un potere premoderno, hanno connotato, tuttavia, la dimensione giuridica del provvedimento, che ne è tuttora condizionata; basterà porre mente (ma è tutt'altro che l'unica riprova) al trattamento tutto peculiare dell'invalidità giuridica della decisione amministrativa, a lungo assai diverso da quello comune¹⁴, usato cioè per atti e rapporti dalla più antica collocazione nell'ambito giuridico, tanto da meritarsi non solo un giudice dedicato, non appartenente all'ordine giudiziario comune¹⁵, ma persino una denominazione a se stante,

nuova voce «atto amministrativo», in AA.VV., *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 758; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 191 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *L'astratta e inseconda idea. Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (A proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in AA.VV., *La necessaria discontinuità. Immagini del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1990, pp. 11 ss.. Più di recente, si è rilevato come «il dibattito intorno all'autoritatività» sconta «una certa mancanza di chiarezza», per l'associazione «ad un certo regime giuridico e l'estensione di questo regime a qualunque atto proveniente dall'autorità»: così F. TRIMARCHI BANFI, *La p.a. «nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»*, relazione al Convegno A.I.P.D.A. *L'atto autoritativo: convergenze e divergenze tra ordinamenti*, Bari, 31 settembre-1° ottobre 2011, p. 2 del dattiloscritto; a sua volta, parla di «dubbia pregnanza giuridica» del termine G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 485

¹⁴ Cfr. A. PIRAS, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 599: «Non esiste alcuna ricostruzione compiuta del tema della validità (e invalidità) degli atti amministrativi, una sola costruzione, intorno alla quale si sia formato il generale consenso. In realtà non vi è neppure alcun indirizzo prevalente, una tendenza seguita dalla maggioranza della dottrina o dalla dottrina più autorevole; ma si vedano anche, più recentemente, F. MIGLIARESE, *Incompetenza (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Roma, Treccani, Ed. Enc. it., 1990, p. 1; S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2002, pp. 27 ss.; M. TRIMARCHI, *Dalla pluralità dei vizi di legittimità alla pluralità delle tecniche di sindacato*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 926 ss..

¹⁵ Il tema è tutt'altro che recente: si vedano, ad esempio, da ultimo, G. PIPERATA, A. SANDULLI (a cura di), *Le garanzie delle giurisdizioni. Indipendenza e imparzialità dei giudici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a tradizione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 1, pp. 47 ss.; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, spec. pp. 282 ss.; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2010; A. TRAVI, *Il Consiglio di Stato fra legislazione ed amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, pp. 510 ss.; M. RAMAJOLI, *Giusto processo e giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, pp. 100 ss.; G.D. COMPORTI, *Il giudice amministrativo tra storia e cultura: la lezione di Pier Giorgio Ponticelli*, *iv*, 2014, 3, pp. 746 ss.; I. PAGNI, *La giurisdizione amministrativa tra effettività ed efficienza*, *iv*, 2016, pp. 401 ss.; più remotamente, A. CERRI, *Indipendenza, imparzialità e nomina politica: problemi e dubbi irrisolti*, in *Giur. cost.*, 1976, pp. 175 s.; L. PACCIONE, *Sulla nomina governativa dei consiglieri di Stato*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1994, pp. 1095 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, spec. pp. 18 s.; U. ALLEGRETTI, *Introduzione*, in AA. VV., *Le riforme crispine*, Milano, Isap, 1990, 37; E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, XXII, p. 17, allorché sottolinea la sostituzione della «della tecnica civilistica del rapporto» con quella «del sindacato di legittimità, del controllo giurisdizionale del potere, proprio del giudice amministrativo».

riservata solo a quella specie di invalidità, ancora oggi definita correntemente (ma imprecisamente, e non più dalla legislazione recente) *illegittimità*¹⁶.

Si può insomma dire che la decisione autoritativa, pur non più imperativa¹⁷, non è comune, ha pur sempre un che di superiore, merita un riguardo non riservato ad altre, e difendersene civilmente, oltre che concorrere a definirla al meglio, è indubbiamente meno ostico rispetto a quella imperativa, ma ne discende.

È questo il sostrato incontrato da quello che definiamo il principio personalista, costruito intorno al nucleo della dignità personale recato, con linguaggio ispirato, dall'art. 2 della Carta costituzionale italiana del 1948 la quale, come tutte quelle innovative e proiettate al futuro, ha richiesto tempo per dispiegarsi efficacemente, soprattutto per far emergere le parti più lungimiranti e sovversive rispetto all'epoca dell'emancipazione¹⁸, in una dinamica che, come ripeteremo spesso, è tuttora in azione.

A tacer d'altro (ed è tanto), per le decisioni amministrative il principio personalistico è in grado di mettere progressivamente in crisi proprio la qualificazione autoritativa, poiché, sempre in breve, la dignità della persona copre anche i suoi interessi, i quali non possono essere relegati al margine, senza

¹⁶M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, II, p. 299 sosteneva che per il diritto amministrativo «in materia di invalidità le teorizzazioni generali costituiscono una via metodologicamente sbagliata». S. CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 16 s., lo spiega così: «da specialità del diritto amministrativo è stata a lungo funzionale, nel passato, alla supremazia dell'amministrazione, intesa come apparato esecutivo del governo; più tardi, al fine di assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico e la sua preminenza rispetto ai privati. Ora la specialità del diritto amministrativo serve principalmente a tutelare le posizioni e le situazioni giuridiche soggettive dei privati nei confronti dei soggetti pubblici che, per le loro funzioni, sono dotati di poteri non comuni, nei confronti dei quali va assicurata una tutela speciale».

¹⁷ Ma con molte cautele, se ancora nel 1950, nel quadro di una poderosa ricostruzione teorica del provvedimento, Massimo Severo Giannini insegnava che «nei provvedimenti l'imperatività si presenta con il massimo della sua forza» (M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 419), ma «non è l'inverarsi mistico di arcane dominazioni che si racchiudono nel nome di Stato; è solo una qualifica che diamo a certi atti della pubblica autorità» (ID., *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, p. 531). M. Protto, *Il rapporto amministrativo* cit., 96, nota come «la concezione gianniniana del provvedimento che individua in questo il «momento di autorità» [...] ha sublimato il rapporto tra amministrazione e privato nell'ambito delle garanzie che circondano il provvedimento, oscurandone la rilevanza giuridica». Ancora oggi, in effetti, la dottrina esita nella qualificazione degli atti amministrativi ablatori, del fondamento di quelle capacità in una supposta permanenza dell'imperatività: solo ad es. si vedano V. CERULLI IRELLI, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. proc. amm.* 1986, spec. p. 413; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna, Mondadori, 2005, p. 812; si discuterà - brevemente - di questa soluzione e della sua giuridicità *infra*.

¹⁸Da ultimo, G. SILVESTRI, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza costituzionale italiana: bilanciamenti, conflitti e integrazioni delle tutele*, in *Principi costituzionali*, a cura di L. VENTURA, A. MORELLI, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 53 ss..

una ragione comprensibile e riconoscibilmente fondata, che non può ritrovarsi nel mero confronto con un interesse qual è quello pubblico, che è importante, ma non al punto da spazzar via tutto il resto apoditticamente¹⁹.

Si può allora rilevare un percorso²⁰, tuttora in atto, che sembra orientato a ricondurre le decisioni amministrative ad un rango giuridico assai più ordinario, quello diffuso tra i privati della necessità del consenso altrui o, quando necessario, quello privilegiato ma circoscritto, e riportato ad una fenomenologia giuridica meno drastica e più comune di quanto non siano le condizioni dell'imperatività e dell'autoratività, costituito dalla unilateralità²¹.

Anche le decisioni amministrative, cioè, per trovare effetto devono cercare e raggiungere accordi con gli altri attori della fattispecie, e quando questo non è possibile o non è consigliabile, possono essere strutturate in una dimensione unilaterale, produrre cioè le modificazioni volute senza consenso altrui²², ma, sempre più, entro le medesime condizioni ed i limiti che, nei secoli, hanno disciplinato lo statuto giuridico di questo particolare tipo di decisioni²³.

¹⁹Tra molti altri, cfr. F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Studi in onore di G. Abbamonte*, Napoli, Jovene, vol. II, 1999, spec. pp. 1261 ss. Si vedano anche le considerazioni di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 246: «Quanto più, per effetto della definitiva (e sempre più diffusamente estesa) affermazione del sistema democratico, tutti gli uomini attraverso il voto (possono contare, e anzi) contano, tanto più tutti, o quasi, i loro interessi e bisogni (e comunque un numero assai elevato di essi) assumono dignità (di esistenza) giuridica e – ‘penetrando’, a dir così, la coltre delle istituzioni – danno luogo alla complessità della società contemporanea».

²⁰B. G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 12 ss..

²¹Anche qui, tra tanti, si vedano, solo ad esempio, F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, pp. 49 ss.; R. CARANTA, *La tutela dell'interessato nel diritto amministrativo paritario di Feliciano Benvenuti*, in *Ritorno al diritto*, 2008, pp. 49 ss.; S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, pp. 1015 ss.; P. FORTE, *Appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 177 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, spec. pp. 674 e ss.; A. MOTTO, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. pp. 6 ss..

²²M. CLARICH, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Jovene, Napoli, 2006, p. 319, sottolinea l'impossibilità di definire autoritativo tutto ciò che è unilaterale, che non abbisogna del consenso del destinatario.

²³V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 217 ss., propone diversi esempi in relazione all'art. 1, co. 1-bis, della L. n. 241/1990 in cui la decisione amministrativa può essere assunta senza problemi in termini consensuali o unilaterali. Si noti, per inciso, che anche per i provvedimenti amministrativi si è modificato il linguaggio normativo dell'invalidità, riportata ai fenomeni tipici in teoria generale della annullabilità e della nullità propri di ogni atto giuridico con l'art. 21-*actus* della L. n. 241/1990; per tutti, si veda G. CORSO, *Validità*, voce in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 91 ss.

In un recente studio sull'atto autoritativo, si è notato che, ad un certo punto della storia, «da definizione dell'atto autoritativo *include un elemento nuovo*: è autoritativo l'atto che pone precetti che sono *necessariamente* unilaterali [...] l'espressione atto autoritativo designa l'atto che pone precetti i quali richiedono l'unilateralità per raggiungere il loro scopo»; vi sono poi atti «che sono necessariamente unilaterali perché la *consensualità del precetto è tecnicamente impossibile o impraticabile*»²⁴. Se così fosse, varrebbe notare che ogni atto unilaterale è tale *necessariamente*, ovvero si riferisce ad una decisione che non può essere assunta e strutturata diversamente, ed allora l'autoritatività sarebbe null'altro che il sinonimo specialistico e gergale del sintagma generale *unilateralità*.

Non sono pochi i casi in cui l'atto umano è giuridicamente disciplinato in termini unilaterali, in regime di capacità speciale²⁵; ma occorre notare che l'unilaterale come fenomeno giuridico non attiene solo alla qualità decisionale, perché il fatto che uno decide per tutti si ricollega, fisiologicamente, ad una serie di conseguenze strutturali, ad una meccanica che lo fa funzionare.

Un atto giuridico unilaterale ha per necessità un regime suo proprio di efficacia e, quindi, di revisionabilità, deve «funzionare» per sua forza sino quando non intervenga qualcuno abilitato a rimuoverlo, sia costui lo stesso decisore o altro legittimato, come il giudice, ma in nessun caso arbitrariamente²⁶.

Dunque non v'è alcuna «specialità» autoritativa nella particolare efficacia della decisione in forma di provvedimento amministrativo, che, in termini anankastici²⁷, produce effetti anche se non voluto da altri, se inopportuno o persino se invalido, sino alla revoca, all'annullamento, alla proclamazione della

²⁴ F. Trimarchi Banfi, *La p.a. «nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente»*, relaz. cit., pp. 4, 5, 11; i corsivi riportati nel testo sono originali.

²⁵ Pur partendo dall'autoritatività del provvedimento, avevano intuito questa comune caratteristica delle decisioni unilaterali, indipendentemente dalla natura – pubblica o privata - del decisore, S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971 p. 213 s.; M. S. GIANNINI, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 1014.

²⁶ Sul fatto che i «poteri di scelta dell'amministrazione [...] non si differenziano, quanto agli effetti giuridici, dagli atti dei soggetti privati» cfr. D. Sorace, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»* cit., p. 759.

²⁷ Traendolo dal mito di Ananke (la dea olimpica antesignana della *Necessitas* del Pantheon latino) già usato da Platone nella *Repubblica* (616b- 617d) e nel *Timeo* (33b-37a), il termine fu coniato da G. H. VON WRIGHT, *Norm and action*, London, 1963: «A statement to the effect that something is (or is not) a necessary condition of something else I shall call an anankastic statement. A (type of) sentence the normal use of which is for making an anankastic statement, I shall call an anankastic sentence. A sentence which is used for making an anankastic statement can also be said to express an anankastic proposition» (*ibidem*, 10).

nullità, così come qualsiasi altro atto unilaterale²⁸: si pensi alle misure genitoriali, a quelle tutorie in generale, a quelle aziendali di tipo gerarchico, a votazioni, sentenze e interventi coattivi del giudice o degli ausiliari giudiziari, agli atti del curatore fallimentare, alle promesse al pubblico, alle obbligazioni naturali, e così via.

Né, come si è capito da tempo, costituisce particolare condizione dell'atto la supposta «inoppugnabilità» del provvedimento dopo la scadenza del termine per portarlo al vaglio del giudice amministrativo, non solo per le altre, diverse forme di tutela ormai utilizzabili anche oltre tale termine²⁹, sia soprattutto perché si tratta dell'utilizzo delle «normali» vicende connesse al tempo riconducibili, in teoria generale, ai fenomeni della decadenza e della prescrizione, cui sono soggetti anche tante altre circostanze in cui v'è decisione, anche unilaterale³⁰.

Infine, non costituiscono ragioni di particolare eccezione nemmeno le recenti previsioni di invalidità non annullabile³¹, non solo per la riferibilità di alcuni di tali casi all'oggetto teorico che chiamiamo irregolarità³², facilmente

²⁸ Anzi, secondo V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Diritto pubblico*, 2011, p. 82, la cd. «presunzione di legittimità» del provvedimento sarebbe un «*idolum*», poiché «ogni atto giuridico, invero, si presume legittimo ed è efficace sinché non viene annullato!».

²⁹ Sulla questione della «full jurisdiction», cfr., fra altri, A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, Cedam, 2000; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 546 ss.; L. MAZZAROLLI, *Ancora qualche riflessione in tema di interesse legittimo dopo l'emanazione del Codice del processo amministrativo (a margine di un pluridecennale, ma non esaurito, profittevole dialogo con Alberto Romano)*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 543 ss.;

³⁰ P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, Giuffrè, 1970; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, spec. pp. 305 s.; B. G. MATTARELLA, *Provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 4738 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo* cit., p. 85; A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*.

³¹ Tra la enorme letteratura al riguardo, dopo la riforma del 2005, si possono vedere V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 2004; N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15 e 80/2005*, Giappichelli, Torino, 2006; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2007, pp. 385 ss.; L. FERRARA, *La partecipazione tra illegittimità ed illegalità. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, in *Dir. amm.* 2008, pp. 105 ss.; F. VOLPE, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi legittimi*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, pp. 392 ss.; P. LAZZARA *Contributo al dibattito sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21 octies, l. n. 241/1990*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 1/2009. p. 115.

³² A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 1993; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e vizi di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Cedam, Padova, 2003; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2003; A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, pp. 735 ss. D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano,

sanabile in ogni atto giuridico, ma soprattutto perché sembrano circostanze che rientrano nell'altra struttura di teoria generale dell'atto giuridico, costituito dal principio di conservazione, che comprende anche quello cd. «del raggiungimento dello scopo» (recato, ad esempio, anche dall'art. 156 del codice di procedura civile) tanto caro alla giurisprudenza³³, e risponde al criterio logico *utile per inutile non vitiatur*³⁴, con tutte le incertezze ed i rischi che il suo utilizzo reca in ogni parte del diritto, specie dove la decisione unilaterale è funzionalizzata.

Di ciò che poteva dunque apparire singolare, e veniva spiegato (anche) in ragione dell'imperatività o dell'autoritatività del provvedimento, costituiscono residui allora, solo alcune circostanze di «privilegio», molto ridotte o diverse rispetto al passato, riferibili alle ipotesi di autotutela³⁵.

Giuffré, 2003; R. VILLATA, *L'irregolarità*, in A.A. V.V., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2005, pp. 838 ss; D. MARRAMA, *Brevi riflessioni sul tema dell'irregolarità e dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, pp. 359 ss..

³³ Solo da ultimo, Cass. SS. UU., 18 aprile 2016, n. 7665; per il Giudice amministrativo si vedano, solo ad es., prima della riforma del 2005, Cons. Stato Sezione IV, 17 febbraio 1997, n. 123; IV, ed in seguito, ID., 2 novembre 2009, n. 6779. Al principio logico che vi è sotteso può essere riportata anche la tesi che vuole la non annullabilità dovuta ad una carenza di interesse in termini processuali: cfr. Cons. Stato, sent. 23 gennaio 2008 n. 143.

³⁴ Tra tanti, si vedano, ad es., F. TRIMARCHI BANFI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 977 ss; G. MANNUCCI, *Della convalida del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2011, pp. 201 ss.; V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2009; V. PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo* cit.; in giurisprudenza, si vedano, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2009, n. 3284; 8 settembre 2008, n. 4269; 21 gennaio 2002, n. 340; 7 febbraio 2004, n. 422. Il principio ha avuto ruolo nell'enorme tema dell'autotutela, su cui si veda, almeno, F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffré, 1959, pp. 539 ss., e *ivi*, XXX, Milano, Giuffré, 1980, pp. 995 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti*, Napoli, ESI, 1991; G. CORSO, *Autotutela*, voce in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da S. Cassese, cit., pp. 614 ss.; G. CORAGGIO, *Autotutela, I*, *Dir. amm.*, voce in *Enc. giur.*, IV, Roma, Treccani, Ed. Enc. it., 1988, *ad vocem*; ha anche sorretto le possibilità di revisione dei provvedimenti irregolari o invalidi; G. SANTANELLO, *Convalida (dir. Amm.)*, voce in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffré, 1962, pp. 503 ss.; G. GHETTI, *Conferma, convalida e sanatoria degli atti amministrativi*, voce in *Dig. Disc. pubbl.*, III, Torino, 1987, pp. 348 ss.; L. MAZZAROLLI, *Convalida (dell'atto amministrativo)*, voce in *Enc. giur.*, IX, Roma, Treccani, Ed. Enc. it., 1988, *ad vocem*; E. MICHETTI, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato. La convalida e l'integrazione*, Milano, Giuffré, 2011; M. D'ORSOGNA, *Sanatoria del provvedimento amministrativo*, voce in *Diz. dir. pubbl.* cit., VI, pp. 5406 ss.; G. SANTANELLO, *Sanatoria (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, XLI, Milano, Giuffré, 1989, pp. 243 s.; e infine ha riguardato anche il complesso argomento delle funzioni di fatto: cfr., ad es., R. LUCIFREDI, M. E. PETERLONGO LUCIFREDI, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Milano, Giuffré, 1965; B. CAVALLO, *Il funzionario di fatto*, Milano, Giuffré, 2005.

³⁵ G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 291 s.; ma già prima M. S. Giannini, *Diritto amministrativo* cit., II, p. 279.

Si possono menzionare quelle di «esecutorietà» o «autotutela esecutoria», che tuttavia, oltre ad essere, in genere, strutture protettive di una pretesa³⁶, più che della decisione³⁷, sono recessive³⁸, e sono soggette ad un stretto principio di ragionevolezza e legalità (esistono solo nei casi in cui la legge espressamente le prevede, e dove davvero sono necessarie³⁹), e soprattutto sono sempre rimediabili.

Quanto poi alle capacità di «autotutela decisoria» delle amministrazioni pubbliche, si può notare come sia divenuto sempre più chiaro che, almeno per gli atti più clamorosi della famiglia, essi altro non sono che il protrarsi della funzione nel tempo, o per meglio dire – data l’incertezza sulla effettiva esistenza fisica del tempo⁴⁰, e le riflessioni che questa solida ipotesi scientifica sta comportando anche in ambiti giuridici⁴¹ - l’adeguamento della decisione unilaterale a fronte di mutamenti (o di errori⁴²) intercorsi, in funzione di

³⁶ G. SACCHI MORSIANI, *L'esecuzione delle pretese amministrative*, Padova, Cedam, 1977, che però evidenzia anche le «eccezioni» delle requisizioni, dei sequestri, delle occupazioni d’urgenza (p. 61), sui quali riflette anche V. Cerulli Irelli, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva* cit., spec. p. 413; *contra* B. G. MATTARELLA, *Il Provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, II ed., 2003, p. 964.

³⁷ Sarebbe questa l’impostazione prevalente in ambito europeo: si veda G. DELLA CANANEA, *L’amministrazione europea*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese cit., p. 1869.

³⁸ Ne compie, da ultimo, una rassegna M. GNES, *I privilegi dello stato debitore*, Milano, Giuffrè, 2012, e ne dimostra anche la «tendenza al superamento» per l’influenza dei principi costituzionali e del diritto europeo: cfr. *Op. cit.*, 155 ss.; ma si veda anche F. TRIMARCHI BANFI, *Il principio di legalità e l’impiego del diritto privato per compiti dell’amministrazione pubblica*, in *Amministrare*, 2008, pp. 5 ss..

³⁹ Tra molti, si vedano G. CORSO, *L’efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, spec. pp. 467 ss.; M. CLARICH, *Il provvedimento amministrativo: efficacia ed esecutorietà* cit., p. 317.

⁴⁰ R.V. MACRÌ, *Che cos’è il tempo? Bergson, Maritain, Dingle a confronto con Einstein*, in *Sapienza*, LXI, I, 2008, pp. 26 ss.; J. BARBOUR, *La fine del tempo*, trad. it. Torino, Einaudi, 2003; P. YOURGRAU, *Un mondo senza tempo: l’eredità dimenticata di Gödel e Einstein*, trad. it. Milano, Il Saggiatore, 2006; B. GREENE, *La trama del cosmo: spazio, tempo, realtà*, trad. it. Torino, Einaudi, 2006.

⁴¹ M. MONTEDURO, *Retroattività del provvedimento amministrativo e principi generali dell’ordinamento*, in www.amministrazioneincammino.it; lo stesso A. richiama il saggio di E. STICCHI DAMIANI, *Efficacia nel tempo delle pronunce nomofilattiche dell’Adunanza plenaria*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, pp. 1143 ss.; R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa). Per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGLIOTTO, P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2009, pp. 35 ss.; A. ROMANO TASSONE, “Società del rischio” e modernità, in AA. VV., *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, Giappichelli, 2012, I, pp. 371 ss.. Sul problema del tempo nel diritto amministrativo, si veda, da ultimo, M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell’azione amministrativa*, in *L’interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 57 ss.; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l’autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 1/2016; AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell’azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003.

⁴² S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it* n. 16/2016, p. 20, scorge nella autotutela la funzione di «scongiurare la responsabilità dell’amministrazione ponendo riparo agli

sostanziale buon andamento⁴³, che giustifica anche l'accostamento alla crescente strumentazione di prevenzione e soluzione di controversie alternative al giudice⁴⁴.

E se ciò non bastasse, si può comunque menzionare l'evoluzione normativa che, negli ultimi anni, ha non solo disposto norme positive esplicite di disciplina dell'annullamento d'ufficio, della revoca⁴⁵, della convalida⁴⁶, della sospensione dell'efficacia o degli effetti dei provvedimenti⁴⁷, ma hanno introdotto una serie importante di limiti e prescrizioni, molti dei quali sono del tutto analoghi a quelli che, per disposizione normativa o per assetti pretori, si ritrovano nella revoca⁴⁸, nel recesso, nelle disdette, nelle rinunzie, negli atti giuridici unilaterali non amministrativi, e tutti volti a limitare l'arbitrio, la sensazione di imperatività o di autoritarietà immotivata⁴⁹, per il tramite del

errori commessi nella precedente manifestazione autoritativa, ovvero rimediando ad una omissione nell'esercizio del potere».

⁴³ tra molti altri, si vedano G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, spec. pp. 336 s.; B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese cit., I, p. 829.

⁴⁴ M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2/2015, pp. 481 ss.; ID., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 1-2/2014, pp. 1 e ss.; è probabilmente uno sviluppo della visione *giustiziale* dell'autotutela (*autodichia* per F. BENEVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1959, IV, pp. 537 ss.), su cui, da ultimo, M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁴⁵ Anche qui la letteratura è molto ampia; solo per menzione, si vedano S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 2013; G. LAROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M. A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 333 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo*, a cura di F. G. SCOCÀ, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 314 ss.; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. ROMANO, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 869 ss..

⁴⁶ P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri «incidenti» nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; A. PRONTERA, *La convalida del provvedimento amministrativo. Spunti ricostruttivi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, pp. 209 ss..

⁴⁷ S. VILLAMENA, *Il potere di sospensione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁴⁸ Già molto tempo fa, si era lamentato che nell'aver trasposto nel diritto pubblico la revoca «senza aver prima adeguatamente scemerato i caratteri essenziali da quelli accidentali e caratteristici del diritto privato, si è giunti in tal modo a una nozione incompleta di essa che ne ha resa assai difficile, se non impossibile, la distinzione dall'annullamento e in particolare da quello d'ufficio»: così G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 117.

⁴⁹ Il legame dei primi studi sull'autotutela «al carattere autoritativo dell'atto amministrativo e alla sua funzionalità alla realizzazione dell'interesse pubblico» è evidenziato da A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, (voce), in *Dig. disc. pubbl.* 1987, p. 325. Al riguardo, si veda M. IMMORDINO, *La revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino,

legittimo affidamento⁵⁰, tratto proprio dal serbatoio degli atti giuridici di una sola parte, e non autoritativi.

Il cammino, si è detto, è ancora in corso, ma è una parabola che ha già compiuto un lungo tratto.

3. La questione della terza persona e la personalità dell'interesse pubblico

Per lunghi decenni l'interesse pubblico è stato scritto (non in senso metaforico) con l'iniziale maiuscola, a testimonianza di una considerazione di superiorità ontologica⁵¹, pregiudiziale, capace di sgombrare ciecamente ogni ostacolo⁵², che fa ancora fatica a cedere⁵³.

Giappichelli, 1999, p. 96: «da revoca che lo Stato di diritto ha ereditato dagli ordinamenti precedenti, dove, come è noto, era tradizionalmente consentito alla pubblica amministrazione, intesa come apparato servente della Corona e del Governo, il «privilegio» sovrano di ritirare ad nutum un atto precedente, ha infatti mantenuto il carattere di «privilegio» anche negli ordinamenti ad atto amministrativo successivamente affermatisi. E ciò nonostante la perdita di «sovranità» dell'esecutivo e il progressivo affermarsi del principio di legalità, con conseguente mutamento dei rapporti amministrazione-legge».

⁵⁰ Tra molti, oltre al capostipite lavoro di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, si vedano ID., *Il punto sulla tutela dell'affidamento nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 1195 ss.; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni Trenta all'alternanza*, Milano, Giuffrè, 2001; S. BASTIANON, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2012; S. VALAGUZZA, *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legitimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1257 ss.; M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in *Dir. e soc.*, 2009, pp. 403 ss.; D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 757 ss.; D. CORLETTA, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, Cedam, 2007.

⁵¹ Si veda, ad esempio, F. CAMMEO, *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, 1911-1914, ediz. a cura di G. MIELE, Padova, Cedam, 1960, p. 9: «l'espressione agire come autorità», [va] spiegata non nel senso che occorra l'esercizio di un potere di comando da parte dello Stato, perché siavi materia di diritto amministrativo, ma nel senso che l'interesse fatto valere dallo Stato sia in sé un interesse superiore a quello del cittadino».

⁵² «Non può darsi che vi sia danno giuridico e, conseguentemente, responsabilità, tutte le volte che si rimane nella sfera dei poteri discrezionali delle pubbliche amministrazioni»: così SANTI ROMANO, *Principii di diritto amministrativo* (1901), 2^a ed., Milano, Società Editrice Libreria, 1906, p. 67.

⁵³ Si vedano, solo per esempio, le recenti disposizioni recate dagli artt. 120 co. 8-ter, 121 co. 2, 122, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (il codice del processo amministrativo), che consentono al giudice di escludere l'inefficacia del contratto in considerazione del suo stato di esecuzione, e in ogni caso di tener conto di «esigenze imperative connesse ad un interesse generale». Su tutto ciò, e le implicazioni, da ultimo, M. FRACANZANI, *Nullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto e sorte del contratto nel nuovo processo amministrativo: dall'onere di impugnazione alla pronuncia di inefficacia, in giustizia-amministrativa.it*; E. STICCHI DAMIANI, *Nullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 240 ss.

Il principio personalistico, se come visto ha consentito il recupero della dignità degli interessi coinvolti da una decisione amministrativa, aumentandone dunque la collocazione giuridica ed il grado di tutela, ha anche lavorato, a dir così, sull'altro lato, sull'interesse pubblico, il quale si rivela sempre più chiaramente in una dimensione che, in fin dei conti, si ritrova anche nella politica, nella famiglia con prole e nelle loro decisioni, ovvero quella che vorrei definire la *questione della terza persona*.

Il Diritto ha in effetti prevalentemente a che fare col rapporto *bilaterale*, tra la prima e la seconda persona, si occupa cioè molto delle relazioni tra me ed uno o più altri direttamente interessati e rilevanti; ed anche quando si trova di fronte il tema del gruppo umano - famiglia, impresa, associazione, comunità istituzionale, scambi complessi - tende a regolarlo per fasci di legami corrispettivi, ad usare approcci *plurilaterali* (io con te₁, e poi con te₂, e poi con te₃, e così via per ciascuna delle relazioni possibili).

Nell'amministrazione pubblica, come nella politica e la famiglia, questo atteggiamento è spesso insufficiente, perché sorgono necessità *multilaterali*⁵⁴, ed il terzo - altrove considerato estraneo, o relegato a ruoli marginali e circoscritti - è pienamente in gioco⁵⁵. Potrà essere un soggetto determinato⁵⁶, ma, più spesso, si tratta di un terzo impersonale, un componente anonimo e potenziale di una collettività, che tuttavia è poi la innumerevole serie di individui, di persone con nome e cognome, carne ed ossa, che si troveranno, anche solo per una volta, ad usare o ad aver bisogno di ciò su cui la decisione amministrativa interviene⁵⁷; e

⁵⁴ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997, p. 21; A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997, pp. 168 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, I, pp. 179 ss.; S. CASSESE, *L'arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 601 ss.; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario*, Bologna, Il Mulino, p. 138; E. GIARDINO, *La plurilateralità della funzione amministrativa. L'esercizio del potere amministrativo nella crisi dell'unilateralità del provvedimento*, Torino, Giappichelli, 2012. Il fenomeno è spesso descritto anche in termini di *multipolarità*, quando si considera anche la possibilità per il privato di condurre funzioni pubbliche: cfr., ad es., C. MARZUOLI, *La privatizzazione fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, pp. 393 ss.;

⁵⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, pp. 25 ss.;

⁵⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 674.

⁵⁷ M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in AA. VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, 290 ss., conduce una sorta di tassonomia delle posizioni terze che rimangono estranee al procedimento, trattandosi «vuoi di soggetti coinvolti soltanto da effetti generali del provvedimento, vuoi di controinteressati difficilmente individuabili, vuoi di una quantità di soggetti tale da impedire la comunicazione personale di avvio del procedimento a ciascuno di essi, vuoi di parti solamente eventuali della procedura che decidano di non intervenirvi».

potrà essere persino un non ancora nato, il terzo delle prossime generazioni, in nome del quale può chiedersi che la decisione ne abbia una determinata considerazione⁵⁸.

La questione della terza persona, insomma, costituisce il senso dell'interesse pubblico⁵⁹, che è concepito inevitabilmente in termini collettivi e perciò a primo acchito impersonali, ma deve essere trattato, perché lo è, come destinato ad essere personale, proprio di individui al pari di ogni altro interesse⁶⁰, ed occuparsene e prendere decisioni in ordine ad esso significa assumersi responsabilità verso qualcosa, ma anche verso qualcuno⁶¹.

⁵⁸ R. BIFULCO, A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008; G. MAJORANA, *Il patto fra generazioni negli ordinamenti giuridici contemporanei. Dallo sviluppo sostenibile all'equilibrio finanziario: la necessità di un lungimirante rapporto fra generazioni*, Torino, Giappichelli, 2012.

⁵⁹ Per A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Riforma della legge 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 24 s.: «il diritto amministrativo non è caratterizzato dall'unilateralità dell'azione, o dalla non negoziabilità dell'attività amministrativa. È caratterizzato invece dall'imparzialità e dalla doverosità dell'agire, dalla garanzia del terzo e da tutta una serie di valori ai quali non si può rinunciare, se non modificando il modello costituzionale di amministrazione». Per l'assunto, si permetta anche il rimando a P. FORTE, *L'imparzialità come struttura della decisione pubblica amministrativa*, in AA. VV., *Procedura, procedimento, processo*, Padova, Cedam, 2011, pp. 405 ss.. Il riscontro di analoghe ipotesi teoriche in ambito filosofico non può essere casuale: si veda, ad esempio, R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi, 2007, p. 184: «la persona vivente – non separata dalla, o impiantata nella, vita, ma coincidente con essa come simbolo inscindibile di forma e di forza, di esterno e d'interno, di *bios* e *zōē*. A questo *unicum*, a questo essere singolare e plurale, rimanda la figura, ancora insondata, della terza persona – alla non-persona inscritta nella persona, alla persona aperta a ciò che non è mai ancora stata». Lo stesso autore si richiama esplicitamente a Gilles Deleuze, il pensatore convinto che «da filosofia non ha altro scopo che diventare degna dell'evento» (G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Che cos'è la filosofia?*, trad. it. Torino, Einaudi, 2002, 157), ma anche perciò «l'uomo libero [...] ha colto l'evento stesso, perché non lascia che si effettui in quanto tale senza operarne, in quanto attore, la contro-effettuazione» (G. DELEUZE, *Logica del senso*, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1975, p. 136).

⁶⁰ «Anche i bisogni sociali e collettivi sono, in ogni caso, sentiti da individui»: così già C. LAVAGNA, *Diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè 1957, p. 66; ciò spiega come, già da tempo, si sia consolidata l'idea dell'interesse pubblico «in concreto», come «risultante», «arbitro» di interessi reali e personali, che emerge con il procedimento e il confronto tra chi vi partecipa a vario titolo: tra altri, si vedano V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in AA. VV., *Studi in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 385; F. G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, p. 1070; N. PAOLANTONIO *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 100; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 284 ss.

⁶¹ È uno dei modi per definire il concetto di *accountability* sostenuto da A. SCHEDLER, *Conceptualizing Accountability*, in *The Self-Restraining State: Power and Accountability*, in *New Democracies*, a cura di A. SCHEDLER, L. DIAMOND, M. F. PLATTNER, London, Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 19. Più di recente, ne si veda la descrizione accurata di P. RICCI, *Accountability*, voce in *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, a cura di A. FARAZMAND, Heidelberg, Springer, 2016, *ad vocem*.

Ciò ha consentito, per un verso, di mitigare i terribili effetti di una concezione troppo astratta, «naturale»⁶², dell'interesse pubblico, che l'hanno spesso fatto diventare una sorta di randello sociale utilizzabile a piacimento (non solo dalla politica, ma da ogni potere che possa disporne) per mortificare ogni altro interesse, individuale o sociale, in nome della sua presunta ed apodittica superiorità⁶³; sia, per altro verso, di superare l'errore di intestarlo integralmente in capo all'ente chiamato ad occuparsene⁶⁴, con tutte le distorsioni che ciò può indurre; sia, infine, per rinunziare definitivamente alla sua *miticità*, dequotandolo da una sorta di empireo iperuranio dove spesso, nella storia, è stato invece collocato⁶⁵, rendendolo così non solo maneggiabile da esseri umani per essere

⁶² Che l'interesse pubblico «non esista in natura» è affermazione ricorrente nella letteratura recente: cfr., ad es., A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso fine degli anni '90*, in *Il Foro it.*, 1997, V, p. 169; L. TORCHIA, *La scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1112. Ma già L. MIGLIORINI, *Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1968, p. 286, sosteneva che «la rilevanza sociologica di un interesse come pubblico è data dal riferimento del medesimo ad una serie indeterminata di individui e non da sue caratteristiche intrinseche».

⁶³ Molta della quale risale alla visione giacobina della «virtù», ovvero «d'amore della patria e delle sue leggi» e «d'amore dell'uguaglianza», che suppone «la priorità dell'interesse pubblico su tutti gli interessi particolari»: così M. ROBESPIERRE, *Sui principi di morale politica*, in *La rivoluzione giacobina*, a cura di U. CERRONI, Roma, Editori Riuniti, 1967, pp. 160 ss..

⁶⁴ L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, spec. pp. 119 s.; R. CAVALLO PERIN, *L'elaborazione dell'atto di autorità in Francia*, in AA. VV, *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti. Annuario 2011 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, spec. pp. 280 ss. Ciò non toglie che nelle società politiche moderne e contemporanee vi sia pluralità di interessi pubblici, anche in conflitto potenziale fra loro, e che perciò si instaurino relazioni tra le amministrazioni cui ne sia affidata la cura, ma non in quanto titolari; la questione è in effetti ancora poco assestata, come dimostrano le numerose legittimazioni ad agire innanzi ad un giudice contro decisioni amministrative altrui ad opera di altre amministrazioni pubbliche: solo ad esempio, si vedano l'art. 21-bis della l. n. 287/1990, per l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, l'art. 36, co. 2, lett. *n.*, del d.l. n. 1/2012, conv. dalla l. n. 27/2012, per l'Autorità dei trasporti, l'art. 52 del d.lgs. n. 4446/1997, per il Ministero dell'economia e delle finanze, l'art. 6 della L. n. 168/1989, per il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Per la discussione circa la compatibilità costituzionale di tale impostazione, per tutti e da ultimo, si vedano F. CINTIOLI, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e sulla legittimazione a ricorrere delle autorità indipendenti*, in *federalismi.it*, 2012; F. SATTI, *Intorno alla legittimazione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato a chiamare in giudizio le pubbliche amministrazioni*, in *Apertacontrada.it*, 2012.

⁶⁵ La demitizzazione dell'interesse pubblico è stata molto aiutata dalla attenuazione nella dialettica politica della componente ideologica, intendendo questo equivoco termine nel senso che ha acquisito in conseguenza del lemma *ideologia tedesca* che dà il titolo alla famosa opera di Marx, «che consiste nello stabilire arbitrariamente un nesso causa/effetto tra produzione delle idee e Storia. Come se bastasse la critica delle une per assicurare la trasformazione dell'altra, come se l'emendazione critica della coscienza fosse sufficiente a modificare l'ordine storico delle cose»: così F. MERLINI, *Politica e tempo. L'impostura della fine delle ideologie*, in *Diritto e politica nell'età dei diritti*, a cura di A. CARRINO, Napoli, Guida, 2004, p. 130. È evidente che l'interesse pubblico sia qualcosa che ha a che fare con la collettività, la socialità, e dunque abbia un'anima essenzialmente politica, e dalla politica riceve non solo le strutture della sua percezione, ma anche una

umani, ma soprattutto relazionabile con gli altri interessi, comparabile, trattabile, transigibile. In una parola: giuridico⁶⁶.

4. Il provvedimento amministrativo è “atto di potere”?

La questione, così impostata, rende possibile sottoporre a prova di sforzo anche l'abitudine a definire la decisione amministrativa una faccenda di *potere*⁶⁷.

Le poderose indagini teoriche che, soprattutto a partire dalla seconda metà del '900, hanno preso a perseguire la rilevazione empirica dei fenomeni giuridici⁶⁸, mettendo in luce importanti elementi micro-strutturali delle relazioni

sorta di trattamento linguistico; come un quadro può essere notevolmente segnato dalla cornice, il «discorso» sull'interesse pubblico, insomma, è connotato dall'impostazione del dibattito politologico vigente, e se questo usa categorie assolute, schemi quasi sacrali, impostazioni semi teologiche, il «convento senza la fede religiosa» già rilevato da Mazzini (G. MAZZINI, *Pensieri sulla democrazia in Europa*, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1997, p. 135 s.) anche quello è fisiologicamente enfatizzato, viene attratto ad un livello superiore, ed il suo oggetto, l'interesse pubblico, appunto, ne riceve un potenziamento che lo può sospingere ai confini del sovrumanismo, e comunque in un luogo dominante *a prescindere, a priori*. Cfr. M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, in AA VV, *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, III, pp. 907 ss.; sulla «sacralizzazione» dell'atto amministrativo cfr. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 808. Per una recente riflessione sul percorso, S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2008.

⁶⁶ Sull'interesse pubblico trattato «in concreto», in relazione, cioè, ai fatti reali in cui va inserito, oltre ai lavori già menzionati, tra molti, si vedano E. Cannada Bartoli, *Interesse* cit., pp. 6 ss.; per A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico ed interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, pp. 57 ss., «l'interesse pubblico, al singolare, non è un interesse paragonabile ad altri, ma è uno strumento giuridico cui si ricorre per far valere quegli interessi concreti che si ritenga di poter qualificare come pubblici»; pur con riferimento a clausole generali e concetti indeterminati, L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. Amm.*, 3, 2013, p. 309, assume che l'amministrazione pubblica debba ricercare «il significato del precezzo nell'ordine giuridico della società. L'amministrazione pubblica, infatti, appare funzionalizzata alla sovranità popolare assai più che la struttura servente il potere politico». L'assunto si iscrive in una linea di pensiero molto solida: si vedano, ad esempio, G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in AA. VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, II, pp. 1303 ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in AA VV., *Studi in onore di Giorgio Berti* cit., I, spec. p. 179 ss; arriva a parlare di «amministrazione capovolta» (rispetto alla società) G. BERTI, *Diritto e Stato. Riflessioni sul cambiamento*, Padova, Cedam, 1986, *passim*; ID., *Amministrazione e Costituzione*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 458 ss.

⁶⁷ Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 150: «può essere considerata la *communis opinio* della scienza del diritto amministrativo in base al quale il potere costituisce un'entità unitaria, a partire dalla quale sarebbe possibile poi dedurre tutto quell'imponente edificio di nozioni e concetti costituiti dalla dogmatica dell'atto e del procedimento amministrativo». L'uso della locuzione «potere amministrativo» è ancora diffuso, anche nella normativa recente: si veda, per tutti, l'importante caso recato dall'art. 7 del d. lgs. n. 104/2010, il Codice del processo amministrativo.

⁶⁸ In ambito gius-amministrativo, il metodo fu molto efficace nel lavoro di F. BENVENUTI, a partire da *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*,

umane trattate in termini giuridici, hanno dato per scontato che, in alcune di tali situazioni, la posizione di una degli attori del rapporto sia, appunto, di potere, e tra queste la fenomenologia del provvedimento amministrativo ha avuto un ruolo paradigmatico.

In tali descrizioni, la situazione del frontista, di colui che entra con i suoi interessi, con la sua volontà, con i suoi bisogni, ecc., a contatto con il provvedimento, è quasi automaticamente denominata *soggezione*⁶⁹, una espressione semanticamente ben correlata con quella del *potere*, ma, appunto, molto adatta anche all'idea che questo fosse qualcosa di imperativo, espressione di un'autorità aprioristicamente dominante.

Insomma, ritenere indistintamente chi si trova a fronteggiare un ordine, un divieto, un'ablazione personale o patrimoniale, ma anche chi chiede un'autorizzazione, un'iscrizione, una registrazione, un'attestazione, un contributo, una valutazione, o chi, anche rispondendo ad una sollecitazione, avanza una proposta o si dichiara disposto ad assumersi una responsabilità gestionale, in *soggezione* di qualcun altro rende questa situazione davvero troppo indefinita sul piano giuridico, più del «buco della ciambella» di Dworkin⁷⁰, non solo per la grande varietà di queste situazioni⁷¹, ma soprattutto poiché descrive bene quella di colui che deve rassegnarsi a subire senza troppa discussione la decisione amministrativa⁷², ma pretenderebbe, al contempo, di riferire anche

1950, ma si vedano anche gli approcci di SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946, pp. 13 ss., e C. ESPOSITO, *La validità delle leggi* (1934), rist. Milano, Giuffrè, 1964; esso è ormai diffusissimo a livello globale: per esempio, si vedano W. N. HOHFIELD, *Concetti giuridici fondamentali*, trad. it. Torino, Einaudi, 1969; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996; B. CELANO, *I diritti nella jurisprudence anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto 2001. ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. COMANDUCCI, R. GUASTINO, Torino, Giappichelli, 2002, p. 9; M. KRAMER, N. SIMMONDS, H. STEINER (a cura di), *A Debate over Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1998; G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013. Ho discusso dell'appropriatezza di questo metodo in P. FORTE, *Oggetti Giuridici. Note e primi appunti sulla loro esistenza*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015: «l'oggetto degli studi sociali (e dunque anche di quelli giuridici), si presenta invece non per tutti ma per molti riguardi come un dato ad ogni osservatore che si provi a conoscerlo, ed autorizza perciò, almeno su questa parte della loro fenomenologia, quel confronto metodologico e sui risultati il cui esito può essere, mediante il concordamento inter-soggettivo, il ri-conoscimento dell'esistenza inevitabile ed ineliminabile di strutture giuridiche, e dunque anche qui la produzione di un *vero scientifico*».

⁶⁹ *Liability* nella impostazione teorica di W. N. Hohfeld, *Concetti giuridici fondamentali* cit., pp. 23 ss.; cfr. anche F. LEDDA, *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Giur. it.*, 1999, spec. p. 533.

⁷⁰ R. DWORAKIN, *I diritti presi sul serio*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1982, p. 103.

⁷¹ D. Sorace, *Promemoria* cit., 752; per altre dimostrazioni dei caratteri ricchi delle vicende unilaterali cfr. B. G. Mattarella, *L'imperatività* cit., 409.

⁷² D'obbligo la menzione del famigerato «ch'ei si rassegni» nell'intervento parlamentare di Pasquale Stanislao Mancini tenuto nella tornata del 9 giugno 1864, integralmente riportato in

quella di chi può orientare la decisione, assumersene parte delle responsabilità, e contestarla, fino anche a portarla davanti ad un giudice, vederla annullare, ottenere un risarcimento dei pregiudizi subiti ingiustamente, un indennizzo da ritardo o addirittura il sovvertimento favorevole direttamente dal giudice⁷³.

Non è dunque *soggezione* la parola che descrive compiutamente queste molteplici, troppe e troppo distanti situazioni⁷⁴, non può esserlo nell'ambiente costituzionale italiano, ma non può esserlo, in realtà, per il più semplice fatto che l'esagerazione in questa definizione, nella correlazione *potere/soggezione*, sta nel primo termine, che, a me pare evidente, domina la situazione e attrae l'uso del secondo, che ne è una logica conseguenza⁷⁵.

Quella che si esprime in un atto giuridico in forma di provvedimento amministrativo, anche nelle sue manifestazioni più potenti⁷⁶, è un'energia⁷⁷ che è sconsigliabile definire un potere, poiché l'uso di questa parola evoca troppo rispetto alla odierna situazione reale, e soprattutto appare adatta ad un atto umano non giuridico, come, si è detto, quello amministrativo è stato trattato per

A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, Unione tipografico-editrice, 1897, pp. 350 ss...

⁷³ «a nulla varrebbe proclamare i diritti, se i soggetti titolari di potestà pubbliche potessero comportarsi secondo il loro arbitrio». Così G. SILVESTRI, *Lo stato di diritto nel XXI secolo*, in *Riv. AIC*, 2/2011, p. 2.

⁷⁴ Secondo F. G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 379 ss., «ricondurre la posizione dei privati a fronte del potere amministrativo alla nozione di soggezione significa riportare il calendario al tempo precedente il 1889, quando nessuna tutela effettiva era offerta fuori dal ristretto ambito dei «diritti civili e politici»; e poi, (nt. 54): «l'interesse legittimo è l'esatto contrario della soggezione: consente di influire sulle scelte del soggetto, nel nostro caso dell'amministrazione, che è titolare del potere di disegnare unilateralmente l'assetto di interessi che coinvolge l'interesse finale del titolare dell'interesse legittimo». Pur giungendo a conclusioni del tutto opposte, discutono la giuridicità della soggezione, riferendola a casi di «genuino» potere, L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffré, 2003, spec. 169 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arreca dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.* 1999, pp. 496 ss..

⁷⁵ M. FOUCAULT, *La volontà di sapere*, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1996, p. 76, accomuna, per descrivere la «forma generale della sottomissione» e «l'omogeneità formale del potere», le situazioni del suddito, del cittadino, del figlio, del maestro: «potere legislatore da una parte e soggetto obbediente dall'altra».

⁷⁶ per F. G. SCOCA, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, Agg., Milano, Giuffré, 2002, p. 75 ss., l'imperatività si manifesterebbe ancora nei provvedimenti ablatori, che tuttavia sono soggetti al medesimo regime giuridico di quelli che, invece, sarebbero «solo» autoritativi (cioè, secondo quanto qui sostenuto, unilaterali in senso tecnico).

⁷⁷ Lo qualificano come una «forza» G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, 116; F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, pp. 23, 139 ss., 158 ss.

secoli, in forma imperativa o (almeno in parte) autoritativa⁷⁸, ma non può valere allo stesso, identico modo allorché esso viene usato come atto giuridico, assoggettato ad un – non ancora totale, ma comunque – prevalente statuto giuridico di «semplice» unilateralità, correlato ad una decisione che ha a che fare con interessi molteplici e tutti, se leciti, degni, tra i quali c'è quello pubblico che, però, è anche esso personale, come gli altri implicati ed inferenti⁷⁹.

È possibile, perciò, descrivere questa energia come un genuino potere sino alle soglie del diritto⁸⁰, entrando nel quale assume però la natura di funzione⁸¹, che consente o impone decisioni unilaterali, sotto forma di provvedimento amministrativo, che anche quando è discrezionale, soprattutto a causa della questione della terza persona è assai più semplicemente, mi verrebbe da dire più *umanamente*, e per certo in termini più adatti a forme di governo democratiche, in

⁷⁸ Si vedano le ricostruzioni del potere amministrativo come volontà libera nell'ambito della legge, o come immunità giudiziaria, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Roma, Fornari, 1914, I, p. 386 ss.; E. PRESUTTI, *I limiti del sindacato di legittimità*, Milano, Società editrice libraria, 1911, pp. 5 ss.; G. Guarino, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, cit., 238, ne parla come «fatti-specie normativa dinamica di un comportamento libero»; riflettono su tale carattere «pandettistico», e lo criticano, M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, II ed, 2000, p. 265, e A PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, pp. 75 ss..

⁷⁹ «Il potere è intrinsecamente una forza, che pur regolamentata, rischia sempre di debordare: è ordine della convivenza, ma, allo stesso tempo, fondamento della supremazia e della sopraffazione. Si tenta, perciò, di mitigare l'intrinseco fondamento irrazionale del potere attraverso la sua istituzionalizzazione tramite il diritto»: così F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 429 s.; appare difficile, perciò, continuare ad accettare l'idea (SANTI ROMANO, *Poteri. Potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 172 ss.) che la capacità decisionale unilaterale (anche dell'amministrazione pubblica, ma non solo) non si svolga nell'ambito di un rapporto, ma lo «sovraсти», tanto che il medesimo A. riconosce che «la capacità è preliminare e presupposto del potere»; ma si vedano anche le rilevazioni di B. G. MATTARELLA *Attività amministrativa*, in *Dizionario di diritto pubblico* cit., 772 ss.; A. Pioggia, *Gindice e funzione amministrativa* cit., 169 ss.; S. GIACCHETTI, Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse», in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 7-8, p. 2349.

⁸⁰ Si è già menzionata la «natura fattuale del potere», che sta prima del diritto, e che anzi è l'oggetto da addomesticare ad opera di questo, rilevata da D. De Pretis, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, loc. cit.

⁸¹ G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in AA. VV., *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 11; F. BENVENUTI, *Funzione. Teoria generale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Ed. Enc. it., vol. XIV, 1989, *ad vocem*; G. MIELE, *Funzione pubblica*, in *Noriss. dig. it.*, vol. VII, Utet, Torino, 1961, pp. 686 ss.; F. MODUGNO, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, vol. XVIII, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 311 ss.; G. MARONGIU, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, Ed. Enc. it., vol. XIV, 1989; S. PIRAINO, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, Giuffrè, 1990; A. POLICE, *Doverosità dell'azione amministrativa*, in *Il procedimento amministrativo*, a cura di V. CERULLIIRELLI, Napoli, Jovene, 2007, pp. 135 ss.

ambiente costituzionale repubblicano⁸², in vigore del principio costituzionale personalista, una decisione che, una volta divenuta giuridica, espressione di una «potestà»⁸³, di una «capacità speciale»⁸⁴, dunque di una efficacia che si esprime, tendenzialmente, in forma giuridica unilaterale, come altri atti giuridici anche fuori dal fenomeno amministrativo pubblico.

5. Uffici, organi, risultato: l'importanza di essere uno e non l'altro

5.1 La lunga stagione dell'oggettivizzazione e l'amministrazione - macchina

Già alcuni anni orsono, una acuta linea dottrinale aveva provato a proporre che le trasformazioni in corso avessero prodotto un effetto di oggettivizzazione dell'attività amministrativa⁸⁵; assumendo statuto giuridico, infatti, ed in ambiente costituzionale di sovranità popolare e forma di governo democratica, il fuoco di quella attività si era forzosamente spostato dal soggetto agente al suo esterno, ed ai nostri fini non è necessario (pur se è indubbiamente importante e rilevante) discutere se questo nuovo deuteragonista esterno⁸⁶ fosse costituito dalla società e dai suoi gruppi⁸⁷ o, più semplicemente, dagli individui

⁸² Evidenza bene il passaggio dei pubblici poteri «dall'ancoraggio statale all'ancoraggio costituzionale» L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in S. BATTINI, G. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B. G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffré, 2008, pp. 45 ss.

⁸³ M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, voce in *Enc. Dir.*, III, Milano, Giuffré, 1958, pp. 260 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo*, in *Diritto pubblico*, 2011, pp. 33 ss.

⁸⁴ Per tutti, da ultimo, V. Cerulli Irelli, *Il potere amministrativo e l'assetto costituzionale delle funzioni di governo* cit., p. 56.

⁸⁵ La ricostruzione storica e la discussione di questo fenomeno si può ritrovare, tra altri, in D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, Giuffré, 1996, pp. 251 ss; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela* cit., spec. pp. 71 ss.; M. BELLAVISTA, *Oggettività dell'agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001; inoltre si vedano anche le raccolte di studi in onore dei due principali studiosi che avviarono e determinarono il dibattito: AA. VV., *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, Mucchi, 1996; AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Berti* cit.; G. C. DE MARTIN (a cura di), *L'Amministrazione capovolta. Studi sull'opera di Giorgio Berti*, Padova, Cedam, 2007.

⁸⁶ È noto che F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, parlasse al riguardo di *demarchia* come una vera e propria forma di Stato.

⁸⁷ «è necessario ripensare in maniera radicalmente innovativa i principi e gli istituti del diritto amministrativo, elaborando un modello di amministrazione maggiormente in sintonia con le esigenze di questa società, fondato sul nuovo paradigma che deriva dall'applicazione del principio di sussidiarietà»: così G. ARENA, *I beni comuni nell'età della condivisione*, in *L'età della condivisione*, a cura di G. ARENA, C. IAIONE, Roma, 2015, p. 23. La sussidiarietà come «paradigma» è affrontata a fondo da D. Donati, *Il paradigma sussidiario* cit.; ma si vedano anche, tra altri, F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni*

che, con i loro interessi, di volta in volta vengono in contatto con l'amministrazione pubblica⁸⁸.

L'oggettivizzazione, cioè, viene qui in rilievo più come desoggettivizzazione, ovvero come percorso di trasformazione dell'attività amministrativa che, come abbiamo provato a sintetizzare, divenendo sempre più fenomeno giuridico, perdeva quei caratteri interamente soggettivi, *centristi*, cioè totalmente focalizzati sull'agente, emanazione di un genuino potere di *imperio*, che l'avevano caratterizzata per secoli. Si tratta di un cammino epocale, forse persino di un'evoluzione in senso tecnico, le cui implicazioni sono perciò poderose e non è pensabile nemmeno azzardarne una sintesi.

Prenderemo in esame allora solo un aspetto di questa evoluzione, ovvero la circostanza che a partire da un certo momento storico, della vicenda amministrativa non è sembrato tanto rilevante il decisore, quanto la decisione, ed i grandi sforzi ermeneutici della seconda metà del 900 si sono effettivamente concentrati su una sempre più accurata possibilità di trattamento giuridico della decisione, più che sul soggetto decidente.

Numerosissimi studi hanno così dapprima scoperto il *procedimento amministrativo*⁸⁹, e poi preso ad occuparsene intensamente⁹⁰, e ciò ha enormemente accelerato la trasformazione della percezione dell'interesse pubblico⁹¹ e influito sul regime giuridico dell'atto amministrativo, e sulla

ciriche, in *Diritto amministrativo*, 2014, pp. 45 ss; C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, 2013, pp. 31 ss; M.R. FERRARESE, «*Governance. Sugli effetti politici e giuridici di una self-revolution*», in *Politica del diritto*, 2014, 2, pp. 161 ss.

⁸⁸ C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela* cit., p. 75, riassume analogamente il percorso ravvisandovi «lo spostamento della sovranità dallo Stato-persona allo Stato-ordinamento».

⁸⁹ A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè 1940; M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, pp. 261 ss.; F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* cit., pp. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1952, pp. 118 ss.; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1964; su questo tratto della «scoperta», si veda A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, cit., p. 1035 ss., p. 1044 ss..

⁹⁰ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966; ID., *Il nodo della partecipazione* (1980), ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 1412 ss.; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Riv.it.sc.giur.*, 1971, pp. 25 ss.; Sull'evoluzione degli studi sul procedimento, si veda M. D'Alberti, *Gli studi di diritto amministrativo: continuità e cesure fra primo e secondo novecento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, pp. 1293 ss., p. 1301.

⁹¹ «Procedimento e rapporto amministrativo insidiano la monoliticità dell'interesse pubblico; ne mettono in discussione la preesistenza e la superiorità rispetto all'interesse privato, sinora avvertite quasi in rerum natura; rendono percepibile, in una inedita prospettiva partecipativa all'azione amministrativa, il pluralismo degli interessi, pubblici e privati, essenziali e secondari, nella cui ponderazione comparativa si estrinseca - seguendo la precoce intuizione di Giannini -

funzione di cui procedimento e atto sono, per usare le icastiche parole di una famosa ricostruzione scientifica, *epifania*⁹².

I risultati di questo impegno sono stati enormi, ed hanno avuto effetti normativi per certi aspetti clamorosi, ed altrettanto importanti mutamenti giurisprudenziali. L'oggettivizzazione ha consentito, tra altro, di far emergere come giuridicamente rilevante tutto il segmento pre-decisionale dell'attività amministrativa, di mettere a fuoco alcuni elementi strutturali della decisione valida, e per converso della sua invalidità, incentrati sulla partecipazione degli interessati, ed in particolare di orientare sulla ragionevolezza i parametri di misura giuridica di quella discrezionale. Ciò ha comportato, ed anzi ha richiesto, come subito si vedrà meglio, un progressivo affrancamento dell'amministrazione dalla politica, che se non è proprio una separazione, è certamente una *distinzione*.

Insomma grandi sono i meriti di questa opera che, in linea con l'atmosfera culturale dell'epoca in cui si è svolta, potremmo definire di decostruzione⁹³; tuttavia, comincia da un po' di tempo ad essere evidente che una oggettivizzazione spinta può produrre alcune non volute conseguenze.

In particolare, ha indotto molti osservatori e studiosi dell'amministrazione pubblica, ed anche attori che in essa agiscono, a concentrare grande attenzione sulle procedure, sulle strutture, sugli elementi, appunto, oggettivi (*id est* non-soggettivi) dell'organizzazione e dell'azione⁹⁴.

L'elemento psichico della decisione, per esempio, è tradizionalmente rimasto ai margini del regime giuridico dell'atto amministrativo, come ogni altro apporto personalista, cioè dovuto alle caratteristiche peculiari dell'individuo agente. L'amministrazione è stata sempre più trattata come un meccanismo, raffinato e complesso, senza troppa considerazione non solo per la enorme dimensione

il potere discrezionale ed, alla luce della Costituzione, anche il dovere di imparzialità dell'amministrazione»: così B. SORDI, *Interesse legittimo*, voce in *Enc. dir.*, agg., Milano, Giuffrè, 2008, pp. 709 ss.

⁹² F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., p. 119; ID., *Introduzione ai lavori*, in AA. VV., *L'azione amministrativa fra garanzia ed efficienza*, Quaderni Formez 2 n. 1, 1981, p. 9.

⁹³ Discorde M. Bellavista, *Oggettività giuridica* cit., pp. 161 ss.; vorrei però richiamare il recente monito per cui non solo ogni critica «incomincia dalla realtà», ma soprattutto che «ogni decostruzione senza ricostruzione è irresponsabilità»: M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁹⁴ A. PIOGGIA, *Le persone come risorsa strategica nell'amministrazione dello sviluppo sostenibile*, in *Riv. it. dir. pubbl.* com., 2002, pp. 1055 ss., parla di una logica «ispirata a criteri che hanno teso ad eliminare l'aspetto individuale, personale e soggettivo dall'azione e dalla organizzazione amministrativa», per la quale «i soggetti che operano negli uffici rappresentano un elemento meramente strumentale dell'organizzazione, il tassello di un ingranaggio sul cui funzionamento non è possibile incidere quasi a nessun livello».

relazionale che vi è dentro⁹⁵, ma anche per le differenze tra le varie amministrazioni, a motivo dei differenti ambiti di cui si occupano per attribuzione e competenze, e della diversa collocazione territoriale e politico-rappresentativa.

Parte di questa carenza è stata dovuta alla semplice evidenza che anche le amministrazioni pubbliche sono, sul piano strutturale, persone giuridiche, che agiscono, necessariamente, mediante organi, cioè meccanismi decisionali, a dir così, artificiali, congegni giuridici nei quali fisiologicamente l'elemento psichico è attenuato, almeno se lo si confronta con la rilevanza che invece ha, anche in diritto, nelle decisioni delle persone fisiche.

Ma, al netto di ciò, la enorme propensione degli studi e dei conseguenti assetti organizzativi e decisionali dell'amministrazione pubblica per i fenomeni strutturali, l'attenzione sul procedimento, sugli elementi oggettivi delle decisioni, hanno prodotto una sorta di tendenza alla spersonalizzazione dell'amministrazione pubblica, in cui la rilevanza giuridica è tutta concentrata sull'atto e sull'attività che lo produce, oltre che sui suoi effetti⁹⁶.

Ma è proprio in questo percorso che, comprensibilmente, la grande attenzione all'imparzialità, a non far turbare impropriamente le decisioni amministrative da elementi connessi al consenso elettorale, e a trovare percorsi propri per la decisione amministrativa distinta da quella politica, ha dapprima concorso a concentrare la gran parte degli sforzi sugli elementi oggettivi, e a trascurare invece quasi del tutto quelli personali.

⁹⁵ M. BOMBARELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, p. 168, lo dice molto bene: «nella realtà di un'organizzazione complessa l'attribuzione di un compito non implica automaticamente l'attribuzione del potere di fare da soli»; ho cercato di evidenziare l'importanza giuridica della relazionalità in P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell'amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Milano, Franco Angeli, 2012, spec. pp. 111 e ss.; più autorevolmente, S. CASSESE, *La crisi dello stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 134 rileva, nelle relazioni interistituzionali, il fenomeno del negoziato in luogo del procedimento, dello scambio in luogo della ponderazione.

⁹⁶ Lo dice bene A. PIOGGIA, *Le persone* cit., p. 1057: «All'origine di queste impostazioni concettuali c'è un'esigenza di garanzia che viene risolta ricostruendo l'organizzazione dei pubblici uffici e la relativa attività come gradazione dei momenti dell'attuazione della scelta legislativa, in cui ciascun passaggio è legittimato dal collegamento con il precedente e predeterminato in relazione ad esso. Di qui una naturale prevalenza dell'elemento oggettivo, inteso come precostituzione della sequenza attraverso la quale la volontà astratta espressa dalla legge diviene decisione concreta [...] Una amministrazione, quindi, legittimata dal fatto di essere «macchina» dell'obbedienza alla legge e dalla legge organizzata secondo schemi rigidi di distribuzione dei compiti fra gli uffici». Forse anche in considerazione di questi rischi, G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1996, pp. 360 ss., parlava, oltre che di oggettivizzazione, anche di «obiettivizzazione» dell'attività amministrativa.

5.2 Una questione di responsabilità personale

Ora, non si nega che la funzione da svolgere ad opera del decisore amministrativo abbia obiettivi propri, e dunque che una lealtà verso di essi possa produrre effetti benefici sull'andamento amministrativo⁹⁷, ma è forse troppo sperare che, in qualunque «partecipante all'organizzazione», possa generare l'acquisizione di una «personalità organizzativa» diversa da quella che possiede come individuo⁹⁸. Più realisticamente, possiamo pensare che, come accade in ogni funzione, ad esempio nello sport, l'allenamento, l'addestramento, l'esperienza, la riduzione delle necessità di attenzione, e la concentrazione solo su pochi, decisivi movimenti, dovuta allo sviluppo di molti automatismi, favorisca la *performance*⁹⁹; ma ciò non toglie che, per quanto mi possa allenare, non ho speranza di battere Usain Bolt sui 200 metri.... La personalità, le caratteristiche distintive, le inclinazioni, i talenti, come le esperienze, l'educazione e la formazione, contano e continuano a segnare differenze fra le persone, che rilevano in ogni ambito organizzativo, per quanto ben strutturato ed orientato sia.

Il principio personalistico, dunque, dopo aver influito profondamente, come cennato, sul lato della «domanda», della protezione e della tutela di chi si trova a subire una decisione amministrativa, è stato tutt'altro che inerte anche sul fronte della «offerta», anche se la sua azione su questo lato del fenomeno è stato rallentato dalla urgenza dell'intervento sull'altro.

Tra diversi indizi sparsi, vorremo cominciare ad indicare quello che più evidentemente attesta una ritrovata attenzione alla persona che agisce nell'amministrazione pubblica, e cioè la introduzione della figura del responsabile del procedimento, resa un vero e proprio principio organizzativo con la l. n. 241/1990. La dottrina che ne aveva preparato l'introduzione¹⁰⁰ e

⁹⁷ H. A. SIMON, *Il comportamento amministrativo*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1967, p. 298.

⁹⁸ H. A. Simon, *Op. loc. cit.*, P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica. Imparzialità, riflessività, prossimità*, trad. it. Torino, Rosemberg & Sellier, 2015, p. 66, parla al riguardo di «una specie di corporativismo universale, che richiama strutturalmente i funzionari ad identificarsi alla loro missione, a diventare <interessati al disinteresse>».

⁹⁹ M. MALDONATO, *Quando decidiamo. Siamo attori o macchine biologiche?*, Firenze, Giunti, 2015, pp. 72 ss. parla di «algoritmi biologici per l'azione», recando evidenze empiriche che valgono non solo per lo sport, ma per ogni funzione che usa il corpo (usando gli esempi di attori, ballerini, musicisti, ecc.).

¹⁰⁰ M. NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. dir. proc.* 1980, pp. 252 ss., ora in Id., *Scritti giuridici cit.*, II, pp. 1426 ss; ID., *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, *iri*, 1989, pp. 5 ss.; ma, tra altri, si vedano anche G. BARONE, *L'intervento del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA. VV., *Studi in memoria di E.*

quella che l'ha commentata e glossata in seguito¹⁰¹ hanno fatto perno sulla necessità, in sintesi, di fornire un «nome e cognome» all'interlocutore amministrativo, consapevoli del fatto che ciò influisce non solo sull'organizzazione, ma anche sull'azione, perciò sulla tutela delle posizioni soggettive; quella figura strutturale non è cioè solo un congegno, una soluzione di assetto, ma connota in termini giuridici un modo d'essere ed al contempo di fare, e non è casuale la denominazione usata, poiché, alla fine, è un intervento, appunto, sulla responsabilità amministrativa, con ogni conseguenza.

La chiarificazione di questa responsabilità è stata basata molto sul fatto che favorisce la partecipazione degli interessati alla decisione amministrativa, in una visione che, di conseguenza, la fa derivare direttamente dal principio di imparzialità dell'art. 97 Cost.; e, a riflettervi bene, si scorge subito come ciò significhi la doverosità di una relazione più personale, di un'attenzione ai singoli casi, che fa emergere meglio non solo il reale assetto di interessi su cui intervenire, ma soprattutto i bisogni in gioco, compreso quello pubblico che solo così emerge, e che confrontato con tutti gli altri, ancora una volta, viene immesso nella realtà in termini umani, personalisti, appunto. La spinta alla partecipazione all'amministrazione, dunque, è anch'essa una misura per la personalizzazione in vista non solo di una maggiore garanzia di chi ha a che fare con l'amministrazione, ma soprattutto della qualità della decisione unilaterale, chiamata, a dir così, ad uno sguardo orizzontale, e non verticale, a farsi decisione umana tra interessi personali, relazionale, e perciò, ancora una volta, meglio trattabile in termini giuridici¹⁰².

Non a caso, dopo quella legge il cammino di pervasione delle figure di responsabili è stato rutilante: responsabili «unici» di progetto o di procedimento, responsabile della sicurezza, della trasparenza, anti corruzione, dell'accessibilità informatica¹⁰³, del trattamento dei dati personali¹⁰⁴. Ma al contempo, si sono moltiplicate le figure dei «garanti», strutturate quasi sempre in forma

Guicciardi, Padova, Cedam, 1975, pp. 779 ss.; M.P. CHITI, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, Pacini, 1977; F. LEVI, *Partecipazione e organizzazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, p. 1713

¹⁰¹ La letteratura, anche solo italiana, è sterminata; si vedano allora, solo per sintesi, le riflessioni recate da G. ARENA, C. MARZUOLI, E. ROZO ACUÑA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall'entrata in vigore*, Napoli, ESI, 2001; A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo. Venti anni dopo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011.

¹⁰² Che il soggetto con le sue caratteristiche non scompaia mai del tutto dietro una qualsiasi funzione è rilevato da G. DI GASPARÉ, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1992, spec. pp. 168 s..

¹⁰³ art. 9 d.P.R 1 marzo 2005, n. 75.

¹⁰⁴ art. 8 l. 31 dicembre 1996, n. 675.

monocratica, e dunque personale, per funzioni molto disparate e spesso poco definite, che spaziano dai difensori civici¹⁰⁵ fino all'Autorità nazionale garante dell'infanzia e dell'adolescenza¹⁰⁶.

Le conseguenze sono numerose, ma in particolare può interessare ai fini del nostro discorso la circostanza, per un verso, che cominciano a cambiare i sistemi di selezione e preposizione, dunque le scelte delle persone chiamate ad assumersi la responsabilità di un «pezzo» dell'amministrazione, e per altro verso che diventa sempre più evidente il ruolo del «risultato», dei fatti che l'amministrazione deve determinare, anche in termini giuridici.

5.3 La rilevanza delle qualità dei decisorì

Ho già fatto cenno al principio di distinzione tra politica e amministrazione¹⁰⁷, ed al fatto che esso ha costituito un rimedio al rischio di basare la decisione amministrativa su moventi politico elettorali. Esso ha tuttavia messo in moto un cammino che sta cambiando profondamente la dinamica amministrativa pubblica, e vale la pena di concentrare l'attenzione sul fatto che, oggi, i dirigenti degli uffici amministrativi sono veri e propri organi, in senso tecnico, dell'amministrazione pubblica, sono cioè dei *decisorì* ad ogni effetto.

Il sentiero di innovazione nei meccanismi di preposizione agli incarichi di direzione nell'amministrazione pubblica è stato lungo e travagliato, e si può dire tuttora in cammino. Senza perderci all'inseguimento dei diversi interventi, dei passi in avanti, laterali ed indietro, dovuti a intenti politici, discipline normative, scelte di governo, arresti giurisprudenziali, comportamenti sindacali, posizioni ed analisi dottrinali¹⁰⁸, potremmo dire che un elemento importante di questo

¹⁰⁵ D. BORGONOVO RE, *Il difensore civico nell'ordinamento italiano. Origine ed evoluzione dell'istituto*, Università di Trento, *Quaderni Dip. scienze giuridiche*, 2010.

¹⁰⁶ L. 12 luglio 2011, n. 11. A. ALBANESE, *I garanti per l'infanzia e l'adolescenza fra tutela dei diritti e gestione dei conflitti*, ne *Le regioni*, 2014, 721 ss., dimostra che l'autorità nazionale è giunta dopo l'instaurazione di diverse figure simili in ambito regionale.

¹⁰⁷ P. FORTE, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

¹⁰⁸ Senza pretesa di esaustività, si vedano, per le diverse fasi storiche di questo percorso, L. RANDELLI, C. BOTTARI, O. ZANASI (a cura di), *Organizzazione amministrativa e pubblico impiego*, Rimini, 1995; G. PASTORI, *La dirigenza regionale e locale nella legislazione vigente*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, 1992, II, 959; V. CAIANIELLO, *I compiti della dirigenza amministrativa nel quadro costituzionale*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 373; C. D'ORTA, *La sopraordinazione dei ministri secondo il d.lgs. 3 febbraio 1993*, n. 29, in *Foro amm.*, 1994, 1329 ss.; P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, Giuffrè, 1993; F. MERLONI, *Amministrazioni «neutrale» e amministrazione «imparziale» (a proposito dei rapporti tra «politica» e «amministrazione»)*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 319 ss.; S. AMOROSINO, *In tema di rapporti tra direzione politica e dirigenza amministrativa*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1996, 5; G. D'AURIA, P. BELLUCCI, *Politici e burocrati al governo dell'amministrazione*, Bologna, 1995. M. RUSCIANO, A. CORPACI, L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e*

intricato scenario ha riguardato l'emersione del rilievo delle caratteristiche personali nell'individuazione del preposto.

Si può infatti facilmente rilevare come sin dall'ultimo decennio del XX secolo, pur tra innumerevoli travagli, la disciplina normativa prevede, per usare le parole della norma vigente più «generale» al riguardo, che «ai fini del conferimento di ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico»¹⁰⁹.

Non deve stupire se questa indicazione (ne si notino le parole-chiave: *attitudini, capacità, risultati competenze, esperienze*) abbia faticato a trovare concreta, assestata attuazione, in coerenza con la meccanica del *principio di emersione* che abbiamo indicato in premessa; fatto si è che quella impostazione sembra ormai abbastanza solida, ed ha trovato conferme, e persino qualche rinforzo, negli

del processo nelle amministrazioni pubbliche, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1999, 1085; F. CARINCI, M. D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Milano, 2000, 371 ss.; F. CARINCI, *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, Titolo II, D.lgs. n. 29 del 1993 (il modello «universale»)*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 31 ss.; B. DENTE, *Verso un dirigenza pubblica responsabile: il nodo della riforma organizzativa*, in *Lav. pub. amm.*, 2002, 81 ss; s. E. Gragnoli, *L'accesso alla dirigenza*, in *Lav. pub. amm.*, 2002, 1000; L. Menghini, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *Lav. pub. amm.*, 2002, 1027; M. RUSCIANO, *La dirigenza nell'amministrazione centrale dello Stato*, *ibidem*, 499; C. D'Orta, *Gli incarichi dirigenziali nello Stato dopo la l. 145/2002*, *ibidem*, 929; L. Olivieri, *Il conferimento degli incarichi dirigenziali*, in www.lexitalia.it, 2002; F. CARINCI, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *Lav. pub. amm.*, 2001, 961; B. CARUSO, *La storia interna della riforma del p.i.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, *ibidem*, 982 ss; G. D'ALESSIO, *La riforma della dirigenza pubblica nella prima elaborazione giurisprudenziale (1998-2000)*, *ibidem*, 66 ss; B. SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, *ivi*, 2005, 765; F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 2005; C. COLAPIETRO, *La «controriforma» del rapporto di lavoro della dirigenza pubblica (l. 15 luglio 2002, n. 145)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, 639; A. CORPACI, *Riflessioni sulla dirigenza pubblica alla luce della legge n. 145 del 2002*, in *Lav. pub. amm.* 2002, 859 ss; G. D'ALESSIO, *La legge di riordino della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, *ibidem*, 225; M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, *ibidem*, 873; G.C. D'ORTA, *Gli incarichi dirigenziali nello stato dopo la l. 145/2002*, *ibidem*, 929. F. CARINCI, *Regola maggioritaria, alternanza e bulimia riformatrice*, *ibidem*, 837; G. D'AURIA, *La politica alla riconquista dell'amministrazione*, *ibidem*, 853; M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata*, *ibidem*, 873; M. CAMELLI, *Politica e amministrazione: modelli costituzionali, realizzazione e problemi aperti*, *ivi*, 2003, 257; G. D'AURIA, *Ancora una riforma della dirigenza pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 11; S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, *ibidem*, 12.

¹⁰⁹ Art. 19, co. 1, del d. lgs. n. 165/2001.

interventi normativi degli ultimi anni¹¹⁰, e cominci a produrre effetti pratici piuttosto rilevanti.

Il più clamoroso esempio dei mutamenti in tema di selezione e preposizione dei dirigenti pubblici può ritrovarsi nei recenti interventi su alcuni dei musei statali, trasformati in direzioni generali o uffici dirigenziali del Ministero per i beni e le attività culturali e il turismo¹¹¹, e il direttore generale è stato scelto non solo con un bando internazionale, tanto che molti di essi, anche in musei importantissimi, sono oggi stranieri¹¹², ma soprattutto con un metodo tutto incentrato su due elementi di valutazione, il curriculum ed una «lettera di motivazione», che hanno condotto ad un colloquio finale con i selezionati, privilegiando cioè le caratteristiche personali, la formazione, le esperienze ed i tratti caratteriali ed intenzionali dei candidati, più che la preparazione su specifiche materie dimostrata mediante corsi- concorso, prove scritte, temi, simulazioni di atti e simili, tipiche delle valutazioni concorsuali tradizionali¹¹³.

¹¹⁰ Si vedano, ad esempio, la l. 4 marzo 2009 n. 15, ed il conseguente d.lgs 27 ottobre 2009 n. 150, e da ultimo, la l. 7 agosto 2015, n. 124, con cui è stata data delega al governo, tra altro, di riformare il conferimento degli incarichi dirigenziali (art. 11, lett g)), e tra i tanti indirizzi si ritrovano richiami a «competenze ed esperienze professionali, tenendo conto della complessità, delle responsabilità organizzative e delle risorse umane e strumentali», «procedura comparativa con avviso pubblico», «rilevanza delle attitudini e delle competenze del singolo dirigente, dei precedenti incarichi e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti all'incarico da conferire», «assegnazione degli incarichi con criteri che tengano conto della diversità delle esperienze maturate, anche in amministrazioni differenti». La disposizione prevede anche un sistema di rilevazione delle competenze individuali di tutti i dipendenti pubblici (lett. i)), e l'istituzione di una banca dati nella quale inserire il curriculum vitae, un profilo professionale e gli esiti delle valutazioni per ciascun dirigente; tra le deleghe esercitate, si vedano il d.lgs. n. 116/2016, recante «modifiche in materia di licenziamento disciplinare», il d.lgs. n. 74/2017, recante «modifiche al d.lgs. 27 ottobre 2009, n.150 (valutazione della performance)», ed il d.lgs. n. 75/2017, recante «modifiche e integrazioni al Testo Unico del pubblico impiego, di cui al d.lgs. 30 marzo 2001, n.165».

¹¹¹ D.p.c.m. 29 agosto 2014, n. 171, adottato in seguito all'art. 16, co. 4, del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 giugno 2014, n. 89, ma anche in considerazione dell'art. 13 del d.l. 8 agosto 2013, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 ottobre 2013, n. 112.

¹¹² La recentissima sent. Cons. Stato, sez. VI, 20 luglio 2017 – 24 luglio 2017, n. 3666, ha riconosciuto la liceità di questa impostazione per il Direttore di un Parco archeologico (il Colosseo); ma già in precedenza il Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza 10 marzo 2015, n. 1210 , utilizzando la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. II, 10 settembre 2014 n. C-270/13, aveva già disposto che «l'art. 45, par. 4, T.F.U.E. debba essere interpretato nel senso di non consentire a uno Stato membro di riservare ai propri cittadini l'esercizio delle funzioni di presidente di un'Autorità portuale».

¹¹³ Si vedano i bandi emanati con decreti del Direttore generale Organizzazione del Mibact 7 gennaio 2015, e 27 maggio 2016; come tutte le novità, ed in linea con i meccanismi dell'emersione che si sono descritti, anche questa ha comportato molte avversità, culminate nelle sentenze T.A.R. Lazio 24 maggio 2017, n.ri 6170 e 6171, che, basandosi su censure procedurali e sulla applicazione pedissequa dell' art. 38 del d.lgs. 165/2001, hanno annullato alcune delle

Ma ciò che più rileva, a mio avviso, è che questo innovativo percorso è stato coerente col fatto che oggi i maggiori musei statali, pur rimanendo parte di un Ministero, hanno un direttore esplicito, una figura chiamata ad imprimere al complesso lavoro della conduzione di un delicato luogo culturale un'impronta molto legata alla propria personalità, con tutti gli strumenti propri di un lavoro in cui essa ha rilevanza: fiducia, reputazione, sistemi relazionali, expertise specifico, e così via¹¹⁴.

Possiamo usare questo esempio come un percorso paradigmatico: un responsabile di un museo-ufficio pubblico difficilmente potrebbe essere scelto appropriatamente in base a valutazioni politiche, al consenso elettorale di cui gode, al rilievo che ha assunto nella propria formazione partitica, alla capacità di reggere la dimensione polemico-comunicativa dell'attuale dialettica politica. Se ciò comporta che esso sia perciò attinto da serbatoi diversi, di tipo professionale, non è tuttavia sufficiente, poiché le caratteristiche richieste per quel particolare ufficio non sono esattamente le medesime utili per qualsiasi altro, e dunque comincia ad essere evidente che occorre distinguerle, richiederne di peculiari ed appropriate. Di qui a prestare attenzione alle qualità personali il passo è corto, e si giunge a comprendere che non è irrilevante che all'ufficio Tale sia preposto Tizio o invece Caia, non sono indifferenti il portato personale, le attitudini, le esperienze, persino i tratti caratteriali che distinguono Mevia e Sempronio, e dunque le modalità (e le motivazioni) della preposizione dell'una invece dell'altro devono tenerne conto¹¹⁵.

Ma vanno moltiplicandosi gli indizi di questa nuova rilevanza dell'elemento personale nella configurazione dell'ufficio-organo-decisore amministrativo; solo per cenni, riferiti agli interventi più recenti, si potrebbero menzionare, nell'ambito dei contratti pubblici, la prescrizione della

nomine dei dirigenti museali; come è noto, tuttavia, il Consiglio di Stato, sez. VI, con ordinanze 15 giugno 2017, n. 2471 e 2472, ha sospeso i due arresti.

¹¹⁴ Lo descrive bene L. CASINI, *Il «nuovo» statuto giuridico dei musei italiani*, in *Aedon* n. 3/2014: «con la riforma i musei da «oggetti» diventano finalmente «soggetti».

¹¹⁵ «ciascun dirigente può “fare la differenza” rispetto ad un altro in base alle caratteristiche e alle capacità personali che possiede»: così A. Pioggia, *La persona* cit., p. 1066. La recente sentenza Cass. Sez. Lavoro, n. 7495/2015, ha stabilito che gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali, anche quando rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, sono assoggettate anche al rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cc, applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione, per cui la p.a. è obbligata a formulare valutazioni anche comparative, ad adottare adeguate forme di partecipazione ai processi decisionali e ad esternare le ragioni giustificatrici delle scelte, sicché, ove l'amministrazione non abbia fornito nessun elemento al riguardo, è configurabile inadempimento contrattuale, suscettibile di produrre danno risarcibile.

qualificazione delle stazioni appaltanti, come per le imprese concorrenti alle gare, che implica la loro riduzione, e l'istituzione dell'albo dei componenti di commissioni di gara negli appalti¹¹⁶, o la (discussa) possibilità per i dirigenti scolastici di «chiamare» gli insegnanti di ruolo a svolgere la propria funzione presso il plesso da ciascuno di essi diretto¹¹⁷.

5.4 Il «buon andamento» come affidabilità

Il secondo elemento di questo tratto sotto esame riguarda il complesso argomento del rilievo giuridico del risultato nell'amministrazione pubblica¹¹⁸, che si confronta, si può dire fisiologicamente, con il principio di legalità ed i suoi corollari¹¹⁹, con i doveri di imparzialità, con l'estensione delle tutele giuridiche in materia. L'enfasi sul risultato evidenzia il rovescio, il lato oscuro dell'amministrazione pubblica divenuta attività giuridicamente rilevante; dovrebbe infatti essere scontato per ogni organizzazione umana essere misurata

¹¹⁶ Si vedano rispettivamente il Titolo II della parte II (*Qualificazione delle stazioni appaltanti*), e gli artt. 77 e 78, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*; su ciò si veda il primo commento di L. GIAMPAOLINO, *La qualificazione delle stazioni appaltanti: lo snodo delle problematiche del nuovo Codice*, in *Giustamm*, 2016, n. 7, che ben illustra come queste misure appartengano ad una dimensione «oggettiva» dell'argomento: «Le procedure sono, soprattutto, attività strumentali ed è quasi inutile modificarle senza aver riguardo ai soggetti che le devono porre in essere. Anzi, talvolta, è dannoso, per le incertezze ed i ritardi che i mutamenti possono provocare, se poi i soggetti sono sempre gli stessi e molti – se non i più gravi – degli inconvenienti sono da imputarsi proprio ad essi»; ma già prima, G. M. RACCA, *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 2259 ss..

¹¹⁷ Art. 1, co. 79, della L. 13 luglio 2015, n. 107; si veda anche la circ. Miur n. 2609 del 22 luglio 2016, in cui si esorta non solo a definire criteri di scelta in base ad esperienza e formazione dei candidati che si siano proposti, ma anche a procedere a «colloqui, in presenza o in remoto».

¹¹⁸ Per l'avvio di questi studi, si vedano, tra gli altri, A. ROMANO TASSONE, *I problemi di un problema: spunti in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Dir. amm.* 1997, 35 ss.; ID. *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, II, 813; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, Giappichelli, 2002; G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto-amministrazione*, in *Studi in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1303 ss.; L. IANNOTTA, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1998, p. 299; M. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla «libertà dall'amministrazione» alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, pp. 101 ss.; M., IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Giappichelli, Torino, 2004..

¹¹⁹ da ultimo, si veda C. PINELLI, *Il buon andamento dei pubblici uffici e la sua supposta tensione con l'imparzialità. Un'indagine sulla recente giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 719 ss..

in base al prodotto del suo lavoro, e che ogni suo atto, organizzativo o produttivo, debba esservi orientato¹²⁰; ma poiché la giuridicizzazione ha comportato anche la fissazione in base a legge delle finalità e di molte modalità di azione, è facile confondere il risultato amministrativo con il mero rispetto delle norme applicabili ad ogni caso trattato, la moltiplicazione delle quali, un effetto fisiologico in sistemi abbastanza stabili nel tempo, finisce coll'assorbire gran parte dell'attenzione del decisore amministrativo, e sostituire, come in un gioco di specchi, i veri obbiettivi da raggiungere¹²¹.

Il tema del risultato ha lavorato prevalentemente sul più facile, ovvero, pur se non è poco, sul piano della dinamica organizzativa, sull'impostazione tra indirizzo politico amministrativo - che dovrebbe generare obbiettivi generali e specifici - e gestione operativa, chiamata a conseguirli; si tratta cioè, ancora una volta, della compiuta sistemazione del principio di distinzione tra politica e amministrazione, che è stato rafforzato con sistemi, anche sofisticati e talora troppo complessi, di valutazione dell'operato degli organi amministrativi, e con più semplici, ma non per questo meno complessi da gestire operativamente, incentivi e disincentivi economici e professionali, che sono passati, soprattutto (ma non solo), per la introduzione dell'indennità di risultato nei meccanismi retributivi della dirigenza pubblica, e di un trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale per tutti i dipendenti¹²². Ma anche qui il principio personalistico ha finito per lavorare molto, corroborato dalla cornice europea; sul fronte della domanda, si sono moltiplicati gli strumenti di buon andamento volti a fornire maggiore affidabilità all'azione amministrativa¹²³, sia di tutela, con la possibilità di azioni collettive¹²⁴ ed il rafforzamento di antichi strumenti di

¹²⁰ Per le istituzioni pubbliche il risultato può essere rilevante anche in termini di legittimazione: P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* cit., p. 133, parla *output legitimacy*, in correlato alla *input legitimacy* basata sui fondamenti, usando le distinzioni tra *input ed output democracy* elaborata da R. E. GOODIN, *Reflective Democracy*, New York, Oxford University Press, 2003.

¹²¹ La rottura dell'identificazione tra legalità e soddisfazione dell'interesse generale è proprio il bersaglio della cd. amministrazione di risultato: cfr., ad es., M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 107 ss.

¹²² Per A. Pioggia, *Op. loc. ult. cit.*, sono segnali «dell'emersione del fattore individuale a livello organizzativo: la valutazione. Si tratta del processo di verifica che consente l'emersione di queste differenze e l'attribuzione ad esse di un valore»,

¹²³ Si vedano, da ultimo, le riflessioni di G. PALMA, *Principio di legalità ed il potere di organizzazione delle Amministrazioni pubbliche*, in *Amministrativ@mente*, 1/2014, lavoro che si pone in esplicito dialogo con G. PASTORI, *La burocrazia*, Cedam, Padova 1967, e L. VANELLI, *Tra carte e scartoffie. Apologia letteraria del pubblico impiego*, Bologna, Il Mulino, 2013.

¹²⁴ D.lgs. 20 dicembre 2009 n. 198; A. GIUFFRIDA, *Il "diritto" ad una buona amministrazione pubblica e profili sulla sua giustiziabilità*, Torino, Giappichelli, 2012.

azione popolare, come il recente rimedio dell'accesso civico¹²⁵, sia attraverso misure organizzative, come si può, ad esempio, vedere nell'evoluzione della tecnica dell'intervento sostitutivo, cioè della precaria sostituzione nella capacità decisionale, spesso ad *ad actum, one shot*, di un organo temporaneo (dunque fuori dai casi di gerarchia¹²⁶) a quello ordinariamente competente, che, da pratica straordinaria e commissariale, ha finito con il divenire un normale e generale assetto, tanto che ormai ogni amministrazione deve prevedere una specie di rincalzo cui ci si possa rivolgere nel caso che l'organo normalmente tenuto non decida entro termini stabiliti o comunque ragionevoli (art. 2, co. 9-bis, L. n. 241/1990). Insomma, l'intervento sostitutivo, da caso eccezionale, emergenziale, è divenuto sempre più «normale»¹²⁷, oltre che normato, o perché ciò a cui serviva

¹²⁵ G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, voce in *Dizionario di diritto pubblico* cit., VI, pp. 5948 ss.; G. ARENA, G. CORSO, G. GARDINI, C. MARZUOLI, F. MERLONI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè 2008; P. TANDA, *Trasparenza (principio di)*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg. 3, Giappichelli, Torino 2008, pp. 884 ss.; B. PONTI, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013; M SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, pp. 795 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*, n. 8/2013; D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del D.Lgs. n. 33/2013*, *ibidem*, n. 5/2016; C. COLAPIETRO, (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

¹²⁶ La capacità del superiore gerarchico di avocare la decisione normalmente imputata all'inferiore è in effetti già da tempo ritenuta una caratteristica propria della gerarchia, perché la competenza del primo comprende quella del secondo, e dunque la sostituzione è in questi casi considerata normale (si veda l'art. 16, co. 1, lett. e), d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), e l'intervento sostitutivo è stato perciò ritenuto imperfettamente o impropriamente ritenuto tale: cfr. E. ESPOSITO, *Il potere sostitutivo. Amministrazione centrale ed enti locali*, Napoli, Jovene 1968, 53 ss.; D. CARUSO INGHILLERI, *La funzione amministrativa indiretta*, Milano, Società Editrice Libraria, 1909, 155 ss.

¹²⁷ L'intervento sostitutivo non gerarchico è stato a lungo considerato derogatorio e, perciò, eccezionale, raro e da usare con cautela poiché, nella visione dell'amministrazione – macchina, costituisce una alterazione del principio di competenza e, data l'impostazione del nostro sistema amministrativo, persino di quello di legalità, laddove cioè incide sulla distribuzione delle attribuzioni e delle competenze che in Italia è definita in base ad una norma; e si comprende allora perché, sono a poco fa, lo si utilizzasse soprattutto per fronteggiare situazioni di emergenza o molto prossime, con i «commissari straordinari» e gli altrettanto straordinari poteri di intervento degli organi temporanei in caso di calamità naturali o sanitarie, o per rimediare a gravi comportamenti amministrativi, quelli che mettessero in forse l'assetto stesso della forma di stato, come per i casi di inottemperanza alle sentenze giurisdizionali, ovvero (data l'attuale, e discussa, disposizione dell'art. 81 della costituzione) per gestire crisi economico finanziarie di soggetti pubblici che, in altri ambiti delle attività umane, verrebbero assoggettate al fallimento, e dunque anche al rischio dell'eliminazione del soggetto, impossibile per le istituzioni pubbliche, o infine per le più estreme forme di incapacità di funzionamento, che fossero dovute ad inadeguate gestioni (come negli scioglimenti per mancata approvazione dei bilanci), o a rischi di venir meno agli elementi legittimanti di una istituzione (come negli scioglimenti per infiltrazioni criminali accertate). Molta della casistica basata sull'urgenza si è nel tempo «normalizzata», ha cioè trovato un assetto che consente un intervento ordinario e poco o nulla

viene affrontato in termini ordinari, con i noti sistemi dell'attribuzione e della competenza, o perché, quand'anche rimane tale, i poteri del precario sostituto, da contingibili ed urgenti, cioè derogatori e straordinari, sono sempre più avviati verso una ordinarietà¹²⁸: sono misure, preventive o repressive, per far funzionare affidabilmente l'amministrazione.

6. Il provvedimento amministrativo come decisione ragionevole e, dunque, personalista

Tutte queste strutture possono essere ricondotte al più clamoroso indizio, costituito dal «diritto alla buona amministrazione» sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, da alcuni salutato come un'importante ma importata innovazione¹²⁹, da altri come null'altro che un accordo europeo che conferma principi ed assetti a lungo negletti della Carta costituzionale italiana¹³⁰, e tuttavia oggi protetti in Italia forse con maggiore

sostitutivo, come dimostrano la nascita ed il rilievo del sistema per la protezione civile, la trasformazione del commissario nominato dal giudice in una tecnica di esecuzione forzata delle sentenze (prevista in ogni sistema processuale), la disciplina sempre più intensa e, ormai, assentata dei presupposti per lo scioglimento di enti e delle modalità per gestirne il ritorno alla normalità. Su questi caratteri del «potere sostitutivo» cfr. M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa* cit., pp. 11 ss., e *passim*; A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001, spec. pp. 1 ss., 141 ss.; M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in AA. VV., *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 735 ss..

¹²⁸ Il fenomeno potrebbe essere di tipo evolutivo, se si accetta l'idea che una delle forme dell'evoluzione potrebbe ritrovarsi proprio nell'aumento del numero di operazioni importanti che facciamo senza doverci pensare: cfr. G. GIGERENZER, *Bounded Rationality. The Adaptive Toolbooks*, Cambridge (Ma), The Mit Press, 2001, p. 41

¹²⁹ Tra la enorme letteratura al riguardo, si vedano, ad esempio, R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea*, a cura di R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 284 ss.; C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, amministrazione e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. VETTORI, Padova, Cedam, 2002, p. 255 ss.; M.A. SANDULLI, *Buona amministrazione e Costituzione europea*, in *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, a cura di A. CELOTTO, Torino, Giappichelli, 2004, p. 77 ss.; E. CHITI, *Il principio di buona amministrazione*, in *Diritto amministrativo europeo. Casi e materiali*, a cura di M. P. CHITI, C. FRANCHINI, M. GNES, M. SAVINO, M. VERONELLI, Milano, Giuffrè, 2005, p. 39 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. CHITI, G.F. CARTEI, G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2007, I, pp. 49 ss.

¹³⁰ G. PASTORI, *L'amministrazione da potere a servizio*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M. R. SPASIANO, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 57 ss.; L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, p. 789 ss; V. CERULLIIRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – I parte*, in *Giustamm.it*, 2/2005, p. 2.

ampiezza¹³¹.

È interessante notare che molti studiosi hanno potuto cogliere nelle parti più intime di questo oggetto (altrimenti poco più che una lista di garanzie procedurali¹³²), alcuni elementi che finiscono con incidere profondamente sul regime giuridico della decisione amministrativa, specie se intesa come effetto di un «comportamento».

Si tratta, per un verso, di un orientamento, si potrebbe dire di un'attitudine, ad essere comprensivi e rispettosi delle ragioni dei cittadini, con spirito di lealtà e collaborazione, e persino mitezza e cortesia¹³³; ma soprattutto, è possibile riportare la «buona amministrazione» alla buona fede¹³⁴, alla correttezza, ed alla ragionevolezza dei comportamenti e delle decisioni¹³⁵.

È noto che quello della ragionevolezza sia un principio giuridico «inespresso», nel senso che sembra essere efficace anche laddove non vi sia alcuna disposizione che, esplicitamente, lo descriva o ne imponga il rispetto¹³⁶; prescindendo dalla discussione circa il fatto che costituisca una sorta di presupposto generale del diritto, e di ogni ordinamento¹³⁷, per la giurisprudenza¹³⁸ e la dottrina italiane è stato possibile riconoscerlo ed estrarre

¹³¹ D. SORACE, *La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60 anniversario della Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2008, ora anche in *La Costituzione ha 60 anni. La qualità della vita sessant'anni dopo*, a cura di M RUOTOLO, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, pp. 119 ss.

¹³² D. D'ORSOGNA, *Buona amministrazione e sussidiarietà*, in *Diritto@Storia*, 2010, p. 3.

¹³³ F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, G.F. CARTEI, G. GRECO cit., pp. 49 ss.; A. ZITO, *Il diritto ad una buona amministrazione* nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 436; S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in *Iipa.eu*, 7; R. FERRARA, *Il procedimento amministrativo visto dal «terzo»*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, p. 1035.

¹³⁴ A. PIOGGIA *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, spec. pp. 223 ss.; M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2012, pp. 1023 ss.; ma si veda già M. S. GIANNINI, *Relazione*, in Av Vv., *Atti del Convegno nazionale sulla ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi (Napoli 27-28-29 ottobre 1963)*, Milano, Giuffré, 1965, p. 518: «si potrebbe pensare che quando l'interesse legittimo si presenta come interesse ordinato all'ottenimento di un bene della vita sia identica la posizione del titolare dell'interesse legittimo e del titolare del potere, cioè l'Amministrazione, onde ambedue abbiano il dovere di comportarsi secondo buona fede».

¹³⁵ S. Cassese, *Il diritto alla buona amministrazione* cit., p. 7, vi aggiunge anche imparzialità, equità, obiettività, coerenza, proporzionalità, assenza di discriminazioni.

¹³⁶ R. GUASTINI, *Principi di diritto*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 342 s..

¹³⁷ J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, voce in *Dig. (disc. pubbl.)*, XII, Torino, 1997, pp. 345 s.; R. GUASTINI, *Principi generali*, cit., p. 346; R. ALEXY, *Ragionevolezza nel Diritto costituzionale*, in *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE, A. SPADARO, Torino, Giappichelli, 2002, p. 154.

¹³⁸ Per la Corte costituzionale, si vedano le capostipiti sentenze n.ri 104/1968, 37/1969, 78/1970, 200/1972.

dall'art. 3 della Costituzione¹³⁹ che, riguardando «da Repubblica», ne impone il rispetto quantomeno nei confronti dei soggetti pubblici¹⁴⁰.

Sul versante dell'amministrazione pubblica, esso ha funzionato dapprima come limite della discrezionalità (in negativo, come divieto di irragionevole arbitrio, e dunque come criterio di intervento giudiziario¹⁴¹), per poi dispiegare le vele sino a coincidere o dare senso a elementi essenziali dell'azione amministrativa e del diritto amministrativo, rapportandosi alla discrezionalità, alla funzione, all'imparzialità, al buon andamento¹⁴². Giungendo infine a consentire di trattare il più specifico dei «vizi» di validità del provvedimento amministrativo (e degli atti unilaterali in generale), quello definito nel linguaggio domestico «eccesso di potere», come, all'osso, un problema di ragionevolezza della decisione¹⁴³.

Non è necessario (anche perché impossibile in poche righe) dare conto integrale di questo percorso; è interessante notare, però, che un canone di

¹³⁹ A. M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto e società*, 1975, pp. 565, 561 e ss.; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, Cedam, 1984, pp. 372 e ss.

¹⁴⁰ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, cit.

¹⁴¹ G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. Dir. Pubb.* 1963, pp. 63 ss.; in P. Forte, *Oggetti giuridici* cit., pp. 70 e ss., ho cercato di dimostrare che il fenomeno sia un vero e proprio oggetto giuridico.

¹⁴² Tra altri, in aggiunta alla letteratura già menzionata, si vedano F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione* cit., spec. pp. 23 ss.; A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 309 ss.; più di recente, P. M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1993, spec. pp. 90 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 16 ss.

¹⁴³ Sul punto il consenso tra gli studiosi è divenuto progressivamente ampio, pur tra differenti approcci e, soprattutto, discussioni sulla piena coincidenza o meno tra ragionevolezza ed eccesso di potere: cfr, tra altri, S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, Giuffrè, 1973, 142; F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 1967, p. 497; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX Convegno di Studi Amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1987, spec. p. 110; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1976, *passim*; T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1981, pp. 605 ss.; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1965, spec. pp. 272 ss.; F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, spec. pp. 115 ss., 213, 248 e *passim*; ID., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 51; F. MANGANARO, *Princípio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, ESI, spec. pp. 57 e ss. e *passim*; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa* cit., spec. pp. 320 s.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 843; A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa* cit., pp. 223 ss.; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative* cit., spec. pp. 71 ss.; M. D'ALBERTI *Diritto amministrativo e principi generali*, in *Le nuove mete del diritto amministrativo*, a cura di M. D'ALBERTI, Bologna, Il Mulino, 2010, spec. pp. 67 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo* cit., spec. pp. 141 ss.; C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela* cit., pp. 253 ss..

ragionevolezza così pervasivo esalta necessariamente tutte le fasi di formazione della decisione e, soprattutto, il ruolo delle persone che ne sono implicate: quelle che concorrono alla decisione, assumendosene a vario titolo la responsabilità, e le altre ad essa interessate¹⁴⁴.

A guardare la decisione amministrativa con il prisma della ragionevolezza, infatti, non solo rileva in modo peculiare e proprio, come una sorta di premessa maggiore, il pre-decisionale (l'acquisizione di fatti, documenti, notizie, interessi coinvolti, analisi normative, precedenti amministrativi e giurisprudenziali, ecc.), ma soprattutto la ragionevolezza ne richiede un apprezzamento, una valutazione, una ponderazione, una comparazione, persino un giudizio, da usare per l'adozione, poi, della decisione; ed è stato notato che solo nelle attività materiali di questa fase istruttoria «l'aspetto psichico è irrilevante», mentre per il resto essa «si scompone in una serie, cronologicamente e logicamente collegata, di attività che presuppone un processo mentale ed intellettuale basato su una certa rappresentazione della realtà, rivolta al reperimento di cognizioni concernenti dati, fatti e circostanze materiali, il cui apprendimento implica un giudizio di esistenza e la cui elaborazione si esprime mediante giudizi di valore, alcuni dei quali, molto spesso, aventi contenuto di natura tecnica»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ L. R. PERFETTI, *Diritto a una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 789 ss. Già da tempo, tuttavia, si è rilevata «da possibilità, non meramente logica ma giuridica di distinguere, nell'ambito del procedimento inteso in senso ampio, comprensivo cioè del provvedimento, una fase procedimentale in senso stretto, coincidente con il processo decisionale e con la relativa determinazione, e una fase provvidenziale nella quale la determinazione viene assunta in vista della produzione dell'effetto giuridico che l'ordinamento collega al relativo atto». Allorché, perciò, l'amministrazione «agisce per la decisione», le posizioni giuridiche impiegate sono molto diverse da quelle attive per il momento in cui si «agisce per la produzione dell'effetto giuridico»: così A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 119. In argomento, si veda anche M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2002.

¹⁴⁵ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative* cit., p. 154; l'A. stesso, del resto, richiama L. MEHL, *L'informatique, la Connaissance et l'Action*, in *Bull. I.I.A.P.*, ottobre-dicembre 1968, 12 e s., per il quale «il processo decisionale dovrebbe essere distinto in una zona assiologica, riservata alla scelta dei valori, in una zona dell'incertezza, riservata all'acquisizione delle conoscenze ed in una zona del calcolabile, riservata al ragionamento», di J. A. ROBINSON, R.R. MAJAK, *La teoria della formazione delle decisioni*, in *Teoria e metodi in scienza politica*, a cura di D. J. CHARLESWORTH, trad. it. Bologna 1971, p. 245, ove si distinguono gli aspetti intellettuali, sociali e semimeccanici nella formazione delle decisioni; a sua volta, G. PALMA, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa: un assaggio*, in *Amministrativamente* n. 1/2013, p. 1, parla di una «scomposizione» della discrezionalità ne «il momento intellettuale dell'interpretazione della legge da attuare, il momento della ponderazione degli interessi coinvolti (pubblici e privati), il momento della decisione e così via».

Più, dunque, di una «ragionevolezza in senso soggettivo»¹⁴⁶, forse si è di fronte ad un'idea di ragionevolezza «in senso personale», perché vi partecipano, come s'è visto in termini psichici¹⁴⁷, con necessità di *discernimento*¹⁴⁸, di *simpateticità*¹⁴⁹, più persone¹⁵⁰: il responsabile del procedimento, se diverso l'organo amministrativo decidente, gli interessati che abbiano qualcosa da dire e da dare all'operazione, e partecipano perciò al procedimento¹⁵¹, o comunque concorrono alla decisione¹⁵². E come in ogni fenomeno ermeneutico del genere¹⁵³, acquista rilievo ciò che viene definita precomprendizione¹⁵⁴, divengono determinanti cioè non solo elementi, a dir così, oggettivi (canoni o argomenti interpretativi, figure dogmatiche consolidate o dominanti, precedenti

¹⁴⁶ P. M. VIPIANA, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico* cit., p. 73, cui seguirebbe quella «in senso oggettivo», conseguente e consequenziale, che ai più appare però riferibile, perciò, alla logicità, che non coincide totalmente con la ragionevolezza: cfr. G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 4, p. 974 s.; M. E. SCHINAIA, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4; si permetta anche il rinvio a P. FORTE, *I principi dell'azione amministrativa dopo le recenti riforme*, in *I principi generali dell'azione amministrativa*. Atti del Convegno di Napoli – 3 febbraio 2006, a cura di M. P. CHITI e G. PALMA, Napoli, Jovene, 2006, 73.

¹⁴⁷ La decisione discrezionale è «una scelta individuale ed unilaterale, con una forte connotazione volontaristica e psicologica» secondo M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., p. 10.

¹⁴⁸ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* cit., p. 103; D. DONATI, *Il paradigma sussidiario* cit., p. 232.

¹⁴⁹ G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, pp. 984 ss.

¹⁵⁰ Anche nel concetto di *accountability*, secondo P. Ricci, *Accountability* cit., p. 5, oltre a coloro che hanno responsabilità di gestione, hanno ruolo coloro che «abbiano concorso, direttamente o indirettamente, a definire programmi», e «coloro che vogliono saperne di più circa le scelte ed in alcuni casi criticano i risultati» (trad. mia).

¹⁵¹ G.D. COMPORTI, *Lo Stato in gara*, in *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione*, a cura di A. Pisaneschi, Milano, Giuffrè, 2007, I, spec. pp. 895 s., studia in particolare i «momenti di percezione della realtà, qualificazione-accertamento dei fatti e valutazione degli interessi» cui concorrono i partecipanti, anche privati, del procedimento; parla al riguardo di «coalizione decisionale» M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, spec. pp. 136 e ss.; ma si vedano già le lontane considerazioni di G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, Cedam, 1967, spec. pp. 409 e ss.

¹⁵² M. BELLAVISTA, *Alcune riflessioni in tema di diritto giurisprudenziale e formazione della decisione amministrativa*, in AA. VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 134: «La persona che ricopre il ruolo di «parte interessata» (identificata dalla combinazione delle disposizioni contenute nell'art. 3 della l.2248/1865 All. E e artt. 7 e 9 della L. 241/1990) sta innanzi: (con riguardo al chi) alla persona che ricopre il ruolo di responsabile del procedimento e/o di responsabile del provvedimento; (con riguardo a cosa) all'esercizio del potere pubblico».

¹⁵³ «L'apertura al fatto, come caratteristica della decisione, significa, prima di tutto (con riguardo alla persona - alle persone), il lasciar essere gli altri nelle possibilità della decisione stessa, cioè di quella particolare decisione»: così M. Bellavista, *Alcune riflessioni in tema di diritto giurisprudenziale e formazione della decisione amministrativa* cit., p. 133.

¹⁵⁴ H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it. Milano, 1995, spec. pp. 342 ss.

giurisprudenziali, principi dell'ordinamento, ecc.), che tuttavia possono essere appresi diversamente da persona a persona, ma anche qualità e condizioni, e capacità di apprezzamento, valutazione e previsione delle conseguenze decisionali, dovuti al percorso ed ai caratteri personali¹⁵⁵.

L'elemento personale dunque diviene dirimente in un'amministrazione che usa la ragionevolezza come criterio giuridico di validità delle proprie decisioni, che vale, in tal senso, ad aggiungersi alla valutazione politica, non più in grado nel mondo complesso odierno di farlo da sé¹⁵⁶, nell'evitare la balzana idea per cui «de cose si governano da sole e trovano da sé una risposta»¹⁵⁷; e poiché, si ripete, esso è ormai canone della loro validità giuridica, autonomamente o sotto il manto dell'eccesso di potere, decisioni improprie (e quindi cattivi risultati), dovute, per esempio, all'inadeguatezza, alla slealtà, alla disonestà della persona che se ne occupa, al pari di ogni altra causa di evidente irragionevolezza, rischiano di essere non solo commendevoli, inefficienti o inappropriate, ma anche giuridicamente invalide, e perciò rimuovibili¹⁵⁸.

Ciò sembra dare ragione alla dottrina che sostiene che il buon andamento e l'imparzialità prescritti dall'art. 97 Cost. siano un'endiadi, funzionino in combinato, non si realizzino appieno l'uno senza l'altra¹⁵⁹; ma soprattutto è uno strumentario che si aggiunge ai meccanismi interni di valutazione dell'efficienza

¹⁵⁵ J. ESSER, *Precomprendere e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it. Napoli, ESI, 1983; G. ZACCARIA *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, 47 ss.; L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1996, 48 ss..

¹⁵⁶ G. Palma, *Riflessioni in tema di scomposizione analitica della ricostruzione teorica della discrezionalità amministrativa* cit., p. 5 ss., dimostra la necessità della discrezionalità amministrativa «attrezzata» come complemento irrinunciabile della politica nelle società contemporanee.

¹⁵⁷ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1981, p. 166; la letteratura ha in effetti chiarito già da tempo che l'imparzialità non sgancia l'amministrazione dagli indirizzi politici, e dunque dalla forma di governo democratico rappresentativa: cfr., ad es., G. GARDINI, *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 100; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 661; P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione* cit., *passim*.

¹⁵⁸ R. FERRARA, *L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, pp. 31 ss.

¹⁵⁹ G. Palma, *Itinerari di diritto amministrativo* cit., p. 26 e *passim*; il dibattito è comunque ampio, si vedano, ad esempio, G. FALZONE, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 118 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della Pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1979, pp. 147 ss.; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1965; S. CASSESE, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, pp. 47 ss.; A. CERRI, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973; più di recente, G. GARDINI, *Imparzialità amministrativa*, voce in S. CASSESE (dir. da), *Dizionario di diritto pubblico* cit., IV, pp. 2934 ss.; parla di un «circolo, nel quale continuamente indirizzo, gestione e controllo dei risultati interagiscono» L. TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, Cedam, 2000, p. 32; in giurisprudenza costituzionale, si vedano, ad esempio, Corte cost., sentenze n. 333/1993, 104/2007.

amministrativa, e sembra far invecchiare rapidamente, e relegarla ad ambiti ristrettissimi¹⁶⁰, una questione che per decenni invece ha connotato il diritto amministrativo, quella del «merito» delle scelte¹⁶¹, che a lungo, ha coinciso con la concezione dell'amministrazione pubblica come autorità imperativa, come soggetto di potere¹⁶², in una accezione capace, almeno in certi casi, di tener fuori dal diritto alcune sue decisioni, a causa vuoi del principio della divisione dei poteri, vuoi della distinzione delle norme di azione da quelle di relazione, vuoi della prevalenza pregiudiziale dell'interesse pubblico, vuoi per visioni volte a ricondurre nell'amministrazione pubblica un nucleo di libertà del volere prese a nolo da alcune delle tradizioni del diritto dei privati¹⁶³.

Resta ancora oggi un contenuto di merito delle decisioni amministrative, più o meno come vi è in ambito privato, nelle tante decisioni, anche importanti, che ognuno di noi prende per la propria vita o sui propri beni che non hanno rilievo giuridico; ma poiché in quelle amministrative è fisiologicamente insita, per un verso, la possibilità di intaccare interessi altrui, e per altro, s'è visto, anche quello per cui si decide, ciò che chiamiamo interesse pubblico, ha che fare con persone ed i loro bisogni, il diritto alla buona amministrazione e l'obbligo generale di ragionevolezza ne consentono sempre una valutazione giuridica, sia essa interna (con la partecipazione procedimentale, e i sistemi di controllo e verifica) o sia essa giudiziaria, dunque *esterna*¹⁶⁴, almeno in forma cd. «estrinseca»¹⁶⁵.

¹⁶⁰ G. C. SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, Giappichelli, 2014, spec. pp. 304 ss.

¹⁶¹ F. G. SCOCA, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, pp. 1385 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di «merito»*, in *Dir. amm.*, 2008, pp. 539 ss.

¹⁶² B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013, p. 277, parla di soluzione «ideologica», dell'«idea di una zona riservata che dia la misura di tutta la forza che la nozione di autorità porta con se!».

¹⁶³ Oltre alla dottrina già menzionata, si veda anche G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, voce in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, Giuffrè, 1976, spec. 130 s., A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, I, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 84 ss., e da ultimo, B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo* cit., *passim*.

¹⁶⁴ Con diversi accenti, (soprattutto in tema di cd. discrezionalità tecnica), cfr. F. G. SCOCA, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giurisdizionale*, a cura di V. PARISIO, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 113, ss; N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, spec. pp. 121 ss.

¹⁶⁵ Cioè su «la presenza e l'ampiezza della motivazione, la ragionevolezza, la sufficienza dell'istruttoria»: così R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 126; su ciò pare ormai raggiunta una piena capacità cognitiva anche da parte del Giudice amministrativo: cfr. A. POLICE, *Attualità e prospettive della giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in AA. VV. *Studi in onore di Alberto Romano* cit., pp. 1437 ss.

E per tutto ciò che ne residua, che resta «di merito», «ad alto tasso di «soggettività»¹⁶⁶, la appropriatezza del decisore diventa vieppiù determinante. Con questi apparati, la decisione amministrativa si rivela definitivamente una decisione giuridica, nella quale le persone implicate impegnano se stesse, le proprie dotazioni, per costituire la relazione giuridica e l'assetto tra interessi che chiamiamo pubblici e quelli che non lo siano, e che si definisce in via convenzionale, concordata, o in forma di atto giuridico unilaterale.

7. Qualche implicazione per la democrazia matura

La valenza di questo assunto, se vero, può assumere una dimensione maggiore. La generazione presente, in Italia ed in larga parte del mondo occidentale, sta sperimentando ciò che potremmo definire la condizione matura della democrazia, quella che tende ad instaurarsi con particolare evidenza dopo periodi piuttosto stabili e duraturi di permanenza di questa forma di governo. Si tratta di una condizione già prefigurata, con approccio deduttivo, dell'intuizione platonica¹⁶⁷, ma è stata corroborata da rilevazioni empiriche e dibattiti più esperti, soprattutto a partire dal XX secolo, e riguarda, a dirla in breve, la naturale tendenza della democrazia (soprattutto in struttura rappresentativa) a dispiegarsi mediante forme sostanzialmente oligarchiche, ed a perdere perciò col tempo autorevolezza e legittimazione delle procedure e dei rappresentanti¹⁶⁸.

Gli studi sull'incidenza dei partiti di massa, e forse più in generale di ogni tipo di organizzazione stabilmente dedicata all'alimentazione dei meccanismi strutturali ed istituzionali della democrazia rappresentativa¹⁶⁹, hanno in effetti

¹⁶⁶ Così Cass., SS UU civ., 17 febbraio 2012, n. 2312.

¹⁶⁷ Mi riferisco al celebre dialogo tra Socrate e Adimanto nell'ottavo libro della Repubblica, dedicato alle diverse forme di potere politico e alla loro degenerazione: cfr. PLATONE, *Opere*, Bari, Laterza, 1967, II, pp. 382 ss. (563 e - 564 a): «quell'identico morbo, dissì, che, sorto nell'oligarchia, l'ha portata a rovina, sorge anche nella democrazia nascendo dalla licenza, e, più intenso e forte, la riduce schiava. [...] È naturale quindi, continuai, che la tirannide non si formi da altra costituzione che la democrazia; cioè, a mio avviso, dalla somma libertà viene la schiavitù maggiore e più feroce». E poi (565 c-d) «Ora, il popolo non è sempre solito mettere alla propria testa, in posizione eminenti, un solo individuo, mantenerlo, farlo crescere e ingrandire? – Sì, è solito farlo. – Allora è chiaro, feci io, che, tutte le volte che nasce un tiranno, esso spunta dalla radice del protettore, e non da altra parte».

¹⁶⁸ V. PARETO, *Un'applicazione di teorie sociologiche*, in Id., *Scritti sociologici*, trad. it. Torino, UTET, 1966, p. 274, parlava esplicitamente di «una nuova futura aristocrazia che si appoggia sul popolo».

¹⁶⁹ R. MICHELS, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1966, p. 56: «chi dice organizzazione dice tendenza all'oligarchia»; più di recente, si può vedere G. AZZARITI, *La crisi dei partiti come crisi della loro capacità rappresentativa*, in *Scritti in onore di*

rilevato, con approccio realista, la loro fisiologica, inevitabile tendenza a concentrare la capacità decisionale in luoghi piccoli, minoritari, o comunque costituiti da un numero di persone enormemente inferiore a quello dell'intero corpo elettorale¹⁷⁰, e ciò, lungi dal costituire una meccanica meramente rappresentativa, una fedele proiezione su schermo piccolo di un'immagine più estesa¹⁷¹, è un vero e proprio tecnicismo¹⁷² che finisce col consegnare a gruppi esigui, ed alle loro transazioni, poteri propriamente sovrani, la «tirannia dei cinquantuno» di Luigi Einaudi¹⁷³, ponendo in crisi, nei fatti, una visione ingenua e semplificata del concetto di sovranità popolare, o rendendolo asserzione piuttosto vuota¹⁷⁴.

Seppure la democrazia non stia tutta qui, ed anzi la sua parte migliore è probabilmente altrove - ad esempio nella frequenza obbligatoria dei cambiamenti dei gruppi dirigenti, nella capacità di preservazione di libertà¹⁷⁵ e diritti¹⁷⁶ fondamentali, nella tendenza transattiva fra diversi interessi¹⁷⁷, nella

Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI, Napoli, Jovene, 2009, V, pp. 1788 ss.

¹⁷⁰ Per G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, in Id., *Scritti politici*, Torino, UTET, 1982, p. 711, anche nel sistema rappresentativo «la minoranza organizzata domina sulla maggioranza disorganizzata».

¹⁷¹ Per H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, trad. it. Bologna, Il Mulino, 1981, p. 65, il «parlamentarismo» è «fra gli elementi finora considerati che limitano l'idea di libertà e, con ciò, quella della democrazia, il più importante».

¹⁷² J. A. SHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia*, trad. it. Milano, Edizioni di Comunità, 1964, pp. 234 ss.

¹⁷³ «altrettanto dura, altrettanto odiosa, come la tirannia dell'uno, dei pochissimi su cento»: L. EINAUDI, *Maior et sanior pars, ossia della tolleranza e dell'adesione politica*, in *Idea*, gennaio 1945, pp. 5 ss.

¹⁷⁴ È ben nota la posizione di M. WEBER, *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania e altri scritti politici*, trad. it. Torino, Einaudi, 1982, p. 112, per la quale «l'agire politico è sempre dominato dal «princípio del piccolo numero», cioè dalla superiore capacità di manovra politica dei piccoli gruppi dirigenti»; ma si veda anche, H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., *passim*.

¹⁷⁵ È uno degli assunti, sia pure generali, sostenuto da H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* cit., pp. 40 ss.; e, ancor più, in Id., *I fondamenti della democrazia*, in Id., *La democrazia* cit., p. 246 s.; usando questi assunti, più di recente Norberto Bobbio parlava di «frontiera» o «territorio» inviolabile, e a sua volta Ernesto Garzon Valdés ha provato a dimostrare come ciò che egli definisce – prendendo l'espressione da un libro di Juan Goytisolo - il «coto vedado» (un terreno indisponibile anche alla maggioranza semplice) serva a preservare il «princípio della maggioranza», impedendo il «dominio della maggioranza»: cfr. N. BOBBIO, *La regola di maggioranza: limiti e aporie*, in *Fenomenologia e società*, 1981, pp. 13 ss.; E. GARZON VALDÉS, *Tolleranza, responsabilità e Stato di diritto. Saggi di filosofia morale e politica*, trad. ed ediz. it. a cura di P. COMANDUCCI, T. MAZZARESE, Bologna, Il Mulino, 2003; non diversamente, L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, in *Teoria politica*, 1998, pp. 3 ss., parla di «non decidibile» e di «non decidibile che non».

¹⁷⁶ Ne si veda un elenco in R. A. DAHL, *Sulla democrazia*, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2000, pp. 41 ss.; N. BOBBIO, *teoria generale della politica*, Torino, Einaudi, 1999, p. 378 ss.

¹⁷⁷ H. KELSEN, *Difesa della democrazia*, in Id., *Sociologia della democrazia*, trad. it. Napoli, ESI, 1991, p. 50; U. ALLEGRETTI, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Riv. AIC*, 2011, p.

spinta alla trasparenza di atti e informazioni¹⁷⁸ e, in generale, nel contemplare condizioni di ampia partecipazione – e seppure siano stati elaborati ed usati diversi strumenti per contenere il dominio di oligarchie – dai referendum agli statuti delle minoranze e delle opposizioni, sino ai vari sistemi di decentramento e pluralismo istituzionale - resta il fatto che nelle democrazie mature i decisori politici sono realmente pochi, e spesso con scarsi vincoli di mandato, anche per la labilità, la genericità della delega, che consente acrobazie politiche e accordi improbabili, se non addirittura commendevoli, specie in situazioni in cui il potere istituzionale è in declino, sorpassato gerarchicamente da altri *topoi* decisionali¹⁷⁹.

Già un secolo fa, nel tentativo di trovare un rimedio a questa che potremmo definire la fallacia democratica, anche per non cedere alla tentazione di buttar via il bambino con l'acqua sporca del bagnetto, si provò a lavorare sull'ipotesi che il vero ruolo del corpo elettorale e dei meccanismi di garanzia e bilanciamento tra poteri, non venisse incentrato sulla concorrenza per la conquista del potere, ma sui temi connessi alla responsabilità, sulla capacità di pressione sui decisori, inevitabilmente pochi, per limitarne, in sostanza, l'arbitrarietà¹⁸⁰. Se insomma in società estese, mature, avanzate e complesse, sembra impossibile una democrazia che rispetti per intero entrambe le metà della sua semantica¹⁸¹ (dove c'è potere, sono pochi ad usarlo, dove sono tutti ad esprimersi, non c'è potere), il senso di questo regime in ordine alle capacità decisionale sta nei limiti che, grazie anche ad esso, si possono addurre alle decisioni di chi sia incaricato della relativa responsabilità¹⁸²; e dunque uno dei compiti di chi concorre a conoscere e ricostruire in termini giuridici le decisioni in ambito democratico, sta proprio nel fornire le strutture che supportino questi limiti.

5, parla al riguardo di aspetto soggettivo della democrazia, proprio consistente nella «massima soddisfazione dei diritti delle singole persone».

¹⁷⁸ F. MERLONI, *Trasparenza delle istituzioni e principio democratico*, in *La trasparenza amministrativa*, a cura di F. MERLONI, Milano, Giuffrè, 2009

¹⁷⁹ Per tutti, si vedano le acute osservazioni di C. WRIGHT MILLS, *Le élite del potere*, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1966, pp. 9 e ss.; per più recenti ed estreme rilevazioni, che giungono a parlare di «totalitarismo rovesciato» e di «postdemocrazia», si vedano, rispettivamente, S. S. WOLIN, *Democrazia S.p.a. Stati Uniti: una vocazione totalitaria?*, trad. it. Roma, Fazi, 2011; C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2003.

¹⁸⁰ M. J. OSTROGORSKIJ, *La democrazia e i partiti politici*, trad. it. Milano, Rusconi, 1991, spec. pp. 616 ss.: «è necessario che la minoranza dirigente sia tenuta in scacco. La funzione delle masse in democrazia non è di governare, bensì di intimidire i governanti».

¹⁸¹ G. SARTORI, *Democrazia. Cosa è*, Milano, Rizzoli, 1993, p. 27.

¹⁸² Sulla democrazia come «sistema di controllo e di limitazione del potere» cfr. G. Sartori, *Democrazia* cit., p. 141 ss.; a parere di P. ROSANVALLON, *La legittimità democratica* cit., p. 84 s., «le società contemporanee diventano sempre più leggibili a partire dalla nozione di minoranza», per cui «popolo» è ormai anche il plurale di «minoranza».

L'utilizzo esteso del principio personalista, come si è provato a dimostrare, conduce non solo ad una decisione amministrativa non imperativa, perché ha forma di atto giuridico, non solo ad una lenta crescita di attenzione per le qualità degli attori decisionali, ma soprattutto a versare la ragionevolezza ed i suoi limiti nello statuto giuridico dell'atto amministrativo che esprime la decisione, compiendo anche sul fronte amministrativo, che è in fin dei conti quello «interno» della politica, quel passaggio (apporvi limiti, esplicitare le responsabilità) senza il quale, s'è detto, la democrazia rischia di essere fallace, o almeno intrinsecamente contraddittoria, ed esposta a rischi di cattura ad opera di dominanti per nulla legittimati.

Credo sia per questo che, di recente, una parte degli studiosi connette le possibilità di intervento sulla decisione amministrativa ad opera di diversi concorrenti (e non solo degli interessati in senso tecnico partecipativo¹⁸³), ma anche il regime giuridico della sua validità imperniato intorno alla ragionevolezza, al principio della sovranità popolare, dunque della democrazia, insomma all'art. 1 della Costituzione, traendone importanti conseguenze anche in ordine alla relazione dell'amministrazione pubblica con i successivi articoli 2, 3 e 4¹⁸⁴. E che, con percorsi consequenti, si vada diffondendo l'idea di una vera e propria nuova componente della forma di stato, definita *enabling state*¹⁸⁵, in cui i cittadini non sono più meri destinatari delle decisioni amministrative, né meri partecipanti alla loro formazione, ma concorrono alla loro assunzione con varie forme di responsabilità proprie, esaltando la sussidiarietà come *paradigma*¹⁸⁶.

La dialettica interpersonale che si instaura in vista di una decisione amministrativa, ed il regime giuridico assunto dall'atto che la esprime, costituirebbero infatti una delle «forme» con cui si esercita la sovranità popolare, aggiuntiva rispetto a quelle ben più note, discusse e studiate, ed oggi in profonda

¹⁸³ U. ALLEGRETTI, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 779 ss.

¹⁸⁴ In una linea di sviluppo delle (pur diverse) posizioni di Giorgio Pastori, Feliciano Benvenuti, Giorgio Berti, si vedano le recenti proposte di L. R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società* cit., pp. 299 ss.; ID, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. Pubbl.*, 2013, pp. 61 ss.

¹⁸⁵ S. CASSESE, *Le prospettive*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 513 s., che lo pone in sequenza successiva al «welfare state» e al «regulatory state»; E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributi al diritto delle città*, a cura di [F. Di Lascio](#), [F. Giglioni](#), Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 29 ss.

¹⁸⁶ D. DONATI, *Il paradigma sussidiario* cit., spec. pp. 273 ss., che a suo avviso prende il posto del precedente *paradigma panpubblicista*; di *paradigma* aveva già parlato, prima dell'introduzione in Costituzione del principio di sussidiarietà, la Corte Costituzionale: cfr. la sent. 202/1992, in tema cooperazione sociale, che a giudizio della Corte «rappresenta un paradigma di azione collettiva che può trovare attuazione in molteplici campi».

crisi, connesse alla rappresentatività e all'indirizzo politico¹⁸⁷, in virtù della quale la decisione unilaterale dell'amministrazione pubblica riceve dal «sovrano» non solo istruzioni di orientamento e comportamento, ma anche condizioni di legittimazione, tali che, in società complesse, essa risponde non solo della fedeltà generale agli indirizzi formalmente ricevuti (che potrebbero provenire remotamente da pochi, persino mascherati), ma anche delle singole decisioni operative, grazie al regime giuridico dei loro atti, ed alla responsabilità che ne deriva.

¹⁸⁷ C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in Id., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, Cedam, 1954, pp. 10 ss.; V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana*, in ID., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 114 ss.

FRANCESCO FOLLIERI

Ricercatore di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi «A. Moro di Bari»
francesco.follieri@uniba.it

DECISIONE E POTERE NELL'ATTO AMMINISTRATIVO VINCOLATO*

DECISION AND POWER IN NON-DISCRETIONARY ADMINISTRATIVE ACT

SINTESI

L'ordinamento giuridico accorda all'amministrazione un margine di decisione, anche in caso di atti vincolati.

La decisione è infatti una scelta per un'alternativa *possibile*, composta di volontà e giudizio. Sicché la decisione del necessario o dell'impossibile è insensata: scegliere il necessario è superfluo e, comunque, la scelta (e quindi la decisione) è mera apparenza; scegliere l'impossibile è inutile, dal momento che l'alternativa preferita non può essere attuata, cioè il programma d'azione non può essere effettivamente messo in pratica. Secondo chi ritiene che l'atto vincolato non sia una decisione e dunque non sia un provvedimento amministrativo, la decisione di adottare un atto vincolato è superflua o inutile: l'amministrazione non ha altre possibilità oltre quella di adottare l'atto con il contenuto predeterminato dall'ordinamento, al ricorrere dei presupposti.

Una tale impostazione confonde la necessità, la possibilità e l'impossibilità con l'obbligo, il permesso e il divieto. Quando la (meta-)norma vincola l'azione amministrativa, impone all'amministrazione di decidere in maniera conforme ad essa, ma non rende la decisione necessaria: la (meta-)norma *obbliga* l'amministrazione ad adottare un atto con un certo contenuto al ricorrere dei presupposti vincolati, ma non impedisce che l'amministrazione *di fatto* adotti un atto di contenuto diverso. Anche quando l'ordinamento prefigura integralmente l'attività amministrativa, l'amministrazione conserva la *possibilità*, ancorché *non il permesso*, di agire diversamente, cioè di non rispettare la norma ipotetico-costitutiva. L'amministrazione, cioè, *decide* in ogni caso se disporre un certo effetto in una determinata situazione e quale effetto disporre.

L'atto adottato in violazione del vincolo è illegittimo. E tuttavia nel nostro

ordinamento anche tale atto produce i suoi effetti e permette all'amministrazione di perseguire il fine (eventualmente anch'esso illegittimo) che voleva perseguire con l'atto che viola il vincolo, salvo l'eventualità del suo annullamento.

Oltre ad essere sensata (cioè né necessaria, né inutile), tale decisione è anche giuridicamente rilevante: produce effetti giuridici, potenzialmente diversi da quelli prefigurati dall'ordinamento.

In sostanza, anche quando l'ordinamento prefigura integralmente l'azione amministrativa, l'amministrazione decide il contenuto dell'atto: l'atto amministrativo è in ogni caso un fatto istituzionale, *sub specie* di decisione. Anche l'atto vincolato è dunque esercizio del potere amministrativo, è un provvedimento amministrativo al pari di quello discrezionale e può essere legittimo/illegittimo (non solo lecito/illecito).

Da ciò tuttavia non discende che dinanzi ad un provvedimento vincolato vi siano interessi legittimi. Il discorso sulle situazioni giuridiche del cittadino in relazione al provvedimento vincolato dipende dall'elemento che la nozione di interesse legittimo (e, correlativamente, di diritto soggettivo) privilegia: se la sussistenza del potere in capo all'amministrazione ('l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita oggetto di potere amministrativo') oppure il grado di «certezza» di soddisfazione che l'ordinamento assicura alla pretesa del cittadino ('l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita a soddisfazione solo eventuale').

ABSTRACT

The legal system grants to the public authority a margin of decision, even in case of non-discretionary acts.

Decision is the preference of a *possible* course of action. Deciding the impossible or the necessary is meaningless: preferring the necessary is superfluous or however the preference (and the decision) is just illusory; preferring the impossible is useless, since the preferred program of action cannot be implemented. According to who considers the non-discretionary act not to be a decision and therefore an administrative act (but a mere action, a brute fact), the decision to adopt the non-discretionary act is superfluous or useless: the public authority has no other alternative than to adopt the act provided by the law, once the relevant conditions are met.

Such theory confuses necessity, possibility, and impossibility with duty, permission, and prohibition. Whether the norm completely binds the public

action, obligates the public authority to adopt an act having certain effects once the relevant conditions are met, but cannot prevent that the public authority *de facto* adopts a different act (e.g. having different effects). Even whether the legal system completely binds the public action, the public authority has the possibility, although not the permission, to act disregarding the norm. Therefore, public authority in any case decides which legal effects to set forth.

The administrative act which does not comply with the relevant provisions is voidable. In our legal system such act nonetheless is legally effective and allows the public authority to pursue the objective it wanted to pursue (although it is possibly non-compliant with law as well), until the possible annulment of the act.

Besides being meaningful, the decision in analysis produces therefore legal effects which are possibly different by those provided by the norm regarding that single administrative power, but which are nonetheless provided by the legal system (which also ensures the relevant enforcement).

In other words, even whether the norm completely binds the public action, the public authority decides in a strict sense the effects of the administrative acts it adopts: the non-discretionary administrative act is an institutional fact, *sub specie* of a decision (not just a mere performing act).

The non-discretionary administrative act is therefore an exercise of administrative power, just like the discretionary act, and can be valid/invalid (not just lawful/unlawful).

However, the above does not entail that the citizen has in any case a legitimate interest, instead of a right, *vis à vis* the public authority adopting a non-discretionary act. The nature of the position of the citizen in such cases depends on the notion of 'legitimate interest' (and correspondently of 'right'), that is whether a legitimate interest is the position of the citizen facing an administrative power or a claim to which the legal system grants just a potential satisfaction.

PAROLE CHIAVE: decisione, provvedimento, potere amministrativo, discrezionalità, costitutività
KEYWORDS: decision, administrative act, administrative power, discretion, constitutive nature

INDICE: 1. Decisione, potere, provvedimento. - 2. Esistono atti vincolati. - 3. Costitutività, potere, provvedimento. - 4. L'atto vincolato è una decisione. - 4.1. La nozione di 'decisione'. - 4.2. Possibilità di decidere vs. permesso di decidere. - 4.3. Decisione degli effetti e decisione dei fini. - 5. Conclusioni e alcune implicazioni.

1. Decisione, potere, provvedimento.

La discussione dogmatica sulla natura dell'atto amministrativo vincolato è stata avviata da un celebre scritto¹ nel quale Orsi Battaglini sosteneva che l'atto amministrativo non fosse un provvedimento, ma un mero atto dinanzi al quale il cittadino vanta diritti soggettivi, non interessi legittimi.

Secondo questa tesi, infatti, il potere amministrativo è intimamente connesso alla «funzione di comporre i conflitti di interesse e di definire le rispettive sfere giuridiche dei soggetti»², cioè alla decisione amministrativa (intesa in senso lato³), all'*ἐνλέγειν* che questa Rivista (e il convegno urbinate)

* Un'altra versione del presente scritto è stata pubblicata il 5 aprile 2017 sulla rivista *Federalismi.it*, con il titolo “*Decisione amministrativa e atto vincolato*”.

¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in ID., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 1249 (già in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, pp. 3 e ss.)

² A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 1249.

³ Nella dogmatica del diritto amministrativo, il sintagma ‘decisione amministrativa’ è infatti ambiguo. Per un verso, per ‘decisione amministrativa’ si intende l’atto «giustiziale» adottato dalla pubblica amministrazione, ossia quell’atto adottato all’esito di un procedimento contenzioso e che applica il diritto obiettivo ad una controversia sorta tra p.a. e cittadino. Cfr. F. MERUSI, G. TOSCANO, (*voce*) *Decisioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. X, Roma, Treccani, 1988, p. 3. La nozione è stata, tuttavia, molto discussa in dottrina.

Per C. VITTA, *Gli atti certificativi e le decisioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1924, IV, c. 97 e M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1953, pp. 33 e ss. (ma anche ID., (*voce*) *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, pp. 810 e ss.), la decisione amministrativa è una specie contenziosa dell’atto amministrativo di accertamento (dell’applicabilità) di una certa norma rispetto ad un caso concreto, tranne qualche isolato caso in cui tale atto ha carattere costitutivo (eliminatorio).

La natura giustiziale delle decisioni amministrative è condivisa da A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, p. 610, che le ricomprende fra «i provvedimenti che operano su precedenti atti amministrativi», oggetto di controversia.

La nozione fornita da E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1983, p. 351, è più analitica. Secondo Capaccioli, la decisione amministrativa è «atto di giustizia», non «atto di gestione di interessi pubblici» che è caratterizzato dal seguente regime: può essere adottato solo su ricorso dell’interessato, deve essere limitato alla domanda, è un atto dovuto e non presenta alcun profilo di discrezionalità. Oltre che per l’appartenenza dell’organo emanante ad un potere (in senso soggettivo) dello Stato diverso, le decisioni amministrative si distinguono dalle sentenze per l’autorità di cosa giudicata: le decisioni amministrative sono soggette a sindacato giurisdizionale, una volta esauriti i rimedi amministrativi (giustiziali), a differenza delle sentenze (soggette solo ai mezzi di impugnazioni giurisdizionali).

Tale nozione «ibrida» è dovuta, secondo V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, p. 824, al fatto che la pubblica amministrazione è un ordinamento giuridico derivato: le decisioni amministrative sono esercizio della funzione giurisdizionale nell’ordinamento amministrativo. Tuttavia, all’esterno, assumono la forma e il regime degli atti amministrativi.

Per E. CANNADA BARTOLI, (*voce*) *Decisione amministrativa*, in *Nss. Dig. it.*, vol. V, Torino, Utet, 1960, p. 269, invece, la decisione amministrativa coincide con il provvedimento amministrativo, sulla scorta della dottrina francese (che è restia alla distinzione che si sta esaminando). Giunge alla medesima conclusione P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano,

hanno eletto ad oggetto di riflessione per quest'anno⁴. In termini più analitici, in questo quadro concettuale la decisione è condizione necessaria del potere

Giuffrè, 1968, p. 105: le decisioni amministrative, pur avendo carattere *lato sensu* giustiziale, sono provvedimenti amministrativi, non riconducibili agli accertamenti costitutivi.

Per F. BENVENUTI, (*voce*) *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 542, l'ambito delle decisioni amministrative è ben più ampio: le decisioni amministrative trovano il loro fondamento nell'autotutela, intesa come quella parte dell'attività amministrativa funzionale a risolvere i conflitti «potenziali o attuali» tra cittadini o tra cittadini e pubblica amministrazione.

Quale che ne sia la nozione, la ‘decisione amministrativa’ così intesa si riferisce comunque ad un tipo di atto amministrativo. È la decisione amministrativa in senso stretto.

Per altro verso, per ‘decisione amministrativa’ si intende la combinazione di giudizio e volontà che compone un conflitto di interessi «selezionando un particolare assetto fra altri possibili» (M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, Giappichelli, 1996, p. 3). Assetto da attuare mediante il «programma d’azione» (F. MERUSI, G. TOSCANO, (*voce*) *Decisioni amministrative*, cit., p. 1) reso vincolante dalla decisione, ossia tramite la norma concreta prodotta (o le norme concrete prodotte) dalla decisione. - o se si vuole, dall’atto che esterna quella decisione. La ‘decisione amministrativa’ così intesa si riferisce cioè alla decisione *discrezionale* (pura) presa dall’amministrazione.

L’appello alla composizione fra interessi è un inequivoco richiamo alla nozione di discrezionalità amministrativa o pura ormai dominante nel diritto amministrativo, come comparazione o ponderazione degli interessi in gioco da parte dell’amministrazione, composta da giudizio e volontà: per tutti, M. S. GIANNINI *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939. Sulla rilevanza del giudizio nella determinazione discrezionale dell’amministrazione: A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1960, t. I, pp. 404 e ss.; A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 154 e ss.; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Rimini, Maggioli, 1987, t. II, pp. 786 e ss.; G. BARONE, (*voce*) *Discrezionalità. I) Diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, Treccani, 1989, pp. 7 e s.

Sulla «virata» della teoria del provvedimento verso la concezione della decisione, distaccandosi dall’idea (pandettistica) di atto, si veda F. LEDDA, *L’attività amministrativa*, in AA. VV., *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 20-22 settembre 1984*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 90 e ss. In quest’ottica si muove A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, ESI, 1997; nonché, più di recente, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETR, 2013, pp. 139 e ss.

L’antecedente di queste concezioni è da rintracciare in H.A. SIMON, *Administrative Behavior*, New York, 1957², trad. it. a cura di S. Cimmino, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 43 e ss.

L’affermazione che la decisione è composta da giudizio e volontà è comune anche alla filosofia: ARISTOTELE, *Eтика Nicomachea*, 8III, 2, 1112 a 15 «la scelta è accompagnata da ragione, cioè da pensiero» - su cui si tornerà *infra*.

⁴ È opinione piuttosto «trasversale» che la decisione sia strettamente connessa al potere. Cfr. fra gli altri: G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, già in Id. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1983, ora edito come studio monografico, Milano, Giuffrè, 1994, pp. 101 e ss.; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, cit.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., pp. 150 e 165; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001, pp. 226 e ss. Diverso è, però, il ragionamento che da tale premessa tali autori svolgono.

amministrativo⁵, ove per ‘decisione’ si intende la deliberazione discrezionale. Se ne deduce *more geometrico*⁶ che senza decisione (discrezionale) non v’è potere amministrativo. In altre parole, quando la norma predetermina presupposti e contenuto dell’atto, non v’è potere amministrativo: l’atto amministrativo vincolato non è espressione di potere amministrativo, in quanto atto senza decisione⁷.

Da questa affermazione si traggono alcuni rilevanti corollari.

a) Gli effetti giuridici che si fanno dipendere dall’adozione dell’atto vincolato sono invece prodotti secondo lo schema ‘norma-fatto’, non secondo lo schema ‘norma-potere-effetto’⁸, dal momento che gli atti vincolati sono atti senza potere. Nella successione di decisioni che caratterizza l’ordinamento

⁵ Condizione necessaria, ma non sufficiente: a definire il concetto di potere amministrativo concorre, infatti, anche la caratteristica «di produrre, oltre ad effetti determinati dalla legge nel contenuto, effetti il cui contenuto è viceversa determinato dalla legge con riferimento proprio alle scelte, tra le varie possibili, compiute dal soggetto titolare del potere» (G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., p. 101).

⁶ E in maniera valida dal punto di vista logico. La proposizione condizionale ‘se c’è decisione, c’è potere amministrativo’ è logicamente equivalente alla proposizione condizionale ‘se non c’è decisione, non c’è potere amministrativo’ (ove la doppia negazione si elide). L’opposto di una proposizione condizionale è, infatti, una proposizione ove la negazione figura solo nel condizionato (‘se c’è decisione, non c’è potere amministrativo’).

⁷ G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., p. 103.

⁸ La distinzione fra questi due celebri schemi è di E. CAPACCIOLI, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in ID., *Diritto e processo*, Padova, Cedam, 1978, p. 310 (già in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, vol. I, Padova, 1972). Questa dicotomia ha ragion d’essere a livello dogmatico e deriva da tre schemi teorico-generali della produzione giuridica: ‘norma-potere’, ‘potere-norma’, ‘norma-fatto’, su cui E. CAPACCIOLI, *Riserve e collaudo nell’appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 159 e ss. Questi tre «meccanismi» si trovano in una relazione circolare: la produzione dell’effetto per la ricorrenza del fatto prevista dalla norma (norma-fatto) è spiegata dalla produzione della norma da parte del potere (potere-norma), che a sua volta è spiegata dalla previsione del potere da parte di una norma (norma-potere). La circolarità tra fatto e norma così impostata si arresta al limite del giuridico, «quando si giunge al confine del diritto con la società» (p. 159).

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., p. 196, formula una distinzione per molti versi simile, fra «strategia della funzione» e «strategia delle regole». Nella strategia della funzione si «delega a qualcuno di determinare in concreto, di volta in volta, le direttive che guidano le azioni dei destinatari ultimi delle norme di condotta (poteri-PL)»; la strategia delle regole, invece, fornisce «direttamente a tali destinatari le suddette direttive, che a loro volta possono essere più o meno precise e più o meno imprecise (e che possono essere accompagnate dalla previsione di poteri-PR di un’autorità amministrativa)». La dicotomia tra poteri-PL e poteri-PR corrisponde a quella fra disposizioni attributive di poteri, appunto disposizioni-PL e disposizioni-PR: le prime attribuiscono un potere legislativo (PL), cioè di produrre nuove disposizioni; le seconde attribuiscono un potere regolativo (PR), cioè di regolare l’applicazione di disposizioni preesistenti (ID., *op. ult. cit.*, pp. 160 e s., il quale trae la distinzione dalla teoria generale di J. RAZ, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, London, 1970, trad. it. a cura di P. Comanducci, *Il concetto di sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 224).

giuridico e produce gli effetti giuridici⁹, cioè, la norma che predetermina integralmente l'atto amministrativo «esaurisce il potere (unitariamente e comprensivamente inteso) e non lascia spazio a poteri ulteriori»¹⁰. Tale norma esaurisce cioè ogni decisione e dunque lo spazio di produzione giuridica. L'atto vincolato ha la sola funzione di rendere operativa la norma, unica fonte degli effetti, per mezzo della corrispondenza con la fattispecie astratta: è fatto (in senso lato) giuridicamente rilevante (schema ‘norma-fatto’)¹¹, non atto costitutivo dei propri effetti¹².

Sicché la norma che vincola integralmente l'atto amministrativo è una norma primaria o regolativa (ossia una «norma di relazione»¹³)¹⁴ e, quindi, gli atti vincolati sono fatti bruti¹⁵, non fatti istituzionali¹⁶. Impiegando una

⁹ D. SORACE, (*voce*) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Ann. III, Milano, Giuffrè, 2010, p. 51.

¹⁰ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 1250.

¹¹ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 1250.

¹² A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 1198 (già in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, Utet, 1987, pp. 1 e ss.), precisa che l'efficacia costitutiva deve essere intesa come «rapporto di conseguenzialità diretta e primaria tra un atto amministrativo e il venire in essere di una situazione soggettiva», ma senza considerare «tanto la rilevanza di effetti secondari o provvisori, quanto le vicende esecutive (di adeguamento della realtà materiale a quella giuridica)».

¹³ Secondo l'impostazione di E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 51 e ss.; ID., *Giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 1957³, rist. anastatica, pp. 9 e ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, cit., pp. 133 e ss. Sull'opposizione norme d'azione-norme di relazione cfr. F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, pp. 12 e ss.

¹⁴ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, cit., pp. 1242 e ss.

¹⁵ Come si legge in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma*, cit., pp. 271 e ss.

¹⁶ La distinzione tra fatti bruti e fatti istituzionali può essere attribuita a J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, 1969, trad. it. a cura di G. R. Cardona, *Atti linguistici. Saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, Bollati Boringhieri, 1976, rist. 2000, pp. 61 e ss. Fatti bruti sono i fatti materialmente possibili, rispetto ai quali il diritto pone norme di permesso, divieto o obbligo (norme primarie – in senso hartiano: H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 98 e ss. – o regolative), come l'omicidio. Fatti istituzionali, invece, sono fatti resi possibili da un particolare tipo di norme, dette norme secondarie (in senso hartiano: H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 97) o costitutive, come un contratto, una sentenza, un provvedimento amministrativo e così via: J.R. SEARLE, *op. ult. cit.*, pp. 80 e ss. A.G. CONTE, *Fenomeni di fenomeni*, ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, t. II, cit., p. 328, rileva che il paradigma fatti bruti/fatti istituzionali sia prefigurato da C. ZNAMIEROWSKI, *Podstawowe pojęcia teorii prawa. Część pierwsza: Układ prawnny i norma prawnna [I concetti fondamentali della teoria del diritto. Parte prima: Ordinamento giuridico e norma giuridica]*, Poznań, 1924 (pp. 73 e ss.), trad. it. parziale a cura di G. Lorini, *Atti thetici e norme costruttive*, in P. di Lucia (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 75 e ss., nonché in G. Lorini, L. Passerini Glazel (a cura di), *Filosofie della norma*, cit., pp. 145 e ss., quando sostiene che vi sono «atti che ripetono da regole la loro costitutiva identità» (A.G. CONTE, *op. loc. ult. cit.*); e che questo paradigma sia in realtà «un mero epifenomeno d'un ben più antico paradigma: il paradigma di *nómos* vs. *phýsis* (o *thésis* vs. *phýsis*), paradigma che è ai primordi della filosofia greca»

terminologia più cara alla dogmatica «classica», gli atti vincolati sono atti in senso stretto (meri comportamenti volontari)¹⁷ presi in considerazione dall'ordinamento che vi connette effetti giuridici (alla stregua di un omicidio o del taglio del ramo dell'albero del vicino che pende nel mio giardino), non negozi (comportamenti programmatici), cioè atti che producono effetti giuridici propri per mezzo della dichiarazione di volere quegli effetti, come una legge, una sentenza, un contratto o un provvedimento amministrativo¹⁸.

(*ibidem*). In particolare Znamierowski contrappone gli atti psicofisici agli atti thetici. Un'altra distinzione corrispondente a quella ‘fatti bruti - fatti istituzionali’ è quella di L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 1. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 488 e ss., fra «atti informali o naturali» e «atti formali o artificiali», sebbene questa distinzione limiti il paradigma analitico ai soli atti (cioè ai soli comportamenti volontari), escludendo dunque gli eventi (o fatti in senso stretto) dall'analisi.

La distinzione fra le due classi di regole, quelle che hanno ad oggetto comportamenti naturalmente possibili (il divieto di uccidere) e quelle che rendono possibili i comportamenti che riguardano (ad es.: le regole degli scacchi) è una distinzione ormai classica all'interno della teoria generale sulla tipologia delle norme (A.G. CONTE, *Regola costitutiva in Wittgenstein*, in F. Castellani (a cura di), *Uomini senza qualità. La crisi dei linguaggi nella grande Vienna*, Trento, 1981 (pp. 51 e ss.), ora in A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, I- studi 1965-1981, Torino², Giappichelli, 1995, p. 239, fa risalire la distinzione concettuale, ma non la denominazione, a J.A. RAWLS, *Two Concepts of Rules*, in *The Philosophical Review*, 1955, pp. 3 e ss.). Essa è complicata da una molteplicità di denominazioni eterogenee, cui spesso si accompagnano differenze concettuali: al paradigma norma costruttive/norme imperative (di C. ZNAMIEROWSKI, *Z nauki o normie postępowania*, in *Przegląd Filozoficzny*, 1927, pp. 348 e s., trad. it. a cura di G. Lorini, *Norma costruttiva ed atto thetico*, in *Riv. int. Fil. dir.*, 2006, pp. 283 e ss.), si affianca quello fra regole regolative/ regole costitutive (J.R. SEARLE, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, cit., pp. 61 e ss., ove, però, la traduzione è regole *regolanti*), oltre a quella fra norme prescrittive e norme costitutive (G. CARCAGLIERI, *Le norme costitutive*, cit.; ID., *Metodologia giuridica*, in M. D'Antonio (a cura di), *CORSO DI STUDI SUPERIORI LEGISLATIVI 1988-1989*, Padova, Cedam, 1990, pp. 116 e ss. In questa prospettiva, la differenza si pone in termini di contenuto della norma, più che di oggetto della regolazione: le norme imperative provocano una pressione a far fare ad un destinatario qualcosa; le norme costitutive o dispositivo provocano esse stesse l'effetto desiderato- ad es. le norme di abrogazione), e così via.

D'altronde, la varietà di denominazioni, classificazioni e teorie sulle norme costitutive (o costruttive o strutturali) necessiterebbe di un'autonoma trattazione. Esse, però, si fondano tutte sulla stessa osservazione: vi sono norme che, anziché regolare comportamenti naturali, cioè imporre soltanto obblighi o divieti, rendono possibili alcune condotte, conferiscono ad esse un dato valore e sottopongono la loro estrinsecazione a determinate condizioni di validità. Sul punto, il breve ma illuminante scritto di A. G. CONTE, *Dimensioni di libertà*, in P. Di Lucia, F. Mercogliano (a cura di), *Lezioni Emilio Betti. Camerino 2001-2005*, Napoli, Satura, 2006, pp. 7 e ss., ove si pone la distinzione nei termini più plausibili, grazie all'evocazione della metafora (kantiana) dell'aria per il volo di un uccello: essa è al contempo ostacolo per l'uccello, come anche sostegno necessario al suo volo, giacché senza di essa le sue ali non gli consentirebbero di librarsi in aria; allo stesso modo il diritto pone obblighi e divieti e rende possibili condotte che, senza di esso, non lo sarebbero.

¹⁷ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione amministrativa*, cit., p. 1198; G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., p. 103.

¹⁸ Le distinzioni qui evocate fra fatti in senso stretto, atti in senso stretto e negozi e parallelamente fra eventi, comportamenti volontari e comportamenti programmatici sono

Pertanto: *i)* se il provvedimento è esercizio di potere amministrativo, un fatto istituzionale (o comportamento programmatico o negozio) che costituisce effetti giuridici, l'atto vincolato non è un provvedimento¹⁹⁻²⁰; *ii)* se

rispettivamente di S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, Messina, Giuffrè, 1945, pp. 3 e ss. e A. FALZEA, *Fatto giuridico*, in ID., *Ricerche di teoria generale e dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1999, t. II, pp. 331 e ss.

La distinzione fra fatti in senso stretto, atti in senso stretto e negozi si fonda sul ruolo della volontà. I fatti in senso lato (qualunque accadimento rilevante per il diritto) si distinguono in fatti in senso stretto e atti in senso lato: i fatti in senso stretto sono fenomeni non volontari, gli atti in senso lato sono fenomeni volontari. Gli atti in senso lato, poi, si distinguono in atti in senso stretto e negozi, a seconda di che cosa è voluto: negli atti in senso stretto la volontà riguarda il compimento dell'atto (c.d. «volontà dell'atto»), nei negozi la volontà riguarda anche gli effetti (c.d. «volontarietà degli effetti»).

Tale impostazione va integrata con la distinzione fra eventi e comportamenti, la quale guarda al profilo dei valori e degli interessi espressi dal fatto e inquadra i fatti alla luce del loro ruolo nella dinamica giuridica. Gli eventi, infatti, sono caratterizzati dal dipendere dalla necessità: non possono essere riferiti all'uomo. Tutti i fenomeni riferibili all'uomo sono invece comportamenti. Essi sono meramente materiali, quando l'interesse che li muove è un interesse attuoso: l'azione in sé soddisfa l'interesse (ad esempio, il ringraziamento). Il comportamento è programmatico quando è mosso da un interesse inattuoso: l'azione è la dichiarazione «al pubblico» del giudizio di valore formulato dal soggetto. Quest'ultima dichiarazione, quando giuridicamente rilevante, è soggetta all'ordinamento che vi associa la produzione di norme giuridiche (effetti) strumentali all'attuazione del valore preferito dal dichiarante.

Per una più ampia ricostruzione e per maggiori citazioni, cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 69 e ss.

Sulla corrispondenza tra queste distinzioni e quella fra fatti bruti e fatti istituzionali si tornerà *infra*, par. 3.

¹⁹ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione*, cit., pp. 1198 e ss.; ID., *Attività vincolata*, cit., pp. 1250 e ss.; G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., p. 103; F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato*, loc. cit. Cfr., sul punto, M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012, pp. 152 e ss. L'Autore mantiene l'atto vincolato nel «perimetro» del provvedimento imputando all'atto vincolato l'effetto dichiarativo minimo. Dubita, tuttavia, della costitutività dell'atto vincolato.

²⁰ Un discorso per certi versi simile è quello civilistico a proposito dei c.d. rapporti contrattuali di fatto, sebbene esso presenti una maggiore complicazione rispetto alla questione della costitutività degli effetti dell'atto vincolato. Si tratta, infatti, di meri gesti, non di espressioni linguistiche, in ipotesi idonei a concludere un contratto. Quando si sale sull'autobus o si parcheggia l'automobile in un parcheggio a pagamento o si ottiene una bibita o un biglietto di viaggio ad una macchina automatica, o si prende della frutta esposta sul bancone di un negozio, si produce una norma giuridica (o un insieme di norme giuridiche) volte a regolare la condotta dei soggetti coinvolti (in termini di obblighi, permessi, facoltà, divieti, oneri e così via) e/o a definire le relazioni fra questi e i beni eventualmente interessati.

La dottrina si divide sulla riconducibilità di questo fenomeno al contratto. I due poli sono rappresentati da chi, come N. IRITI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 347 e ss., ritiene che i rapporti contrattuali di fatto siano scambi merceologici senza accordo e, quindi, altro rispetto al contratto; e da chi, come G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 525 e ss., ravvisa nel comportamento materiale delle parti offerta ed accettazione, cioè un accordo e, dunque, un contratto (in base alla norma eidetico-costitutiva ontica dell'art. 1321 c.c.). Sul punto, cfr. C. ANGELICI, (*voce*) *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, Treccani, 1991, *ad vocem*; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 2000², pp. 39 e ss.

Questi comportamenti materiali non ricadono entro la nozione di enunciazione deontica, in quanto non si avvalgono del *medium* linguistico: manca, cioè, l'enunciazione di un enunciato deontico; tuttavia v'è la produzione di uno *status* deontico.

Si possono sostenere due diverse tesi, volte a disconoscere la problematicità di questi atti rispetto al concetto di validità pragmatica.

Per un verso, si può contestare la loro capacità di produzione di norme.

La norma prodotta in questi casi è interamente prefigurata dall'ordinamento (non necessariamente dall'autorità pubblica), cioè da precedenti atti linguistici performativi. Sicché la theticità sarebbe intitolabile solo a questi ultimi, e, dunque, la performatività rimane propria dell'atto linguistico. Conseguentemente, l'atto materiale non sarebbe considerabile in termini di validità, ma di mera conformità alla fattispecie, alla stregua di un fatto bruto, sottoposto a norme primarie regolative: N. IRTI, *op. cit.*, rileva che il declino dell'accordo, necessariamente dialogico e linguistico (pp. 348 e ss.), «dissolve il contratto nella *combinazione di due atti unilaterali*: atti leciti [quindi non validi], dell'esporre e del preferire, richiedenti soltanto la riferibilità ad un autore e la naturale capacità di intendere e di volere» (p. 360). Evidente l'assonanza con la tesi della scuola fiorentina circa i provvedimenti vincolati.

Questo dato induce Irti a ricondurre l'obbligazione, indubbiamente nascente dall'incontro di questi due comportamenti, alle altre fonti dell'obbligazione, previste accanto al contratto e al fatto illecito dall'art. 1173 c.c.. Conclusione che è ben lungi dall'escludere quanto si è detto nel testo: l'art. 1173 c.c. è, infatti, palesemente una norma costitutiva ontica. Un'idea simile a quella di Irti e, in verità, precedente, si rinviene in V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, *cit. passim*, pp. 530 e ss., ove questi rapporti vengono ricostruiti in termini di atti reali bilaterali.

Si può sostenere che il gesto sottintenda un'enunciazione: l'atto linguistico sarebbe implicito nel comportamento materiale e riguardo al performativo implicito si parla di validità/invalidità. La validità (pragmatica) per questi comportamenti materiali sarebbe una metonimia per la validità dell'enunciazione sottintesa. È l'idea della c.d. dichiarazione tacita che, assieme a quella espressa, esaurirebbero le forme di manifestazione giuridicamente rilevanti degli interessi umani, secondo la dottrina più risalente, a partire da C.H. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840-1856, trad. it. a cura di V. Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Utet, III, 1900, pp. 320 e ss., come rilevato da V. SCALISI, *Manifestazione in senso stretto*, *cit.*, p. 477 (che si veda per altri richiami). Innanzitutto, l'idea è fortemente contraddittoria (L. CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 113; V. SCALISI, *op. ult. cit.*, p. 477, lo rilevano a proposito della dichiarazione tacita): come può un'enunciazione essere implicita (o tacita)? Essa, poi, è smentita dal fatto che l'eventuale enunciazione contraria al comportamento materiale considerato come performativo non è in grado di negare quanto prodotto dal comportamento: chi è salito sull'autobus non può sottrarsi alla conclusione del contratto di viaggio, affermando di non volerlo concludere (*protestatio contra factum non vale*) - C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 41. Cfr., in termini parzialmente difformi, V. SCALISI, *op. cit.*, pp. 504 e ss.

Un'obiezione siffatta, in realtà, sottintende una visione riduttiva della comunicazione: la comunicazione coincide con la lingua (parlata o scritta). Visione, invero, condivisa da chi riporta questi rapporti contrattuali alla conclusione del contratto per fatti concludenti, intesi come comportamenti da cui inferire secondo massime d'esperienza la volontà di concludere il contratto: per tutti, R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, *cit.*, tomo I, pp. 346 e ss. Ma è fenomeno comunemente rilevabile che la comunicazione è anche non verbale. A. FALZEA, (*voce*) *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, Giuffrè, 1975, p. 470, sembra alludere a qualcosa del genere, quando afferma che «la dichiarazione è atto di linguaggio, scritto orale o mimico» (enfasi aggiunta), riportando questi fenomeni all'utilizzo di «segni evocativi», alla «funzione evocativa o simbolica» (ivi).

E la comunicazione non verbale, la gestualità ha tutte le funzioni che solitamente si ascrivono al linguaggio, compresa quella performativa.

La gestualità può essere descrittiva: l'individuo che deve comunicare con chi parla un'altra lingua riesce a descrivere il mondo che lo circonda grazie ai gesti; il mimo descrive (e, talvolta,

la (il)legittimità/(in)validità è la (non) conformità di fatti istituzionali (o comportamenti programmatici o negozi) alle norme costitutive (o secondarie o norme sulla normazione o meta-norme)²¹, gli atti vincolati possono essere solo (il)leiti, *scilicet* conformi o meno a norme regolative (o primarie), ma non (il)legittimi o (in)validi²².

racconta) azioni, cose, animali, etc. I gesti, come la lingua, sono in grado di comunicare un significato, in quanto intrattengono una relazione extralinguistica con stati-di-cose. I gesti possono essere apofantici.

I gesti possono, poi, essere deontici o prescrittivi: mettere verticalmente l'indice davanti alla bocca serrata prescrive l'obbligo del silenzio o il divieto di fare rumore (Questo gesto è, in realtà, un gesto performativo con contenuto prescrittivo. Il profilo sarà meglio analizzato oltre, nel prossimo paragrafo).

In questi casi, i gesti recano un riferimento ad uno stato-di-cose deontico, di cui impongono il rispetto.

I gesti, infine, possono essere performativi. Oltre ai ricordati atti giuridici che possono compiersi tramite gesti, si pensi ai c.d. «gestacci» che «performano» l'offesa, in quanto è convenzione sociale che un dato movimento corporeo abbia il valore di una particolare offesa in un determinato contesto. I «gestacci» sono tali in quanto corrispondono al *type* predisposto da una regola eidetico-costitutiva ontica, (della forma «X' ha valore di 'Y', nel contesto 'C'») di natura meramente sociale, che stabilisce per loro un significato convenzionale.

In altre parole, le tre funzioni non sono proprie della lingua, ma del linguaggio, cioè di ogni mezzo comunicativo che si avvale di simboli, siano essi fonemi, grafemi o pragmemi (atti corporei).

La performatività, allora, non è una funzione della lingua, ma della comunicazione in tutte le sue forme, ivi compresa quella non verbale.

Sicché performativi possono essere tanto atti linguistici, quanto atti materiali, in quanto per entrambi è una norma/regola eidetico-costitutiva ontica a, per l'appunto, costituirne il valore. Sembra muoversi in questa direzione la dottrina civilista che ricostruisce i comportamenti materiali che costituiscono rapporti contrattuali di fatto come comportamenti socialmente tipici: C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, pp. 40 e ss. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

E sia degli atti linguistici quanto di quelli materiali performativi può predicarsi la validità/invalidità. Non v'è dubbio che, sotto il profilo dogmatico, la qualificazione dei gesti performativi come validi o invalidi sia problematica, giacché l'ordinamento costruisce le norme ipotetico-costitutive tenendo presente, principalmente, gli atti linguistici. Si veda, ad esempio, la difficoltà di modellare le regole di validità soggettiva dell'accordo rispetto al contratto concluso in internet, mediante accesso al sito, affrontata da L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, ESI, 2005, pp. 147 e ss.

Sicché, è possibile che questi atti siano sottoposti (si ripete: nell'ordinamento attuale) principalmente a norme costitutive in senso stretto ontiche; perciò, che di essi possa darsi una qualificazione solo in termini di esistenza e non di validità. Ma, comunque, mai solo di licetità.

²¹ Cfr., per tutti, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 21 e ss.

²² Cfr., infatti, E. GUICCIARDI, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 19 e ss.; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 153 e ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma*, cit., p. 271, il quale discorre di illecitità a proposito del suo esperimento legale circa il regolamento di facoltà che impone ai professori di indossare la cravatta per fare lezione e attribuisce ad un professore il potere di autorizzare ciascuna lezione, verificato che il docente indossa la cravatta; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, cit., p. 303, rileva che si può parlare di licetità/illecitità (e non di legittimità/illegittimità) rispetto agli atti i cui effetti sono integralmente stabiliti dalla legge e in cui all'amministrazione spetta la verifica della

b) Dal momento che nell'adozione dell'atto vincolato non v'è potere (cioè decisione) e che l'atto vincolato non ha alcun ruolo nella dinamica giuridica, l'atto vincolato è un atto meramente ricognitivo di situazioni giuridiche preesistenti alla sua adozione²³: non produce effetti giuridici, ma ne accerta la produzione. Sicché, verificatosi il condizionante dell'effetto giuridico (entrambi, condizionante e condizionato, integralmente determinati dall'ordinamento prima dell'adozione dell'atto), l'adozione dell'atto vincolato costituisce l'adempimento dell'obbligo (non del dovere²⁴) di accertare la ricorrenza degli elementi della fattispecie astratta, come avviene per le sentenze di accertamento mero²⁵.

Ad esempio, non vi sarebbe differenza tra l'accertamento giudiziale dell'usucapione e l'accertamento amministrativo della sussistenza dei presupposti per il rilascio di un'autorizzazione vincolata: l'effetto giuridico di acquisto della proprietà e di legittimazione all'esercizio dell'attività si producono, rispettivamente, con il possesso continuato per venti anni e al ricorrere dei presupposti previsti per il rilascio dell'autorizzazione (*recte*, per l'esercizio dell'attività). Nulla muta con la sentenza o con l'atto amministrativo, se non la certezza pubblica della sussistenza di situazioni giuridiche soggettive (rispettivamente, il diritto di proprietà e il diritto ad esercitare l'attività). L'illecito eventualmente lamentato dal precedente proprietario del suolo usucapito o sanzionato dall'autorità che vigila sull'attività senza autorizzazione è definitivamente «evitato» dalla dichiarazione giudiziale, nel primo caso, e amministrativa, nel secondo, che il diritto di proprietà o il diritto ad esercitare l'attività è sorto al momento del concreto verificarsi delle circostanze previste, rispettivamente, dall'art. 1158 c.c. e dalla norma che prevede l'autorizzazione.

Sicché, dinanzi all'obbligo di accertamento vi sono situazioni giuridiche soggettive a soddisfazione necessaria (*recte*, obbligatoria): non interessi legittimi, ma diritti soggettivi²⁶ sorti nel momento in cui si sono verificate nella

sussistenza delle condizioni di produzione dell'effetto (anche se tale verifica dipende da un giudizio complesso – c.d. discrezionalità tecnica).

²³ A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione*, cit., pp. 1199 e ss.

²⁴ A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., pp. 1227 e ss. Cfr. anche le considerazioni di F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, par. 14.

²⁵ L. FERRARA, *op. ult. cit.*, pp. 87 e ss. Sull'equiparazione delle autorizzazioni vincolate alle sentenze di accertamento costitutivo avanzata da quest'Autore, si tornerà *infra*.

²⁶ In tal senso, senza pretesa di completezza: A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, cit., pp. 133 e ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., pp. 1252 e s.; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, Milano,

realtà materiale le circostanze elevate dall'ordinamento a fattispecie astratta di qualche effetto giuridico.

2. Esistono atti vincolati?

La più radicale critica che si possa avanzare alla tesi secondo cui l'atto vincolato non è un provvedimento consiste nel sostenere che non esistano atti amministrativi vincolati. Se lo «scetticismo sulla vincolatezza» fosse dimostrato, la tesi secondo cui l'atto vincolato non costituisce esercizio di potere amministrativo, perché all'amministrazione non residua alcuna decisione, cadrebbe sotto i colpi del rasoio di Ockham. Tale critica, cioè, mette in luce l'inapplicabilità e dunque l'inutilità di questa ricostruzione: non esistono atti amministrativi vincolati.

Lo «scetticismo sulla vincolatezza» trova ottimi argomenti nell'analisi semantica delle norme.

Generalmente, infatti, per 'atto vincolato' si intende quello interamente prefigurato dall'ordinamento²⁷. È vincolata, cioè, l'attività in cui non v'è margine di apprezzamento nella qualificazione dei presupposti dell'esercizio del potere (sia esso apprezzamento tecnico o di interessi) e circa la scelta del contenuto del provvedimento²⁸⁻²⁹, per effetto di norme cui l'amministrazione non può (legittimamente) derogare, quale che ne sia la fonte³⁰.

L'opinabilità nel momento conoscitivo dell'attività dell'amministrazione (ossia dell'accertamento o apprezzamento, a seconda dei casi, dei presupposti)

1996, p. 161; L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., pp. 37 e ss.; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 255 e ss.

²⁷ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 209; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata*, cit., p. 1214; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 3 e s.; D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 52.

²⁸ D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 53; L. FERRARA, *Diritti soggettivi*, cit., p. 5. Cfr., però, P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 255 e ss., il quale ritiene vincolato anche il provvedimento i cui presupposti debbano essere apprezzati tramite giudizi complessi, ossia anche nel caso della c.d. discrezionalità tecnica, dal momento che anche in caso di giudizi complessi all'amministrazione spetta solo l'accertamento delle condizioni di produzione dell'effetto giuridico.

²⁹ E, quindi, circa la preferenza sul fine concreto da perseguire: A. ORSI BATTAGLINI, *Autorizzazione*, cit., pp. 1201 e s.

³⁰ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., par. 13.

dipende dalla vaghezza³¹ o, se si preferisce, dall'indeterminatezza³² della

³¹ I concetti o termini vaghi sono capaci di determinare il proprio riferimento ma solo entro un certo grado: sono il medio fra termini univoci ed equivoci (A. KAUFMANN, *Analogie und Natur der Sache. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, Heidelberg, 1982², [1965¹], trad. it. a cura di G. Carlizzi, *Analogia e natura della cosa: un contributo alla dottrina del tipo*, Napoli, Vivarium, 2004, p. 45; E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Macerata, Quodlibet, 2005, rist. [Bologna, 1968¹], p. 312.). In altre parole, sono vaghi i concetti per i quali non è sempre determinabile se essi possano riferirsi ad un dato stato-di-cose (N. ABBAGNANO, *Vago*, in ID., *Dizionario*, cit., p. 1140; L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe*, cit., p. 155). Tale indeterminatezza non deriva dall'ignoranza dell'interprete o dall'indisponibilità di informazioni sufficienti a distinguere ciò che presenta le proprietà del concetto e ciò che non le presenta. L'indeterminatezza c'è perché è impossibile che le regole di significazione risolvano tutte le questioni sull'uso delle parole. C.S. PEIRCE, *Vague*, in J. M. Baldwin (a cura di), *Dictionary of Philosophy and Psychology*, New York- London, MacMillan, vol. II, 1902, II, p. 748 definisce con molta chiarezza la vaghezza: «A proposition is vague when there are possible states of things concerning which it is intrinsically uncertain whether, had they been contemplated by the speaker, he would have regarded them as excluded or allowed by the proposition. By intrinsically uncertain we mean not uncertain in consequence of any ignorance of the interpreter, but because the speaker's habits of language were indeterminate; so that one day he would regard the proposition as excluding, another as admitting, those states of things. Yet this must be understood to have reference to what might be deduced from a perfect knowledge of his state of mind; for it is precisely because these questions never did, or did not frequently, present themselves that his habit remained indeterminate». Cfr. anche C. LUZZATTI, *La vaghezza delle norme*, cit., p.3; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 360 e ss.

Tale impossibilità è, per così dire, endemica: tutti i termini non singolari e non analitici delle lingue naturali sono vaghi: C. LUZZATTI, *op. cit.*, p. 5. In positivo, sono vaghi tutti i termini che coinvolgono la percezione di qualità sensibili (M. BLACK, *Vagueness. An Exercise in Logical Analysis*, in *Philosophy of Science*, 1937, pp. 430 e 434) e, a maggior ragione, di qualità non sensibili (assioleghiche, psicologiche, e simili). Tuttavia, la vaghezza si presenta con diversa intensità: vi sono termini molto vaghi e termini poco vaghi (C. LUZZATTI, *op. cit.*, p. 4). Questo genere di vaghezza è denominato «vaghezza di grado»: gli stati-di-cose cioè presentano le caratteristiche dei concetti vaghi entro un certo grado. È il caso del divieto di demolire la cubatura abusiva qualora l'abuso non sia significativo.

Accanto alla vaghezza di grado, la riflessione semantica (per primo W.P. ALSTON, *Philosophy of Language*, Prentice-Hall, 1964, trad. it. *Filosofia del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 139 e ss.) ha distinto la vaghezza combinatoria che si ha per effetto di una combinazione di caratteristiche, risultando pluridimensionale. Essa è rappresentata al caso in cui un medesimo significato si riferisce a più entità, connotate da diverse caratteristiche, l'una rispetto all'altra: ad esempio, il termine 'T' si riferisce a 'X', che ha le caratteristiche 'a' e 'b'; a 'Y', che ha le caratteristiche 'a' e 'c'; a 'Z', che ha le caratteristiche 'b' e 'c'. Nessuna caratteristica connota tutte le entità cui si riferisce il termine. Per questo il termine è vago in senso combinatorio: «combina» le diverse caratteristiche in maniera alternativa, senza che nemmeno una di loro sia condizione necessaria per il riferimento corretto.

I termini equivoci o ambigui sono, invece, incapaci di determinare il proprio riferimento a causa di omonimia o polisemia (C. LUZZATTI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 46). Sono omonimi o polisemici i concetti che hanno più intensioni concorrenti fra loro, secondo una definizione risalente ad Ockham (cfr. N. ABBAGNANO, *Univoco ed equivoco*, in ID., *Dizionario di filosofia*, cit., p. 1132). Omonimia e polisemia, però, non sono sufficienti a determinare l'equivocità. Il contesto, infatti, può limitare o eliminare l'omonimia e la polisemia (C. LUZZATTI, *op. cit.*, pp. 46 e s.). Sicché, equivoci o ambigui sono i concetti incapaci di determinare anche solo in maniera approssimativa il proprio riferimento in

fattispecie astratta che definisce i presupposti che legittimano l'adozione di un certo atto.

Come si è già avuto modo di precisare in altre sedi³³, infatti, la qualificazione di uno stato-di-cose alla luce di una fattispecie astratta è l'instaurazione di una relazione semantica fra questi due poli: lo stato-di-cose è un corretto riferimento extralinguistico del segno (o significante) della fattispecie astratta, ossia appartiene alla classe di stati-di-cose definita da quella fattispecie (sussunzione), perché presenta tutte le caratteristiche del concetto che delimita quella classe (metessi). Quando la fattispecie astratta è vaga, l'instaurazione di tale relazione semantica è una decisione: la scelta di tralasciare

un dato contesto (Sicché, equivoci o ambigui sono i concetti incapaci di determinare anche solo in maniera approssimativa il proprio riferimento in un dato contesto). Ad esempio, se si considera il termine ‘fiera’ in modo isolato, esso può riferirsi tanto ad un ‘animale feroce’ quanto ad un ‘grande mercato’. Tuttavia, esso è ambiguo nella proposizione ‘Incontro sulla mia strada una fiera’, ma non nella proposizione ‘Ogni anno in paese ha luogo una fiera’ o in ‘Ho ucciso una fiera’ (l'esempio è tratto da C. LUZZATI, *op. ult. cit.*, p. 47). : la prima proposizione rimane sensata sia che a ‘fiera’ si sostituisca ‘animale feroce’ sia che vi si sostituisca ‘grande mercato’; la seconda proposizione è sensata solo se a ‘fiera’ si sostituisce ‘grande mercato’; la terza proposizione è sensata solo se a ‘fiera’ si sostituisce ‘animale feroce’.

L'equivocità o l'ambiguità impedisce la metessi: senza sapere se in quel dato contesto ‘fiera’ vuol dire ‘animale feroce’ o ‘grande mercato’ non si saprà mai, ad esempio, se la norma che permette di sparare un colpo in aria dinanzi ad una fiera possa essere applicata nell'uno o nell'altro caso. Tuttavia, l'ambiguità è eliminabile attraverso una prestazione ermeneutica (L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars interpretandi*, 1998, p. 159 - che riprende una tesi di E. Betti). E, nel momento in cui è eliminata, conduce o ad un concetto univoco o ad un concetto vago.

³² Sull'equivalenza tra indeterminatezza e vaghezza, per tutti: A. FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, pp. 4 e ss.; E. FABIANI, (*voce*) *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, Annali V, 2012, p. 184; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 311 e s.. Probabilmente, la fallace distinzione tra indeterminatezza e vaghezza è stata agevolata dalle traduzioni delle opere dei giuristi tedeschi. I teorici del diritto e i dogmatici tedeschi (specialmente gli amministrativisti) fanno largo uso delle espressioni ‘unbestimmte Begriff’ e ‘unbestimmte Rechtsbegriff’, tradotti solitamente con ‘concetto indeterminato’ e ‘concetto giuridico indeterminato’. Tuttavia, ‘unbestimmt’ significa ‘indeterminato’ nel senso di ‘vago’ (cfr. N. ABBAGNANO, *Vago*, in ID., *Dizionario*, cit., p. 1140). Sicché ogni volta che si parla di concetti indeterminati, si parla di concetti vaghi.

Non a caso, la prospettiva tedesca circa i concetti indeterminati replica l'analisi della vaghezza di stampo analitico anglosassone, di cui il più noto esponente è H.L.A. HART, *The Concept of Law*, London, 1961, trad. it. a cura di M. Cattaneo, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 146 e ss. P. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, in ID., *Das Problem der Rechtsgewinnung*, Tübingen, Mohr, 1932² (1912¹), pp. 53 e 60; ID., *Gesetzauslegung und Interessenjurisprudenz*, *ivi*, p. 173, infatti, distingue tra «nucleo del concetto» («Begriffkern») e «alone del concetto» («Begriffshof»), come Hart distingue tra «core» e «penumbra».

³³ F. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale al tempo della vincolatività del precedente*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 285 e ss.; ID., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Razionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017, pp. 154 e ss.

l'inevitabile quota di dissimilarità tra concetto e stato-di-cose, per sussumerlo nella classe definita dal concetto.

Tale decisione manca (*rectius* è stata già presa «altrove») quando la fattispecie astratta è un termine (o sintagma) univoco. I termini univoci, infatti, sono capaci di determinare con esattezza *a priori* il proprio riferimento extralinguistico. I termini univoci esprimono la relazione semantica in modo netto: o lo stato-di-cose presenta quella caratteristica (o quelle caratteristiche) oppure no (metessi); o lo stato-di-cose è l'unico referente ammesso di quel termine oppure no (sussunzione). *Tertium non datur*. Ed esprimono questa relazione in modo netto perché tale relazione è stata posta da qualcun altro in un altro momento.

Sono tali in senso stretto solo i termini analitici, ossia matematici (come i numeri - «diciotto mesi», «l'80% del fatturato», «dieci metri»)³⁴, ove la convenzione che li ha posti non può essere discussa da nessuno che ne faccia applicazione. Sono in un certo senso univoci anche i termini singolari, cioè quelli che hanno come riferimento un solo stato-di-cose, almeno al momento in cui vengono impiegati (l'automobile del certo tipo targata «XY891»; il Sindaco del Comune di Urbino; il Presidente della Repubblica), tanto che «il nome fa le veci dell'oggetto nella proposizione»³⁵. In questi casi, la decisione è quella presa al momento dell'attribuzione del nome o della carica o del numero di targa (negli esempi appena portati). Decisione altrettanto convenzionale (come per il numero di targa) o comunque generalmente sottratta a chi fa applicazione della norma che presuppone tali decisioni (come quella sull'elezione del Sindaco o del Presidente della Repubblica, per chi applica norme che presuppongono tale carica).

Perché l'amministrazione sia vincolata nella qualificazione dei presupposti (*scilicet*, perché all'amministrazione non residui alcun margine di decisione), la norma dovrebbe, dunque, impiegare solo termini univoci per descriverne il modello legale.

L'amministrazione è, invece, vincolata nel momento «dispositivo», cioè

³⁴ A. KAUFMANN, *Analogie*, cit., p. 45.

³⁵ L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, trad. it. a cura di A.G. Conte, *Tractatus logico-philosophicus e Quaderni 1914-1916*, Torino, Einaudi, 1995, 3.22. Non a caso, secondo B. RUSSELL, *Logic and Knowledge. Essays 1901-1950*, New York, MacMillan 1956, p. 198 (che sostiene la tesi monistica del significato come estensione), il linguaggio ideale è quello in cui non v'è alcun vocabolario, ma solo sintassi. In quel linguaggio, infatti, ogni termine corrisponde ad un oggetto e viceversa: cioè in quel linguaggio ogni termine è individuale e, dunque, puramente denotativo o estensionale.

nella decisione degli effetti dell'atto quando la norma stabilisce: a) un nesso di condizionalità sufficiente tra il ricorrere dei presupposti e gli effetti giuridici (*l'an*) e b) predetermina gli effetti giuridici in ogni loro aspetto (*quantum, quomodo, quando* e così via). In questa configurazione, infatti, una volta qualificate le circostanze concrete alla luce (della fattispecie astratta) dei presupposti, all'amministrazione non resta che dedurre la produzione degli effetti giuridici previsti dalla norma³⁶.

Mentre la vincolatezza nel momento dispositivo è semanticamente possibile, la vincolatezza nel momento conoscitivo è semanticamente impossibile.

Alcune fattispecie astratte si avvalgono di termini analitici, principalmente per «quantificare» la realtà: misure di tempo ('entro sessanta giorni', 'dalle 7 alle 19', 'cinque anni'), di distanza ('dieci metri'), di velocità ('130 km/h'), di quantità ('tre o più figli'), *et similia*. Senza misurazioni di questo genere, ad esempio, non si potrebbe dire con certezza ('aut-aut') se può essere rilasciato il permesso di costruire un fabbricato la cui parete sia distante 9,2 metri dalla parete finestrata dell'edificio di fronte (ai sensi dell'art. 9, n.2, d. m. 2 aprile 1968 n. 1444).

Talvolta le fattispecie astratte presentano anche termini individuali o espressioni di riferimento singolare, sebbene di solito non per stabilire i presupposti di un provvedimento. Ad esempio, l'art. 54, c. 2, del d.lgs. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali) attribuisce al Sindaco il potere di emettere ordinanze atipiche, in casi contingibili ed urgenti. 'Sindaco' è un termine con riferimento singolare: in un preciso momento il Sindaco di un dato Comune è uno solo, non ci sono dubbi su chi può esercitare quel potere³⁷.

In questi casi la fattispecie astratta è univoca?

La fattispecie astratta sarebbe univoca se fosse composta esclusivamente da termini analitici o individuali. Tuttavia, a questi termini si accompagnano sempre termini che descrivono la realtà «quantificata» dal termine analitico o il comportamento permesso, obbligato o vietato all'individuo (persona fisica o giuridica o anche solo organo) cui fa riferimento il termine individuale. Queste descrizioni coinvolgono necessariamente la percezione di qualità sensibili o

³⁶ Per la distinzione tra questi due «momenti» della decisione amministrativa (e fra questi e il momento teleologico, ossia della decisione sul fine) e per le opportune citazioni, sia consentito nuovamente rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 418 ss.

³⁷ Gli esempi potrebbero moltiplicarsi: quasi tutte le norme che conferiscono poteri pubblicistici fanno riferimento ad una sola persona o ad un solo organo o ad un solo ente (a seconda che si tratti di ripartizioni di competenze o attribuzioni).

meno (assiologiche, psicologiche, etc.), utilizzano cioè termini vaghi. Sicché è impossibile che una fattispecie sia costituita esclusivamente da concetti analitici (*rectius*, da concetti di misura) o da termini singolari o da concetti analitici e termini singolari: la fattispecie astratta nel suo insieme è un concetto vago, sebbene alcuni dei termini che la compongono possano essere univoci³⁸.

Nei precedenti esempi, l'attribuzione al Sindaco del potere di ordinanza contempla il tipo di provvedimento: si può dire con certezza ‘aut-aut’ se il provvedimento adottato è un “ordinanza contingibile ed urgente”? È un problema di qualificazione: ‘ordinanza contingibile ed urgente’ è un concetto vago. Lo stesso può dirsi per la norma sulla distanza fra fabbricati: ad esempio, quando si può dire che una delle due pareti degli edifici vicini è una ‘parete finestrata’? È finestrata la parete con «vedute» o è sufficiente che la parete presenti una «luce» o una porta³⁹? Fa parte della parete e, quindi, deve rispettare la distanza anche la sporgenza per abbellimento? Le due pareti devono essere parallele⁴⁰? E così via. «Se a questo profilo si aggiunge che anche l'interpretazione delle norme che disciplinano il potere è una decisione⁴¹, non resta che aderire allo «scetticismo sulla vincolatezza»⁴²: i poteri totalmente vincolati sono ipotesi

³⁸ A. KAUFMANN, *Analogie*, cit., pp. 46 e ss.; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus*, cit., pp. 178 e ss., anche se essi parlano di ‘tipo’. Secondo J.M. BOCHENSKI, *Formale Logik*, Freiburg i.B., K. Alber, 1956, pp. 205 e ss. e G. FREGE, *Logica e aritmetica*, cit., p. 501, infatti, solo i concetti univoci meritano il nome di «concetti». Da ciò deriva che i concetti vaghi dovrebbero essere denominati ‘tipi’ (come fanno, per l'appunto, Kaufmann e Hassemer). La confusione che l'utilizzo del termine ‘tipo’ comporterebbe in questa indagine a causa della sovrapposizione con la nozione di tipo in uso nella dogmatica giuridica, ci suggerisce di usare il termine ‘conceitto’ in senso lato.

³⁹ Si pongono questi dubbi, fra moltissime, TAR Puglia, Lecce, sez. III, 28 settembre 2012 n. 1624; TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 7 giugno 2011 n. 1419; TAR Piemonte, 10 ottobre 2008 n. 2565; TAR Toscana, sez. III, 4 dicembre 2001 n. 1734.

⁴⁰ Su questi due profili possono citarsi, a titolo d'esempio, Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 2010 n. 7731 e TAR Puglia, Bari, sez. III, 22 giugno 2012 n. 1235.

⁴¹ E' una tesi che ormai domina in ogni «famiglia» di teorie del diritto, inclusa quella positivista. Sul punto sia consentito rinviare nuovamente a F. FOLLIERI, *Correttezza (Richtigkeit) e legittimazione del diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 271 e ss.

⁴² Lo stesso accade se si ritiene che anche la decisione discrezionale sia un'operazione ermeneutica. In questo caso, infatti, non ha senso distinguere tra discrezionalità e vincolatezza: esse sono accomunate dal medesimo margine di opinabilità. L. BENVENUTI, *La discrezionalità*, Padova, Cedam, 1986, pp. 306 e ss. Se ne trae che anche l'interpretazione delle norme attributive e regolative di poteri vincolati può essere sindacato per eccesso di potere: F.M. NICOSIA, *Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa 'non discrezionale'*, Napoli, Jovene, 1991, *passim*, part. pp. 183 e ss. E venute meno le premesse teoriche per la distinzione tra vincolatezza e la discrezionalità vengono meno anche le questioni relative alla pretesa assenza del potere rispetto agli atti vincolati: cfr. E. CASETTA, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, ora in ID., *Scritti scelti*, Napoli, Jovene, 2015, pp. 440 e ss. (ma già in *Dir. dell'ec.*,

di scuola⁴³, casi creati *ad hoc* dalla riflessione giuridica per i suoi esercizi dogmatici - quelli che una certa parte della filosofia contemporanea chiama «esperimenti di pensiero».

Tuttavia, la nozione di ‘atto vincolato’ o di ‘attività vincolata’ è a sua volta una fattispecie astratta vaga, un concetto di diritto positivo⁴⁴. Impiegano questi sintagmi l’art. 21 octies, co. 2, l. n. 241/1990 (che vieta l’annullamento del provvedimento per violazione di norme formali o procedurali «qualora, *per la natura vincolata del provvedimento*, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato») e l’art. 31, co. 3, c.p.a. («Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio *solo quando si tratta di attività vincolata*»), mentre ne riporta la nozione l’art. 19, co. 1, l. n. 241/1990, per delimitare i casi in cui all’autorizzazione si sostituisce la SCIA («ogni atto di autorizzazione [...] il cui rilascio *dipenda esclusivamente dall’accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi a contenuto generale*»).

Il concetto (vago) di ‘atto vincolato’ trova concretamente applicazione per il tramite di decisioni dell’interprete, mediate o facilitate dalla tradizione dogmatica (dottrinale e giurisprudenziale - cioè dalle decisioni di questi «formanti» del diritto obiettivo): nonostante non si riscontrino in concreto casi identici al concetto di ‘atto vincolato’ (perché l’identità non può esservi tra casi concreti e concetti vaghi), decidiamo di tralasciarne la dissimilarità, cioè di assimilarli al concetto di ‘atto vincolato’ - come accade per ogni fattispecie astratta⁴⁵.

Sulla base di questo «scetticismo debole sulla vincolatezza», dunque, non esistono atti vincolati prima che così vengano qualificati dalla tradizione⁴⁶ o da singole decisioni. Tuttavia, a questi atti, cioè a quegli atti ritenuti sufficientemente simili al concetto di ‘atto vincolato’, la tesi esposta nel paragrafo precedente risulta applicabile e, dunque, utile alla dogmatica dell’atto amministrativo. Lo scetticismo debole sulla vincolatezza «risparmia» l’idea dell’atto vincolato come

1998, pp. 503 e ss.), ove si nota anche che la risoluzione della discrezionalità nella vincolatezza comporta il risultato opposto (p. 441).

⁴³ S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, Einaudi, 1989, pp. 317 e ss. Cfr. anche l’esposizione di G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, cit., pp. 315 e s., nota 140.

⁴⁴ Lo rileva M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 128.

⁴⁵ Sia consentito ancora rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 220 ss., per una più ampia argomentazione di questo profilo, nonché per i riferimenti bibliografici.

⁴⁶ Cfr., ad esempio, l’elencazione di G. BERGONZINI, *L’attività del privato nel procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 1975, pp. 106 e s.

atto senza decisione (e senza potere) dal rasoio di Ockham.

3. Costitutività, potere, provvedimento.

A) Alla tesi secondo cui l'atto amministrativo vincolato è un mero atto, senza decisione e dunque senza potere, è stato obiettato che se l'amministrazione non *decide* di porre in essere l'atto vincolato l'effetto giuridico non si produce⁴⁷, sebbene all'amministrazione non residui nessun'altra decisione.

In questo quadro, l'adozione di un atto con un determinato contenuto è condizione sufficiente all'ampliamento o alla restrizione della sfera giuridica del destinatario: l'ordinamento *prefigura* quell'effetto, ma solo l'atto amministrativo lo produce⁴⁸. In altre parole, le prescrizioni e le eventuali norme dispositivo «condizionate» da un atto vincolato «nascono» (o almeno diventano efficaci) con l'adozione dell'atto, non da quando si verificano i presupposti per la sua adozione⁴⁹. Tale obiezione, cioè, fa leva sulla costitutività, quale carattere del potere⁵⁰ e dell'atto⁵¹.

Ad esempio, in questa ricostruzione il permesso di esercitare l'attività soggetta ad autorizzazione vincolata sorge al rilascio dell'autorizzazione, non quando vengono ad esistenza i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione; tanto che quell'attività fino al rilascio dell'autorizzazione è espressamente vietata dall'ordinamento (divieto per la cui violazione è prevista l'irrogazione di una sanzione, amministrativa o addirittura penale). E il divieto contraddice il permesso: ciò che è permesso non può essere al contempo vietato (e viceversa).

L'esempio degli atti restrittivi vincolati è ancora più significativo⁵² - anche

⁴⁷ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., p. 34; E. CASETTA, (*voce*) *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, Torino, Utet, 1997, p. 251. Su questi profili, cfr. anche A. FABRI, *I diritti soggettivi non patrimoniali nel pubblico impiego*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, pp. 599 e ss. (che privilegia la chiave di lettura del problema offerta dalle situazioni giuridiche soggettive del destinatario dell'atto).

⁴⁸ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento amministrativo*, cit., par. 14.

⁴⁹ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento amministrativo*, loc. ult. cit.

⁵⁰ G. GUARINO, *Atti e poteri*, cit., p. 101

⁵¹ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 65.

⁵² F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento amministrativo*, cit., par. 15, ritiene che l'eventualità di atti restrittivi vincolati sia un argomento a favore della sua tesi - dal momento che gli atti restrittivi non possono che essere imperativi.

L'esempio degli atti restrittivi vincolati, è bene precisarlo fin da subito, è legittimo nell'impostazione teorico-generale da cui discende la tesi dell'atto vincolato come atto senza decisione: se il potere è decisione e l'atto vincolato è atto senza decisione (già presa dall'ordinamento) e dunque è atto senza potere, la natura degli effetti dell'atto non dovrebbe

perché le autorizzazioni vincolate sono ormai *rarissimae aves*, per effetto dell'art. 19 l. n. 241/1990⁵³.

Si consideri l'art. 7 l. n. 515/93. Tale disposizione prevede che il Collegio Regionale di Garanzia Elettorale irroghi una sanzione pecuniaria nel caso in cui il candidato abbia speso per la campagna elettorale una somma superiore a 52.000,00 Euro per ogni circoscrizione, limite aumentato di 0,01 Euro per ciascun residente nella circoscrizione. Si immagini che la sanzione sia prevista in misura fissa, oppure (più verosimilmente e a garanzia della proporzionalità di questa pena immaginaria) in progressione matematica rispetto alla spesa elettorale superiore al limite - ad esempio il doppio della somma spesa in eccesso.

L'ordinanza di ingiunzione al pagamento non costituisce l'illecito elettorale, come del resto accade per ogni presupposto di qualunque provvedimento amministrativo: l'antigiuridicità della condotta preesiste all'adozione dell'ordinanza sanzionatoria. La somma dovuta dal candidato può essere calcolata da chiunque, conoscendo la somma spesa in eccesso: è sufficiente una banale deduzione o una semplice moltiplicazione (cioè senza alcuna decisione). Tuttavia, qualora il candidato versasse l'ammontare della sanzione prima dell'adozione dell'ordinanza ingiunzione, tale pagamento sarebbe indebito. E, dunque, potrebbe essere ripetuto dal candidato e, forse, compensato con la sanzione una volta che l'ordinanza ingiunzione sia stata adottata.

Ancora più probante è il caso del decreto d'esproprio. Il decreto d'esproprio, infatti, è atto meramente esecutivo di quanto stabilito in precedenti provvedimenti: il vincolo preordinato all'esproprio e/o la dichiarazione di pubblica utilità definiscono l'oggetto dell'espropriazione, l'opera da realizzarvi, il termine entro cui espropriare e così via. Tuttavia, fino a che il decreto d'esproprio non viene adottato, l'effetto traslativo della proprietà o di altro diritto reale del destinatario a favore dell'amministrazione beneficiaria (cioè la norma dispositiva che effettua il trasferimento) non si produce. Infatti, per i terreni oggetto di vincolo preordinato all'esproprio si parla di espropriazione sostanziale prima dell'adozione del decreto d'esproprio (per via di tutte le limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà che il vincolo produce, senza

mettere in crisi in alcun modo il ragionamento. Anzi, il campo degli atti restrittivi vincolati ne è un banco di prova essenziale.

⁵³ Per la considerazione, cfr. D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., p. 91, che ne fa una caratteristica del regime dell'atto vincolato.

sottrarre il diritto di proprietà al destinatario)⁵⁴ e la costruzione dell'opera senza decreto d'esproprio è un'illecita occupazione di terreno altrui⁵⁵.

Secondo l'obiezione in esame, ciò conferma l'efficacia costitutiva dell'atto vincolato: l'ordinamento riserva all'amministrazione la produzione dell'effetto giuridico⁵⁶. E l'ordinamento presidia tale riserva anche sul versante della tutela del cittadino nei confronti dell'atto vincolato. L'ordinamento permette al giudice solo di «costringere» l'amministrazione ad adottare l'atto vincolato - un tempo tramite «un tortuoso percorso»⁵⁷ (azione di annullamento o avverso il silenzio, azione di ottemperanza con nomina di commissario *ad acta*), attualmente tramite modalità un po' meno tortuose (l'azione di adempimento, esperita contestualmente all'azione di annullamento o all'azione dichiarativa dell'obbligo di provvedere - comunque seguita dall'ottemperanza in caso di inadempimento della condanna a provvedere). Al giudice, invece, è vietato sostituirsi all'amministrazione nella produzione dell'effetto⁵⁸.

Tale assetto comporta la distinzione tra decisione e provvedimento: la prima attinente alle sole scelte discrezionali, il secondo quale «riepilogo» della decisione così intesa e momento di produzione dell'effetto⁵⁹. Mentre l'adozione del provvedimento spetta sempre all'amministrazione, non sempre la decisione è presa dall'amministrazione o non sempre è presa dall'amministrazione al momento dell'adozione del provvedimento (c.d. auto-vincolo).

In questo quadro, l'atto vincolato è un provvedimento amministrativo al pari degli altri, non tanto perché anche nell'atto vincolato si ravvisi una decisione (se non quella di adottare l'atto), ma perché il provvedimento viene ricostruito come la mera esternazione della decisione, sia essa presa dall'ordinamento o dall'autore dell'atto. Ciò consente, tuttavia, di concludere che l'atto vincolato è un atto precettivo, dunque qualificabile anche in termini di 'legittimità/illegittimità', e dinanzi al quale vi sono solo interessi legittimi (pretensivi o oppositivi, a seconda dei casi).

⁵⁴ Cfr. E. ROMANO, *La fase della sottoposizione del bene al vincolo*, in C. Guacci, S. Perongini (a cura di), *Profili giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 56 e ss.

⁵⁵ Cfr. C. GUACCI, *L'utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico*, in C. Guacci, S. Perongini (a cura di), *Profili giuridici dell'espropriazione per pubblica utilità*, cit., pp. 133 e ss.

⁵⁶ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., parr. 14 e s.

⁵⁷ F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., par. 14.

⁵⁸ Salvi i casi di giurisdizione estesa al merito - argomento ex art. 7, co. 6, c.p.a.

⁵⁹ F.G. SCOCA, *La teoria*, cit., par. 15; più di recente F. VOLPE, *La distinzione tra atto amministrativo discrezionale e atto vincolato (tra giurisdizione di legittimità e merito)*, in www.giustamm.it, 2016, pp. 2 e ss.

A tale ricostruzione è stato obiettato che l'atto vincolato così inteso, pur essendo costitutivo e riservato (almeno in prima battuta) all'amministrazione, resta un mero atto, non un atto precettivo⁶⁰. In quest'ordine di idee, sebbene l'adozione dell'atto vincolato condizioni l'effetto, l'atto vincolato comunque si limita a riconoscere la sussistenza degli elementi della fattispecie astratta: l'amministrazione è titolare di una riserva di accertamento costitutivo, conferitale dall'ordinamento. Tuttavia, a tale «potere» di accertamento costitutivo (potere solo per la sua portata costitutiva) corrisponde non un interesse legittimo, ma un diritto soggettivo: una pretesa a soddisfazione necessaria (*recte, obbligatoria*), da soddisfare per il tramite dell'accertamento dell'amministrazione - un «diritto soggettivo ad accertamento amministrativo»⁶¹.

B) A ben vedere, le due prospettive appena contrapposte non sono così lontane. Esse differiscono per le nozioni di 'potere', 'provvedimento' e 'interesse legittimo', non per come intendono l'atto vincolato. Infatti, la prima tesi (atto vincolato come provvedimento) pone l'accento sulla costitutività per definire 'potere' e 'provvedimento' e ritiene che sia 'interesse legittimo' ogni situazione giuridica soggettiva oggetto di potere amministrativo (ossia la cui soddisfazione dipende dall'esercizio di potere amministrativo). Sicché, l'atto vincolato è esercizio di potere amministrativo e, dunque, un provvedimento, per via della sua costitutività, mentre al cittadino è intestato un interesse legittimo, dal momento che la sua pretesa può essere soddisfatta solo tramite l'esercizio del potere (costitutivo). La seconda tesi (atto vincolato come accertamento costitutivo) enfatizza la decisione per definire 'potere' e 'provvedimento' e ritiene che 'interesse legittimo' sia la situazione giuridica soggettiva non solo (e non tanto) oggetto di potere amministrativo, ma a soddisfazione eventuale. Sicché l'atto vincolato, sebbene costitutivo, non è esercizio di potere, dunque non è un provvedimento e al cittadino è intestato un diritto soggettivo (ancorché la sua soddisfazione passi per un atto amministrativo costitutivo).

Entrambe le prospettive si fondano sull'assunto, cioè, che nell'adozione dell'atto vincolato all'amministrazione sia rimessa in via esclusiva (Scoca) o in via prioritaria (Ferrara) la mera decisione dell'*an* dell'effetto, di far divenire vigente l'effetto integralmente stabilito dall'ordinamento per quella singola vicenda concreta. Tuttavia, nel primo caso l'atto vincolato è considerato un atto precettivo, nel secondo caso è considerato un mero atto.

⁶⁰ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 53 e ss.

⁶¹ L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., pp. 72 e ss.

Tale incongruenza è dovuta ad un difetto di analisi imputabile alle distinzioni tradizionali tra atti in senso stretto e negozi o tra meri comportamenti e comportamenti programmatici.

La costitutività dell'atto vincolato dipende infatti dal suo essere un fatto istituzionale, ossia un fatto che è reso possibile e che ha significato solo alla luce delle norme secondarie o costitutive: è costitutivo in quanto *performativo*, in quanto «fa cose con parole», effettua il suo significato ('vi dichiaro marito e moglie'), è un atto linguistico (*speech act*)⁶². Tuttavia, all'interno del novero dei fatti istituzionali si distinguono le «decisioni» e gli «atti puramente costitutivi»⁶³. Le decisioni «sono sempre manifestazioni di volontà in ordine non solo all'*an* ma anche al *quid* dell'atto, cioè al suo contenuto o significato»⁶⁴. Gli atti puramente costitutivi, al pari delle decisioni, sono performativi, cioè attuano o effettuano il loro significato (perché fatti istituzionali); tuttavia «tale significato non è rimesso [...] alla volontà - autonoma, o discrezionale o vincolata - degli autori degli atti, ma è rigidamente prestabilito dalle norme ipotetico-costitutive che lo predispongono»⁶⁵. Detto altrimenti, possono essere costitutivi anche atti nei quali la volontà ha ad oggetto solo il comportamento (l'enunciare un dato enunciato performativo) e che per questa ragione potrebbero essere ricondotti agli atti in senso stretto o ai meri comportamenti⁶⁶. Tali atti rientrano nella classe degli atti puramente costitutivi.

Sicché, se ciò che distingue l'atto vincolato dall'atto discrezionale è la decisione degli effetti, l'atto vincolato è un atto puramente costitutivo (perché atto senza decisione degli effetti), mentre l'atto discrezionale è una decisione. Tuttavia, entrambi sono fatti istituzionali e, dunque: *i)* costitutivi, sebbene all'atto

⁶² Cfr. *supra*, par. 1, in nota per la distinzione fra fatti bruti e fatti istituzionali e le relative definizioni.

⁶³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 507 e ss.

⁶⁴ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 509.

⁶⁵ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 509. Va precisato, tuttavia, che Ferrajoli considera costitutivi questi atti per due ragioni: innanzitutto perché sono produttivi di norme giuridiche e, poi, perché pongono norme costitutive, ossia dispositive. Gli atti puramente costitutivi per Ferrajoli, cioè, sono atti esclusivamente performativi: non pongono alcuna prescrizione, ma solo norme per così dire *self-executing*.

⁶⁶ Volendo instaurare una corrispondenza fra questa distinzione e quelle «classiche» di Pugliatti e Falzea già citate, si potrebbe immaginare un paradigma analitico di questo genere. I fatti bruti sono solo fatti in senso stretto o eventi, atti giuridici in senso stretto o meri comportamenti. Fatti istituzionali, invece, possono essere tanto atti in senso stretto o meri comportamenti, quanto negozi o comportamenti programmatici: i fatti istituzionali corrispondenti agli atti in senso stretto/meri comportamenti sono atti costitutivi in senso stretto, mentre i fatti istituzionali corrispondenti ai negozi/comportamenti programmatici sono decisioni.

vincolato sfugga il dominio degli effetti da esso costituiti; *ii) ‘legittimi/illeggitti’*, oltre che ‘*lecliti/illeciti*’⁶⁷.

4. L’atto vincolato è una decisione.

La distinzione fra atti puramente costitutivi e decisioni mette in luce una «graduazione» del potere⁶⁸. V’è il potere in senso sostanziale, connotato da costitutività e decisione degli effetti da costituire: l’atto produce gli effetti decisi dall’autore dell’atto (ancorché non in via totalmente arbitraria). V’è, poi, il potere in senso formale, connotato solo da costitutività: l’atto produce gli effetti decisi dal livello «superiore» nella gerarchia della produzione giuridica (ferma la volontarietà, cioè la decisione della produzione)⁶⁹.

In questo quadro, la nozione di decisione diventa essenziale per discriminare tra queste *species* di fatti istituzionali e, ai nostri fini, per qualificare correttamente l’atto vincolato.

4.1. La nozione di ‘decisione’.

In termini generali, la decisione è una scelta, il «momento conclusivo della deliberazione nel quale si determina l’impegno verso una delle alternative possibili»⁷⁰, composto di volontà e giudizio⁷¹ - come chiunque di noi sperimenta

⁶⁷ Sebbene la loro validità possa essere solo formale (forma, procedimento e competenza), secondo L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 512 e ss.

⁶⁸ Gli atti precettivi (distinti in decisioni e atti costitutivi) infatti «costituiscono sempre atti di esercizio - più o meno autonomo o vincolato - di una situazione di potere» (L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 504).

⁶⁹ V’è poi una terza ipotesi, nella quale la produzione giuridica è svincolata dall’esercizio di un potere, ma solo al ricorrere di determinate circostanze condizionanti (lo schema ‘norma-fatto’): si pensi all’usucapione.

⁷⁰ N. ABBAGNANO, *Decisione*, in ID., *Dizionario di filosofia*, Torino, Utet, 2013³, p. 256. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 2, b 3 - 30 per primo analizza e definisce la scelta nei termini esposti nel testo.

La nozione di decisione come scelta, cioè come preferenza è accolta da tutti i filosofi successivi. Al più della scelta viene approfondito il valore (ad esempio da M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Tübingen, Niemeyer, 2001¹⁸ [1927¹], par. 54) o si indagano i criteri di scelta (per esempio, cfr. J. DEWEY, *Human Nature and Conduct*, New York, Modern Library, 1922). Tale nozione è quella presupposta anche da tutte le «tecniche» che si occupano delle decisioni, dei criteri in base a cui andrebbero prese e dei metodi per prevederle, come la teoria della decisione e le sue varie articolazioni (teoria delle decisioni in condizioni di ignoranza, decisioni prese in condizioni di rischio, teoria dei giochi, teoria delle scelte sociali).

⁷¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 2, 1112 a 15 «la scelta è accompagnata da ragione, cioè da pensiero». La decisione, dunque, è esercizio di ragion pratica: cfr. I. KANT, *Kritik der*

ogni giorno. Gli elementi della scelta, e dunque della decisione, sono: *i*) la volizione (l'atto di volontà), *ii*) il ragionamento (lo svolgimento del giudizio) e *iii*) la preferenza per qualcosa di possibile, cioè di realizzabile (l'oggetto della volizione e del giudizio). Ciò distingue la scelta e, dunque, la decisione dal desiderio e dall'opinione: il desiderio è mera volontà non rivolta all'azione e che può perciò avere ad oggetto l'impossibile⁷² (posso desiderare di cavalcare Pegaso, ma non deciderlo); l'opinione è mero giudizio su qualcosa per cui la volontà è irrilevante e che può, perciò, avere ad oggetto l'impossibile⁷³ (posso avere l'opinione che Trump si rivelerà una catastrofe per il mondo, ma non deciderlo)⁷⁴.

Che l'alternativa scelta sia possibile è essenziale (alla scelta e) alla decisione per la vocazione della decisione all'azione: la decisione formula un «programma d'azione»⁷⁵, cioè una norma (anche se spesso valida solo per l'individuo che la pone)⁷⁶. 'Decidere' significa, cioè, 'scegliere che cosa fare'. Sicché la decisione del necessario o dell'impossibile è insensata: scegliere il necessario è superfluo e, comunque, la scelta (e quindi la decisione) è mera apparenza; scegliere l'impossibile è inutile, dal momento che l'alternativa preferita non può essere attuata, cioè il programma d'azione non può essere effettivamente messo in pratica.

4.2. Possibilità di decidere *vs.* permesso di decidere.

Nell'ottica dell'atto vincolato come atto puramente costitutivo, la decisione degli effetti da produrre è superflua o inutile: l'amministrazione vincolata, al più, sceglie il necessario (se decide gli effetti prefigurati dall'ordinamento) o l'impossibile (se decide effetti diversi da quelli prefigurati dall'ordinamento). In altre parole, secondo questa tesi, l'amministrazione non ha

praktischen Vernunft, 1788, in «Akademie-Ausgabe: Kants gesammelte Schriften, von der Königlich-Preußische Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Berlin, vol. V, 1913², p. 15. Si veda anche ID., *Die Metaphysik der Sitten*, *ivi*, vol. VI, 1914², p. 213.

⁷² ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 2, 1112 b 3.

⁷³ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, III, 2, b 19.

⁷⁴ La distinzione è confermata dalle qualificazioni possibili del desiderio, dell'opinione e della decisione. Il desiderio, in quanto mera volontà, non può essere soggetto ad un giudizio di validità (verità o correttezza che sia), a differenza dell'opinione (che è puro giudizio) e della decisione (che accompagna il giudizio alla volontà).

⁷⁵ F. MERUSI, G. TOSCANO, (*voce*) *Decisioni amministrative*, cit., p. 1.

⁷⁶ Sulla normatività di tali norme, cfr. F. MODUGNO, (*voce*) *Norma (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, XXVIII, 1978, p. 330

altre possibilità oltre quella di adottare l'atto con il contenuto predeterminato dall'ordinamento, al ricorrere dei presupposti.

Una tale affermazione confonde la necessità, la possibilità e l'impossibilità con l'obbligo, il permesso e il divieto: confonde cioè le modalità aletiche con le modalità deontiche, il *Müssen* (e il *Können*) con il *Sollen* (e il *Dürfen*). Le modalità deontiche, infatti, implicano la *possibilità di agire diversamente*, la decisione di non rispettare il preceitto: ogni norma implica la sua violazione⁷⁷. Il vincolo imposto dall'ordinamento all'amministrazione ha natura deontica⁷⁸, non aletica: la norma *obbliga* l'amministrazione ad adottare un atto con un certo contenuto al ricorrere dei presupposti vincolati, ma non impedisce che l'amministrazione *di fatto* adotti un atto di contenuto diverso⁷⁹.

In altre parole, anche quando l'ordinamento prefigura integralmente

⁷⁷ Infatti, una norma radica aspettative ad un certo comportamento (N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Reinbek b.H, 1973, trad. it. *Sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 1977, pp. 42 e ss.). Tanto che una certa inattuazione dell'ordinamento è inevitabile. Cfr. a titolo d'esempio, N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, cit., p. 264; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma - Bari, Laterza, 2004⁸, (1989¹), pp. 351 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., p. 1132 (secondo il quale quest'idea della inattuazione o devianza come costante del sistema sociale risale a L.R.K. MERTON, *Social Theory and Social Structure*, Glencoe, Free Press, 1949).

D'altro canto anche la morale religiosa presuppone la scelta di rispettare o meno le norme, come possibilità essenziale all'eventuale punizione del peccato: il libero arbitrio.

⁷⁸ Cfr. per tutti L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., pp. 520 e s.

⁷⁹ Più precisamente, due *species* di norme costitutive hanno ad oggetto gli atti precettivi. Per un verso, vi sono norme eidetico-costitutive, ossia norme che definiscono il valore di certi comportamenti umani, stabilendo l'intensione del termine che li contraddistingue. Tali norme hanno struttura ontica ('X è Y, nel contesto C'): l'eventuale loro struttura deontica può essere ridotta alla struttura ontica, dal momento che il dovere in quel caso presente è un dovere «eidologico». Si tratta, cioè, di regole semantiche, che stabiliscono il significato e quindi il valore di un certo comportamento. Ad esempio, l'art. 1321 c.c. stabilisce che il contratto è l'accordo di due o più parti, volto a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale è la norma eidetico-costitutiva del contratto. Tali norme, dunque, stabiliscono se un tale atto è un contratto, un provvedimento amministrativo, una sentenza e così via: stabiliscono cioè se un certo comportamento esiste come contratto, provvedimento amministrativo, sentenza e così via. Le corrispondenze con le norme eidetico-costitutive, dunque, produce l'esistenza o, se si preferisce, la rilevanza giuridica di un atto. Per altro verso, vi sono (anzi, è possibile che vi siano) norme che pongono condizioni di validità di un atto. Tali norme hanno struttura deontica, cioè non possono essere ridotte a struttura ontica. Per il contratto, ad esempio, si pensi alla norma che obbliga i contraenti a concludere un contratto con oggetto determinato o determinabile (a pena di nullità). Tali norme presuppongono che l'atto cui si rivolgono esista, cioè sia giuridicamente rilevante (ed esista come contratto, provvedimento amministrativo, sentenza e così via). Su tale distinzione, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., pp. 90 ss., anche per i dovuti richiami bibliografici.

Le norme che disciplinano presupposti e effetti di un certo tipo di provvedimento amministrativo sono senza dubbio norme ipotetico-costitutive: presuppongono che l'atto sia un provvedimento amministrativo (e, anzi, presuppongono che sia un certo tipo di provvedimento amministrativo) e hanno struttura deontica, perché non possono essere ridotte a mere definizioni (cioè impiegando la copula).

l'attività amministrativa, l'amministrazione conserva la *possibilità*, ancorché *non il permesso*, di agire diversamente, cioè di non rispettare la norma ipotetico-costitutiva. L'amministrazione, cioè, *decide* in ogni caso se disporre un certo effetto in una determinata situazione e quale effetto disporre.

Si pensi al caso in cui l'amministrazione adotti un atto vincolato in assenza dei presupposti o ne neghi l'adozione ancorché ne ricorrono i presupposti: l'amministrazione produce un effetto diverso da quello previsto dall'ordinamento per quella singola vicenda concreta. Tale evenienza è ancora più evidente nel caso in cui l'amministrazione nell'adottare un atto vincolato disponga la produzione di un effetto diverso da quello prefigurato (a prescindere dal se ne ricorrono i presupposti): nel precedente esempio della sanzione per la violazione del *fair play* elettorale, si immagini che il Collegio Regionale di Garanzia Elettorale irroghi una sanzione pari a dieci volte la spesa elettorale in eccesso o ordini al candidato di pubblicare su un certo numero di quotidiani un comunicato di «scuse».

La decisione di disporre o meno l'effetto prefigurato dall'ordinamento, dunque, è una decisione sensata: non è né necessaria né inutile, ma obbligata (quella di disporre l'effetto previsto) o vietata (quella di disporre un effetto diverso).

Oltre ad essere sensata (cioè né necessaria, né inutile), tale decisione è anche giuridicamente rilevante: produce effetti giuridici, potenzialmente diversi da quelli prefigurati dall'ordinamento.

Gli atti adottati in violazione delle norme che «vincolano» l'attività amministrativa, infatti, sono illegittimi. Nel nostro ordinamento, tuttavia, anche l'atto amministrativo illegittimo produce effetti⁸⁰, sebbene precari o

⁸⁰ È una tesi ormai radicata nella nostra dogmatica e sulla quale si reggono molti degli istituti del diritto sostanziale e processuale. Dell'efficacia dell'atto amministrativo illegittimo, tuttavia, possono darsi molteplici giustificazioni. Sul piano dogmatico, si può ritenere che l'efficacia dell'atto illegittimo dipenda da una scelta della giurisprudenza, che ha preferito il modo dell'equiparazione a quello della separazione e della distinzione (M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc.*, 1963, pp. 536 e ss.), oppure che sia un'applicazione della regola generale che riconosce identità di effetti tra atto annullabile e atto valido, imposta da ragioni di economia e di certezza giuridica (G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 111 e ss.). Sul piano sociologico, l'efficacia (almeno) dell'atto annullabile è l'espressione della tendenza dell'ordinamento giuridico (inteso come «sistema sociale») ad includere gli atti devianti, riconoscendoli come atti appartenenti al sistema, onde diminuire il tasso di «datenza» (cfr. A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza. Appunti sul concetto di invalidità*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, Giuffrè, 1993, II, pp. 1129 e ss.). Sul piano teorico generale, invece, l'efficacia di ogni atto invalido è il risultato della scissione del piano della validità dal piano dell'efficacia: l'efficacia (o vigore) degli atti è una conseguenza della rilevanza giuridica dell'atto,

potenzialmente rimovibili⁸¹ - ossia effetti soggetti ad invalidazione. E produce gli effetti che l'amministrazione *decide* di produrre in quella data circostanza, ancorché la produzione di quegli effetti in quella circostanza sia vietata, cioè violi il vincolo riguardante il momento conoscitivo (presupposti) o quello dispositivo (effetti)⁸².

Né la precarietà o la rimovibilità tramite annullamento degli effetti illegittimamente prodotti può scalfire questa conclusione. La precarietà, per un verso, non costituisce «una modalità dell'effetto, idonea a definirlo o a qualificarlo»⁸³: l'effetto precario è identico a qualunque altro effetto giuridico, vige come gli altri (salvo l'eventualità dell'annullamento)⁸⁴ - a prescindere dal se sia prodotto da un atto vincolato o discrezionale. Per altro verso, la precarietà è soggetta a termini di decadenza: la domanda di annullamento giurisdizionale o giustiziale è soggetta al termine d'impugnazione; l'annullamento d'ufficio è soggetto al termine «ragionevole» (determinabile nel caso concreto, ancorché indeterminato in astratto), e comunque non oltre 18 mesi dall'adozione per i provvedimenti che attribuiscono vantaggi economici. Sicché l'eventualità dell'annullamento è limitata nel tempo⁸⁵.

In sostanza, anche quando l'ordinamento prefigura integralmente l'azione

della sua «riferibilità», ossia della sua conformità ad una particolare *species* di norme costitutive (le norme eidetico-costitutive); tutti gli atti invalidi (siano essi nulli o annullabili), invece, sono atti produttivi di effetti (in quanto atti giuridicamente rilevanti, perché conformi alle norme eidetico-costitutive), i cui effetti sono rimovibili con modalità diverse a seconda del regime di invalidità (la quale consiste nella diffidenza dalle o violazione delle norme ipotetico-costitutive) - cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., *passim*.

⁸¹ Sulla differenza fra queste due prospettive, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Tra diversità e devianza*, cit., pp. 1119 e ss.

⁸² M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., p. 128.

⁸³ G. CORSO, *L'efficacia*, cit., p. 111.

⁸⁴ G. CORSO, *L'efficacia*, loc. ult. cit.

⁸⁵ L'unico argomento in grado di confutare la tesi che qui si espone è quello dell'inefficacia di un atto adottato in violazione del vincolo. Infatti, secondo D. SORACE, (*voce*) *Atto amministrativo*, cit., p. 90, «il potere di emanare un atto per gli aspetti per i quali è vincolato non esiste se non in presenza di quelle condizioni e di quei presupposti [stabiliti dalla legge]. Ne consegue che, più che illegittimo ed annullabile, in una simile circostanza l'atto dovrebbe essere considerato nullo, anche se materialmente esistente e quindi capace di produrre concretamente degli effetti, in particolare se dotato di esecutività». Tale argomento, oltre ad essere contraddetto dal diritto positivo (l'art. 21 septies, l.n. 241/1990 include fra i casi di nullità solo il difetto assoluto di attribuzione, mentre la violazione di legge è - da quando esiste la funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato - un'ipotesi di annullabilità), non regge dinanzi ad un'impostazione teorico-generale della relazione tra (in)esistenza, (in)validità e (in)efficacia, grazie alla quale si può concludere che anche l'atto nullo è un atto produttivo di effetti giuridici: cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 353 e ss.; ID., *Principia iuris*, cit., pp. 525 e ss.; nella dogmatica del diritto amministrativo, M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 105 e ss. e, se si vuole, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., pp. 90 e ss.

amministrativa, l'amministrazione decide il contenuto dell'atto⁸⁶: l'atto amministrativo è in ogni caso un fatto istituzionale, *sub specie* di decisione (non di atto puramente costitutivo)⁸⁷.

4.3. Decisione degli effetti e decisione dei fini.

La decisione degli effetti del provvedimento implica, poi, la scelta di attuare un certo assetto di interessi. Ogni norma, infatti, è strumentale a (o semplicemente comporta come conseguenza) un assetto di interessi. L'ordinamento, nel prevedere per un certo fatto concreto un determinato effetto giuridico (una norma giuridica concreta), implica la preferenza per l'assetto di interessi che quell'effetto giuridico attua. Sicché quando l'amministrazione dispone un effetto giuridico diverso da quello previsto dall'ordinamento in quella situazione (perché nega l'atto vincolato, ancorché ne ricorrano i presupposti, o lo adotta nonostante manchino i presupposti o dispone un altro effetto rispetto a quello previsto al ricorrere di quei presupposti), mira ad attuare un assetto di interessi diverso da quello prefigurato dal legislatore per quella circostanza. Decidere gli effetti, perciò, significa decidere anche il fine da attuare per il tramite di quegli effetti. La decisione degli effetti dell'atto amministrativo (anche quello vincolato) implica allora la decisione del fine di quell'atto: la scelta fra uno dei possibili modi di composizione degli interessi in gioco.

5. Conclusioni e alcune implicazioni.

⁸⁶ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 128.

⁸⁷ F. VOLPE, *L'annullamento del silenzio assenso e della s.c.i.a.. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in www.giustamm.it, 2015, rileva che a seguito della riforma c.d. Madia anche per il silenzio assenso e la SCIA si pone il dubbio se si tratti di atti costitutivi dei propri effetti. L'art. 21, co. 2, l. n. 241/1990 equiparava, infatti, l'attività esercitata in forza di silenzio-assenso o di SCIA «formatisi» in assenza dei presupposti previsti dalla legge all'attività senza titolo: se l'attività non corrispondeva alla fattispecie astratta, l'attività era vietata - schema ‘norma-fatto-effetto’. Abrogata questa equiparazione e posto un termine all'esercizio del potere di auto-tutela in caso di attività non rispondente alla legge ed esercitata in forza di silenzio assenso o SCIA (salvo l'ipotesi di falso penalmente rilevante e accertato con sentenza penale passata in giudicato), non è più la corrispondenza dell'attività alla fattispecie astratta a produrre l'effetto giuridico del permesso all'esercizio dell'attività, ma la presentazione dell'istanza con il concorso dell'inerzia della p.a. (silenzio assenso) o la mera presentazione della segnalazione certificata. In questo modo, fonte degli effetti è l'atto del privato (eventualmente sommato all'inerzia della p.a.). Effetti che pur essendo rimovibili entro un certo termine, possono consolidarsi (ad eccezione dei casi già visti).

La premessa di chi nega che gli atti vincolati siano espressione di potere, ossia che ‘senza decisione non v’è potere’, è condivisibile: la mera costitutività è carattere del potere solo in senso formale. Quella tesi, tuttavia, non tiene in considerazione che l’ordinamento giuridico accorda all’amministrazione un margine di decisione, anche in caso di poteri vincolati⁸⁸. Tale decisione non è predeterminata: l’amministrazione *dove* decidere conformemente alle meta-norme, ma non è detto che lo faccia. La dimensione prescrittiva (‘l’amministrazione *dove* decidere conformemente alle meta-norme’) implica che la decisione possa discostarsi dall’ordinamento e, quindi, essere illegittima. E se l’amministrazione non decide conformemente a quelle norme, il provvedimento produce gli effetti e persegue i fini voluti dall’amministrazione, anche se invalido. Sciso, cioè, il piano della validità da quello dell’efficacia, la costitutività degli effetti del provvedimento non può misurarsi sul provvedimento valido, ma sul provvedimento come che sia (valido o meno)⁸⁹. Del ragionamento della tesi da cui questo scritto è partito, dunque, cade la premessa minore: anche l’atto vincolato è una decisione, sebbene il suo margine di legittimità (ma non di efficacia) sia molto ridotto.

Cade, di conseguenza, anche una parte dei corollari da quel ragionamento scaturiti. Infatti:

i) se l’atto vincolato è un comportamento programmatico, un atto precettivo *sub specie* di decisione, l’atto vincolato è esercizio del potere amministrativo in senso sostanziale. In quanto atto precettivo (*sub specie* di decisione), l’atto vincolato può essere legittimo/illegittimo, non solo lecito/illecito;

ii) se l’atto vincolato è esercizio del potere amministrativo in senso sostanziale, l’atto vincolato è un provvedimento al pari di quello discrezionale. La differenza tra provvedimento vincolato e provvedimento discrezionale risiede nello «spazio» di legittimità della decisione e dunque nell’ampiezza del permesso di produrre effetti fin dall’inizio intangibili: il provvedimento vincolato soffre limiti di legittimità più stringenti e, quindi, gli è permesso produrre effetti intangibili fin dall’adozione solo nei casi «rigidamente» predeterminati dalla norma.

Le conclusioni fin qui raggiunte non sono tuttavia in grado di fornire

⁸⁸ F. MERUSI, G. TOSCANO, *Decisioni amministrative*, cit., p. 1.

⁸⁹ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 128.

indicazioni risolutive sulla natura della situazione giuridica soggettiva vantata dal cittadino nei confronti del potere e del provvedimento vincolati (e che probabilmente era il fine del saggio dal quale questo scritto ha preso le mosse⁹⁰). I dubbi sul se il cittadino vanti un interesse legittimo o un diritto soggettivo dinanzi ad un potere vincolato dipendono in larga misura dall'incertezza circa la nozione di queste situazioni giuridiche soggettive, non ancora fugata dalla riflessione dogmatica.

Se l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita oggetto di potere amministrativo⁹¹, dinanzi ad un potere vincolato v'è un interesse legittimo, ancorché assistito da una serie di rimedi più «intensi» (come l'azione di adempimento, per gli interessi pretensivi). Se invece l'interesse legittimo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita a soddisfazione solo eventuale (e, per converso, il diritto soggettivo è la pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita la cui soddisfazione è garantita dall'ordinamento)⁹², dinanzi ad un potere vincolato v'è un diritto soggettivo: dinanzi ad un potere vincolato il cittadino vanta una pretesa ad ottenere o conservare un bene della vita la cui soddisfazione è obbligatoria (ancorché tale obbligo, come ogni altro, possa rimanere inadempito). Tale questione tuttavia esula dai limitati fini di questo scritto.

⁹⁰ Onde garantire uno spazio alla giurisdizione ordinaria sull'attività amministrativa.

⁹¹ Di recente, F.G. SCOCÀ, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 399 e ss.

⁹² Cfr., A. ROMANO TASSONE, (*voce*) *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 966 e ss.

DONATO VESE

Dottore di Ricerca (Ph.D.) presso la Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia
donato.vese@iusspavia.it

**DECISIONE, SEMPLIFICAZIONE ED EFFICIENZA
NEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO**

**DECISION, SIMPLIFICATION AND EFFICIENCY
IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE**

SINTESI

La decisione, che è espressione della volontà, è certamente il più complesso di tutti gli atti che alimentano l'universo del diritto e del procedimento amministrativo. Tuttavia la decisione, rendendo manifesto solo in parte il mondo della possibilità che il diritto e il procedimento amministrativo racchiudono, tende a ridurne drasticamente la complessità, semplificando bisogni, valori, scopi che dentro ogni atto si agitano. Col proposito di semplificare il procedimento amministrativo, al fine di renderne più efficiente il sistema, l'analisi giuridica e soprattutto l'analisi economica ricercano gli strumenti e le metodologie che possano incrementare l'efficienza dei processi decisionali, semplificandoli. Il connubio tra semplificazione ed efficienza diviene sempre più stringente, tanto da far sfumare senza soluzione di continuità l'una proposizione nell'altra. In questa prospettiva il disegno di semplificazione finisce per non concedere né spazio né tempo alle decisioni dell'amministrazione, che, invece, come ogni atto complesso, richiedono lunghi procedimenti al fine di considerare opportunamente, di volta in volta, una specifica realtà, uno specifico interesse. Accade così che nel procedimento amministrativo convivano più fattori fra loro antitetici. All'obbligo di decidere, posto alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, si contrappongono gli obblighi di rendere evidenti le ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la scelta amministrativa come momento di contemperamento tra diversi interessi a seguito di un'istruttoria completa e articolata, in grado di permettere una scelta ponderata e fondata su un ricco quadro di riferimento, magari basata e conclusa sul e con l'accordo tra le parti, amministrazione e cittadino. Vero è che la decisione, riassumendo in un unico atto l'intera vicenda procedimentale, rappresenta pur sempre il momento più critico dell'attività amministrativa. Per questa ragione ogni decisione, quale sintesi della complessità degli interessi, dovrebbe 'comporre', più che 'scomporre', ciò che nel procedimento amministrativo risulta complesso, articolato, di non facile soluzione. La decisione amministrativa, in tale prospettiva, non può essere intesa unicamente come un fatto di riduzione della complessità. Quello di decidere è

un procedimento non semplice per natura, che richiede tempo e spazio. Sicché decisione può voler significare dare tempo e spazio anche alla complessità, facendo entrare nella scelta finale tutte le possibili componenti del procedimento, sia che queste siano rappresentate da interessi principali, rilevanti, predominanti, sia che queste siano rappresentate da interessi secondari, trascurabili, marginali. In sostanza, la complessità dell'agire amministrativo stride con le prerogative di celerità, di sommarietà e di efficienza che la società richiede alle decisioni dell'amministrazione, le quali, invece, devono essere dettagliate, ponderate, giuste.

Muovendo da queste considerazioni sulla decisione, il presente scritto si propone di rilevare le criticità di un'impostazione meramente efficientistica tesa a ridurre la complessità del procedimento amministrativo.

ABSTRACT

Decision, as expression of the will, is the most complex of all acts in the universe of administrative procedure. On the other hand, the act of decision drastically reduces the complexity in this sphere, simplifying needs, values and aims. In order to increase efficiency of administrative procedure, economic analysis of law searches for tools and methodologies that can make it more efficient, simplifying every decision-making process. The link between simplification and efficiency becomes increasingly stringent. In this perspective, the plan for simplification ends up not giving time to the decisions of administration, which instead require long procedures in order to appropriately consider a specific reality or interest. It so happens that more factors coexist in administrative procedure. The need to provide, to the base of efficiency and economy of administrative action, contrasts with the needs to prove the reasons of action, to configure administrative decision as defining moment of a complete and articulated procedure. Administration is called to weigh and evaluate in order to allow a choice based on a rich reference framework, perhaps based and concluded on and with the agreement between the parties, administration and citizen. It is true that decision represents the most critical moment of administrative activity, for this reason every decision, as summary of interests' complexity, should compose rather than deconstruct what is complex, articulated and not simple in administrative procedure. Administrative decision cannot be exclusively seen as a reduction of complexity. Deciding is not a simple process, but it takes time and space. Decision may also mean giving time and space to complexity, in order to include in final determination all possible components of administrative procedure, whether these are represented by major, relevant and predominant interests, or these are represented by secondary, negligible and marginal interests. Complexity of administrative action contrasts with the prerogatives of speed and efficiency that society demands to administrative decisions, which instead must be detailed, weighted and right.

Moving from these thoughts on decision, this paper aims to find the critical is-

sues of efficiency approach which reduces the complexity of administrative procedure.

PAROLE CHIAVE: Decisione amministrativa, complessità del procedimento amministrativo, tempestività dell’azione amministrativa, analisi economica, l. n. 124/2015.

KEYWORDS: Administrative Decision, Complexity of Administrative Procedure, Timeliness of Administrative Action, Economic Analysis, Law No. 124/2015.

INDICE: 1. La semplificazione amministrativa come riduzione della complessità – 2. La semplificazione della decisione amministrativa come ricerca dell’efficienza – 3. Il ritardo della decisione amministrativa come fattore di inefficienza – 3.1. L’emersione del fattore “tempo” come “bene della vita” autonomamente tutelabile – 3.2. L’art. 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124 recante norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi e il d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194 – 3.3. L’art. 6 della l. n. 124/2015 recante la riforma dell’autotutela amministrativa sotto il profilo temporale – 4. La semplificazione della decisione amministrativa nella l. n. 124/2015 e nei decreti attuativi

«La parola complessità non può che esprimere il nostro disagio [...] di mettere
ordine nelle nostre idee. Ma se ci si accorge che le modalità semplificanti
di conoscenza mutilano la realtà [...] se diventa evidente che tali modalità
di conoscenza producono più cecità che delucidazioni, allora sorge il problema:
come considerare la complessità in modo non semplificante?»

E. Morin, *Introduzione al pensiero complesso*² (1990),
tr. di M. Corbani, Milano, Sperling & Kupfer, 1993, p. 10

1. La semplificazione amministrativa come riduzione della complessità

La semplificazione amministrativa¹ indica quell’insieme di norme volte alla regolazione dell’attività e dell’organizzazione della pubblica amministrazione col fine di rendere queste più aderenti al principio costituzionale del buon andamento² (art. 97 Cost.). Il concetto di semplificazione non viene definito dalla

¹ Sulle tipologie di semplificazione amministrativa cfr. L. TORCHIA, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 385 ss., la quale individua quattro tecniche per procedere alla semplificazione amministrativa. Queste possono essere: di sottrazione mediante l’eliminazione di elementi funzionali o strutturali, come la soppressione di organi, di funzioni, di fasi, di pareri; di alleggerimento, ossia di riduzione del peso dell’azione amministrativa, ad esempio attraverso la sostituzione di decisioni ad alto tasso di discrezionalità con decisioni limitatamente discrezionali, oppure con l’implementazione del potere d’iniziativa dei privati; di determinazione automatica attraverso la riduzione del grado di indeterminatezza del sistema, mediante gli istituti del silenzio-assenso e della s.c.i.a.; di razionalizzazione con la redistribuzione dei compiti tra soggetti pubblici, che può avvenire con la diminuzione del numero dei soggetti intervenienti o con l’accorciamento dell’iter decisionale.

² Sul punto, M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986, p. 12; D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 26.

legge, ma può ricavarsi dalla lettura dei principi generali di cui all'art. 1, legge 7 agosto 1990, n. 241, in base ai quali «l'attività amministrativa [...] è retta [anche] da criteri di economicità, di efficacia [...] secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

Nel lungo processo di riforme che ha condotto all'ammodernamento della pubblica amministrazione, la semplificazione è stata perseguita sia attraverso leggi che hanno preveduto una rimodulazione dell'apparato burocratico, sia attraverso leggi che ne hanno disposto il riassetto delle attività³. Si è tentato, così, di porre sempre più al centro del processo di semplificazione la relazione tra la disciplina organizzativa della pubblica amministrazione e la disciplina del procedimento amministrativo. Sicché la riforma della pubblica amministrazione, secondo i dettami costituzionali del buon andamento, ha ricevuto una spinta considerevole prima dalle leggi Bassanini⁴ poi dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 e, da ultimo, dalla l. 7 agosto 2015, n. 124.

In quest'ultima riforma la necessità di semplificare è particolarmente avvertita soprattutto in relazione al procedimento amministrativo, tant'è che il compito di attuare il disegno di semplificazione viene affidato ai decreti legislativi e alle fonti regolamentari di delegificazione di cui all'art. 17, co. 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, così evidenziando una tendenza a riconsegnare a tali fonti gran parte dell'azione posta in essere dalla pubblica amministrazione⁵. Allo stesso tempo si realizza una sorta di depotenziamento della centralità del Parlamento e il rafforzamento di un secondo polo politico-normativo – quello governativo – nell'ordinamento giuridico interno. Con la l. n. 124/2015, la semplificazione amministrativa persegue, ancora con più enfasi che in passato, il dimezzamento delle fasi procedurali, la riduzione dei termini a disposizione delle amministrazioni per emanare il provvedimento, l'accorpamento, la standardizzazione e

³ Secondo M. CLARICH *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 655 ss., gli istituti di semplificazione si possono suddividere in quelli che non intaccano la struttura dei procedimenti amministrativi, incidendo invece sugli organi e sugli enti della pubblica amministrazione (c.d. semplificazione dell'organizzazione amministrativa) e in quelli, invece, che hanno ad oggetto proprio la sequenza interna alla catena procedimentale originaria (c.d. semplificazione procedimentale). Ai primi si riconducono le tecniche di decentramento, di esternalizzazione delle funzioni e di riorganizzazione tecnologica degli adempimenti procedurali, mentre ai secondi fanno capo le tecniche di eliminazione delle singole fasi o degli adempimenti procedurali.

⁴ Legge 15 marzo 1997, n. 59; legge 15 maggio 1997, n. 127; legge 16 giugno 1998, n. 191; legge 8 marzo 1999, n. 50.

⁵ Sulla legislazione sviluppatasi a favore della semplificazione procedimentale cfr. M. SANTINI, *Il buon andamento dell'azione amministrativa tra semplificazione procedimentale ed acquisizione di pareri*, in *Dir. econ.*, 1999, p. 119 ss.; L. TORCHIA, *La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento*, in *Le Regioni*, 1997, p. 333. Inoltre sempre sullo stesso punto cfr. G. VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, p. 626 ss.

l'omologazione dei procedimenti che si riferiscono alla stessa attività, oltre che l'informatizzazione dei processi comunicativi. A ciò vanno aggiunte le disposizioni che eliminano i poteri amministrativi o modificano in senso maggiormente efficientistico il regime amministrativo al quale è soggetta l'iniziativa privata del cittadino⁶.

Anche nei diversi istituti del diritto amministrativo nei quali si evidenzia il concetto di semplificazione e che l'esame della disciplina poc'anzi richiamata consente di enucleare, si nota l'interesse del legislatore per i profili di riduzione della complessità⁷. Istituti di semplificazione quali la conferenza di servizi⁸, gli accordi tra amministrazioni⁹ (e tra queste e i privati), la previsione di termini per ottenere in tempi certi pareri o valutazioni tecniche, l'autocertificazione¹⁰, la segnalazione certificata di inizio attività (d'ora in poi s.c.i.a.) e il silenzio-assenso¹¹

⁶ Si fa riferimento agli istituti del silenzio-assenso (art. 20) e soprattutto della s.c.i.a. (art. 19). Sul punto si ritornerà nel par. 3.

⁷ Sulla complessità del diritto amministrativo cfr. M. BOMBARDELLI, *Semplificazione normativa e complessità del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2015, p. 985 ss.

⁸ Sull'istituto della conferenza di servizi si v. G. PASTORI, *Conferenza di servizi e pluralismo autonomistico*, in *Le Regioni*, 1993, p. 1564 ss.; E. STICCHI DAMIANI, *La conferenza di servizi*, in *Studi in onore di Pietro Virga*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1753 ss.; D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 1 ss., specialmente da 62; P. BERTINI, *La conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 293 ss.; L. TORCHIA, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma, ovvero della difficile semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, p. 675 ss.; F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 255 ss.; P. FORTE, *La conferenza di servizi*, Padova, Cedam, 2000, p. 7 ss.

⁹ Sul tema degli accordi amministrativi si v. M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 391 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 237 ss.; W. GIULIETTI, *Attività consensuale della p.a. e vincoli giuridici: tutela del pubblico interesse e affidamento del privato*, in *Cons. Stato*, 2001, p. 1617 ss.; R. FERRARA, *La p.a. tra autorità e consenso: dalla "specialità" amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 225 ss.

¹⁰ Ampio ricorso all'autocertificazione è stato previsto dalla legislazione più recente anche in settori diversi. Si pensi al d.p.r. 20 ottobre 1998, n. 447, regolamento di attuazione dello sportello unico previsto dagli artt. 23 ss. del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112. Il Ministero dei lavori pubblici aveva ritenuto (con la circolare 26 giugno 2000, n. 41) che non fosse possibile ricorrere all'autocertificazione per dichiarare il rispetto della legge 12 marzo 1999, n. 17 (norme per il diritto al lavoro dei disabili), dato che l'art. 17 della stessa legge è norma speciale, di deroga al principio generale in materia di autocertificazione. L'art. 17 va interpretato nel senso che, ai fini della partecipazione alla gara di appalto di opere pubbliche, è sufficiente che sia resa (a pena di esclusione) la dichiarazione attestante che l'impresa è in regola con le norme le quali disciplinano il diritto al lavoro dei disabili; mentre, solo nell'ipotesi di aggiudicazione provvisoria, l'impresa aggiudicataria deve essere invitata a certificare, tramite i competenti uffici e, sempre a pena di esclusione, l'ottemperanza alle norme medesime. In tal senso cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2002, n. 2020.

¹¹ Sul tema del silenzio-assenso vi è una letteratura piuttosto ampia, sia antecedente che posteriore all'entrata in vigore della l. n. 15/2005. Un elenco potrebbe essere il seguente: F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 9 ss.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 239 ss.; A. TRAVI, *Silenzio-assenso ed esercizio della funzione amministrativa*, Padova, Cedam, 1985, p. 11 ss.; ID., *Silenzio assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al D.P.R. 26 aprile 1992*

sono stati riformati con l'intento di rendere meno complessa – e, dunque, più efficiente – l'intera procedura amministrativa.

Vero è che l'esigenza di semplificare mette in risalto l'esistenza, nel procedimento amministrativo, di più fattori fra loro antitetici. In particolare, all'obbligo di decidere che è posto alla base dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, si contrappongono gli obblighi di rendere evidenti le ragioni dell'azione, di consentire agli interessati di fornire il proprio apporto collaborativo e, più in generale, di configurare la scelta amministrativa come momento di contemporamento dei diversi interessi a seguito di un'istruttoria completa e articolata, in grado di permettere una scelta ponderata e fondata su un ricco quadro di riferimento, magari basata e conclusa sul e con l'accordo tra le parti, amministrazione e cittadino, come prevede la stessa l. n. 241/1990 all'art. 11.

Se si guarda alla l. n. 124/2015, la semplificazione che il legislatore di riforma intende compiere sembra però salvaguardare solo il primo momento. In tal senso, la modifica della s.c.i.a. (art. 19) e del silenzio-assenso (art. 20), per restare agli istituti amministrativi che qui più interessano, sembra confermare l'attenzione per i profili di efficienza economica del procedimento da parte della legislazione più recente¹². Il rischio è che tale sbilanciamento possa comportare la frustrazione delle esigenze in vista delle quali è preordinato il fenomeno della partecipazione dei privati, i quali potrebbero essere fortemente limitati, o addirittura esclusi, dalla possibilità di intervenire, nonché dalla possibilità di rimanere privi di un'adeguata tutela giurisdizionale. Eppure in riferimento al caso del silenzio-assenso già Benvenuti, nel sottolineare la funzione “demarchicamente” strategica che l'istituto può avere per «[i]l nuovo cittadino»¹³ in termini di parte-

n. 300, in *Foro amm.* TAR, 1993, p. 601 ss.; nonché ID., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio attività e tutela dei terzi contro interessati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 16 ss.; A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 715 ss.; ID., *Il silenzio-acoglimento nella legge Nicolazzi*, in *Riv. giur. edil.*, 1982, p. 53 ss.; F.G. SCOCÀ, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, Clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 393 ss.; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione (voce)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, Torino, Giappichelli, 1995, 156 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 13 ss.; M. ANDREIS, *Silenzio-assenso, semplificazione competitiva e D.I.A.: problemi e profili applicativi alla luce dei nuovi articoli 19 e 20 della l. n. 241 del 1990, sostituiti dalla l. 80/2005*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 16 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e silenzio assenso della pubblica amministrazione dopo la legge 14 maggio 2005, n. 80*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 99 ss.

¹² Sul punto mi sia consentito rinviare a D. VESE, *Profili di analisi economica (del diritto amministrativo) in tema di segnalazione certificata di inizio attività. La nuova disciplina della s.c.i.a. e i persistenti problemi di tutela dei terzi*, in *Dir. e proc. amm.*, p. 1131 ss.

¹³ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, p. 9 ss.

cipazione all'esercizio della funzione amministrativa, non ha potuto che constatare come «il silenzio-assenso [si risolveva, invece, in] un'accelerazione dei tempi ed [in] una maggiore efficienza dell'amministrazione»¹⁴. Risultato quest'ultimo che Benvenuti ha considerato «puramente consequenziale, mentre il vero grande significato [per il silenzio-assenso] è stato l'introduzione del principio di partecipazione del singolo divenuto così [...] co-amministrante»¹⁵.

Vero è che non sembra emergere uno spiraglio di soluzione per il conflitto tra le diverse esigenze, efficienza da un lato, garanzia dall'altro¹⁶. Inizialmente destinate a convivere nel procedimento, questi fattori si assestano secondo un rapporto di prevalenza tra tempestività del provvedere e completezza dell'istruttoria. È vero anche che i principi di economicità, efficienza e tempestività dell'azione amministrativa agiscono contemporaneamente da forze centrifughe e centripete; così, mentre spingono ai margini l'istruttoria e il procedimento, al contempo attirano al centro la decisione, la quale diviene l'elemento più importante dell'azione amministrativa. Potrebbe obiettarsi che comunque l'interesse dei cittadini è fatto salvo, una volta garantita la rapida conclusione del procedimento, tuttavia non può sfuggire che la semplificazione favorirebbe solo i privati direttamente interessati all'effetto finale (il c.d. risultato amministrativo), mentre pregiudicherebbe, talvolta gravemente, gli interessi dei soggetti che rimangono esterni a tale effetto¹⁷ (i cc.dd. terzi controinteressati). D'altra parte non tutti gli

¹⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 80.

¹⁵ ID., *op. ult. cit.*, p. 81.

¹⁶ I profili di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione dell'agire amministrativo sono gradualmente individuati come criteri che riempiono di contenuto precettivo il principio di buon andamento, di cui all'art. 97 della Costituzione. La massiccia introduzione di criteri normativi attinenti all'efficienza, all'efficacia e all'economicità prospetta un modello di amministrazione diverso e a volte conflittuale, rispetto a quello in cui l'amministrazione è tenuta al rispetto della regola procedimentale posta dalla legge in vista di obiettivi predeterminati, sicché, se è possibile valutare l'efficienza dei servizi pubblici, contemporando utilità sociale e redditività, maggiori difficoltà si riscontrano nel misurare le singole attività amministrative discrezionali, in cui la ponderazione degli interessi pubblici avviene con l'osservanza di procedure volte ad assicurare piena evidenza ai processi decisionali che conducono alla scelta. Su tali questioni si v. R. MELE, M. VESCI, *L'efficienza e l'efficacia nella pubblica amministrazione: dove stiamo approdando*, in *Economia e Diritto del terziario*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 471. Gli autori ritengono che in alcuni settori di servizi pubblici si potrebbe abbandonare l'impostazione tradizionale, per cui l'ente pubblico deve mirare alla soddisfazione dell'utenza (c.d. finalità sociale). È importante che nell'ente pubblico, a differenza che nell'impresa privata, nel caso di un conflitto tra l'obiettivo economico e quello sociale la soddisfazione del cliente diventi criterio preminente da rispettare. Inoltre, sul punto, non appare condivisibile alcun tipo di riferimento all'efficienza come «virtù manageriale», come giustamente notato da J.E. LANE, *L'evoluzione della pubblica amministrazione: dall'approccio «amministrativo» all'approccio manageriale*, in *Probl. Amm. Pubbl.*, 1995, p. 537.

¹⁷ Sull'argomento della semplificazione del procedimento come fattore che può mettere a repentaglio gli interessi dei terzi controinteressati si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 25 ss.

interessi ammettono una disciplina procedimentale che comporti una semplificazione tale da sacrificare la corretta ponderazione di alcuni valori. Sul piano del diritto amministrativo è sufficiente ricordare la presenza di interessi ambientali, paesaggistico-territoriali e della salute che impongono una particolare regolamentazione del meccanismo contemplato dagli artt. 16 e 17, l. n. 241/1990, in relazione ai pareri e alle valutazioni tecniche¹⁸.

Nei limiti in cui la semplificazione è realizzata, non può non rilevarsi il possibile ed incisivo mutamento del ruolo istituzionale dell'amministrazione. Essa rappresenterà non già il soggetto, chiamato unicamente a dare evidenza ai vari interessi in gioco e ad operare una mediazione tra gli stessi, bensì la struttura responsabile e garante del conseguimento di un risultato¹⁹.

2. La semplificazione della decisione amministrativa come ricerca dell'efficienza

La semplificazione amministrativa, dunque, essendo insita in ogni processo di riforma volto a snellire, accelerare e dinamizzare il procedimento, nasce e si sviluppa col proposito di ridurre la complessità, al fine di rendere efficiente il sistema²⁰.

Tuttavia l'amministrazione, entro il contesto procedimentale, è chiamata soprattutto a ponderare e valutare le possibili soluzioni, al fine di esternare la volontà finale. In questo disegno di riduzione della complessità il più delle volte non c'è né spazio né tempo per le decisioni dell'amministrazione, le quali, come ogni atto complesso, richiedono invece lunghi procedimenti. Basta guardare alle

¹⁸ In tal senso è declinata anche la deroga al meccanismo di semplificazione di cui all'art. 14-bis, ove si fa cenno proprio a quella «tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, della salute o della pubblica incolumità».

¹⁹ Se la decisione semplificata non è sinonimo di scelta inadeguata al corretto assetto di interessi, il rischio di un'amministrazione senza qualità, effettivamente connesso alla semplificazione procedimentale, sussiste anche in un'amministrazione complessa. Cfr. G. PASTORI, *Pluralità e unità dell'amministrazione, in Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, a cura di G. Marongiu, G.C. De Martin, Milano, Giuffrè, 1992, p. 101 ss.

²⁰ Sul punto si v. V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 617 ss. Sul diverso fenomeno della semplificazione normativa si v. P.M. VIPIANA PERPETUA, *La semplificazione amministrativa: inquadramento, classificazione, evoluzione normativa e profili problematici*, in *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, a cura di J. Luther, P.M. Vipiana Perpetua, Torino, Giappichelli, 2013, p. 1, specialmente da 20 a 22, ove si individuano le cc.dd. taglia-leggi, disposizioni legislative che operano una drastica riduzione delle leggi e dei regolamenti in tema di pubbliche amministrazioni. Tra queste ultime vanno menzionate la l. 8 marzo 1999, n. 50, la l. 28 novembre 2005, n. 246 e la l. 18 giugno 2009, n. 69. Sul punto cfr. anche M. IMMORDINO, *Semplificazione normativa e certezza del diritto*, in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di A.M. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2005, p. 255 ss.

disposizioni che contengono i compiti del responsabile del procedimento, indicati dall'art. 6, l. n. 241/1990, per comprendere che si è di fronte a una realtà vasta ed eterogenea, di difficilissima semplificazione, in cui la decisione finale è solo una tessera di un mosaico amplissimo.

La decisione, pur condensando in un unico atto l'intera vicenda procedimentale, è il risultato di un'attività articolata e complessa che non può prescindere dalla interazione di tutte le componenti del procedimento, sia che queste rappresentino interessi principali, rilevanti, predominanti, sia che esprimano interessi secondari, trascurabili, marginali²¹. Così è per quelle situazioni in cui l'amministrazione è chiamata a decidere contemplando le esigenze dell'attore economico e la salvaguardia dei bisogni del cittadino. In questa prospettiva la decisione per il rilascio dell'autorizzazione a svolgere un'attività industriale non può tenere conto solo dell'interesse ('principale') dell'attore economico, ma deve includere l'interesse ('secondario') di tutti i soggetti che ambiscono a godere di un ambiente salubre, a non vedere compromessa la propria tranquillità, a respirare aria pulita..., insomma a non vedere in qualche modo compromessa la propria sfera di libertà. La decisione, pertanto, non può essere costretta entro limiti di tempo che non tengano nella dovuta considerazione la sua effettiva portata.

D'altra parte la complessità dell'agire amministrativo non può accordarsi con i requisiti di snellezza, celerità e sommarietà che la società richiede alle decisioni dell'amministrazione, le quali sono per loro natura dettagliate, ponderate, complesse. Di qui il proiettarsi alla ricerca, da parte dell'analisi giuridica e soprattutto di quella economica, di strumenti e di metodologie che possano rendere più efficienti, semplificandoli, i processi decisionali.

Nel contesto socioeconomico odierno l'amministrazione pubblica è contraddistinta dal dovere giuridico di realizzare con economicità, efficacia, efficienza e trasparenza risultati concreti²², rispondenti agli interessi determinati

²¹ Si può dire che il procedimento amministrativo è per sua natura fenomeno complesso, nel significato che di quest'ultimo termine ha offerto Morin. Secondo il filosofo francese per complessità (da *complexus*: ciò che è tessuto insieme) s'intende un insieme di costituenti eterogenei inseparabilmente associati. La complessità (anche quella propria del procedimento amministrativo) può così essere plasticamente rappresentata come la combinazione di «fatti, azioni, interazioni, retroazioni, determinazioni che costituiscono il nostro mondo fenomenico». Così E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*², cit., p. 10.

²² Sull'argomento dell'efficienza dell'azione amministrativa in dottrina cfr. M.V. LUPÒ AVAGLIANO, *Le ragioni dello sviluppo economico sociale, l'efficienza dell'azione amministrativa e l'ingresso nell'ordinamento della 'nuova' cultura delle misurazioni*, in *L'efficienza della pubblica amministrazione. Misure e parametri* (a cura di) LUPÒ AVAGLIANO, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 9 ss., ove, tra gli altri, viene sviluppato il tema delle misurazioni nella pubblica amministrazione. Il tema delle misurazioni, secondo il punto di vista sviluppato lungo il percorso ricostruttivo dell'A., si incentra, in

dalla legge e agli obiettivi definiti dalla stessa amministrazione attraverso la funzione di indirizzo politico-amministrativo²³.

In «Disegno dell'amministrazione italiana» Benvenuti ritiene che la pubblica amministrazione, secondo la sua stessa ragion d'essere, debba esercitare principalmente la funzione materiale esecutiva²⁴ al fine di soddisfare i propri interessi, ricorrendo all'uso di «poteri d'impero», così da costituire, modificare o estinguere unilateralmente le posizioni degli altri soggetti.

particolare, nella ricerca di adeguati strumenti di verificazione e valutazione dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità dell'azione amministrativa. Partendo dalla constatazione del fatto che la pubblica amministrazione versi in uno «stato di (perenne) inefficienza», l'indagine cerca di definire nuovi parametri di riferimento e strumenti di misurazione adatti a rappresentare in modo efficace la complessa realtà del procedimento amministrativo. Così è per gli strumenti di misurazione della *performance* dei funzionari pubblici – poi recepiti dalla legislazione con il d. lgs. 150/2009 – che sono concepiti al fine di sostituire il tipico apparato sanzionatorio/repressivo, usato per giudicare l'operato dei dipendenti, con altro apparato che funga da incentivo (*nudge*) e correzione, piuttosto che da coercizione.

L'analisi verte poi anche sui cc.dd. «sistemi di controllo direzionali», vale a dire su quei sistemi capaci di monitorare il mutamento delle logiche, delle procedure, dei tempi e delle qualità di funzionamento dell'amministrazione in modo che ne sia garantito il miglioramento e la riqualificazione continua della macchina burocratica. D'altra parte ove l'analisi viene rapportata all'odierno contesto socioeconomico, dove i bisogni della collettività esigono un continuo adattamento dei procedimenti amministrativi, appare determinante l'atteggiarsi delle pubbliche amministrazioni in termini di efficienza, competenza e trasparenza delle procedure; il che equivale a dire che la funzione pubblica da mero sostegno a cittadini e a imprese deve diventare la “chiave di volta” della realizzazione di politiche economiche e sociali al passo con i tempi.

Sempre sull'argomento dell'efficienza cfr. A. MASSERA, *I criteri di economicità, efficacia, ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di) M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2011, p. 22 ss., ma in part. 34-83. L'A. dedica due paragrafi del suo contributo ai «criteri di efficienza [...] connessi al tempo dell'azione amministrativa» e ai «[c]riteri di efficienza, celerità dell'azione amministrativa e istituti di semplificazione», particolarmente interessanti per l'indagine che si sta svolgendo. L'A., richiamando il contributo di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 36, afferma come nell'odierno contesto socioeconomico, dove vi è una forte presenza delle leggi proprie del mercato, il “tempo degli atti amministrativi [...] debba essere un tempo certo, perché il tempo è una componente necessaria del mercato”, ragion per cui, peraltro, si osserva come effettivamente «“nella legge sul procedimento amministrativo il tempo dell'azione è diventato un tempo certo”» (p. 46).

Vero è che, in quest'ottica, come vedremo a proposito del contributo di Romano Tassone sull'analisi economica del diritto, ritrova una sua valenza la formula “amministrazione di risultato”. Essa esprimerebbe, sul piano istituzionale, la soluzione alle domande che provengono dal mondo del mercato. Massera rileva, inoltre, come il criterio dell'accelerazione procedimentale venga sovente accostato, quasi a formare un'endiadi, con l'uno o l'altro dei criteri funzionali di matrice economica (52). Ma è la stretta connessione con il principio del buon andamento che colora di significato l'accelerazione del procedimento amministrativo, assegnando a questo un significato ulteriore. Come si cercherà di dire, la certezza non rappresenta la sola componente in grado di assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa occorrendo, nell'odierno contesto di mercato, anche la componente della celerità.

²³ L. IANNOTTA, *Merito discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, p. 1 ss.

²⁴ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996, p. 261.

Questa concezione della pubblica amministrazione è oltremodo lontana dalle prospettive interpretative che orientano l'analisi economica, ove l'amministrazione assume essenzialmente il compito di regolare la distribuzione e l'assegnazione dei beni pubblici. Da ciò risulta l'importanza che ha assunto in tale ambito la ricerca di strumenti e metodologie in grado di potenziare e accrescere il grado di efficienza nei processi decisionali delle pubbliche amministrazioni²⁵. La decisione rappresenta la manifestazione più concreta del potere amministrativo²⁶. È con la decisione, ad esempio, che l'amministrazione procede all'assegnazione dei beni pubblici ai privati. Nell'ottica dell'analisi economica, i risultati della decisione amministrativa vanno esaminati *ex post* perché sia possibile coglierne interamente gli esiti e apportare i miglioramenti necessari per addivenire a un impiego ottimale degli stessi beni (considerati alla stregua di risorse limitate e consumabili)²⁷. La decisione risulta dunque lo strumento più utile allo scopo di valutare l'efficienza (o l'inefficienza) dell'azione amministrativa.

Questa concezione della ‘nuova’ amministrazione viene descritta da quella dottrina²⁸ che si è occupata di approfondire i rapporti tra l'analisi economica e le

²⁵ Su questo punto mi sia consentito rinviare a D. VESE, *Semplificazione procedimentale, analisi economica e tutela del terzo*, in *Dir. ec.*, 2016, pp. 545-590 ss.

²⁶ L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa Rivista, 2017, secondo il quale l'amministrazione con la decisione «seglie tra le diverse alternative che l'ordinamento consente», «trasformando il potere astrattamente previsto dalla norma in de[cisione] concreta» (corsivo aggiunto).

²⁷ Il proliferare del metodo matematico nella comprensione della funzionalità economica del procedimento (e del diritto) amministrativo è presente anche in Italia. In tal senso si v. A. PETRETTI, *op. cit.*, p. 4, secondo il quale il procedimento amministrativo «ha tutte le caratteristiche di un processo produttivo, per fasi verticalmente integrate, che impiega input produttivi e quindi ne sostiene i relativi costi». L'a. fornisce una formalizzazione da cui è possibile definire una funzione di costo relativa ad un ufficio pubblico, del tipo « $u: Cu=C(y_u, w_u, K_u, q_u, e_u)$ $u=1, \dots, U$ », dove y_u è il vettore dei tipi di atti amministrativi prodotti dall'ufficio in questione, w_u il vettore dei costi dei fattori, retribuzione dei dipendenti e costi degli *input* intermedi (spesa pubblica corrente), K_u è lo stock, dato nel breve periodo, di capitale, di fatto gli immobili e i macchinari assegnati all'ufficio u (risultato della spesa in conto capitale effettuata in passato). La variabile q_u rappresenta la qualità dei procedimenti, strettamente connessa alla tempestività e all'accuratezza dell'istruttoria, nonché l'estensione e applicazione concreta dell'istituto della partecipazione di garanzia e del diritto di accedere ai documenti amministrativi, che limitano il potere monopolistico di natura informativa detenuto dalla pubblica amministrazione non necessariamente e non sempre benevolente. La variabile e_u rappresenta la produttività del personale dell'ufficio. Sia q_u che e_u sono numeri positivi definiti in un intervallo, da un minimo ad un massimo. In generale, il costo è una funzione crescente di q_u , dato che pratiche tempestive e accurate richiedono l'impiego di risorse, mentre la funzione è costante rispetto agli atti di partecipazione di garanzia, quando è disposto che i relativi costi ricadono direttamente nei portatori di interessi diffusi. La funzione di costo è viceversa decrescente di e_u . Mentre quest'ultima è una variabile puramente organizzativa, la variabile q_u dipende dalla disciplina, in particolare dalle norme volte alla semplificazione del procedimento.

²⁸ Si fa riferimento agli studi di A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 63 ss.

recenti tendenze del diritto amministrativo italiano. In particolare secondo tale dottrina, vi sarebbe in atto un importante orientamento che è rivolto all’edificazione dell’amministrazione pubblica in funzione del c.d. risultato economico²⁹. Di qui lo sforzo della stessa dottrina³⁰ di verificare se fra il diritto amministrativo e l’analisi economica, a dispetto dell’apparente – e talvolta affermata – eterogeneità, vi sia una fondamentale affinità dal punto di vista epistemologico-giuridico (ed in particolare sul piano della concezione del rapporto tra la norma giuridica e la realtà sociale), tale che vengano in rilievo anche le strette convergenze metodologiche e categoriali.

Ad avviso di Romano Tassone³¹ la nuova prospettiva di inquadramento e valutazione dell’azione amministrativa può dunque essere individuata (anche) nell’analisi economica del diritto, la quale, secondo l’A., «ha il duplice pregio di affondare le radici in un contesto assiologico sempre più vicino (o sempre meno lontano) da quello cui si riferisce l’idea della “amministrazione di risultato”³² e di offrire una griglia di rilevanza sufficientemente circoscritta da renderla praticabile anche da parte degli operatori giuridici».

²⁹ Così A. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 63. Poco più avanti l’A. chiarisce cosa s’intende per “risultato”: «il complesso di conseguenze, socialmente rilevanti e non riportabili a meri effetti giuridici, che discendono da un’attività amministrativa di carattere autoritativo» (p. 64). Si tratta, è bene precisarlo, solo di un abbozzo di definizione del termine risultato, giacché l’A. precisa subito dopo che la «genericità e non impegnatività di questa definizione preliminare» sono dettate dal fatto che «il principale problema epistemico posto dalla ricostruzione giuridica della c.d. “amministrazione di risultato” è costituito proprio dalla precisazione del concetto di “risultato” e dalla conseguente individuazione dei parametri cui si riporta la valutazione circa il suo raggiungimento» (*Ibid.*). Da qui l’idea secondo cui il confronto con l’approccio analitico economico possa contribuire a dissipare, almeno in parte, le non poche ambiguità semantiche del termine risultato.

³⁰ Cfr. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, in part. p. 64. Secondo l’A., occorre inoltre ricostruire la nozione di «risultato» in modo tale che essa, pur alludendo a conseguenze dell’azione amministrativa non riportabili ai meri effetti giuridici di questa, contempli tuttavia esclusivamente prodotti contestuali e coevi all’azione medesima. In altre parole, secondo Romano Tassone, il risultato può costruirsi come categoria della scienza giuridica ad un tempo autonoma e operativamente praticabile, se esso si traduce in una nuova prospettiva di inquadramento e valutazione dell’azione cui si riferisce.

³¹ Cfr. ROMANO TASSONE, *op. ult. cit.*, p. 68.

³² Il dibattito sulla c.d. amministrazione di risultato (o di risultati) è stato particolarmente vivace presso la dottrina amministrativistica italiana. Per i più significativi contributi sul tema cfr.: L. IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica Amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 57 ss.; ID., *Economia, diritto e politica nell’amministrazione di risultato*, in ID. (a cura di), Torino, Giappichelli, 2003, p. 1 ss.; R. FERRARA, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall’amministrazione alla libertà dell’amministrazione?*, in *Dir. soc.*, 2000, p. 101 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 1 ss.; M. IMMORDINO, A. POLICE, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 5 ss.; è S. CASSESE, *Che cosa vuol dire «amministrazione di risultati»*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 941; L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990, n. 241 tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, p. 1 ss.

La corrente di studi che si pone a sostegno della «amministrazione di risultato» riconosce poi che la sola effettività dell'azione amministrativa non può rappresentare l'unica componente giuridica finalizzata al buon andamento della pubblica amministrazione³³; è aperta così la strada verso una nuova meta, quella dell'efficienza³⁴.

Si osserva, dunque, come l'obiettivo posto dalla dottrina dell'analisi economica sia quello di massimizzare la soddisfazione complessiva³⁵, cioè la somma delle soddisfazioni espresse da ciascuno dei soggetti coinvolti³⁶. Aderendo a tale impostazione l'analisi economica sancisce una decisa chiusura nei confronti di quelle visioni ispirate a valorizzare soluzioni equilibrate, frutto di un accordo temperamento dei vari interessi in gioco, che è uno dei valori tradizionalmente contemplati e veicolati dalla tradizione giuridica³⁷. In tal modo ciò che la dottrina in esame ritiene indispensabile è la netta distinzione, sul piano analitico e funzionale, tra le questioni inerenti alle modalità con cui si può massimizzare la soddisfazione complessiva (funzione allocativa) e quelle attinenti invece ai modi con cui questa soddisfazione può essere ripartita (funzione redistributiva)³⁸.

Provando a riferirsi al diritto amministrativo, l'applicazione di una simile teoria può schematizzarsi nel modo che segue. Si pensi al benessere (l'interesse legittimo) che trae un individuo (il soggetto amministrato) dall'attribuzione del

³³ M.J. HORN, *The Political Economy of Public Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, p. 10 ss.; R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, MA, Addison Wesley, 2000, p. 12 ss.; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Economic Analysis of Law*, in *Handbook of Public Economics*, ed. by Auerbach, Amsterdam, Feldstein, 2002, p. 1 ss.; R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, Wolters Kluwer Law & Business, 2007, p. 23 ss.; e per l'ambito che qui interessa, S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard, Harvard University Press, 2004, p. 21 ss.; S. ROSE ACKERMAN, *Economics of Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, 29 ss.; C. VELJANOVSKI, *Economic Principles of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 17 ss.

³⁴ L'efficienza è definita in una visione aziendaleistica come la misura del raggiungimento del massimo dei prodotti all'utenza (*output*) dato un certo livello di risorse umane, finanziarie e strumentali, cioè il rapporto tra il risultato *R* dell'azione organizzativa e la quantità delle risorse *M* impiegate ($E=R/M$).

³⁵ Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 1 ss., ma, sul punto, spec. p. 153 ss.

L'analisi economica ritiene che gli atti tipici del diritto amministrativo non debbano essere esaminati unicamente alla luce delle funzioni che essi assolvono dal punto di vista giuridico, ma anche per la strategia politico-amministrativa e di efficienza economica che gli stessi postulano. Entro tale prospettiva l'atto amministrativo, oltre che rappresentare l'attuazione di un assetto normativo, soddisfa gli interessi dei privati e fornisce soluzioni che si propongono di risolvere i problemi connessi al fallimento del mercato. È in tal senso che l'azione della pubblica amministrazione, come visto, può garantire la massimizzazione dell'utilità collettiva.

³⁶ F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 7.

³⁷ ID., *op. cit.*, p. 8.

³⁸ ID., *op. loc. cit.*

diritto d'uso da parte di un'autorità amministrativa di un bene pubblico (la concessione demaniale³⁹ o *new properties*⁴⁰). Evidentemente l'assegnazione del diritto d'uso del bene pubblico (lido del mare) al privato sarà inevitabilmente considerata come preclusiva dell'utilizzazione economica che del medesimo bene un altro soggetto potrà fare⁴¹. Non solo, il provvedimento autoritativo pregiudicherà – se non altro circoscriverà entro determinati limiti – l'utilità o il mero godimento che da quel bene la collettività tutta avrebbe potuto trarre⁴².

In altri termini, la dottrina dell'analisi economica sarà propensa a considerare dal punto di vista della sua funzione allocativa la decisione autoritativa della pubblica amministrazione di concedere il bene, dal quale consegue un incremento del benessere di un soggetto – il portatore di interesse legittimo al provvedimento ampliativo beneficiato dall'attribuzione esclusiva del bene – e un decremento del benessere di un altro soggetto – il c.d. terzo controinteressato⁴³ – a cui non è stato ipoteticamente concesso il bene o che dalla concessione dello stesso ad altri sia stato danneggiato. Non solo, anche tutta la collettività sarà astrattamente impedita all'utilizzo o al mero godimento di un'unità di benessere (il lido del mare dell'esempio), perché concessa in modo esclusivo a un singolo

³⁹ Nell'istituto della concessione demaniale la ragione economica è connessa all'esistenza di risorse scarse delle quali si intende regolare l'utilizzo. L'istituto della concessione è impiegato per attribuire utilità riservate o scarse dalle quali i soggetti assegnatari potranno trarre benefici economici ma anche godimento personale, come per il conferimento della cittadinanza allo straniero o per l'erogazione di borse di studio agli studenti bisognosi e meritevoli (art. 34, comma 3, Cost.), provvedimenti, questi ultimi, che esercitando un'azione che amplia la sfera privata dei soggetti coinvolti contribuiscono ad accrescere il benessere della collettività.

⁴⁰ Per una completa disamina delle *new properties* si v. C.A. REICH, *The new property*, in *Yale Law Journal*, 73, 5, 1964, pp. 733-787. Nella dottrina italiana cfr. F. PULITINI, *Logica economica e strutture dei diritti. Le new properties e il decentramento delle scelte pubbliche*, in *Dalle res alle new properties*, a cura di G. De Nova, B. Inzitari, G. Tremonti, G. Visentini, Milano, Giuffrè, 1991, p. 67.

⁴¹ Regolando la gestione di tali risorse, le concessioni limitano considerevolmente fenomeni di spreco e di cattivo impiego delle stesse (c.d. *free riding*, sul quale, in dottrina, per tutti si v. R. TUCK, *Free Riding*, Cambridge, Harvard University Press, 2008, p. 1 ss.) che provocherebbero un impoverimento del bene pubblico a danno della collettività. Così cfr. G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, in *Science*, 162, 3859, 1968, p. 1243 ss.

⁴² Cfr. G. NAPOLITANO, *I beni pubblici e le «tragedie dell'interesse comune*, in Aa.Vv., *Annuario AIDPA. Analisi economica e diritto amministrativo*, Atti del Convegno di Venezia, Fondazione Cini, 28-29 settembre 2006, Milano, Giuffrè, 2007, p. 147 ss. L'attenzione posta dagli studi di una parte della dottrina dell'analisi economica alle *givings* (dazioni) amministrative si è affermata come risposta alle numerose critiche piovute da altra parte della dottrina per ciò che attiene al regime delle *takings* (espropriazioni) amministrative. Queste ultime, infatti, sono considerate come molto intrusive della sfera economica degli individui sotto l'aspetto della tangibilità del diritto di proprietà.

⁴³ Sul tema della tutela del terzo controinteressato a proposito degli istituti di semplificazione si v.: A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, col. 175; ID., *Semplificazione e tutela del cittadino*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, in part. pp. 114-115; ID., *Silenzio-assenso, denuncia di inizio di attività e tutela dei terzi controinteressati*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 16 ss.; ID., *La tutela del terzo nei confronti della d.i.a. (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro it.*, 2011, p. 519.

soggetto. Tale risultato, per quanto indesiderabile, è però ineliminabile se si pensa che ogni decisione attributiva di un bene della pubblica amministrazione si risolve potenzialmente in una privazione di quel bene per qualche altro soggetto e per la collettività⁴⁴. E ciò sempre che non si voglia eliminare lo stesso strumento delle concessioni dal novero dei meccanismi decisionali mediante i quali lo Stato assolve la generale funzione attributiva dei beni pubblici alla collettività⁴⁵. In realtà la ragione è di scongiurare gli effetti distorsivi che si creerebbero sul versante della concorrenza tra le imprese interessate ad assicurarsi la gestione del bene; sicché la pubblica amministrazione procede all'assegnazione delle relative concessioni avviando procedure concorsuali ad evidenza pubblica. Così, d'altra parte, non sarebbe qualora l'amministrazione decidesse di ricorrere al c.d. affidamento diretto⁴⁶, vale a dire in assenza di gare pubbliche tra le imprese concorrenti.

Allo stesso modo l'amministrazione, nel procedere all'assegnazione del bene tramite l'istituto della concessione, valuterà solo i fattori che assicurano rispettivamente e in termini assoluti un maggior vantaggio o un minor onere economico a carico dell'ente medesimo. Ciò di fatto garantisce l'ottimalità dell'allocazione, ma non garantisce che dalla medesima derivi effettivamente un vantaggio o un minor onere economico a carico dell'ente. È possibile che dalla con-

⁴⁴ G. NAPOLITANO, *I beni pubblici*, cit., p. 127. La verifica ripone l'attenzione sugli effetti di inclusione e di esclusione provocati dall'assegnazione di diritti su beni pubblici, con lo scopo di valutarne la razionalità nell'ottica «dell'efficienza allocativa e dell'equità distributiva». Tale ricostruzione, lontano dal fornire rimedi taumaturgici, consiglia un ventaglio di strumenti per compensare i vantaggi scaturenti dall'attribuzione dei beni pubblici e identifica i procedimenti amministrativi più idonei per la loro corretta destinazione.

⁴⁵ Cfr. G. CORSO, *Lo Stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Scritti in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, vol. II, p. 177 ss. Sul punto cfr. C.A. REICH, *The New Property*, in *Yale Law Journal*, 73, 1964, p. 733 ss. L'A. argomenta la sua tesi sulla scorta della teoria delle *new properties*, la quale, affermatasi all'inizio degli anni settanta e basata sull'identificazione dei meccanismi procedurali mediante i quali la ripartizione delle risorse pubbliche costituisce nuovi diritti in capo ai cittadini, viene ora applicata al mondo dei beni reali.

⁴⁶ Nella dottrina italiana, sull'argomento dell'affidamento diretto mediante l'istituto dell'*in house providing* si v.: E. SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2005, p. 665 ss.; ID., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, *Dir. amm.*, 2005, p. 915 ss.; M. MAZZAMUTO, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. un. eur.*, 2001, p. 537 ss.; C. ALBERTI, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, p. 494 ss.; R. CAVALLO PERIN, D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 51 ss.; M. CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, p. 801 ss. Nella dottrina straniera si v.: J. ARNOULD, *Les contrats de concession, de privatisation et de services «in house» au regard des règles communautaires*, in *Rev. fr. droit adm.*, 2000, 1, p. 2 ss.; A. BARTOSCH, *The relationships between public procurement and the state aid surveillance. The toughest standard applies*, in *Common Market Law Review*, 2002, p. 551 ss.

cessione demaniale a un soggetto piuttosto che ad un altro derivi a livello economico, nel breve periodo, un'inefficienza maggiore di quella che, nel medio e lungo periodo, si sarebbe verificata se nella decisione l'amministrazione avesse tenuto conto di altri fattori non strettamente monetari (organizzazione interna, grado di specializzazione, affidabilità, reputazione, esperienza nel settore ecc.), di cui il concessionario poteva essere o meno in possesso. Né si può aprioristicamente escludere che una soluzione economicamente più efficiente sarebbe stata quella di non procedere ad alcuna concessione, lasciando così il bene pubblico al libero godimento della collettività.

Sempre a proposito dell'istituto della concessione, altro argomento di difficile risoluzione è quello attinente alla durata dell'assegnazione del bene; e ciò per il fatto che bisogna tener conto di due differenti condizioni. L'amministrazione deve poter garantire al soggetto assegnatario del bene un periodo di tempo sufficiente a coprire i costi sostenuti mediante i ricavi che provengono dalla conduzione della risorsa, ma deve anche assicurare tempi di gestione che non disincentivino, o addirittura annullino, i fattori di concorrenza tra le imprese da cui risulterebbero comportamenti opportunistici e abusivi da parte dei concessionari⁴⁷. Ciò perché la *prorogatio ad infinitum* della concessione di un bene pubblico disincentiva l'impresa assegnataria, in forza della sua posizione oligopolistica (o peggio ancora monopolistica), dal tenere condotte virtuose e competitive, mentre la spinge verso comportamenti illegittimi e inefficienti, in assenza di competitività da parte di altre imprese, che inevitabilmente ricadranno sugli utenti del bene⁴⁸.

La dottrina che ha posto al centro dei suoi interessi di ricerca l'efficienza ha ritenuto tale componente dunque il mezzo in grado di assicurare la massimizzazione del benessere dei consociati⁴⁹. In quest'ottica l'efficienza diverrebbe un criterio di razionalità dell'ordinamento attraverso cui fornire soluzioni valide al

⁴⁷ Cfr. M. COLANGELO, *Creating Property Rights. Law and Regulation of Secondary Trading in the European Union*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2012, p. 1 ss.

⁴⁸ È interessante osservare come la sentenza della Corte di giustizia UE, Sez. V, 14 luglio 2016, C-458/14 e C-67/15, Promoimpresa e Melis, sia intervenuta, in Italia e in altri Paesi europei, sull'annosa questione della proroga delle concessioni demaniali marittime ritenendola illegittima, perché lesiva dei principi comunitari di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. In particolare in Italia le pubbliche amministrazioni avevano prorogato agli attuali gestori (in modo automatico e sino al 31 dicembre 2020) le concessioni demaniali marittime degli stabilimenti balneari. Per una ricostruzione della vicenda si rinvia a: C. BENETAZZO, *Il regime giuridico delle concessioni demaniali marittime tra vincoli U.E. ed esigenze di tutela dell'affidamento*, in *Federalismi*, 25/2016, p. 3 ss., e M. MAGRI, «*Direttiva Bolkestein*» e legittimo affidamento dell'impresa turistico balneare: verso una importante decisione della Corte di Giustizia U.E., in *Riv. giur. ed.*, 2016, p. 359 ss.

⁴⁹ F. DENOZZA, *op. cit.*, pp. 25-28.

fine di ottenere, con la maggiore economia di risorse, i risultati attesi⁵⁰.

E su questo punto va richiamato ancora il contributo di quella dottrina secondo cui la costruzione teorica dell'amministrazione di risultato potrebbe utilmente avvalersi dell'elaborazione giuseconomica in tema di «efficienza allocativa». In questo schema il risultato che l'amministrazione è chiamata a realizzare ed in ragione del quale la sua azione viene definita anche nei termini propri della scienza giuridica, potrebbe quindi tradursi come «allocazione efficiente delle risorse mediata dalla considerazione dei costi sociali della decisione»⁵¹, nel senso che l'amministrazione di risultato è tenuta a produrre, attraverso la propria azione, una utilità sociale maggiore del costo sociale complessivo che questa stessa azione comporta.

Questa impostazione, tipica della dottrina classica dell'analisi economica⁵², è stata approfondita da studi successivi, alla luce dei quali è stato ampliato il concetto stesso di efficienza, inteso anche come elemento dinamico dell'organizzazione e dell'attività amministrativa⁵³. A tal riguardo la visione odierna dell'analisi economica implicherebbe la declinazione del canone di efficienza con riguardo sia alla realizzazione dell'interesse pubblico quale esplicazione del principio di buon andamento dell'agire amministrativo (art. 97 Cost.), sia a livello comunitario quale corollario del «diritto ad una buona amministrazione»⁵⁴ (art.

⁵⁰ M. CAFAGNO, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 139.

⁵¹ Così ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e «amministrazione di risultato»*, cit., p. 72.

⁵² R. POSNER, *op. cit.*, p. 23 ss.

⁵³ In questa costruzione il concetto di efficienza si carica di una valenza ulteriore, propria del contesto economico moderno. Come afferma P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica, in Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 283 e per lo sviluppo p. 290, l'efficienza rappresenta qualcosa di più che un modello di validità dell'agire: essa sta a significare che «un fatto [economico] è così azzeccato, così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo ripetono, lo osservano» in modo tale da rendere quel fatto «meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole». Effettività fattuale, dunque non solo temporale, che è in grado di adattarsi meglio alla mutevolezza dello scenario economico odierno, caratterizzato dalla presenza di un sistema di mercato sempre più insofferente a confinazioni spaziali, che in quanto tale si propone come forza “deterritorializzante”, forte di una sua vocazione globale e determinato a realizzarla.

⁵⁴ L'art. 41 della Carta di Nizza, nel par. 1, sancisce che «Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate [...] entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione». Per quanto qui interessa, l'art. 41 può essere riferito al fattore temporale allorché si interpreti l'espressione «termine ragionevole» come norma che, in virtù del rinvio operato dall'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, ai principi dell'ordinamento comunitario, sia applicabile anche all'amministrazione dell'ordinamento interno. Sul punto, L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 2010, p. 789 ss., specialmente da 805 a 813. Sull'art. 41 della Carta di Nizza cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo, Parte generale*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, vol. I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 540-541; D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*,

41 Cedu). Vero è che se si guarda alle nuove riforme introdotte dall'ordinamento comunitario e interno, queste, sulla scorta dei principi di certezza e di affidamento di cittadini e imprese, offrono anche soluzioni normative al fine di avviare “l'efficientamento” dei meccanismi decisionali nella pubblica amministrazione.

A divenire fondamentale nel dibattito sulla semplificazione è, dunque, l'argomento dell'efficienza. In tale prospettiva il nodo da sciogliere è costituito dal ritardo, dall'inerzia e dall'intempestività con cui le decisioni amministrative vengono adottate. Nell'ottica efficientistica si dice che l'amministrazione, per contribuire allo sviluppo economico, deve dimostrarsi efficiente al pari degli altri attori privati che operano sul mercato, garantendo “certezze temporali” mediante l'adozione di decisioni puntali, rapide e dinamiche. Pertanto, la garanzia del tempo della decisione diviene elemento essenziale per il buon andamento dell'amministrazione. Diversamente, l'incertezza della decisione e la sua intempestività costituirebbero fattori di rischio per l'intero sistema economico provocando la perdita di considerevoli risorse.

Nella prospettiva efficientistica il ritardo delle amministrazioni nella definizione del procedimento rappresenta un nodo problematico di non poco conto. Ed è all'argomento del ritardo della decisione come problema di efficienza del procedimento amministrativo che ora occorre rivolgere l'attenzione.

3. Il ritardo della decisione amministrativa come fattore di inefficienza

L'analisi economica sostiene che il ritardo dell'amministrazione nel decidere entro un termine prestabilito normativamente determina un livello subottimale d'impiego delle risorse pubbliche⁵⁵, inoltre, la tardività nello svolgimento dell'azione amministrativa e l'adozione di decisioni intempestive disattenderebbero le richieste di certezza temporale da parte di privati e imprese. Talché il fattore temporale, a ben vedere, agirebbe anche indirettamente sul mercato (*rectius* sull'economia), dal momento che esso diviene un parametro rilevante anche per quei soggetti – titolari di interessi oppositivi – che sono sottoposti ai procedimenti sanzionatori da parte, ad esempio, delle autorità amministrative indipen-

in *Dir. amm.*, 2010, p. 637 ss.; L. AZOULAI, *Le principe de bonne administration*, in *Droit administratif européen*, réalisé par J.B. Auby, J. Dutheil de la Rochere, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 493 ss.

⁵⁵ Cfr. G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 695 ss., specialmente da 705 a 708.

denti. In questi casi a costituire un elemento di pregiudizio per gli attori del mercato, anche solo in termini di lucro cessante, sarebbe la stessa presenza della funzione di vigilanza che le varie *authorities* esercitano su privati e imprese, giacché l'avvio del procedimento sanzionatorio da parte di tali amministrazioni crea già uno stato d'incertezza che intacca la sfera patrimoniale dei privati attraverso la perdita di *chances* più favorevoli o, anche solo, di rinuncia ad attività d'investimento già programmate⁵⁶.

La dottrina giuseconomica⁵⁷ induce, inoltre, a riflettere sul ruolo della pubblica amministrazione nell'economia di mercato⁵⁸, la quale, entro questa prospettiva, è tenuta a condividere le prerogative di efficienza e certezza temporale proprie degli altri attori economici. Si tratta di fattori essenziali per l'esercizio dell'iniziativa economica da parte di cittadini e imprese (art. 41 Cost.), oltre che imprescindibili per la programmazione e la realizzazione degli investimenti privati. D'altra parte la certezza temporale assume un ruolo decisivo per il funzionamento della pubblica amministrazione, sia nei procedimenti strutturali inerenti a più soggetti (organi o enti), sia nei procedimenti che possono a vario titolo condizionare l'attività dei privati, come avviene per i procedimenti ablatori⁵⁹.

⁵⁶ Sul punto cfr. S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 509 ss. Secondo l'A., a proposito dei conflitti di competenza tra autorità indipendenti che hanno ad oggetto provvedimenti sanzionatori, in capo all'operatore economico «potrebbe residuare un danno risarcibile, generato dallo stato d'incertezza derivante dall'essere l'operatore economico sottoposto ad un duplice procedimento, senza conoscere l'autorità competente, almeno fin tanto che non sia stato raggiunto un accordo sulla competenza». L'A. aggiunge che il pregiudizio subito – «in forma di danno emergente» – da parte del privato è rappresentato dalle «spese sopportate per le complesse attività istruttorie e difensive svolte dinanzi all'autorità indipendente poi ritenuta incompetente; oppure nelle spese sostenute per interloquire con quell'autorità che, a seguito di accordo con l'autorità concorrente, ha archiviato il proprio procedimento». L'A. ricorda, poi, come in tali casi si può configurare un danno da lucro cessante «sotto forma di perdita di occasioni più favorevoli» che è immediatamente ricollegabile allo stato d'incertezza ingeneratosi in capo all'operatore economico. In quest'ottica, infatti, secondo l'A. «l'impresa può, infatti, decidere di accantonare prudenzialmente fondi, per far fronte all'esborso economico della sanzione, sottraendoli così ad altre destinazioni e investimenti, ovvero di rallentare la realizzazione di determinati progetti, perdendo nel frattempo possibili finanziamenti bancari».

⁵⁷ Basti il rimando a D. VESE, *Termine del procedimento amministrativo e analisi economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 779-830.

⁵⁸ Cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa*, cit., p. 527, il quale afferma che lo stato del mercato ha sostituito lo stato totalizzante – aggettivo che l'a. adopera *ad hoc* al posto di totalitario per indicare lo stato del benessere in cui ogni singolo bisogno dell'individuo era previsto dai pubblici poteri – contraddistinto quest'ultimo dalla massiccia presenza di programmazioni generali e settoriali. Significativo è l'elemento che caratterizza lo stato di mercato, che secondo l'a. va ravvisato proprio nel fattore tempo.

⁵⁹ ID., *op. ult. cit.*, p. 532.

Quando è in gioco la tempestività della decisione amministrativa, come si è visto, a venire meno è la possibilità per cittadini e imprese di intraprendere qualunque tipo di attività. Va detto che la propensione dei privati all'iniziativa economica, almeno nel breve periodo, viene a dipendere soprattutto dalla fattibilità dell'attività programmata piuttosto che dalla sua remuneratività. Insieme alla perdita di interesse per l'attività che si intendeva avviare, lo stesso attore privato subisce, a causa dell'azione disincentivante dell'amministrazione, danni piuttosto rilevanti riconducibili alla perdita irrimediabile di altre *chances* d'investimento⁶⁰. In questi casi il tempo della decisione diviene un parametro in relazione al quale il privato compie le sue scelte economiche, facendo poggiare la sua soggettiva certezza temporale sulla oggettiva certezza del tempo del procedimento⁶¹.

Da qui la possibilità per il privato di vantare un legittimo affidamento nella certezza dei tempi della decisione amministrativa e attivare il sistema di tutele – sostanziali, giurisdizionali e giustiziali⁶² – a presidio di tale garanzia⁶³. In tal caso il tempo della decisione amministrativa assume rilevanza anche dal punto di vista della sua rispondenza al paradigma della legalità, divenendo così un bene della vita (autonomamente) tutelabile.

⁶⁰ È il caso, ad esempio, della tardività nell'emanazione del provvedimento amministrativo, che si riverbera a danno della sfera di cittadini e imprese *sub specie* di perdita di *chances* alternative. Un esempio potrebbe chiarire meglio l'idea. Si pensi al tardivo provvedimento di diniego adottato dall'amministrazione nei confronti dell'impresa che aveva interesse (c.d. pretensivo) all'atto ampliativo. Viene in evidenza, intanto, la possibilità che il soggetto interessato, attendendo l'esito del procedimento, non abbia preso in considerazione altre possibilità alternative di realizzazione del proprio interesse. Le occasioni che si possono presentare sono molte e di vario genere. Si prenda il caso del privato – attore economico – che voglia ampliare il proprio esercizio commerciale e, a tale fine, reputi percorribili due vie: una, primaria, è rappresentata dalla realizzazione *ex novo* di un locale per il quale deve chiedere all'uopo il rilascio del permesso di costruire e un'altra, secondaria, rappresentata invece dall'istanza di ristrutturazione di altro edificio già esistente, soggetta anch'essa a permesso di costruire. Appare chiaro che la possibilità di attivare prontamente la seconda via è subordinata alla tempestiva definizione, anche in senso negativo, della prima istanza da parte della pubblica amministrazione. Potrebbe obiettarsi che il privato possa comunque realizzare il suo interesse, magari inoltrando contemporaneamente le due istanze, specificando il rapporto logico tra le stesse, oppure aspettare che scada infruttuosamente il termine del primo procedimento e abbandonare tale istanza per concentrarsi sulla seconda. Tuttavia ciò richiederebbe oneri che andrebbero oltre il generale principio di autoresponsabilità cui è tenuto il privato nei rapporti con la pubblica amministrazione. Questo non accadrebbe ove l'amministrazione agisse tempestivamente, attraverso un provvedimento di diniego espresso e motivato che consenta al privato di avanzare una nuova istanza, modificativa e integrativa della precedente, volta a emendare gli errori riscontrati dalla pubblica amministrazione. Così M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico, e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 372-374. L'a. riflette sulla falsariga della responsabilità precontrattuale (artt. 1337 e 1338 cod. civ.) prevista nel diritto civile e inerente alla violazione dei precetti di buona fede e correttezza nella fase delle trattative.

⁶¹ A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 62.

3.1. L'emersione del fattore “tempo” come “bene della vita” autonomamente tutelabile

Vero è che tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza è andato sempre di più consolidandosi quell’orientamento che individua nel tempo (e, dunque, nel termine) un bene della vita meritevole di tutela in sé e per sé, a prescindere dal conseguimento dell’utilità finale e quindi della spettanza del bene della vita. Tant’è che la normativa vigente è il frutto di successive modifiche che hanno via via messo in rilievo l’autonomia della responsabilità da ritardo rispetto alla responsabilità per l’esercizio illegittimo della funzione amministrativa.

Se si prende l’art. 2 della l. n. 241/1990 nel suo testo iniziale si può osservare come questo si preoccupasse essenzialmente di definire l’obbligo da parte dell’amministrazione di emanare un provvedimento (sia esso di accoglimento o di diniego) rispetto all’istanza che era presentata dal privato. Ciò aveva fatto tenere che l’obbligo di concludere il procedimento entro il termine finale si risolvesse semplicemente nell’obbligo di rilasciare il provvedimento a favore del

⁶² Per quanto attiene alla tutela giurisdizionale va detto che essa, nell’attuale contesto di mercato, va senz’altro rivalutata anche alla luce della sua effettiva efficienza (e convenienza) economica e raffrontata con i rimedi alternativi di risoluzione delle controversie. Tra questi vi sono le decisioni giustiziali con cui l’amministrazione – in posizione di terzietà – risolve le dispute insorte fra privati. Particolarmente interessati da tali tipologie di decisioni sono i settori di competenza delle autorità amministrative indipendenti, che, come è facile intuire, sono connotati da elevati interessi economici. Qui, soprattutto per come è conformato il mercato, la decisione giustiziale si pone come valida (*rectius* efficiente) alternativa ai tipici rimedi contenziosi, dal momento che assicura una maggiore stabilità e certezza rispetto allo schema del processo. E ciò perché, come notato in dottrina, «il processo, di per sé, condiziona il dialogo tra Autorità garante e operatori economici, mentre i sistemi giustiziali gestiti dai regolatori favoriscono un’interlocuzione flessibile ed informale, in vista dell’adozione di decisioni si autoritative, ma, quanto più possibile, negoziate nei contenuti». Così v. S. LUCATTINI, *op. cit.*, p. 552 ss., ma spec. pp. 555-557. Va detto, sul punto, che se, da un lato, le decisioni giustiziali rappresentano un modello di giustizia efficiente, dall’altro, rispetto al rimedio giurisdizionale, le stesse presentano alcuni risvolti problematici legati soprattutto alla c.d. cattura del regolatore, vale a dire al rischio che l’operatore del mercato (evidentemente quello più forte) possa “condizionare” a suo favore la funzione regolatrice (nel caso di specie quella giustiziale) dell’autorità amministrativa. Con la locuzione «cattura del regolatore» si suole indicare una situazione in cui gli organismi preposti alla regolamentazione di determinate attività (in genere *authorities* amministrative, ma anche altri enti all’uopo previsti), anziché perseguire l’interesse pubblico, agiscono invece in favore degli interessi privati o speciali dominanti nel settore oggetto della regolamentazione. La «*regulatory capture*» è essenzialmente una forma di *market failure*, poiché può generare gravi e incontrollati fenomeni di esternalità negative. La conseguenza immediata che tale fenomeno provoca è la perdita di neutralità, terzietà e oggettività, da parte degli organismi di regolamentazione, appannaggio di una spiccata interpretazione dei fenomeni e delle dinamiche di mercato molto vicina a quella delle imprese regolate. Sull’argomento cfr. G. STIGLER, *The Theory of Economic Regulation*, in *Bell Journal of Economic and Management Science*, 1971, p. 3 ss., nonché ID., *Public Regulation of The Securities Markets*, in *The Journal of Business*, 1964, pp. 117-142.

⁶³ A. COLAVECCHIO, *op. cit.*, p. 61.

privato perché questi potesse conseguire l'utilità finale o bene della vita⁶⁴.

Sulla base della normativa attuale si deve invece distinguere tra obbligo di natura formale di provvedere entro il termine e dovere di natura sostanziale di emanare il provvedimento richiesto⁶⁵. Pertanto, la questione della responsabilità per ritardo nell'emanazione di un provvedimento (c.d. danno da mero ritardo) può essere impostata autonomamente rispetto alla questione della responsabilità per il mancato o ritardato godimento dell'utilità finale o del bene della vita dovuto al mancato rilascio del provvedimento⁶⁶. Per tale via, infatti, se di danno risarcibile si può discorrere in relazione all'obbligo (formale) di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, esso inerisce soltanto agli effetti dannosi del permanere della situazione di incertezza circa l'emissione o meno dell'atto di assenso da parte della pubblica amministrazione e non anche al mancato o ritardato godimento dell'utilità finale o del bene della vita, che sono intimamente correlati alla posizione di diritto o di interesse del soggetto destinatario dell'atto di assenso⁶⁷.

Ed è proprio ciò che l'art. 2 della l. n. 241/1990 ha inteso valorizzare a garanzia della certezza temporale e dell'affidamento che il privato può vantare nelle relazioni economiche con i pubblici poteri, stabilendo in capo all'amministrazione un generale obbligo di provvedere⁶⁸. A tale obbligo si contrappone la posizione soggettiva del privato che ha presentato l'istanza, il quale mira a vedere soddisfatta la sua pretesa ad ottenere l'emanazione dell'atto entro il termine prestabilito, indifferentemente che il provvedimento accolga o rigetti l'istanza, la quale è già di per sé giuridicamente tutelabile e quindi economicamente apprezzabile. Ciò, beninteso, anche a prescindere dal fatto che l'istanza venga accolta o meno dalla pubblica amministrazione. In questa eventualità, la pretesa risarcitoria del destinatario dell'atto discende proprio dall'asserita violazione della norma temporale di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990⁶⁹. Ciò avviene evidentemente ogni volta che si verifichi il silenzio-inadempimento e il ritardo nell'emanazione del provvedimento da parte dell'amministrazione, ossia l'inerzia protrattasi oltre il

⁶⁴ M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 150, il quale qualifica l'obbligo di provvedere come un obbligo meramente «formale».

⁶⁵ M. CLARICH, *op. ult. cit.*, p. 151. Precedentemente all'opera di Clarich, per una prospettazione analoga si veda S. BATTINI, *La disciplina del termine e del responsabile del provvedimento*, in Atti al del seminario di studio su “*La legge del provvedimento amministrativo e le Università*”, Siena, 1993, in part. p. 33.

⁶⁶ S. BATTINI, *op. ult. cit.*, p. 34 che l'A. indica con l'espressione «dovere sostanziale» di emanare il provvedimento configurato direttamente dalla legge in capo alla pubblica amministrazione.

⁶⁷ M. CLARICH, *Termine del procedimento*, cit., p. 152.

⁶⁸ Cfr. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa*, cit., p. 17 ss.

⁶⁹ Cfr. M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo*, cit., pp. 141-144.

termine finale del procedimento in tutti i casi nei quali la legge non attribuisce al silenzio valore di accoglimento o di rigetto dell'istanza. In tal guisa, lo scadere del termine di conclusione del procedimento non fa venire meno lo stato di incertezza in ordine all'accoglimento o al rigetto dell'istanza, ma produce soltanto l'effetto specifico di rendere illecito (*contra ius*) tale stato.

Dunque, volendo essere in linea con una prospettiva interpretativa che assolva efficacemente la funzione di tutelare i soggetti privati che si rapportano con i pubblici poteri, si deve affermare che tanto l'inadempimento assoluto quanto il ritardo nell'adempimento dell'obbligo a provvedere costituiscono sempre un comportamento illecito da parte dell'amministrazione, indipendentemente dalla questione relativa alla responsabilità per il mancato o tardato godimento dell'utilità finale spettante (o meno) al cittadino⁷⁰.

Vero è che prima dell'importante riforma amministrativa dell'art. 2 apportata dalla l. n. 69/2009 la prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato difficilmente ammetteva la risarcibilità del danno causato al privato dalla violazione del termine di conclusione del procedimento. La giurisprudenza, infatti, era concorde nel ritenere che il privato dovesse dimostrare la fondatezza della sua pretesa e cioè che egli avesse effettivamente titolo per il rilascio del provvedimento finale⁷¹.

Eppure, a ben vedere, era stato lo stesso Consiglio di Stato a suggerire la via della risarcibilità del danno subito dal privato in conseguenza dell'inerzia protetta dall'amministrazione oltre un certo termine normativamente fissato. Infatti il massimo organo di giustizia amministrativa, nell'ordinanza di rimessione n. 875 del 2005⁷², propose di riconoscere l'ingiustizia del danno «da mero ritardo nel provvedere» e di non subordinarne la risarcibilità al previo esperimento dell'azione avverso il silenzio *ex art. 21-bis* della l. n. 1034/1971⁷³. I giudici, in particolare, avevano affermato che doveva ritenersi prospettabile la pretesa al risarcimento conseguente alla mera omissione (o al ritardo) nell'adozione di un

⁷⁰ Cfr. F. LEDDA, *il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1964, p. 144.

⁷¹ Cfr.: Cons. Stato, IV, sez., 27 dicembre 2001, n. 6415; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389; Cons. Stato, sez., VI, 31 marzo 2006, n. 1637; Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6138; Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248.

⁷² Cfr. Cons. Stato, sez. IV, ord. 7 marzo 2005, n. 875 in *Riv. giur. edil.*, 2005, 3, I, p. 790. Va ricordato, inoltre, che i giudici del Consiglio di Stato avevano argomentato sul fatto che l'inottemperanza da parte dell'amministrazione del dovere di correttezza, con particolare riferimento ai tempi del procedimento amministrativo, indicasse una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, responsabilità che è modo di essere di quella aquiliana *ex art. 2043 c.c.*

⁷³ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, ord. 7 marzo 2005, n. 875 in *Riv. giur. edil.*, 2005, 3, I, p. 790, in particolare l'ordinanza affermava che «la responsabilità della pubblica amministrazione per i danni determinati dal mero ritardo provvidenziale è di natura precontrattuale e non necessita del procedimento di significazione del silenzio, non discettandosi di utilità finali».

provvedimento, indipendentemente dalla spettanza del bene della vita al quale era preordinato l'interesse legittimo di tipo pretensivo. Tale pretesa era da ricollegarsi all'interesse procedimentale, avente ad oggetto il rispetto dei tempi certi dell'azione amministrativa, ragione per cui il danno risarcibile era quello derivante dalla situazione di incertezza protratta oltre il termine entro cui l'azione amministrativa doveva essere conclusa⁷⁴.

Ma si trattava, evidentemente, di una pronuncia isolata dal momento che tutta la successiva giurisprudenza era concorde nel ritenere che il privato dovesse dimostrare la fondatezza della sua pretesa e cioè che egli avesse effettivamente titolo per il rilascio del provvedimento finale⁷⁵. Paradigmatico in tal senso era l'orientamento assunto dal Consiglio di Stato nella nota decisione dell'Adunanza plenaria n. 7/2005, la quale aveva affermato che «non è risarcibile il danno da ritardo provvidenziale c.d. mero, dovendosi verificare se il bene della vita finale sotteso all'interesse legittimo azionato sia o meno dovuto»⁷⁶.

Vero è che l'indirizzo interpretativo seguito dall'Adunanza plenaria era stato già adottato poco prima dallo stesso organo, nella decisione n. 5 del 5 settembre 2005, con la quale si ebbe a ribadire come «il danno da ritardo non avesse un'autonomia strutturale rispetto alla fattispecie procedimentale da cui scaturisce, dal momento che è legato inscindibilmente alla positiva finalizzazione di quest'ultima». Né esso si presentava «a guisa di una ordinaria ipotesi di riparazione per equivalente», tenuto conto che si associava il più delle volte, quando non vi ostano circostanze fattuali sopravvenute, alla «riparazione in forma specifica dell'effettivo rilascio sia pur tardivo del provvedimento favorevole»⁷⁷.

Sulla stessa lunghezza d'onda si poneva la pronuncia resa dal Consiglio di

⁷⁴ Cfr. C. CONTESSA, *Le Sezioni Unite, l'Adunanza plenaria ed il riparto in materia risarcitoria: ultimi atti di una infinita historia?*, in *Urb. app.*, 2005, p. 789 ss.

⁷⁵ Cfr.: Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 6415; Cons. Stato, sez. V, 18 novembre 2002, n. 6389; Cons. Stato, sez. VI, 31 marzo 2006, n. 1637; Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6138; Cons. Stato, sez. IV, 29 gennaio 2008, n. 248.

⁷⁶ Così Cons. Stato, Ad. plen., 15 settembre 2005, n. 7, in *Giust. civ.* 2006, 6, I, p. 1319 con nota di MICARI. In dottrina all'indomani della sentenza resa dall'Adunanza plenaria si vedano le riflessioni di R. GAROFOLI, *Natura della responsabilità della P.A.*, in AA.VV., *Le tecniche di tutela nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 321 ss.; A. DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 27 nt. 22; M. CLARICH, G. FONDERICO, *La risarcibilità del danno da mero ritardo dell'azione amministrativa* (nota a Cons. Stato, Ad. plen., 15 settembre 2005 n. 7), in *Urb. app.*, 2006, p. 61 ss.; G. NAPOLITANO, *Il danno da ritardo della pubblica amministrazione. Il fondamento della responsabilità e le forme di tutela*, in AA.VV., *Verso un'amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 235 ss.; R. CHIEPPA, *Temi. Diritto amministrativo*, in *Dir. form.*, 2005, p. 1218 ss.

⁷⁷ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 5, in *Giur. it.*, 2005, p. 170, con nota di RODRIQUEZ.

Stato a pochi giorni dall’emanazione della fondamentale l. n. 69/2009⁷⁸. Facendo leva sull’assenza del dato legislativo, stabiliva ancora una volta che non era «risarcibile il danno da ritardo [...] disancorato dalla dimostrazione giudiziale della meritevolezza di tutela dell’interesse pretensivo fatto valere». Per tale ragione il risarcimento del danno da mero ritardo richiedeva non soltanto il previo accertamento giurisdizionale della illegittimità dell’inerzia della pubblica amministrazione su un’istanza del privato, ma anche il concreto esercizio della funzione amministrativa, ove ancora possibile e di interesse per il cittadino istante in senso favorevole all’interessato, ovvero il suo esercizio virtuale in sede di giudizio prognostico da parte del giudice investito della richiesta risarcitoria. Ciò, peraltro, secondo il collegio determinava la conseguenza che l’eventuale danno non era risarcibile quando l’amministrazione avesse adottato, ancorché con notevole ritardo, un provvedimento rimasto «inoppugnato» dal contenuto negativo per l’interessato.

Non mancarono anche alcune sentenze dei tribunali amministrativi che, sebbene sembrassero gettare le basi per una diversa interpretazione delle norme sul risarcimento del danno da mero ritardo, in realtà finivano col ritornare al punto di partenza. Emblematica in tal senso è la sentenza resa dal Tar Puglia n. 1572 del 2002, che, seppure riconosceva che l’elemento della spettanza del bene della vita cui il privato aspirava non doveva essere provato, risultando per così dire *in re ipsa*, poi però disconosceva che l’accertamento del (mero) ritardo potesse bastare da solo a fondare l’obbligo per l’amministrazione di risarcire i danni al privato⁷⁹.

In definitiva, al danno da mero ritardo veniva negata un’autonoma considerazione rispetto alla fattispecie procedimentale da cui esso derivava, ritenendosi il suo legame inscindibile dalla «positiva finalizzazione della fattispecie medesima». In altre parole, alla domanda risarcitoria del privato che fosse stato leso dal ritardo dell’amministrazione nel provvedere veniva accordata piena tutela soltanto ove fosse riscontrabile in capo ad esso una posizione soggettiva direttamente ricollegabile all’utilità sostanziale e ove fosse prima accertata giudizialmente la spettanza di tale utilità avuta di mira al momento della presentazione dell’istanza⁸⁰.

⁷⁸ Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2009, n. 1162, in *Foro amm. CDS*, 2009, p. 722 e in *Resp. civ. e prav.* 2009, 6, p. 1394. Così cfr. anche Tar Lazio, Roma, sez. II bis, 16 marzo 2009, n. 2694, secondo il quale il danno da ritardo non è risarcibile neppure quando l’amministrazione abbia emanato il provvedimento amministrativo, se questo sia rimasto inoppugnato da parte dell’interessato.

⁷⁹ Tar Puglia, Lecce, sez. I, 19 aprile 2002, n. 1572. Sul punto cfr. M. LIPARI, *I tempi del procedimento amministrativo*, cit., 141-142.

⁸⁰ A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., 168.

È stato con la riforma amministrativa del 2009 che si è profondamente innovato il sistema di guarentigie temporali per il privato che si rapporta con i pubblici poteri. La l. n. 69/2009, superando l'orientamento della giurisprudenza che si era consolidato in materia, ha riconosciuto espressamente la risarcibilità del danno da mero ritardo, elevando così il tempo ad autonomo bene della vita anche nell'ordinamento amministrativo. In particolare, l'art. 7, comma 1, lett. c), della l. n. 69/2009 ha inserito in seno alla l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo l'art. 2-*bis*, il quale è significativamente rubricato «conseguenze per il ritardo dell'amministrazione nella conclusione del procedimento». La norma dispone che le amministrazioni e i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative «sono tenuti al risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento».

Già a prima lettura si comprende bene come il legislatore del 2009, inserendo la norma nel *corpus* dell'art. 2 della l. n. 241/1990, abbia finalmente voluto consacrare il fattore «tempo» quale autonomo «bene della vita» attribuendogli un valore a sé stante, ossia suscettibile di autonoma valutazione e lesione. Tale autonomia, poiché rende economicamente apprezzabile il tempo quale utilità finale spettante al soggetto privato che si rapporta con l'amministrazione per la cura e l'esercizio dei suoi affari, è idonea a fondare l'azione risarcitoria nei confronti dell'amministrazione che si renda eventualmente inadempiente, prescindendo da ogni tipo di valutazione anche solo probabilistica circa la spettanza dell'utilità medesima perseguita dal privato con l'istanza. Per tale ragione, alla luce della novella legislativa che ha riconosciuto espressamente la risarcibilità del danno da mero ritardo, il giudice amministrativo non dovrebbe più svolgere alcuna indagine in relazione all'effettiva spettanza del bene della vita cui il privato istante aspira, dal momento che la norma di cui all'art. 2-*bis* stabilisce che il comportamento illecito dell'amministrazione si verifica *sic et simpliciter* come «conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento» (comma 1, art. 2-*bis*, l. n. 241/1990).

In sostanza, con la previsione dell'art. 2-*bis* della l. n. 241/1990, può affermarsi che il legislatore abbia acconsentito a che l'elemento temporale faccia pieno ingresso nel novero delle categorie cui l'ordinamento amministrativo collega il sistema di tutele per il privato che entra in relazione con i pubblici poteri. In virtù di ciò viene predisposta apposita tutela in garanzia dei «diritti

procedimentali⁸¹» (cosiddetti temporali) che i privati possono vantare quando si rapportano con l'amministrazione, potendo attivare, in corrispondenza della lesione del proprio diritto a ricevere una risposta entro il termine prefissato per la conclusione del procedimento (*ex art. 2 l. n. 241/1990*), il meccanismo risarcitorio di cui all'art. 2-bis, che, indipendentemente dalla spettanza o meno dell'utilità (economica) finale attesa, assicurerà il ristoro dei danni patiti dal privato per la mancata o tardata definizione (positiva o negativa) del procedimento medesimo.

Dal punto di vista processuale vi è da aggiungere che ora l'art. 133, comma 1, lett. *a*), n. 1), d. lgs. n. 104/2010 (c.p.a.) devolve espressamente «le controversie in materia di risarcimento del danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo» alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, avvalorando, così come sostenuto da parte della dottrina, la titolarità della posizione di diritto soggettivo del privato destinatario dell'atto⁸². Sul punto, per completezza, l'art. 30, comma 2, c.p.a. precisa che per «il danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria» possa essere chiesta al giudice «la condanna al risarcimento» dell'amministrazione inadempiente entro il termine di centoventi giorni (comma 3) dalla scadenza del provvedimento e, in ogni caso, non oltre un anno dalla scadenza del termine per provvedere (comma 4).

Secondo quanto detto, dunque, nella nuova dimensione della tutela del tempo del procedimento, il rimedio risarcitorio contro l'inerzia dell'amministrazione non è più collegato al sacrificio economico in concreto sostenuto dal privato in conseguenza del mancato o ritardato rilascio dell'atto di assenso, ma deriva direttamente dal tempo perduto e dall'incertezza ingeneratasi a seguito dell'«inosservanza dolosa o colposa» del termine di conclusione del procedimento.

⁸¹ Cfr. M. RENNA, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 557. L'A. considera i «diritti procedurali» come diritti che i partecipanti alla procedura amministrativa possono vantare nei confronti della pubblica amministrazione una volta aperto il procedimento. Secondo l'autore, infatti, le norme sul procedimento in diverse occasioni impongono alla pubblica amministrazione di adempiere a specifici obblighi i quali, avendo anche un «essenziale valore estrinseco alla procedura», garantiscono ai soggetti partecipanti al procedimento «determinate utilità o beni della vita a prescindere dall'esito sostanziale dell'attività amministrativa».

⁸² Tra gli altri, cfr. A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, cit., p. 173; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, vol. II, Napoli, Esi, 2010, p. 74-75; F. FIGORILLI, S. FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento*, in *Urb. app.*, 2009, p. 919.

3.2. L'art. 4 della l. n. 124/2015 recante norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi e il d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194

Le nuove esigenze del mercato impongono alla pubblica amministrazione di risolvere fattispecie complesse e di interesse generale mediante la predisposizione di modelli di decisione che tengano conto per quanto possibile del futuro⁸³, onde evitare di incorrere in responsabilità da tardiva emanazione della decisione⁸⁴. Ciò richiede all'amministrazione di programmare per tempo gli obiettivi da realizzare, così da valutare le tempistiche necessarie per la definizione dei procedimenti.

Per quanto si vogliano programmare modelli di decisione che tengano conto in larga misura delle pretese che l'economia di mercato richiede, appare però evidente che l'attività amministrativa, difficilmente semplificabile e standardizzabile⁸⁵, resta cosa complessa giacché richiede la conoscenza delle azioni e delle decisioni degli interessati (e, eventualmente, dei controinteressati). Cosicché laddove l'amministrazione non sia in grado di prevedere le condotte degli attori in gioco, la decisione, non potendo garantire la certezza del risultato, difetterebbe di un requisito indispensabile nella visione efficientistica del procedimento⁸⁶.

⁸³ G. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 23. Secondo l'a. il procedimento amministrativo è caratterizzato da uno «stato di tensione» tra la dimensione progettuale (futuro), che consta di pura mobilità e continuità e il già vissuto (passato). Ciò è tipico anche delle istituzioni pubbliche, che sono composte da uomini ed operano per il soddisfacimento dei bisogni umani.

⁸⁴ Così L. IANNOTTA, *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 11. L'a., nell'*incipit* della sua relazione, ricorda come le profonde trasformazioni sociali, politiche e istituzionali, verificatesi in Italia a partire dal 1990 (anno delle fondamentali leggi sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990 e sulla concorrenza, l. n. 287/1990), nell'ambito del processo di riassetto dell'ordine economico e politico mondiale e quale conseguenza dell'ordinamento europeo, hanno conferito alle pubbliche amministrazioni tratti sempre più spiccatamente economico-aziendali, con la sottoposizione a regole e a logiche considerate in passato proprie delle organizzazioni private.

⁸⁵ P. FEYERABEND, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 15-16. «La storia è ricca di “casi e congiunture e curiose giustapposizioni di eventi” e ci dimostra la “complessità del mutamento umano e il carattere imprescindibile delle conseguenze ultime di ogni dato atto o decisione di esseri umani”. Dobbiamo credere veramente che le regole ingenue e semplicistiche che i metodologi prendono come loro guida possano rendere ragione di un “tale labirinto di interazioni”?».

⁸⁶ La formula «amministrazione per risultati», come nota A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula «amministrazione per risultati»*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, Jovene, 2001, vol. II, p. 815 ss., risale alla distinzione gianniniana tra amministrazione per atti e, appunto, amministrazione per risultati.

Vale la pena di osservare che la recente legislazione ha recepito l'impostazione offerta dall'analisi economica. La l. n. 124/2015 ne è un esempio, laddove all'art. 4 reca «Norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi concernenti rilevanti insediamenti produttivi, opere di interesse generale e l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di avere positivi effetti sull'economia o sull'occupazione»⁸⁷. Va detto che questo punto della riforma del 2015 è stato attuato con il d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194⁸⁸, che ha introdotto importanti novità sul piano dell'efficienza procedimentale, come il meccanismo della *fast track procedure*. Si tratta di uno strumento mediante il quale le amministrazioni possono accelerare il procedimento⁸⁹, col fine di incentivare l'iniziativa economica e gli investimenti dei privati. In particolare, è prevista l'individuazione, con cadenza annuale, dei procedimenti amministrativi per i quali vi sia l'interesse pubblico (ma può leggersi anche economico) ad una accelerazione dell'*iter* burocratico nell'ambito di categorie procedurali definite *ex ante* (art. 2); la riduzione fino alla metà dei termini del procedimento (art. 3); il ricorso, ove necessario, ai poteri di sostituzione delle amministrazioni inadempienti (art. 4).

Significativo è il parere del Consiglio di Stato 15 aprile 2016, n. 929⁹⁰, da

⁸⁷ Più in dettaglio, l'art. 4, co. 1, l. n. 124/2015, prevede che con l'adozione di apposito regolamento del Presidente della Repubblica, ai sensi dell'art. 17, co. 2, l. 23 agosto 1988, n. 400, siano adottate norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti amministrativi, sulla base delle seguenti norme generali regolatrici della materia: i) individuazione dei tipi di procedimento amministrativo relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali, ai quali possono essere applicate le misure di cui alle lett. c) ss.; ii) individuazione in concreto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, nell'ambito dei tipi di procedimento indicati alla lett. a), dei singoli interventi con positivi effetti sull'economia o sull'occupazione per i quali adottare le misure di cui alle lett. c) ss.; iii) previsione, per ciascun procedimento, dei relativi termini, ridotti in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto a quelli applicabili ai sensi dell'art. 2, l. n. 241/1990; iv) per i procedimenti di cui alla lett. b), attribuzione, previa delibera del Consiglio dei ministri, di poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio dei ministri o a un suo delegato; v) previsione, per i procedimenti in cui siano coinvolte amministrazioni delle regioni e degli enti locali, di idonee forme di raccordo per la definizione dei poteri sostitutivi di cui alla lett. d); vi) definizione dei criteri di individuazione di personale in servizio presso le amministrazioni pubbliche, in possesso di specifiche competenze tecniche e amministrative, di cui possono avvalersi i titolari dei poteri sostitutivi di cui alla lett. d), senza riconoscimento di trattamenti retributivi ulteriori rispetto a quelli in godimento e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

⁸⁸ Rubricato «Regolamento recante norme per la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi, a norma dell'articolo 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124».

⁸⁹ Cfr. F. BASILICA, F. BARAZZONI, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 146. Con la *fast track procedure* si interviene con misure di *deregulation* e di semplificazione normativa sul tempo del procedimento. Lo scopo è quello di concentrare la valutazione degli impatti *ex ante* ed *ex post* solo per le misure economicamente più onerose, anche nella prospettiva di riduzione dei costi.

⁹⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929.

cui emerge l'importanza che il tempo assume nella decisione amministrativa. Secondo il citato parere sono due i tratti distintivi del regolamento in questione: la sua portata generale *ex ante* in relazione a procedimenti che interessano rilevanti insediamenti produttivi e opere di interesse collettivo, nonché la sua flessibilità *ex post*, giacché trova applicazione solo nei casi di specifici procedimenti amministrativi rientranti in tipologie elencate *ad hoc* e per i quali si riconosce un interesse pubblico di rilievo alla loro accelerazione⁹¹. Infine la previsione che confidisca al Presidente del Consiglio dei ministri una posizione centrale nelle decisioni accelerate, connessa al potere sostitutivo in caso di ritardo degli organi ordinariamente preposti ai procedimenti.

È evidente che le norme del citato d.p.r. relative alla semplificazione e all'accelerazione dei tempi procedurali si riferiscono a criteri di efficienza. Si consideri ad esempio «l'analisi di valutazione dell'impatto economico e sociale», prevista dall'art. 2, co. 1, d.p.r. 194/2016, in base alla quale gli enti territoriali possono redigere un elenco di progetti riguardanti «rilevanti insediamenti produttivi», «opere di rilevante impatto per il territorio» o «l'avvio di attività imprenditoriali suscettibili di produrre positivi effetti sull'economia o sull'occupazione», per i quali può applicarsi la disciplina della riduzione dei termini dei procedimenti ai sensi dell'art. 3 e quella sul potere sostitutivo, di cui al successivo art. 4, d.p.r. 194/2016.

Il d.p.r. n. 194/2016 prevede, ai sensi dell'art. 4, che in caso di infruttuosa decorrenza dell'ordinario termine di conclusione del procedimento, il Presidente del Consiglio dei ministri possa procedere direttamente alla riduzione del termine sostituendosi agli organi inerti o delegare, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, a diverso soggetto il potere sostitutivo, fissando un nuovo termine per la conclusione di durata non superiore a quello originariamente previsto. Il successivo art. 5 stabilisce che, qualora l'intervento «coinvolga esclusivamente, o in misura prevalente, il territorio di una regione, di un comune o di una città metropolitana e non sussista un preminente interesse nazionale alla realizzazione dell'opera», il Presidente del Consiglio deleghi, di regola, all'esercizio del potere sostitutivo il Presidente della regione o il sindaco (art. 5, co. 1). Ove, invece, «l'intervento coinvolga competenze delle regioni e degli enti locali e non vi sia un interesse nazionale, le modalità di esercizio del potere sostitutivo sono determinate previa intesa in Conferenza Unificata» (art. 5, co. 2).

A prima vista, l'art. 5, co. 1, d.p.r. n. 194/2016, sembra concernere i casi in cui l'intervento interessa unicamente (o in modo maggiore) il territorio di una

⁹¹ Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929, punto 3.1.

regione o di un comune, mentre l'art. 5, co. 2, i casi in cui l'intervento coinvolge competenze di più regioni ed enti locali senza un preminente interesse nazionale. A tal riguardo va notato anche come, ai sensi dell'art. 1, d.p.r. 194/2016, l'ambito di applicazione delle norme di semplificazione e accelerazione dei procedimenti sia riferito ad «autorizzazioni, licenze, concessioni non costitutive, permessi o nullaosta comunque denominati, ivi compresi quelli di competenza delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico, alla tutela della salute e della pubblica incolumità», stabilendo così, almeno in parte, un parallelo con l'ambito di applicazione della s.c.i.a. (art. 19, co. 1, l. n. 241/1990).

La disposizione più significativa, nell'ottica efficientistica, è quella riportata all'art. 3 del citato d.p.r. che, prevedendo la riduzione dei termini del procedimento, incide sull'istituto del termine di cui all'art. 2, l. n. 241/1990. In particolare, all'art. 3 è disposta la riduzione dei termini di conclusione dei procedimenti necessari a individuare «la localizzazione, la progettazione e la realizzazione dell'opera, lo stabilimento dell'impianto produttivo e l'esercizio dell'attività», in misura non superiore al cinquanta per cento rispetto ai termini di cui all'art. 2, l. n. 241/1990.

La riduzione dei termini prevista dalla legge di riforma si salda alla visione efficientistica prospettata dall'analisi economica che mira a eliminare transazioni e relativi costi al fine di rendere più efficiente l'intero procedimento amministrativo. D'altra parte, in veste critica, pare opportuno osservare come la riduzione dei tempi procedurali debba essere necessariamente calibrata in considerazione della effettiva sostenibilità dei tempi degli interessi pubblici di volta in volta coinvolti, degli uffici amministrativi incaricati del procedimento e degli stessi privati interessati. Vero è che, per restare ai soli profili di analisi economica, non è da escludere che l'auspicata riduzione dei termini possa divenire fonte d'inefficienza sotto i seguenti aspetti: tempi procedurali ridotti, applicandosi anche alle amministrazioni preposte alla tutela di interessi pubblici cc.dd. sensibili, possono mettere a repentaglio la salvaguardia dell'ambiente, del paesaggio, del territorio, della salute pubblica, della pubblica incolumità; la riduzione dei termini può provocare un prevedibile aumento del carico burocratico degli uffici amministrativi, ove non venissero correlative aumentate le risorse umane; la riduzione dei termini riduce a sua volta i tempi a disposizione degli attori economici (singoli e imprese), chiamati così a svolgere gli adempimenti istruttori necessari in un minore lasso di tempo, con il conseguente rischio di gravi incompletezze e inevitabili errori.

Questi aspetti andrebbero considerati in sede di esercizio del potere di riduzione dei termini di conclusione del procedimento, allo scopo di definire una misura sostenibile della riduzione entro il limite massimo previsto del cinquanta per cento rispetto ai termini contemplati dall'art. 2, l. n. 241/1990. Tutto questo a partire dall'interpretazione della disposizione in parola dell'art. 2, co. 4, l. n. 241/1990, la quale disciplina la possibilità di fissare termini di conclusione del procedimento in misura maggiore rispetto ai novanta giorni (individuato dall'art. 2, co. 3, l. n. 241/1990, come limite massimo alla durata del procedimento amministrativo)⁹². Così va inteso il citato art. 2, co. 4, quando prospetta questo significativo prolungamento dei termini, in rapporto alla «sostenibilità dei tempi sotto il profilo dell'organizzazione amministrativa, della natura degli interessi pubblici tutelati e della particolare complessità del procedimento».

Nelle recenti leggi di riforma l'efficienza della decisione risulta la principale componente del risultato economico, che è l'obiettivo cui deve tendere la moderna amministrazione. Gli attori che operano nel mercato chiedono all'ordinamento giuridico che sia loro assicurato il rispetto dei termini di conclusione dei procedimenti da parte delle pubbliche amministrazioni con l'adozione di decisioni tempestive, in ragione del fatto che la certezza dei tempi dell'azione amministrativa è la prima condizione in base alla quale vengono stabilite le modalità di investimento. Il procedimento amministrativo è dunque soggetto alle stesse dinamiche e alle stesse leggi dell'economia che governano gli altri sistemi giuridici⁹³. Confinato entro siffatto ordine economico il tempo delle decisioni è diventato, nelle posizioni assunte da nota dottrina⁹⁴, un «tempo certo» che ha reso necessaria l'introduzione di procedure e istituti atti a garantire la certezza e la celerità dell'azione della pubblica amministrazione.

3.3. L'art. 6 della l. n. 124/2015 recante la riforma dell'autotutela amministrativa sotto il profilo temporale

Pare opportuno, sull'argomento della certezza e della stabilità delle decisioni amministrative quale garanzia degli investimenti privati, dare conto delle novità legislative che hanno riguardato anche l'autotutela, prestando particolare attenzione ai profili temporali dell'istituto. Il riferimento è alla l. n. 124/2015 e alle modifiche introdotte dall'art. 6 di tale legge in tema di annullamento d'ufficio

⁹² Cons. Stato, comm. spec., parere 16 aprile 2016, n. 929, punto 4.1.

⁹³ A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 221-224.

⁹⁴ Così F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, Giappichelli, 2003, p. 36.

di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990. Il testo dell'art. 6 della legge di riforma è intervenuto sulla delicata questione del termine entro cui l'amministrazione può agire in autotutela annullando le decisioni adottate in precedenza. Vale la pena, prima di svolgere alcune considerazioni utili per la presente trattazione, richiamare il nuovo testo dell'art. 21-*nonies*, comma 1, così come riformato dall'art. 6 della legge Madia, nonché ricostruire, seppur brevemente, i fondamenti dell'annullamento d'ufficio.

In dettaglio, dunque, il nuovo comma 1 dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 stabilisce che: «Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20 e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

Appare evidente, analizzando il nuovo testo della norma, che la maggiore novità della riforma sta proprio nell'esplicitazione (*rectius* delimitazione) di un “rigido” *spatium temporis* entro il quale la pubblica amministrazione può esercitare il potere di autotutela. La norma, ora, prevede espressamente un termine “fisso”, quantificato in diciotto mesi, entro cui l'amministrazione può, in presenza degli altri tipici requisiti caratterizzanti l'istituto, agire in via di autotutela annullando il provvedimento illegittimo. A tal proposito va detto che l'annullamento d'ufficio, come ampiamente sostenuto in dottrina⁹⁵, è espressione di un potere generale, attraverso cui viene eliminato un atto invalido e vengono rimossi *ex tunc* –

⁹⁵ Così cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 572 ss., ma in part. p. 574. Per la dottrina classica sull'istituto dell'annullamento d'ufficio si v.: S. ROMANO, *Annnullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, voce in *Nuovo dig. it.*, Torino, Utet, vol. I, 1937, p. 475; G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 154 ss., V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 257 ss., E. CANNADA BARTOLI, *Annnullabilità e annullamento*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, II, p. 488 ss.; ID., *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *Rass. dir. pubbl.*, vol. II, 1949, 562 ss.; F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, vol. IV, 1959, p. 544; M. ALÌ, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 527 ss.; G. PIFFERI, *Annnullamento della licenza edilizia*, in *L'amministrazione italiana*, 1970, p. 1083 ss.; G. PALUMBI, *Spunti critici a margine di una decisione: annullamento d'ufficio e certezza del diritto*, in *Il foro amministrativo*, 1976, p. 2939 ss.; G. GHETTI, *Annnullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, Giappichelli, 1987, 268 ss. G. CORAGGIO, voce *Annnullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc.*

ossia *ab origine* dal momento dell’emanazione del provvedimento – gli effetti prodotti.

Se si esclude la rilevante novità del termine, gli altri presupposti dell’annullamento d’ufficio sono rimasti gli stessi di quelli *ante riforma*, vale a dire: il soddisfacimento delle ragioni di interesse pubblico e il contemperamento degli inter-

Giur., vol. II, Roma, Treccani, 1988; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. I. Annullamento e revoca tra posizioni «favorevoli» e interessi sopravvenuti*, Napoli, Esi, 1991, 1 ss.; G. ABBA MONTE, *Annullamento d’ufficio e partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, Cedam, 1998, 1 ss.

Per quanto riguarda la dottrina più recente e sui vari aspetti dell’annullamento d’ufficio si v.: A. CASSATELLA, *L’annullamento d’ufficio. Modelli di comparazione*, in *Dir. e form.*, 2004, in part. p. 241 ss; ID., *La nuova disciplina dell’annullamento d’ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm. - Tar*, 2006, p. 2206 ss. G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell’autotutela amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, p. 83 ss. S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell’interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d’ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1245 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.; G. BARONE, *Riflessioni in tema di annullamento d’ufficio*, in *Il Cons. St.*, 2004, 2/2, p. 497 ss.; D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, Jovene, 2006, p. 396 ss.; G. BERGONZINI, *Art. 21-octies, l. n. 241 del 1990 e annullamento d’ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 231 ss.; M. CALABRÒ, *Permesso di costruire: precisazioni in tema di decorrenza del termine per l’impugnativa e di presupposti per l’esercizio del potere di annullamento d’ufficio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 567 ss.; P.M. VIPIANA, *In validità, annullamento d’ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 2007, p. 84 ss.; F. GOISIS, *L’annullamento d’ufficio dell’atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 439 ss.; L. BERTONAZZI, *Illegittimità comunitaria e annullamento d’ufficio nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 1455 ss.; D. CONTINELLA, *L’annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Quad. amm.*, 2010, p. 30 ss.; C. BENETAZZO, *Illegittimo annullamento d’ufficio del permesso di costruire a tutela risarcitoria*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 3-4/1, p. 414 ss.; C. DEODATO, *L’annullamento d’ufficio*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2011, 982 ss.; D. SATULLO, *Responsabilità precontrattuale della P.A. e annullamento d’ufficio: il problema del legittimo affidamento*, in *Foro Amm. - Tar*, 2011, 3694 ss.; A. TRAVI, (*In tema di annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione di contratti pubblici*), in *Il Foro italiano*, 2012, 2/3, pt. 3, pp. 81 ss.; A. BARTOLINI, *Annullo d’ufficio e sorte del contratto: il caso degli Interest rate swaps*, in *Urb. app.*, 2012, p. 201 ss.; S. TATTI, *L’annullamento d’ufficio fra discrezionalità e doverosità*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2013, p. 147 ss.; P.M. MARTINO, *L’annullamento d’ufficio dell’autorizzazione unica ex art. 12 del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 754 ss.; S. D’ANCONA, *L’annullamento d’ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, 1 ss.; M. RAMAJOLI, *L’annullamento d’ufficio alla ricerca di un punto d’equilibrio*, in *giustamm.it*, 2016; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell’annullamento d’ufficio*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 1 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss.; A. CARBONE, *Il termine per esercitare l’annullamento d’ufficio e l’innullabilità dell’atto amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 11/2016; B. MAMELI, *Annullo d’ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, p. 2805 ss.; L. SAMUELLI FERRETTI, *Annullo d’ufficio di una concessione in sanatoria. Il CDS rimette la questione alla Adunanza Plenaria*, in *Giustamm.it*, n. 6/2017; A. BARATTA, *Annullo d’ufficio, pubblico interesse, certezza giuridica e legittimo affidamento dei cittadini*, in *amministrativamente*, n. 3-4/2017; A. BORELLA, *La nuova autotutela di cui alla legge di riforma della pubblica amministrazione: annullamento d’ufficio e regolarizzazioni edilizie*, G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l’autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 5 ss.; ID., *Annullo doveroso?*, in questa Rivista, n. 1/2017.

ressi tra i destinatari e i controinteressati. Il soddisfacimento dell'interesse pubblico, a ben vedere, è un tratto peculiare dell'istituto che permette di tenere distinta tale tipologia di annullamento, tipica dei procedimenti di riesame di secondo grado, dall'annullamento giurisdizionale esercitato dal giudice amministrativo in sede di rito impugnatorio *ex art. 29 d. lgs. n. 102/2010*. A differenza dell'annullamento giurisdizionale che è contemplato in vista della tutela delle situazioni giuridiche dei privati, l'annullamento d'ufficio ha la funzione di tutelare l'interesse pubblico. E ciò basta a spiegare perché non sia sufficiente, nel caso dell'autotutela amministrativa *ex art. 21-nonis l. n. 241/1990*, il fatto che l'atto sia viziato e che nei confronti di quel vizio vi sia l'interesse del cittadino al suo annullamento: vi deve, altresì, essere un interesse pubblico alla rimozione dell'atto da parte dell'amministrazione. Va ricordato, su quest'ultimo punto, come il requisito dell'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio debba consistere in una ragione specifica e non tradursi in una mera esigenza di ripristinare l'ordine giuridico violato (il c.d. ripristino della legalità). Pertanto l'amministrazione che apre un procedimento di secondo grado per l'eliminazione di un provvedimento viziato deve valutare se l'annullamento sia conforme all'interesse pubblico, anche tenendo conto degli interessi nel frattempo sorti sia in capo ai destinatari dell'atto, sia in capo ai controinteressati.

Su quest'ultimo aspetto è d'accordo anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in una recente sentenza⁹⁶, ha ribadito come nel procedere all'annullamento di un atto ritenuto illegittimo l'amministrazione è tenuta a indicare esplicitamente le ragioni di pubblico interesse che giustificano il ricorso all'esercizio del potere di autotutela; di conseguenza, in tema di appalti pubblici, secondo il Consiglio di Stato deve ritenersi illegittimo l'annullamento d'ufficio esercitato ai sensi dell'*art. 21-nonis l. n. 241/1990* ove l'amministrazione non abbia esposto alcuna ulteriore ragione, se non quelle connesse alla riconosciuta parziale illegittimità della *lex specialis* di gara, né ha provveduto alla ponderazione dei vari interessi che vengono in rilievo e ciò anche alla luce «dello stato di avanzamento dell'opera e del tempo trascorso dal provvedimento di aggiudicazione e dalla sottoscrizione del contratto».

⁹⁶ Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910, in *Foro amm.*, 2016, 9, 2115. In senso adesivo cfr. Cons. Stato, sez. IV, 21 settembre 2015, n. 4379; Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2014 n. 4533; Cons. Stato, sez. VI, 20 settembre 2012, n. 4997; Cons. Stato, 14 gennaio 2009, n. 136.

Sulla stessa lunghezza d'onda si pone la giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali. Una recente sentenza del Tar Puglia⁹⁷ rimarca come l'istituto dell'annullamento d'ufficio presupponga pur sempre la sussistenza di un interesse pubblico all'eliminazione dell'atto viziato. Per il giudice amministrativo è difatti insufficiente la sola esigenza di ristabilire la legalità dell'azione amministrativa, atteso che tale esigenza, seppur rilevante, deve essere comparata con quella di stabilità delle relazioni giuridiche, anche se basate su provvedimenti illegittimi. In particolare, il Tar Puglia nella richiamata sentenza ritiene un principio consolidato quello per il quale, ai fini dell'esercizio del potere di autotutela, sia necessario che l'amministrazione, oltre ad accertare entro un termine ragionevole l'illegittimità dell'atto, valuti altresì la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento, attuale e prevalente sulle posizioni giuridiche private medio tempore costitutesi e consolidatesi, dovendosi escludere che tale interesse pubblico possa consistere nel mero ripristino della legalità violata.

Veniamo ora al profilo di maggior interesse per la presente trattazione e vale a dire all'introduzione di un termine massimo entro cui l'amministrazione può, pur in presenza di tutti gli altri requisiti, procedere all'annullamento d'ufficio. Va detto che il legislatore del 2015 interviene per la prima volta sull'annosa questione del termine dell'istituto in parola, ponendo fine ad una lunga *querelle* che aveva creato numerosi contrasti giurisprudenziali sulla corretta interpretazione della norma. Con l'inserimento di un termine "rigido" e non più solo ragionevole, il nuovo art. 19-*nonies* l. n. 241/1990 va interpretato nel senso che una volta scaduti i diciotto mesi previsti per l'esercizio del potere di autotutela lo stesso potere deve ritenersi consumato, sicché l'amministrazione non può provvedere tardivamente. Va ulteriormente precisato, come emerso dal parere n. 839 del 2016 reso dal Consiglio di Stato, che il rispetto del termine dei diciotto mesi implica l'emissione dell'atto e non già il mero avvio del procedimento amministrativo.

Con la fissazione di un termine 'certo' – oltre che meramente 'ragionevole' – entro cui può essere esercitato il potere di annullamento da parte dell'amministrazione appare chiaro, anche sul versante dell'analisi economica, che verranno meno quelle interpretazioni dei giudici foriere di incertezza e di instabilità per gli attori del mercato, le quali, in passato, in assenza di una chiara predeterminazione in via normativa del tempo dell'autotutela annullatoria, ben potevano ammettere

⁹⁷ Tar Puglia, Lecce, sez. I, 5 novembre 2015, n. 3166. In senso conforme cfr. Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 gennaio 2015 n. 241; Tar Campania, Napoli, sez. III, 9 dicembre 2014, n. 6428; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 15 luglio 2014, n. 351.

lettura estensiva della norma a tutela delle ragioni delle amministrazioni che annullavano i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici anche una volta decorso un considerevole lasso di tempo dall'emanazione dei provvedimenti stessi.

Non è un caso che il legislatore riferisca espressamente l'operatività del termine in parola per quelle decisioni amministrative che interessano maggiormente i profili economici. In sostanza, con la previsione che dispone che il termine non può essere superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei «provvedimenti di autorizzazione e di vantaggi economici» la legge conferma, per questa categoria di atti, la peculiare rilevanza della stabilità del rapporto con l'amministrazione e del principio dell'affidamento. Non solo, ma ragionando ancora in termini di analisi economica, ad essere accresciuta dalla nuova previsione normativa è anche la stessa propensione dei privati ad investire nel settore pubblico; ciò perché, in fase di programmazione dell'investimento, il privato valuterà positivamente l'inserimento di un limite temporale massimo all'espletamento degli atti di autotutela da parte dell'amministrazione e sarà così incentivato a investire in questo settore piuttosto che in altri. Un limite temporale che, dunque, agisce in modo duplice dal punto di vista dell'efficienza economica: da una parte (*ex post*) assicurando la stabilità e la certezza delle posizioni dei privati che sono ricorsi al settore amministrativo e hanno ricevuto un provvedimento favorevole per la loro sfera patrimoniale, dall'altra (*ex ante*) incentivando l'iniziativa economica dei privati che intendono investire nell'ordinamento amministrativo. E ciò si concilia con la tesi qui sostenuta, ossia quella secondo cui la nuova visione dell'analisi economica del diritto amministrativo implicherebbe la declinazione del canone di efficienza anche con riguardo all'incentivazione dell'iniziativa dei privati in campo economico, così come previsto dall'art. 41 Cost.

Sulla riforma del termine per l'esercizio del potere di annullamento si è espresso di recente il Consiglio di Stato con la sentenza n. 341 del 27 gennaio 2017⁹⁸. In questa pronuncia il massimo organo di giustizia amministrativa ha sottolineato come le esigenze di tutela dell'affidamento dei destinatari di atti ampliativi, in ordine alla stabilità dei titoli e alla certezza degli effetti giuridici da essi prodotti, hanno ricevuto un ulteriore rafforzamento, per mezzo dell'introduzione, con la l. n. 124/2015, della fissazione del termine massimo di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici e, quindi, mediante una riconfigurazione del potere di autotutela secondo canoni di legalità più stringenti e maggiormente garantisti per le posizioni private

⁹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, in *Guida al diritto*, 2017, 9, 105.

originate da atti ampliativi.

Va aggiunto, poi, che se l'interpretazione della nuova norma sul termine per l'annullamento degli atti *ex art. 21-nonies* esclude che un termine ragionevole possa considerarsi quello che vada al di là dei diciotto mesi – così come testualmente previsto dal comma 1 della norma *de qua* – ben può accadere che un termine sia considerato irragionevole nonostante resti al di sotto del limite massimo dei diciotto mesi. È il caso, ad esempio, del privato che agisce in giudizio avverso l'annullamento d'ufficio di un provvedimento attributivo di un vantaggio economico o di un'autorizzazione nonostante l'amministrazione abbia esercitato il potere di autotutela prima della scadenza del termine di diciotto mesi previsti ora dalla legge. Nel caso di specie è da osservarsi come sia pur sempre rimesso al prudente apprezzamento del giudice stabilire se in concreto l'esercizio del potere dell'amministrazione sia intervenuto entro un termine ragionevole o meno, ben potendo esserci casi in cui l'amministrazione avrebbe dovuto agire in autotutela in un periodo di tempo minore rispetto ai diciotto mesi previsti dalla norma come limite massimo e ciò sempre al fine di non ledere l'affidamento del privato.

Vero è che nella nuova formulazione dell'*art. 21-nonies* della l. n. 241/1990, così come modificato dall'*art. 6, comma 1, lett. d)*, n. 1, della l. n. 124/2015, l'inciso «comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'*art. 20*» non ha carattere interpretativo dell'inciso che precede «entro un termine ragionevole», perché, se così fosse, si dovrebbe considerare comunque e sempre “ragionevole” l'annullamento d'ufficio effettuato dall'amministrazione entro diciotto mesi, mentre nulla vieta di ritenere irragionevole anche un provvedimento in autotutela adottato entro il predetto termine⁹⁹.

Va rilevato come tale soluzione interpretativa del termine “ragionevole” non può che essere accolta favorevolmente sul versante dell'analisi economica, dal momento che contribuisce ad accrescere i profili di certezza e di stabilità delle decisioni amministrative (garanzia degli investimenti privati).

Alla luce di quanto sinora è stato osservato, il rapporto tra tempo e decisione apre interessanti prospettive di indagine e, particolarmente, in relazione agli sviluppi teorici e metodologici di entrambe le dottrine, quella amministrativistica da un lato, quella dell'analisi economica dall'altro. Seguendo questo percorso si passa ora all'analisi giuridica delle norme contenute nelle recenti riforme che hanno semplificato il procedimento della decisione amministrativa.

⁹⁹ In giurisprudenza cfr. Tar Campania, Napoli, sez. II, 8 settembre 2016, n. 4193.

4. La semplificazione della decisione amministrativa nella l. n. 124/2015 e nei decreti attuativi

Nel nostro ordinamento la semplificazione della decisione amministrativa riguarda essenzialmente i casi in cui la legge prevede modalità alternative per la conclusione del procedimento, caratterizzate da un'inversione rispetto alle fasi previste dall'ordinaria procedura amministrativa. Il caso di specie è rappresentato dalla dichiarazione con cui il privato, interessato all'avvio di una data attività, trasmette una comunicazione all'amministrazione competente allegando tutte le certificazioni all'uopo necessarie. Questa dichiarazione subentra alla decisione con la quale l'amministrazione, tradizionalmente, autorizzava il richiedente a dare inizio alla propria attività.

In quest'ottica può sembrare che la legge liberi l'iniziativa economica da ogni vincolo valutativo cui prima era sottoposta da parte della pubblica amministrazione, in realtà l'attività del privato resta in ogni modo soggetta al controllo dell'autorità amministrativa, la quale interviene rilevando illegittimità e/o illecitità nello svolgimento delle attività economiche a tutela dell'interesse della collettività. Nel caso in cui tali profili siano riscontrati, viene ripristinato l'ordinario procedimento decisionale dell'amministrazione che, attraverso provvedimenti inibitori e divieti, agirà limitando l'attività del privato¹⁰⁰.

Questo meccanismo di semplificazione della decisione amministrativa comunque aderisce ai principi previsti dalla Costituzione: da una parte, l'assenza del controllo preventivo dell'amministrazione che abilita il privato all'avvio dell'attività risponde al principio della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41, co. 1, Cost., dall'altra, l'attivazione di meccanismi di controllo e, nel caso in cui si rendessero necessari, di decisioni sfavorevoli nei confronti del privato ri-

¹⁰⁰ Sul punto preme chiarire brevemente la differenza che intercorre tra il concetto di semplificazione e quello di liberalizzazione. Mentre con la semplificazione, in particolare, si reca un alleggerimento alla procedura, restando ferma in capo all'autorità pubblica la funzione amministrativa, con la liberalizzazione si realizza l'apertura dei mercati alla concorrenza mediante l'eliminazione delle barriere legali, che, limitando l'accesso, riservano l'attività ad un numero ristretto di imprese o anche ad una soltanto. Accade spesso, infatti, che si adoperi il termine liberalizzazione come equivalente del termine semplificazione per indicare la soppressione del vaglio preventivo dell'autorità sulle attività economiche dei privati. Tuttavia quest'uso del termine rischia di oscurare la differenza sostanziale che passa tra le autorizzazioni a scopo precauzionale e quelle che conformano i mercati in base ad un'analisi pubblicistica del bisogno da soddisfare: soltanto l'eliminazione di queste ultime realizza la liberalizzazione dei relativi mercati. In questi termini cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*⁴, cit., pp. 21-23.

mandano all'art. 41, co. 2, Cost., secondo cui la stessa iniziativa economica, benché libera, «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

Il procedimento per segnalazione¹⁰¹, disciplinato dall'art. 19, l. n. 241/1990¹⁰², è l'esempio più significativo di semplificazione della decisione amministrativa. Al centro dell'istituto è posto un atto, la segnalazione certificata del privato, che esclude dall'intero procedimento l'intervento dell'autorità amministrativa e che risolve e riassume l'intera vicenda procedimentale. L'autodichiarazione del privato, secondo quanto dettato dall'art. 19, co. 1, l. n. 241/1990, subentrando alle decisioni e ai relativi procedimenti amministrativi, consente all'attore economico di avviare le attività ammesse dall'ordinamento in presenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge.

Ciò che è cambiato rispetto al passato è lo *spatium temporis* tra l'effettivo inizio dell'attività da parte del privato e l'azione di controllo della pubblica amministrazione. Nella corrente disciplina tale componente temporale viene del tutto annullata, come previsto dall'art. 19, co. 2, l. n. 241/1990, ove è contemplato che «L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata, anche nei casi di cui all'articolo 19-bis, comma 2, dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente».

Il nucleo normativo dell'art. 19, co. 2, l. n. 241/1990, nell'ammettere l'assenza della decisione amministrativa relativamente alla possibilità per il privato di svolgere l'attività dichiarata nella segnalazione, pare riflettere quanto espresso dalla legge, la quale è essa stessa a individuare i procedimenti che possono essere sostituiti dal modello semplificato.

In tale prospettiva s'inserisce l'ultimo decreto sull'istituto della s.c.i.a., il d.lgs. 26 novembre 2016, n. 222 (c.d. decreto s.c.i.a. 2), nel quale è tracciata una sorta di «mappatura»¹⁰³ delle attività assoggettate a segnalazione come dispone l'art. 1, dove si definisce «da precisa individuazione delle attività oggetto di procedimento di segnalazione certificata di inizio di attività»¹⁰⁴ e dove è allegata una tabella nella quale è stabilito, per ogni attività, il tipo di regime, autorizzativo o

¹⁰¹ Sull'istituto della s.c.i.a., anche per i vari riferimenti bibliografici ivi contenuti, mi sia consentito rinviare a D. VESE, *La segnalazione certificata di inizio attività come modello di semplificazione procedimentale*, Pisa, Pacini Giuridica, 2016, p. 11 ss.

¹⁰² Nel presente paragrafo si impiegano indifferentemente le espressioni procedimento per segnalazione e procedimento segnalatorio per indicare la procedura semplificata disciplinata dall'art. 19, l. n. 241/1990.

¹⁰³ Per quest'espressione cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*¹⁸, Milano, Giuffrè, 2016, p. 527.

¹⁰⁴ Ma anche di «mera comunicazione [...] o di silenzio-assenso, nonché quelle per le quali è necessario il titolo espresso». Così sempre art. 1, d.lgs. n. 222/2016.

semplificato, che deve essere applicato.

La disciplina si pone in linea con la delega della legge di riforma della pubblica amministrazione, dove all'art. 5, l. n. 124/2015, si rimanda a successivi decreti per la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di s.c.i.a. o di silenzio-assenso, nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e dei criteri direttivi desumibili dagli stessi articoli, dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Il sistema normativo della s.c.i.a. è stato integrato ulteriormente dal primo decreto attuativo dell'art. 5 della legge di riforma, ossia il d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126 (c.d. s.c.i.a. 1), ove all'art. 1, co. 2, con l'intento di «garantire certezza sui regimi applicabili alle attività private e di salvaguardare la libertà di iniziativa economica», le attività private che non figurano nella tabella allegata al d.lgs. n. 222/2016, o che sono oggetto di disciplina da parte della normativa europea, statale o regionale, sono da considerarsi libere.

Il d.lgs. n. 222/2016 comprende una revisione delle attività private in ambito di edilizia, ambiente e commercio, a partire dalla quale realizza due fondamentali operazioni di semplificazione: introduce regimi meno restrittivi in tali ambiti, tenendo sempre conto delle esigenze di tutela che le disposizioni in vigore presuppongono e dà attuazione alla «concentrazione dei regimi» di cui all'art. 19-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto a sua volta dall'art. 3, co. 1, lett. *i*), d.lgs. n. 126/2016¹⁰⁵.

Sempre nell'ottica della semplificazione della decisione amministrativa si pone un'altra importante novità apportata dalla l. n. 124/2015¹⁰⁶, la disciplina

¹⁰⁵ Cfr. Cons. Stato, comm. spec., parere 21 luglio 2016, n. 262 reso sul d.lgs. n. 222/2016.

¹⁰⁶ La l. n. 124/2015 all'art. 5, rubricato «Segnalazione certificata di inizio attività, silenzio-assenso, autorizzazione espressa e comunicazione preventiva», ha delegato il governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti: i) l'introduzione di una disciplina generale delle attività non assoggettate ad autorizzazione preventiva espressa; le modalità di presentazione e dei contenuti standard degli atti degli interessati e di svolgimento della procedura, anche telematica; gli strumenti per documentare o attestare gli effetti prodotti dai predetti atti; ii) la precisa individuazione dei procedimenti oggetto di s.c.i.a. o di silenzio-assenso, ai sensi degli artt. 19 e 20, l. n. 241/1990, nonché di quelli per i quali è necessaria l'autorizzazione espressa e di quelli per i quali è sufficiente una comunicazione preventiva, sulla base dei principi e criteri direttivi desumibili dagli stessi artt., dei principi del diritto dell'Unione europea relativi all'accesso alle attività di servizi e dei principi di ragionevolezza e proporzionalità. La delega dispone altresì che sia previsto l'obbligo di comunicare ai soggetti interessati, all'atto della presentazione di un'istanza, il termine entro il quale la pubblica amministrazione è tenuta a rispondere oppure il termine entro il quale il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda (silenzio-assenso).

della c.d. s.c.i.a. plurima esposta in seno al citato art. 19-*bis* l. n. 241/1990¹⁰⁷.

L'art. 19-*bis*, l. n. 241/1990, intende definire le fattispecie, finora non normate, di attività soggette a s.c.i.a. che, tuttavia, per il loro svolgimento necessitano di «altre s.c.i.a., comunicazioni, attestazioni, asseverazioni e notifiche». Alla luce di questo nuovo istituto, il legislatore ha aperto la strada alla «concentrazione dei regimi amministrativi» come è confermato dalla rubrica dell'art. 19-*bis*, vale a dire, al cosiddetto principio della s.c.i.a. unica¹⁰⁸, con l'intento di operare una *reductio ad unum* di tutte le segnalazioni che il privato dovrebbe presentare al fine di svolgere la propria attività.

In quest'ottica il legislatore traccia un progetto di semplificazione al centro del quale trova posto tale previsione. Viene difatti predisposto un sistema centralizzato di inoltro e ricezione delle s.c.i.a. come prevede l'art. 19-*bis*, co. 1, l. n. 241/1990, il quale riporta che «Sul sito istituzionale di ciascuna amministrazione [è] indicato lo sportello unico, di regola telematico, al quale presentare la s.c.i.a., anche in caso di procedimenti connessi di competenza di altre amministrazioni ovvero di diverse articolazioni interne dell'amministrazione ricevente». Tale meccanismo si propone di semplificare le fasi di inoltro e ricezione delle segnalazioni certificate, convogliando le azioni di controllo svolte dall'amministrazione sui requisiti certificati dai privati presso un unico punto di accesso che potremmo definire “sportello unico delle segnalazioni certificate di inizio attività”. Lo “sportello unico” potrà essere dislocato in più sedi della stessa o di altre amministrazioni, al fine di garantire un numero sufficiente di punti di accesso sul territorio¹⁰⁹. In questo modo sarà più semplice per il cittadino inoltrare la dichiarazione certificata mediante procedura telematica allo sportello indicato sul sito dell'amministrazione, come più agevole risulterà agli uffici amministrativi non dover più individuare, smistare e inoltrare gli atti di s.c.i.a. precedentemente inviati a vari sportelli.

All'art. 19-*bis*, co. 2, l. n. 241/1990, è prevista una specifica disciplina per quelle attività il cui svolgimento richiede l'inoltro di più di una s.c.i.a. In questi casi è concesso ai privati interessati di presentare un'unica segnalazione certificata allo sportello di cui al citato art. 19-*bis*, co. 1 (s.c.i.a. unica), nella quale figu-

¹⁰⁷ Più esattamente l'art. 19-*bis* è stato inserito dall'art. 3, co. 2, lett. c), d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126 (c.d. decreto s.c.i.a. 1).

¹⁰⁸ L'espressione è usata da Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839.

¹⁰⁹ Così, ad esempio, se l'impresa Alfa per esercitare la propria attività economica nel comune di Beta deve presentare una s.c.i.a. per cui è previsto il rispetto delle normative anche del comune di Gamma, potrà avvalersi dello sportello unico – o della sede periferica dello stesso – istituito presso il primo comune.

reranno tutti i presupposti e i requisiti indispensabili per avviare l'attività dichiarata. Saranno poi gli uffici amministrativi riceventi a inviare alle altre amministrazioni interessate il plico contenente tutti gli atti inerenti al procedimento segnalatorio.

La norma stabilisce anche un termine entro il quale le amministrazioni devono procedere alla chiusura del procedimento di controllo. In particolare l'amministrazione dovrà completare le operazioni di verifica e accertamento dei requisiti dichiarati dal privato e, qualora si rendesse necessario, portare a termine le decisioni di inibizione, rimozione o ripristino avviate col fine di correggere le difformità riscontrate, entro cinque giorni dalla chiusura del procedimento di controllo (i sessanta giorni fissati dall'art. 19, co. 3, l. n. 241/1990).

Alla luce di tale disposizione il citato art. 19-*bis*, co. 2, impone all'amministrazione ricevente di provvedere all'immediato invio del plico contenente le diverse s.c.i.a. a tutte le amministrazioni interessate, di modo che le stesse possano eseguire i dovuti controlli e completare il procedimento entro il termine stabilito.

È opinione di chi scrive quella di ritenere tale limite temporale un termine non perentorio e di tipo endoprocedimentale, fissato dal legislatore per evitare che le amministrazioni presentino le proprie proposte di decisione a ridosso del termine generale di sessanta giorni, previsto per la chiusura del procedimento di verifica. D'altra parte, a conferma di tale interpretazione, depone la stessa lettera della norma dove è usata l'espressione «almeno cinque giorni prima», la quale non prevede alcuna esplicita ipotesi di decadenza.

Sempre nella prospettiva di semplificare il procedimento segnalatorio, l'art. 19-*bis*, co. 3, l. n. 241/1990, introduce quella che il Consiglio di Stato ha definito «r.i.a.», richiesta di inizio attività¹¹⁰.

Tale novità normativa dispone che il privato, interessato all'avvio di un'attività subordinata all'acquisizione di atti di assenso o pareri di altri uffici o dal vaglio di controlli preventivi, presenta una vera e propria istanza allo sportello unico di cui al citato art. 19-*bis*, co. 1, alla quale farà seguito l'attivazione di un ordinario procedimento amministrativo con rilascio di relativa ricevuta di conferma ai sensi dell'art. 18-*bis*, l. n. 241/1990. In questi casi è previsto inoltre che, a decorrere dalla data di presentazione dell'istanza, sia convocata una conferenza di servizi ai sensi degli artt. 14 ss., l. n. 241/1990. Secondo quanto è stabilito dalla norma, infine, l'attività soggetta a r.i.a. potrà essere avviata solo a seguito del rilascio degli atti autorizzatori, mediante comunicazione all'interessato da parte degli uffici dell'amministrazione ricevente.

¹¹⁰ Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, punto 11.3.3.

Come è stato rilevato, la disciplina all'art. 19-*bis*, co. 3, l. n. 241/1990, prevede l'adozione del modulo procedimentale della conferenza di servizi (art. 14 ss., l. n. 241/1990), nel caso in cui per essere efficace la s.c.i.a. presupponga non solamente i requisiti dichiarati dal privato nell'autocertificazione, ma anche i provvedimenti di autorizzazione che le pubbliche amministrazioni hanno l'obbligo di rilasciare. In questi casi il regime semplificato della s.c.i.a. non è sufficiente a predisporre l'avvio dell'attività segnalata, pertanto il privato interessato dovrà ottenere tutti gli altri atti di assenso necessari, in mancanza dei quali l'attività non potrà essere avviata, o risulterà, se già avviata, illegittima al controllo dell'autorità amministrativa, la quale sarà costretta, sotto l'egida degli artt. 19, co. 3 e 21, l. n. 241/1990, ad adottare provvedimenti inibitori e sanzionatori nei confronti del privato.

L'obiettivo che con la disciplina della r.i.a. la legge si propone di ottenere si coglie nell'esigenza di mettere a punto un meccanismo ideale di riduzione della complessità amministrativa, mediante un sistema di s.c.i.a. unica.

Due alternative normative sono state previste in luogo dell'attuale soluzione regolatoria nella redazione del testo di legge, esaminate anche dal Consiglio di Stato in sede di valutazione dello schema di decreto¹¹¹.

Con la prima erano rigettati tutti i casi in cui era necessario ottenere atti di assenso presupposti, mentre si orientava la norma solo verso le fattispecie di s.c.i.a. *ex art. 19, co. 1, l. n. 241/1990* (c.d. s.c.i.a. pura). La seconda, includendo anche i casi di s.c.i.a. non pura, anteponeva l'acquisizione dei necessari atti di assenso alla presentazione della segnalazione da parte del privato.

Da quanto è stato osservato si comprende come la prima alternativa, ammettendo unicamente i casi di c.d. s.c.i.a. pura, rappresenti la soluzione più essenziale e lineare. Questa prima opzione si uniforma a quanto espresso dall'art. 19, l. n. 241/1990, il quale prevede l'assenza di atti di assenso presupposti. Nell'ottica di questa soluzione il ricorso alla conferenza di servizi, un sistema di gestioni dei procedimenti autorizzatori per natura complessi, non può essere ammesso perché verrebbe irragionevolmente meno la possibilità di semplificare la procedura segnalatoria.

La seconda alternativa, che contempla anche i casi di c.d. s.c.i.a. non pura, per essere valida sia sotto il profilo dell'efficienza sia dell'efficacia, avrebbe dovuto precisare che il privato interessato deve attivarsi per ottenere l'atto abilitativo prima di inoltrare la segnalazione e tutto ciò in assenza di alcuna responsabilità, fatto salvo l'obbligo di controllo, da parte dell'amministrazione ricevente.

¹¹¹ Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, punto 11.3.

In tal senso sarebbe risultato utile che la norma avesse rimandato la presentazione della segnalazione al momento successivo alla chiusura di tutte le pratiche previste per i provvedimenti autorizzatori, presupposti alla s.c.i.a.

In alcuni casi di s.c.i.a. plurima, al fine di conseguire un provvedimento favorevole per il privato, si potrebbe ricorrere all'istituto del silenzio-assenso, in forza del quale il procedimento semplificato avrebbe unicamente necessità di dimostrare che la presentazione della segnalazione sia avvenuta entro un termine tale da motivare il silenzio stesso. Questa soluzione, a ben vedere, assoggetterebbe imprese e cittadini ad un atto più gravoso della s.c.i.a., vale a dire ad un provvedimento (l'autorizzazione) che non è propriamente volto al conseguimento di un certo risultato, ma piuttosto all'eliminazione di un vincolo che si frappone al risultato medesimo.

Il nuovo art. 18-*bis*, l. n. 241/1990, introdotto dal d.lgs. n. 126/2016, in attuazione della l. n. 124/2015 prevede il rilascio, da parte dell'amministrazione competente, di apposita ricevuta immediatamente dopo la presentazione di istanze o segnalazioni, così che possa essere dimostrato l'effettivo inoltro di tutte le comunicazioni. Tale ricevuta recherà i termini entro i quali l'amministrazione interessata dovrà, se previsto, rispondere, insieme ai termini entro i quali il silenzio da parte della stessa si intende risolto alla stregua di un accoglimento dell'istanza (silenzio-assenso), in questo modo il privato sarà certo della data di protocollazione. La disposizione difatti tutela maggiormente l'attore economico da qualunque tipo di inadempienze temporali da parte degli uffici amministrativi che comprometterebbero la risoluzione tempestiva della pratica.

Nella prospettiva dell'analisi economica, la certezza dei tempi di conclusione di una pratica amministrativa condiziona e orienta la scelta da parte del privato di investire in un determinato settore economico. Da ciò si comprende che quanto più il sistema amministrativo di riferimento è in grado di fornire certezze, tanto più risulterà convincente agli occhi del privato l'investimento che rientra nella competenza di quello specifico settore dell'amministrazione.

Se si procede a un'analisi strettamente giuridica della norma, risulta evidente come, in realtà, l'espeditivo della ricevuta non può avere efficacia se non è previsto alcun obbligo risarcitorio per l'amministrazione che non ottempera a tale disposizione. Se l'amministrazione non dovesse provvedere al rilascio della ricevuta, il privato-istante non potrà più fare affidamento sulla certezza dei tempi di avvio del procedimento e di conseguenza aumenteranno i costi da sostenere

dovuti a tale condizione di incertezza¹¹².

La norma, risultando incompleta sotto questi aspetti, è stata sottoposta a revisione da parte del legislatore, come pure era stato auspicato dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema di decreto¹¹³, il quale ha cercato di colmare queste lacune aggiungendo un ultimo periodo all'articolo 18-*bis*, co. 1, l. n. 241/1990, ove ora è previsto che «Le istanze, segnalazioni o comunicazioni producono effetti anche in caso di mancato rilascio della ricevuta, ferma restando la responsabilità del soggetto competente».

Tale intervento, tuttavia, non risulta convincente. In particolare, se nella prima parte della norma l'efficacia del meccanismo informativo semplificato si rivela nell'automatico istanza-ricevuta¹¹⁴, questa nuova disposizione inficia l'intero impianto, riducendo il rilascio della ricevuta a una componente non essenziale. A ben vedere, la norma nel suo complesso sembra voler ammettere due alternative: se vi sono amministrazioni rapide ed efficienti ha valore la prima parte della norma, se invece vi sono amministrazioni statiche e inefficienti la prima parte non si applica e si attiva la seconda.

Da queste osservazioni emerge la precarietà e l'incoerenza di tale intervento che vorrebbe completare e definire il sistema di semplificazione del procedimento, ma che in realtà finisce per complicare irragionevolmente il sistema medesimo.

¹¹² Un esempio potrebbe chiarire meglio l'idea. Ipotizziamo che l'impresa X voglia investire nel settore amministrativo Y, perché quest'ultimo è dotato di una norma Z (nel caso in questione il nostro art. 18-*bis*, l. n. 241/1990) che assicura, tramite l'emissione di una ricevuta attestante l'avvio del procedimento, di programmare con certezza l'investimento. Se all'istanza dell'impresa X segue la protocollazione e la contestuale emissione della ricevuta dell'ufficio che opera nel settore amministrativo Y, *nulla quaestio*: la norma, può dirsi, ha effettivamente garantito la certezza nell'avvio della procedura da parte dell'ufficio amministrativo e ha reso efficiente il sistema. Laddove, invece, all'istanza di X non segue o segue in ritardo l'emissione della ricevuta da parte di Y, può dirsi invece il contrario. La norma non solo non ha reso efficiente economicamente il sistema Y, dal momento che lo ha rallentato ulteriormente, anziché velocizzarlo, ma ha anche causato un danno all'impresa X, dal momento che le disposizioni dell'art. 18-*bis*, l. n. 241/1990, non prevedono alcun obbligo giuridico di tipo risarcitorio per l'inerzia dell'amministrazione che non rilascia la ricevuta o la rilascia in ritardo.

¹¹³ Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, punto 10.3.

¹¹⁴ Ma ciò vale anche per l'automatico segnalazione-ricevuta e per quello comunicazione-ricevuta, come previsto dallo stesso art. 18-*bis*, l. n. 241/1990.

MICHELE TRIMARCHI

Ricercatore di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli studi di Foggia
michele.trimarchi.35@alice.it; michele.trimarchi@unifg.it

**DECISIONE AMMINISTRATIVA DI SECONDO GRADO
ED ESAURIMENTO DEL POTERE**

**RE-EXAMINATION OF THE ADMINISTRATIVE DECISION
AND EXPIRY OF THE ADMINISTRATIVE POWER**

SINTESI

Il potere amministrativo non si esaurisce con il suo esercizio e ciò consente all'amministrazione di rivedere in ogni tempo le decisioni assunte, con il limite esterno rappresentato dal principio del legittimo affidamento e dalle regole puntuali che di esso sono diretta esplicazione.

Dal punto di vista metodologico, tuttavia, non è corretto desumere l'inesauribilità del potere dalla generica esigenza che la decisione amministrativa sia sempre «in accordo» con l'interesse pubblico. Occorre piuttosto verificare, alla stregua del diritto positivo, se nel diritto amministrativo sia accolto il criterio cronologico di composizione delle antinomie tra le fonti del diritto, per il quale *lex posterior derogat priori*. Solo in tal caso si potrebbe legittimamente affermare che il potere amministrativo è inesauribile come quello legislativo.

Tuttavia è sufficiente un esame superficiale dei principi costituzionali e dei valori sottesi alla legislazione ordinaria sull'attività amministrativa per vedere che la continua adattabilità delle decisioni all'interesse pubblico non è una esigenza assoluta, e in particolare che essa non ha maggior pregio e maggior riconoscimento giuridico del contrapposto interesse alla stabilità del provvedimento.

Anche gli interventi legislativi degli ultimi anni nella materia del riesame del provvedimento forniscono argomenti contrari alla tesi dell'inesauribilità del potere quale fondamento degli atti di ritiro in quanto valorizzano il principio della certezza del diritto e individuano diverse ipotesi nelle quali la decisione amministrativa è immutabile.

L'immagine dell'inesauribilità del potere quale fondamento degli atti di ritiro subisce una ulteriore e definitiva smentita se, come qui proposto, si ritiene che la decisione di secondo grado sia espressione di un potere diverso da quello esercitato per l'adozione della decisione di primo grado.

La conclusione è allora che l'amministrazione in senso oggettivo non è una attività di flusso continuo come la legislazione, dove il criterio cronologico trova un fondamento di diritto positivo nell'abrogazione implicita. La decisione amministrativa vincola lo stesso organo che la adotta. Esso può rimuoverla soltanto con

poteri speciali, di cui è sempre più raramente titolare

ABSTRACT

Administrative power does not expire with its exercise and this allows the administration to re-examine the decisions taken, with the external limit of the principle of legitimate expectations.

From the methodological point of view, however, it is not correct to infer the persistence of power after its exercise from the generic requirement that the administrative decision should always be «in agreement» with the public interest. It should rather be understood if the rule for which «*lex posterior derogat priori*» is in force in the Italian administrative law. Only in this case could legitimately be said that the administrative power does not expire with its exercise.

However, it is sufficient to have a superficial review of the constitutional principles in order to see that the adaptability of administrative decisions to the public interest is not an absolute juridical value, as the stability of administrative decisions has not a minor relevance in the legal system.

The new discipline of the re-examination of administrative decisions emphasizes the principle of legal certainty, identifying different some cases in which self-annulment and revocation are void and the administrative decision is unchangeable. In this way, it provides valid arguments against the thesis of the persistence of the administrative power after its exercise. This thesis should be definitively rejected if, as proposed in the article, the re-examination of the administrative decision is considered as an expression of a different and autonomous power from the ordinary administrative power.

The author comes to the conclusion that administration action is not a continuous flow such as legislation, where the chronological criterion is founded in Article 12 of «Disposizioni preliminari al codice civile». The administrative decision binds the authority that adopts it. It can only re-examine it with special powers, which are not always owned by the public administration.

PAROLE CHIAVE: decisione, potere amministrativo, riesame, discrezionalità, legittimo affidamento

KEYWORDS: decision, administrative power, riexamination, discretion, legitimate expectation

INDICE: 1. Inesauribilità del potere e riesame del provvedimento. - 2. Profili di metodo. - 3. Inesauribilità del potere e valori confliggenti. - 4. La crisi dell'inesauribilità del potere nel nuovo assetto legislativo degli atti di riesame. – 5. Decisione di secondo grado e superamento dell'inesauribilità del potere. - 6. Cenni conclusivi.

1. Inesauribilità del potere e riesame del provvedimento.

Il potere amministrativo – si è soliti affermare – trascende i singoli atti con

i quali viene esercitato e dunque non si esaurisce in essi¹. L'inesauribilità comporta che una determinata situazione può ricadere un numero potenzialmente infinito di volte sotto l'egida del potere amministrativo. Questa possibilità presuppone a sua volta che il provvedimento non cristallizzi una volta per tutte il rapporto, ma al contrario possa essere messo in discussione dalla stessa amministrazione in quanto la decisione successiva prevale su quella precedente².

L'espressione «inesauribilità del potere» descrive un fenomeno che la dottrina giuridica ha ricostruito secondo diversi schemi concettuali. Limitandoci qui alle prospettazioni più note e influenti, Feliciano Benvenuti ha coniato la nozione di autotutela decisoria spontanea per indicare la capacità generale dell'amministrazione di risolvere un conflitto potenziale o attuale tra sé ed il destinatario del suo provvedimento, ovvero di una norma, tramite l'annullamento d'ufficio, la revoca, l'abrogazione e la caducazione dei propri atti³; Massimo Severo Giannini ha insistito sulla retrattabilità (o mutabilità) come carattere specifico dell'efficacia del provvedimento amministrativo⁴, in polemica con la tesi di Merkl che risolveva tale efficacia nella res giudicata che si riscontrerebbe in tutti gli atti precettivi⁵.

Queste spiegazioni presentano tra loro significative differenze, ma hanno in comune di rinvenire in una posizione di privilegio dell'amministrazione il fon-

¹ S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, rist. 1983, p. 186, definisce il potere come una entità che «preesiste e deve necessariamente preesistere al suo esercizio e deve rimanere sempre il medesimo attraverso i vari casi in cui si esplica». Cfr. B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, Milano, Giuffrè, 2003, p. 362 ss.

² G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 308 s.

³ F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 537 ss., spec. parr. 4 e 6, dove l'A. osserva, a proposito della autotutela spontanea, che essa richiede «la esistenza di una situazione di contrasto tra interessato e amministrazione per causa della invalidità di un atto amministrativo; e poco importa che tale contrasto non abbia la possibilità di concretarsi in un conflitto attuale, perché l'amministrazione non può trascurare di tenere presente che ogni stato anomalo dei suoi rapporti con gli amministrati rappresenta prima di tutto un contrasto con quel pubblico interesse che essa deve tutelare e soddisfare». *Contra* G. CORAGGIO, (voce) *Autotutela I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, Treccani, 1988, p. 5, secondo cui nell'annullamento d'ufficio e nella revoca non v'è nulla «che possa richiamare l'autotutela neanche in senso improprio: non un fine giustiziale con un conflitto (a mano di non diluire il concetto fino a confonderlo con il naturale contrasto d'interessi che si agita in ogni scelta amministrativa), mentre predomina l'esigenza di una buona amministrazione spunta fino al sacrificio di situazioni giuridiche private consolidate nel tempo».

⁴ M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1959, p. 187, 193.

⁵ A. MERKL, *Zum problem der rechtskraft in justiz und verwaltung*, 1919, trad. it., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in ID., *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 339.

damento della inesauribilità del potere: la potestà di revocare o annullare i provvedimenti ha carattere generale ed è desunta dalla supremazia dell'amministrazione (la «capacità di farsi giustizia da sé»⁶) oppure dalla autoritatività dei suoi atti, che di quella supremazia è il più immediato corollario⁷.

Il maturare della sensibilità costituzionale ha comportato una parziale revisione di queste soluzioni concettuali. Per un verso, nessuna posizione di supremazia generale è riconosciuta all'amministrazione dalla Costituzione repubblicana⁸. Per altro verso, il principio di legalità costituzionale comporta che non vi è potere amministrativo se non dove sia la legge ad attribuirlo (principio di tipicità). Questi assunti sono incompatibili con le spiegazioni tradizionali dell'inesauribilità del potere, essendo queste fondate proprio sulla supremazia dell'amministrazione e sulla implicita attribuzione del potere di annullare o revocare i provvedimenti⁹.

La Costituzione ha reso obsolete le spiegazioni tradizionali, non il fenomeno che queste tentavano di spiegare: la inesauribilità del potere. L'ingegno della dottrina ha dovuto fare i conti con questa persistenza. Si è detto allora che,

⁶ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 537, più avanti si parla di «concetto generale» a proposito della autotutela sugli atti. Sull'autotutela come espressione della posizione di preminenza in cui si trova la pubblica amministrazione rispetto ai privati cfr. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 74.

⁷ M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

⁸ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta e inseconda idea» - *disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, Milano, Giuffrè, 1988, 612; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2000, 187, il quale – argomentando dai principi di imparzialità, buon andamento, tipicità degli atti amministrativi e azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive, tutti previsti dalla costituzione – afferma che «non è all'amministrazione come «entità» che è attribuita preminente dignità nei confronti degli altri soggetti, ma è ai singoli comportamenti di essa, previsti e rigorosamente disciplinati, quanto alla sostanza e quanto alla forma, dall'ordinamento, che è assicurata efficacia per il raggiungimento dei concreti fini assegnati alla stessa amministrazione. Non quale soggetto, cioè, l'amministrazione sovrasta gli altri soggetti e se ne differenzia, ma in quanto esercita potestà specificamente ed esclusivamente attribuitele e le esercita nelle forme tipiche che le sono proprie».

Un percorso concettuale assolutamente originale, sebbene anch'esso tendente a negare una posizione di supremazia all'amministrazione sulla base della costituzione, è quello di G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma. Atti del XXXIX convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 16-18 settembre 1993*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 15, secondo cui la costituzione non identifica nell'amministrazione un potere dello stato ma una «forma della società». Oggi questo rilievo è ripreso da L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 371,373, il quale vi ricava le ragioni per ritenere «che l'amministrazione debba ricercare il contenuto della previsione indeterminata nell'ordine giuridico della società, di cui è essa stessa diretta espressione».

⁹ In questo senso A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 120; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 750.

certamente il potere di ritiro deve trovare fondamento in una legge, ma la legge in questione può ben essere quella che attribuisce il potere di primo grado, potere che avendo carattere unilaterale può essere esercitato anche in senso contrario da chi ne è titolare¹⁰. Questa elegante soluzione soddisfa il principio di legalità e contemporaneamente esclude che, annullando o revocando, l'amministrazione curi un interesse proprio: la connotazione del potere di ritiro come espressione dello stesso potere di provvedere comporta infatti che il primo partecipi della funzione del secondo: sia cioè strumento di cura dell'interesse pubblico, modalità di amministrazione in senso oggettivo, non espressione della supremazia del soggetto amministrazione¹¹.

Nel 2005 è entrata in vigore una disciplina generale dell'annullamento d'ufficio e della revoca, rappresentata dagli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, introdotti dalla l. n. 15/2005. Una prima tesi è che queste disposizioni abbiano dotato i poteri di secondo grado di un fondamento legale generale, un fondamento autonomo che smentisce (o comunque rende superflua) la ricostruzione secondo cui l'annullamento e la revoca sarebbero frutto dell'esercizio in senso contrario del potere di primo grado. Una seconda tesi è che gli artt. 21-*quinquies* e *nonies*, l. n. 241/1990 disciplinano condizioni e presupposti di un potere di cui comprovano l'esistenza e il cui fondamento dovrà essere ravvisato ancora nella norma attributiva del potere di provvedere o spiegato nella logica dell'autotutela¹². Entrambe le ricostruzioni a ben guardare suonano come una conferma dell'inesauribilità del potere: per la prima, è la legge stessa ad attribuire questo carattere al potere; per la seconda, si tratta di un carattere intrinseco che la legge dimostra di presupporre.

¹⁰ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 206 ss., 337.

¹¹ G. CORSO, *Manuale*, cit., 308. Con riferimento alla revoca A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 720, per il quale «la potestà di revoca inerisce alla medesima funzione esercitata a suo tempo mediante l'emanazione dell'atto che si tratta di revocare».

¹² Un quadro generale delle dottrine è in R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 584. Per la ricostruzione del dibattito dopo l'entrata in vigore degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990 v. anche A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 215 ss.; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., p. 59 ss., 109, il quale accede alla tesi che la norma attributiva del potere di revoca è rappresentata al combinato disposto dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 con la norma di volta in volta attributiva del potere di primo grado, e, da ultimo, F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in www.federalismi.it, p. 7 ss. e F. COSTANTINO, *Revoca del provvedimento*, p. 756 ss. e *Annulloamento d'ufficio*, p. 870 s., entrambi in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016.

2. Premesse di metodo.

Muta il quadro costituzionale, mutano le categorie di riferimento; ma l'inesauribilità del potere rimane un'immagine tutto sommato vitale.

Si può ipotizzare che le radici di questa persistenza affondino nella logica stessa dell'amministrare per fini pubblici: il potere è inesauribile, e non potrebbe essere altrimenti, perché l'azione amministrativa è cura di interessi pubblici concreti e, dunque, i singoli provvedimenti in cui essa si esplica devono trovarsi sempre «in accordo» con l'interesse pubblico stesso; in altri termini, non avrebbe senso affidare all'amministrazione un interesse pubblico, se poi non le si consentisse di curarlo in ogni momento, anche a costo di venire *contra factum proprium*. L'inesauribilità del potere persiste perché corrisponde a una necessità immanente all'idea dell'amministrazione come attività di cura in concreto degli interessi pubblici.

Una spiegazione di questo genere, benché possa apparire intrinsecamente coerente e probabilmente corrisponda al senso comune, richiede una qualche cautela, se non altro perché è proprio dietro la presunta «necessità» di certi istituti che si sono annidate, e tuttora in parte si celano, le incrostazioni autoritarie del diritto pubblico¹³.

Il punto è che una esigenza anche molto avvertita a livello sociale non esprime di per sé un significato giuridico intorno al quale ricostruire gli istituti, e ciò non perché non esista un nesso tra valori sociali, contenuti normativi e istituti

¹³ Sul punto sono fondamentali le pagine di A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 599 ss. Osserva l'A. che troppo spesso nel diritto pubblico la categoria della «necessità» opera in funzione «fondante» informando in modo indiretto, e talvolta occulto, «concetti e istituti che in apparenza con tale categoria non hanno nulla a che fare» (599); l'idea della «necessità» opera «nel senso che lo stato (inteso come potere, governo, *verwaltung*) deve essere, e stabilmente è, in quanto deve svolgere attività e curare interessi da cui non si può prescindere e di cui non si può discutere, in quanto appunto necessari, consustanziali alle esigenze stesse dello stato e della comunità» (599). Vi è un gruppo di temi in cui questa idea di necessità compare «nel suo più tipico significato di imprescindibilità-indiscutibilità della cura di interessi, dello svolgimento di attività: si tratta, è superfluo dirlo, dei molti temi che riguardano il governo e tra questo vorrei citare solo quello del potere regolamentare e organizzativo, che riguarda poi, complessivamente, l'intera pubblica amministrazione» (601). Quanto a quest'ultima, l'A. si riferisce in particolare «alla nozione di interesse pubblico e al modo in cui questa presiede alla definizione del nucleo «forte» del diritto amministrativo: penso essenzialmente alla «autorità» dell'agire (prima ancora che degli atti) dell'amministrazione a alle sue principali manifestazioni, a tutti ben note, in ciascuna delle quali è visibile, con maggiore o minore chiarezza l'idea di necessità; necessità che la p.a. agisca, svolga i suoi compiti, curi, appunto, gli interessi pubblici in posizione di supremazia e in modo tempestivo, efficace, continuativo, non intralciato più che tanto dalla resistenza di interessi individuali o dal sindacato giurisdizionale» (602).

giuridici, bensì perché i valori sociali diventano giuridici a seguito di una selezione che l'ordinamento positivo svolge alla stregua dei propri valori decretandone la rilevanza o l'irrilevanza¹⁴.

Per questa ragione di fondo è scorretto desumere l'inesauribilità del potere dalla esigenza o dalla presunta «necessità» che il provvedimento sia sempre «in accordo» con l'interesse pubblico, esattamente come osservava A. Merkl criticando la dottrina che negava la possibilità di riconoscere al provvedimento una efficacia di cosa giudicata paragonabile a quella della sentenza¹⁵.

Bisogna impostare il discorso su diverse basi, lasciandosi alle spalle le immagini tralatizie dell'amministrazione, e ponendosi la domanda se davvero quella che il provvedimento sia sempre in accordo con l'interesse pubblico costituisca una esigenza giuridicamente rilevante e, in caso di risposta positiva, individuando in quali termini lo sia.

3. Inesauribilità del potere e valori configgenti

L'indagine dovrebbe muovere ad ampio raggio, tenere in considerazione non solo il quadro costituzionale ma anche il sistema dei valori che sta dietro la legislazione ordinaria e l'idea stessa dello Stato di diritto. Qui sono possibili soltanto alcuni cenni.

Iniziamo dal livello costituzionale. L'esigenza che il provvedimento sia

¹⁴ Ritenere che vi sia un legame tra valori sociali, contenuti normativi e istituti giuridici non significa affatto ritenere che tutti gli interessi sociali siano anche giuridicamente rilevanti, bensì al contrario comporta di studiare i criteri di rilevanza giuridica degli stessi, i quali, siano rinvenuti all'interno dell'ordinamento positivo e dei suoi valori (come pare preferibile) ovvero all'esterno, costituiscono comunque un filtro di selezione. Sia consentito rinviare, per maggiori svolgimenti intorno al rapporto tra dimensione assiologica e dimensione normativa, a M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013, p. 28 ss. Per la tesi che l'integrazione dell'ordinamento giuridico debba avvenire tramite il richiamo all'ordine giuridico della società, sino al punto di ritenere che «la stessa legittimazione e legittimità dell'ordine legale è da ricercare in quest'ordine giuridico sovrano – quello della società, che si trattiene stabilmente nella sovranità», v. L.R. PERFETTI, *Sistematica giuridica e controllo razionale del potere. Osservazioni intorno al problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tassone e proposta in base all'ordine giuridico della società*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, p. 825.

¹⁵ A. MERKL, *Zum problem der rechtskraft in justiz und verwaltung*, cit. 336, dove si legge che «dalla esigenza che la *situazione del diritto amministrativo* sia sempre all'unisono con l'interesse pubblico non deriva direttamente che ogni atto amministrativo, in qualsiasi momento, possa essere adattato al mutato interesse pubblico o revocato in conformità di esso; e dal semplice interesse privato della parte alla intangibilità della decisione ad essa favorevole – ma, è appena il caso di notare che l'avversario sconfitto è interessato in senso opposto – non segue affatto che l'autorità sia per sempre vincolata a questa decisione; entrambe le fattispecie possono essere solo istanze *de lege ferenda*, delle quali non s'intende qui porre minimamente in dubbio l'obiettivo fondamento».

sempre in accordo con l'interesse pubblico può trovare un riferimento relativamente sicuro nel canone del buon andamento e nei suoi corollari rappresentati dai principi-criteri di efficacia¹⁶ e continuità dell'azione amministrativa¹⁷: quest'ultimo, in particolare, si rivolge innanzitutto all'organizzazione degli uffici ma in termini generali esprime l'idea che la cura dell'interesse pubblico da parte dei poteri pubblici deve essere costante, non subire interruzioni¹⁸.

Se il buon andamento rappresenta un riferimento costituzionale a favore dell'inesauribilità del potere amministrativo, la tutela del legittimo affidamento, che costituisce un principio di diritto europeo di livello costituzionale, rappresenta il più diretto antagonista dell'inesauribilità del potere in quanto trova realizzazione attraverso la stabilità del provvedimento favorevole¹⁹.

Vi è poi da tenere in considerazione il principio di proporzionalità, presente nel suo nucleo essenziale nell'elaborazione di Romagnosi e valorizzato oggi dalla Corte di giustizia europea secondo il modello della giurisprudenza costituzionale tedesca, il quale guida l'esercizio dei poteri restrittivi discrezionali sottponendo la decisione al vaglio dei criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza²⁰. Esso agisce quale ulteriore limite alla ritirabilità del provvedimento in

¹⁶ Cfr. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 79 ss., dove si fonda la revoca sul principio di efficacia dell'azione amministrativa previsto dall'art. 1, l. n. 241/1990, che del buon andamento è immediato corollario.

¹⁷ Cfr. C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenze n. 331 del 1988; 878 del 1988; n. 103 del 2007, dove si afferma che «il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa»; n. 104 del 2007; n. 161 del 2008.

¹⁹ La bibliografia è sterminata, anche perché il principio di affidamento viene in rilievo in molteplici istituti del diritto amministrativo. *Ex plurimis* F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA – F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2012, p. 159 ss.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

²⁰ La prima fase della valutazione della p.a. è informata al principio di idoneità, che guarda alla relazione tra mezzo impiegato e obiettivo perseguito, imponendo di scartare, tra tutte le soluzioni possibili, quelle inidonee a raggiungere il fine. Successivamente, la necessità (o regola del mezzo più mite) consente di selezionare, tra le misure ritenute idonee, quelle che implicano il minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti dal provvedimento da adottare. Infine, la scelta definitiva dell'amministrazione deve superare un ultimo vaglio alla luce del criterio di adeguatezza, cioè di tollerabilità della compressione della sfera giuridica del destinatario del provvedimento, per cui l'intera decisione deve essere ridiscussa ove il sacrificio causato sia sproporzionato rispetto al raggiungimento dello scopo perseguito.

Il principio di proporzionalità, oltre a costituire un criterio generale di valutazione dei poteri di ritiro, ispira talune soluzioni normative specifiche, come ad esempio quelle contenute nella direttiva 2002/20/ce del 7 marzo 2002 relativa all'autorizzazione per le reti e i servizi di comunicazione elettronica. Si prevede infatti che, se accerta l'inosservanza da parte di un'impresa di una o più condizioni indicate dalla concessione dei diritti individuali d'uso delle frequenze

quanto, dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva del destinatario del provvedimento favorevole, gli atti di ritiro sono assimilabili ai provvedimenti di primo grado restrittivi della sfera giuridica²¹.

Più in generale, la protezione delle libertà individuali reclama la stabilità delle decisioni amministrative in tutti quei casi in cui l'esercizio della libertà medesima è condizionato ad un atto di assenso o di verifica dell'amministrazione e quindi non è compatibile con l'immagine di un potere inesauribile che in ogni tempo può tornare sui propri passi. Ciò vale a maggior ragione in relazione alle

radio e dei numeri, l'autorità di regolamentazione non può revocare immediatamente la concessione, ma deve aprire un contraddirittorio con l'impresa e eventualmente comminare sanzioni pecuniarie (art. 10, parr. 2-4); la revoca dei diritti d'uso è pertanto una misura di *extrema ratio*, che l'autorità disporre solo se ricorrono violazioni gravi e ripetute (art. 10, par. 5) o se le violazioni sono tali da arrecare un rischio grave e immediato per la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica o la salute pubblica, o da creare gravi problemi economici od operativi ad altri fornitori o utenti di reti o di servizi di comunicazione elettronica (art. 10, par. 6).

Esula dal nostro esame la disciplina della autorizzazione generale perché non si tratta propriamente di un provvedimento amministrativo ma di una forma di controllo alternativo che prevede la predisposizione da parte dello stato di un quadro normativo di diritti e obblighi per l'esercizio dell'attività (art. 2) e, da parte dell'impresa una mera comunicazione dell'intenzione di iniziare la fornitura del servizio (art. 3). È comunque interessante notare che, anche con riferimento all'autorizzazione generale, la direttiva afferma che in caso di inosservanza delle condizioni da essa previste è opportuno che le sanzioni siano proporzionate alle infrazioni, tranne casi eccezionali, appare eccessivo sospendere o revocare ad un'impresa il diritto di prestare servizi di comunicazione elettronica o di utilizzare determinate frequenze radio o determinati numeri qualora essa non si sia conformata ad una o più condizioni previste dall'autorizzazione generale (considerando 27).

Sul principio di proporzionalità, tra gli altri, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, p. 315 ss.; ID., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4643; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998, *passim*; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi*, cit., p. 389 ss., spec. 405 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 97 ss.; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 97-101; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 85 ss.; e, da ultimo, con specifica attenzione al *test* di proporzionalità articolantesi nei criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza, F. TRIMARCHI BANFI, *CANONE di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361 ss.

Nell'ordinamento italiano il principio di proporzionalità trova il suo antecedente nel principio del «minimo mezzo» elaborato da Gian Domenico Romagnosi. Su Romagnosi e il principio di proporzionalità v. A. SANDULLI, *op. cit.*, 10 ss.; F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1234 s.; G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, p. 31 s.; V. FANTI, *op. cit.*, pp. 85-98.

²¹ Più in generale, come rileva L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, suppl., p. 58, è possibile assumere che, in presenza di libertà costituzionali quale la libertà economica il potere amministrativo abbia sempre natura ablatoria anziché ampliatoria, «partendo dal presupposto che libertà significhi in principio diritto di svolgere una certa attività: in principio, salvi, cioè, motivi ostativi la cui determinazione concreta è rimessa alla pubblica amministrazione». Ponendosi in questa ottica il principio di proporzionalità potrebbe essere appieno valorizzato come criterio di controllo dell'esercizio dei poteri ampliativi.

libertà che hanno contenuto economico: dove l'instabilità dell'atto d'assenso non solo reca un pregiudizio al suo destinatario ma, in termini più generali, ingenera tra gli operatori del mercato un senso di incertezza e sfiducia che scoraggia l'intrapresa economica²².

Dal punto di vista dei valori costituzionali, in sintesi, l'esigenza che il provvedimento sia sempre in accordo con l'interesse pubblico non ha maggiore dignità dell'opposta esigenza di stabilità. Le ragioni della stabilità, del resto, affondano nella logica della limitazione del potere propria dello Stato di diritto. Nello Stato di diritto, infatti, il potere legittimo è quello che si traduce in atti formali e puntuali: siamo agli antipodi rispetto all'immagine di un potere diffuso che si rinnova nel tempo²³.

La disciplina legale del potere amministrativo riproduce il dualismo assiologico che si è già riscontrato a livello costituzionale. La previsione dei poteri di autoannullamento e revoca dimostra che l'esigenza di mantenere il provvedimento sempre in accordo con l'interesse pubblico è un valore giuridicamente rilevante. Ma istituti come il silenzio-assenso²⁴ (ora previsto anche tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici²⁵) ovvero il termine per provvedere a pena di decadenza²⁶ (combinato a

²² Cfr. A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privata nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. del dattiloscritto.

²³ Cfr. B. SORDI, *op. cit.*, p. 364, il quale osserva che «nel sistema di Mayer il provvedimento è un baluardo dello stato di diritto e lo è proprio perché opera una definizione giuridica del rapporto tra amministrazione e cittadino: il rapporto di sudditanza si distilla nella forma di un comando giuridico. Questo compito di statuizione del diritto nel caso concreto lo assimila ai compiti di accertamento della sentenza giurisdizionale, mettendo implicitamente sul tappeto un profilo, se non di immutabilità, almeno di stabilità, di certezza e validità giuridica nel tempo».

²⁴ Art. 20, l. n. 241/1990.

²⁵ Art. 17-bis, l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 3, l. n. 124 del 2015.

²⁶ Secondo la giurisprudenza, i termini finali nel procedimento amministrativo hanno natura ordinatoria, nel senso che la loro scadenza non fa venir meno il potere di provvedere o rende invalido il provvedimento adottato in ritardo: *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 maggio 2014, n. 1155; Cons. stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3172; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 30 gennaio 2012, n. 136; Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2007, n. 3455.

Una parte della dottrina ha tuttavia assunto posizioni più rigorose, affermando la natura perentoria del termine e la conseguente nullità per carenza di potere del provvedimento tardivo (M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995) oppure la sua illegittimità (F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 575; con alcune rilevanti precisazioni S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (ed indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 404 ss.).

A prescindere da queste prospettazioni, vi sono alcuni casi, quelli cui si fa riferimento nel testo, in cui non vi sono dubbi sulla natura perentoria del termine per provvedere, in quanto è la legge a qualificarlo come tale oppure a pena di decadenza o perché la perentorietà si ricava facilmente in via interpretativa (v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 244 s.) Ad esempio, l'art. 16, co. 4, l. n. 287/1990 prevede che l'Agcm può vietare

volte con la previsione del silenzio assenso²⁷⁾ indicano che le ragioni del privato (o della semplificazione) comportano che in taluni casi l'amministrazione perde il potere di adottare (validamente) il provvedimento di primo grado o, comunque, di pronunciarsi in prima battuta per la cura dell'interesse pubblico di riferimento (nel caso della conferenza di servizi). E allora, se persino la cura dell'interesse pubblico con i poteri di primo grado può farsi recessiva, è difficile ritenere che abbia carattere assoluto l'esigenza che il provvedimento sia sempre in accordo con l'interesse pubblico. A escludere questa assolutezza, peraltro, è il principio di buona fede, che si manifesta nelle note forme della tutela del legittimo affidamento a fronte dei poteri di ritiro.

In definitiva, lo sguardo rivolto all'amministrazione come ad una entità isolata, una monade, tende ad assolutizzare l'esigenza del continuo adattamento delle decisioni rispetto all'interesse pubblico; mentre invece la considerazione dell'amministrazione all'interno di un contesto giuridico complessivo (si potrebbe dire: di un ordinamento generale) dimostra che i valori di riferimento sono intimamente conflittuali e che l'esigenza di stabilità ha dignità pari all'esigenza di aderenza all'interesse pubblico. Nella prospettiva giuridica, dunque, l'inesauribilità del potere non può essere assunta come un postulato, connesso alla logica stessa dell'amministrare per fini pubblici, ma va intesa come un carattere del potere la cui effettiva sussistenza è da porre al vaglio critico della riflessione scientifica.

4. La crisi dell'inesauribilità del potere nel nuovo assetto legislativo degli atti di riesame

Queste considerazioni sgombrano il campo da un pregiudizio di tipo sostanzialmente ideologico, particolarmente influente anche se spesso implicito, e

un'operazione di concentrazione tra imprese entro il termine perentorio di 45 giorni dalla comunicazione; l'art. 13, comma 6, d.p.r. n. 327/2001 stabilisce che, se il decreto di espropriazione non è adottato entro il termine indicato dalla dichiarazione di pubblica utilità, la dichiarazione sessa diviene inefficace con effetti caducanti su eventuali atti del procedimento emanati successivamente. Natura perentoria, da ricavarsi in via interpretativa, ha anche il termine entro il quale lo stato può esercitare la prelazione allorché un privato intenda vendere un bene culturale a un altro privato, termine di 60 giorni decorrente dalla denuncia dell'atto di trasferimento del bene tra privati (art. 61, d.lgs. n. 42/2004). Espressamente indicato come perentorio è anche il termine indicato dall'amministrazione precedente, comunque non superiore a 45 giorni, entro il quale le amministrazioni coinvolte devono rendere le proprie determinazioni relative alla decisione oggetto della conferenza di servizi semplificata (art. 14-bis, co. 2, lett c, l. n. 241/1990).

²⁷⁾ Ad esempio l'art. 14-bis, comma 4, n. 241/1990 stabilisce che il mancato rispetto del termine perentorio di cui al precedente co. 2, lett. c, equivale ad «assenso senza condizioni» se non vi sono disposizioni del diritto dell'unione europea che richiedono l'adozione di provvedimenti espressi.

costituiscono soltanto la base per verificare, in un'ottica più obiettiva, se l'immagine della inesauribilità del potere trova oggi riscontro nella realtà giuridica.

Occorre premettere che l'inesauribilità del potere amministrativo altro non è, in termini di teoria generale, che la conseguenza di un criterio di composizione delle antinomie, secondo cui *lex posterior derogat priori* (criterio cronologico). Ora, benché spesso la dottrina non ne traggia tutte le implicazioni, è opinione comunemente accettata dai teorici e dai giuristi che le questioni attinenti alla formazione delle norme e al loro mutamento trovano soluzione all'interno del sistema normativo stesso, attraverso previsioni apposite che presiedono alla produzione del diritto (dette norme secondarie, o norme sulla normazione, ovvero ancora metanorme)²⁸. Questo significa che anche il criterio cronologico non ha una validità assoluta (come tende a sostenere chi sostiene che, in assenza di norme che indicano criteri contrari, è questo che deve trovare applicazione, essendo espressione della dinamicità dell'ordinamento giuridico²⁹), ma è valido soltanto dove ancorato ad una norma di diritto positivo. Al diritto positivo occorre dunque rivolgersi per testare la validità dell'immagine del potere inesauribile.

È cosa ampiamente nota che i poteri di ritiro trovano un limite nel principio della tutela del legittimo affidamento. Esso costituisce un principio di diritto europeo³⁰, compare usualmente nell'argomentare della nostra giurisprudenza e costituisce la *ratio* della previsione secondo cui l'annullamento deve avvenire entro un termine ragionevole e tenuto conto dell'interesse dei terzi³¹, nonché dell'indennizzabilità del pregiudizio arrecato dalla revoca del provvedimento favorevole³². La tutela del legittimo affidamento comporta che il potere amministrativo si esaurisce (*rectius*, può esaurirsi) «in concreto»: quante volte la fiducia del cittadino sulla stabilità del provvedimento prevalga nella valutazione comparativa degli interessi sulla pretesa dell'amministrazione di rivedere la propria decisione.

²⁸ A titolo esemplificativo H. L. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, p. 88 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, 36 ss., che distingue norme di condotta e norme di struttura; R. GUASTINI, (*voce*) *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. disc. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 158.

²⁹ Ad esempio, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1934, rist. 1964, p. 66 s., secondo cui nella legge è implicita la condizione di valere fino a disposizione legislativa contraria, e dunque la legge può porre limiti per una legge futura soltanto se l'ordinamento ne prevede l'immodificabilità. All'opposto, per la tesi secondo cui il criterio *lex posterior derogat priori* è valido solo se ancorato ad una norma di diritto positivo, in assenza della quale l'immodificabilità è la regola, A. MERKL, *Il problema del giudicato*, cit., p. 337 s.

³⁰ Sul principio del legittimo affidamento nel diritto europeo, come limite all'esercizio dei poteri di ritiro, v. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., p. 256 ss.

³¹ Art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

³² Art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990.

Sono però gli interventi legislativi degli ultimi anni a segnare un cambio di passo, e a consentire di ragionare in termini di crisi dell'inesauribilità quale carattere intrinseco del potere³³. In estrema sintesi, l'attuale assetto dei poteri di ritiro prevede: a) che i provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici non possono essere revocati per rivalutazione dell'interesse pubblico originario³⁴ e non possono essere annullati³⁵ o sospesi oltre il diciottesimo mese dalla loro adozione³⁶; b) che la revoca di tutti i provvedimenti per «mutamento della situazione di fatto» è ammessa soltanto qualora tale mutamento non fosse prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento³⁷.

L'impatto di queste previsioni varia a seconda di cosa si intenda per «provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici». Considerato che il termine di diciotto mesi è previsto per fornire agli operatori economici maggiori garanzie sulla tenuta degli atti amministrativi, sembra ragionevole ritenere che i «provvedimenti autorizzativi» assistiti dal regime di stabilità rinforzata di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 non siano soltanto quelli che la legislazione interna o la giurisprudenza definisce come tali – peraltro sulla base di categorie oggetto di ampia discussione in dottrina (si tratterebbe grosso modo delle autorizzazioni discrezionali non sostituite dalla S.C.I.A.) –, bensì tutti i provvedimenti il cui rilascio è necessario per svolgere una attività economica, in sintonia con la nozione europea dell'autorizzazione, che comprende «le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato

³³ Sul nuovo assetto dei poteri di ritiro v. M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 634 ss.; F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in www.federalismi.it, n. 20/2015; 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, n. 17/2015; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, p. 5 ss.; M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in www.federalismi.it, n. 16/2016. Sulle modifiche introdotte nel 2014 ampie considerazioni critiche in G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 575 ss. Cfr. altresì gli scritti di F. FRANCARIO, A. CIOFFI, A. CARBONE, S. TUCCILLO e C. NAPOLITANO, raccolti in A. RALLO – A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp.135-136.

³⁴ Art. 21-*quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, co. 1, lettera b-ter), d. l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

³⁵ Art. 21-*nonies*, co. 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 6, co. 1, lettera d), l. 7 agosto 2015, n. 124.

³⁶ Art. 21-*quater*, comma 2, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 6, co. 1, lettera c), l. n. 124/2015.

³⁷ art. 21-*quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, co. 1, lett. b-ter), d. l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

con un organismo o di ottenere una tessera professionale»³⁸.

La categoria dei provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici è pertanto trasversale e comprende provvedimenti che la nostra tradizione giuridica usa invece distinguere: dalle autorizzazioni alle concessioni, dai contributi alle sovvenzioni, sino all'aggiudicazione (che, in questa ottica, è una autorizzazione perché rimuove un limite alla libertà di contrarre) e agli atti di costituzione del rapporto di impiego³⁹.

Se si accetta questa interpretazione, l'attuale assetto dei poteri di ritiro consente di affermare che, quando ha un contenuto favorevole per il suo destinatario, il provvedimento si stabilizza trascorsi diciotto mesi dalla sua adozione; da allora in avanti la decisione può essere messa in discussione soltanto dalle sopravvenienze, a condizione peraltro che queste fossero imprevedibili al momento in cui la decisione è stata assunta. Quando invece ha carattere limitativo della sfera giuridica del destinatario, il provvedimento non si stabilizza e può essere annullato o revocato secondo le regole ordinarie.

La spinta verso il cambio di paradigma è forte. Da una situazione in cui era immaginabile soltanto un esaurimento «in concreto» del potere, peraltro a seconda delle valutazioni compiute dall'amministrazione in relazione alla prevalenza da accordare degli interessi confliggenti, si passa ad un contesto nel quale il potere si esaurisce sulla base di una previsione legislativa (nel caso dell'annullamento, con il concorso del fatto costituito dal decorso del tempo) e, quindi, a prescindere dalle peculiarità della fatispecie concreta⁴⁰.

Il modo di tutela dell'affidamento non è più (soltanto) il principio di buona fede oggettiva, il quale presuppone la discrezionalità dell'amministrazione e la comparazione tra gli interessi, bensì (anche) la diretta delimitazione da parte della legge dei presupposti che legittimano la revoca (divieto di revocare i provvedimenti favorevoli per rivalutazione dell'interesse pubblico originario, divieto di revocare i provvedimenti in genere per mutamento della situazione di fatto prevedibile) e l'annullamento d'ufficio, sia sotto il profilo propriamente causale (divieto di annullare i provvedimenti affetti da vizio formale) sia sotto il profilo temporale (divieto di annullare i provvedimenti favorevoli oltre il diciottesimo

³⁸ Considerando 39, direttiva 2006/123/ce del 12 dicembre 2006 (direttiva servizi).

³⁹ Cfr., per una interpretazione estensiva della categoria, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99-124; sia consentito rinviare anche a M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 349 ss. *Contra*, per una interpretazione restrittiva della categoria dei «provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici» v. G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, cit., p. 588 s.

⁴⁰ Cfr. A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato*, cit., 9.

mese dall'adozione, esteso anche alla sospensione) ⁴¹.

La delimitazione dei poteri di ritiro sotto il profilo causale, unita alla previsione di un termine oltre il quale l'annullamento non può comunque essere disposto, comporta che la stabilità della decisione diventi un valore in sé, che nei limiti individuati dalla legge prevale sull'interesse al continuo adeguamento delle decisioni amministrative all'interesse pubblico. Da una situazione in cui era immaginabile soltanto un divieto in concreto di ritirare il provvedimento, rimesso peraltro a valutazioni dell'amministrazione, si passa ad un sistema nel quale vi sono ipotesi non secondarie in cui il potere di secondo grado non sussiste sulla base di una previsione legislativa e, quindi, a prescindere dalle peculiarità della fattispecie concreta⁴².

La logica di fondo non è più quella della buona fede oggettiva, che ancora la tutela dell'affidamento alla correttezza dell'azione amministrativa e quindi all'obbligo di prendere in considerazione l'interesse del privato all'interno dei procedimenti di riesame, bensì quella della certezza del diritto: il provvedimento consegue una stabilità propria, sulla base di una valutazione generale e astratta del legislatore che mette fuori gioco la discrezionalità amministrativa e quindi anche le regole di governo della stessa fondate sul canone della buona fede e correttezza.

Il risultato è che l'amministrazione non ha più una generale possibilità di ritirare i propri atti, salvi i limiti esterni posti dal principio di buona fede. Vi sono oggi ambiti in cui il provvedimento consegue stabilità a prescindere da ogni considerazione sulla qualità della fiducia riposta dal destinatario e sulla sua meritevolezza rispetto alle esigenze di cura dell'interesse pubblico. Si può allora fermare la conclusione provvisoria che l'inesauribilità non è un carattere generale del potere amministrativo in quanto non ricorre nei poteri di tipo ampliativo.

5. Decisione di secondo grado e superamento dell'inesauribilità del potere.

L'immagine dell'inesauribilità del potere è così offuscata, ma non smentita. Il richiamo ad essa sembra comunque appropriato a proposito del potere restrittivo e della revoca motivata da sopravvenienze imprevedibili; e anche il potere

⁴¹ In questo modo l'annullamento d'ufficio viene sottoposto ad una logica decadenziale analoga a quella dell'azione giurisdizionale, benché sembri eccessivo parlare di un «nuovo paradigma nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni» (Cons. stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto s.c.i.a.) in quanto i termini per impugnare il provvedimento sono esigui rispetto a quelli per disporne l'annullamento d'ufficio e dunque, anche sotto questo profilo, il rapporto resta squilibrato a favore dell'amministrazione.

⁴² Cfr. A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato*, cit., 9.

ampliativo – si potrebbe aggiungere – non si esaurisce con il proprio esercizio ma per il concorso di un fatto giuridico esterno (il decorso del tempo).

L'immagine dell'inesauribilità subirebbe una smentita radicale soltanto qualora si dimostrasse che, nei pur ristretti ambiti in cui è ammesso, l'atto di ritiro costituisce esercizio di poteri autonomi rispetto al potere di provvedere. Solo in un quadro concettuale di questo tipo si potrebbe sostenere che il potere di provvedere si esaurisce all'atto del suo esercizio, spiegando al contempo la possibilità (comunque eccezionale) di mettere in discussione la decisione.

La questione fondamentale sta nell'intendersi sulle condizioni per affermare che un potere amministrativo è «diverso» e «autonomo» da un altro.

La dottrina solitamente fa riferimento alla norma attributiva del potere, quella che – si dice – ne costituisce il «fondamento»: e riconosce l'autonomia di un potere da un altro se è una diversa norma ad attribuirlo all'amministrazione. Questo modo di ragionare, che è il portato di una gloriosa tradizione, non consente di argomentare in modo pienamente convincente l'autonomia dei poteri di ritiro dal potere di primo grado.

Non a torto infatti si può obiettare che gli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990 disciplinano rispettivamente i poteri di revoca e annullamento, ma non li attribuiscono, tant'è vero che la amministrazione ne era titolare anche prima della loro entrata in vigore⁴³; per cui, considerato che le ipotesi in cui il ritiro è ammesso sono certamente più numerose di quelle in cui vi è una norma a consentirlo espressamente, il fondamento del relativo potere deve risiedere necessariamente nella norma attributiva del potere di primo grado. La giurisprudenza sul *contrarius actus* suona come una conferma di questa obiezione⁴⁴.

Si aprono invece diverse prospettive ricostruttive se si ritiene, come appare preferibile, che nel rapporto tra norma e potere non si danno due momenti staccati, quello dell'attribuzione (o della fondazione) e quello della disciplina; ma un momento solo: quello della disciplina legale del potere, che riguarda i profili soggettivi e quelli oggettivi della validità degli atti con i quali esso viene esercitato. Secondo questa tesi, il fondamento del potere amministrativo, come di ogni potere giuridico, dipende dalla sua legittimazione sociale; per cui il potere in sé, che è tale in quanto legittimato, va distinto dal potere legale, che è quello esercitato

⁴³ Cfr. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 104 s., il quale osserva, con riferimento alla revoca, che l'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990 non può essere considerato quale norma attributiva del relativo potere in quanto non indica, né direttamente né indirettamente, l'interesse pubblico da perseguire; si trattrebbe piuttosto di una norma regolatrice del potere, che ne individua i presupposti di legittimità e il procedimento.

⁴⁴ Ad. es. Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n.1036.

tramite atti validi⁴⁵.

Ragionando in questi termini, la c.d. norma attributiva non ha una capacità connotativa maggiore o diversa dalle altre, per cui guardare ad essa non è sufficiente per distinguere un potere amministrativo da un altro; bisogna piuttosto prendere in considerazione la disciplina complessiva del potere e i suoi effetti precettivi. In sintesi, un potere è diverso da un altro perché, ad un esame complessivo, è disciplinato diversamente: è sottoposto a regole di validità diverse e dà luogo a effetti precettivi di contenuto diverso.

Se si segue questa impostazione, gli argomenti per sostenere l'autonomia del potere di ritiro dal potere di provvedere sono molti e convincenti.

In primo luogo, il potere di ritiro dà luogo a una decisione – la decisione di secondo grado – che produce effetti che non trovano corrispondenza nei poteri amministrativi ordinari, consistenti nella rimozione del provvedimento di primo grado o dei suoi effetti. Per quanto possa apparire banale, questa osservazione è sufficiente a dimostrare l'autonomia del potere di secondo grado perché i poteri amministrativi si definiscono e si distinguono innanzitutto sulla base degli effetti tipici che sono abilitati a produrre validamente.

In secondo luogo, la decisione di secondo grado è soggetta a regole di validità specifiche, che non trovano applicazione in relazione ad alcun potere di primo grado. Innanzitutto, l'annullamento d'ufficio e la revoca hanno, come loro presupposto di validità, l'invalidità del provvedimento precedente (questo vale per l'annullamento d'ufficio e, probabilmente, anche per la revoca *jus poenitendi*), ovvero la sua inopportunità sopravvenuta. Inoltre, la revoca per sopravvenienza richiede una valutazione dell'amministrazione circa la non prevedibilità del fatto sopravvenuto al momento dell'adozione del provvedimento: una sorta di prognosi postuma che è strutturalmente estranea ai poteri amministrativi di primo grado. Infine, sia la revoca che l'annullamento sono sottoposti a una regola di validità che non riguarda gli atti di primo grado, costituita dall'obbligo di rispettare il legittimo affidamento dei terzi (che, nel caso della revoca, si ricava dall'obbligo di tenere indenni i controinteressati del pregiudizio subito; e che, nel caso dell'annullamento, è resa esplicita dall'obbligo di tenere conto degli interessi dei controinteressati e dalla necessità di procedere «entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»).

Il diverso regime comporta una differente logica del ragionamento giuri-

⁴⁵ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., pp. 291-293.

dico svolto dall'amministrazione che adotta la decisione, differenza che costituisce – se non altro sul piano descrittivo – un argomento ulteriore per l'autonomia dei poteri di ritiro.

La decisione - dicono i sociologi e gli scienziati della politica – è soluzione di un problema costituito dallo scarto tra una situazione reale e una situazione ideale preferibile⁴⁶. Nella decisione giuridica – si può aggiungere – il problema è rilevante soltanto se la preferibilità della situazione ideale rispetto a quella reale è affermata alla stregua di valori giuridici oggettivi⁴⁷.

Ora, ordinariamente il problema su cui il decisore si interroga è quello della preferibilità di un assetto ideale, da egli decidibile, rispetto a un assetto storicamente dato, di cui egli non è responsabile. Se questo schema rappresenta abbastanza fedelmente la logica della decisione amministrativa di primo grado⁴⁸, il regime del provvedimento di ritiro indica che l'amministrazione, quando decide in secondo grado, non può assumere la situazione reale come una situazione storicamente data (benché tale sia, da un punto di vista fenomenologico), bensì deve prenderla in considerazione come una situazione da essa stessa decisa, di cui deve farsi carico nella valutazione della rilevanza del problema.

La differenza nella logica del ragionamento giuridico si coglie dunque sin dal momento della posizione e della tematizzazione del problema amministrativo, problema che non si costruisce sul confronto tra una situazione data e una decidibile ma tra una situazione decisa e una decidibile, e si proietta da questo sul momento dispositivo della decisione. L'autonomia del processo decisionale

⁴⁶ Cfr. A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 354, il quale a sua volta richiama G. SJÖBLOM, *Problemi e soluzioni in politica*, in *Riv. it. scienz. pol.*, 1984, p. 44, che definisce il problema come «una discrepanza fra ciò che è e ciò che si desidera».

Osserva F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in Id., *Scritti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2002, 263, che «il problema non è suscettibile di una semplice rilevazione oggettiva, ma è già in sé stesso il risultato d'indagine, e si presenta in termini diversi secondo il modo in cui il soggetto osserva, seleziona e poi collega i vari fatti da lui considerati, almeno in termini ipotetici, come significativi in una certa situazione». L'A. si richiama a J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, Einaudi, 1974, p. 131 ss.

⁴⁷ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 158 ss. Si v. in termini generali A. LA SPINA, *op. cit.*, p. 406, il quale coglie la necessità che la «discrepanza fra i due stati del mondo, venga sottolineata tramite il riferimento a valori o a una ideologia, o a vantaggi (anche indiretti) che deriverebbero dal nuovo stato del mondo».

⁴⁸ Per questa prospettiva soprattutto F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 242, 248, che concepisce la funzione come «processo formativo di una decisione» e definisce il provvedimento come «un fatto (generalmente, una dichiarazione) che rende manifesto un altro fatto logicamente anteriore, cioè la decisione relativa ad un problema definito, in guisa da rendere possibile (...) la comprensione di quanto si è deciso e quindi dell'assetto d'interessi che si è voluto stabilire»; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, p. 81 ss.

di secondo grado rispetto a quello di primo mette in chiaro che la decisione di ritirare il provvedimento non è il contrario della decisione di adottarlo, bensì il contrario della decisione di non ritirarlo.

Escluderei infine che l'unitarietà del potere possa essere recuperata in chiave funzionale, sostenendo che la decisione di secondo grado mira alla cura dello stesso interesse pubblico della decisione di primo grado⁴⁹. Questo è un equivoco in cui si rischia di cadere se non si fa buon governo della tesi che qualifica l'atto di ritiro come espressione di amministrazione attiva o autarchia⁵⁰. In realtà, anche se si accede a questa tesi, occorre precisare che la funzione della decisione amministrativa non si commisura all'interesse pubblico astratto bensì all'interesse pubblico concreto, ossia «un interesse che, sia pure entro i limiti del tipo risultante dalla legge, l'amministrazione stessa pone come esigenza storica reale, modellandolo sull'impronta di una situazione di fatto correttamente individuata»⁵¹: e se lo «scopo» del provvedere cambia di decisione in decisione, a seconda del problema, l'elemento funzionale in nessun caso può costituire un riferimento utile per differenziare poteri o affermarne la identità.

Ciò detto, anche ove si volesse ragionare sul piano dell'interesse pubblico astratto, occorrerebbe riconoscere che i poteri amministrativi ordinari sono conferiti all'amministrazione per la cura di interessi pubblici di settore, che si qualificano in relazione agli ambiti materiali di riferimento, mentre l'attribuzione del potere di secondo grado non corrisponde ad un interesse pubblico di settore ma ha carattere trasversale. Questa neutralità in astratto indubbiamente subisce una

⁴⁹ In questo senso, con riferimento alla revoca, G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., p. 104 ss.

⁵⁰ Rilevando che «quando annulla o revoca un proprio atto l'autorità amministrativa non tutela se stessa né si fa giustizia da sé. Tutela, o dovrebbe tutelare, l'interesse pubblico: così come era tenuta a curarla, l'interesse pubblico, quando a suo tempo adottò l'atto che oggi intende togliere di mezzo o modificare» (G. CORSO, *Manuale*, cit., 308), non si vuol dire necessariamente che i poteri di ritiro perseguono lo stesso interesse dei poteri di primo grado, ma che entrambi sono funzionali alla cura di un interesse pubblico concreto e non un interesse proprio dell'amministrazione.

Ovviamente, la riconduzione dei poteri di ritiro alla autotutela esclude in radice una assimilazione funzionale dell'atto di ritiro a quello di primo grado, essendo quest'ultimo espressione di autarchia. si veda in proposito F. BENVENUTI, *op. cit.*, par. 6, dove si legge che, con l'esercizio del potere di autotutela «non si tende né alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato né alla soddisfazione di quegli interessi che il legislatore ha ritenuto degni di tutela attraverso la disciplina di una materia».

⁵¹ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 185. Cfr. E. CANNADA BARTOLI, (*voce*) *Interesse (dir amm.)* in Enc. dir., XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 6; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, cit., p. 745 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 127 ss. 132.

compressione in concreto, nel senso che l'interesse pubblico di settore, individuato dalla legge, rientra nelle valutazioni sia di primo che di secondo grado; ma ciò non mette in discussione la diversità dei poteri perché l'interesse pubblico in questione non costituisce lo scopo concreto della decisione ma soltanto uno degli interessi presi in considerazione dalla scelta discrezionale; un interesse, peraltro, che nella decisione di primo grado ha maggiori *chances* di prevalere sugli altri di quanto non ne abbia nella decisione di secondo grado.

Si potrebbero indicare altri elementi a favore della tesi dell'autonomia del potere di ritiro da quello di primo grado, osservando ad esempio che la decisione di secondo grado è a iniziativa officiosa, come dimostra l'assenza dell'obbligo di provvedere⁵², ma può ricadere su provvedimenti che sono rilasciati ad istanza di parte; oppure che la decisione di secondo grado, se non altro perché occorre prendere in considerazione l'interesse del destinatario del provvedimento, è quasi sempre espressione di potere discrezionale, salvo i casi limitatissimi in cui è previsto l'annullamento doveroso⁵³, mentre la decisione di primo grado su cui

⁵² Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2014, n. 12; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2774; Cons. Stato, sez. vi, 11 febbraio 2013, n. 767.

⁵³ Notoriamente Corte cost. 22 marzo 2000, n. 75, in *Giur. cost.*, 2000, p. 821, con commento di F.G. SCOCA, *Una ipotesi di autotutela amministrativa impropria*, ha affermato che il carattere discrezionale del potere di annullamento dell'amministrazione non gode di una copertura specifica nella carta. Anche sulla base di questa pronuncia, la teoria dell'annullamento doveroso ha conosciuto una certa fortuna negli ultimi anni sia in relazione agli atti illegittimi che comportano un esborso economico sia in relazione agli atti in contrasto con il diritto comunitario. A chi scrive, tuttavia, sembra che la doverosità dell'annullamento rappresenti comunque l'eccezione alla regola.

Da tempo invero una parte della giurisprudenza amministrativa afferma che l'interesse pubblico all'annullamento degli atti illegittimi che comportano un esborso economico è *in re ipsa* (Cons. Stato, Ad. plen. 7 marzo 1962, n. 2, in *Foro amm.*, 1962, I, p. 661 ss., con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Buone prospettive in tema di annullamento d'ufficio e ripetizione d'indebito da parte della pubblica amministrazione*). Progressivamente questa posizione – in origine espressa dalla giurisprudenza in relazione a controversie di carattere prevalentemente patrimoniale (ad es., profili retributivi connessi all'inquadramento del personale, crediti dell'amministrazione nei confronti dei dipendenti) nelle quali il profilo dell'annullamento tende a confondersi con quello, concettualmente diverso, della ripetizione dell'indebito (oltre alla citata Cons. Stato., Ad. plen. n. 2/1962, v. anche Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2013, n. 2022; Cons. Stato, sez. III, n. 5481/2012; Cons. Stato, sez. VI, n. 1550/2009; Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2014, n. 2902) – ha trovato maggiore spazio ed è stata affermata in controversie relative al ritiro di atti concessori che comportano una spesa (Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1999, n. 244; Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2007, n. 6188; Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4106; Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2007, n. 6188; Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2012 n. 3176) o di approvazione di convenzioni a carattere oneroso (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2009, n. 2510). La generalizzazione della doverosità dell'annullamento degli atti di spesa illegittimi è stata talora ravvisata nell'art. 1, co.136, l. n. 311/2004, il quale prevede che «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può essere sempre disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso», ma la giurisprudenza non ha condiviso questa interpretazione affermando che il termine «può» avrebbe il

essa ricade può essere espressione di potere discrezionale oppure vincolato.

Si confida tuttavia che le osservazioni svolte siano sufficienti a dimostrare che per ritirare i propri atti, l'amministrazione, nei limiti in cui questa facoltà le è riconosciuta, deve servirsi di poteri autonomi, poteri dotati di uno statuto giuridico diverso da quello dei poteri di primo grado su cui ricade la decisione di secondo grado.

7. Cenni conclusivi

La conclusione è che l'amministrazione in senso oggettivo non è, per usare una immagine, un'attività di flusso continuo come la legislazione, laddove il cri-

significato di consentire, e non di imporre, all'amministrazione l'annullamento d'ufficio «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari» (Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2009, n. 5621, *contra F. GOISIS, L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 450). oggi la prospettiva della generalizzazione della doverosità dell'annullamento sembra definitivamente smentita dall'art. 6, co. 2, l. n. 124/2015, il quale ha abrogato l'art. 1, co. 136, l. n. 311/2004.

Quanto agli atti in violazione del diritto europeo, una parte della dottrina individua nell'annullamento doveroso il rimedio per il ripristino della legalità violata (con varie argomentazioni: ad es. F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 442, secondo cui il principio della doverosità dell'annullamento dei provvedimenti «costosi» comporta l'obbligo di rimuovere provvedimenti che espongono lo stato a procedure di infrazione; mentre G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropoeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 643 ss., prospetta l'annullamento doveroso come soluzione in grado di compensare il presunto *deficit* di effettività del diritto europeo derivante dal regime della nullabilità e dai termini decadenziali di impugnazione). Questa soluzione, al momento, non trova l'avvallo della giurisprudenza europea, la quale afferma che una amministrazione pubblica non è obbligata a rimuovere un proprio provvedimento definitivo quando una successiva sentenza della stessa corte abbia palesato l'erroneità della interpretazione di una norma comunitaria sulla base della quale era stato emanato (Corte giust. 13 gennaio 2004, c-453/00, *Khune*; Corte giust., 12 febbraio 2008, c-2/06, *Kempter*), né della giurisprudenza amministrativa, la quale si attesta sulla tesi della equiparazione del regime del provvedimento amministrativo in violazione del diritto europeo al regime del provvedimento in violazione del diritto interno (Cfr. Cons. Stato., sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1414; Cons. Stato., sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urb. app.*, 2006, p. 695 ss.; Cons. Stato., sez. IV, 20 maggio 2005, n. 2566 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 1563; Cons. Stato., sez. VI, 16 febbraio 2005, n. 516, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 797).

In dottrina sulle ipotesi di annullamento doveroso cfr. E. CANNADA BARTOLI, (*voce*) *Nullabilità e annullamento* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958; R. CHEPPA, (*voce*) *Provvedimenti di secondo grado* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Ann., II-2, Milano, Giuffrè, 2008; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1251; N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2008, p. 311 ss.; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 375; P. ROSSI, *Il riesame degli atti di accertamento. Contributo allo studio del potere di annullamento d'ufficio a favore del contribuente*, Milano, Giuffrè, 2008, 55; G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 316 ss.; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 77 ss.

terio cronologico trova un fondamento di diritto positivo nell'abrogazione implicita. La decisione vincola lo stesso organo che la adotta. Esso può rimuoverla soltanto con poteri speciali, di cui è sempre più raramente titolare. L'inesauribilità del potere, se prima era apparsa una immagine offuscata, ora si dimostra smentita dal cambiamento di paradigma indotto dal diritto positivo.

H.A. Simon nel libro sul comportamento amministrativo osserva che «una persona che ha occupato sette anni della sua vita per diventare dottore, e poi altri dieci ad esercitare la professione medica, generalmente non deve impiegare dell'altro tempo per decidere se continuare ad essere un medico, o no [...] Similmente, un'impresa che produce scarpe non ha bisogno di riconsiderare ogni giorno (anche se vi possa essere la necessità di farlo di quando in quando) se gli converrebbe operare invece nel campo dell'industria automobilistica. Ciò restringe notevolmente le alternative che devono esser considerate dall'individuo ad ogni momento, e costituisce certamente una condizione necessaria, anche se non sufficiente, della razionalità»⁵⁴.

Le scelte dei privati tendono alla stabilità perché rivederle rappresenta un costo per l'autore; e la stabilità favorisce la razionalità delle scelte successive perché restringe il numero delle alternative da prendere in considerazione. La scelta dell'amministrazione tende invece all'instabilità perché i costi della revisione vengono riversati sul cittadino o sulla collettività; e ciò innesca una spirale di irrazionalità nella successiva attività dell'amministrazione perché produce il proliferarsi delle alternative o comunque non ne consente la limitazione. Per questa ragione il cambio di paradigma – nel senso che l'esaurimento del potere costituisce la regola e la possibilità di modificare il rapporto l'eccezione – rappresenta un passo in avanti non soltanto nell'ottica della tutela del privato ma anche in quella della razionalità complessiva del comportamento amministrativo.

⁵⁴ H.A. SIMON, *Administrative behaviour*, trad. it., *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1958, p. 125.

GIULIA MANNUCCI

Ricercatore in diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze giuridiche di Firenze

giulia.mannucci@unifi.it

**LA NECESSARIA DIMENSIONE NORMATIVA
DEI DIRITTI DEI TERZI**

**THE NECESSARY NORMATIVE DIMENSION
OF THIRD-PARTIES'S RIGHTS**

SINTESI

Il tema della tutela dei terzi nel diritto amministrativo tocca questioni di carattere generale: la consistenza delle posizioni soggettive nei confronti della amministrazione, la configurabilità di relazioni multipolari, l'oggetto del processo e, più in generale, la “funzione” che si assegna al diritto amministrativo. Secondo un punto di vista diffuso, la tutela dei terzi continuerebbe tuttora a marcare la distanza tra il diritto amministrativo e il diritto comune: mentre il contratto ha efficacia solo tra le parti, l'azione pubblica tocca inevitabilmente un numero maggiore di soggetti (i terzi, appunto), che meritano di essere garantiti. Nel perseguire tale scopo garantista, tuttavia, non di rado si prescinde da una rigorosa indagine sulla effettiva consistenza della posizione tutelata e il terzo finisce per essere protetto (non in quanto titolare di una posizione autonoma, ma) come titolare di una frazione indifferenziata dell'interesse pubblico. In questo modo si moltiplicano le occasioni di controllo sul potere, ma inevitabilmente si rinuncia a tracciare una netta linea di distinzione tra interessi semplici e interessi giuridicamente rilevanti, introducendosi un vistoso elemento di contraddizione nel nostro sistema di tutela soggettiva. Il tentativo compiuto in queste pagine è quello di ri-scattare la posizione dei terzi dal limbo giuridico nel quale è stata tradizionalmente relegata. Si sosterrà, in particolare, che lo strumentario concettuale fornito dalla teoria generale delle situazioni soggettive consente di tracciare una netta distinzione tra due categorie di soggetti diversi dal destinatario: da un lato, i titolari di situazioni giuridiche (interessi qualificati e differenziati); dall'altra, i titolari di interessi semplici o di mero fatto. I primi vanno considerati come “terze parti” di un rapporto multipolare (accanto ad amministrazione e destinatario) e, in quanto tali, devono essere pienamente garantiti. I secondi, viceversa, non si distinguono dal “chiunque”, essendo portatori, al pari di ogni altro consociato, di un generico interesse alla legalità, in quanto tale non azionabile.

ABSTRACT

The protection of third parties vis-à-vis administrative action interferes with relevant general issues: the nature of administrative legal positions, the emergence of a new paradigm of administrative multipolar relations, the object of judicial review, as well as the purpose and the function of administrative law. It is commonplace that the protection of third parties identifies a major difference between administrative and law: while a private contract is only effective between the parties (the contractors), the administrative action inevitably affects a larger number of subjects (the addressee and the other ‘third’ subjects) that need to be protected. For this purpose, Italian Courts often overlook the legal consistency of third parties’ interests. They tend to protect as third parties not only those who have an autonomous legal position, but also those whose interest merely constitutes an ‘undifferentiated fraction’ of the public interest. Such a generous approach to the standing of third subjects vis-à-vis public authorities multiplies the opportunities of judicial control, at the expenses of a clear distinction between simple interests (not protected by the law) and the legally relevant interests (i.e. rights). This results in a patent contradiction with the current dominant paradigm of the administrative process, which is now firmly based on a subjective (rather than objective) conception of the interests to be protected.

The aim of this article is to rescue the administrative category of third subjects from the mentioned legal limbo. The main claim is that, by resorting to the criteria of ‘qualification’ and ‘differentiation’ developed by the general legal theorization of individual rights, it is possible to draw a clear dividing line between third subjects holding a legal (i.e. qualified and differentiated) position and third subject that, by contrast, hold simple interests (not protected, as such, by the law). The former should be considered as the third parties of a multipolar relationship (alongside the public administration and the direct addressee of the administrative action), and should be granted full legal protection. The latter, by contrast, are third subjects which are not differentiated from the ordinary citizens (“anyone”), and, hence, their generic interest to legality should not be protected as such; in other words, they should not have standing in the administrative process.

PAROLE CHIAVE: Terzi – Tutela giurisdizionale — Legittimazione a ricorrere – Diritti

KEYWORDS: Third Parties – Standing – Judicial Review – Rights

INDICE: 1. Premessa. I “diritti” dei terzi e il rapporto amministrativo – 2. La centralità del provvedimento nella tradizionale ricostruzione della figura dei terzi – 3. La oggettivizzazione della posizione del terzo – 4. Quale qualificazione e quale differenziazione per la posizione dei terzi? – 5. Dalla legalità ai diritti: la riscoperta della qualificazione e della differenziazione. – 6. Le terzi parti di un rapporto – 7. I tanti (indistinti) “chiunque” – 8. Due possibili obiezioni

1. Premessa. I “diritti” dei terzi e il rapporto amministrativo

La tutela dei terzi pone al diritto amministrativo una questione complessa: come preservare l’esigenza di garanzia soggettiva emergente dalla Costituzione¹ e dai più recenti sviluppi normativi² con la naturale propensione del potere pubblico a produrre effetti su un numero indeterminato di soggetti³.

La risposta offerta a tale quesito è condizionata dalla centralità tuttora attribuita alla dialettica bipolare, sintetizzata dal provvedimento, nella dinamica dei rapporti tra amministrazione e privati. Mentre la posizione del destinatario ha progressivamente guadagnato autonomia rispetto al potere pubblico⁴, consentendogli di diventare un antagonista sostanzialmente paritario dell’amministrazione⁵, la posizione del terzo continua a essere intrappolata nelle più risalenti concezioni dell’interesse legittimo, che il singolo «non ha alcun modo di soddisfare se non facendo valere una pretesa che si collega all’interesse generale o

¹ Sulla funzione soggettiva della giurisdizione amministrativa, come definita dalla Costituzione, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 46, che rintraccia «il valore essenziale della Costituzione (art. 24)», proprio nella tutela delle posizioni individuali e A. POLICE, *Commento all’art. 24 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione della Repubblica italiana*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, Utet, 2006, p. 501, il quale riconosce che «il costituente ha concepito la giurisdizione quale strumento di tutela del complesso delle posizioni individuali previste e tutelate dall’ordinamento». Sul punto v. anche S. PIRAINO, *L’azione nel processo amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 139.

² Sulla pienezza di tutela garantita dall’attuale sistema delle azioni nel processo amministrativo, v. A. PAJNO, *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, pp. 885 ss.; M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010.

³ Il problema della multipolarità del diritto amministrativo è stato affrontato da più angolazioni: sulle diverse accezioni di multipolarità si vedano S. CASSESE, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in ID., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 134 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 45 ss.; M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 3 ss. spec. pp. 116 ss.

⁴ Le principali tappe evolutive della riflessione sull’interesse legittimo sono ricostruite da B. SORDI, (voce) *Interesse legittimo*, in *Enc. dir.*, Ann., II, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 709 ss.; L. FERRARA, (voce) *Situazioni soggettive nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubb.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 5579 ss.; F.G. SCOCA, *Attualità dell’interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 379 ss.; ID., *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 5 ss.

⁵ Come osservano L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 342, soltanto «in tempi recentissimi, la lunga marcia dell’interesse legittimo, avviatisi all’indomani della Costituzione del 1948, verso la conquista di una precisa natura sostanziale [...] è sembrata in grado di raggiungere traguardi effettivamente significativi».

collettivo, a garanzia del quale è posta la norma che disciplina l'esercizio dell'attività amministrativa⁶. Ne deriva un insoddisfacente inquadramento della categoria dei terzi: mentre la posizione del destinatario è sempre più vicina al paradigma dei diritti⁷, la posizione del terzo segue a essere attratta nella sfera dell'interesse pubblico, dove i diritti sistematicamente si appiattiscono sulla legalità.

La tradizionale ricostruzione dei terzi poggia su un paradosso liberal-garantista⁸: la necessità di imbrigliare il potere pubblico nelle maglie della legalità ha portato a moltiplicare le occasioni di controllo su quello stesso potere⁹, travolendo ogni esigenza di verifica circa la consistenza delle posizioni individuali legittimate ad azionare quel controllo¹⁰. È per questo che la posizione dei terzi è rimasta prigioniera di un limbo giuridico, a metà strada tra rilevanza e irrilevanza: rilevante, se toccata dall'attività amministrativa e utile ad attivare il sindacato del giudice sulla legittimità di quell'attività; irrilevante, invece, nella sua dimensione individuale, perché l'eventuale titolarità di un diritto non conta, essendo ritenuta sufficiente l'imputazione al terzo di una frazione dell'interesse pubblico.

Il confinamento del terzo in quella zona grigia del diritto è tuttora la cifra che marca in modo più netto la specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto civile¹¹ e che tiene viva la sua originaria missione di limite al pubblico potere e di riconduzione dello stesso entro gli argini della legalità.

Oggi, i rapporti tra amministrazione e amministratori si configurano sempre più spesso secondo un modello multipolare (si pensi all'emergere della funzione regolatoria, che colloca le amministrazioni in funzione arbitrale rispetto a imprese concorrenti e consumatori). Tuttavia, il superamento della dialettica bipolare autorità-libertà non ha portato con sé un adeguamento del paradigma teorico necessario per spiegare la più ricca trama di relazioni nella quale il diritto amministrativo tende a muoversi, così determinandosi una *empasse* nella teoria delle situazioni soggettive.

⁶ S. PIRAINO, *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 209.

⁷ Sull'evoluzione del processo amministrativo e sullo spostamento del suo oggetto dall'atto al rapporto, per tutti, A. TRAVI *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 41 ss.

⁸ In proposito, F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 497.

⁹ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 362.

¹⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 477.

¹¹ P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm./Tar*, 2005, p. 2673.

Nelle pagine che seguono, si tenterà, sulla scorta di una riflessione più ampia condotta altrove¹², di indicare una strada per superare questo *empasse*. Nella prima parte si volgerà l'attenzione alla ricostruzione della figura dei terzi tradizionalmente prevalente: si proverà, in particolare, a chiarire le ragioni che hanno impedito l'emersione in via autonoma della posizione dei terzi nel diritto amministrativo (§§ 2-3) e di indicare le ricadute che ne derivano (§ 4). Nella seconda parte, accertata la necessità di una rifondazione teorica della figura del terzo, si tenterà di individuare, con l'ausilio della teoria generale delle posizioni soggettive, lo strumentario concettuale indispensabile per comprendere quando un terzo possa considerarsi titolare di una posizione giuridica autonoma, cioè di una posizione qualificata, ossia corrispondente a un valore protetto dall'ordinamento, e differenziata, ossia distinta dall'interesse alla corretta cura del fine pubblico che fa capo a ogni consociato (§ 5). Solo a tali condizioni, il terzo può considerarsi la terza parte di un rapporto multipolare, di cui fanno parte anche l'amministrazione e il destinatario (§ 6); al contrario, in assenza dei richiamati requisiti della qualificazione e della differenziazione, il terzo non può vantare una posizione soggettiva distinta da quella del “chiunque” (§ 7).

2. La centralità del provvedimento nella tradizionale ricostruzione della figura dei terzi

Nel diritto civile, il terzo è inteso come un ‘estraneo’, ossia come un soggetto i cui interessi non vengono regolati dall'accordo delle parti e che quindi non può subire gli effetti di quello stesso accordo¹³: è una norma di legge che, attribuendo un diritto al terzo (es. il diritto di proprietà), ne definisce la posizione soggettiva al contempo limitando il potere delle parti negoziali di incidere su quella posizione (i contraenti non possono, per es., vendere un bene di cui è proprietario un terzo).

E’ sempre la legge, poi, che determina le ipotesi eccezionali in cui, pur essendo estranei al contratto, i terzi ne subiscono comunque gli effetti. È quanto succede, per es., nel contratto a favore di terzi, dove il beneficiario degli effetti dell'accordo è il terzo¹⁴; o nella ipotesi, più recente e dibattuta, del contratto con

¹² Sia consentito il rinvio a G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Sant’Arcangelo di Romagna, Maggioli, 2016.

¹³ F. MESSINEO, (*voce*) *Contratto nei rapporti col terzo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, Giuffrè, 1962, p. 196; A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, Utet, 1917, pp. 5 ss.

¹⁴ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1965, p. 249; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzo*, Milano, Giuffrè, 1970.

effetti protettivi verso terzi, in cui vengono fatti gravare sul debitore obblighi di protezione verso soggetti diversi dal creditore principale, ma a quello legati da un rapporto giuridicamente rilevante (es. da un rapporto di lavoro o di coniugio)¹⁵. In entrambe le ipotesi, la dimensione giuridica della posizione del terzo è delineata dalla norma: nel contratto a favore di terzo, è la legge che legittima i contraenti a scegliere il terzo beneficiario (così differenziandolo dalla generalità dei terzi), mentre nel contratto con effetti protettivi per i terzi è la sussistenza di un legame giuridico col creditore che rende visibili i terzi “protetti”, differenziandoli dai “chiunque”. Il terzo cessa, cioè, di essere estraneo all'accordo tra le parti nel momento in cui la sua posizione si emancipa (si differenzia) da quella della generalità degli amministrati, sulla base di uno schema disciplinato da una disposizione legislativa (l'art. 1411 c.c., nel primo caso; l'art. 2043 o l'art. 1218 del c.c., nel secondo); quando ciò avviene, il terzo diventa un altro destinatario degli effetti giuridici prodotti dall'accordo e, in quanto tale, pienamente garantito¹⁶.

Il terzo nel diritto amministrativo ha, invece, una storia differente, che lo rende difficilmente inquadrabile nei confini definitori del diritto civile.

Quello che, a prima vista, differenzia il terzo civilistico dal terzo nel diritto amministrativo è che mentre il primo, come detto, deve la sua esistenza alla norma, la rilevanza della posizione del secondo è essenzialmente correlata al provvedimento¹⁷.

Nella tradizione del diritto amministrativo è, infatti, considerato terzo colui che «potrebbe non aver diritto a un certo comportamento della amministrazione, ma avere interesse alla legittimità dell'atto intesa come interesse alla cura corretta della amministrazione»¹⁸, con la conseguenza che l'esistenza stessa del

¹⁵ Con riferimento a queste fattispecie il dibattito è in larga misura collegato alla natura (contrattuale o extracontrattuale) della responsabilità: in proposito, A. DI MAJO, *La protezione contrattuale del terzo*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparativa*. Roma 13-16 settembre 1999, a cura di L. Vacca, Torino, Giappichelli, 2001, pp.16 e 119; C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, I, pp. 148 ss.; G. ALPA, A. FUSARO, *L'esperienza italiana*, in *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*, a cura di G. Alpa, A. Fusaro, A. Dassio, A. Somma, F. Toriello, Milano, Giuffrè, 2000, p. 18.

¹⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, cit., p. 269.

¹⁷ Come osservano R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 5, soltanto la qualificazione provvidenziale degli atti emanati dalla amministrazione consente di sottoporli al «controllo giurisdizionale pubblicistico», così soddisfacendosi anche le esigenze di garanzia dei terzi.

¹⁸ F. MERLONI, *Funzioni amministrative e sindacato giurisdizionale. Una rilettura della Costituzione*, cit., p. 497; ma v. anche A. PIOGGIA, *Il giudice e la funzione. Il sindacato del giudice ordinario sul potere privato dell'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 227.

terzo dipenderebbe dalla esistenza del provvedimento¹⁹.

Questa definizione esprime la difficoltà di spiegare l'intera trama dei rapporti amministrativi alla luce della perdurante centralità del provvedimento, normalmente calibrato su uno schema bipolare (amministrazione-destinatario). L'affermazione del provvedimento quale sintesi del rapporto tra autorità e libertà ha, infatti, determinato una decisiva divaricazione tra la posizione del destinatario dell'atto e quella del terzo: mentre l'interesse del primo ha iniziato a essere percepito come autonomo²⁰ e contrapposto al potere pubblico²¹, l'interesse del terzo, collocandosi *fuori* dal paradigma bipolare, ha seguitato a essere ricondotto allo schema dell'interesse occasionalmente protetto, privo di una reale autonomia²², perché essenzialmente riflesso dell'interesse pubblico.

Si è così delineata una figura di terzo sospesa tra rilevanza e irrilevanza giuridica, essendo considerati "terzi" tutti quei soggetti che, pur non essendo direttamente e immediatamente toccati dalla azione amministrativa, ne sono in qualche modo interessati²³. Il terzo sarebbe, pertanto, un soggetto ibrido: "più di un estraneo" ma "meno del destinatario"²⁴; non il primo soggetto che subisce gli effetti dell'azione amministrativa, ma nemmeno il "chiunque", il comune amministrato²⁵. Non essendo titolare di una posizione soggettiva autonoma, il terzo nel processo non può far valere «un proprio diritto coinvolto nella controversia di altri»²⁶, ma agire a garanzia della legittimità dell'azione.

L'immediata implicazione pratica di questa impostazione è ancipe. Il terzo nel diritto amministrativo è normalmente estromesso dal procedimento (nel senso che in genere non rientra tra gli interventori necessari e quindi, finché non vi è il provvedimento, la sua posizione non si distingue da quella di qualsiasi

¹⁹ Questo è confermato dal dibattito sulla tutela dei terzi nelle fattispecie di d.i.a./s.c.i.a., che ha fatto reso evidente la difficoltà di garantire i soggetti terzi di là dallo schema impugnatorio.

²⁰ Sul punto, B. SORDI, *Interesse legittimo*, cit., p. 722.

²¹ Sulla dimensione conflittuale del diritto amministrativo sintetizzata nella teoria del provvedimento, A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 252.

²² Sulla assenza di una «autonoma nozione di terzo nel diritto amministrativo» v. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi*, cit., 2005, p. 3.

²³ Per quest'ordine di idee, v. A. BARTOLINI, *Contraddittorio e intervento*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di G. Morbidelli, Milano, Giuffrè, 2015, p. 372.

²⁴ Sarebbe, del resto, la caratteristica propria dell'interesse legittimo quella di «far capo normalmente anche a soggetti terzi rispetto ai destinatari immediati degli effetti dell'atto amministrativo»: così, M. RAMAJOLI, *Legittimazione ad agire e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 1006.

²⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 673.

²⁶ Parla così del (terzo) controinteressato A. LUGO, *I problemi del processo amministrativo. Visti dal giudice*, in *Atti del IX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione -Varenna 1963*, Milano, Giuffrè, 1964, p. 94.

altro consociato, “il chiunque”) e dunque la sua pretesa non entra nella ponderazione. D’altro canto, è sempre legittimato a impugnare il provvedimento finale proprio in quanto interessato, a vario titolo a seconda delle fattispecie, alla cura concreta dell’interesse pubblico sintetizzata nel provvedimento. Una conferma arriva dal diritto edilizio: i vicini di casa rispetto a un permesso a costruire non sono destinatari della comunicazione di avvio del procedimento, ossia non rientrano tra quei soggetti «facilmente individuati o individuabili», titolari di una posizione soggettiva che può essere lesa dal provvedimento finale²⁷; possono, però, impugnare il permesso a costruire, come vedremo diffusamente più avanti, proprio (ed esclusivamente) sulla base del rapporto di prossimità²⁸.

In sintesi, il riconoscimento della centralità del provvedimento nei rapporti amministrativi, da un lato ha consentito l’emancipazione dall’interesse pubblico della posizione del destinatario dell’atto, ma, dall’altro, ha lasciato in un cono d’ombra la posizione del terzo e precluso l’emersione di paradigmi teorici che permettessero di valorizzare la dimensione multipolare del diritto amministrativo.

3. La “oggettivizzazione” della posizione del terzo

La ricostruzione tradizionale sopra tratteggiata poggia su un appiattimento della posizione del terzo sulla legalità oggettiva. Poiché, a differenza del destinatario, non ha una pretesa sufficientemente definita da contrapporre all’obbligo della amministrazione, il terzo deve la rilevanza della sua posizione all’esistenza del potere pubblico e all’esigenza di controllo che a quello si collega²⁹. Sarebbe l’«essenza stessa del potere»³⁰, che è attribuito per la garanzia di interessi «che eccedono le sfere giuridiche del soggetto dell’atto [...] e del suo destinatario»³¹, a dare ai terzi nel diritto amministrativo una centralità sconosciuta nel diritto comune.

²⁷ Art. 7, co. 1, l. proc.

²⁸ In questo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 15 dicembre 2011, n. 6066; Tar Piemonte, 10 maggio, 2006, n. 2022.

²⁹ Ciò in ossequio alla tralatizia idea per cui «nel processo amministrativo la tutela degli interessi legittimi avviene attraverso il sindacato sull’esercizio del potere amministrativo»: Corte Cost., sent. 18 maggio 1989, n. 251, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 119.

³⁰ G. CORSO, *L’efficacia del provvedimento*, cit., pp. 362 ss.

³¹ ID., *L’efficacia del provvedimento*, cit., pp. 362 ss. Sulla idoneità dell’interesse legittimo a garantire tutela nel quadro di rapporti multipolari, «quali spesso si configurano in presenza di un potere amministrativo», cfr. A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni ’90*, in *Foro it.*, V, 1997, p. 176.

Si tratta di un'idea consolidata, le cui radici possono rintracciarsi nel concetto di funzione amministrativa e che pare una immediata conseguenza dell'affermarsi della discrezionalità come ponderazione tra interessi primari e secondari³². L'affermarsi di tale concezione ha, infatti, determinato la «moltiplicazione (per via interpretativa) delle regole, dei vincoli all'azione dell'amministrazione»³³, con conseguente attribuzione di «rilevanza ad interessi ulteriori» (quelli del vicino, del residente e così via) rispetto a quelli individuati dal modello bipolare classico³⁴. Tuttavia, quella moltiplicazione era funzionale, almeno nel disegno originario, non tanto a estendere la tutela individuale, quanto a favorire il controllo da parte del giudice sul potere pubblico. Rileva, da questo punto di vista, il ruolo storicamente assunto dal giudice amministrativo nella affermazione dello Stato di diritto, che equivale, nella prospettiva dell'epoca, a promuovere un controllo di legalità il più possibile esteso e penetrante sull'amministrazione³⁵.

La storia concettuale dei terzi è, così, un chiaro esempio del modo in cui la finalità garantista che ispirava la teoria della discrezionalità sia stata declinata «sotto il segno dominante dell'interesse pubblico», determinando una torsione delle regole che la governano³⁶ e mitigandone la valenza individualistica³⁷. Il terzo ha così finito per essere garantito non in quanto “individuo”, ma in quanto parte di una collettività, titolare di una frazione dell'interesse pubblico³⁸.

I mercati tratti oggettivistici di tale figura trovano conferma, ancora oggi, nella giurisprudenza sulla legittimazione a ricorrere dei terzi.

Si pensi, innanzitutto, al settore delle autorizzazioni (edilizie e commerciali), dove la legittimazione a ricorrere del terzo (confinante o concorrente) è

³² M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 77.

³³ C. MARZUOLI, Recensione a A. Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 1146, cui va attribuita anche la citazione che segue nel testo.

³⁴ Già F. CAMMEO, *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, Padova, Cedam, (rist.) 1960, p. 310, nota che «gli interessi dei cittadini verso la pubblica amministrazione sono molto più numerosi e più importanti di quelli di un cittadino verso un altro cittadino, perché sono numerose ed ampie le facoltà discrezionali dell'amministrazione».

³⁵ M. NIGRO, *Sivio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1970, p. 741, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, Giuffrè, 1996, p. 894.

³⁶ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 153.

³⁷ D'altronde, soltanto se il giudice amministrativo si libera dal «complesso» della necessaria considerazione delle ragioni dell'interesse pubblico, in astratto e in generale, l'interesse legittimo può smettere di offrire una «protezione di serie B»: così, M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1987, p. 481.

³⁸ Perché l'interesse alla corretta cura dell'interesse pubblico spetta a ogni consociato (in proposito, L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubb.*, 2014, p. 577).

ricostruita a prescindere da una rigorosa indagine normativa sulla consistenza della sua posizione, facendosi esclusivo riferimento al criterio della *vicinitas*³⁹. La prossimità all’attività assentita ad altri è, infatti, ritenuta sufficiente a radicare la legittimazione a ricorrere del terzo, senza che sia per questi necessario «dimostrare ulteriormente la sussistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale»⁴⁰. La verifica circa la rilevanza individuale della posizione azionata è sostituita dal requisito fattuale della prossimità: al giudice, per riconoscere la legittimazione, basta verificare se il vicino è abbastanza coinvolto (perché prossimo in termini spaziali o perché operante nel medesimo settore commerciale)⁴¹ all’attività che intende contestare, perché ciò solo confermerebbe l’esistenza di «un interesse concreto all’annullamento dei titoli abilitativi»⁴². La sussistenza della *vicinitas* esime il ricorrente dal dimostrare l’esistenza tanto della posizione sostanziale (l’interesse legittimo) quanto delle condizioni dell’azione (legittimazione e interesse a ricorrere)⁴³. Funge, però, essenzialmente da filtro di accesso al processo, per impedire che ogni giudizio si trasformi in azione popolare. Così, l’interesse legittimo del terzo, benché privo dei requisiti minimi per potersi considerare una posizione sostanziale, risulta comunque garantito alla stregua di un interesse occasionalmente protetto, cioè come interesse “oggettivo” al ripristino della legalità violata⁴⁴.

Una seconda conferma della richiamata tendenza si trae dalla materia degli appalti. Ci si riferisce, in particolare, alle pronunce che riconoscono la legittimazione a ricorrere in giudizio avverso l’aggiudicazione ai concorrenti che non hanno partecipato alla gara⁴⁵ o che hanno partecipato senza averne i requisiti⁴⁶.

³⁹ Tra molte, Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 13 maggio 1991, n. 279, in *Foro amm.*, 1991, p. 2325.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7591; similmente, Tar Campania, Salerno, Sez. II, 11 settembre 2015, n. 1985.

⁴¹ Sui diversi significati di *vicinitas*, cfr. F.R. MAELLARO, *La legittimazione al ricorso in materia urbanistica*, in *Giur. merito*, 2012, p. 1496.

⁴² Tar Campania, Napoli, 18 giugno 2013, n. 3149.

⁴³ Tar Campania, Napoli, Sez. II, 30 luglio 2015, n. 4156, Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3362. Sulla sovrapposizione tra condizioni dell’azione e interesse legittimo v. L.R. PERFETTI, *Diritto di azione ed interesse ad agire nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2004, p. 138.

⁴⁴ Sul punto v. Cons. giust. amm., Sez. giurisdizionale, 19 marzo 2014, n. 144.

⁴⁵ Sulla estensione della legittimazione a impugnare gli atti di gara alle imprese che non hanno partecipato v. di recente Tar Liguria, Sez. II, ord. 29 marzo 2017, n. 263. In proposito v. comunque *infra* § 6.

⁴⁶ Una ricostruzione del dibattito è in A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 470 ss., cui si rinvia anche per indicazioni sulla dottrina e la giurisprudenza.

In entrambi i casi, si prescinde (pur con significative divergenze, delle quali diremo in seguito) dalla indagine normativa sulla posizione soggettiva del ricorrente: è sufficiente che questi provi di appartenere al medesimo settore o ambito di mercato⁴⁷ del vincitore per ammettere la tutela giudiziale della sua «posizione concorrenziale»⁴⁸.

Epperò, una lettura (più) correttamente orientata nel senso della giurisdizione soggettiva suggerirebbe una conclusione diversa. A rigore, dovrebbe poter impugnare un'aggiudicazione soltanto chi ambisce a un bene che sia diverso dalla tutela della “propria posizione concorrenziale” e che abbia piuttosto per oggetto la posizione individuale correlata alla *chance* di vincere l'appalto⁴⁹. Quello tutelato, cioè, può ben essere un interesse dai chiari contorni soggettivi, che spetta soltanto a chi abbia partecipato alla gara avendone i requisiti⁵⁰. In assenza di queste due condizioni (la partecipazione alla gara e la sussistenza dei requisiti richiesti dal bando), al concorrente “virtuale” si dovrebbe riconoscere un interesse di mero fatto al corretto svolgimento della gara: un interesse che in niente si distingue dalla pretesa di tutti gli operatori del settore o dei consumatori (ma anche della generalità dei cittadini) al corretto esercizio della funzione pubblica e che, in quanto tale, dovrebbe considerarsi non azionabile.

4. Quale qualificazione e quale differenziazione per la posizione dei terzi?

La torsione oggettivistica cui è stata sistematicamente sottoposta la figura del terzo consente di conservare un simulacro del processo amministrativo di legalità, offrendo protezione a situazioni individuali nelle quali tanto la qualificazione quanto la differenziazione sono dissociate dal dato normativo.

La qualificazione è considerata irrilevante (o, secondo altra prospettiva, sussistente *in re ipsa*) tutte le volte che la legittimazione del terzo a impugnare si fonda su un mero interesse alla legalità, come accade nella giurisprudenza in materia di *vicinitas*. Quando si riconosce al vicino la legittimazione a impugnare una

⁴⁷ Sul punto, A. SQUAZZONI, *Ancora sull'asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 1111 ss.

⁴⁸ Limita la soggettivizzazione dell'interesse alla concorrenza in capo ai soggetti che abbiano partecipato alla gara, C. BENETAZZO, *Il ricorso incidentale: oggetto, legittimazione e ordine di esame delle questioni tra disciplina interna e principi comunitari*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 180 ss.

⁴⁹ L. FERRARA, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, pp. 919 ss.

⁵⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1560.

autorizzazione resa ad altri sulla base di un presunto diritto a trovare parcheggio⁵¹ o a preservare il panorama⁵², si garantiscono beni che, in assenza di una espressa previsione, dovrebbero ritenersi privi di consistenza giuridica. La loro tutela è, invece, di fatto affidata alla sensibilità del singolo giudice, che liberamente (o meglio, arbitrariamente) decide se quel bene merita o meno di essere garantito⁵³.

Anche la differenziazione, che, una volta svuotato il requisito della qualificazione, rivestirebbe una funzione centrale, è a sua volta sganciata dalla dimensione normativa e ridotta alla dimensione fattuale⁵⁴. Nella pratica, la differenziazione coincide con la possibilità di subire un qualche pregiudizio (ancorché di mero fatto) dall'azione pubblica⁵⁵. In assenza di ogni appiglio positivo, la verifica sulla differenziazione è anch'essa demandata a criteri (per es., la *vicinitas*) plasmati dal giudice, al quale è dato desumere da «qualsiasi elemento» che quel certo interesse è toccato dall'azione amministrativa e differenzia il suo titolare dalla generalità⁵⁶.

Riducendo la qualificazione a mero interesse alla legalità e proiettando la differenziazione tutta sul piano fattuale, si realizza un quadro nel quale per ricorrere avverso un provvedimento amministrativo basta «un interesse di fatto, abbinato ad un criterio fattuale che permetta di circoscrivere la cerchia di coloro nei cui confronti si concretizza questo interesse di fatto»⁵⁷. Ne deriva un modello processuale biforcato: da un lato, vi è la tutela del destinatario, sempre più improntata al modello soggettivo di tutela e rispondente ai canoni del processo di parti; dall'altro, vi è la garanzia dei terzi, ancora prigioniera delle più risalenti concezioni dell'interesse legittimo e espressione di un modello processuale che mostra chiari tratti oggettivi.

⁵¹ Tar Molise, Campobasso, Sez. I, 11 giugno 2014, n. 377.

⁵² Tar Abruzzo, Pescara, 20 aprile 2010, n. 276.

⁵³ In effetti, anche se il diritto di proprietà edilizia ha corollari riconducibili al suo «valore d'uso piuttosto che [a] quello di scambio» (A. DI MAJO, L. FRANCARIO, (*voce*) *Proprietà edilizia*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, p. 351), non vi sono norme che ne amplino i confini sino a coprire la mera aspettativa al parcheggio sotto casa o alla bella vista. D'altro canto è la stessa giurisprudenza che nel ricostruire la posizione del terzo in base alla *vicinitas* evita di richiamare il diritto di proprietà, riconoscendo che la legittimazione del vicino va riconosciuta «non in virtù della titolarità di un diritto reale», ma sulla base della esistenza di «una situazione di collegamento, non effimero ma stabile con la zona stessa»: Tar Calabria, Reggio Calabria, 18 giugno 2009, n. 431.

⁵⁴ Tar Marche, 25 marzo 1999, n. 325

⁵⁵ S. BUCELLO, *L'accesso alla tutela giurisdizionale del terzo concorrente*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 220.

⁵⁶ S. PIRAINO, *L'interesse diffuso nella tematica degli interessi giuridicamente protetti*, cit., p. 221.

⁵⁷ F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1009.

Il descritto “annacquamento” dei requisiti di qualificazione e differenziazione della posizione dei terzi riflette le incertezze sulla missione di fondo del diritto amministrativo (e sull’oggetto del suo processo)⁵⁸. Se si ritiene che l’obiettivo prioritario debba continuare a essere quello di sottoporre l’azione della amministrazione a uno stretto e pervasivo controllo giudiziario, allora non resta che prendere atto della ineliminabile specialità del processo amministrativo e del suo irridimibile carattere oggettivo e ritenere velleitaria ogni suggestione proveniente dal cd. giudizio sul rapporto. Se, viceversa, si accetta come realistica (e necessitata) la prospettiva di una giurisdizione amministrativa declinata in chiave soggettiva, se, cioè, si ritiene che l’evoluzione della disciplina processuale rappresenti l’inverramento del modello costituzionale, allora anche il diritto amministrativo e il suo processo vanno ricostruiti alla luce del paradigma della tutela dei diritti.

D’altronde, la rinuncia alla dimensione soggettiva della posizione dei terzi genera un contraddittorio meccanismo di iperprotezione e di ipoprotezione⁵⁹. Nella categoria dei terzi garantiti come titolari di una frazione dell’interesse pubblico rientrano infatti sia soggetti che non sono titolari di alcuna posizione giuridica (che dal sistema attuale risultano iperprotetti), sia soggetti che, invece, una posizione soggettiva ce l’hanno, ma fruiscono di una garanzia calibrata sulla legalità oggettiva e non sulle necessità poste da un processo di parti.

Emblematico è il diverso regime della legittimazione a ricorrere rispetto alla notificazione del ricorso⁶⁰. Mentre sul primo versante, come detto, la giurisprudenza è particolarmente estensiva, sul secondo prevale un orientamento riduttivo: i vicini di casa, per es., pur legittimati a ricorrere, non sono normalmente considerati controinteressati in senso tecnico (ossia coloro che devono ricevere la notifica del ricorso) in un processo promosso da altri. La contraddizione è evidente: i vicini avrebbero una posizione soggettiva quando sono dal lato attivo, ma non anche quando si trovano dal lato passivo (poiché non sono annoverati tra i litisconsorti necessari e se vogliono partecipare al processo devono intervenire autonomamente)⁶¹.

In definitiva, la prospettiva tradizionale sopra richiamata e la giurisprudenza che a partire da essa si è sviluppata hanno finito per nascondere la necessità di far emergere in via autonoma la posizione dei terzi e liberarla dal fardello

⁵⁸ J.B. AUBY, *La bataille de San Romano. Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif*, in *L’actualité juridique – Droit administratif*, 2011, p. 296.

⁵⁹ Sulla iperprotezione dell’interesse legittimo, C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 415.

⁶⁰ A. CORPACI, *La comunicazione dell’arrivo del procedimento alla luce dei primi riscontri giurisprudenziali*, in *Le Regioni*, 1994, p. 307.

⁶¹ Tar Piemonte, n. 2002/2006.

oggettivizzante dell'interesse pubblico. A questa esigenza occorre ora dare risposta.

5. Dalla legalità ai diritti: la “riscoperta” della qualificazione e della differenziazione

Per verificare quando si delinei nel diritto amministrativo una posizione autonoma dei terzi è necessario recuperare, con l'ausilio della teoria generale delle situazioni soggettive, la “vera” portata dei più volte richiamati requisiti della qualificazione e della differenziazione.

Partiamo dalla qualificazione. A dispetto della descritta tendenza giurisprudenziale a negare specifica rilevanza a tale requisito, la dottrina riconosce la autonoma rilevanza della qualificazione della posizione soggettiva da tutelare e propone di ancorarla al cd. contenuto protettivo della norma. In base a tale criterio, un interesse può darsi qualificato quando è preso in considerazione da una legge, ossia quando l'ordinamento dimostri la volontà di tutelare il valore nel quale quell'interesse di identifica⁶². Questa posizione ha l'indubbio pregio di collegare il requisito della qualificazione a un dato normativo⁶³. Tuttavia, essa incontra un ostacolo nella indeterminatezza del criterio, soprattutto quando è in gioco una norma, quale quella amministrativa, che per sua natura mira a soddisfare gli interessi di una pluralità di soggetti: come distinguere tra coloro che sono direttamente garantiti (e quindi titolari di una pretesa giuridica) e coloro che, invece, sono tutelati solo in via mediata (ossia portatori di un mero interesse di fatto)?⁶⁴ Come differenziare la posizione dell'imprenditore che fa valere la *chance* di aggiudicarsi un appalto vinto illegittimamente da altri, dalla posizione dell'operatore di settore che confida nel mero rispetto delle regole della concorrenza?

Una chiave per affinare il criterio del contenuto protettivo della norma è offerta dalla teoria generale delle situazioni soggettive, la quale ormai riconosce che per qualificare un interesse non basta che esso traggia un generico beneficio da una norma, ma è necessario che la sua protezione costituisca la ragione per

⁶² A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 67; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1990, p. 105.

⁶³ R. MONTEFUSCO, *Rilevanza dei requisiti di differenziazione e qualificazione nell'individuazione delle posizioni di interesse legittimo (l'interesse legittimo tra interesse a ricorrere e interesse legittimo)*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, p. 428.

⁶⁴ M.H. KRAMER, *Refining the Interest Theory of Rights*, in *American Journal of Jurisprudence*, 2010, vol. 55, p. 34.

porre un obbligo puntuale a carico dell'amministrazione⁶⁵. Si delinea, cioè, tra i (due o più) poli della relazione un peculiare rapporto di mezzo a fine: l'obbligo posto in capo alla amministrazione deve rappresentare il mezzo per la soddisfazione di un interesse individuale (in questo caso, del terzo), la cui promozione incarna il *fine garantista* posto dalla norma⁶⁶.

È però sul versante della differenziazione che la teoria generale delle situazioni soggettive fornisce il contributo più innovativo. A osta della prassi che lega la differenziazione a meri dati fattuali, i teorici del diritto hanno chiarito che una norma può darsi attributiva di una posizione soggettiva soltanto se, nell'individuare il valore tutelato (ossia nel qualificare l'interesse), essa detta anche il criterio di selezione dei titolari di quello stesso valore. Per la configurazione di posizioni soggettive, l'indicazione del bene tutelato deve, cioè, essere accompagnata dalla individuazione del criterio che consente di delimitare il novero dei soggetti che di quel bene possono godere separatamente e “*not simply as members of a collectivity enjoying a diffuse common benefit in which all participate in indistinguishable and unassignable shares*”⁶⁷. Seguendo questa indicazione, la legge attribuisce diritti se, oltre a selezionare gli interessi meritevoli di tutela, definisce i confini soggettivi del rapporto diritto-obbligo, ossia identifica le condizioni che i teorici del diritto chiamano ‘investitive’, sussistendo le quali il diritto si radica in capo agli ‘intended beneficiaries’, cioè alla categoria dei soggetti il cui interesse l'ordinamento vuole tutelare⁶⁸. Il giudice, di conseguenza, nel verificare a quali soggetti può far capo un valore tutelato, non dovrebbe ricorrere a criteri empirici⁶⁹, per loro natura variabili e incerti, ma (semplicemente) ricercare nella norma il criterio di differenziazione.

Dunque, gli approdi della teoria generale in tema di posizioni soggettive forniscono all'amministrativista due indicazioni utili a reimpostare su basi più solide la riflessione sulla figura del terzo. La prima riguarda il versante della *qualificazione*: una posizione soggettiva può darsi qualificata soltanto quando l'interesse di cui si invoca la tutela corrisponde a una scelta di valore dell'ordinamento, compiuta

⁶⁵ N. MACCORMICK, *Children's Rights: A Test-Case for Theories of Rights*, ora in ID., *Legal Right and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 154 ss.

⁶⁶ In proposito, B. CELANO, *I diritti nella jurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz*, in *Analisi e diritto*, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2001, pp. 35 ss.

⁶⁷ N. MACCORMICK, *Rights in Legislation*, in *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.Hart*, eds. P.M.S. Hacker, J. Raz, Oxford, Clarendon Press, 1977, pp. 205 ss.

⁶⁸ ID., *Rights in Legislation*, cit., p. 207.

⁶⁹ Sulla incertezza derivante dall'affidare a ogni singolo giudice la selezione degli interessi da tutelare, v., tra molti, A. PACE, *Diritti “fondamentali” al di là della Costituzione?*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 8.

attraverso una norma che ha lo scopo di proteggere quell'interesse. La seconda indicazione riguarda invece il versante della *differenziazione*: una posizione soggettiva può dirsi differenziata soltanto quando l'interesse individuale tutelato dalla norma è distinto da quello della collettività (o da una sua frazione) e, dunque, assume un rilievo autonomo rispetto al generico interesse alla legalità.

6. Le terzi parti di un rapporto

Quando emergono autonome posizioni di terzi, la dimensione bipolare classica è costretta ad aprirsi a una dimensione relazionale più ampia, in cui il terzo (qualificato e differenziato) diviene la terza parte di un rapporto amministrativo a più parti, in cui gli altri poli sono rappresentati dal destinatario e dall'amministrazione⁷⁰. Ne esce, in questo modo, valorizzata la naturale propensione del diritto amministrativo a produrre schemi multipolari: rispetto al diritto comune, sono, infatti, molto più numerose le ipotesi in cui l'esercizio del potere coinvolge soggetti diversi dal destinatario dell'atto.

Si pensi, per es., alla posizione degli investitori rispetto alla attività di vigilanza della Consob sul prospetto informativo presentato dagli intermediari. A differenza di quanto talora sostenuto⁷¹, il loro non può considerarsi un mero interesse di fatto a un corretto controllo sul funzionamento del mercato mobiliare. Applicando, infatti, i requisiti della qualificazione e della differenziazione, si evince che gli investitori hanno una posizione giuridica soggettiva qualificata e differenziata al corretto esercizio, da parte della Consob, del suo potere/dovere di vigilanza⁷². La qualificazione si trova nell'art. 47 della Costituzione, che tutela il risparmio come valore fondante i rapporti economici. La differenziazione, invece, è ricavabile dal combinato disposto degli artt. 5 e 91 del Testo unico sulla finanza, che individuano tra i destinatari della vigilanza gli investitori⁷³, di modo che la loro differenziazione dalla generalità dei consociati sta nel raffronto tra i

⁷⁰ Il terzo che assume la titolarità di una determinata pretesa in un certo rapporto «non è più terzo», ma parte: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., p. 475.

⁷¹ In proposito, Cass., ss. uu., 29 marzo 1989, n. 153. In dottrina, cfr. M. CLARICH, *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Cassazione n. 500/99*, in *Danno resp.*, 2002, p. 224; L. TORCHIA, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam, 1992, p. 245.

⁷² Per un approccio analogo, L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pubb.*, 2004, p. 765; Cass. civ., Sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132.

⁷³ L'art. 5 Tuf indica, fra le finalità della vigilanza, anche «la tutela degli investitori». L'art. 91 Tuf, poi, nel disciplinare i poteri della Consob, riconosce che essa «esercita i poteri previsti [...] avendo riguardo alla tutela degli investitori nonché all'efficienza e alla trasparenza del mercato del controllo societario e del mercato dei capitali».

generici risparmiatori (questi sì, titolari di un interesse di fatto) e gli investitori attuali e concreti⁷⁴, ossia coloro che, facendo affidamento sulla corretta vigilanza della Autorità, hanno stipulato un contratto con l'intermediario. Nel momento in cui il terzo conclude un contratto con un intermediario, la sua posizione soggettiva (già qualificata) si perfeziona, differenziandosi da quella della generalità dei risparmiatori.

Sulla base di uno schema analogo è possibile ricostruire la posizione dei terzi rispetto agli atti amministrativi che conformano l'autonomia negoziale dei privati, come avviene nel settore dei giochi pubblici⁷⁵. In simili ipotesi, vi è un provvedimento amministrativo che plasma, limitandola, la libertà contrattuale privata: si tratta di un provvedimento immediatamente rivolto ai destinatari (es., ai concessionari), ma che produce effetti anche sui consumatori finali (perché la loro libertà contrattuale è naturalmente limitata, a monte, dalla decisione amministrativa, che fissa le condizioni di fruibilità della prestazione). I consumatori finali titolari di una posizione autonomamente azionabile si distinguono dalla generalità dei consociati, indirettamente interessata alla decisione pubblica, quando stipulano il contratto con il concessionario: soltanto le controparti negoziali hanno legittimazione a impugnare l'atto amministrativo conformativo, proprio in quanto titolari di una posizione soggettiva individualmente protetta⁷⁶.

Sia nel caso della Consob sia nel caso dei provvedimenti amministrativi conformativi, il criterio *astratto* di differenziazione della posizione dei terzi garantiti si trova nella norma, anche se la situazione soggettiva materialmente si perfeziona soltanto nel momento della stipula del contratto (perché è allora che il terzo *concretamente* si differenzia). Nel caso della Consob, sopra richiamato, la posizione soggettiva è materialmente identificabile (ossia, è possibile dare una identità al soggetto garantito) solo dopo che il potere/dovere di vigilanza è già stato speso, ma quella stessa posizione non è *indeterminabile* sino alla spendita del potere, perché è la legge che delinea nitidamente il criterio di differenziazione. La divergenza rispetto alla impostazione classica, che lega la nascita dell'interesse legittimo all'esercizio del potere, sta cioè in questo: mentre nella idea tradizionale si prescinde dalla indicazione normativa in favore di una differenziazione materiale/fattuale successiva all'adozione del provvedimento e rimessa interamente

⁷⁴ G. ROMAGNOLI, *La Consob e la sollecitazione all'investimento; esercizio di poteri ed obblighi verso gli investitori*, in *Giur. comm.*, 2001, p. 748.

⁷⁵ Di recente, A. FERRARI ZUMBINI, *La regolazione amministrativa del contratto. Atti amministrativi conformativi dell'autonomia negoziale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 109 ss.

⁷⁶ ID., *La regolazione amministrativa del contratto*, cit., p. 333.

alla sensibilità del giudice, nella prospettiva qui prescelta, la differenziazione materiale ha un substrato normativo: è la norma, infatti, che attribuisce a un fatto l'idoneità a differenziare una posizione soggettiva dagli interessi di mero fatto. Si tratta, d'altronde, di un modello di differenziazione che si realizza anche nel diritto civile: la controparte del contratto è esattamente individuabile solo al momento della stipula, ma è la legge a tracciare le condizioni in base alle quali ciò è possibile (azzerando, così, i margini di incertezza nella individuazione dei soggetti garantiti)⁷⁷.

Una seconda fattispecie multipolare tipica nel diritto amministrativo si ha in materia di gare pubbliche, dove la rilevanza della posizione del terzo è stata normalmente discussa con riferimento alla legittimazione del concorrente a impugnare il provvedimento di aggiudicazione⁷⁸. Ancora una volta, l'applicazione del duplice canone della qualificazione e della differenziazione aiuta a distinguere i concorrenti titolari di posizioni soggettive (qualificate e differenziate) dagli operatori di settore che hanno un mero interesse al corretto svolgimento del mercato. La qualificazione della posizione del concorrente tutelato può rintracciarsi già nell'art. 41 Cost., cioè nella libertà di iniziativa economica come conformata dalla legge e dal bando di gara. Lo stesso bando, d'altra parte, offre pure il criterio di differenziazione, dettando i requisiti (soggettivi e tecnici-professionali), sussistendo i quali il concorrente può legittimamente ambire alla aggiudicazione della gara⁷⁹.

Di conseguenza, per essere legittimati a impugnare l'altrui aggiudicazione è necessario, ma non sufficiente, aver partecipato alla gara, dovendosi altresì realizzare le condizioni richieste dal bando: se manca il «risultato utile»⁸⁰ (perché l'impresa non ha i requisiti e quindi non può ambire a ottenere l'aggiudicazione), quello che manca è proprio «d'interesse legittimo»⁸¹. A fortiori chi non abbia partecipato alla gara, non può vantare una posizione soggettiva e quindi non può

⁷⁷ Sul punto, P. RESCIGNO, (*voce*) *Obbligazioni (dir. priv.) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, Giuffrè, 1979, p. 163.

⁷⁸ Sul tema, che ha dato vita alla problematica dei ricorsi escludenti incrociati, si sono susseguite pronunce nazionali ed europee: la descrizione dell'evoluzione giurisprudenziale e dello stato dell'arte può leggersi in L. BERTONAZZI, *Ordine di esame delle censure escludenti incrociate nelle controversie relative a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici: la precisazione dell'effettiva portata applicativa della c.d. sentenza Puligenica*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1202 ss.

⁷⁹ Tar Lazio, Roma, Sez. I bis, 15 maggio 2017, n. 5775.

⁸⁰ F. TRIMARCHI, *Rilevanza condizionata dei vizi di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, pp. 1128 ss.

⁸¹ ID., *Rilevanza condizionata dei vizi*, cit., pp. 1128 ss. Sul punto v. anche Corte Cost., sent. 22 novembre 2016 n. 245.

ritenersi legittimato a impugnare⁸²: l'estensione della legittimazione a chi non ha titolo per aggiudicarsi l'appalto avrebbe l'effetto di tutelare un bene (la concorrenza) che si appunta in modo indifferenziato su tutti gli operatori di settore (ma anche sui consumatori) e che, in quanto tale, deve ritenersi non azionabile⁸³.

L'utilità dei richiamati criteri di qualificazione e differenziazione può essere testata anche in riferimento a un altro banco di prova, rappresentato dall'ambigua formulazione contenuta nel nuovo comma 2 *bis* dell'art. 120 del Codice del processo⁸⁴. Tale disposizione stabilisce l'immediata impugnabilità dei provvedimenti di ammissione o di esclusione emanati all'esito dell'accertamento sulla sussistenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali dei partecipanti, al contempo precludendo la possibilità di contestazione successiva (in sede di impugnazione della aggiudicazione) di quelle stesse condizioni. Questa disposizione solleva una serie di interrogativi: quali soggetti sono legittimi a impugnare i provvedimenti di ammissione di concorrenti alla gara? E qual è la posizione che si fa valere in quel caso? Si tratta di un ritorno alla tutela della legalità oggettiva, qui posta a presidio del valore meta-individuale della concorrenza, o vi sono margini per declinare in termini soggettivi l'interesse in quel caso azionato?

La tesi al momento prevalente è che il nuovo giudizio determini uno scivolamento «verso il modello della giurisdizione di diritto oggettivo»⁸⁵. Secondo alcuni⁸⁶, quello scivolamento sarebbe apprezzabile innanzitutto sul versante della legittimazione: non essendo identificabili «situazioni soggettive di interesse protetto in posizione antagonista rispetto a chi è ammesso alla gara o contesta la propria esclusione dal concorso», la legittimazione sarebbe riconosciuta ai titolari di interessi di mero fatto, chiamati ad agire a protezione dell'«interesse pubblico oggettivo alla partecipazione dei soli concorrenti in possesso dei requisiti». Secondo altri⁸⁷, l'oggettivizzazione non riguarderebbe tanto la legittimazione a ricorrere (che resterebbe limitata ai soli partecipanti alla gara), ma concernerebbe

⁸² Si tratta di una soluzione condivisa dalla giurisprudenza maggioritaria, ma che è stata recentemente riproposta dal giudice di primo grado in sede di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (Tar Liguria, n. 263/2017).

⁸³ Una ricostruzione in termini oggettivi del rito in materia di appalti è offerta da A. BARTOLINI, *Una decisione poco europea*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, p. 936 s.; sul punto v. pure A. CARBONE, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere*, cit., pp. 470 ss.

⁸⁴ Introdotto dall'art. 204, co.1, lett. b), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

⁸⁵ L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120, comma 2-bis, e sua compatibilità con la tutela cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, nota 8.

⁸⁶ R. CAPONIGRO, *Il rapporto tra tutela della concorrenza ed interesse alla scelta del miglior contraente nell'impugnazione degli atti di gara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016, pp. 41 ss., cui vanno ascritte le citazioni che immediatamente seguono nel testo.

⁸⁷ L. BERTONAZZI, *Limiti applicativi del nuovo giudizio di cui all'art. 120*, cit., nota 8.

piuttosto l'interesse al ricorso, perché, non essendo terminata la procedura competitiva e assegnato il bene finale, i concorrenti non potrebbero lamentare alcuna lesione concreta e attuale della loro posizione individuale.

Tuttavia, applicando il duplice canone della qualificazione e della differenziazione, sembra possibile proporre una lettura sistematica della nuova disposizione, che consenta di individuare una posizione soggettiva individuale alla base del ricorso. La norma potrebbe, infatti, essere letta come riconoscimento di un rilievo autonomo all'interesse dell'impresa partecipante a concorrere per l'aggiudicazione unicamente con soggetti che, al pari di essa, si siano conformati ai requisiti richiesti dalla legge⁸⁸: la posizione soggettiva dipenderebbe dalla sussistenza delle condizioni per competere (requisiti soggettivi e tecnici previsti dal bando, nonché partecipazione alla gara), cosicché soltanto chi abbia i requisiti per concorrere (ossia, chi abbia sostenuto i costi necessari per adeguarsi a quei requisiti) potrebbe contestare l'ammissione altrui⁸⁹.

Questa lettura consentirebbe di evitare l'implicazione abnorme che discenderebbe, sul piano della legittimazione, dalla tesi della tutela oggettiva nelle due varianti sopra indicate. Mentre l'interesse oggettivo al rispetto della legalità, nella forma della puntuale applicazione dei requisiti di partecipazione alla gara, potrebbe essere fatto valere da tutti gli operatori del settore, la prospettiva soggettiva qui proposta avrebbe l'effetto di circoscrivere il novero dei soggetti legittimi e non vanificare la finalità deflattiva della disposizione in esame. Rispetto all'assetto precedente, infatti, non si avrebbe un allargamento delle maglie della legittimazione, perché a essere protetta dalla norma sarebbe soltanto la posizione di quanti abbiano diritto a concorrere in quanto *a)* partecipanti alla gara che siano anche *b)* in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando.

Nella prospettiva indicata, dunque, la previsione in esame non avrebbe l'effetto di inserire elementi oggettivi nel processo amministrativo, ma si limiterebbe a introdurre una fase preliminare nel giudizio sugli appalti, tesa a dare autonomo rilievo, sul piano giuridico e quindi processuale, all'interesse dei partecipanti a concorrere ad armi pari, nel senso sopra specificato: da un lato, le carenze formali (ossia l'assenza dei requisiti per concorrere) potranno essere contestati soltanto attraverso l'impugnazione dell'atto di esclusione o di ammissione;

⁸⁸ Sul punto, G. SEVERINI, *Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016, p. 9.

⁸⁹ Il problema della legittimazione del concorrente escluso a impugnare l'altrui ammissione è sottolineato da G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2016.

dall'altro, l'aggiudicazione potrà essere impugnata unicamente per ragioni sostanziali, da chi vanti la lesione della propria *chance legale* di ottenere l'appalto, così da depotenziare «la tattica dei ricorsi incidentali strumentali»⁹⁰, a beneficio della stabilità all'aggiudicazione.

7. I tanti (indeterminati) “chiunque”

Come anticipato, l'indagine sulla qualificazione/differenziazione, per un verso, consente l'emersione di fatti-specie multipolari e, per l'altro, mira a confinare nell'irrilevante giuridico alcune posizioni finora considerate sufficienti a legittimare l'azione processuale, perché prive dei requisiti sostanziali. Questo conferma l'effettiva selettività dei criteri di qualificazione e differenziazione sopra delineati: tutte le volte in cui una disciplina non prevede una norma “investitiva”, cioè una disposizione che qualifichi e differenzi la posizione del terzo, questi resta il “chiunque”, anche se più intensamente toccato, sul piano fattuale, dall'azione (o inazione) amministrativa⁹¹.

Sono da ritenersi non protette, anzitutto, le posizioni dei terzi non qualificate, oggi normalmente tutelate, come visto, facendo leva sul requisito della *vicinanza*. La prossimità a una determinata attività assentita dalla amministrazione può certamente determinare un impatto su un interesse semplice (perché può, per esempio, accentuare il disagio provocato da un aumento del traffico o dalla presenza di un maggior numero di concorrenti in un determinato mercato)⁹², ma

⁹⁰ Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855; Cons. Stato, Sez. V, 14 marzo 2017, n. 1059. Per questa ragione, la previsione della immediata impugnabilità degli atti di ammissione/esclusione è considerata applicabile solo quando «vi sia una netta distinzione tra fase di ammissione/esclusione e fase di aggiudicazione»: Tar Puglia, 21 aprile 2017, n. 394.

⁹¹ Anche se simile interesse non è autonomamente tutelato dall'ordinamento, l'amministrazione può comunque tenerlo in considerazione in sede di esercizio del potere. Si pensi, per es., al diritto alla bella vista, che normalmente assume un peso importante nella ponderazione quando l'amministrazione rilascia un permesso a costruire in una zona di pregio paesaggistico, mentre non viene considerato (o è comunque recessivo rispetto ad altri valori) se la costruzione da autorizzare è sita in un quartiere periferico destinato a edilizia popolare. Ciò che rileva è che anche quando il “diritto al panorama” entra nella ponderazione, esso resta un interesse non qualificato, rispetto al quale la scelta pubblica di includerlo (o non includerlo) nel bilanciamento di interessi è rilevante soltanto nei limiti della responsabilità politica.

⁹² La posizione tradizionale è ben esemplificata da G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., p. 374, secondo cui il danno da cui il frontista può essere colpito a causa di una costruzione illegittima non rileva quale oggetto di una garanzia diretta (un diritto soggettivo), ma «come elemento di qualificazione della pretesa alla legittimità del provvedimento», con la conseguenza che il riconoscimento della azione di annullamento in capo al terzo non lo protegge direttamente dal pregiudizio che potrà derivargli ma tale ipotetico danno assurge a «elemento idoneo a costituire nel soggetto la pretesa alla legittimità del provvedimento, onde il terzo potrà denunciare i vizi di legittimità dell'atto, inerenti alla violazione di una norma di azione».

non può valere quale criterio di distinzione tra irrilevanza e rilevanza giuridica. Se il terzo non agisce a garanzia di una situazione protetta da una norma (per es. a tutela del diritto di proprietà o del diritto di esercitare la propria attività di impresa in assenza di intese tra concorrenti), questi non è legittimato a far valere la violazione della disciplina posta in essere dall'esercente: la vicinanza, cioè, non vale a rendere esigibile in processo il rispetto della legalità (oggettiva); la pubblica amministrazione non ha un obbligo puntuale nei suoi confronti, come non lo ha nei confronti degli abitanti in una certa zona, o degli operatori di settore⁹³. In tali casi, dunque, resta aperto il problema della adeguatezza ed efficacia degli altri strumenti di correzione dell'azione amministrativa *contra legem*, ma non si configura alcuna multipolarità: la norma amministrativa disciplina un rapporto giuridico bipolare tra autorità e destinatario dell'autorizzazione, rispetto al quale i terzi restano estranei⁹⁴.

Parimenti non azionabili sono gli interessi dei terzi qualificati, ma non differenziati, ipotesi che si realizza quando la legge individua un valore da tutelare, senza tuttavia dettare il criterio di differenziazione. Si pensi, per es., ai diritti fondamentali e, segnatamente, al diritto alla salute: riconoscendo a ciascuno questo diritto, la Costituzione (art. 32) non solo qualifica la posizione soggettiva corrispondente al bene salute, ma sembrerebbe anche dettare un criterio di differenziazione, ancorché così ampio da far coincidere il titolare con il “chiunque”. Nondimeno, il diritto alla salute nei confronti della amministrazione non è tutelato in quanto tale: ne sono garantite specifiche pretese, che il legislatore, nel conformare la posizione di base, rende azionabili. Ne deriva che la differenziazione va accertata non con riferimento al diritto fondamentale (*ex se* non esigibile in processo), bensì con le singole pretese o facoltà (consistenti in diritti autonomamente azionabili) che l'ordinamento prevede a tutela di quello stesso valore di base. Il diritto alla salute (ma lo stesso vale per molti altri diritti fondamentali), in altri termini, è protetto non *ex se*, ma come diritto a una determinata prestazione sanitaria (interesse pretensivo, corrispondente a una libertà cd. positiva) e

⁹³ Come osservato in Tar Liguria, Sez. I, 23 dicembre 2013, n. 1584, in *Foro amm.*, 2013, p. 3700, «l'interesse ad impedire l'esercizio dell'attività commerciale di operatori concorrenti non è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, posto che la concorrenza, di per sé, non è fattore legittimante quando è invocata al fine di inibire l'esercizio della medesima attività ad altri operatori del settore».

⁹⁴ La creazione pretoria di pretese dei terzi che si ritengono “giuste” e la loro assimilazione a pretese “giuridiche” non può essere assecondata, non soltanto perché contrasta con esigenze certezza, ma anche perché esprime un grado di arbitrarietà contrario ai canoni dello Stato di diritto: A. ORSI BATTAGLINI, *Il puro folle e il perfetto citrullo*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 648. Su questi profili, in generale, M. LA TORRE, (*voce*) *Positivismo giuridico*, in *Enc. dir.*, Ann., VI, Milano, Giuffrè, 2013, p. 686.

come diritto a non subire una interferenza illecita, che possa portare un pregiudizio alla salute stessa (interesse oppositivo, corrispondente a una libertà cd. negativa).

Nel caso di un interesse pretensivo, la differenziazione è relativamente semplice da accettare perché dipende dalla presentazione di una istanza in conformità alla disciplina di settore: il soggetto che richieda la prestazione non è un terzo, bensì il destinatario diretto dell'azione, che, in virtù di quella richiesta, instaura un rapporto (bipolare) con l'amministrazione.

Più problematico il caso dell'interesse oppositivo. La giurisprudenza tende a garantire quell'interesse facendo ricorso, ancora una volta, al criterio di differenziazione fattuale rappresentato dalla *vicinitas*. Così, si ritengono, per es., legittimati a impugnare un provvedimento di autorizzazione alla costruzione di un impianto pericoloso i residenti nel territorio interessato⁹⁵. Pure in questo caso, tuttavia, il criterio della *vicinitas* appare criticabile: stabilire la portata lesiva di una attività in relazione alla residenza rischia, infatti, di tutelare soggetti non realmente in pericolo, ovvero di lasciare sforniti di garanzia altri soggetti potenzialmente pregiudicati. Si pensi al caso del turista che patisce un pregiudizio dalle esalazioni nocive di un impianto pericoloso e che, però, non sia considerato legittimo perché non residente nella zona in cui è sito l'impianto.

Per dissipare l'incertezza, vi sono specifiche ipotesi in cui la legge delimita la cerchia dei soggetti da proteggere fondandosi su criteri spaziali (si pensi alla disciplina sulle distanze minime degli impianti dalle abitazioni private). Quando ciò non avviene, ci si chiede se possa essere il giudice a tracciare arbitrariamente il perimetro del pericolo (e quindi, del giuridicamente rilevante)⁹⁶; o se, invece, la via più corretta per differenziare, in simili casi, non sia quella del 'contatto materiale' tra il terzo e la *res* o l'attività (potenzialmente) dannosa.

Secondo un meccanismo di differenziazione analogo a quello che configura la responsabilità extracontrattuale, quando il "chiunque" subisce una illegittima interferenza nella propria sfera giuridica, questi si differenzia dalla generalità ed entra in rapporto con l'amministrazione⁹⁷. Si tratta di un rapporto che nasce da un fatto e non da un atto, ma che, ciò nondimeno, si fa giuridico⁹⁸ e legittima il terzo ad agire nei confronti della amministrazione per chiedere l'inibizione

⁹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2003, n. 1948; Tar Marche, Ancona, Sez. I, 6 marzo 2014, n. 291.

⁹⁶ Sulla difficoltà di circoscrivere l'area del pericolo in ipotesi simili, v. P. SAVONA, *Dal pericolo al rischio: l'anticipazione dell'intervento pubblico*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 374 ss.

⁹⁷ Per quest'ordine di idee cfr. L. FERRARA, *Profili problematici*, cit., p. 766.

⁹⁸ E. BETTI, (*voce*) *Dovere giuridico (cenni storici teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, Giuffrè, 1965, p. 5.

della attività illegittima. In questo caso, il criterio di differenziazione non si trova nella norma che attribuisce il potere, ma si ricava dallo schema normativo generale delineato dall'art. 2043 del c.c.: la differenziazione, in altri termini, ha anche qui un fondamento normativo, rappresentato dal principio del *neminem laedere*, che legittima il terzo a impugnare un provvedimento quando l'attività della amministrazione interferisca illegittimamente nella sua sfera di libertà.

Il contatto (o l'interferenza) di cui si parla, idoneo a differenziare e quindi a configurare posizioni soggettive in capo a terzi, non deve necessariamente essere continuativo (come richiesto dalla giurisprudenza sulla *vicinitas*), ma può ben essere occasionale: il residente e il turista fruiscono potenzialmente della medesima garanzia, a patto che siano entrambi in grado di dimostrare l'effettiva interferenza nella loro posizione. Laddove, viceversa, il contatto non si verifichi e il terzo non si differenzi, la sua posizione soggettiva (in questo caso, il diritto alla salute), ancorché qualificata, resta non azionabile.

8. Due possibili obiezioni

L'obiettivo di queste pagine è stato duplice.

Nella prima parte, si è cercato di evidenziare i limiti della tradizionale ricostruzione della figura dei terzi nel diritto amministrativo, soprattutto sul versante della tutela loro accordata. La posizione dei terzi riflette le più risalenti concezioni dell'interesse legittimo, essendo protetta quale frazione indifferenziata dell'interesse alla legalità. Nell'accordare tutela ai terzi, prevale, soprattutto in giurisprudenza, un atteggiamento conservativo: si è soliti prescindere da una rigorosa indagine sulla qualificazione e differenziazione della loro situazione, al fine precipuo di ampliare l'accesso al processo e favorire il controllo giudiziario. Due sono gli effetti: sul versante teorico, la posizione dei terzi risulta ancora sprovvista di una dimensione soggettiva autonoma; sul piano applicativo, il processo porta i segni di una contradditoria sopravvivenza di residui oggettivi in un quadro complessivo ormai orientato alla tutela dei diritti.

Nella seconda parte, si è, pertanto, tentato di recuperare la dimensione soggettiva della posizione del terzo, ricostruendola alla luce del duplice requisito della qualificazione e della differenziazione, come elaborato dalla teoria generale delle posizioni soggettive. Questa operazione ha consentito di tracciare, all'interno della generale categoria dei terzi, una nitida distinzione tra i titolari di posizioni giuridiche (qualificate e differenziate) e quanti, invece, hanno, al pari di ogni consociato, un mero interesse alla legalità della azione amministrativa. I

primi, “terze parti” di un rapporto amministrativo multipolare, dovrebbero godere di una tutela piena, tanto nel procedimento quanto nel processo: dovrebbero infatti essere destinatari della comunicazione di avvio, avere la legittimazione processuale, nonché ricevere la notifica del ricorso, in un processo iniziato da altri, indipendentemente dall’essere o meno individuati nell’atto, perché è la legge che immediatamente tutela la loro posizione. I secondi, invece, dovrebbero ritenersi portatori, al pari di “chiunque”, di un interesse di fatto, giuridicamente non rilevante, che può essere considerato dalla amministrazione in sede di ponderazione (perché a questa categoria di terzi è comunque consentita la partecipazione al procedimento), ma non ha la dignità per essere ammesso in processo.

La tesi qui esposta, e più ampiamente sviluppata in un precedente lavoro⁹⁹, può, d’altra parte, andare incontro ad almeno due prevedibili obiezioni.

La prima fa leva sulla sopravvivenza di tratti oggettivi nella giurisdizione amministrativa, anche in ragione di alcune spinte provenienti dal diritto europeo: ha senso insistere sul completo allineamento della giurisdizione amministrativa a un modello soggettivo di tutela quando anche il diritto europeo, in alcuni ambiti almeno, concorre a tenere in piedi un sindacato di tipo oggettivo?¹⁰⁰

Una replica possibile è la seguente. Se si ritiene che la legalità soggettiva sia finalizzata a dare all’individuo «tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire»¹⁰¹, la legalità oggettiva, che mira, invece, a ristabilire la regola violata¹⁰², talvolta (tutte le volte in cui il diritto non attribuisce al singolo una posizione soggettiva) può determinare una ipergaranzia. Probabilmente, nella maggior parte dei casi, legalità soggettiva e legalità oggettiva coincidono, ma, se si accetta l’idea che il processo amministrativo sia rivolto alla tutela di situazioni individuali, dovrebbe sempre riconoscersi priorità assiologica alla prima. Questo non significa disconoscere l’opportunità (e, prima ancora, la legittimità) di scelte legislative volte a introdurre specifiche ipotesi di legittimazione allargata in settori ritenuti particolarmente sensibili, come del resto talora richiede appunto il diritto europeo¹⁰³. Quando ciò avviene, l’obiettivo non è quello di riesumare lo schema dell’interesse occasionalmente protetto, ma di introdurre particolari ipotesi di legittimazione a ricorrere (per es., delle associazioni) in ambiti nei quali

⁹⁹ G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi*, cit., pp. 3 ss.

¹⁰⁰ Di recente, sui caratteri oggettivi del diritto processuale europeo, R. BARENTS, *Eu procedural law and effective legal protection*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 1437 ss.

¹⁰¹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 1923, p. 81.

¹⁰² F. TOMMASEO, *I processi a contenuto oggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, pp. 495 ss.

¹⁰³ Sulla convergenza tra sistemi (soggettivi e oggettivi) di giustizia, anche indotta dal diritto europeo, v. B. MARCHETTI, *Il giudice amministrativo tra tutela soggettiva e oggettiva: riflessioni di diritto comparato*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 74 ss.

può rivelarsi difficile per i terzi azionare una pretesa individuale¹⁰⁴, nonostante la rilevanza del bene in gioco¹⁰⁵. È proprio la delicatezza di tale scelta che induce a ritenere che essa debba essere riservata al legislatore, inserito, a differenza del giudice, nel circuito democratico e dunque unico legittimato a compiere le scelte di valore cui l'ordinamento deve uniformarsi. Ciò che conta, in questo quadro, è che tali ipotesi restino una eccezione, di stretto diritto positivo, condizionata all'esistenza di puntuali previsioni normative.

La seconda obiezione è collegata alla precedente e riflette le incertezze sulla funzione che s'intende attribuire al processo amministrativo. È del tutto legittimo chiedersi se la tesi qui sostenuta non determini un ridimensionamento della funzione garantista collegata al processo, dal momento che una ridefinizione dei presupposti di legittimazione attiva può ridurre le occasioni di controllo sul potere. E ciò può apparire problematico in un contesto segnato, per un verso, dalla moltiplicazione di fattispecie di liberalizzazione e semplificazione, nelle quali la ritrazione del potere pubblico accresce il bisogno di assicurare la legalità¹⁰⁶; per altro verso, dalla scarsa effettività che, ancora oggi, riesce a garantire il sistema dei controlli amministrativi¹⁰⁷ o quello della responsabilità dirigenziale¹⁰⁸.

D'altra parte, però, è altrettanto legittimo chiedersi se le ragioni di sufficienza rispetto agli altri strumenti di *accountability* e di ripristino della legalità violata previsti dall'ordinamento siano sufficienti a tenere in vita una concezione oggettiva della giurisdizione. E, ancor prima, se quei motivi non determinano una

¹⁰⁴ Si pensi al settore della tutela ambientale, nel quale l'enunciazione delle posizioni soggettive è spesso impedita dalla mancanza di indici di differenziazione, posto che tutti possono vantare il diritto a vivere in un ambiente salubre ed è difficile l'enunciazione di posizioni autonomamente azionabili. Per es., nel caso *Trianel* (Corte giust., 12 maggio 2011, C-115/09), pur senza mettere in discussione i caratteri soggettivi del sistema processuale tedesco, il giudice europeo ha stabilito, sulla scorta della normativa europea in materia ambientale, che è necessario riconoscere in capo alle associazioni la legittimazione a ricorrere, in quanto l'esigenza di tutela si pone prima della (o a prescindere dalla) configurazione di diritti individuali. In proposito v. M.C. ROMANO, *Ordinamento amministrativo europeo, situazioni protette e oggetto del sindacato giurisdizionale tra Corte di giustizia e corti nazionali*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 104 ss.

¹⁰⁵ Questo spiega perché l'impatto oggettivizzante del diritto europeo si realizzi soprattutto in ordinamenti ispirati a modelli rigidamente soggettivistici, nei quali sono rintracciati dei veri e propri «limiti di legittimazione» (per questo concetto, G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 520).

¹⁰⁶ Nelle fattispecie s.c.i.a., per es., si ritiene che i terzi rappresentino lo «strumento di effettività delle norme pubblicistiche», assumendo il ruolo di «principali controllori della disciplina normativa»: così, M. RAMAJOLI, *La s.c.i.a. e la tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 352.

¹⁰⁷ Su cui, di recente, E. D'ALTERIO, *I controlli sull'uso delle risorse pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2015.

¹⁰⁸ In proposito, S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, spec. pp. 61 ss.

impropria commistione dei ruoli tra giudice e legislatore, oltre che una ridondante sovrapposizione tra strumenti di controllo diversi. Altresì legittimo è, infine, domandarsi se siano ancora sostenibili i costi legati alla pervasività di un controllo giurisdizionale orientato in senso oggettivo. Sotto questo profilo, sarebbe probabilmente utile una valutazione del problema della legittimazione che tenga conto sia degli apporti dell'analisi economica del diritto¹⁰⁹, sia dell'esperienza di altri ordinamenti, che leggono lo *standing* anche alla luce delle esigenze di economicità ed efficienza nel funzionamento della macchina giudiziaria¹¹⁰.

In definitiva, posto che la legalità è un bene prezioso, che ovviamente merita tutela, il punto è capire quale sia il miglior mezzo per assicurarla: può un processo di parti, costituzionalmente orientato alla tutela dei diritti, continuare a essere piegato a esigenze di garanzia della legalità oggettiva? Non si rischia, così, di assegnare al processo una missione impropria e distorsiva e di rimettere al giudice scelte di valore che spetterebbero al legislatore?

¹⁰⁹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, pp. 291 ss.

¹¹⁰ In proposito emblematica è l'esperienza statunitense, su cui v. K. A. COYLE, *Standing of Third Parties to Challenge Administrative Agency Actions*, in *California Law Review*, 1988, pp. 1061 ss; L. SCHULTZ BRESSMAN, *Judicial Review of Agency Inaction: An Arbitrariness Approach*, in *New York University Law Review*, 2004, pp. 1657 ss.; nonché, da ultimo, J.P. COLE, *An Introduction to Judicial Review of Federal Agency Action*, in <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44699.pdf>, pp. 6 ss.

GIUSEPPE TROPEA

Professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza ed
Economia dell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
giuseppe.tropea@unirc.it

**MOTIVAZIONE DEL PROVVEDIMENTO
E GIUDIZIO SUL RAPPORTO**

**MOTIVATION OF THE ADMINISTRATIVE ACT AND JUDGEMENT
ON THE LEGAL RELATIONSHIP**

SINTESI

L'articolo esamina le attuali tendenze giurisprudenziali in tema di motivazione del provvedimento amministrativo, e le connessioni che tale questione presenta con le trasformazioni del processo amministrativo, del suo oggetto, e del giudicato in rapporto alla successiva attività dell'amministrazione. In particolare, dopo aver considerato il problema del carattere formale o sostanziale della motivazione, e la possibilità di integrare quest'ultima in corso di giudizio, ci si chiede quale versione del c.d. giudizio "sul rapporto" controverso possa oggi essere compatibile con la persistente specialità del giudice amministrativo, nel tentativo di recuperare, per quanto possibile, la *ratio* originaria della legge sul procedimento amministrativo e, all'interno di essa, la natura sostanziale della motivazione del provvedimento. Questa soluzione, oltre ad apparire più in linea col dato positivo, ha il pregio di conciliare effettività della tutela e ragioni profonde della specialità e differenza del processo amministrativo, nonché di recuperare la centralità della motivazione della decisione, per come era stata pensata agli albori della l. n. 241/1990. Tale impostazione rievoca peraltro le correnti dottrinali che hanno mostrato come l'esercizio della funzione amministrativa si concretizzi in un potere/dovere di scelta, scomponibile in un momento conoscitivo (preordinato alla selezione ed all'accertamento del fatto) e in uno valutativo (volto alla individuazione delle possibili alternative decisionali ed alla conseguente scelta di quella reputata più idonea a risolvere il problema tecnico-giuridico), in cui la "decisione amministrativa" è destinata ad essere formalizzata nel provvedimento. Si conclude nel senso che è sull'asse della tradizionale limitazione del potere che sia opportuno continuarsi a muovere, sia pure nella consapevolezza di un assetto dell'ordinamento profondamente mutato, e che necessita, quindi, di risposte attualizzate. In tal senso, dopo le alterne fortune della motivazione del provvedimento amministrativo, e delle tendenze ad imbrigliare sempre più l'esercizio del

potere nelle maglie del giudicato, si esprimono forti perplessità sull'approdo rappresentato dalla piena “civilizzazione” del processo amministrativo, nell’ambito di un giudizio “sul rapporto” che appare ancora nebuloso e di incerta configurazione teorica.

ABSTRACT

The paper focuses on the current case-law trends with regard to the motivation of the administrative acts, by pointing out how this issue is linked to the transformation of the administrative judicial process, its subject matter, and *res judicata* in relation to the subsequent administrative activity. In particular, after considering the question of the formal or substantial nature of the motivation of the administrative acts, and the admissibility of its *ex-post* integration by the public administration during the trial, the author wonders which version of the so-called judgment “on the legal relationship” might be compatible currently with the persistent special nature of the administrative judicial process. The paper stresses the need to revitalize, as much as possible, the rationale originally behind the Italian administrative procedure Act (Law no. 241 dated 7 august 1990) and within it the substantial nature of motivation of the administrative acts. This solution is consistent with the Italian positive law, and reconciles the effectiveness of judicial protection with the deep-seated reasons for the specialty and the difference of the administrative judicial process, while at the same time restoring the central role played by the motivation of the administrative decisions, as originally conceived by Law no. 241/1990. This approach also echoes the doctrinal opinions stating that administrative function is a power/duty of choice, which includes both a cognitive (aimed at selecting and establishing the facts) and a evaluative moment (aimed at identifying possible alternative options for decision-making and consequently choosing the most appropriate one to solve the technical-legal problem), by which the “administrative decision” is to be formalized in the administrative act. The author concludes that the traditional axis of the limitations of power still stands, admittedly in a different context, requiring updated responses against the background of a changed environment. Considering the vicissitudes surrounding the motivation of administrative acts, and the trend towards trapping the exercise of power in the texture of *res judicata*, the author has considerable misgivings about the “equalization” between the administrative and civil judicial process, and points out that the judgment “on the legal relationship” still seems to be nebulous and uncertain.

PAROLE CHIAVE: motivazione, atti amministrativi, oggetto del processo, limiti del giudicato di annullamento, giudizio sul rapporto, dedotto e deducibile

KEYWORDS: motivation, administrative acts, object of the judicial process, limits of the judicial review, judgment on the legal relationship, claim preclusion

INDICE: 1. Premessa – 2. Derive: la “dequotazione” della motivazione, nonostante l’art. 3 l. n. 241/1990, e il problema della sua natura formale o sostanziale – 3. La motivazione successiva o

postuma – 4. Giudizio sul rapporto e dequotazione dei vizi formali e procedurali: un persistente margine di (sana) specialità per il giudice amministrativo? – 5. Approdi: il dedotto e il deducibile (ancora assente), fra prospettive di piena assimilazione e persistente centralità della decisione motivata – 6. Conclusioni

1. Premessa

Quanto il tema della motivazione del provvedimento amministrativo sia legato a quello del sindacato di legittimità del giudice, e muti con l’evolvere di quest’ultimo, può agevolmente evincersi richiamando il titolo di quella che resta l’opera più importante in argomento: *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, di Antonio Romano Tassone¹.

Come ha di recente osservato Guido Corso, in una attenta rilettura commemorativa dell’opera sopra citata², tale libro costituisce una sorta di spartiacque rispetto alle precedenti dottrine che al tempo in cui venne pubblicato si contendevano il campo, trovando poi nell’art. 3 della successiva l. n. 241/1990 il suggerito alle critiche rivolte sia alla concezione, più antica, c.d. “psicologica”³, che alla impostazione sostanzialistica⁴.

Come è ben noto, questo superamento avviene partendosi dalla premessa secondo cui la motivazione è un “discorso giustificativo”, rispetto al quale bisogna considerare l’uditario cui è rivolto, sì da tripartire le sue funzioni⁵. Non ci si soffermerà in questa sede su questo aspetto, pur fondamentale, della motiva-

¹ Milano, Giuffrè, 1987, spec. cap. III.

² G. CORSO, *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 463 ss.

³ Risalente a C.M. IACCARINO, *Studi sulla motivazione*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1933. Secondo A. ROMANO TASSONE, (*voce*) *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl., Appendice*, XIII, 1997, p. 684, alla concezione “psicologica”, all’“istinto del buon funzionario” (Cameo), la legge oppone le ragioni giuridiche “oggettive”, legate alle risultanze dell’istruttoria.

⁴ Ci si riferisce, evidentemente, a M.S. GIANNINI, (*voce*) *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 265 ss.: «ciò che balza in rilievo non è la motivazione, ma sono il motivo o il presupposto nella loro realtà effettiva (...) conta ciò che si è fatto, non ciò che si è dichiarato di voler fare». Sempre ad avviso di A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, *cit.*, p. 684, alla tesi sostanzialistica la legge oppone la necessità di un segno linguistico.

⁵ L’impostazione è dichiaratamente debitrice degli studi di Perelman e della c.d. “scuola della nuova retorica” (cfr., soprattutto, C. PERELMAN, L. OLBRICHTS-TYTECA, *Trattato sull’argomentazione*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, trad. it., Torino, Einaudi, 1966), e porta a distinguere la funzione della motivazione rispettivamente guardando: *a)* al soggetto inciso dal provvedimento (potenziale ricorrente); *b)* alla collettività organizzata (in termini di legittimazione democratica del potere); *c)* al giudice amministrativo. Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, *cit.*, p. 14.

zione del provvedimento. Ai nostri ben più limitati fini presenta maggiore interesse, invece, la questione se, archiviata la più antica tesi “psicologica”, anche quella “sostanzialistica”, compendiabile nella notissima formula gianniniana della “dequotazione” della motivazione, sia stata effettivamente superata.

Verrebbe da dire di no, in quanto i rilievi di Giannini andavano a toccare questioni di ampio respiro e potenziale sviluppo, proprio alla luce dell’evoluzione verso il giudizio sul rapporto, del quale – come è noto – il Maestro romano era un fervido sostenitore⁶. Sul punto, tuttavia, si impone una distinzione fra giurisprudenza teorica e pratica.

Negli scritti più importanti che hanno fatto seguito a quello di Romano Tassone, si pensi proprio a quelli di Corso⁷, ma anche (più di recente) agli studi di Giulia Mannucci⁸ e Antonio Cassatella⁹, pare condivisa, seppure attraverso diversi percorsi (chi puntando sull’idea che la l. n. 241/1990 prediliga il punto di vista dei destinatari dell’atto¹⁰, chi configurando la motivazione come espressione di un autonomo diritto di informazione del cittadino¹¹, chi elaborando il concetto di “responsabilità funzionale”¹²), l’aspirazione a contrastare il ridimen-

⁶ Basti leggere M.S. GIANNINI, A. PIRAS, (*voce*) *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, voce encyclopedica non a caso scritta assieme ad Aldo Piras. Sulle connessioni fra dequotazione della motivazione e sindacato più penetrante sull’esercizio del potere amministrativo, v., ancora, M.S. GIANNINI, *Motivazione dell’atto amministrativo*, cit., pp. 261 ss. Più di recente v. A. POLICE, (*voce*) *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, *Annali*, I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 49 ss. Osserva di recente M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, Relazione alle VIII Giornate Italo-Argentine di diritto amministrativo, Reggio Calabria, 28-29 ottobre 2016, in pubblicazione: «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 dell’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”».

⁷ Cfr., per tutti, G. CORSO, (*voce*) *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, V, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 774 ss.

⁸ Uno, nessuno, centomila. *Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, pp. 837 ss.

⁹ *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013.

¹⁰ G. CORSO, *Motivazione dell’atto amministrativo*, cit., pp. 785-787; ID., *Motivazione degli atti amministrativi e legittimazione del potere negli scritti di Antonio Romano Tassone*, cit., p. 470.

¹¹ G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit., p. 840.

¹² A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell’attività amministrativa*, cit., pp. 249 ss., osserva che «la selezione dell’alternativa idonea alla tutela del pubblico interesse non (può) essere rimessa al mero giudizio della amministrazione agente, ma (deve) tradursi nell’assunzione di una responsabilità funzionale riferibile alla decisione ed agli effetti ad essa riconducibili». Per alcuni rilievi

sionamento della portata applicativa dell'art. 3 l. n. 241/1990, in alcuni casi arrivando a prospettare addirittura la nullità del provvedimento privo di motivazione, ad onta di una granitica giurisprudenza schierata per l'annullabilità¹³.

A proposito di giurisprudenza pratica, nei due saggi più recenti appena citati, ben si schematizzano le diverse tendenze, in un caso distinguendo addirittura quattro filoni ricostruttivi: volontaristico, relazionale, dinamico, pluralistico¹⁴; nell'altro, più semplicemente, evidenziando le due diverse linee di fondo tradizionalmente ricorrenti: la garantista-formalista e la sostanziale-giurisdizionalista¹⁵.

Il punto è che questa seconda tendenza, più radicata e di lungo periodo,

su tale ricostruzione, seppure nell'ambito di un apprezzamento generale verso l'opera, cfr. la *Recensione* di G. MANFREDI, in *Dir. pubbl.*, 2015, pp. 695 ss., secondo il quale bisognerebbe limitarsi a valorizzare la dimensione normativa della motivazione, e contrastare la creatività giurisprudenziale in tema. Su quest'ultima, e su come nonostante l'art. 3 della l. n. 241/1990 l'obbligo di motivazione sia stato dalla giurisprudenza circoscritto (come in passato) ai provvedimenti discrezionali ed a quelli lesivi della sfera del singolo, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 254. Configura come "formale" il vizio relativo al difetto di motivazione, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 318.

¹³ Cfr. G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, *cit.*, pp. 885-886, secondo la quale, quando l'assenza di motivazione ostacola la comprensione del provvedimento, essa impedisce l'identificazione del suo oggetto, dunque ne determina la nullità ex art. 21-*septies* l. n. 241/1990. Viene qui ripreso L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti atti amministrativi*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, spec. pp. 1197 ss. Al netto di questa qualificazione, in tale lavoro comunque si critica la tesi della non necessità della motivazione rispetto agli atti vincolati e la sua dequotazione in quelli discrezionali attraverso l'applicazione dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990. Invece, secondo A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, *cit.*, spec. pp. 287 ss., il termine "provvedimento" andrebbe «inteso come la sineddoche di "decisione motivata", cui è data una definitiva struttura giuridica al termine della fase decisoria, quando viene assunta la responsabilità della scelta maturata sulla base dei dati in possesso dell'amministrazione. Ciò porta a qualificare la stessa motivazione discorsiva come elemento essenziale del provvedimento che contraddistingue il passaggio dalla "decisione" individuata sulla base delle risultanze dell'istruttoria all'atto giuridico tipizzato in concreto (...) Può quindi cogliersi la correlazione biunivoca fra "dovere di motivare" come fase necessaria del procedimento di formazione della decisione e "motivazione discorsiva" come elemento essenziale del provvedimento». Su questa interessante ricostruzione si tornerà *infra*, considerandone i risvolti di ordine processuale.

¹⁴ A. CASSATELLA A., *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, *cit.*, spec. cap. III: nella ricostruzione "volontaristica" la motivazione reale prevale su quella formale; in quella "relazionale" viene valorizzata la motivazione formale, nell'ambito della relazione che si instaura fra amministrazione e privato; in quella "dinamica" essa appare correlata alla partecipazione all'esercizio del potere; in quella "pluralistica" emergono le eterogenee funzioni dell'istituto.

¹⁵ G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 838, e *passim*: nella logica garantista-formalista prevale un'idea legalitaria dell'azione amministrativa, che assegna alla forma un autonomo rilievo ai fini del sindacato sulla legittimità dell'atto; quella sostanziale-giurisdizionalista (indicata come "dominante") sottende un'idea efficientistica, più attenta al "risultato", e nega l'autonomo rilievo del vizio della motivazione.

di fatto si consolida con la l. n. 15/2005, di riforma della l. n. 241/1990, attraverso l'art. 21-*octies*, co. 2. Quest'ultima novella, che “decostruisce” la *ratio* originaria della l. n. 241/1990, nella prospettiva sostanzialistica in cui l'aveva concepita Mario Nigro¹⁶, per quanto qui interessa comporta una duplice alterazione dell'obbligo di motivazione¹⁷: *a)* sostanziale, nella parte in cui tale obbligo viene spesso ridotto a “vuoto simulacro”; *b)* processuale, invertendo l'ordine logico-cronologico procedimento/processo e imponendo al privato di attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione¹⁸. Ovviamente il discorso non può essere scisso dagli scenari di possibile mutamento dell'oggetto del processo amministrativo che negli stessi anni va maturando, sulla scorta della sentenza Cass., Sez. un., 22 luglio 1999, n. 500¹⁹ e della l. n. 205/2000.

È opportuno a questo punto dar conto, in prima battuta, di tali *derive*, scandite dai seguenti passaggi, ciascuno in sé molto discutibile: *i)* difetto di motivazione come vizio formale; *ii)* applicabilità al caso *de quo* dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990; *iii)* ammissibilità della motivazione “successiva” o “postuma”.

Indi, dopo aver evidenziato come proprio su questo terreno può oggiaversi più di un dubbio sul transito verso un processo amministrativo effettivamente sul rapporto controverso (che si misura sull'effettiva applicabilità del principio del dedotto e del deducibile), si considererà di un secondo profilo, forse meno investigato, relativo ai legami fra motivazione ed effetto conformativo del giudicato, nell'ottica della c.d. consumazione del potere. Qui, invece, si registrano recenti interessanti *approdi*, che consentono, forse, di recuperare la centralità del fenomeno decisionale, nella sua tradizionale chiave epistemologica, oltre che di riscoperta del senso originario della l. n. 241/1990²⁰.

¹⁶ Cfr., sul punto, 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, pp. 459 ss.

¹⁷ Cfr., ancora, 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*, cit., p. 473.

¹⁸ R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 273.

¹⁹ In *Foro it.*, 1999, p. 2487, con nota di F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi alla affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*.

²⁰ Ove ciò sia comunque possibile, cosa per niente scontata, ma questa volta soprattutto alla luce di quello che essa è diventata, assumendo progressivamente un rilievo centrale nel fissare i modi delle interazioni tra potere pubblico e iniziativa economica privata, anche alla luce delle novelle degli ultimi anni, soprattutto, da ultimo, della legge Madia e di taluni suoi decreti delegati. Sul punto, sia consentito il rinvio a G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 107 ss.

2. Derive: la “dequotazione” della motivazione, nonostante l’art. 31. n. 241/1990, e il problema della sua natura formale o sostanziale

Come è ben noto, diversi sono i segnali che in passato, anche prima del trittico rappresentato dalla sentenza n. 500/99, dalla l. n. 205/2000 e dalla l. n. 15/2005, hanno fatto parlare di “dequotazione” della motivazione, con prevalenza del momento sostanziale-giurisdizionale su quello garantista-formale.

Scontato il richiamo alla giurisprudenza²¹ che confina l’obbligo di motivazione ai provvedimenti discrezionali²², o lo esclude per i provvedimenti favorevoli conformi alle istanze dei privati e non lesivi delle posizioni di terzi. Di più. Sempre su un crinale sostanzialista si colloca quella impostazione che, andando oltre la previsione di cui all’art. 3, co. 3, l. n. 241/1990, reputa l’obbligo di motivazione non violato quando, anche a prescindere dal tenore letterale dell’atto finale, i documenti dell’istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l’iter motivazionale della determinazione assunta²³. Queste tendenze, peraltro, presentano risvolti processuali, al di là della questione della motivazione successiva: si pensi all’orientamento in base

²¹ Per un’analisi critica della quale si rinvia A R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 243 ss.; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 300 ss.

²² Invero, è percepibile una dequotazione della motivazione anche nei casi di provvedimenti largamente discrezionali. Si pensi al caso dell’atto del Ministro dell’Interno, non motivato, con cui si è negata a un cittadino etiope la cittadinanza italiana. Secondo il Consiglio di Stato (Sez. IV, 7 novembre 2002, n. 6063, in *Foro amm Cds*, 2002, p. 2808), la valutazione dell’amministrazione, in tali circostanze, è «*largamente discrezionale*», implicando un esame complesso dei motivi che spingono il soggetto a scegliere la nazionalità italiana e delle sue possibilità di rispettare i doveri di solidarietà economica e sociale imposti dalla Costituzione. Secondo il g.a., nel caso in questione l’istruttoria effettuata dimostra che il richiedente ha «dichiarato redditi di ammontare abbastanza modesto», il che fa presumere «la sussistenza di elementi idonei ad escludere l’interesse pubblico alla concessione della cittadinanza italiana», e quindi «la sufficienza, sulla base delle risultanze istruttorie, di quanto esternato nel provvedimento». Ritiene il Consiglio di Stato che tale decisione costituisce un corollario di una visione non meramente formale dell’obbligo di motivazione, desumibile dall’art. 97 Cost. Su tale caso, con osservazioni critiche, v. G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, cit., pp. 901 ss.

²³ Cfr. Cons. St., Sez. V, 20 maggio 2010, n. 3190, in *Foro amm Cds*, 2010, p. 1046. In dottrina si parla, in questo caso, di motivazione “*implicita*”, per distinguerla dalla motivazione *per relationem*: cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 263. Secondo autorevole dottrina, peraltro, solo in questo caso potrebbe ammettersi il carattere non invalidante del vizio di motivazione: «Se il fondamento legale e fattuale dell’atto è sicuramente identificabile ed il contenuto di questo non dà luogo ad incertezza, la conoscenza cui il requisito della motivazione è preordinato risulta in concreto assicurata nei confronti di tutti i suoi possibili destinatari: si potrebbe quindi dire che, essendo normativamente predeterminati i presupposti e le conseguenze del provvedimento, la motivazione è implicita». Così F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 433.

al quale per la piena conoscenza dell'atto, da cui decorre il termine di impugnazione, è sufficiente la cognizione degli elementi essenziali del provvedimento, tra i quali non è compresa la motivazione, che rileva ai soli fini della proposizione dei motivi aggiunti²⁴.

I nodi vengono al pettine con l'art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990, vero “capo delle tempeste” del dibattito in materia, e crocevia fondamentale cui finisce per riconnettersi pure la questione, a cavallo fra procedimento e processo, della motivazione postuma. Al netto delle molteplici *querelle* che la disposizione ha suscitato, e che qui non possono approfondirsi²⁵, la domanda fondamentale che si è posta è la seguente: il difetto di motivazione costituisce vizio formale o sostanziale? Una certa giurisprudenza ha fatto applicazione della clausola di non annullabilità, considerando il difetto di motivazione come vizio di carattere meramente formale, come tale irrilevante, anche se astrattamente fondato, quando il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato²⁶.

La dottrina ha spesso contestato tale approccio²⁷, richiamando il dato positivo (non solo l'art. 3, ma anche l'art. 2, co. 1, secondo alinea, della l. n. 241/1990, dopo le modifiche della l. n. 190/2012)²⁸, il diritto euro-unitario (in

²⁴ Per tale rilievo, 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*, *cit.*, p. 473, nota 26, con richiami di giurisprudenza sul punto.

²⁵ Si rinvia sul punto, anche per l'ampia indicazione di letteratura e giurisprudenza (anche europea), al recente lavoro monografico di P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2015.

²⁶ Sul fatto che la riforma del 2005 abbia rinverdito la problematica relativa all'inserimento del difetto di motivazione tra i vizi formali o sostanziali del provvedimento amministrativo, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, *cit.*, p. 244.

²⁷ Tra le prime, cfr. Tar Veneto, 11 marzo 2005, Sez. II, n. 935, in *Foro amm. Tar*, 2005, p. 644.

²⁸ Si v. i sopra citati lavori di RAMAJOLI, MANNUCCI e CASSATELLA, cui si aggiunga, per l'autorevolezza, la netta presa di posizione a favore di un'idea sostanziale di motivazione di F.G. SCOCÀ, *I vizi formali nel sistema delle invalidità dei provvedimenti amministrativi*, in *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo*, a cura di V. Parisio, Milano, Giuffrè, 2004, p. 71.

²⁹ Per vero sulla norma in questione, che come è noto impone all'amministrazione di dover provvedere con motivazione semplificata anche su istanze manifestamente inammissibili, vi sono contrapposte interpretazioni circa la sua finalità verso un rafforzamento effettivo del principio di trasparenza e di una nozione “forte” e sostanziale di motivazione. In questo senso si pone l'esegesi di quell'autore che, di fatto, ha teorizzato la disposizione in questione prima della sua introduzione nel 2012: M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande “inammissibili” o “manifestamente infondate”*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 103 ss. Diversa, e critica, l'interpretazione di 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*), il quale ritiene che tale obbligo contraddica in realtà l'apparente esigenza di trasparenza sottesa a tale scelta legislativa, ponendosi

particolare l'art. 296 TFUE, che richiede la motivazione per tutti gli atti delle istituzioni comunitarie, inclusi quelli normativi) - anche guardando alla nozione di "forma sostanziale", addirittura motivo d'ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE³⁰ - e il diritto a una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE³¹. Da ciò la diffusa osservazione secondo cui trattasi di vizio sostanziale.

Può essere interessante, sul punto, richiamare sin d'ora un recente arresto della Corte costituzionale, l'ord. 26 maggio 2015 n. 92³², che pare confermare quest'ultimo assunto, seppure sulla base di un discorso più ampio, legato al tema del giudizio sul rapporto; su tale pronuncia, ingiustamente sottovalutata in letteratura, si tornerà subito appresso, affrontando l'annosa questione della motivazione successiva o postuma.

3. La motivazione successiva o postuma

È su quest'ultima cangiante figura, a questo punto, che bisogna soffermarsi, poiché essa, più di ogni altra, oltre a riproporre le questioni problematiche sopra accennate, ha la peculiarità di farlo nell'ottica dei rapporti diritto sostanziale/diritto processuale, procedimento/processo, oltre a richiamare il complesso tema del transito verso la terra, ancora invero piuttosto incognita, del giudizio amministrativo "sul rapporto controverso".

Come anche chi scrive ha tentato di dimostrare³³, la locuzione motivazione successiva o postuma può sottendere diversi fenomeni, compendiabili, quanto

così in contrasto coi canoni costituzionali del buon andamento, oltre ad apparire irrazionale anche alla stregua dei limiti al controllo giudiziario sul mancato esercizio del potere discrezionale puro (in questo senso, quindi, tale norma, specie nella parte in cui richiama il riferimento al punto di fatto e di diritto ritenuto risolutivo, rischierebbe di «rafforzare quell'opera di svilimento sempre più incalzante che la giurisprudenza nostrana segue con forza dal 2005, dopo l'entrata in vigore dell'art. 21 octies»).

³⁰ V., ad es., Corte giustizia CE, 2 dicembre 2009, C-89/08 P, *Commissione/Irlanda e a.*, punto 34, in *Ragusan*, 2010, p. 194. *Amplus*, su tale giurisprudenza, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 35-37, 173, il quale osserva, inoltre, che nella giurisprudenza comunitaria non è considerata ammissibile la c.d. integrazione postuma della motivazione, essendo l'unica scissione ammessa quella della motivazione *per relationem*. Sulla rilevanza del principio della motivazione nel diritto dell'Unione europea v. anche B. MARCHETTI, *Il principio di motivazione. Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 521 ss.

³¹ Sul punto, da ultimo, P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., spec. cap. I, e *passim*.

³² In *Giur. cost.*, 2015, p. 784.

³³ Cfr. G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 531 ss.

meno³⁴, nei seguenti: *a)* integrazione della motivazione mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi; *b)* opera del giudice amministrativo, allorché fondi il proprio convincimento utilizzando atti non richiamati dalla motivazione (c.d. motivazione “*implicita*”); *c)* integrazione effettuata della pubblica amministrazione attraverso l’emanazione di un autonomo provvedimento di convalida. Questa distinzione incide, evidentemente, sui margini di ammissibilità del fenomeno, anche per quella giurisprudenza che appare in linea di massima più aperturista, la quale, come si dirà, tende ad ammettere, seppure con dei limiti, i casi sub *b*) e *c*), e ad escludere quello sub *a*)³⁵. Della motivazione “*implicita*” si è già detto; della convalida in corso di giudizio, o successivamente alla sentenza costitutiva di annullamento, si dirà, non senza ricordare sin d’ora come la lettura restrittiva, derivante dall’art. 6 della l. n. 249/1968, che limitava la convalida in corso di giudizio al solo vizio di incompetenza, sembra oggi superata³⁶, anche alla luce delle più recenti letture dell’art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 che, sulla scorta della riforma Madia, valorizzano l’autotutela in chiave conservativa³⁷.

³⁴ Talora in giurisprudenza si parla di motivazione postuma, impropriamente, per indicare casi in cui è il giudice che, andando *ultra petita*, dunque decidendo in violazione dell’art. 112 c.p.c., respinge un ricorso per motivi diversi da quelli contenuti nell’atto di diniego, e non avversati dal ricorrente. È quanto avvenuto di recente con riguardo a un diniego di patrocinio legale nei confronti di un collaudatore e di un direttore dei lavori di un appalto pubblico, assolti dalla Corte dei conti. Il provvedimento nega il patrocinio, in base all’assunto che essi non possono essere considerati dipendenti della Regione, mentre il giudice di primo grado respinge il ricorso in quanto i ricorrenti si troverebbero in situazione di conflitto di interesse e la causa non sarebbe penale o civile (come impone la norma regionale rilevante nella fattispecie). Per completezza si noti come, in questa vicenda, a sostegno della tesi dell’inammissibilità della motivazione postuma, viene richiamato l’art. 34, co. 2 c.p.a. (forse proprio a causa della suddetta impropria assimilazione). Cfr. Cons. St., Sez. V, 27 gennaio 2016, n. 279, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Cfr., da ultimo, Tar Marche, Sez. I, 30 dicembre 2016, n. 761, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: «L’atto amministrativo deve recare l’indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che ne hanno determinato l’adozione in relazione alle risultanze dell’istruttoria, con la conseguenza che sussiste il difetto di motivazione soltanto laddove non sia possibile ricostruire il percorso logico giuridico seguito dall’Autorità emanante; peraltro tale obbligo non può ritenersi violato qualora, anche a prescindere dal tenore letterale dell’atto finale, i documenti dell’istruttoria offrano elementi sufficienti e univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l’iter motivazionale posti a sostegno della determinazione assunta; tali condensabili principi vanno però integrati con il generale divieto di motivazione postuma dell’atto amministrativo; in particolare, la stessa può essere ricostruita attraverso gli atti del procedimento amministrativo, così come può ipotizzarsi che l’Amministrazione convalidi il provvedimento integrandone in un secondo momento la motivazione; ma l’integrazione della motivazione deve pur sempre avvenire da parte dell’Amministrazione competente, mediante gli atti del procedimento medesimo o mediante successivo provvedimento di convalida».

³⁶ Per un tentativo di estendere in via interpretativa il principio di cui all’art. 6 della l. n. 249/1968, v. G. TROPEA, *La c.d. motivazione “successiva” tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, cit., § 8.

³⁷ Cfr. R. RAMAJOLI, *L’annullamento d’ufficio alla ricerca di un punto d’equilibrio*, in www.giustamm.it, § 4.

Come è noto la tesi maggioritaria, almeno sino alla riforma del 2005 della l. n. 241/1990, debitrice dell'impostazione garantista-formale, nega l'ammissibilità della motivazione postuma, sulla base di diversi argomenti, qui di seguito sintetizzati³⁸: *a)* necessaria contestualità della motivazione rispetto alla formazione del provvedimento adottato, anche alla luce dell'art. 3 l. n. 241/1990, che fa riferimento alle ragioni che “hanno determinato” la decisione dell'amministrazione, ancorando il dato temporale della motivazione al momento dell'adozione dell'atto; *b)* garanzia per il cittadino, che altrimenti sarebbe costretto a ricorrere “al buio”; *c)* sempre sul piano delle tutele, con implicazioni teoriche più ampie, la già riportata idea secondo cui con la motivazione successiva si invertirebbe l'ordine logico-cronologico procedimento/processo, imponendosi al privato di attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione; *d)* l'idea, più strettamente processuale, e che chiama in causa il tema del seguito delle sentenze di annullamento, secondo cui all'annullamento dell'atto, per mancanza o insufficienza della motivazione, non è scontato che debba far seguito altro atto con un contenuto sostanzialmente identico³⁹.

La diversa impostazione sostanzialista-giurisdizionale, al netto della limitare fattispecie della motivazione “implicita”, ribalta tali assunti essenzialmente fondandosi, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/1990 (la cui applicabilità ai vizi relativi alla motivazione è, come detto, molto discussa, come *a fortiori* lo è l'idea che tale norma legittimi nel sistema la motivazione successiva), sul richiamo ad un preteso transito dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto.

Su tutte, possono richiamarsi due note sentenze, separate dall'importante spartiacque rappresentato dal biennio 1999/2000 (sentenza n. 500/1999; l. n. 205/2000).

Secondo la decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 20 aprile 1993, n. 149⁴⁰, infatti, il tradizionale indirizzo restrittivo

³⁸ La sintesi è tratta da M. CAPORALE, *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, nota a Cons. St., Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018, in *Giur. it.*, 2014, p. 1696.

³⁹ Cfr. M. OCCHIENA, *Il diritto di integrazione in giudizio della motivazione ed il dovere di comunicare l'avvio dei procedimenti ad iniziaviti di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, pp. 535 ss.

⁴⁰ Sulla quale v., con accenti diversi, A. ZITO, *L'integrazione in giudizio della motivazione: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 580 ss.; S. GIACCHETTI, *Fontanazzi giuridici: l'integrazione in corso del giudizio del provvedimento impugnato*, *ivi*, 1995, pp. 20 ss. Per una sorvegliata ed autorevole impostazione, in quell'importante momento giurisprudenziale di passaggio, si v. F. LEDDA, *Efficacia del processo ed ipoteca degli schemi*, in *Per una giustizia amministrativa più celere ed efficace*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 91 ss., nonché in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002.

non è più rispondente «né al principio di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa né al principio di economicità ed efficacia dell'azione giurisdizionale né al principio di giustizia nell'amministrazione», soprattutto dopo l'asserita progressiva trasformazione del processo amministrativo in giudizio sulla “fondatezza della pretesa”, sul “bene della vita”, piuttosto che giudizio sull'atto e sulla sua (formale) legittimità.

Sulla stessa scia, ma con in aggiunta considerazioni attente alla effettività della tutela del cittadino e al principio di parità delle parti, si pone la sentenza del Tar Lazio, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398⁴¹, in tema di tutela dei consumatori da parte dell'AGCM con riguardo al contenuto di messaggi pubblicitari relativi alla scontistica su prezzi del carburante. Qui, in aggiunta, si tiene conto delle sopravvenienze del biennio 1999/2000: dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 500/1999 discende la necessità di consentire all'amministrazione di rimediare alla illegittimità del proprio operato; dall'art. 1 della l. n. 205/2000, invece, la possibilità di compensare il ricorso “al buio”, attraverso motivi aggiuntivi avverso i nuovi atti emessi in corso di giudizio, figura processuale di cui si dà una (discutibile) lettura “forte”, come attestante l'avvenuto passaggio ai lidi del giudizio sul rapporto⁴².

La più recente giurisprudenza, dal canto suo, a questi profili problematici accosta il difficile confronto con l'art. 21-*octies*, co. 2, che, come detto, in taluni casi è parso ulteriormente legittimare la motivazione postuma, anche se le posizioni restano piuttosto variegate, dipendendo esse dal considerare la motivazione come elemento formale o sostanziale⁴³. In taluni casi, peraltro, si propongono

Bisogna pure considerare la peculiarità della vicenda, in cui venivano in rilievo esigenze di riservatezza connesse alla salvaguardia dell'ordine pubblico. In particolare, si trattava di un provvedimento ministeriale di diniego della concessione per l'impianto e l'esercizio di un ponte radio ad una ditta di pompe funebri genericamente motivato, ma giustificato, secondo quanto dedotto in giudizio dall'Avvocatura dello Stato, dalle informazioni delle autorità locali circa i precedenti penali del richiedente. In tal senso, venendo a giurisprudenza più recente, non sembra un caso che si manifesti maggiore indulgenza per quella forma di integrazione della motivazione, icasticamente denominata *discovery “in progress”*, in tema di interdittive antimafia, per le quali si ritiene fisiologico che l'emersione dei fatti e degli atti a supporto dell'informativa avvenga mediante produzioni documentali successive, anche in corso di giudizio, trattandosi spesso di fasi infra-procedimentali non pubbliche, ed anzi connotate da ontologici profili di riservatezza, se non di segretezza. Cfr., ad es., Tar Reggio Calabria, Sez. I, 19 settembre 2016, n. 927, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ In *Foro amm. Tar*, 2002, p. 511, con nota di D.U. GALETTA, *Recenti novità in tema di illegittimità del provvedimento amministrativo affetto da c.d. vizi formali*.

⁴² Sul punto v. G. TROPEA, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 453-454.

⁴³ Sulla «circolarità» di tali affermazioni giurisprudenziali, che prima forzano la portata normativa dell'art. 21-*octies* per ricomprendervi il difetto di motivazione, e poi ritornano alla norma

prudenti tentativi di mediazione e di “canonizzazione”⁴⁴, ammettendosi la motivazione postuma alla ricorrenza di precisi presupposti, ovvero quando l’omessa motivazione: *a) non abbia leso il diritto di difesa dell’interessato; b) in fase infra-procedimentale risultino percepibili le ragioni sottese all’emissione del provvedimento gravato; c) si tratti di atti vincolati.*

È di tutta evidenza come tali tentativi, come sovente accade per tutte le tesi “medianе” e di compromesso, da un lato rischiano di scontentare tutti, dall’altro si riagganciano ad aspetti e fattispecie che – pur sottendendo la comune istanza sostanzialista-giurisdizionale (seppure nel caso di specie “al ribasso”, là dove si fa riferimento ai soli atti vincolati) – o non sono particolarmente originali rispetto al passato, o comunque non aiutano a far procedere innanzi il discorso relativo ai rapporti fra decisione motivata e giudizio sul rapporto. Semmai, sentenze di questo genere possono essere interessanti nella parte in cui toccano anche il tema – come si dirà, connesso – dei limiti del giudicato di annullamento e dell’attività ad esso successiva⁴⁵.

Sul punto, invece, è più utile esaminare una recente ordinanza di inammissibilità della Corte costituzionale, che, pur nella sua stringatezza, sembra dischiudere svariate questioni d’interesse, con riguardo sia alla collocazione del difetto di motivazione fra i vizi formali o sostanziali, sia – soprattutto – ai collegamenti fra motivazione postuma e giudizio sul rapporto. Anticipiamo subito che tale pronuncia, lunghi dall’uniformarsi alla diffusa *vulgata* del processo amministrativo

stessa per giustificarne l’integrazione postuma, v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 279.

⁴⁴ Così M. CAPORALE, *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, cit. La sentenza è quella commentata dall’Autrice, ovvero Cons. St., Sez. IV, n. 1018/2014, cit. (sulla stessa linea, in precedenza, Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194, in *Foro amm. CdS*, 2013, p. 2104). Più di recente, propende per l’inammissibilità della motivazione postuma, nonostante l’art. 21-octies, co. 2, l. n. 241/1990, Cons. St., Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3194, in *Foro amm. CdS*, 2016, p. 1799.

⁴⁵ Così è avvenuto proprio in Cons. St., Sez. IV, n. 1018/2014, cit., secondo cui: «Dopo il passaggio in giudicato di una sentenza nei confronti della P.A., occorre che la controversia fra l’Amministrazione e l’amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l’Amministrazione proceda più volte all’emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuzioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli all’originario ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. A tal fine è necessario affermare il principio secondo cui all’Amministrazione - dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - ha l’obbligo di esaminare l’affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, l’insieme delle questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati. Tale regola può soffrire di una limitata eccezione unicamente in relazione a rilevanti fatti sopravvenuti o che non sono stati esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell’Amministrazione ovvero su una nuova normativa (purché essa non persegua il fine di incidere sull’esercizio della funzione giurisdizionale, ché altrimenti si dovrebbe dubitare della compatibilità costituzionale della stessa)».

come giudizio “sul rapporto”⁴⁶, pare preservarne una persistente specialità rispetto a quello civile, in ciò trovando conferme anche nella più recente giurisprudenza amministrativa.

4. Giudizio sul rapporto e dequotazione dei vizi formali e procedurali: un persistente margine di (sana) specialità per il giudice amministrativo?

L’ord. n. 92/2015 riguarda un caso relativo ad un preteso indebito recupero previdenziale, in cui si lamenta l’impossibilità di comprendere le ragioni di fatto e di diritto della disposta ripetizione; peraltro, l’amministrazione previdenziale ha 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 dell’amministrazione, 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 procedurali, primo fra tutte l’obbligo di motivazione, di cui all’art. 3 l. n. 241/1990. Per inciso, si osservi come proprio la Corte dei conti, in più occasioni, ha sottoposto – senza effettivo seguito – alla Corte di Giustizia questioni assai delicate proprio in tema di obbligo di motivazione e di compatibilità col diritto europeo della prassi dell’ammissibilità di integrazione giudiziale della motivazione⁴⁷.

⁴⁶ Basti pensare alle note sentenze Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, con nota di A. GIANNELLI, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell’atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione* e Cons. St., Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Dir. proc. amm.*, 2012, con nota di L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della S.c.i.a. e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 15/2011 e nell’art. 19, comma 6-ter, della legge n. 241/90*. In dottrina, nell’ambito di un dibattito tuttora molto acceso, si v. le diverse posizioni di R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il codice del processo amministrativo*; ID., *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*; ID., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo*, tutti in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, *passim*, fortemente sorvegliata; e di G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 479 ss.; ID., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, *ivì*, 2014, pp. 585 ss., invece molto più possibilista su tale definizione dell’oggetto del giudizio amministrativo. Aperture pure in A. POLICE, *Il cumulo di domande nei “riti speciali” e l’oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 1197 ss.

⁴⁷ Cfr., ad. es., Corte conti, Sez. giur. Sic., 28 settembre 2010, n. 330, in *Dir. e giust.*, 2010. Secondo la Corte l’art. 1 della l. n. 241/1990 reca un rinvio diretto ed incondizionato ai principi tratti dall’ordinamento giuridico dell’Unione. Così, occorrerebbe considerare che l’obbligo di

In un successivo *obiter dictum*, si osserva che, in ogni caso, il difetto di motivazione non può essere assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, sicché la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-*octies*, co. 2, l. 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. Infine, la questione viene giudicata del pari inammissibile, allo stesso modo di quanto avvenuto in

motivazione di cui agli artt. 296, co. 2, TFUE e 41, n. 2, lett. c, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea si applica a tutte le attività dell'amministrazione italiana, sia a quelle espletate nell'attuazione del diritto dell'Unione sia a quelle svolte nell'esercizio di proprie competenze. Di qui la sottoposizione alla Corte di Lussemburgo delle questioni pregiudiziali se, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 241/1990, sia compatibile con il diritto dell'Unione europea l'interpretazione e l'applicazione delle predette norme nazionali, secondo la quale gli atti paritetici, ossia inerenti diritti soggettivi, comunque vincolati (si trattava di un lamentato difetto di motivazione di un atto di diniego di un trattamento pensionistico), possano sfuggire all'obbligo di motivazione e se, secondo una certa interpretazione dell'art. 21 *octies*, sia compatibile ed ammissibile la possibilità per l'amministrazione di integrare la motivazione del provvedimento amministrativo in sede processuale. La Corte di Giustizia europea non ha sinora dato seguito a queste istanze. Si v., sul punto, la nota "sentenza Cicala": Corte giustizia UE, Sez. III, 21 dicembre 2011, in causa C-482/10, *Cicala*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2012, p. 667, con nota di D.U. GALETTA, che nega la diretta applicabilità in fattispecie puramente domestiche di specifiche regole procedurali, quali l'obbligo di motivazione siccome previsto dagli artt. 296, co. 2, TFUE e 41, n. 2, lett. c), della Carta dei diritti fondamentali. Su tale giurisprudenza, che da un lato ha "gioco facile" nel ritenere che il rinvio operato dall'art. 1 della l. n. 241/1990 non consenta di "esportare" a livello europeo le eventuali problematiche interpretative nazionali, ma che, dall'altro, sembra comunque far emergere l'estraneità al diritto U.E. della tendenza a dequotare la rilevanza delle violazioni delle garanzie procedurali, cfr. P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 280 ss. Più di recente, peraltro, si v. Corte giustizia UE, Sez. II, 15 ottobre 2015, in causa C-137/14 (in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 314-315, con il commento di L. BERTONAZZI, *Un anno di giurisprudenza: rassegna*), secondo la quale la Germania, in applicazione dell'art. 46 della legge sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*), limitando l'annullamento delle decisioni per vizio di procedura all'assenza di valutazione o di esame preliminare dell'impatto ambientale e ai casi in cui il ricorrente dimostra che il vizio di procedura presenta un nesso di causalità con il risultato della decisione, ha violato gli obblighi derivanti dall'art. 11 della dir. 2011/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati. Può essere utile notare, ai nostri fini, che secondo la Corte (§ 60 della sentenza) la violazione del diritto può essere esclusa solo qualora l'autorità giurisdizionale o l'organo presi in considerazione dall'art. 11 della dir. 2011/92 siano in grado di ritenere – senza far gravare sul richiedente l'onere della prova del nesso causale – che la decisione contestata non sarebbe stata diversa in assenza del vizio di procedura invocato da detto richiedente. Al netto della specificità della questione (ambientale), che evidentemente ha avuto un ruolo centrale nella decisione, e venendo al nostro art. 21-*octies*, co. 2, l. n. 241/1990, ci si potrebbe chiedere a questo punto se, per un verso, essa sconfessi una certa prassi giurisprudenziale nostrana volta a ribaltare l'onere probatorio di cui alla disposizione precedente (che, come è noto, finisce per gravare in capo al ricorrente, che non può limitarsi a proporre un vizio formale), ma nello stesso tempo, se così è, possa aprire spazi proprio per difese processuali dell'amministrazione, se non addirittura per interventi officiosi del giudice, volti a dimostrare l'assenza di nesso causale tra violazione formale e contenuto sostanziale della decisione.

passato con riguardo al tema della sufficienza del voto numerico nei pubblici concorso⁴⁸, altro fronte su cui si è avuta un’erosione della portata applicativa dell’art. 3 l. n. 241/1990, in quanto diretta a ricevere un improprio avallo a una determinata interpretazione della norma censurata, operazione, questa, tanto più inammissibile in presenza di indirizzi giurisprudenziali non del tutto stabilizzati.

Sicché, per la parte che in questa sede maggiormente interessa, si prospetta una netta divaricazione tra processo su diritti soggettivi, pienamente rientrante nel modello del processo sul rapporto, nel quale il problema dell’omessa motivazione (e del suo eventuale recupero in corso di giudizio)⁴⁹ non si pone proprio, valutando il giudice la sussistenza o meno della pretesa, e giudizio amministrativo in cui, essendo pianamente applicabile la l. n. 241/1990, il problema non si pone comunque, alla luce di una lettura – come detto, non scontata – del difetto di motivazione come vizio sostanziale. Più nello specifico, la Corte costituzionale considera la motivazione del provvedimento «il presupposto, il fondamento, il baricentro e l’essenza stessa del legittimo potere amministrativo (...) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell’art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti».

Ci sembra che tale pronuncia rappresenti un (salutare) “passo indietro”, rispetto a quella diffusa tendenza ad avvicinare il processo (*lato sensu*) civile a quello amministrativo, sotto le accomunanti insegne della incerta e sfumata locuzione “giudizio sul rapporto controverso”⁵⁰. Gli indici sintomatici di tale progressivo avvicinamento sarebbero, in larga parte, gli stessi che hanno condotto

⁴⁸ Cfr. Corte cost., 3 novembre 2000, n. 466, in *Giur. cost.*, 2000, p. 6; ID., 6 luglio 2001, n. 233, in *Giur. cost.*, 2001, p. 4; ID., 27 gennaio 2006, n. 28, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1. Più di recente, ancora Corte cost. (ord.), 17 marzo 2017, n. 58, in www.giurcost.org, ha ribadito la manifesta inammissibilità della questione di costituzionalità dell’art. 21-octies, stante la sostanziale identità delle questioni e delle relative argomentazioni.

⁴⁹ Cfr., ad es., in tema di trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva, Cass., Sez. lav., 9 agosto 2013, n. 19095, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, secondo la quale il datore di lavoro ben può integrare o modificare nel giudizio la motivazione eventualmente enunciata nel provvedimento.

⁵⁰ Cfr. R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*, cit., p. 125: «giudizio sul rapporto è pur esso una formula priva di significato euristico se non si definisce che cosa si intende per rapporto; che se poi si allude alla relazione che intercorre tra Amministrazione e privato allorquando la prima, sollecitata o meno dal secondo, esercita i suoi poteri, si tratta solo di intendersi sulle parole». E ancora, ID., *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo*, tutti in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, cit., p. 128: «in tanto è dato consentire sull’affermazione che il giudizio sul rapporto nasce fin dal momento in cui è stato introdotto e valorizzato l’effetto conformativo della sentenza, in quanto si riconosca che in tal modo ci si colloca in una prospettiva ben diversa da quella, l’unica davvero coerente con la formula, di Aldo Piras». Pare a chi scrive che tale considerazione sia ineccepibile: in buona sostanza una cosa è l’effetto conformativo della sentenza che lascia margini, sia pure variabili (e oggetto di interpretazioni

in giurisprudenza all'affermazione della ammissibilità della motivazione successiva, e vanno dalla risarcibilità dell'interesse legittimo alla presenza di istituti processuali – i motivi aggiunti ieri, l'azione c.d. di adempimento più di recente – che attesterebbero ciò. Altro capitolo centrale riguarda l'ampiezza del sindacato del giudice, che negli ultimi anni ha avuto àmbiti di estensione inediti, come dimostra il tema del sindacato sulla c.d. discrezionalità tecnica.

Uno dei settori che oggi consente una verifica sul campo dell'intensità di tale sindacato, anche attraverso un diretto raffronto – nel segno delle prospettive di ravvicinamento – fra giudice civile e giudice amministrativo, è quello delle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative indipendenti, alla luce dell'evoluzione *in subiecta materia* sia della giurisprudenza interna – con la tanto nota, quanto discutibile, vicenda giurisprudenziale che ha portato al ripristino della giurisdizione della Corte d'Appello sulle sanzioni pecuniarie irrogate dalla Consob⁵¹ – sia della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla nozione di sanzione penale “in senso sostanziale”, che è ormai divenuto un imprescindibile “misuratore” dell'ampiezza del sindacato esercitato dal giudice, cui si richiede una *full jurisdiction* nel caso in cui le garanzie procedurali non rispettino gli standard del giusto processo imposti dall'art. 6 Cedu⁵².

Qui si tocca un punto critico molto rilevante, che non può essere sottovallutato, e che invece non viene messo in adeguata luce dalle – spesso ireniche – tendenze “assimilazioniste”. Il tema riguarda soprattutto la pretermissione delle garanzie procedurali nell'ambito del giudizio sul rapporto, ma può evidentemente andare ad impattare anche sullo spazio riservato alla motivazione della decisione. Come si è visto, infatti, una delle principali critiche relative all'integrazione della motivazione in corso di giudizio si appunta sulla inversione dell'ordine logico-cronologico procedimento/processo, imponendosi al privato di attivare lo strumento della tutela giurisdizionale al solo scopo di essere reso partecipe delle ragioni alla base della decisione.

giurisprudenziali tuttora oscillanti), come si dirà, all'attività successiva dell'amministrazione, altra cosa è la radicale applicazione del principio del dedotto e deducibile nel processo amministrativo di legittimità.

⁵¹ Si tratta della nota sentenza della Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162, in *Foro amm CdS*, 2012, p. 2467, per una critica alla quale v. 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, R. Villata, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 188-189.

⁵² Cfr., sul tema, M. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, spec. pp. 207 ss.; F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 546 ss. Più di recente, v. anche A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo-convenzionale*, Torino, Giappichelli, 2016.

In buona sostanza, all'ampliamento del potere sostitutivo del giudice, anche quello amministrativo, che finisce per operare come in un appello con effetto devolutivo pieno, spesso consegue una svalutazione del ruolo della pubblica amministrazione⁵³: dietro al principio di effettività della tutela sembra quindi celarsi un consistente spostamento dall'amministrazione al giudice del potere effettivo di disporre in ordine all'affare⁵⁴.

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 rapporto⁵⁵.

Per rimanere al sindacato sulle sanzioni irrogate dalle Autorità amministrative 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*, co. 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 difensive⁵⁶.

Tale impostazione nasce, in generale, in ambito tributario, si diffonde poi al sindacato sulle sanzioni⁵⁷, e, come si è visto, ha trovato autorevole avallo, in

⁵³ P. CERBO, *Giudice ordinario e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e «sostituzione» della pubblica amministrazione*, a cura di F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2013, p. 103.

⁵⁴ Così, in chiave critica, R. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, Addendum, in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 1236, anche in nota (6).

⁵⁵ A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. I e II, Milano, Giuffrè, 1962, *passim*.

⁵⁶ Cons. St., Sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5864, in *Foro amm. CdS*, 2009, p. 2135. 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*, co. 2, al caso di mancata comunicazione di inizio del procedimento: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2256, in *Foro amm. CdS*, 2011, p. 1291.

⁵⁷ V., proprio in tema di sanzioni irrogate dalla Consob, Corte app. Bologna, Sez. III, 3 marzo 2015. Secondo Cass. civ., Sez. II, 22 aprile 2016, n. 8210, in *Giust. civ. Mass.*, p. 2016: «va qui ribadito il principio, enunciato dalle Sezioni Unite di questa Corte con la più volte citata

tema di giudizio previdenziale innanzi alla Corte dei conti, nella recente pronuncia della Corte cost., ord. n. 92/2015.

La questione, peraltro, presenta margini più ampi di manifestazione, si pensi ai limiti del sindacato del g.o. sugli atti del datore di lavoro nel pubblico impiego⁵⁸, e merita considerazioni critiche, che qui di seguito ci si limita a schematizzare.

sentenza n. 20935/09, che la dogianza relativa alla violazione del diritto al contraddittorio presuppone la deduzione di una lesione concreta ed effettiva del diritto di difesa specificamente conciato o compreso 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 richama 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. CGUE 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, determina 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»).

⁵⁸ Sull'evoluzione giurisprudenziale in questo settore, in cui, stante la natura privata degli atti in questione, la Cassazione ha stabilito che essi non possono essere contestati per carenza di motivazione (es. conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, pur qualificati dalla legge come “provvedimenti”), v. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 258. 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. Al di là di queste ipotesi, il giudice si limita alla verifica del rispetto della disciplina formale e procedurale, o, *rectius* (la differenza non è secondaria), del 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 (v. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, e di A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004), e chi, invece, ritiene tuttora fondamentale la garanzia delle regole procedurali (l. 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. 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, (*voce*) *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI, *Aggiornamento*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 97, nota 96. Più di recente, sottolinea le enormi difficoltà che si trovano per ottenere tutela davanti al g.o., addu-

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 ascoltato⁵⁹.

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 cittadino⁶⁰.

D'altra parte, proprio l'ordinanza della Consulta da ultimo esaminata pare indicare un percorso diverso, valorizzando, almeno per quei giudizi nei quali risultò pacificamente applicabile la l. n. 241/1990, la portata sostanziale del vizio della motivazione. Peraltro, anche nella giurisprudenza amministrativa più recente, si nega l'ammissibilità delle argomentazioni difensive addotte a giustificazione del provvedimento impugnato mediante un'integrazione postuma effettuata in giudizio, pena un'inammissibile sostituzione del giudice all'amministrazione, ammettendosi che le incongruenze nella valutazione e i difetti di motivazione vengano superati solo dall'amministrazione stessa, ad esito del giudicato cassatorio⁶¹.

cendo come esempio l'impugnazione di una delibera di consiglio di amministrazione di una associazione di diritto privato, G. GRECO, *Potere e situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 111. Nella manualistica più recente v., sul tema, A. PLAISANT, *Dal diritto civile al diritto amministrativo*, Cagliari, Forum libri, 2017, p. 20, che, da un lato sottolinea come l'intervenuta privatizzazione del rapporto non può elidere il dato di fondo che l'amministrazione agisce, pur sempre, a tutela dell'interesse pubblico, dall'altro menziona – subito dopo – una emblematica sentenza relativa ai criteri per sindacare le scelte del datore di lavoro pubblico in sede di revoca degli incarichi dirigenziali pubblici, che riconosce una tutela esclusivamente risarcitoria al dirigente pubblico revocato anticipatamente, considerando invece insindacabile la successiva scelta dell'amministrazione di affidare l'incarico ad altro dipendente dopo la scadenza dell'incarico (Cass., Sez. Lav., 18 giugno 2014, n. 13867, in *Giust. civ. Mass.*, 2014).

⁵⁹ P. CERBO, *Giudice ordinario e "sostituzione" della pubblica amministrazione*, cit., p. 105.

⁶⁰ E. FOLLIERI, *Sulla possibile influenza della giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo sulla giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, pp. 699-702; P. PROVENZANO, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo. Fra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, cit., pp. 287 ss. Con riguardo specifico alle 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 procedurali, F. CINTIOLI, *Giusto processo, CEDU e sanzioni antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 543-544.

⁶¹ Cons. St., Sez. III, 26 febbraio, n. 790, in www.giustizia-amministrativa.it, con riguardo a un ricorso per difetto di motivazione, ritenendosi non sufficientemente esplicitate dalla Commissione di gara le ragioni della valutazione insufficiente dell'offerta tecnica della società ricorrente. Quest'ultima pronuncia richiama, come precedenti conformi, Cons. St., Sez. III, 10 luglio

Da notare come talune di queste pronunce riguardino la materia degli appalti pubblici, che, anche secondo gli autori più critici nei confronti del giudizio sul rapporto, dovrebbe essere considerata come vicenda a sé, non estendibile e generalizzabile all'intero processo amministrativo⁶². Tali arresti, da un lato sembrano evocare una persistente differenza di fondo fra processo amministrativo ed altri processi, nonostante la diffusa *vulgata* assimilazionista, dall'altro spingono l'interprete ad osservare il tema delle connessioni fra motivazione e giudizio sul rapporto esaminando il secondo profilo sopra indicato: la questione del dedotto e del deducibile e l'effetto conformativo del giudicato, anche alla luce dell'ormai codificata azione di adempimento (art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a.).

Invero, anche su questo fronte la più recente giurisprudenza non sembra ammettere, al di là dei casi di giurisdizione esclusiva, una piena applicabilità della preclusione del dedotto e deducibile, vera cartina di tornasole del giudizio sul rapporto. In tale contesto, ove non si addivenga a ciò, magari valorizzando (*ergo*: rendendo oneroso, a pena – appunto – di preclusione) l'uso di idonei strumenti processuali in tal senso (si pensi al ricorso incidentale), proprio la centralità della motivazione della decisione, con riguardo ai limiti oggettivi del giudicato, può rappresentare, sotto un profilo pratico, un importante approdo garantista rispetto alle pericolose derive sopra indicate, sotto un profilo teorico-epistemologico, la conferma delle preziose intuizioni della indicata dottrina in tema di decisioni amministrative.

5. Approdi: il dedotto e il deducibile (ancora assente), fra prospettive di piena assimilazione e persistente centralità della decisione motivata

Il tema della motivazione successiva, come detto intrecciato a quello dell'evoluzione dell'oggetto del giudizio amministrativo, deve essere inquadrato, quindi, anche alla luce dei rapporti fra decisione motivata, effetto conformativo del giudicato, preclusione del dedotto e del deducibile.

Prima della codificazione della c.d. azione di adempimento, avvenuta come è noto con il d.lgs. n. 160/2012 (secondo decreto correttivo al c.p.a.), una certa giurisprudenza era arrivata ad imporre all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivasse il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte la questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure

2015, n. 3488, in www.giustizia-amministrativa.it e Cons. St., Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247, in *Foro amm CdS*, 2014, p. 1058.

⁶² R. VILLATA, *Spigolature “stravaganti” sul nuovo Codice del processo amministrativo*, cit., p. 125.

in relazione ai profili non ancora esaminati⁶³.

Una nota sentenza⁶⁴ ha applicato il medesimo principio anche nella simile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di *remand*, ossia quella tecnica cautelare che si caratterizza per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale. In buona sostanza, viene ammessa l'azione di adempimento, prima della sua effettiva introduzione, sulla base di dati sistematici (es. giudizio sul rapporto; effettività e pienezza della tutela; durata ragionevole dei giudizi; riduzione e consumazione della discrezionalità in corso di giudizio) e del dato positivo (estensione dei poteri di cui all'art. 31 ai casi di diniego di provvedimento; lettura estensiva dell'art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a.).

Ma ciò che in questa sede preme maggiormente evidenziare, è che ciò che inficia il provvedimento, originario e sopravvenuto grazie al *remand*, è il vizio di inadeguata e insufficiente motivazione. In quest'ottica, il difetto motivazione sembra equivalere alla «totale infondatezza della decisione, ossia all'assenza concreta di presupposti per negare le pretese del ricorrente»⁶⁵.

La giurisprudenza successiva appare molto prudente quanto all'applicazione del principio del deditto e deducibile nel processo amministrativo. Il riferimento, evidentemente, è alla notissima Adunanza plenaria 15 gennaio 2013, n. 2⁶⁶, che, se da una parte apporta una notevole, e importante, semplificazione processuale, stabilendo – avvalendosi del grimaldello di cui all'art. 32, co. 2, c.p.a. – che in caso di riedizione del potere amministrativo dopo il giudicato, possa essere proposto, al giudice dell'ottemperanza, «un solo ricorso», in luogo dei due che la parte interessata era sovente costretta ad esperire per ragioni di cautela processuale, dall'altra rigetta la tesi, fondata sul principio di effettività della tutela, che afferma il divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole per l'amministrazione⁶⁷.

⁶³ Cons. St., Sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858, in *Foro amm. Cds*, 2004, p. 3601.

⁶⁴ Si tratta, evidentemente, di Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428, in *Foro amm. Tar*, 2011, p. 1491, con nota di A. CARBONE, *Fine delle perplessità sull'azione di adempimento*, in un caso di diniego di trasferimento di un agente di polizia. Il Tar arriva ad ammettere, benché non ancora codificata, un'azione atipica di condanna ad un *faccere* specifico in capo all'amministrazione. Si noti come, in questo caso, il primo provvedimento di diniego non venisse motivato. Dopo l'ordinanza di *remand* l'amministrazione ha di nuovo immotivatamente negato il trasferimento.

⁶⁵ Cfr. A. CASSATELLA, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, nota a Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 31 marzo 2015, n. 167, *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 95 ss., spec. p. 100.

⁶⁶ In *Foro it.*, 2014, p. 712, con nota di A. TRAVI.

⁶⁷ M. CLARICH, G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, nota a Tar Lazio, Sez. I, 9 luglio 2014, n. 1802, in *Giur. it.*, 2014, p. 1705.

Il particolare l'Adunanza plenaria esclude, prima di tutto, che il giudicato copra fatti sopravvenuti, che sia l'amministrazione, sia il giudice, non avrebbero potuto prendere in considerazione.

Quanto invece alle situazioni preesistenti, pur premettendo che la riconsiderazione delle situazioni preesistenti che sono state implicitamente o esplicitamente oggetto di esame da parte del giudice «deve essere assoggettata a precisi limiti e vincoli», essa distingue i fatti precedentemente accertati dalle valutazioni. Rispetto a queste ultime pone due condizioni affinché la valutazione non si ponga in elusione del giudicato: *a) "in positivo"*, che sia il «frutto della constatazione di una palese e grave erroneità del giudizio precedente»; *b) "in negativo"*, che non rilevi di essere «l'espressione di una gestione – a dir poco – ondivaga e contraddittoria del potere in quanto tale contrastante, nella prospettiva pubblicistica, con il principio costituzionale del buon andamento e, in quella privatistica, con i principi di correttezza e buona fede»⁶⁸.

È naturale che la motivazione continui qui ad avere un rilievo, ma in un contesto, quello della “valutazione”, in cui opera essenzialmente in negativo, potendo consentire una verifica sulla gestione di un potere, successivo al giudicato, che si assume comunque – in tesi – come esistente e non consumato⁶⁹.

⁶⁸ Più di recente, si è affermato il medesimo principio (richiamandosi altresì la giurisprudenza della Corte Edu, sentenza 18 novembre 2004, *Zazanis*, in www.echr.coe.int), alla stregua del quale l'effettività della tutela giurisdizionale, e il carattere poliforme del giudicato amministrativo, impongono di darvi esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la *legittima aspettativa del privato alla definizione stabile del contenzioso* (corsivo di chi scrive) e del contesto procedimentale, per legittimare la possibilità che il *commissario ad acta*, in sede di giudizio di ottemperanza, valuti se esistano o meno le eccezionali condizioni legittimanti l'acquisizione sanante *ex art. 42-bis T.U.* espropriazioni, nei casi di totale inerzia dell'amministrazione o attività elusiva di carattere soprassessorio (situazioni che implicano, è utile qui sottolineare, l'originaria assenza della motivazione rafforzata – richiesta della suddetta disposizione, in linea con la giurisprudenza della Corte Edu – circa le ragioni attuali ed eccezionali che determinino la acquisizione coattiva, connotandola come *extrema ratio*, rendendola di fatto “recuperabile” nel successivo giudizio di ottemperanza). Ci si riferisce, evidentemente, a Cons. St., Ad. plen. 9 febbraio 2016, n. 2, in *Foro amm. CdS*, 2016, p. 267.

⁶⁹ Molto interessante, sul punto, è la recente sentenza della Cass., Sez. un., 28 febbraio 2017, n. 5058, in *Redazione Giuffrè*, relativa alla vicenda della classificazione di una Rivista giuridica in fascia “A” da parte dell’Anvur. Nel caso di specie, dopo aver ribadito che afferiscono ai limiti interni della giurisdizione gli eventuali errori imputati al giudice amministrativo nell’individuazione degli effetti conformativi del giudicato, nella ricostruzione della successiva attività dell’amministrazione e nella valutazione di non conformità di questa agli obblighi del giudicato, e dopo aver escluso che il Consiglio di Stato abbia fatto discendere la violazione del giudicato dalla preclusione che impedirebbe alla p.a., all’indomani di un giudicato di annullamento, di rideterminarsi in senso non satisfattivo all’interesse pretensivo dei ricorrenti vittoriosi, la Cassazione ha ritenuto di confermare la statuizione resa in sede d’ottemperanza (in un’ottica di effettività della tutela e di leale e imparziale esercizio del *munus publicum*), nella parte in cui si è ritenuta preclusa all’amministrazione una riedizione del potere sulla medesima fattispecie, laddove essa abbia già adottato provvedimenti negativi dichiarati illegittimi in sede giurisdizionale e successivamente abbia

Quanto ai fatti preesistenti, resta una profonda incertezza in relazione alla copertura del giudicato rispetto a quelli sui quali il giudice non si sia espressamente pronunciato, pur non essendo essi sopravvenuti. La Plenaria, in sé, non esclude che la preclusione riguardi anche i fatti che solo implicitamente sono stati oggetto di esame da parte del giudice⁷⁰.

D'altra parte la giurisprudenza successiva, pur richiamando “retoricamente” tale autorevole precedente, ha spesso svuotato di contenuto l'apparente apertura sul punto ivi contenuta⁷¹, finendo per giustificare le critiche di chi ha

riprovveduto in violazione del primo giudicato, senza introdurre nella fattispecie nuovi elementi di diniego «rispettosi del primo giudicato di annullamento» (nello specifico, il punto che è risultato più volte disatteso è quello relativo alla predeterminazione dei parametri valutativi).

⁷⁰ L'ord. di rimessione, Cons. St., Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2024, in www.giustizia-amministrativa.it, ha invece escluso i casi di reiterazione di un'attività vincolata o valutativa frutto di discrezionalità tecnica. Si è invocato il principio di effettività della tutela, che postula celerità e concentrazione processuale, e quello di lealtà processuale, espressivo del dovere di collaborare ad attuare la volontà della legge: la relativa combinazione impone di interpretare il giudicato secondo buona fede. Si ritiene, quindi, che in tali casi, a seguito del giudicato, l'amministrazione non possa utilizzare in danno del ricorrente già vittorioso elementi incontroversi e mai messi in discussione, al di fuori dell'esercizio del potere di autotutela o dell'enucleazione di cause ostative legali. In particolare, con riguardo alle valutazioni tecniche, l'ordinanza ha affermato che, ove il giudicato abbia accertato i vizi sostanziali di un'attività di giudizio, il rinnovo del giudizio da parte dell'amministrazione deve limitarsi alla rivalutazione secondo i criteri del giudicato degli elementi affetti da vizi sostanziali o alla valutazione di elementi omessi e la cui omissione sia stata rilevata dal giudicato, non potendo essere valutati *ex novo* elementi incontroversi o prima mai valutati e la cui omissione non sia stata sanzionata dal giudicato, pena il configurarsi di un'inottemperanza attiva. Cfr., sul punto, G. MARI, *Ottemperanza e riedizione del potere* (A.P. n. 2 del 2013), in *Libro dell'anno del diritto*, 2014, www.treccani.it; amplius, ID., *Gindice amministrativo ed effettività della tutela. L'evoluzione del rapporto tra cognizione e ottemperanza*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

⁷¹ Cfr. Cons. St., Sez. III, 23 giugno 2014, n. 3187, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 384, con nota di M. TRIMARCHI, *Sui vincoli alla riedizione del potere amministrativo dopo la pronuncia dell'adunanza plenaria n. 2/2013*, il quale evidenzia come tale pronuncia, pur dichiarandosi perfettamente in linea con l'autorevole precedente rappresentato dalla Plenaria, in realtà lo re-interpreta in chiave restrittiva (per le pretese della società ricorrente), ritenendo possibile per l'amministrazione escludere l'impresa per un fatto (mancata dichiarazione del possesso dei requisiti *ex art. 38, co. 1, lett. b, c*) ed *m-ter*) del d.lgs. n. 163/2006 da parte di un membro del consiglio di amministrazione dell'ausiliaria) diverso – e non sopravvenuto – rispetto a quello fondante l'originaria esclusione, annullata dal Tar (sempre per violazione dell'art. 38 cit., in quanto la documentazione prodotta dalla ditta ausiliaria risulta carente delle dichiarazioni del possesso da parte «di molti procuratori speciali» dei requisiti previsti dalla legge per partecipare alla gara). Nel novero delle decisioni che finiscono per escludere un'applicazione piena del dedotto e del deducibile al giudizio amministrativo può ricomprendersi pure la recente Cons. St., Ad. plen., 6 giugno 2016, n. 11, in *Foro it.*, 2017, p. 186, con nota di A. TRAVI e di S. VACCARI, secondo la quale, fra l'altro: «La regola conformativa dettata dal giudice amministrativo nella sentenza, mirando a disciplinare la successiva azione della P.A., costituisce una regola di azione che può trovare puntuale applicazione in sede di giudizio di ottemperanza e che, in ragione della sua natura elastica, può essere incisa dallo *jus superveniens*. Le sentenze interpretative pregiudiziali rese dalla Corte di Giustizia UE hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate e sono equiparabili ad una sopravvenienza normativa potendo incidere sull'effetto conformativo delle sentenze amministrative e consentendo così al giudice amministrativo di adottare, nell'ambito del giudizio di ottemperanza,

considerato deludente la pronuncia del Supremo Collegio, in quanto minima appare in essa la preclusione del deducibile, nella parte in cui sembra consentire all'amministrazione – dopo il giudicato – l'introduzione di “nuovi fatti” e anche di “nuove ragioni giuridiche”, che presuppongono gli stessi fatti e la loro valutazione⁷². Si è quindi finito per ammettere, dopo la formazione del giudicato, che l'amministrazione possa dedurre fatti preesistenti, ma non considerati dal primo giudice.

Pare a chi scrive che, al netto delle considerazioni generali sulla frustrazione che tale giurisprudenza possa ingenerare rispetto ad istanze di pienezza ed effettività della tutela, sul fronte teorico dell'avvento effettivo del giudizio “sul rapporto”, essa invero si pone in linea con quella sopra esaminata, che considera il difetto di motivazione come vizio sostanziale, e, per questa via, non pare ammetterne un'integrazione, quanto meno in corso di giudizio, ma solo in seguito alla pronuncia di annullamento.

Si può osservare che, al di là delle declamazioni retoriche, il giudizio amministrativo “sul rapporto” fallisce nella misura in cui si scontra dinanzi all'ostacolo più insidioso: la piena applicabilità del dedotto e del deducibile, anche al di

pronunce correttive o integrative della regola conformativa onde impedire il consolidarsi di effetti irreversibili contrari al diritto comunitario». Nel caso di specie, peraltro, la stabilità del giudicato, e la connessa esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, appaiono incrinate dalla tesi della formazione progressiva di quest'ultimo; la questione è legata alla (sempre più attenuata: cfr., in chiave critica, G. GRECO, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 1 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pp. 1175 ss.) autonomia procedurale degli Stati membri, in quanto nel complesso caso di specie era sopravvenuta una pronuncia della Corte giustizia UE, 10 luglio 2014, n. C-213/13, *Pizzarotti*, in www.curia.europa.eu, contrastante con la sentenza del giudice amministrativo passata in giudicato. In questo caso l'Adunanza plenaria trova nella tesi della formazione progressiva del giudicato un modo per tenere conto dell'interpretazione offerta successivamente dalla Corte; sennonché la sentenza pregiudiziale della Corte di Lussemburgo si riferisce alle “norme procedurali interne”, sembrando così ammettere la possibilità di deroga al giudicato solo laddove lo strumento derogatorio sia previsto dallo stesso legislatore, e non già da un'interpretazione giurisprudenziale – peraltro oggi molto discussa, proprio concependo il giudizio amministrativo come giudizio “sul rapporto” – del giudicato amministrativo. Sul punto cfr. N. SPADARO, *Giudicato a formazione progressiva e diritto europeo. Un'occasione sprecata dall'Adunanza plenaria*, nota a Cons. St., Ad. plen., 9 giugno 2016, n. 11, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1169 ss.

⁷² M. CLARICH, G. URBANO, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, cit., p. 1707, con riguardo a una vicenda di conferimento da parte del CSM del posto di procuratore aggiunto presso il Tribunale di Roma; determinazione in prima battuta annullata dal Tar Lazio, con sopravvenuta nuova delibera del CSM che, in dichiarato adempimento delle statuzioni del giudice amministrativo, ha rinnovato il confronto comparativo tra i due candidati, reiterando il giudizio favorevole già espresso a favore del magistrato controinteressato.

fuori dei casi di tutela di diritti soggettivi in sede di giurisdizione esclusiva⁷³.

Sennonché, sul fronte delle garanzie rappresentate dalla motivazione, infrangersi contro tale scoglio potrebbe non essere una sciagura troppo grave, nella misura in cui ciò possa determinare un argine alla deriva rappresentata dal progressivo svuotamento di rilevanza della motivazione del provvedimento amministrativo, attuatisi attraverso i passaggi in precedenza descritti.

6. Conclusioni

Tornando a questo punto alle osservazioni iniziali, gli scenari ipotizzabili paiono essere due.

Il primo, di più radicale e generica applicazione: la piena attuazione del principio del dedotto e del deducibile al processo amministrativo di legittimità, con effettiva trasfigurazione del suo oggetto. Sul punto, vale la pena osservare che, in tal caso, non è tanto dal (sovente retoricamente) declamato (ma indimostrato) oggetto “sul rapporto” del processo che può evincersi la possibilità di motivazione successiva o postuma, quanto, al contrario, è dall’onere in capo alla parte pubblica di indicare, almeno nel processo⁷⁴, tutti i motivi a sostegno della propria decisione di diniego, che discenderebbe un giudizio amministrativo effettivamente “sul rapporto” controverso⁷⁵.

Il secondo, relativamente più tradizionale, e allo stato più facilmente praticabile, impone innanzi tutto, per quanto riguarda i provvedimenti connotati da discrezionalità, la riaffermazione della già indicata giurisprudenza che fa gravare

⁷³ Da ultimo, in tal senso, cfr. F. FRANCARIO, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 1025 ss., il quale osserva come nonostante il c.p.a. abbia notevolmente arricchito lo strumentario del giudice con riguardo alle sentenze di merito pronunciabili ed ai poteri del giudice dell’ottemperanza, sia rimasto di fatto inalterato il modo di concepire il giudicato amministrativo, fermo ad una ricostruzione che ne limita l’efficacia oggettiva al solo dedotto, peraltro ritenendo che ciò non debba considerarsi necessariamente un male.

⁷⁴ Sull’onere già procedimentale, anche alla luce dell’art. 10-bis della l. n. 241/1990, v. M. CLARICH, *Tipicità delle azioni e azione di adempimento nel processo amministrativo*, cit., pp. 572 ss. e pp. 579 ss. Cfr. anche G. VERDE, *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, spec. pp. 33-34.

⁷⁵ Lo strumento processuale idoneo a ciò potrebbe essere il ricorso incidentale, anche alla luce dell’art. 42 c.p.a., che riserva, senza alcun limite, la legittimazione alla sua proposizione anche alla amministrazione resistente. Spunti in tal senso sono rinvenibili in E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in condizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, pp. 499 ss. ed in A. ROMANO TASSONE, *Il ricorso incidentale e gli strumenti di difesa nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, pp. 605-606. Su tali aspetti, se si vuole, si v. anche G. TROPEA, *Il processo amministrativo in trasformazione, nelle ultime opere di Antonio Romano Tassone*, in corso di pubblicazione negli *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Editoriale Scientifica, nonché negli Atti del Convegno *Itinerari interrotti. Il pensiero di Franco Ledda e Antonio Romano Tassone per una ricostruzione del diritto amministrativo*, Roma, 20 marzo 2015.

in capo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivasse il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) l'onere di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte la questioni ritenute rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati⁷⁶.

Peraltro, in caso di atti vincolati, o di discrezionalità “consumata” dopo il primo annullamento o a seguito di *remand*, fondamentale sarà il riscontro da parte del giudice di un vizio relativo alla motivazione, che, in tale contesto, assurge ad elemento cardine⁷⁷, di carattere certamente sostanziale, il cui difetto finisce per

⁷⁶ In giurisprudenza, per un recente arresto in tal senso, cfr. Cons. St., Sez. IV, 1 agosto 2016, n. 3475, in www.giustizia-amministrativa.it. Il caso riguarda un diniego di approvazione di una proposta di piano di recupero, formulata dalla società ricorrente, finalizzata alla realizzazione di un parcheggio interrato. In primo grado tale diniego viene annullato, fra l'altro, in quanto la la motivazione è per un verso inconferente, attingendo a circostanze del tutto estranee al contesto pianificatorio vigente, per altro verso insufficiente, dal momento che non viene offerta nessuna considerazione di merito relativa al progetto presentato. In sede di riedizione del potere il Comune, dopo aver proceduto ad ulteriore istruttoria, adotta una deliberazione con la quale si nega nuovamente l'approvazione della proposta, motivando il diniego sulla base del ritenuto contrasto fra quest'ultima e le N.T.A. del Piano della Città Storica, recanti l'obiettivo prioritario della valorizzazione di una piazza in modo da restituirla all'uso pedonale, e inoltre motivando il diniego nel senso dello squilibrio economico della proposta a favore della parte privata. Secondo i giudici di Palazzo Spada, nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità il principio processualcivistico in base al quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile non è pienamente applicabile, dal momento che nel giudizio di impugnazione il giudicato si forma solo in relazione ai vizi dell'atto di cui è stata accertata la sussistenza. Ciò, peraltro, non esclude che l'amministrazione sia tenuta, in sede di riedizione del potere, a riesaminare in modo completo la *res controversa*, considerando una volta per tutte ogni elemento utile alle proprie valutazioni e non potendo in seguito ritornare in argomento con l'evocazione di profili nuovi e diversi, non messi in discussione dal *decisum* giudiziale. In tal senso, l'insufficienza della originaria motivazione può essere colmata in una seconda battuta, procedendosi a un riesame completo delle risultanze istruttorie, che diviene in tale prospettiva doveroso. Secondo i giudici tali considerazioni non implicano l'affermazione della legittimità del secondo diniego, ma semplicemente che esso non sia viziato per violazione o elusione del precedente giudicato, ben potendosi riassumere il giudizio presso il Tar competente, sussistendo i presupposti per la conversione dell'ottemperanza in ordinaria azione di annullamento, ai sensi dell'art. 32, co. 2, c.p.a. (sulla scorta del *dictum* di Ad. plen. n. 2/2013, *cit.*). Si conferma, per questo verso, come l'impiego da parte della Plenaria del 2013 del congegno rappresentato dall'art. 32, co. 2, c.p.a., lungi dal porsi come elemento distinto rispetto alla presa di posizione non rivoluzionaria (anche se, come detto, per alcuni versi equivoca) quanto ai limiti del giudicato, si configuri come naturale complemento processuale di tale impostazione.

⁷⁷ Sulla persistente centralità della motivazione, assieme all'istruttoria, per misurare l'intensità del sindacato del giudice amministrativo (sia pure con l'eccezione, anch'essa peraltro soggetta a trasformazioni, degli atti di regolazione e di c.d. *soft law*), è sempre interessante valutare il punto di vista diretto di quest'ultimo: si v. in tal senso, da ultimo, C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*. Il caso delle linee guida dell'ANAC, in www.federalismi.it, 25 gennaio 2017. Richiamando con favore lo studio di A. CASSATELLA, R. VILLATA, *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo*, *Addendum, cit.*, p. 134, osserva quanto segue: «Sì che persino una vicenda comunemente oggetto di presa di distanza per la sua asserita povertà, o addirittura assenza, di tutela effettiva, quale il difetto di motivazione seguito da una pronuncia di

equivalere alla totale infondatezza della decisione, portando all'accoglimento di eventuali azioni di condanna pubblicistica, ovvero, come in alcuni recenti casi, a correlare all'annullamento dell'atto un effetto propriamente sostitutivo, in forza del quale viene inibita l'emanazione di ulteriori provvedimenti e si attribuisce direttamente al giudice il potere di surrogarsi all'amministrazione nell'erogazione del bene della vita richiesto dal cittadino ricorrente⁷⁸.

annullamento su tale profilo fondata, merita invece di essere nuovamente valorizzata», approvando nel contempo le critiche alla motivazione postuma o in corso di causa, sia pure non ritenendo condivisibile l'attribuzione dell'effetto conformativo alla motivazione della sentenza. Nella manualistica, per un rilievo sulla portata innovativa dell'azione di adempimento con riguardo al vizio di difetto di motivazione, che, se persistente nel nuovo provvedimento determina non già una nuova illegittimità, ma la violazione della sentenza di annullamento, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 310-311. Valorizza fortemente il sindacato sulla motivazione del provvedimento impugnato, nel quadro di una più ampia critica alle tesi del giudizio “sul rapporto” ed alla configurabilità del principio del dedotto e del deducibile nel processo amministrativo (quanto meno con riguardo alle azioni di annullamento), S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, Giuffrè, 2016, pp. 135 ss.

⁷⁸ Cfr. Tar Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, n. 167/2015, *cit.*, in una controversia, durata per oltre un ventennio, di continue mancate conferme nel ruolo di professore associato di un docente (psichiatra) distintosi per i suoi scritti in tema di alcolismo. In sede di ottemperanza il Tar, di fronte alle successive decisioni della Commissione che disattendevano l'effetto conformativo di alcune pronunce, non solo ha accolto le doglianze del ricorrente avverso l'ultimo giudizio negativo patito, ritenuto illegittimo per plurimi sintomi di eccesso di potere, e, soprattutto, per difetto di motivazione, ma ha anche disposto, ritenendo consumato il potere valutativo dell'amministrazione, la definitiva conferma “ora per allora” del ricorrente, con tutte le conseguenze retributive, contributive, previdenziali e pensionistiche. Secondo A. CASSATELLA, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, *cit.*, pp. 103-104, la condanna al rilascio del provvedimento (ai sensi degli artt. 34, co. 2, lett. c) e 31, co. 3, c.p.a.) sarebbe necessaria quando l'amministrazione conservi il dovere funzionale di concludere il procedimento mediante provvedimento espresso, ancorché vincolato, ovvero nei casi in cui la norma di attribuzione del potere implica la produzione di effetti giuridici che riguardano altresì terzi indeterminati o indeterminabili a priori, mentre l'annullamento con effetto sostitutivo opererebbe nel caso in cui la sentenza sia pienamente fungibile con il provvedimento, ovvero nei casi in cui si sia di fronte ad una relazione destinata ad esaurire i propri effetti nell'esclusivo rapporto fra amministrazione e cittadino. Nota come la condanna al rilascio dell'atto vincolato non produce gli effetti dell'atto medesimo, e il persistente inadempimento dell'amministrazione al rilascio dell'atto apre la via, ora come in passato, al giudizio d'ottemperanza, come nel tradizionale caso dell'effetto conformativo (secondo la richiamata sistemazione di R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, pp. 120 ss.), laddove la vera svolta sarebbe rappresentata (ove si tratti di atto vincolato) da un sentenza che operi direttamente come titolo costitutivo delle vicende giuridiche normalmente realizzate dall'atto, rendendo superfluo il ricorso all'ottemperanza o all'esecuzione, R. CAVALLO PERIN, *I limiti ai poteri delle giurisdizioni nelle controversie contro gli atti della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, pp. 981 ss., spec. pp. 999 ss. Sulla configurabilità di una sentenza che tenga luogo del provvedimento e che produca gli effetti dell'atto non emanato, con richiamo al modello di cui all'art. 2932 c.c., cfr., fra i primi, F. MERUSI, G. SANVITI, *L'«ingiustizia» amministrativa in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1986, 17; E. FERRARI, *La decisione giurisdizionale amministrativa: sentenza di accertamento o sentenza costitutiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, pp. 563 ss.; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Digesto disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, pp. 170 ss.; più di recente, L. FERRARA, *Domanda giudiziale e potere amministrativo. L'azione di condanna al facere*, in *Annuario Aipda 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica,

Presenta particolare interesse, accolta questa impostazione secondo cui le norme positive e le regole di separazione fra poteri tuttora non consentono che il giudizio sul rapporto avvenga in modo pieno, il dato che, in un certo qual modo, le carenze motivazionali del provvedimento emergono, nel giudizio di merito di cognizione, attraverso la portata “integrativa dell'accertamento” assunta dalla motivazione della *sentenza*, che finisce per svolgere, in questa prospettiva, una vera e propria funzione “normativa”, che partecipa al giudicato⁷⁹. In questa ottica, l'integrazione procedimento-processo, nel segno dell'effettività della tutela, è comunque profonda, e viene connotata dal completamento pre-rettivo insito nella parte motiva della sentenza del giudice, valorizzandosi, per questa via, più della vera e propria azione di condanna pubblicistica ad adempiere, il disposto di cui all'art. 34, co. 1, lett. *e*), c.p.a., non a caso centrale nelle ricostruzioni giurisprudenziali che hanno preceduto il c.d. secondo decreto correttivo (d.lgs. n. 160/2012).

Questa soluzione, oltre ad apparire più in linea col dato positivo, ha il pregio di conciliare ampia effettività della tutela del cittadino e ragioni profonde della specialità e differenza del giudizio amministrativo⁸⁰ (al di là dei richiami al giudizio sul rapporto, che, se “presi sul serio”, finirebbero per condurre alla tendenziale indistinzione ed inutilità di quest'ultimo), nonché di recuperare la centralità della motivazione della decisione, per come era stata pensata agli albori della l. n. 241/1990. Peraltro, alla rilevanza sostanziale della motivazione del provvedimento, si abbina quella della motivazione della sentenza, che assume portata integrativa dell'accertamento (c.d. motivazione in senso stretto, anche per la sentenza), costituendo parte integrante del giudicato⁸¹.

Dal punto di vista strettamente epistemologico, poi, come si è già avuto

2013, p. 93, nonché, A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, p. 196, la quale ritiene che tale soluzione possa essere sostenuta facendo leva sulla scelta di ancorare la pronuncia di adempimento all'art. 34, co. 1, lett. *e*), anziché all'art. 34, co. 1, lett. *c*). Più di recente, per un attento esame dei limiti della condanna pubblicistica, anche in rapporto alle perduranti distinzioni rispetto all'effetto conformativo del giudicato ed alla possibilità (reputata inammissibile) del rilascio del provvedimento direttamente da parte del giudice, cfr. P. CERBO, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo ed i suoi confini*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, pp. 1 ss.

⁷⁹ S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, cit., pp. 232 ss.

⁸⁰ Sulle persistenti ragioni di specialità del processo amministrativo v., da ultimo, F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 847 ss.

⁸¹ In un recente caso emblematico i giudici di Palazzo Spada hanno annullato, fra l'altro per motivazione insufficiente, una determinazione dell'AIFA con la quale si inibiva alle farmacie private la preparazione di un prodotto galenico, di fatto accertando nella motivazione della sentenza la fondatezza della pretesa, dopo aver considerato inammissibili le motivazioni integrative addotte in giudizio dall'Avvocatura dello Stato. Cfr. Cons. St., Sez. III, 9 gennaio 2017, n. 24.

modo di notare, tale impostazione rievoca note correnti dottrinali che, a cavallo fra gli anni '70 e '80 del scorso secolo, hanno mostrato come l'esercizio della funzione amministrativa si concretizzi in un potere/dovere di scelta, scomponibile in un momento conoscitivo (preordinato alla selezione ed all'accertamento del fatto) e in uno valutativo (volto alla individuazione delle possibili alternative decisionali ed alla conseguente scelta di quella reputata più idonea a risolvere il problema tecnico-giuridico), in cui la "decisione amministrativa" è destinata ad essere formalizzata nel provvedimento⁸².

Riannodando le fila del ragionamento sin qui svolto, non è un caso che l'art. 3 della l. n. 241/1990, nella sua formulazione originaria – e peraltro intatta, nonostante le vicende destrutturanti sopra descritte – riecheggi tali origini "colte"⁸³, secondo un filo rosso che lega i noti lavori che da Levi⁸⁴, Nigro⁸⁵, Ledda⁸⁶, arrivano proprio alla fondamentale monografia di Romano Tassone, in cui si dà ampiamente conto di tali questioni metodologiche, proprio in uno studio incentrato sul rapporto fra motivazione e sindacato di legittimità.

Nel pur necessario aggiornamento di tali importanti filoni speculativi, attraverso il percorso accidentato compiuto sino ad oggi dalla legge sul procedimento amministrativo, sia per quanto attiene all'interpretazione di fondo della sua effettività, in conseguenza delle numerose tendenze deformatizzanti emerse, sia con riguardo alla sua attuale valenza sistematica, come detto ben diversa rispetto al passato, e alla luce anche di un dato normativo processuale oggetto –

⁸² Per una densa sintesi di tale percorso, cfr. ancora A. CASSATELLA, *L'effetto sostitutivo della sentenza di annullamento*, cit., pp. 96-98. Si potrebbe forse andare oltre, e notare come tale collegamento fra il contenuto d'accertamento (che opera come parte coperta dal giudicato) della motivazione della sentenza e il contenuto "minimo" d'accertamento (dogmaticamente) prospettabile (e, di recente, prospettato) proprio di ogni provvedimento amministrativo (ricavabile dalla valORIZZAZIONE dell'ISTRUTTORIA PROCEDIMENTALE, che si materializza poi nella motivazione, giusto il combinato disposto degli artt. 6, co. 1, lett. a) e 3, co. 1, l. n. 241/1990), porterebbe entrambe le categorie di atti (provvedimento e sentenza) ad accomunarsi sotto le insegne della categoria dell'EFFICACIA DICHIARATIVA, riecheggiando così categorie mayeriane e del gradualismo di A. Merkl, e giustificando, anche per tale verso, una più stretta continuità procedimento/processo. Da ultimo, sul punto, si v. l'ampia e interessante trattazione di M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica. I. Questioni presupposte di teoria del provvedimento*, Padova, Cedam, 2012.

⁸³ Peraltro, una volta codificati con essa i principi generali dell'azione amministrativa, si è ridotta la forza innovativa delle ricostruzioni dottrinali che avevano elaborato quegli istituti. In tal senso, v. L.R. PERFETTI, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Report Annuale Italia (2011), in www.ius-publicum.com, p. 15.

⁸⁴ *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, spec. pp. 217 ss.

⁸⁵ *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* (1980), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 1429 ss., spec. pp. 1442 ss.

⁸⁶ *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri* (1987), ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, Cedam, 2002, pp. 238 ss., spec. pp. 242 ss.

tuttora – di letture diversificate, è dato cogliere una linea di marcia che vede progressivamente spostarsi l'asse dal potere all'individuo, seppure in un delicatissimo equilibrio rispetto al quale non necessariamente la (totale) negazione del primo è da intendere come una conquista per il secondo⁸⁷.

Piuttosto è sull'asse della tradizionale limitazione del potere che pare opportuno continuarsi a muovere, sia pure nella consapevolezza di un assetto ordinamentale profondamente mutato, che necessita quindi di risposte attualizzate.

In tal senso, dopo le alterne fortune della motivazione del provvedimento e delle tendenze ad imbrigliare sempre più il potere nelle maglie del giudicato, si nutrono molteplici dubbi sull'approdo rappresentato dalla piena “civilizzazione” del giudice amministrativo nel contesto di un giudizio “sul rapporto” che appare ancora nebuloso e retoricamente indistinto: si tratta forse, al contrario, di insidiose sirene.

Itaca è pur sempre il passato, anche se a osservarla, al suo ritorno, stravolto dal viaggio e dalle avventure, è un uomo nuovo⁸⁸.

⁸⁷ Ragiona da ultimo di tali immani questioni, attraverso un percorso argomentativo originale e particolarmente suggestivo (con una chiusura metaforica, anche in tal caso, sulla spiaggia di Itaca), L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in questa *Rivista*, n. 1/2017.

⁸⁸ Che non sarà deluso, alla luce delle esperienze accumulate, dal trovarla (apparentemente) povera, come nei versi finali della bellissima poesia di Kavafis.

BIAGIO GILIBERTI
Professore straordinario di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Telematica Pegaso
bgilberti@gop.it

L'*ἐκλέγειν* NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO

TRA SEPARAZIONE DEI POTERI E SOVRANITÀ DELL'INDIVIDUO

THE *ἐκλέγειν* IN THE ADMINISTRATIVE PROCESS BETWEEN
SEPARATION OF POWERS AND THE SOVEREIGNTY OF THE INDIVIDUAL

SINTESI

Il saggio si propone quale compito quello di comparare sistemi normativi in materia di sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo allorquando quest'ultimo sia chiamato a giudicare vicende di potere amministrativo connotate da discrezionalità (sia pura che tecnica). Si tratta di un'indagine storiografica in quanto finalizzata a rapportare le previsioni in materia di controllo delle corti amministrative rinvenibili nel vigente codice del processo amministrativo con l'impianto normativo frutto, all'unisono, della legge per l'unificazione del regno d'Italia e (primariamente) della successiva l. Crispi.

L'intento è quello di verificare quale e quanto significativa sia stata l'evoluzione della legislazione, sotto il profilo dei poteri cognitivi che di quelli decisori, prestando, al contempo, attenzione particolare all'impianto dommatico posto a supporto delle rilettture volta a volta prospettate. Ciò con l'obiettivo di verificare quali siano state le evoluzioni della legislazione e quale impatto esse abbiano avuto sulle ricostruzioni teoriche del processo amministrativo.

In quest'ottica, è apparso indispensabile che la riflessione si confrontasse anche con la giurisprudenza della Corte Europea per i diritti umani ed, in particolare, con quella in materia di *full jurisdiction* che si è occupata specificatamente di processo amministrativo, sotto il profilo, per un verso, dei termini e condizioni a che il giudice abbia accesso e si formi un convincimento in merito ai fatti, per altro, dell'ampiezza dei suoi poteri di definizione del rapporto giuridico controverso.

L'analisi compiuta evidenzia come alle evoluzioni normative che hanno interessato il processo amministrativo non è conseguita una rivisitazione degli intenderimenti teorici. Piuttosto, è stata confermata la narrazione dell'esistenza del merito amministrativo, quale porzione dell'agire immune dal potere di controllo dei giudici, inteso quale luogo oleografico inaccessibile al sindacato giurisdizionale, in cui la pubblica amministrazione si muove liberamente.

Non sembra un caso, allora, che anche la struttura del processo, sia pure assai diversa da quella originaria di puro giudizio demolitorio, continui ad incontrare

il limite della discrezionalità, nel senso che il potere del giudice di dettare la regola finale del rapporto amministrativo controverso resta confinata alle ipotesi di discrezionalità inesistente o esaurita.

Un rinnovato intendimento della centralità del ruolo della persona umana negli equilibri istituzionali tra giudici ed amministrazioni, tuttavia, sembra suscettibile di offrire prospettive in parte differenti, perché inevitabilmente valorizza la natura esecutiva sia della funzione giudiziale che di quella amministrativa, ambedue funzionali a garantire il pieno godimento dei diritti individuali.

Sotto il profilo teorico, in particolare, si rende possibile affermare che, in nome della sovranità della persona, non esistono zone dell'agire amministrativo inaccessibili al controllo dei giudici; il quale, tuttavia, per sua natura, resta un controllo giuridico, incontrando il limite dell'opinabilità.

Sotto il profilo operativo, si rende possibile pensare ad ipotesi, ulteriori rispetto all'attuale giurisdizione di merito, in cui, pur essendo l'azione amministrativa connotata da margini di discrezionalità, sia cionondimeno possibile che la regola del rapporto amministrativo controverso venga definita in giudizio.

ABSTRACT

The essay is aimed at comparing the legal frameworks of judicial control of the administrative judge on administrative discretion. It is primarily a historiographical investigation since it compares the provisions about the power of control of the administrative courts as currently regulated by the Italian code of administrative process with the legal framework resulting jointly from the law for the unification of the Kingdom of Italy and (primarily) the following so-called *legge Crispi*.

The aim of the essay is to verify what and how significant the evolution of legislation has been, both in terms of cognitive and decision-making powers, by paying attention at the same time to the theories grounding from time to time each legal framework and their impact on the administrative process.

In the light of the above, it was essential to compare the Italian legal framework with the case law of the European Court of Human Rights and, in particular, with that on full jurisdiction; the latter in fact specifically dealt with administrative process, both with regard to terms and conditions of the court's access to facts and to the extent of its powers of defining the relationship treated.

The analysis carried out shows that the evolution of the legal system affecting the administrative process has not been followed by a reassessment of the underpinning theories. Instead, there has been a confirmation of the administrative merit, as part of the actions of the public powers which are exempt from the judges' power of control.

It is not coincidence, therefore, that also the process structure, though very different from the original one essentially structured as having a pure quashing nature, continues to be restricted by the discretionary power, in the sense that the judge's power to issue the final rule of the controversial administrative relationship is restricted by the events of non-existent or exhausted discretionary power.

Yet, a new understanding of the centrality of the role of human being in the institutional balance between judges and administrations seems to be liable to offer perspectives partially different, as it inevitably enhances the executive nature of both the judicial and the administrative powers, which are both functional to ensure the full enjoyment of individual rights.

Under a theoretical viewpoint, in particular, it is possible to maintain that, in the name of the sovereignty of human being, there are not any areas of the administrative actions which are inaccessible to the judges' control; the latter, anyway, remains by its very nature a juridical control and is therefore limited every time that the disputed administration decision turns out to be simply questionable. Under an operational viewpoint, it is possible to assume that there are further hypotheses with respect to the current jurisdiction of merit in which, though the administrative action has some discretionary power, it is however possible for the controversial administrative rule to be defined in a trial.

PAROLE CHIAVE: Discrezionalità – merito – sindacato giudiziale – accesso ai fatti – *full jurisdiction*
KEYWORDS: Discretionary power – merit – judicial control – access to facts – full jurisdiction.

INDICE: 1. Introduzione - 2. L'*ἐκλέγειν* amministrativo nel processo: l'evoluzione della legislazione - 2.1. Il sindacato di legittimità nella l. Crispi - 2.2. Il sindacato di legittimità e le altre possibilità processuali nel codice del processo amministrativo - 2.3. Sindacato demolitorio, accesso al fatto e giudizio sul rapporto nella giurisprudenza della Cedu - 3. L'*ἐκλέγειν* nel processo amministrativo: sviluppi teorici e prospettive pratiche.

1. Introduzione

Discorrere dell'*ἐκλέγειν* dei pubblici uffici nel processo amministrativo significa riflettere in merito alla natura e alla penetratività dei poteri di controllo dei giudici sui provvedimenti amministrativi. La questione interessa centralmente (e storicamente) il giudizio demolitorio di legittimità, sebbene – come si dirà – la costruzione di molte teorie sia stata influenzata dalla comparazione con le possibilità offerte ai giudici in sede di giurisdizione di merito.

Gli angoli di visuale da cui approcciare al tema possono essere differenti. Sovente (lo dimostra la storia delle riflessioni prodotti in materia) tende a privilegiarsi una prospettiva eminentemente dommatica, che inquadra la problematica nel perimetro delle relazioni organizzativo-costituzionali tra individuo, amministrazione e potere giudiziario. A quest'approccio se ne affianca altro prettamente giurisprudenziale, primariamente interessato a registrare l'evoluzione dei sistemi di controllo giurisdizionali sulla discrezionalità amministrativa e sui fatti retrostanti a quelle decisioni. Si tratta, in ogni caso, di prospettive che, sebbene capaci di isolare al proprio interno questioni meno visibili da altre visuali, si presentano come necessariamente interrelate, tutte concorrendo allo studio della

questione. Di conseguenza, in questa sede, necessariamente, si proverà a dar voce a ciascuna di esse.

In tale ottica, tuttavia, pare utile assumere un approccio in parte differente rispetto a quelli finora richiamati. Ciò con l'intento essenziale di far emergere, a mezzo di un più diretto ancoraggio al dato normativo, non tanto nuove risposte, quanto differenti angolazioni, rispetto a quelle, già numerose, offerte ad oggi dalla riflessione teorica e pratica.

In particolare, nel discorrere dell'*ἐκλέγειν* dei pubblici uffici nel processo amministrativo si intendono anzitutto comparare (salvo poi risalire verso le sotse costruzioni teoriche) le previsioni in materia di controllo delle corti rinvenibili nel vigente codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) con l'impianto normativo frutto, all'unisono, della legge per l'unificazione del regno d'Italia (r.d. 20 marzo 1865, n. 2248) e (primariamente) della successiva l. Crispi (l. 31 marzo 1889, n. 5992).

L'intento è quello di verificare quale e quanto significativa sia stata l'evoluzione della legislazione. Come accennato, appare utile, peraltro, non limitarsi all'esame di questo profilo ma di verificare anche in che modo quelle norme siano state e siano interpretate, prestando attenzione particolare all'impianto dommatico posto a supporto delle riletture volta a volta prospettate. Si richiameranno, in quest'ottica, le previsioni delle normative innanzi citate, evidenziando separatamente le disposizioni che si riferiscono ai poteri cognitivi del giudice rispetto a quelle afferenti ai suoi poteri decisori.

In quest'ottica, inoltre, appare indispensabile che la riflessione si confronti anche con la giurisprudenza della Corte Europea per i diritti umani ed, in particolare, con quella in materia di *full jurisdiction* che si è occupata specificatamente di processo amministrativo¹, sotto il profilo, per un verso, dei termini e condizioni a che il giudice abbia accesso e si formi un convincimento in merito ai fatti, per altro, dell'ampiezza dei suoi poteri di definizione del rapporto giuridico controverso.

2. L'*ἐκλέγειν* amministrativo nel processo: l'evoluzione della legislazione

Nel solco di questa impostazione, si evidenzia come in ambedue i casi (quello della legislazione vigente e quello del primigenio assetto normativo), al

¹ Sulla *full jurisdiction* non si prescinda da M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2012, nonché dagli studi condotti in materia da Francesco Goisis e, in particolare, F. GOISIS, *La full jurisdiction nel contesto della giustizia amministrativa: concetto, funzione e nodi irrisolti*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 546.

tema del controllo giudiziale sulle decisioni amministrative in sede di giurisdizione di legittimità sono dedicate circoscritte previsioni. Si tratta, tuttavia, di disposizioni di grande impatto pratico e respiro teorico.

Quanto alla l. Crispi, vengono in rilievo essenzialmente le disposizioni di cui all'art. 3 («Spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge [...]»), nonché, per quanto riguarda i poteri istruttori del giudice, l'art. 16 («Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione [...] può chiedere all'Amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documento o ordinare all'Amministrazione medesima di fare nuove verificazioni»). Nel seguito, come anche per le previsioni del codice del processo amministrativo, queste disposizioni dovranno essere riguardate anche alla luce di quelle volte a disciplinare la giurisdizione di merito delle corti amministrative.

Quanto al codice del processo amministrativo, occorre rifarsi all'art. 29 in materia di azione di annullamento («L'azione di annullamento per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere si propone nel termine di decadenza di sessanta giorni»), all'art. 31 in materia di azioni di condanna e silenzio («Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione») nonché all'art. 34 in materie di sentenze di merito, laddove si richiamano le possibilità decisorie dell'art. 31. Inoltre, occorre richiamare le previsioni di cui agli artt. 19, 63 e 67 in materia di consulenza tecnica d'ufficio e tra queste, in particolare, le previsioni di cui all'art. 63 che estendono al processo amministrativo le previsioni del codice di procedura civile in tema di mezzi di prova e istruttoria (ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento).

2.1. Il sindacato di legittimità nella l. Crispi

Come accennato, un peso concettuale rilevantissimo nella ricostruzione del sistema delineato dal legislatore con la l. Crispi va ascritto non solo alle disposizioni appena richiamate ma anche all'art. 4 della medesima legge, laddove alla giurisdizione generale di legittimità vennero affiancate ipotesi specifiche in cui al giudice amministrativo si riconobbe anche il potere di decidere nel merito

le controversie sottoposte alla sua attenzione².

Sulla base del raffronto tra giurisdizione di legittimità e di merito, il ragionamento che ben presto si affermò in dottrina e giurisprudenza fu quello per cui se, nel caso della giurisdizione di merito, il legislatore aveva deciso di riconoscere limitati casi in cui al giudice spettava la cognizione completa della controversia e il potere di deciderla dettando la regola del rapporto, allora il giudizio di legittimità (delineato dall'art. 3, mediante lo scarno richiamo alle patologie dell'incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) doveva necessariamente significare qualcosa di diverso (e più limitato). Ciò sia in termini decisorii che di istruzione processuale.

Quanto a quest'ultimi, la facoltà offerta al giudice amministrativo di istruire il processo in modo ben differente rispetto al rito civile (ovverosia rivolgendo all'amministrazione la richiesta di «nuovi schiarimenti», di produrre ulteriori documenti o di svolgere «nuove verificazioni»), favorì l'affermazione di una specialità processuale amministrativa, che fu ben sintetizzata dal conio della formula «giudizio amministrativo quale giudizio sull'atto»³. Si volle intendere con questa espressione la sussistenza di una riserva di potere amministrativo nell'accertamento dei fatti, nel senso di ritenere che ai giudici di legittimità la realtà sottostante l'atto si presentasse intermediata da quest'ultimo, potendo, di conseguenza, l'istruttoria processuale venir attivata (attingendo ai peculiari strumenti istruttori innanzi richiamati) solo a fronte di un provvedimento amministrativo che lasciasse trasparire una ricostruzione dei fatti manifestamente non convincente. Nella sostanza, con l'espressione «giudizio di legittimità» si finì per intendere, anzitutto, un sistema processuale istruttorio speciale, nel quale al giudice

² La giurisdizione di merito, proprio perché volta ad ottenere un pronunciamento finale sul rapporto controverso, venne inoltre corredata dei più ampi poteri istruttori da parte dei giudici (con ciò evidenziandosi un rilevante distinguo rispetto ai giudizi di legittimità, come si è visto normata, quanto all'istruttoria processuale, dalle previsioni speciali dell'art. 16. Cfr. al riguardo art. 44 regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, c.d. testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato: «1. Se la sezione, a cui è stato rimesso il ricorso, riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta, o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione coi documenti, può richiedere all'amministrazione interessata nuovi schiarimenti o documenti: ovvero ordinare all'amministrazione medesima di fare nuove verificazioni, autorizzando le parti ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti. 2. Nei giudizi di merito il consiglio di Stato può inoltre ordinare qualunque altro mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura»).

³ Espressione in merito alla quale molte indicazioni importanti possono ritrarsi dalla lettura di M. CLARICH, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, pp. 525 ss. Resta fondamentale, in ogni caso, M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, p. 223. Da ultimo, criticamente G. VERDE, *L'impianto del codice nella prospettiva (ancora non pienamente realizzata) della parità delle parti*, in *Il codice del processo amministrativo*, a cura di B. Sassani, R. Villata, Torino, Giappichelli, 2012, p. 79.

fosse fondamentalmente preclusa la facoltà di considerare i fatti in modo difforme dagli intendimenti dell'amministrazione e, in ogni caso, nel quale la revisione di quei fatti passasse necessariamente attraverso gli schiarimenti e le verificazioni dell'amministrazione medesima (non dunque una ricostruzione propriamente terza)⁴.

Quanto ai contenuti decisori, il giudizio di legittimità venne inteso (le norme d'altronde erano ben chiare da questo punto di vista) come giudizio di carattere meramente cassatorio, ovverosia come idoneo a far ottenere al cittadino, reclamante tutela, il solo annullamento dell'atto impugnato; non già, necessariamente, la soddisfazione finale della sua pretesa mediante la definizione del rapporto controverso in giudizio. La struttura conferita in tal modo al processo evidentemente costituiva la trasposizione normativa di ben chiari intendimenti teorici in materia di separazione dei poteri⁵, che postulavano l'impossibilità per il giudice amministrativo di andare oltre il momento meramente demolitorio di stretta legalità e di dettare amministrativamente la regolamentazione della relazione controversa (che restava, dunque, nella competenza esclusiva degli uffici pubblici, finanche nei casi di attività vincolata).

Questo scenario, concettualmente molto nitido in apparenza, venne tuttavia messo alla prova dall'esplicitazione della facoltà dei giudici di sindacare l'atto impugnato non solo per i vizi di incompetenza e violazione di legge ma anche per eccesso di potere⁶.

Mediante l'eccesso di potere, infatti, la legislazione amministrativa si apriva (ratificava) ad una forma di controllo sull'esercizio dei pubblici poteri non più limitato al riscontro di illegittimità dell'atto solo formali, procedurali ed oggettive ma al corretto dispiegarsi dell'azione amministrativa da un punto di vista funzionale. In tal senso spingevano le figure (che all'eccesso di potere vennero ascritte)

⁴ Cfr. A. POLICE, *Le forme della giurisdizione*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli 2013, p. 99: «La giurisdizione di legittimità nasceva come una giurisdizione "limitata". Limitata, in primo luogo, quanto al potere di cognizione che non soltanto non poteva estendersi alle valutazioni di merito (o di opportunità) dell'Amministrazione, ma che non poteva neppure giungere sul limitare delle valutazioni tecniche. [...] Connessa alla grave limitazione dei poteri di cognizione (ed è difficile dire se presupposto o conseguenza di essi) era la corrispondente limitazione quanto a poteri istruttori del giudice amministrativo di legittimità».

⁵ Cfr. sul punto per una sintetica ma esaustiva disamina e per il corredo bibliografico F. RIMOLI, (*voce*) *Poteri (divisione dei)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4406; F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, p. 20 ss.; L. ROSSI, (*voce*) *Poteri (divisione dei)*, in *N.s. Dig. it.*, X, Torino, Utet, 1939, p. 100; S. LESSONA, *La divisione dei poteri (appunti terminologici)*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1958, p. 1147; G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri. Saggio di diritto comparato*, Milano, 1994, *passim*; ID., (*voce*) *Poteri (divisione dei)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XI, Torino, Utet, 1996, p. 372. Non si prescinda in ogni caso da G. SILVESTRI, (*voce*) *Poteri dello Stato*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, Giuffrè, 1985, p. 672.

⁶ Cfr. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008.

dello svilimento di potere, dell'ingiustizia manifesta, dell'irragionevolezza, della disparità di trattamento e del difetto di proporzionalità. Non par dubbio oggi che riconoscere l'operatività di siffatti capitoli di illegittimità significasse conferire ai giudici il potere di sindacare i contenuti delle scelte amministrative ma questa possibilità venne concettualmente negata.

Lo sforzo prodottosi su queste previsioni, infatti, fu indirizzato verso la ricerca di una quadra volta a riconoscere un ambito di operatività all'eccesso di potere, conciliandone l'innovatività con le fondamenta del passato.

La riflessione, in particolare, venne orientata (e, a dire il vero, ha continuato ad essere orientata) da alcuni elementi empirici presenti nella normativa. Uno di questi (già richiamato) è costituito dal tipo di poteri istruttori riconosciuti in caso di giudizi di legittimità, l'altro dalla generale conformazione della legislazione amministrativa, caratterizzata dall'attribuzione ai pubblici uffici di ampiissimi poteri di decisione in merito alla soluzione di problemi amministrativi concreti. Una strutturazione delle norme di tal fatta favorì l'idea che, nonostante la possibilità di denunciare in giudizio l'illegittimità per eccesso di potere, l'ordinamento reiterasse positivamente - attraverso il riconoscimento di ampi poteri discrezionali - l'ineluttabilità dell'esistenza di una riserva di competenza amministrativa in favore dei pubblici uffici. Per altro verso, la definizione di un sistema istruttorio processuale così peculiare (fondato su «schiarimenti» e «verificazioni»), limitando – per non dire precludendo – il diretto ed effettivo accesso al fatto del giudice, avvalorava l'idea dell'imperscrutabilità, ovvero della esistenza di un'area incontrovertibile dell'agire amministrativo.

Dogmaticamente tutto ciò venne sintetizzato dall'idea che il sistema avesse quali poli di riferimento gli istituti della discrezionalità, da un lato e del merito amministrativo⁷, dall'altro. Il primo per compendiare logicamente tutto il rilevante giuridico di competenze amministrative rette da norme e principi con margini d'apprezzamento, il secondo per reiterare l'idea della sussistenza di un'area valutativa rimasta ad appannaggio esclusivo della libertà dei pubblici poteri, come tale, diversamente dalla prima, non conoscibile in giudizio. Merito quale area per le valutazioni istituzionali, di decisioni politiche, per la scelta tra soluzioni tutte legittime o come zona – storicamente residuale – lasciata alla libertà di apprezzamento della pubblica amministrazione costituiscono ricostruzioni che, pur muovendo da presupposti culturali differenti, sembrano risalire tutte all'ordine concettuale appena richiamato⁸.

⁷ Figura per il cui esame, anche storico, sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013. Sul tema – per una prospettiva diversa – P. COTZA, *Il merito amministrativo*, Napoli, Jovene, 2012.

⁸ Teorie per l'esame delle quali valga ancora il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, cit., p. 26 ss.

Quest'operazione di separazione schematica tra istituti (discrezionalità e merito) ha per certo fornito un ordine concettuale che, pur costantemente assoggettato a revisioni ed affinamenti, s'è confermato nel tempo, diffondendosi nell'utilizzo e nel lessico delle decisioni giurisprudenziali. La sua coerenza concettuale con il principio di separazione tra poteri, d'altronde appare evidente.

Come meglio apparirà anche all'esame degli sviluppi normativi, tuttavia, questa soluzione sembra costituire una rappresentazione non del tutto veritiera delle dinamiche giuridiche afferenti la discrezionalità amministrativa, perché la possibilità di praticare, mediante l'eccesso di potere, un sindacato sostanzialistico sulle scelte amministrative, non è irrilevante ed anzi sembra inconciliabile con la sussistenza di quella schematizzazione (e segnatamente del merito amministrativo, quale luogo riservato ed inaccessibile al sindacato delle corti amministrative).

Resta il fatto che questa ricostruzione, tanto normativa che dommatica, si è mantenuta sostanzialmente intatta fino alla riforma attuata con l'approvazione, nel 2010, del codice del processo amministrativo⁹, cui va ascritto il merito di aver ricondotto ad unità la disciplina dei mezzi istruttori, eliminando ogni distinzione tra le diverse giurisdizioni¹⁰. «L'articolazione della giurisdizione amministrativa in tre giurisdizioni distinte non è più rilevante ai fini della disciplina della prova dei fatti» ed anzi il codice ha fatto propria l'idea di estendere i «poteri istruttori del giudice amministrativo a tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile»¹¹.

Come si avrà modo di dire, la soluzione appare riflesso diretto dell'attuazione nel processo amministrativo di legittimità dei principi del giusto processo amministrativo (affermati dall'art. 111 Cost.), delle indicazioni provenienti dalla

⁹ Ciò salvo l'intervento della Corte Costituzionale (Corte Costituzionale, 10 aprile 1987, n. 146) che dichiarò illegittima la previsione di cui all'art. 44, co. 1 del Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato nella parte in cui, nelle controversie in materia di pubblico impiego (a quel tempo rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), non prevedeva la possibilità per il giudice di avvalersi della consulenza tecnica d'ufficio. Salve altresì le riforme del 1998-2000 (e, in particolare, con la riforma della l. 205/2000) che hanno modificato il sistema istruttorio del giudice amministrativo. In particolare: (i) in caso di giurisdizione di merito, si sono mantenuti i tradizionali pieni poteri istruttori del giudizio civile, (ii) quest'ultimi, tuttavia, sono stati estesi anche alla giurisdizione esclusiva, (iii) laddove nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, l'impianto istruttorio innanzi descritto è stato confermato, ma si è riconosciuta al giudice la facoltà di disporre consulenze tecniche d'ufficio.

¹⁰ Cfr. M. RAMAJOLI, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 164 ss.

¹¹ Ciò ad eccezione dell'interrogatorio formale e del giuramento, sostanzialmente per l'assurda incompatibilità tra questi mezzi di prova e il carattere indisponibile dell'interesse pubblico al cui perseguitamento è rivolta la pubblica amministrazione. Per un approfondito studio delle ragioni di una simile scelta legislativa e per una critica a quest'ultima, ampiamente A. CHIZZINI, L. BERTONAZZI, *L'istruttoria*, in *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 717 ss.

giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo in tema di *full jurisdiction*¹² e al contempo della convinzione, maturata in seno alla dottrina, per cui «la corretta ricostruzione e valutazione dei fatti rappresenta una condizione generale per la “giustizia” della decisione»¹³.

2.2. Il sindacato di legittimità e le altre possibilità processuali nel codice del processo amministrativo

Seguendo l'ordine espositivo utilizzato per l'esame della l. Crispi, l'analisi del codice del processo amministrativo si focalizzerà, per un verso, sui poteri istruttori del giudice amministrativo, per altro sulle sue prerogative decisorie.

Quanto ai poteri istruttori, risulta rilevante, ai fini della ricostruzione generale del sistema, la conferma della possibilità di ricorrere alla consulenza tecnica d'ufficio introdotta, come si è detto, con le riforme del 2000.

Su questa figura pare opportuno soffermarsi, perché attorno alla possibilità e alle modalità del suo utilizzo nei giudizi amministrativi si è concentrato molto del dibattito in ordine alla intensità del sindacato giurisdizionale. Va ricordato, innanzitutto, che l'istituto è stato ammesso ad operare nei giudizi d'annullamento in un contesto nel quale, proprio in ragione degli argomenti innanzi esposti, era diffusa l'idea che le decisioni amministrative, prese applicando saperi scientifici, fossero tendenzialmente intangibili in quanto espressione di convincimenti volti a «valutare le imprescindibili e particolari esigenze dell'amministrazione»¹⁴. Fu per questa ragione che, in una prima stagione, onde evitare che il giudice potesse sostituire con la propria una valutazione di competenza della pubblica amministrazione¹⁵, la giurisprudenza escluse che la consulenza tecnica potesse essere utilizzata per ripercorrere le valutazioni svolte dall'amministrazione (specie nel contesto dei giudizi in materia *antitrust* e sui provvedimenti della

¹² Cfr. *ex pluribus* Corte europea dei diritti dell'uomo, 21 luglio 2011, casi 32181/04 e 35122/05, *Sigma Radio Television Ltd. V. Cyprus*: «The Court has held in a number of cases, where the court in question did not have *full jurisdiction* as such but examined the issues raised before it concerning the adjudicatory body's decision, that the judicial review in the case was sufficient and that the proceedings complied with Article 6 § of the Convention. This has been the case, for example, where upon judicial review the applicant's submissions on their merits or grounds of appeal were examined point by point, without the court having to decline jurisdiction in replying to them or in ascertaining various facts».

¹³ Così A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 264. «D'altronde, pure è stato osservato, che la conoscenza dei fatti non può essere riservata alla pubblica amministrazione perché riservare il fatto alla pubblica amministrazione equivale ad amputare la giurisdizione di un suo carattere fondamentale» (A. TRAVI, *Giurisdizione e amministrazione*, in *Sindacato giurisdizionale e “sostituzione” della pubblica amministrazione*, Atti del Convegno di Copanello, a cura di F. Manganaro, A.R. Tassone, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2014, p. 264).

¹⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 10 febbraio 2000, n. 715.

¹⁵ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 29 agosto 2002, n. 7462.

Banca d'Italia).

Questa impostazione è stata rivista nel tempo. Ciò primariamente in virtù dell'osservazione per cui¹⁶ l'orientamento appena citato «rischia di produrre un sostanziale svuotamento del dettato normativo e quindi della reale capacità incisiva della consulenza tecnica d'ufficio, quale strumento ausiliario del giudice. Infatti, il mancato ricorso alla consulenza tecnica d'ufficio non permette una ricostruzione dei fatti posti a fondamento della valutazione medesima, il che, a sua volta, impedisce prim'ancora che la sostituzione della valutazione del giudice a quella effettuata dall'amministrazione, la semplice verifica dell'attendibilità scientifica della decisione amministrativa assunta».

Si tratta di un'opinione che molto si è avvalsa di argomenti elaborati dalle corti europee. Da queste, infatti, è pervenuta l'indicazione per cui, per un verso, l'accesso del giudice ai fatti controversi non può che esser pieno¹⁷, per altro, che la possibilità per il giudice di sostituire la propria visione sui fatti controversi a quella dell'amministrazione incontra il limite dell'opinabilità¹⁸ (fino a quando il convincimento dei giudici intorno ai fatti si discosti da quello dell'amministrazione, senza tuttavia che emergano vizi certi nella posizione assunta da quest'ultima, l'atto impugnato non è riformabile, perché si versa semplicemente nel contesto delle diverse opinioni tutte plausibili e legittime).

Tende così a generalizzarsi (sebbene non manchino ancora esitazioni¹⁹), l'idea che riconosce l'attivabilità della consulenza tecnica nel giudizio generale di legittimità, ogni qual volta l'andamento del processo ne comprovi l'utilità²⁰, ovvero la sua rilevanza al fine di accertare la sussistenza di patologie dell'atto impugnato²¹. Ciò, tuttavia, avendo chiaro che la posizione espressa dal consu-

¹⁶ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 130.

¹⁷ Cfr. CEDU, Sez. II, 27 settembre 2011, n. 43509/08, *A. Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*.

¹⁸ Sulla giurisprudenza comunitaria sul punto sia consentito ancora il rinvio a B. GILIBERTI, *Il merito*, cit., pp. 168 ss.

¹⁹ Ne riferisce L. GIANI, *Lo svolgimento del processo di primo grado*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, Giappichelli, 2014, p. 391.

²⁰ Sulla utilità della consulenza tecnica d'ufficio nel giudizio amministrativo di legittimità, si spera di non abusare della pazienza del lettore rinviano a B. GILIBERTI, *Consulenza tecnica, pienezza del sindacato e full jurisdiction. Brevi annotazioni a Consiglio di Stato, Sez. V, 17 ottobre 2013, n. 5043*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 745.

²¹ Di recente elabora questa posizione Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4505. Cfr. ancora L. GIANI, *Lo svolgimento del processo*, cit., p. 390. Resta il fatto, tuttavia, che ad onta delle riflessioni di cui si è detto, un più convinto ricorso all'istituto sconta ancora resistenze in seno alla giurisprudenza, alimentate invero dallo stesso legislatore che in seno al codice del processo amministrativo ha introdotto la disposizione per cui l'utilizzo dell'istituto è possibile solo quando risulti davvero «indispensabile» (art. 19 del c.p.a.). Ne consegue che la prospettazione

lente tecnico non può prevalere *ipso facto* su quella dell'amministrazione, dal momento che il sindacato di legittimità incontra pur sempre il limite dell'opinabile²², sicché il giudice amministrativo non può sostituire, a suo piacimento, le proprie valutazioni a quelle effettuate dall'autorità pubblica competente²³ ²⁴.

più convincente appare quella che riconosce al giudice la possibilità di ricorrere alle nozioni proprie della scienza tecnica, onde appurarne la corretta applicazione nel caso da decidere, sia sotto il profilo della individuazione della regola tecnica poi utilizzata, sia per ciò che attiene alle modalità con cui la stessa è stata effettivamente applicata. Ciò con il fine della ricerca di vizi dell'atto impugnato, dal momento che qualora il giudizio dell'amministrazione «risulti corretto e quindi attendibile ancorché opinabile, ad esso il giudice non può sostituire un proprio diverso apprezzamento, che sarebbe opinabile pure esso» (così F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, pp. 313-314; in senso analogo, A. AZZENA, *Spunti per una riflessione su: regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità*, in *Studi in ricordo di E. Capaccioli*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 599 ss.).

²² A riprova però del fermento culturale sul tema, si vadano le considerazioni di G. D'ANGELO, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, in *Dir. amm.*, 2014, pp. 659 ss.: «da consulenza tecnica non può giustificare sconfinamenti del giudice nelle valutazioni riservate all'amministrazione. Resta da capire, però, quali valutazioni tecniche si possono ritenere oggetto di una riserva. Certo è che la complessità della valutazione non dovrebbe più comportare una riserva all'amministrazione, perché la consulenza tecnica rappresenta uno strumento finalizzato proprio a garantire un accesso paritario nel processo di cognizione di regole tecniche di meno comune conoscenza e applicazione».

²³ Questa posizione registra importanti assonanze con un filone tradizionale della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale in numerose occasioni ha reiterato il convincimento per cui i giudici devono limitarsi alla verifica dell'osservanza delle regole di procedura, e di motivazione, nonché ad appurare l'esattezza materiale dei fatti sotto il profilo dell'errore manifesto (cfr. Tribunale della Comunità europea, 17 settembre 2007, Causa T-201/04, *Microsoft c. Commissione*, § 87 e ss.). Non può sottacersi, tuttavia, che – in più recenti decisioni ed almeno a partire da CGUE, 8 dicembre 2011, *KME Germany e a. c. Commissione Europea*, C-389/10, § 109 – la Corte propenda nettamente per un vaglio più approfondito sia in fatto che in diritto; un vaglio che si ritiene possa spingersi a verificare non solo l'esattezza materiale dei fatti, ma anche la loro attendibilità, pertinenza e rilevanza rispetto alla vicenda controversa. Per la dottrina (M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 98) sarebbe possibile registrare un'evoluzione del tipo di sindacato praticato dai giudici europei da un'originaria impostazione in termini di giudizio di mera attendibilità verso un sindacato di pura condivisibilità).

²⁴ Ma si veda M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602: «Il giudice amministrativo dovrebbe operare come un giudice di secondo grado nei confronti di una sentenza di primo grado: dovrebbe, cioè, esercitare, almeno rispetto all'apprezzamento dei fatti (anche complessi e opinabili), un potere di riesame del tutto sostitutivo, ponendo in essere un *novum judicium* e comportandosi, dunque, come “un giudice d'appello che esamina il fascicolo e se ne riappropria ex novo, come richiesto dall'art. 6 della Cedu”. [...] Insomma, alla luce degli obblighi internazionali discendenti dalla Cedu, la tradizionale definizione del nostro processo amministrativo come rimedio cassatorio (perché ispirato, almeno in origine, al limitato sindacato di legittimità della cassazione), potrebbe essere riformulata riconoscendo che la cognizione oggi richiesta al giudice di legittimità e, in realtà, sempre più, quella di un giudice d'appello; il giudice amministrativo, ove richiesto, può e deve spingersi a sostituire la propria decisione a quella dell'amministrazione, non limitandosi ad un riesame estrinseco e di mera legittimità dei presupposti del provvedimento amministrativo impugnato».

La ricostruzione appena operata evidenzia differenze rilevanti rispetto al regime giuridico previgente, che come si è visto si caratterizzava per la stringatezza degli strumenti istruttori e un limitato (e comunque peculiare) accesso dei giudici al fatto. Sotto il profilo dogmatico, l'innovazione è importante perché il riconoscimento della possibilità che l'istruttoria possa avvalersi della consulenza tecnica di ufficio priva la teoria del processo amministrativo quale giudizio sull'atto (già minata dagli studi sulla funzione) forse del suo più strenuo baluardo concreto. Sembra, infatti, non agevole sottrarsi alla considerazione che la riforma – ratificando la possibilità che il giudice, nei termini anzidetti, abbia una cognizione diretta dei fatti sottesi al provvedimento impugnato – favorisca il superamento dell'idea che la vicenda amministrativa controversa si presenti al giudice unicamente attraverso l'intermediazione della rappresentazione dei fatti fornita dall'amministrazione nell'atto contestato.

Nel solco di questi rilievi, sembra ora possibile soffermarsi sui poteri decisori del giudice amministrativo. Il tema chiama in causa, per un verso, condizioni e limiti entro cui alle corti amministrative è data facoltà di disporre la caducazione dell'atto impugnato, per altro, la possibilità che nel giudizio amministrativo si addivenga non solo all'annullamento dell'atto controverso ma anche alla definizione della regola del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

Prima di trattare questi temi corre l'obbligo di precisare che nel prosieguo discrezionalità tecnica e pura verranno trattate congiuntamente. Ciò in quanto, pur consapevoli delle distinzioni tra le due figure²⁵ che la teoria propone, è rilevante - ai fini di interesse - che le corti amministrative tendono ad avere in tutti e due i casi lo stesso tipo di intendimenti.

Quest'ultimi (venendo con ciò a trattare la prima questione) si sostanziano nella reiterazione in ambedue le ipotesi dell'idea dell'esistenza di un'area di merito, in ogni caso insindacabile. In sostanza, confermando l'impostazione richiamata nel precedente paragrafo, nell'ambito dei poteri amministrativi discrezionali s'è mantenuta l'idea dell'esistenza di due distinte porzioni dell'agire amministrativo: una prima (propriamente la discrezionalità), in cui operare valutazioni di interesse, retta da norme e principi giuridici, come tali verificabili da parte del giudice; una seconda (il merito amministrativo) in cui esprimere i contenuti più propriamente soggettivi dell'agire, ovverosia le libere considerazioni "politiche" (o di pubblico interesse), come tali insindacabili. E peraltro, al fine di evitare di invadere il merito amministrativo, mediante il controllo sull'utilizzo delle norme e principi giuridici propri della discrezionalità, si richiede al giudice di limitare

²⁵ Cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 104 ss.

l'annullamento degli atti amministrativi discrezionali solo ai casi in cui le violazioni risultassero manifeste, dunque al di là di ogni ragionevole dubbio²⁶.

Tanto riferito in ordine ai poteri cassatori del giudice amministrativo, occorre ora indugiare sui suoi poteri decisorii, sotto il profilo della possibilità di addivenire, anche in caso di discrezionalità, a pronunce che definiscano la relazione tra cittadino ed amministrazione.

Al riguardo, non pare invero potersi dubitare del fatto che le singole previsioni del codice del processo amministrativo individuino un regime peculiare per la discrezionalità amministrativa e, peraltro, che esse non pongono distinzioni ma assimilino alla discrezionalità pura quella tecnica²⁷. Il giudizio di legittimità, infatti, allorquando riguardi una di queste figure, continua ad esser strutturato essenzialmente come cassatorio; trovando, così, conferma l'idea della natura tendenzialmente inesauribile del potere dei pubblici uffici.

La possibilità di ottenere condanne dell'amministrazione all'emanazione di atti, infatti, è stata espressamente confinata proprio alle ipotesi in cui risultino

²⁶ Cfr. sulla discrezionalità tecnica T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 1 dicembre 2016, n. 1825: «Il sindacato esperibile dal giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche degli organi medico-legali circa la dipendenza da causa di servizio dell'infermità denunciata dal pubblico dipendente è limitato ai profili di irragionevolezza, illogicità o travisamento dei fatti; al giudice amministrativo spetta una valutazione esterna di congruità e sufficienza del giudizio di non dipendenza, valutazione relativa alla mera esistenza di un collegamento logico tra gli elementi accertati e le conclusioni che da essi si ritiene di trarre, laddove l'accertamento del nesso di causalità tra la patologia insorta ed i fatti di servizio, in cui si sostanzia il giudizio sulla dipendenza o meno dal servizio, rappresenta un tipico esercizio di attività di merito tecnico riservato all'organo di verifica delle cause di servizio». Su quella pura T.A.R. Emilia-Romagna, Sez. I, 10 novembre 2016, n. 323: «Le scelte di pianificazione urbanistica si caratterizzano per gli ampi margini di discrezionalità di cui godono le Amministrazioni che le rendono non sindacabili in sede giurisdizionale se non in presenza di macroscopici errori, giacché costituiscono apprezzamento di merito sottratto al sindacato di legittimità se non per profili di manifesta illogicità ed irragionevolezza».

²⁷ Cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. I, 13 febbraio 2013, n. 123: «Ai sensi degli artt. 31, co. 3, e 34, co. 1, lett. c), c.p.a., è inammissibile l'azione di adempimento e di condanna della p.a. al rilascio di un provvedimento connotato da profili di discrezionalità amministrativa e tecnica». Così anche T.A.R. Umbria, Sez. I, 9 luglio 2012, n. 261; Consiglio di Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15. Si veda altresì T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428: «Il codice del processo ha introdotto, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto. Infatti l'art. 34, co. 1, lett. c), infatti, nel precisare i contenuti della sentenza di condanna, prevede anche l'adozione "delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio". Si configura così un potere di condanna senza restrizione di oggetto, modulabile a seconda del bisogno differenziato emerso in giudizio». Cfr. altresì Consiglio di Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3: «Deve, inoltre, rilevarsi che il legislatore, sia pure in maniera non esplicita, ha ritenuto esperibile, anche in presenza di un provvedimento espresso di rigetto e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa e tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto».

assenti margini di giudizio soggettivi (tipici di ambedue le figure di discrezionalità) non solo in astratto ma alla prova concreta dei fatti. Si pensi alle previsioni di cui all'art. 31²⁸ in tema di azione avverso il silenzio, laddove è stabilito che il giudice possa pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratti di attività vincolata o quando risulti che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. Si pensi altresì all'art. 34, co. I lett. c) che nel contesto delle sentenze di merito prevede che l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento amministrativo possa essere esercitata nei limiti dell'art. 31 appena richiamato²⁹. La giurisprudenza ha confermato questa prospettiva autorevolmente³⁰.

Volendo sintetizzare in punti nodali quanto emerso dall'esame del codice del processo amministrativo può dirsi per un verso, che si registra un cospicuo incremento dell'effettività della tutela offerta al cittadino in virtù del potenziamento degli strumenti istruttori e della maturazione in seno alla magistratura di una maggiore confidenza in ordine alle finalità ed ai limiti della consulenza tecnica d'ufficio; per altro, che il passaggio dall'originario impianto della l. Crispi al

²⁸ Sulla norma in esame cfr. G.F. NICODEMO, *Commento all'art. 31*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. Caringella, M. Protto, 2013, Roma, Dike, pp. 380 ss. Non si prescinda da F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Commento all'art. 31*, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, 2013, Roma, Dike, pp. 517 ss.; V. PARISIO, *L'azione avverso il silenzio*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di R. Caranta, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 675 ss. Si veggia altresì L. BERTONAZZI, *Il giudizio sul silenzio*, in *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 422.

²⁹ Sulla norma in esame in dottrina cfr. A. STORTO, *Commento all'art. 34*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit., p. 379.

³⁰ Cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15: «Il codice del processo amministrativo, dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, oltre che ai criteri di delega fissati dall'art. 44, l. 18 giugno 2009, n. 69, ha superato la tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; ha dunque ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni, aggiungendo alla tutela di annullamento l'azione di condanna (risarcitoria e reintegratoria ex art. 30 c.p.a.); l'azione dichiarativa (con l'azione di nullità del provvedimento amministrativo ex art. 31, co. 4, c.p.a.); in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, co. da 1 a 3, c.p.a.); in presenza di un provvedimento espresso di rigetto, e sempre che non vi osti la sussistenza di profili di discrezionalità amministrativa o tecnica, l'azione di condanna volta ad ottenere l'adozione dell'atto amministrativo richiesto, e ciò alla stregua del combinato disposto dell'art. 30, co. 1, c.p.a., che fa riferimento all'azione di condanna senza la tipizzazione dei relativi contenuti (sull'atipicità di detta azione si sofferma la relazione governativa di accompagnamento al codice) e dell'art. 34, co. 1, lett. c), c.p.a., ove si stabilisce che la sentenza di condanna deve prescrivere l'adozione di misure idonee a tutelare la situazione soggettiva dedotta in giudizio».

nuovo codice non ha portato ad una rivisitazione degli intendimenti in tema di giudizio cassatorio, che è rimasto ancorato – specie nella rappresentazione giurisprudenziale – alla distinzione tra discrezionalità (sindacabile) e merito (insindacabile); per altro ancora, che il processo amministrativo, pur evidenziando un ampliamento del novero delle azioni esperibili, non ha smarrito le sembianze fondamentali di giudizio caducatorio, perché le azioni di condanna, pur ammissibili, sono state confinate dal legislatore alle sole ipotesi di vicende a discrezionalità inesistente in principio o esaurita nei fatti.

2.3. Sindacato demolitorio, accesso al fatto e giudizio sul rapporto nella giurisprudenza della Cedu

Come indicato in premessa, occorre rapportare le considerazioni appena svolte in merito alle possibilità istruttorie e decisorie offerte dal codice del processo amministrativo con le molte, importanti indicazioni che emergono dalla giurisprudenza della Corte Europea per i diritti dell'uomo in materia di *full jurisdiction*.

Non è questa ovviamente la sede per un'analisi estesa; cionondimeno appare possibile, oltre che di massima utilità, isolare alcuni principi e tendenze che in quella giurisprudenza si rinvengono.

Può dirsi allora che la principale e maggiormente reiterata affermazione in materia di *full jurisdiction*, consiste nella necessità che al giudice nazionale sia riconosciuto il potere di dar corso ad un'analisi *point by point* su tutti gli elementi di fatto e di diritto portati alla sua attenzione, senza che detto giudice debba declinare la propria giurisdizione in quanto vincolato agli accertamenti compiuti dall'amministrazione nel corso del procedimento³¹. Viene, in tal modo contestata in radice la possibilità che all'amministrazione possa riconoscersi un potere di imporre il proprio *ipse dixit*³² senza che un giudice possa rivedere il contenuto della scelta sotto il profilo della corretta ricostruzione e valutazione dei fatti, in

³¹ Cfr. CEDU, 21 luglio 2011, casi 32181/04, *Sigma Radio Television Ltd v. Cyprus*, § 157: «where the reviewing court is precluded from determining the central issue in dispute, the scope of review will not be considered sufficient for the purposes of Article 6». Questa prospettiva si esplicita in maniera ancor più evidente in altre decisioni della Corte, fino all'affermazione nitida per cui un sistema giudiziario nazionale, ai fini del rispetto dei parametri di *full jurisdiction*, deve avere «the power to quash in all respect, on questions of fact and law, the decision of the body below» (così CEDU, 23 ottobre 1995, caso 15523/89, *Schmautzer v. Austria*, § 36).

³² Cfr. CEDU, 31 luglio 2008, caso 72034/01 *Družstvení záložna Pria and Others v. The Czech Republic*, § 111.

rapporto con le regole di diritto pertinenti³³. Questa giurisprudenza è stata letta dalla dottrina, che maggiormente si è occupata di *full jurisdiction*, quale riconoscimento di un potere pienamente sostitutivo in capo ai giudici nazionali, sia sotto il profilo della ricostruzione dei fatti (che non scontrerebbe alcuna deferenza rispetto a quella operata dalle amministrazioni), sia sotto il profilo dell'interpretazione ed applicazione delle regole di diritto³⁴. Ciò, in particolare, quando nel processo si sia riscontrata la violazione delle regole del procedimento poste a garanzia del contraddittorio e del principio di parità delle parti. In una visione unitaria di procedimento e processo, in particolare, si postula che il processo debba restituire al cittadino ciò che il procedimento gli ha negato, fino a concepire il processo quale luogo finale di definizione della regola del rapporto amministrativo controverso³⁵.

Questa impostazione, molto radicale e innovativa, almeno stando ai tradizionali parametri, innanzi citati, della giurisprudenza nazionale (in ciò del tutto vicina a quella della Corte di Giustizia dell'Unione Europea), pare incontrare, nelle stesse decisioni della CEDU, due limitazioni.

Con motivazioni che appaiono molto simili all'idea di merito amministrativo dell'esperienza dommatica e giurisprudenziale nazionale, anche in seno alla Corte Europea si rinviene il convincimento per cui l'istituto della *full jurisdiction* ha funzione ed essenza prettamente giuridica, sicché esso legittima - ed anzi, nei termini anzidetti, impone - al giudice nazionale di condurre una verifica giuridica sui fatti (esaustività, pertinenza e appropriatezza della loro ricostruzione) e sul diritto (correttezza dell'interpretazione datane dall'amministrazione), per come applicato dall'amministrazione. La *full jurisdiction*, però, non può essere intesa come strumento per una mera sostituzione del giudice all'amministrazione, allorquando le censure non presentino i connotati di contestazioni giuridiche (in fatto o diritto), risolvendosi in una mera sostituzione dei convincimenti del giudice a quelli dell'amministrazione basati su convinzioni soggettive, non ancorate

³³ Cfr. CEDU, 10 luglio 1998, casi 20390/92 and 21322/92, *Tinnelly & Sons Ltd and Others and McElduff and Others v. the United Kingdom*, § 77.

³⁴ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 68: «Tuttavia, con riferimento alle sanzioni amministrative ricadenti nella nozione di «accusa penale» ai sensi della CEDU, un'ampia giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo pare orientata a sostenere che solo un sindacato giurisdizionale pienamente sostitutivo, in qualunque modo poi incidente sull'azione amministrativa (ossia in via direttamente sostitutiva, ovvero operante attraverso un effettivo vincolo confirmatorio) possa assicurare, sia pure ex post e in via eventuale, che la decisione sanzionatoria sia assunta nel rispetto delle garanzie CEDU».

³⁵ Cfr. M. ALLENA, *Art. 6 Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, cit., p. 68: «In altri termini, l'idea della sostituzione *ex post* implica, si direbbe necessariamente, la possibilità di un vero e proprio riesercizio del potere, in modo da assicurare che i diritti procedurali siano rispettati in una fase che, per quanto successiva, sia davvero quella di assunzione della decisione».

all'applicazione del diritto³⁶. Questa posizione si collega a quella che esclude un potere di revisione da parte dei giudici in caso di decisioni amministrative direttamente coinvolgenti il principio di sovranità popolare³⁷.

Infine, è frequente l'affermazione per cui una volta accertata la sussistenza di capitoli di illegittimità di un provvedimento amministrativo, a garantire la *full jurisdiction* non è indispensabile che il rapporto amministrativo venga definito in giudizio, essendo ritenuto appropriata anche una soluzione che riaffidi l'esercizio del potere all'amministrazione³⁸.

3. L'*ἐξλέγειν* nel processo amministrativo: sviluppi teorici e prospettive pratiche

Come appena evidenziato, alle evoluzioni normative che hanno interessato il processo amministrativo specie per ciò che attiene ai poteri istruttori del giudice non è conseguita una rivisitazione degli intendimenti teorici. Piuttosto, è stata confermata la narrazione dell'esistenza del merito amministrativo, quale porzione dell'agire immune dal potere di controllo dei giudici. Nonostante l'evidente rafforzamento della penetratività dei controlli giudiziali, la necessità di riconoscere all'amministrazione il potere di assumere decisioni insindacabili continua ad essere intesa quale luogo oleografico (il merito) inaccessibile al controllo giurisdizionale, in cui la pubblica amministrazione si muove irrelata. Come pur si è detto, mediante questo impianto teorico si è creduto di trovare la quadra dommatica nelle relazioni tra poteri dello Stato³⁹.

³⁶ Cfr. CEDU, 26 giugno 1986, casi 8543/79, 8674/79, 8675/79, *Van Marle and others v. the Netherlands*: «An assessment of this kind, evaluating knowledge and experience for carrying on a profession under a particular title, is akin to a school or university examination and is so far removed from the exercise of the normal judicial function that the safeguards in Article 6 cannot be taken as covering resultant disagreements».

³⁷ Per una disamina critica di questa posizione e per l'ampio corredo giurisprudenziale, si rinvia a M. ALLENA, *Art. 6 CEDU*, cit., p. 210 ss.

³⁸ Cfr. CEDU, 28 maggio 2002, 35605/97, *Kingsley v. the United Kingdom*: «The Court considers that it is generally inherent in the notion of judicial review that, if a ground of challenge is upheld, the reviewing court has power to quash the impugned decision, and that either the decision will then be taken by the review court, or the case will be remitted for a fresh decision by the same or a different body. Thus where, as here, complaint is made of a lack of impartiality on the part of the decision-making body, the concept of 'full jurisdiction' implies that the reviewing court not only considers the complaint but has the ability to quash the impugned decision and to remit the case for a new decision by an impartial body».

³⁹ Ciò nonostante il fatto che, pur non rinunciando al merito amministrativo, la dottrina non avesse mancato di porre in luce che il sindacato sugli atti amministrativi svolto per principi (in particolare, di ragionevolezza e proporzionalità) implica la possibilità di operare un tipo di

In realtà, quest'impegno ricostruttivo pare essersi dedicato al tentativo di render coerenti due mondi paralleli, che risultano - a ben vedere - inconciliabili. All'edificazione dommatica di un'area inaccessibile, infatti, ha continuato a fare da contraltare la facoltà di sindacare le decisioni amministrative discrezionali nei contenuti (ovverosia proprio invadendo quell'area – il merito – che si sarebbe voluto lasciare invalicabile); con ciò rendendosi chiaro che non esiste un'area insindacabile e che i contenuti delle scelte amministrative sono tutti scrutinabili. Di qui l'impossibilità di ritenere realmente compiuta l'operazione di isolamento, in favore dell'amministrazione, di una zona franca ed originaria (il merito amministrativo) nella quale poter esprimersi sostanzialmente irrelata⁴⁰.

Cionondimeno le ragioni di quelle impostazioni meritano di essere meglio scrutinate, per l'importanza del loro lascito culturale, per l'incidenza storica sulla normazione, per verificare se, ed in che misura, ricostruzioni parzialmente differenti possano offrire rappresentazioni più veritiere dei rapporti tra cittadino ed amministrazione.

Si può osservare allora che, con le raffigurazioni del merito innanzi richiamate (e l'impianto normativo delineato con la l. Crispi), la separazione dei poteri ha lasciato il perimetro delle mere raffigurazioni di principio per calarsi nel contesto delle effettive dinamiche tecnico-giuridiche tra amministrazione e sue corti giurisprudenziali. Il bilanciamento tra questi due poteri, tuttavia, è avvenuto sostanzialmente attribuendo ad entrambi originaria natura sovrana e, soprattutto, ritenendo che la definizione dei termini del loro rapporto (mediante il riconoscimento in favore dell'amministrazione di uno spazio esente da sovrapposizioni giudiziali) fosse di per sé satisfattiva delle istanze di tutela del cittadino e, nel corso dell'evoluzione, perfettamente coerente con la collocazione istituzionale

controllo che di necessità finisce per aver ingresso nell'intimo contenuto delle decisioni amministrative, per giungere, dunque, proprio fino al merito (cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., p. 165).

⁴⁰ Si può peraltro rilevare che il sindacato per principi – per quanto oggi sempre più convincentemente praticato – non sia nuovo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi, che sin dagli albori si sono riconosciuti il potere di annullare provvedimenti amministrativi illegittimi per violazione di principi (primo fra tutti la ragionevolezza). Cfr. A. PIRAS, (*voce*) *Invalidità c) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 606: «Nel 1870 era già universalmente accettato il principio che la questione della legittimità del provvedimento “non si potesse esaminare sempre e in modo assoluto indipendentemente dalla “giustizia” e quindi dal “merito” dei provvedimenti. Il ricorso all’idea di giustizia, il riferimento ai principi che debbono regolare e regolano l’attività delle autorità amministrative, furono il mezzo tecnico del quale la giurisprudenza si servì per giungere a valutare, oltre che la conformità dell’atto al modello legale, la “legittimità intrinseca” dei provvedimenti. In un parere reso dall’Adunanza generale del Consiglio di Stato in data 15 novembre 1884 si può leggere una completa esposizione dei principi che hanno guidato la giurisprudenza a ritenere compreso nella propria competenza di legittimità anche «il riesame di quelle questioni sostanziali che si riferiscono alla “giustizia” dei provvedimenti».

di quest'ultimo nell'ambito della Costituzione. La ricostruzione dell'interesse del cittadino nelle vicende amministrative quale posizione occasionalmente protetta ha, in altri termini, influenzato anche questa riflessione (non solo quella in materia di interesse legittimo)⁴¹.

L'idea di un'amministrazione originaria, tuttavia, ha avuto quale conseguenza l'affermazione, solo incerta e dubbia, dell'amministrare quale esecuzione. Il principio di legalità ne ha in tal modo sofferto, non solo nella propria dimensione culturale. La legislazione, infatti, ha realizzato quest'impostazione. Lo dimostrano le originarie caratteristiche del processo innanzi compendiate, le quali, rendendo peculiare il rapporto tra fatto controverso e giudice, hanno fornito la cifra reale di quell'impianto teorico nelle vicende amministrative concrete. Inoltre, il richiamato equilibrio tra poteri dello Stato, impostato quale questione di bilanciamenti istituzionali, ha, per un verso, indebolito la matrice garantista dello stesso principio di separazione, per altro, offuscato il valore costituzionale dell'individuo e la sua valenza ricostruttiva del sistema amministrativo.

Viceversa, appare evidente che, recuperando all'individuo la dovuta centralità costituzionale, si possano conseguire alcuni risultati non secondari. Anzi-tutto, diviene possibile fornire un radicamento costituzionale all'eccesso di potere, che può essere inteso quale strumento di garanzia per il cittadino, perché funzionale ad ancorare le decisioni dei pubblici poteri non solo alla legalità formale ma alla legalità sostanziale (operazione tanto più virtuosa sol che si consideri che quest'ultima è ordine giuridico della società⁴²). Allo stesso tempo, si smentisce l'idea dell'esistenza di un'area libera ed imperscrutabile ad esclusivo appannaggio dell'amministrazione, essendo il suo intero agire intessuto di norme sostanziali, che la sovranità dell'individuo – a presidio della quale esse sono sorte – reclama di assegnare al controllo giudiziale. Si valorizza, in tal modo, anzitutto culturalmente, il principio di legalità, rendendosi meglio evidente che – anche

⁴¹ Sulla parola dell'interesse legittimo cfr. L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850.

⁴² Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 319: «Nella prospettiva che qui si intende proporre, invece, l'appartenenza della sovranità al popolo si esprime sia con la legittimazione democratica dell'autorità, sia — come dimostrano i diritti fondamentali — trattenendosi nel perimetro della sovranità popolare, senza articolarsi in forme istituzionali ed esprimendosi con l'esercizio delle libertà e dei diritti che la Costituzione stessa « riconosce » e non crea; esiste — dunque — un ordine giuridico fondato sulla sovranità delle persone, che la Costituzione riconosce. Ne discendono due conseguenze significative: anzitutto, sarà in quest'ordine giuridico che andranno cercati i significati delle clausole generali (il contenuto concreto di ragionevolezza, buona fede, equità, etc., deve essere cercato nell'ordine giuridico della società, in comportamenti consolidati e riconoscibili tanto da divenire regola)».

quando assegnataria di norme discrezionali – l'amministrare è esecuzione giuridica, perché l'azione dei pubblici uffici è costituzionalmente funzionalizzata alla realizzazione del pieno godimento dei diritti individuali e collettivi, anche mediante l'applicazione delle norme generate dalla comunità⁴³. «I poteri pubblici, quindi, (i) sorgono dalla volontà del popolo sovrano, (ii) sono limitati e impegnati dall'ordine giuridico della società e (iii) si organizzano ed agiscono in funzione dell'assicurare il godimento dei diritti fondamentali e l'adempimento dei doveri inderogabili»⁴⁴.

Logico corollario di tutto ciò è che, non rivenendosi un'area riservata, non sembra possibile ritagliare per il merito amministrativo uno spazio operativo plausibile, né riconoscergli valenza ricostruttiva di istituto giuridico. Riconoscere l'operatività del sindacato sostanziale sulle scelte amministrative (l'eccesso di potere), affermare che il controllo di legittimità è, alla luce dell'ordine giuridico della società, controllo sui contenuti, significa anche riconoscere ed affermare che allorquando il provvedimento amministrativo sia uscito indenne dalle operazioni di controllo, esso è semplicemente legittimo e non anche insindacabile.

Quanto affermato, tuttavia, se inevitabilmente conduce ad una rivisitazione dei tradizionali intendimenti teorici in tema di discrezionalità amministrativa, non deve condurre all'errore di ritenere, per ciò solo, risolto anche il tema dell'intensità del controllo praticabile dai giudici sugli atti amministrativi discrezionali. Dalla possibilità di operare un sindacato sui contenuti delle scelte discrezionali, infatti, non sembra descendere di necessità che i giudici possano indiscriminatamente sostituirsi all'amministrazione, affermando la propria prospettiva nel caso di divergenze di opinioni.

Nessun indicatore, infatti, sembra suffragare l'idea che il convincimento del giudice intorno alla questione amministrativa controversa abbia un valore superiore a quello dell'amministrazione. Ciò deve darsi anche alla luce della giurisprudenza, innanzi richiamata, della CEDU, dalla quale, se emerge con certezza il ripudio di ogni forma di *ipse dixit* delle amministrazioni e la necessità di un sindacato *point by point* in fatto e in diritto, sembra anche emergere – sia pur con le dovute cautele, volte ad evitare elusioni – l'idea che il sindacato sostitutivo può essere pieno in quanto giuridico ma non va inteso quale forma di sostituzione dei gradimenti del giudice a quelli dell'amministrazione. Ciò specie considerando

⁴³ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 320: «l'autorità apparirà legittima solo in tanto in quanto sia funzionale ad assicurare il pieno godimento dei diritti delle persone, sicché l'interesse pubblico non è il frutto di una volizione dell'autorità, ma è parte — esplicita o anche solo implicita — della protasi della disposizione da applicare».

⁴⁴ Cfr. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 324.

che, secondo giurisprudenza innanzi richiamata, consono alla nozione di *full jurisdiction* può essere ritenuto quel sistema processuale nazionale che, riscontrate illegittimità di provvedimento amministrativo, ne disponga la caducazione ma rimetta all'amministrazione la riedizione del potere per la definizione della regola del caso concreto. Questa visione, invero, sembra assai prossima all'idea per cui il giudice, nel contesto dei giudizi di legittimità, continua ad esercire una competenza di sindacato giuridico, non un generale potere di revisione. Al giudice, in altri termini, non pare attribuito il compito di operare come superiore gerarchico, come tale competente a riedire il potere alla luce dei suoi soli convincimenti; piuttosto, alle corti spetta di decidere secondo diritto, verificando la legittimità della decisione amministrativa, mediante un giudizio normativo sulla corretta ricostruzione dei fatti, sull'applicazione del diritto e sulla qualità giuridica della ponderazioni tra interessi svolte dall'amministrazione.

Da ciò consegue che, nell'ambito dei giudizi di legittimità (indifferentemente se su atti vincolati, espressione di discrezionalità pura o tecnica), l'annullamento dell'atto impugnato postula necessariamente l'individuazione di capitoli di illegittimità (violazione di legge, incompetenza e eccesso di potere); quest'ultima – a propria volta – necessita che il rapporto tra azione amministrativa e norme di riferimento abbia valicato la soglia dell'opinabilità⁽⁴⁵⁾, al di sotto della quale non può darsi illegittimità ma differenti opinioni, tutte legittime (perché espressione del pluralismo sociale)⁽⁴⁶⁾.

Questa prospettiva si ricollega al tema, in precedenza già considerato, dei poteri decisorii del giudice amministrativo, sotto il profilo non della loro invasività cassatoria ma della loro attitudine a definire in giudizio la regolamentazione degli interessi tra cittadino ed amministrazione. Nell'impianto complessivo voluto dal legislatore, come si è visto, non pare si sia deciso di sancire la generale e indiscriminata evoluzione del processo amministrativo di legittimità da giudizio cassatorio a giudizio sul rapporto (per tale intendendosi quello istituzionalmente

⁴⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2011, n. 2925: «Il giudice amministrativo in relazione ai provvedimenti dell'A.G.C.M. esercita un sindacato di legittimità, che non si estende al merito, salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio; pertanto, deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'A.G.C.M. sia immune da travisamenti e vizi logici e accertare che le norme giuridiche siano state correttamente individuate, interpretate e applicate. In tale verifica, il sindacato del giudice è pieno, nel senso che il giudice controlla l'analisi compiuta dall'Autorità per verificarne la correttezza. Peraltra, laddove residuino margini di opinabilità in relazione ai concetti indeterminati, il giudice amministrativo non può comunque sostituirsi all'A.G.C.M. nella definizione del mercato rilevante, se questa sia immune da vizi di travisamento dei fatti, da vizi logici, da vizi di violazione di legge».

⁴⁶ Temi sui quali si è più approfonditamente provato a ragionare in B. GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 1057.

deputato a produrre sempre la regolamentazione definitiva della relazione intersoggettiva controversa (come in caso di giurisdizione sul merito)⁴⁷.

Sebbene non manchino argomentate critiche da parte della dottrina⁴⁸, essa sembra in realtà sostanzialmente conforme anche alle indicazioni provenienti dall'elaborazione giurisprudenziale maturata in tema di art. 6 della Cedu. Come si è detto, l'idea rinvenibile in seno alla Corte europea dei diritti umani, infatti, se per certo sembra imporre il principio della pienezza della cognizione, tant'è che si parla di sindacato *point by point*⁴⁹, non pare anche comportare il corollario per

⁴⁷ Ma si veda G. VERDE, *L'impianto del codice nella prospettiva (non ancora realizzata) della parità delle parti*, in *Il codice del processo amministrativo*, cit., p. 78, secondo cui quello in esame costituisce uno dei momenti meno convincenti del codice del processo amministrativo: «La verità è che la disciplina processuale sconta, anche nel Codice, l'avvertita differenza, sul piano sostanziale, della Pubblica Amministrazione rispetto alle altre parti. [...] l'ineguaglianza sostanziale della pubblica amministrazione rispetto alle altre parti del processo sembra, nel nostro sistema, portare a tale ineludibile conclusione: che il giudice amministrativo non possa sostituirsì all'amministrazione nell'emanare in luogo del provvedimento ritenuto illegittimo — e, in quanto tale annullato — il provvedimento che l'amministrazione avrebbe dovuto emettere. E ciò in quanto il giudizio mai potrebbe, con le sue decisioni, penetrare nell'insopprimibile sfera del potere discrezionale riservato alla Pubblica Amministrazione».

⁴⁸ Cfr. F. GOISIS, *La full jurisdiction*, cit., p. 546: «La intensità del sindacato giurisdizionale amministrativo in sede nazionale deve ancora fare molta strada per adeguarsi al canone della *full jurisdiction*. Quest'ultima certamente non significa solo pieno e diretto accesso ai fatti semplici (potere oggi, almeno in linea di principio, riconosciuto, superando limitazioni tradizionali ancora ricordate, nel 1989, dalla Consulta). Occorre, altresì, l'almeno tendenziale rinuncia al limite del c.d. merito amministrativo e, ancor più, tecnico. Ogni punto (non solo quelli fattuali non complessi e giuridici) della decisione amministrativa deve essere, in linea di principio, nella competenza dell'organo “superiore” (il giudice). Tuttavia, come si è mostrato, in sede giurisprudenziale EDU permangono alcuni profili di incertezza quanto agli esatti confini della nozione di *full jurisdiction*. Si tratta, come si mostrerà, dell'emersione di alcune contraddizioni di fondo. Il primo e più importante elemento di incertezza: come si può riconoscere (in sede civile) l'affrancamento dell'intrinseco della scelta discrezionale-amministrativa di rilievo politico dal sindacato giurisdizionale, se l'idea stessa della *full jurisdiction* è quella — di matrice kelseniana — di una assoluta continuità e fungibilità tra funzione amministrativa e giudizio di *full jurisdiction*, così che le garanzie del giusto processo come forma necessaria dell'azione amministrativa possano essere godute anche *ex post*. E, in secondo luogo, come spiegare la differente intensità nella pretesa alla profondità del sindacato a seconda che si ricada nella materia penale ovvero civile, se in realtà il meccanismo compensatorio è, in linea di principio, lo stesso in ambedue le sedi. Entrambi i profili sembrerebbero ritrovare una loro, principale, spiegazione nel perdurante peso che il principio di separazione dei poteri mantiene negli ordinamenti degli Stati firmatari della CEDU».

⁴⁹ Si vegga con riferimento all'accertamento dei fatti M. ALLENA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1602: «Insomma, la tecnicità della fattispecie non esime dal pieno accesso ai fatti, primo e irrinunciabile significato del concetto di “full jurisdiction” [...] non sono accettabili forme di accertamento definitivo da parte dell'autorità governativa, ossia non è ammissibile un approccio giudiziale che riconosca una sorta di “ipse dixit” in capo all'amministrazione: «the right guaranteed to an applicant under article 6 § 1 of the convention to submit a dispute to a court or tribunal in order to have a determination of questions of both fact and law cannot be displaced by the *ipse dixit* of the executive». [...] Non a caso, da ultimo, la stessa Corte di Strasburgo ha richiamato la sentenza Menarini per riaffermare che la “full jurisdiction” non può tollerare restrizioni

cui il potere illegittimamente esercitato consuma definitivamente il potere medesimo⁵⁰, rendendo necessaria la definizione giudiziale del rapporto amministrativo controverso.

Il che, peraltro, non vale a minimizzare la circostanza per cui, grazie anche proprio alle sollecitazioni sovranazionali ed in nome della centralità assunta in Costituzione dalla persona umana, attorno alla quale il bilanciamento tra poteri dello Stato va fatto ruotare, il postulato dell'inesauribilità del potere amministrativo abbia perso molta della sua storica connotazione ideologica e che oggi risulti plausibile introdurre graduazioni, che, a fronte di poteri pur strutturalmente identici, distinguano tra competenze ad elevata politicità (che l'illegittimità di un atto applicativo, pur riscontrata in giudizio, non esautorerebbe) e vicende prive di tale dimensione (come tali suscettibili di venir assoggettate ad un regime — sostanzialmente conforme a quello delle sanzioni amministrative o al contenzioso in materia di appalti pubblici — che preveda la consumazione della discrezionalità in caso di illegittimità accertate in giudizio e la facoltà del giudice di dettare la regola finale del caso concreto).

in quanto al pieno (e sostitutorio) accesso ai fatti e, in genere, a tutti i punti di fatto e di diritto rilevanti, di qualunque natura essi siano; nella sentenza *Segame Sa c. France*, si legge, significativamente, che «parmi les caractéristiques d'un tel organe judiciaire [ossia del giudice dotato di "full jurisdiction"] figure le pouvoir de réformer en tous points la décision entreprise rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi».

⁵⁰ Cfr. CEDU, 11 dicembre 2006, caso 73695/01, *Nedzeda v. France*: «La Cour juge en règle générale inhérent à la notion de contrôle juridictionnel que, si un moyen d'appel est considéré comme valable, la juridiction procédant au contrôle puisse annuler la décision attaquée et rendre elle-même une nouvelle décision ou renvoyer l'affaire devant le même organe ou un organe différent».

GIULIANO GRÜNER

Ricercatore universitario confermato di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
Abilitato alle funzioni di Professore universitario di prima fascia di diritto amministrativo
giuliano.gruner@gmail.com

**ESECUZIONE COATTIVA DELLE DETERMINAZIONI
AMMINISTRATIVE DA PARTE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO?**

**COERCIVE EXECUTION OF ADMINISTRATIVE DECISIONS
BY THE ADMINISTRATIVE JUDGE?**

SINTESI

Il contributo si propone di capire se la pubblica amministrazione (p.a.), nei casi in cui le proprie determinazioni siano prive di esecutorietà (con questa espressione, nell'ordinamento italiano, si intende il potere della p.a. di dare esecuzione coattiva alle proprie determinazioni, se del caso con l'ausilio della forza pubblica, senza rivolgersi preventivamente ad un giudice, ma con tutela giurisdizionale attivabile dal soggetto amministrato), possa rivolgersi al giudice amministrativo (g.a.) per ottenerne l'esecuzione coattiva, a fronte dell'opposizione o della inerzia dei soggetti amministrati. Questo interrogativo sorge in ragione di due circostanze. In primo luogo, a seguito di una modifica del 2005 della legge sul procedimento amministrativo, l'esecutorietà sembrerebbe essere eccezionalmente ammessa soltanto qualora la legge ne disciplini in materia analitica i "casi" e le "modalità", ma molto spesso le leggi amministrative di settore non recano una tale disciplina. In secondo luogo, la p.a., per l'esecuzione coattiva delle proprie determinazioni non può rivolgersi al giudice ordinario (g.o.), sia perché tali determinazioni solo assai raramente integrano titoli esecutivi in senso tecnico, presupposti necessari per iniziare un processo civile di esecuzione, sia perché, più in generale, lo stesso g.o., almeno nella grande maggioranza dei casi, sarebbe privo di giurisdizione. Rimarrebbe, dunque, l'ipotesi del g.a., l'unico astrattamente fornito di giurisdizione per le controversie in esame, almeno nella grande maggioranza dei casi. Ma anche questa soluzione desta perplessità. Essa, infatti, darebbe luogo ad un processo amministrativo "a parti invertite", nell'ambito del quale la p.a. assumerebbe il ruolo di parte ricorrente, ed il soggetto amministrato assumerebbe il ruolo di parte resistente, mentre nell'art. 103, co. 1, e nell'art. 113, co. 1, della Costituzione è scritto – rispettivamente – che il giudice amministrativo ha giurisdizione per la tutela «nei confronti» della p.a. e «contro gli atti» della p.a. Una sentenza della Corte costituzionale ha ammesso questa possibilità, ma soltanto nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., e senza chiarire se i principi da essa enunciati possano valere anche nell'ambito della

giurisdizione generale di legittimità del g.a. Questo appare l'interrogativo di fondo, poiché la medesima Corte costituzionale, in precedenti e importanti sentenze, ha affermato che la giurisdizione esclusiva del g.a. è ammissibile soltanto in relazione a controversie nelle quali la p.a. agisca comunque come «amministrazione-autorità», «esercitando il suo potere autoritativo». Lo stato attuale della legislazione italiana non sembrerebbe consentire questa ipotesi. La p.a., infatti, non avrebbe a disposizione alcuna azione, da proporre davanti al g.a., per far condannare il soggetto amministrato all'esecuzione coattiva dei propri provvedimenti amministrativi. Ad oggi, dunque, la situazione sembra tale per cui la p.a., qualora le sue determinazioni amministrative non siano assistite da esecutorietà, non ha a disposizione nessun mezzo tecnico-giuridico per portarle ad esecuzione coattiva, a fronte di un mero dissenso o di una mera inerzia dei soggetti amministrati. Il contributo, nella parte finale, avanza due proposte *de iure condendo*, l'una tratta dal modello tedesco, l'altra tratta dai suggerimenti della dottrina francese.

ABSTRACT

The contribution aims to understand if the public administration (p.a.), in cases where its determinations are not supported by *esecutorietà* (with this expression, in Italian law, is indicated the power of the p.a. to give coercive execution to its determinations, also with the help of the public force, without first addressing a judge, but with judicial protection which can be activated by the administrated subjects), can apply to the administrative judge (a.j.) to obtain coercive execution, in the case of opposition or inertia of the administered subjects. This question arises due to two circumstances. First, as a result of a 2005 amendment to the law on administrative procedure, the *esecutorietà* would seem exceptionally admissible only if the law analytically identifies the “cases” and the “modalities”, but very often the administrative laws of sector does not have such a discipline. Secondly, the p.a., for the coercive execution of its determinations, cannot appeal to the ordinary judge (o.j.), because such determinations rarely include “executive titles” in the technical sense, assumed necessary to initiate a civil executive process, and, more generally, because the same o.j., at least in the vast majority of cases, would be without jurisdiction. It would therefore remain the hypothesis of the a.j., the only abstractly provided with jurisdiction for the disputes in question, at least in the vast majority of cases. But this solution is also a source of perplexity. It would, in fact, lead to an “inverted” administrative process, in which p.a. would assume the role of recurring party, and the administered subjects would assume the role of a resilient part, whereas in the art. 103, first paragraph, and art. 113, first paragraph, of the Constitution, it is written – respectively – that the a.j. has jurisdiction for the protection «towards» the p.a. and «against» the acts of p.a. A ruling by the Constitutional Court admitted this possibility, but only in the disputes devoted to the exclusive jurisdiction of the a.j., and without clarifying whether the principles set forth by it could also be valid within the general jurisdiction of the a.j. This appears to be the “key question”, as the same Constitutional Court, in previous and important judgments, has

stated that the exclusive jurisdiction of a.j. is admissible only in relation to disputes in which the p.a., however, acts as «administration-authority», «exercising its authoritarian power». The current state of Italian law does not seem to allow this hypothesis. In fact, the p.a. would not have any action to propose to the a.j. to condemn the administrated subjects to the coercive execution of the administrative determinations. To date, therefore, the situation seems to be such that p.a., if its administrative determinations are not assisted by *esecutorietà*, does not have any technical or legal means available to enforce those, in the case of a mere dissent or a mere inertia of the administered subjects. The contribution, in the final part, advances two propositions *de iure condendo*, the first dealing with the German model, the other drawn from the suggestions of the French doctrine.

PAROLE CHIAVE: determinazioni amministrative; esecuzione coattiva; giudice amministrativo
KEYWORDS: administrative determinations; coercive execution; administrative judge

INDICE: 1. I termini del problema - 2. Il ricorso al giudice amministrativo – in sede di giurisdizione esclusiva – e la sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 2016, n. 179 - 3. Il ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità - 4. La “realità effettuale” e due proposte *de iure condendo*.

1. I termini del problema

L'interrogativo che si pone è «scabro ed essenziale»¹: può la pubblica amministrazione ottenere esecuzione coattiva delle proprie determinazioni – *recte*: dei provvedimenti che esprimono, direttamente o indirettamente, l'esercizio di quello che (almeno una volta) si chiama(va) “potere amministrativo autoritativo”² – da parte del giudice amministrativo?

¹ E. MONTALE, *Arrei voluto sentirmi scabro ed essenziale*, in *Ossi di seppia*, Torino, 1925.

² Sulla negazione del carattere imperativo del provvedimento amministrativo cfr., ampiamente, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000, *passim*, nonché, più di recente, ID., *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, pp. 1 ss., ove, proprio con riferimento all'imperatività, si legge: «Oggi [...] questa nozione è un peso, che inganna sui caratteri del potere amministrativo, produce confusione concettuale e aborti legislativi, lascia in vita un simulacro di supremazia dell'amministrazione sul cittadino, di cui non si sente il bisogno. Era un concetto utile quando la realtà era semplice e gli studiosi potevano permettersi di semplificarla ulteriormente. Non lo è più. La scelta, oggi, è tra compiere acrobazie teoriche, per salvare un concetto che ha fatto il suo tempo, o individuare concetti diversi, per spiegare una realtà cambiata e più complessa. L'autore propende decisamente per la seconda ipotesi».

Peraltro – fermo restando che questi «concetti diversi», a quanto risulta, non sono stati ancora elaborati, e fermo restando che, con ogni probabilità, risulterebbe difficile comprendere le parole sopra riportate al soggetto destinatario, ad esempio, di un provvedimento di espulsione dal territorio dello Stato, adottato dal Ministro dell'interno ai sensi dell'art. 13, co. 1, del d.lgs. n. 286 del 1998 –, la maggioritaria, più “realistica” e più condivisibile dottrina continua a ricomprendere l'imperatività tra gli i caratteri essenziali del provvedimento amministrativo. Sul punto

Occorre muovere da due circostanze.

In primo luogo, a fronte dell'art. 21-*ter* della l. n. 241 del 1990 (rubricato «Esecutorietà»), il potere amministrativo esecutorio sembrerebbe essere eccezionalmente ammesso soltanto qualora la legge ne disciplini analiticamente i casi e i modi. Ebbene, molto spesso la legge (*recte*: le innumerevoli leggi amministrative di settore), pur conferendo alla pubblica amministrazione poteri indubbiamente imperativi (cioè poteri che – quanto alla produzione di effetti giuridici – costituiscono, modificano o estinguono situazioni giuridiche soggettive dei soggetti amministrati in maniera unilaterale, a prescindere dal consenso di questi ultimi³), non prevedono né i casi, né i modi, di un loro eventuale momento esecutorio, nel senso che dette leggi amministrative di settore non prevedono alcun potere della pubblica amministrazione di conformare la realtà materiale agli effetti giuridici prodotti, qualora i soggetti amministrati vi si oppongano “di fatto” o vi rimangano inadempienti⁴.

cfr., per tutti, di recente, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 12 ss., i quali rilevano che «La dottrina maggioritaria ritiene che il nucleo essenziale dell'imperatività debba essere ravvisato nell'attitudine di un provvedimento a produrre effetti che incidono in sfere giuridiche altrui e pertanto nell'idoneità della statuizione ad incidere unilateralemente, modificandole, sulle situazioni giuridiche dei destinatari del provvedimento amministrativo, a prescindere dal loro consenso. Imperatività è, dunque, quella particolare forza del provvedimento amministrativo in virtù della quale le modificazioni della sfera giuridica dei destinatari, il regolamento degli interessi prefigurato, non hanno bisogno, per la loro realizzazione, della collaborazione dei destinatari medesimi. In definitiva, il provvedimento amministrativo, quando è efficace, cioè quando risulta idoneo a produrre i suoi effetti, anche se invalido, è caratterizzato da una specifica forza, che ne costituisce la peculiare “autorità”».

³ Nel testo si utilizzano le categorie concettuali e la terminologia di M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 278 ss.

⁴ Cfr., al riguardo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 8 aprile 2014, n. 3802: «Posto che in caso di inadempimento, da parte del lottizzante o del Comune, agli obblighi da ciascuna parte assunti con la stipula dell'accordo, il creditore per poter realizzare coattivamente il proprio interesse deve poter contare su tutti i rimedi offerti dall'ordinamento ad un creditore che derivi tale sua posizione da un contratto di diritto privato, qualora sia inadempiente il lottizzante comunque si pone – come già accennato – il problema di stabilire se l'amministrazione possa o meno ritenersi titolare del potere di imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi gravanti sul lottizzante o di sostituirsi unilateralemente alla controparte, quale alternativa all'ordinaria possibilità di rivolgersi al giudice per ottener l'esecuzione dei predetti obblighi. // Tale problema deve essere affrontato, secondo il Collegio, alla luce della disciplina posta dall'art. 21-*ter*, co. 1, della legge n. 241/1990, secondo il quale “nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge” le pubbliche amministrazioni per ottenere l'adempimento degli obblighi dei soggetti privati nei loro confronti – anziché dover agire in giudizio – possono valersi dello strumento dell'autotutela esecutoria. In particolare, con riferimento alle obbligazioni aventi ad oggetto il pagamento di somme di denaro, il co. 2 dell'art. 21-*ter* attribuisce alle amministrazioni lo strumento dell'autotutela esecutoria, da esercitare secondo le modalità previste delle disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato. Invece con riferimento alle altre obbligazioni (di dare, di fare e di non fare), in assenza di una norma generale contenuta nell'art. 21-*ter*, occorre verificare se nella legislazione di settore si rinvengano disposizioni in materia di autotutela esecutoria. Infatti i poteri di autotutela esecutoria – al pari di tutti gli altri poteri pubblici – sono nominati e tipici e, quando sono previsti per

In secondo luogo, la pubblica amministrazione, al fine di ottenere una tale conformazione della realtà materiale agli effetti giuridici prodotti da provvedimenti imperativi (ma non esecutori), non può, almeno nella stragrande maggioranza dei casi, rivolgersi al giudice ordinario (o ai suoi “ausiliari”: vale a dire, l’ufficiale giudiziario), né in sede di processo di esecuzione, giacché quasi mai i provvedimenti amministrativi – sia pure imperativi e sia pure efficaci – integrano titoli esecutivi in senso tecnico, a mente dell’art. 474 c.p.c., né in sede di giudizio di cognizione, giacché il giudice ordinario sarebbe carente di giurisdizione, trattandosi di controversie che comunque attengono ad interessi legittimi contrapposti a poteri amministrativi autoritativi, ovvero – secondo altra, probabilmente preferibile, terminologia – “controversie di diritto pubblico”⁵. Su questi due

l’esecuzione coattiva di obblighi che a loro volta discendono dall’esercizio (in forma unilaterale, tramite un provvedimento, o in forma consensuale, tramite un accordo) di poteri amministrativi, non costituiscono una sorta di prosecuzione di questi ultimi, ma sono poteri del tutto autonomi. // Deve, quindi, conclusivamente ritenersi che anche nella fase esecutiva degli accordi amministrativi l’esercizio dei poteri di autotutela esecutoria sia ammesso soltanto “nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge”. [...] // Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, il motivo in esame deve essere accolto perché – a differenza di quanto affermato dal Comune di Grotte di Castro – nella legislazione in materia urbanistica non esiste una norma che attribuisca all’amministrazione poteri di autotutela decisoria nella fase esecutiva delle convenzioni di lottizzazione al fine di garantire il raggiungimento delle finalità pubblistiche violate dall’inadempimento del lottizzante».

Cfr., inoltre, T.A.R. Piemonte, Sez. II, 16 settembre 2016, n. 1153: «[...] si osserva, in linea di teoria generale, che l’esecutorietà del provvedimento amministrativo [...] costituisce una situazione eccezionale che la legge consegna alla pubblica amministrazione per imporre coattivamente l’adempimento di obblighi nei suoi confronti».

⁵ Quest’ultima espressione è ripresa da M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, *passim*, il quale – anche ad esito di una ampia analisi storico-evolutiva del sistema di giustizia amministrativa italiano – propone di individuare nel giudice amministrativo, più che il giudice degli interessi legittimi, il “giudice naturale”, per l’appunto, delle “controversie di diritto pubblico”.

Questa tesi appare, in termini logico-teorici, pienamente condivisibile. In effetti, un sistema dualistico di giurisdizione, quale indubbiamente è quello italiano, ha senso di esistere soltanto se ai diversi ordini giurisdizionali venga attribuita giurisdizione in ordine a controversie tra loro ontologicamente diverse: quelle di “diritto privato”, ancorché sia parte la pubblica amministrazione, al giudice ordinario; quelle “di diritto pubblico”, invece, al giudice amministrativo.

A questa stessa tesi, peraltro, potrebbe muoversi una obiezione: quella per cui, così come è difficile individuare il *proprium* dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, in modo da poter distinguere con sicurezza gli uni dagli altri, allo stesso modo potrebbe essere non agevole individuare il *proprium* delle controversie “di diritto privato” e quello delle controversie “di diritto pubblico”, cosicché potrebbe risultare difficile distinguere con sicurezza anche le une dalle altre. Ma, in realtà, tale obiezione non coglierebbe nel segno, perché – al di là di taluni, ma assai più circoscritti (rispetto agli attuali: cfr. *infra*), casi “limite” e “di confine”, che comunque inevitabilmente permarrebbero – le controversie “di diritto pubblico” potrebbero agevolmente individuarsi, in linea generale, e seguendo un criterio di riparto della giurisdizione non molto dissimile da quello tedesco, in quelle controversie rispetto alle quali, cumulativamente: a) è parte una pubblica amministrazione; b) in termini astratti, non potrebbero essere parti soltanto soggetti privati (così, ad esempio, tutte le controversie concernenti il potere amministrativo sanzionatorio, così come

aspetti, la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, come giudice della giurisdizione, risulta assolutamente pacifica⁶.

tutte le controversie concernenti gli atti dichiarativi, cioè quelli che “impongono” le “certezze pubbliche”, sarebbero devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, giacché controversie del genere – nell’ambito del diritto privato – semplicemente non esistono).

Piuttosto, la criticità della tesi in esame è da ravvisare nell’attuale vigenza dell’art. 113, co. 3, Cost., il quale, come è noto, rimette al legislatore la scelta di quali organi di giurisdizione (ordinari o amministrativi) possano annullare gli atti della pubblica amministrazione, nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa, di talché il giudice ordinario potrebbe occuparsi – così come, in effetti, si occupa, vuoi per espresa attribuzione legislativa, vuoi per (talvolta assai discutibili) interventi delle Sezioni unite della Cassazione come giudice della giurisdizione, nonché della Corte costituzionale, sempre più spesso – anch’essa – “giudice della giurisdizione” (cfr. 27 giugno 2012, n. 162, nonché 15 aprile 2014, n. 94) – di controversie “di diritto pubblico”.

Eppero, poiché l’art. 103, co. 1, Cost., riserva comunque al giudice amministrativo la giurisdizione sugli interessi legittimi, il problema si sposta, ancora una volta, sul comprendere il *proprium* di questa nozione. Qualora si ritenga che essa, al di là del *nomen*, sia la situazione giuridica soggettiva che – in termini di teoria generale – si pone a fronte dell’esercizio del potere amministrativo, e che consista, nello Stato democratico di diritto, nella presenza (che potrebbe anche chiamarsi “diritto”), pienamente riconosciuta e garantita dall’ordinamento giuridico, a che lo stesso potere amministrativo venga esercitato in maniera (formalmente e sostanzialmente) legittima, il giudice amministrativo potrebbe essere comunque riconosciuto come “giudice naturale” delle controversie “di diritto pubblico”, a condizione, ovviamente, di interpretare la parola «atti», contenuta nell’art. 113, co. 3, Cost., ove specificamente riferita al giudice ordinario, come “atti di diritto privato”, a fronte dei quali, per l’appunto, si pongono diritti soggettivi, e non interessi legittimi.

Ma la maggioritaria dottrina si appalesa radicalmente contraria a questa ipotesi interpretativa. Cfr., di recente, A. PROTO PISANI, *Sono davvero da approvare senza riserve le recenti trasformazioni della giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 2017, V, pp. 250 ss., nel cui sommario è scritto quanto segue: «Nella terza “conferenza istituzionale” organizzata dall’Accademia nazionale dei Lincei sul tema “Trasformazioni della giustizia amministrativa”, il presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno ha affermato che i recenti sviluppi della legislazione e della Corte costituzionale hanno consentito alla giurisdizione amministrativa di concentrare davanti ad un unico giudice le controversie tra cittadini e pubblica amministrazione e di porsi come giudice dei diritti (anche fondamentali) dei cittadini. L’autore contesta questa impostazione e replica che la Costituzione del 1948 è chiarissima nell’attribuire il carattere di giurisdizione generale in tema di diritti alla giurisdizione ordinaria».

Non è questa la sede per andare oltre nel ragionamento; quest’ultimo, invero, è stato svolto soltanto al fine di chiarire perché nel testo si sia utilizza – e si utilizzerà ripetutamente (cfr. *infra*) – l’espressione «nella stragrande maggioranza dei casi».

Ad ogni modo, cfr., per la riscoperta dell’interesse legittimo come «figura di teoria generale», F.G. SCOCÀ, *L’interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 392 ss., nonché pp. 399 ss. per «L’interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva».

⁶ Cfr., tra le più significative, 13 dicembre 1983, n. 7344; 24 gennaio 1995, n. 820; 23 novembre 2000, n. 1205. Ciò che colpisce è la circostanza per cui questa pacifica e consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione come giudice della giurisdizione venga tenuta in non cale dalla massima parte della dottrina amministrativistica. Essa, in realtà, è da condividere pienamente, giacché, in un sistema dualistico di giurisdizione, affidare alla cognizione del giudice amministrativo il giudizio sulla legittimità dei provvedimenti amministrativi ed al giudice ordinario il giudizio sulla esecuzione coattiva degli stessi potrebbe determinare un vero e proprio caos “sistematico”.

Si pensi a questo banale esempio. A fronte dell’art. 21-ter della l. n. 241 del 1990 (almeno laddove le disposizioni in esso contenute vengano “prese sul serio”), i provvedimenti che, ai

2. Il ricorso al giudice amministrativo – in sede di giurisdizione esclusiva – e la sentenza della Corte costituzionale 15 luglio 2016, n. 179

Sembrerebbe rimanere, dunque, soltanto il ricorso al giudice amministrativo, l'unico – almeno nella stragrande maggioranza dei casi – astrattamente fornito di giurisdizione. Ma il relativo processo risulterebbe assai “peculiare”. Nell'ambito di esso, infatti, la pubblica amministrazione assumerebbe il ruolo (non già di parte resistente, bensì) di parte ricorrente, ed il soggetto amministrato assumerebbe il ruolo (non già di parte ricorrente, bensì) di parte resistente. In altri termini, si tratterebbe di un processo amministrativo “a parti invertite”⁷.

sensi degli artt. 264 e 265 del r.d. n. 1265 del 1934, ordinano l'abbattimento di bestiame affetto da afta epizootica, non possono più ritenersi dotati di esecutorietà. Si immagini, allora, che venga adottato un tale provvedimento, e che, da un lato, il destinatario di esso lo impugni innanzi al giudice amministrativo, ritenendolo illegittimo, per ottenerne, prima, in via cautelare, la sospensione dell'efficacia, e, poi, il definitivo annullamento in sede di giudizio di merito; e che, dall'altro lato, la stessa pubblica amministrazione autrice del provvedimento in questione, ritenendolo legittimo ed adducendo l'esistenza di un pregiudizio imminente ed irreparabile (per l'interesse pubblico) derivante dalla mancata esecuzione immediata di esso, ricorra innanzi al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 700 c.p.c., per chiedere ed ottenere un provvedimento giurisdizionale, avente la qualità di titolo esecutivo, che disponga, per l'appunto, la esecuzione immediata del proprio provvedimento amministrativo. Poiché, aderendo alla ipotesi poco sopra prospettata, entrambi i giudici, in tali evenienze, dovrebbero ritenersi forniti di giurisdizione, e poiché non risulta la esistenza di alcuna norma di legge che preveda alcuna pregiudizialità tra i due processi, potrebbe anche accadere che nessuno dei due giudici sospenda il processo innanzi a sé, e che entrambi tali giudici, in sede cautelare, accolgano le richieste dei rispettivi ricorrenti, e che, poi, ad esito dei due relativi giudizi di merito, il giudice amministrativo di primo grado, con sentenza confermata dal Consiglio di Stato, annulli il provvedimento di abbattimento del bestiame, ritenendolo illegittimo, mentre il Tribunale ordinario, ritenendo legittimo lo stesso provvedimento e quindi “applicandolo”, proprio ai sensi dell'art. 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, condanni, con sentenza anch'essa confermata dalla Corte di appello, il suo destinatario a prestarvi adempimento. Immaginando che entrambe le sentenze dei giudici di appello vengano emesse prima che una di esse sia passata in giudicato, dovrebbe addirittura attendersi, per aversi certezza definitiva sull'intera vicenda, il passaggio in giudicato della prima sentenza, e poi promuovere – se possibile – un giudizio di revocazione, ai sensi dell'art. 395, co. 1, n. 5), c.p.c., nei confronti della sentenza passata in giudicato per seconda. Il che, come si comprende, non può essere.

⁷ Si tratta di ipotesi già verificatesi nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Così, oltre a quanto si rileverà nella nota successiva, può ricordarsi Cons. St., Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, relativa ad una controversia che, in materia di concessione di gestione di una casa comunale per il ricovero di anziani, vedeva la pubblica amministrazione assumere il ruolo di ricorrente innanzi al giudice amministrativo per far “condannare” il concessionario alla esecuzione del rapporto concessorio, la cui validità ed efficacia veniva invece contestata dallo stesso concessionario. Tale sentenza ha affermato non soltanto che «in ordine alla proponibilità della domanda, la sezione ne ritiene l'ammissibilità, essendo perfettamente compatibile con la struttura del processo amministrativo in materia di giurisdizione esclusiva l'azione generale di accertamento», ma anche – ed, anzi, soprattutto, per quanto interessa in questa sede

Una sentenza della Corte costituzionale dello scorso anno, la n. 179 del 15 luglio 2016, sembrerebbe aver aderito ad una tale prospettiva⁸.

La questione di legittimità costituzionale – sollevata d’ufficio in relazione all’art. 103, co. 1, e 113, co.1, Cost., nell’ambito di un giudizio innanzi ad un Tar, nel quale la pubblica amministrazione aveva assunto proprio il ruolo di parte ricorrente per far condannare un soggetto amministrato (privato) ad adempiere a taluni obblighi assunti con una convenzione urbanistica – aveva ad oggetto l’art. 133, co. 1, lett. *a*, n. 2) (accordi), e lett. *f*) (urbanistica ed edilizia), c.p.a., «nella parte in cui, secondo il diritto vivente, esse ricomprendono, nelle materie di giurisdizione esclusiva da esse stesse indicate, le controversie nelle quali sia la pubblica amministrazione – e non l’amministrato – ad adire il giudice amministrativo».

«Ciò contrasterebbe» – secondo l’ordinanza di rimessione – «con il sistema

– che «è perfettamente legittimo che l’amministrazione, anziché azionare i propri poteri di autotutela, faccia ricorso al giudice [amministrativo] per salvaguardare la posizione soggettiva che gli deriva dall’esecuzione del contratto accessivo alla concessione».

Cfr., al riguardo, il commento di S. FOÀ, *Il Consiglio di Stato anticipa il Codice del processo amministrativo: domanda riconvenzionale e accertamento della nullità contrattuale*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010, il quale osserva: «La riconduzione dell’attività contrattuale in esame all’attività funzionalizzata dell’Amministrazione comporta comunque che questa avrebbe potuto agire in via di autotutela. Discusso è se si possa estendere l’autotutela esecutiva con riferimento agli obblighi contrattuali invocando l’art. 21-ter, co. 1, primo periodo, l. n. 241 del 1990 [...]. Si tratta di ricomprendere all’interno del fenomeno dell’esecutorietà anche le pretese della pubblica amministrazione non derivanti da un provvedimento, bensì da altri atti e/o fatti, come la legge o il contratto. Sul punto la pronuncia in commento, a fronte della proposizione del ricorso già ritenuta ammissibile in prime cure, si limita a riconoscere la legittimità della scelta per la via giurisdizionale operata dall’ente concedente, non potendosi ravvisare un obbligo di intervenire in via amministrativa».

⁸ La sentenza può leggersi, oltre che in www.cortecostituzionale.it, anche in *Foro it.*, 2016, I, p. 3047, con nota di richiami – estremamente puntuale e ricca di giurisprudenza correlata – di A. TRAVI. Rileva quest’ultimo Autore che «A partire dagli anni ottanta del secolo scorso si è affermato, anche nella giurisprudenza amministrativa, l’orientamento secondo cui le controversie concernenti le materie devolute alla giurisdizione esclusiva sono di competenza del giudice amministrativo indipendentemente dalla parte (pubblica o privata) che proponga il ricorso. Gli artt. 103 e 113 Cost. dovevano essere interpretati non nel senso che la giurisdizione esclusiva potesse riguardare soltanto controversie proposte contro l’amministrazione, ma nel senso che anche nella giurisdizione esclusiva parte della controversia dovesse essere l’amministrazione nella sua specificità». Le controversie, pur sempre devolute alla giurisdizione esclusiva, nelle quali più spesso si è verificato il processo amministrativo “a parti invertite” sono quelle relative al pubblico impiego, alle concessioni di servizi pubblici, agli accordi *ex art.* 11, e poi anche *ex art.* 15, della l. n. 241 del 1990 ed alle convenzioni urbanistiche. Aggiunge il medesimo Autore che «Corollario di questo orientamento è che nelle vertenze sui diritti devolute alla giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo può adottare anche nei confronti del privato qualsiasi pronuncia ammessa nel processo civile [...]: non soltanto sentenze di condanna all’adempimento della convenzione, ma anche sentenze di risoluzione per inadempimento [...] e soprattutto sentenze costitutive ex art. 2932 c.c.».

di giustizia amministrativa delineato dagli artt. 103 e 113 Cost., i quali [...] prevedrebbero un sistema di tutela attivabile esclusivamente ad iniziativa del privato leso da un provvedimento della pubblica amministrazione».

In effetti, nei predetti articoli della Costituzione, è dato leggere, rispettivamente, che la giurisdizione amministrativa è concessa per la tutela «nei confronti» della pubblica amministrazione» e «contro gli atti» della pubblica amministrazione, e non per la tutela della pubblica amministrazione contro i soggetti amministrati o nei confronti di questi ultimi.

La Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione, sulla base – per ciò che qui interessa – delle seguenti motivazioni, che meritano di essere riportate testualmente:

- «sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni, da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge»;
- «siffatta interpretazione [...] risulta [...] coerente con l'evoluzione complessiva del sistema di giustizia amministrativa, il quale – da giurisdizione sull'atto – sempre più spesso si configura quale giurisdizione sul rapporto amministrativo»;
- «d'altra parte, va rilevato che l'ordinamento non conosce materie “a giurisdizione frazionata”, in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l'amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo»;
- «l'intervento richiesto dal rimettente porterebbe ad un sistema in cui l'amministrazione, anche quando abbia stipulato un accordo sostitutivo o integrativo del procedimento, potrebbe reagire all'inadempimento del privato soltanto in via di autotutela amministrativa, essendole preclusa la via della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo. L'accertamento giudiziale dell'inadempimento della parte privata finirebbe per essere condizionato alla previa instaurazione del contenzioso da

parte del privato. L'oggetto stesso del giudizio verrebbe unilateralmente determinato dal privato mediante i motivi di ricorso, non potendo l'amministrazione modificarlo o ampliarlo attraverso una domanda riconvenzionale. Tutto ciò appare difficilmente compatibile con i principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost.».

A fronte di queste così nette affermazioni della Corte costituzionale, occorre subito precisare – e, anzi, porre nel massimo rilievo – che esse sono state rese soltanto con riferimento alle controversie, come quella nell'ambito della quale era stata sollevata la questione di legittimità costituzionale, devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Neanche una sola parola, invece, viene spesa dalla Consulta, nemmeno in forma di *obiter dictum*, per chiarire se i principi affermati nella sentenza siano estensibili anche alle controversie rientranti nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

3. Il ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione generale di legittimità

Sennonché, la medesima sentenza della Consulta richiama, in termini totalmente adesivi, le sentenze n. 204 del 2004, n. 191 del 2006 e n. 35 del 2010, in base alle quali – come è noto a tutti – la giurisdizione esclusiva è ammissibile soltanto qualora la pubblica amministrazione agisca, comunque, come «amministrazione-autorità», «esercitando il suo potere autoritativo», e vengano in considerazione materie la cui “particolarità” risieda proprio in ciò. Tanto è vero che deve trattarsi di materie che, se non fossero attribuite alla giurisdizione esclusiva, risulterebbero pur sempre attribuite, almeno nella loro massima parte, alla giurisdizione generale di legittimità⁹.

⁹ Al riguardo può rinviarsi, per tutti, ad A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp. 974 ss. Il titolo di questo contributo spiega, meglio di mille parole (che pure sono state scritte), il senso della sentenza 204 del 2004: «Se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è ammissibile soltanto nelle controversie in relazione alle quali la pubblica Amministrazione agisce come autorità (sarebbe questa la particolarità delle materie) le situazioni giuridiche soggettive coinvolte dalle relative controversie sarebbero esclusivamente situazioni di interesse legittimo e non anche di diritto soggettivo. Ne segue che non vi sarebbe alcuna necessità di devolvere la controversia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o di derogare al tradizionale criterio di riparto che assegna comunque la giurisdizione sugli interessi legittimi al giudice amministrativo. In sostanza, se la giurisdizione esclusiva è costituzionalmente legittima quando anche “in assenza della previsione legislativa” si “contemplerebbe pur sempre la giurisdizione generale di legittimità” del giudice amministrativo è evidente che della giurisdizione esclusiva non vi sarebbe più necessità (o utilità) alcuna. È per questo che la pronuncia che qui si commenta si può sintetizzare col dire che la giurisdizione amministrativa è piena, ma non è più esclusiva».

Si pone, allora, un ulteriore interrogativo, più specifico, che poi – in realtà – risulta essere il “vero” interrogativo: qualora la pubblica amministrazione, al di fuori delle materie in relazione alle quali sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, adotti un provvedimento – sì – imperativo, ma – ciò nondimeno – non esecutorio (per carenza dei presupposti di cui all’art. 21-ter della l. n. 241 del 1990), può rivolgersi al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, per ottenere la conformazione della realtà materiale agli affetti giuridici prodotti, qualora i soggetti amministrati si oppongano “di fatto” a tale conformazione, oppure vi rimangano inadempienti?

La risposta non può che muovere dai dati del diritto positivo.

Innanzitutto, occorre evidenziare che la pubblica amministrazione non potrebbe adire il giudice amministrativo in sede di giudizio di ottemperanza: i provvedimenti amministrativi, infatti, ancorché efficaci (ed ancorché – può aggiungersi – divenuti “inoppugnabili”), non sono contemplati punto nell’ambito dell’art. 112 c.p.a.¹⁰

Rimarrebbe, dunque, il giudizio di cognizione (lo si ripete: “a parti invertite”). Ed occorre chiedersi, allora, quale azione la pubblica amministrazione potrebbe esperire “contro” il soggetto amministrato, rilevando subito che, tra quelle espressamente disciplinate dal c.p.a., sono da escludersi – per evidenti motivi – l’azione di annullamento, l’azione avverso il silenzio e l’azione di nullità¹¹.

Peraltra, ad avviso di B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell’imperatività del provvedimento*, cit., par. 2.1., la Corte costituzionale, con la sentenza n. 35 del 2010, avrebbe «applicato il criterio della sentenza 204 parlando di “poteri amministrativi”, esercitabili “sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali”», con la conseguenza per cui «il criterio dell’autoritatività come condizione per la giurisdizione amministrativa, suggerita dalla sentenza 204, è stato dunque rapidamente abbandonato».

Quest’ultima affermazione, tuttavia, non appare condivisibile, perché nel medesimo passo della sentenza n. 35 del 2010 testé richiamato, è dato leggere, immediatamente prima e senza soluzione di continuità, che, per potersi legittimamente configurare la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, «è richiesto che l’amministrazione agisca [...] come autorità», e solo dopo viene specificato «cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi sia mediante moduli consensuali ai sensi dell’art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 [...], sia infine mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell’esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio».

¹⁰ Sul giudizio di ottemperanza può vedersi, per tutti, dopo il c.p.a., M. SAVINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*, nel quale – non a caso – l’ipotesi prospettata nel testo non viene, condivisibilmente, neanche trattata. Né tale ipotesi – a quanto risulta – si è mai verificata in giurisprudenza.

¹¹ In termini generali, per il processo amministrativo fondato sulla pluralità di azioni, a seguito del c.p.a., cfr., per tutti, A. CARBONE, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*. Tuttavia, in tale lavoro, non viene affrontato l’interrogativo posto nel testo, giacché si assume – “naturalmente” – che la pubblica amministrazione sia parte resistente, non ricorrente.

L'attenzione, pertanto, potrebbe concentrarsi sulla sola azione di condanna. La pubblica amministrazione, cioè, dovrebbe chiedere al giudice amministrativo di condannare il soggetto amministrato ad eseguire il provvedimento amministrativo (imperativo ma non esecutorio)¹².

Sennonché, sorge subito un problema di non poco conto.

Come è noto, infatti, ai sensi dell'art. 30, co. 1, c.p.a., «L'azione di condanna può essere proposta [soltanto] contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di cui al presente articolo, anche in via autonoma».

Questo comma, invero, sembrerebbe impedire alla pubblica amministrazione di proporre un'azione di condanna nei confronti del soggetto amministrato, affinché quest'ultimo sia – per l'appunto – condannato a conformare la realtà materiale agli effetti giuridici prodotti dal provvedimento (imperativo ma non esecutorio).

Ciò in quanto:

- a. la prima parte della disposizione, riferendosi alla contestualità ad altra azione, non risulta logicamente invocabile, perché le altre azioni espresamente disciplinate dal c.p.a. (annullamento, silenzio e nullità) sono

¹² Si noti, peraltro, che, in una tale prospettiva, ove il soggetto amministrato dovesse opporsi “di fatto”, ovvero rimanere inadempiente, anche rispetto alla sentenza di condanna, la pubblica amministrazione dovrebbe esperire un “processo esecutivo”, e non è chiaro se quest’ultimo sarebbe da individuare nel giudizio di ottemperanza ovvero, previa apposizione della formula esecutiva sulla sentenza *ex art.* 115 c.p.a., nel giudizio civile di esecuzione.

Cfr., sul punto, T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 16 febbraio 2015, n. 47, la quale ha dichiarato «manifestamente inammissibile» un ricorso in ottemperanza promosso da una pubblica amministrazione contro un soggetto (privato) amministrato nei seguenti termini: «Il rimedio del ricorso in ottemperanza previsto dall'art. 112 c.p.a. è azionabile esclusivamente al fine di ottenere l'adempimento dell'obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato. // Nel caso di specie, viceversa, poiché si chiede ordinarsi alla parte privata di eseguire l'obbligo di fare impostogli con sentenza, il rimedio non è esperibile, né tanto meno è ipotizzabile la nomina di un Commissario ad acta, figura prevista dall'ordinamento per il caso di perdurante inerzia dell'amministrazione e non certo del privato, nei cui confronti sono esperibili differenti rimedi. // L'amministrazione è, infatti, dotata del generale potere di autotutela riconosciutole dall'art. 21-ter L. n. 241/1990, a tenore del quale “Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. [...] Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge”. // Invero l'adempimento delle obbligazioni di fare, poste a carico del privato dalla sentenza, può essere conseguito dall'amministrazione mediante l'esplicazione del potere ad essa attribuito di incidere sulla sfera del privato: potere che comprende la possibilità, in caso di inadempimento, di procedere all'esecuzione diretta della prestazione fungibile di *facere*, mediante la procedura di esecuzione in danno (cfr. Cass., sez. III, 25 maggio 2007, n. 12231). // In tal caso l'obbligazione di fare posta a carico del privato si converte nell'obbligazione di rimborsare all'amministrazione le spese sostenute per l'esercizio del potere sostitutivo conseguente all'inerzia dell'obbligato».

tutte, come si è visto, esperibili soltanto dal soggetto amministrato contro con la pubblica amministrazione;

- b. la seconda parte della disposizione, riferendosi ai «casi di cui al presente articolo», contempla esclusivamente, come è noto, la «condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa o dal mancato esercizio di quella obbligatoria».

Sembrerebbe, dunque, che – in base all'attuale assetto normativo recato dal c.p.a. – la pubblica amministrazione non possa sperire davanti al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, alcuna azione di condanna nei confronti del soggetto amministrato.

Si potrebbe, però, tentare di percorrere un'altra strada.

Considerando, infatti, che la giurisprudenza amministrativa – il riferimento, in particolare, è alle note Adunanze plenarie n. 3 e n. 15 del 2011 – sembrerebbe aver ammesso, pur nel silenzio del c.p.a., l'azione atipica di accertamento nell'ambito del processo amministrativo, si potrebbe di nuovo invocare la prima parte dell'art. 30, co. 1 del c.p.a., ove è scritto che «L'azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione», ed immaginare che:

- a. questa «altra azione» sia, per l'appunto, un'azione atipica di accertamento, che la pubblica amministrazione potrebbe sperire al fine di far accettare dal giudice amministrativo (quantomeno) l'efficacia del provvedimento da eseguire;
- b. che la pubblica amministrazione, «contestualmente» a tale azione atipica di accertamento, esperisca un'azione volta a far condannare il soggetto amministrato all'esecuzione del provvedimento.

Sennonché, le richiamate sentenze dall'Adunanza plenaria hanno – sì – riconosciuto l'esperibilità dell'azione atipica di accertamento, ma – occorre ricordare – lo hanno fatto sempre e soltanto per assicurare una tutela piena ed effettiva all'interesse legittimo nei confronti del potere amministrativo autoritativo, giammai a quest'ultimo nei confronti del primo.

In particolare, nella Adunanza plenaria n. 15 del 2011, è dato leggere quanto segue: «L'Adunanza [...] reputa che l'assenza di una previsione legislativa espressa non osti all'esperibilità di un'azione di tal genere quante volte, come nella specie, detta tecnica di tutela sia l'unica idonea a garantire una protezione adeguata ed immediata dell'interesse legittimo. Sviluppando il discorso già avviato dall'Adunanza Plenaria con la [...] decisione n. 3/2011, si deve, infatti, ritenere che, nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costitu-

zionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non precluda la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (artt. 24, 103 e 113)».

La soluzione ipotizzata poco sopra, dunque, non sembra percorribile, dato l'attuale assetto normativo e giurisprudenziale¹³.

4. La “realtà effettuale” e due proposte *de iure condendo*

Insomma, la situazione – almeno ad oggi – sembra essere la seguente. Per l'esecuzione coattiva dei propri provvedimenti amministrativi, qualora la pubblica amministrazione non possa avvalersi del potere esecutorio (per carenza dei presupposti di cui all'art. 21-ter della l. n. 241 del 1990), essa non può rivolgersi al giudice ordinario, perché i provvedimenti amministrativi quasi mai integrano titoli esecutivi, ai sensi dell'art. 474 c.p.c., e perché – più in generale – tale giudice sarebbe carente di giurisdizione, almeno nella stragrande maggioranza dei casi.

¹³ Cfr., al riguardo, T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 agosto 2017, n. 797: «per giurisprudenza consolidata, il G.A. ha il potere di emettere, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva e con riguardo ai diritti soggettivi, pronunce di mero accertamento, pure a prescindere dall'impugnativa degli eventuali atti adottati dall'Amministrazione (cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Toscana, Sez. II, 1° giugno 2015, n. 847). // Per quanto attiene, invece, agli interessi legittimi, vi sono discussioni in dottrina e giurisprudenza circa la possibilità di una tutela di questi tramite lo strumento delle pronunce di mero accertamento (cfr., sul punto, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-quater, 13 aprile 2015, n. 5361). // In un recente arresto (T.A.R. Veneto, Sez. I, 16 dicembre 2016, n. 1380), tuttavia, questa Sezione ha aderito all'orientamento di una recente giurisprudenza (cfr. T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 8 agosto 2016, n. 386, con i precedenti citati), la quale ritiene preferibile l'insegnamento tradizionale, secondo cui non può ammettersi un'azione generale e atipica di accertamento se la posizione per la quale si agisce – sia pure nell'ambito della giurisdizione esclusiva del G.A. – sia quella di interesse legittimo. Ciò, per le seguenti ragioni: // - l'interesse legittimo nasce da un rapporto non paritetico, ma di supremazia/soggezione tra le parti (Amministrazione/amministrato), cosicché non spetta al giudice risolvere il conflitto di interessi tra le parti, dettando la regola puntuale nel caso concreto, bensì al soggetto (l'Amministrazione) titolare del potere sull'altro soggetto (l'amministrato); // - il giudizio che il G.A. è chiamato a dare non è sul rapporto (tra Amministrazione e amministrato), ma sulla correttezza dell'atto (amministrativo) in cui si è estrinsecato quel rapporto di supremazia, cosicché, in caso di giudizio negativo, esso assume la forma della pronuncia caducatoria; // - all'esito del pronunciamento giurisdizionale possono residuare margini di discrezionalità in capo all'Amministrazione, che non possono essere esercitati dal G.A., a pena di violazione del divieto *ex art. 34, co. 2, primo periodo, del d.lgs. n. 104/2010* (a tenor del quale, in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati)».

Ma la pubblica amministrazione non può rivolgersi neanche al giudice amministrativo, perché – almeno nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità – non ha a disposizione alcuna azione esperibile¹⁴.

¹⁴ Un Autore, al riguardo, ha scritto quanto segue: «Tutte le considerazioni sin qui svolte dimostrano ed avvalorano, dunque, la seguente tesi: poiché, in forza del principio costituzionale di buon andamento dell'Amministrazione, il provvedimento amministrativo – di principio – deve essere eseguito, anche contro l'opposizione, o a fronte dell'inerzia, dei soggetti amministrati; poiché, in forza dei principi desumibili dagli artt. 103, co. 1, e 113, co. 1, Cost. – ai quali risulta pienamente conforme, sotto il profilo in esame, il diritto processuale vigente, sia civile che amministrativo – l'Amministrazione, a tal fine, non può – di principio – adire alcuna istanza giurisdizionale; ne deriva, evidentemente, in forza di una lettura congiunta di questi stessi principi costituzionali, che l'esecutorietà del provvedimento amministrativo, lungi dal poter essere relegata ad una “anomala eccezione”, deve considerarsi, tutto al contrario, come un elemento sistematico del diritto amministrativo italiano, o – se si vuole – come un principio generale dello stesso. // Laddove si intenda condividere questa tesi, ne consegue anche che l'esecutorietà – sul piano dogmatico – non è, propriamente, né una qualità del provvedimento amministrativo, né – meno che mai – un potere “alieno” rispetto a quello manifestato dal provvedimento medesimo: essa, invece, si rivela – in linea di principio – come un attributo costituzionalmente necessario del potere amministrativo in quanto tale. // Poiché, peraltro, quest'ultimo, almeno di norma, si esprime mediante il provvedimento amministrativo, può anche continuarsi a parlare – avendo chiare, però, le conclusioni alle quali si è appena giunti – di esecutorietà del provvedimento amministrativo, così come comunemente si parla di imperatività del provvedimento amministrativo. // Volendosi accogliere la tesi qui proposta, ne deriva, inoltre, che l'esecutorietà si configura, anche al di là dell'imperatività, come il vero tratto distintivo del potere amministrativo rispetto al così detto potere privato. Difatti, pur ammesso e non concesso che in talune ipotesi – per la verità assai sparute ed assai dubbie [...] – il così detto potere privato consenta ad un soggetto di produrre unilateralmente immutazioni nella sfera giuridica di un altro soggetto, non gli consente mai, per contro, in mancanza di un previo consenso, di conformare unilateralmente, cioè senza il ricorso ad una istanza giurisdizionale, la realtà materiale – si badi: materiale – agli effetti giuridici prodotti dal potere medesimo, giacché l'uso della forza privata, salvo la legittima difesa e lo stato di necessità – che integrano, queste sì, anomale eccezioni – è sempre vietato». Così G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 367 ss.

Questa tesi, che sembrerebbe (il condizionale è d'obbligo) essere condivisa da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., pp. 365 ss., è stata fortemente criticata da S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 337 ss., sulla base dell'assunto di fondo per cui essa – nella sostanza – negherebbe il principio di legalità inteso in senso sostanziale. Epperò, tale tesi non nega affatto questo principio (con il quale, anzi, si confronta ampiamente). Affermare che l'esecutorietà sia un principio generale del nostro ordinamento amministrativo, infatti (così come, del resto, ha affermato, a più riprese, anche la Corte costituzionale: cfr., ad esempio, 23 marzo 1970, n. 44, la quale, nel riferirsi alla esecutorietà, parla di un «principio di fondamentale importanza nel nostro ordinamento, [...] [che non viola i] precetti costituzionali che assicurano l'egualianza dei cittadini dinanzi alla legge e l'intangibilità del loro diritto di agire in giudizio per la tutela dei diritti ed interessi legittimi contro tutti gli atti lesivi della pubblica amministrazione»), non implica nella maniera più assoluta che il relativo potere non debba essere analiticamente disciplinato (ciò che non fa – è appena il caso di rilevarlo – l'art. 21-ter della l. n. 241 del 1990). Semplicemente, sarebbe sufficiente una legge generale che lo disciplinasse in maniera analitica (sul modello tedesco: cfr. *infra* nel testo e nelle note), oppure considerare che, dato lo stato attuale dell'ordinamento amministrativo sostanziale e processuale, il potere in questione risulti comunque pienamente giuridicizzato, in forza dei principi che governano l'attività amministrativa, e pienamente sindacabile in sede giurisdizionale, in forza della pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale affermate dal c.p.a.

Pertanto, le soluzioni possibili sembrano due, entrambe *de iure condendo*:

- a. adottare una legge che, sul modello tedesco, disciplini – in maniera al tempo stesso generale ma sufficientemente analitica – l'esecuzione coattiva dei provvedimenti amministrativi da parte della stessa pubblica amministrazione (così sovvenendo al principio di stretta legalità imposto dall'art. 21-ter della l. n. 241 del 1990), con tutela giurisdizionale attivabile dal soggetto amministrato davanti al giudice amministrativo¹⁵;
- b. introdurre, nell'ambito del c.p.a., un'apposita azione di carattere *lato sensu* “esecutivo”, esperibile *ex ante* dalla pubblica amministrazione, magari attraverso un rito speciale accelerato, davanti, per l'appunto, al giudice amministrativo – l'unico, almeno nella stragrande maggioranza dei

Ad ogni modo, durante il Convegno *Ἐξέγεων. La dinamica della determinazione oltre i concetti tradizionali di potere e volontà*, Urbino, 9 e 10 febbraio 2017, i due Autori hanno convenuto, *de visu* ed in pubblico, su due aspetti: in primo luogo, le argomentazioni tecnico-giuridiche volte ad affermare o a denegare l'esecutorietà come principio generale “nascondono”, in realtà, concezioni profondamente diverse della pubblica amministrazione e dei suoi rapporti con i soggetti amministrati; in secondo luogo, e soprattutto, sarebbe necessaria una ulteriore riflessione – comune e il più possibile “partecipata” – sul problema, perché a tutt'oggi esso risulta irrisolto.

¹⁵ Nell'ordinamento tedesco, a fronte di una risalente «dottrina generale dell'esecutorietà come prerogativa “naturale” e consuetudinaria dei poteri sovrani» [così G.D. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, VI, Torino, Utet, 1991, p. 146, nota n. 16, il quale, al riguardo, richiama R. VON GNEIST, *Verwaltungsexecution*, in *Holtzendorff, Rechtslexicon*, III, Leipzig, Duncker & Humblot, 1881, pp. 1106 ss. (ma sull'evoluzione della dottrina successiva sino alla VwVG, sulla quale cfr. subito *infra*, cfr. anche E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, 1° Band, Allgemeiner Teil, München, 1950, pp. 220 ss.)], sussiste, sin dal 1953, una apposita legge federale che disciplina in termini generali, ma allo stesso tempo in maniera assai analitica, la materia: si tratta della *Verwaltungsvollstreckungsgesetz* (VwVG) [sull'esame di tale legge (da ultimo modificata nel 2009), alla quale occorre aggiungere le leggi dei singoli *Länder*, che possono prevedere discipline autonome in materia, cfr., di recente, ed in un'ottica comparata con l'ordinamento italiano, l'ampia, seria ed accurata analisi di L. DE GREGORIIS, *Esercizio proporzionale del potere esecutorio nell'ordinamento giuridico italiano e tedesco*, in www.giustamm.it, 2011)].

In quello stesso ordinamento, inoltre, esiste anche un'altra importante legge federale, la *Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes* (UZwG), che disciplina in estremo dettaglio i poteri ed i limiti della forza pubblica in relazione, per l'appunto, alle misure di coazione diretta *in rem* ed *in personam*. Su tale legge, e sulle sue strette connessioni con la VwVG, cfr., per tutti, K.-H. BLÈUMEI, *Bundespolizeigesetz: BPolG. Zwangsanwendung Nach Bundesrecht: VwVG, UZwG*, Berlin, R. Boorberg, 2006, *passim*.

Naturalmente, anche la dottrina tedesca si è a lungo interrogata sul fondamento teorico del potere esecutorio, ma – per ciò che interessa in questa sede – occorre evidenziare che «tale problema è attualmente privo di importanza pratica» (così G.D. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, cit., p. 146, nota n. 16, che richiama, al riguardo, H.-U. ERICHSEN, W. MARTENS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, De Gruyter, 1981, p. 261), dal momento che «l'esecuzione dell'atto amministrativo nell'ordinamento giuridico tedesco contempla *ex lege* la possibilità della sua realizzazione coatta, senza intervento del giudice e con i mezzi esecutivi apprestati dall'ordinamento» (così, ancora, L. DE GREGORIIS, *Esercizio proporzionale del potere esecutorio nell'ordinamento giuridico italiano e tedesco*, cit.).

Tutto ciò non fa certamente della Germania un paese meno democratico della Francia o dell'Inghilterra.

casi, astrattamente fornito di giurisdizione in ordine alle controversie in esame, che senza ombra di dubbio sono “controversie di diritto pubblico”¹⁶.

Quest’ultima soluzione corrisponde ad un suggerimento della più recente dottrina francese, la quale, avvertendo nell’ordinamento d’Oltralpe problematiche del tutto analoghe a quelle affrontate in questa sede, ha rilevato che l’unico modo per uscire da tale *impasse* sarebbe quello «de l’institution, par voie législative, d’un juge de l’exécution»: «Celuici ne pourrait être que le juge administratif, seul juge naturel des actes administratifs (le juge judiciaire n’en connaissant que par voie d’exception) dont l’office, en l’occurrence, conjuguerait contrôle de légalité des actes à exécuter et usage des procédures de référé»¹⁷.

¹⁶ Azione che dovrebbe essere rimessa – come assai condivisibilmente rileva F. SAITTA, *Esecuzione amministrativa e giurisdizione (noterelle a margine di una recente pronuncia)*, in www.giustamm.it, 2017, VI (ma lo studio è in corso di pubblicazione anche in *Diritto e processo amministrativo*) – alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹⁷ Così C. MILHAT, *Entre contraintes et interdits: l’administration et l’exécution de ses actes*, in *Droit et cultures*, 2009, pp. 57 ss. Può essere interessante rilevare che questo Autore richiama, in relazione all’*impasse* segnalata nel testo, le parole di H. BERTHÉLEMY, *De l’exercice de la souveraineté par l’autorité administrative*, in R.D.P., 1904, pp. 209 ss., il quale, nel domandarsi «la loi ne sera-t-elle pas obéie? L’administration chargée d’en procurer l’observation, s’avouera-t-elle impuissante devant l’inertie des [administrés]? La justice restera-t-elle impassible devant la violation flagrante de l’ordre édicté?», si rispondeva: «Oui, la justice doit rester impassible et l’administration doit s’avouer impuissante», giacché «la justice ne peut prononcer une peine pour une négligence dont la loi n’a fait ni un crime, ni un délit, ni même une contravention. [...] Où le texte est muet, la fonction de l’administrateur s’arrête. Son autorité ne lui appartient que parce qu’il représente l’Etat dont il fait valoir les droits. Elle n’est que le mode d’exécution de la volonté souveraine du législateur et la volonté souveraine du législateur ne peut pas se présumer quand il ne l’a pas exprimée». Ma lo stesso C. MILHAT controbatte, a sua volta, assai efficacemente: «Pour séduisante qu’elle soit, cette assertion n’est cependant pas satisfaisante, car reposant sur une conception réductrice et erronée du droit. Si la règle de droit ne peut être sanctionnée, cela signifie, d’après le postulat kelsenien, que le règlement des actions humaines cesserait d’être du droit. Pis encore, il faudrait se résigner à admettre que l’autorité chargée d’appliquer la loi, en l’occurrence l’administration, malgré ses prérogatives de puissance publique, pourrait être mise en échec par le simple fait d’un administré se faisant justice à lui-même. Ce qui est catégoriquement nié dans les rapports de droit privé, n’est guère plus acceptable en droit public».

ANTONIO COLAVECCHIO

Professore associato confermato di Diritto amministrativo presso il Dipartimento
di Economia dell'Università degli Studi di Foggia
antonio.colavecchio@unifg.it

TEMPI DELLA DETERMINAZIONE AMMINISTRATIVA E SCELTE ECONOMICHE

TIMING OF ADMINISTRATIVE DETERMINATION AND ECONOMIC CHOICES

SINTESI

Nel moderno contesto economico, il tema dei tempi della determinazione amministrativa riveste un'attualità giuridica particolarmente stringente, come ampiamente testimoniato dai ripetuti interventi riformatori cui, nell'ultimo decennio, è stato sottoposto l'art. 2 della l. n. 241/1990, che sancisce il «dovere» della p.a. di concludere il procedimento con un provvedimento esplicito entro un termine predeterminato.

Il contributo si propone di evidenziare il rilievo essenziale che, soprattutto nell'attuale congiuntura economica, assumono la certezza e la rapidità dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo in rapporto alle scelte economiche dei privati.

In particolare, dopo aver posto in rilievo come il carattere anti-giuridico *ex se* dell'inerzia amministrativa e la “gravità” della lesione da essa derivante al bene della vita “tempo” risultino ancor più percepibili in un periodo di *crisi economica*, viene evidenziato in quale misura il “fattore-tempo” costituisca variabile essenziale della programmazione finanziaria privata; ciò che richiede che il tempo del procedimento amministrativo sia ragionevolmente “calcolabile”, e, con esso, il c.d. “rischio amministrativo”.

Viene altresì evidenziato come il mancato rispetto dei tempi di conclusione del procedimento produca comunque un’alterazione dei piani finanziari predisposti dal soggetto privato, e ciò sia nel caso di ritardo nell’emanazione di un provvedimento favorevole, sia in quello di ritardo nell’adozione di un provvedimento sfavorevole.

Sotto altro riguardo, il contributo pone in luce come la certezza dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo, unitamente alla celerità degli stessi, rappresentino un importante fattore di competitività del “sistema-Paese”: gli investimenti in attività economiche e imprenditoriali, infatti, vanno inevitabilmente a concentrarsi su quei Paesi il cui ordinamento garantisca maggiormente la certezza e la rapidità dei tempi per “fare impresa”. Si tratta di una precondizione per la crescita economica, che, nel nostro ordinamento, si è tentato

di realizzare anche attraverso politiche di semplificazione procedimentale, tendenti a farsi anche più intense in periodi di crisi: a tal proposito, il contributo esamina le principali novità apportate dalle riforme amministrative più recenti alla disciplina dei termini del procedimento, accomunate dalla finalità di ridurre la distanza tra “tempo economico” e “tempo procedimentale”.

All'esito di tale disamina, si perviene alla conclusione che la tempestività dell'azione amministrativa si configura, ora, come un autonomo principio giuridico dotato di precettività, assistito, cioè da idonea “sanzione” in caso di sua violazione. In particolare, l'evoluzione del diritto positivo fa apparire superata la necessità dell'istituto del silenzio, dal momento che l'inerzia, ormai, si qualifica giuridicamente come inadempimento dell'obbligo di provvedere e determina precise conseguenze giuridiche sul piano sia “interno” che “esterno” alla p.a., potendo anche dar luogo al risarcimento del danno.

Ciò che, guardando alla situazione giuridica del privato lesa dall'inosservanza dei termini procedurali, porta a configurare la pretesa del cittadino ad una risposta in forma espressa ed in tempi certi come un vero e proprio diritto soggettivo e, nella prospettiva sovranazionale del diritto alla “buona amministrazione”, come un diritto fondamentale della persona.

ABSTRACT

In modern economic contexts, the timing of administrative determination is a particularly pressing legal issue, as widely acknowledged by repeated reformative interventions to which article 2 of the (Italian) law n. 241/1990 has been subjected in the last decade, sanctioning the “duty” of (Italian) Public Administration to conclude the procedure with an explicit provision within a predetermined time.

This study aims at highlighting the vital importance that the certainty and rapidity of concluding administrative procedures play in relation to the economic choices of individuals, particularly in the present economic situation.

In particular, after highlighting how the anti-juridical nature *ex se* (in itself) of administrative inertia and the “severity” of the resulting damages to the “time” commodity become even more perceptible in a period of *economic crisis*, the study emphasizes the extent to which “time-factor” constitutes an essential variable in private financial programming; which requires that the time of the administrative procedure be reasonably “calculable” and, with it, the so-called “administrative risk”.

It is also noted how failure to comply with the timing of proceedings inevitably produces an alteration to the financial planning prepared by the private parties, both in the event of a delay in the issuance of a favorable measure as well as in a tardy adoption of an unfavorable measure.

From a different perspective, the contribution points to the fact that the certainty of timing of an administrative procedure, together with its rapidity, is an important factor in the competitiveness of “national systems”: economic and entrepreneurial investments inevitably focus on countries whose regulations

guarantee greater certainty and rapidity for “doing business”.

The paper, in its conclusions, takes the view that the citizens’ claim to obtain an administrative decision within a time limit and by the adoption of a formal act could be construed as a genuine subjective right, and also, from a supra-national perspective in the light of the “right to good administration”, as a fundamental right of the human person.

PAROLE CHIAVE: tempo, obbligo di provvedere, scelte economiche, crisi; mercato

KEYWORDS: time, obligation to take measure, economic choices, crisis, market

INDICE: 1. Premesse generali e di contesto – 2. Sull’anti-giuridicità *ex se* dell’inerzia amministrativa – 3. Il tempo del provvedere ai tempi della crisi economica e nel c.d. “Stato del mercato” – 4. La “lunga marcia” dell’obbligo di provvedere tempestivamente verso la piena effettività e il superamento della figura del silenzio – 5. Considerazioni finali

1. Premesse generali e di contesto

Il tema dei tempi della determinazione amministrativa¹ – vale a dire dei termini entro cui l’amministrazione è tenuta a “provvedere” – sembra rivestire, nel moderno contesto economico, un’attualità giuridica ben più stringente che nel passato. Ciò, sul piano del diritto positivo, è ampiamente testimoniato dalle ripetute modifiche e novellazioni cui, nel corso degli ultimi dieci anni, è stato sottoposto l’art. 2 della “legge generale” sul procedimento amministrativo, che, come noto, sancisce il «dovere» della p.a. di concludere il procedimento con un provvedimento esplicito entro un termine predeterminato²; modifiche e novellazioni volte ad adeguare tale norma “di principio” alle aumentate esigenze di rapidità e certezza dei tempi dell’azione dei soggetti pubblici.

Proiettato nella concreta dinamica della moderna economia, l’obbligo di provvedere in tempi certi assume, infatti, un rilievo fondamentale, tanto nell’ottica della certezza dei rapporti giuridici, quanto alla luce dell’esigenza empirica di razionalità nelle scelte economiche (oltre che di vita).

Nel moderno contesto economico, in cui tutto “fluisce” (sempre più) velocemente ed è possibile realizzare importanti operazioni finanziarie in “tempo reale”, trasferire ingenti capitali da un capo all’altro del mondo “istantaneamente”, è evidente che il tempo costituisce un fattore essenziale della dinamica

¹ Qui intesa, essenzialmente, in senso provvidenziale.

² Nel “wording” dell’art. 2, l. n. 241/1990, è utilizzata l’espressione «dovere», ma, anche e soprattutto alla luce dei numerosi interventi riformatori che, nel 2005 (leggi nn. 15 e 80), nel 2009 (legge n. 69), hanno interessato la disciplina dei termini procedurali, sarebbe più corretto parlare di un vero e proprio “obbligo” di provvedere.

economica, sino ad assumere la connotazione di un bene a sé stante, meritevole, conseguentemente, di autonoma tutela giuridica. Il tempo, cioè, assume una dimensione giuridicamente rilevante, è esso stesso un bene giuridico.

È così che anche il tempo dell'azione amministrativa – di norma, “procedimentalizzata” – diviene parametro di valutazione dell'attività stessa, non solo sotto il profilo della sua efficienza³, ma anche della sua legittimità/liceità; il mancato rispetto del termine procedimentale, e, quindi, la *tardività* del provvedimento o, peggio, la sua *assenza*, sono infatti eventualità negative che frustrano le esigenze di certezza temporale dei privati, riferibili, nel c.d. “Stato del mercato” (v., *infra*, par. 3), anche al tempo dell'esercizio del potere amministrativo. Il ritardo o l'inerzia amministrativa risultano pertanto lesivi di quell'autonomo “bene della vita” (autonomo perché tutelabile indipendentemente dalla spettanza dell’“utilità finale” anelata dal cittadino), che, oggi, viene ormai pacificamente individuato nell'elemento temporale.

L'inosservanza del termine per la conclusione del procedimento amministrativo si configura, quindi, come un comportamento (omissivo) non solo (*ex se*) illegittimo, perché posto in violazione di una norma di legge che impone ad ogni pubblica amministrazione di definire i procedimenti di propria competenza con una pronuncia espressa (positiva o negativa) entro il termine all'uopo stabilito, ma anche illecito, dal momento che tale comportamento arreca un pregiudizio ad un bene della vita meritevole di tutela.

2. Sull'anti-giuridicità *ex se* dell'inerzia amministrativa

Non da oggi, invero, la dottrina si interroga circa le conseguenze del mancato rispetto dei termini procedimentali: un Maestro come Giannini, per esempio, rilevava che «per un aspetto il problema della durata del procedimento o delle singole fasi di esso e del tempo di adozione dei vari atti di esso si identifica con quello della disciplina del silenzio procedimentale: la questione infatti non è quella di fissare i termini per l'adozione dei diversi atti del procedimento o per l'esaurimento del procedimento, ma è piuttosto quella di stabilire che cosa accade se la durata fissata viene superata»⁴.

Peraltro, solo nelle più recenti evoluzioni della disciplina dell'obbligo di

³ Sulla relazione tra tempo dell'agire amministrativo ed efficienza, si vedano le dense riflessioni di M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. Contieri, F. Francario, A. Zito, vol. II, Napoli, ES, 2010, pp. 57 ss.

⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*³, vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, p. 192.

provvedere può dirsi che le conseguenze della ritardata o mancata conclusione dei procedimenti amministrativi abbiano raggiunto una loro fisionomia sistematica ed un livello di “intensità sanzionatoria” soddisfacente (benché ancora migliorabile).

Il tema è quello dell'*effettività* dell’obbligo di provvedere espressamente nei termini previsti, ossia dei rimedi (sia sostanziali che processuali) e delle sanzioni (operanti sia sul piano interno che su quello esterno alla p.a.) che l’ordinamento appresta per assicurare l’efficace rispetto di detto obbligo; ciò che, guardando il fenomeno dell’inerzia amministrativa nella prospettiva benvenutiana del *cittadino*⁵, richiede di considerare soprattutto gli strumenti messi a disposizione del privato per tutelare la propria posizione soggettiva correlata all’obbligo della p.a. di *clare loqui*, per reagire, cioè, ad un comportamento omissivo dell’amministrazione, che si connota per un “anti-giuridicità” *in re ipsa*.

Ben prima che il tempo assursesse – anche a livello di legislazione formale (il riferimento è, soprattutto, alla l. n. 69/2009⁶) – a bene giuridico autonomamente rilevante, la dottrina più rappresentativa in tema di silenzio della p.a. ha ampiamente dimostrato l’anti-giuridicità che di per sé assume l’inerzia amministrativa: «per rispondere alle esigenze di certezza o di sollecitudine», il silenzio va infatti interpretato «come fattispecie assolutamente rigida, come comportamento che produce effetti a prescindere da situazioni particolari e attività intermedie»⁷. Secondo questa ricostruzione dogmatica, il silenzio va dunque concepito come «un fatto mero che si qualifica a fronte dell’obbligo di provvedere, e, quindi, non come provvedimento ma come inadempimento»⁸. La stessa dottrina, nell’opera

⁵ Secondo la quale, a seguito dell’avvento della Costituzione repubblicana, il cittadino a fronte dell’amministrazione non è più il cittadino-suddito, quel suddito che vede nella legalità l’unico limite all’esercizio del potere, ma è invece un soggetto che, in un ordinamento «demarchico», compartecipa, come singolo o nelle formazioni sociali, all’esercizio delle funzioni amministrative, sia a fini istruttori, sia in vista della definizione del rapporto sostanziale. L’originale visione della partecipazione dei cittadini allo svolgimento della funzione, presente, nei suoi elementi essenziali, sin dagli inizi del percorso intellettuale di Feliciano Benvenuti (il riferimento è alla celeberrima prolusione al Corso di Diritto amministrativo, tenuta il 3 dicembre 1951 nella Facoltà di Scienze politiche dell’Università di Padova, dal titolo *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 138 ss.) e progressivamente sviluppata nell’arco di un quarantennio, raggiunse l’apice di una organica e definitiva sistemazione nei primi anni Novanta, principalmente ne *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, ma anche ne *L’impatto del procedimento nell’organizzazione e nell’ordinamento (quasi una conclusione autobiografica)*, in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. III – Teoria generale e miscellanea, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 1723 ss., e poi nel *Disegno della Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996.

⁶ V. *infra*, par. 4.

⁷ F.G. SCOCA, *Considerazioni sull’inerzia amministrativa*, in *Foro amm.*, 1962, I, p. 493.

⁸ F.G. SCOCA, *op. loc. cit.*

considerata fondamentale in argomento, evidenziando che «l'attività amministrativa, riguardata dalla angolazione dell'interesse pubblico, *dove* essere svolta» e che, dunque, essa si pone come *necessitata* rispetto al fine della realizzazione dell'interesse pubblico, ha rilevato come ciò significhi che la pubblica amministrazione ha l'obbligo di agire per il conseguimento di tale fine; e «l'obbligo di esprimersi sulle richieste dei privati è una specificazione dell'obbligo generico di agire»⁹. In base a questa concezione, allorché l'autorità pubblica investita della domanda del privato resta inerte, «è l'interesse pubblico a soffrirne insieme al privato»: si viene a creare «una situazione antigjuridica, caratterizzata dall'inadempimento dell'obbligo di provvedere e dalla lesione dell'interesse legittimo al provvedimento, sulla quale bene può intervenire il giudice dell'azione amministrativa»¹⁰.

Insomma, come un altro Maestro ha efficacemente scritto, «l'illegittimità del silenzio-rifiuto consiste nel silenzio medesimo»¹¹.

Queste limpide affermazioni circa il carattere di per sé *contra ius* dell'inerzia amministrativa appaiono oggi ancor più valide e attuali, in un momento nel quale il processo di tutela e valorizzazione del bene “tempo” nei rapporti tra i privati e le pubbliche amministrazioni ha raggiunto significativi approdi, sul piano legislativo e giurisprudenziale, che rendono più immediatamente percepibile detto carattere e la “gravità” della lesione di tale particolare bene della vita.

3. Il tempo del provvedere ai tempi della crisi economica e nel c.d. “Stato del mercato”

Tale percezione, sotto altro e connesso profilo, risulta ancor più rafforzata in un momento di *crisi economica* come quello attuale, che profonde mutazioni induce anche nel diritto pubblico e nel diritto amministrativo in particolare¹²: a fronte della scarsità delle risorse finanziarie, che riduce anche la possibilità di accesso al credito da parte di cittadini e imprese, la capacità di programmare

⁹ F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 29-30 e 33-34.

¹⁰ Così, ancora, F.G. SCOCA, *op. ult. cit.*, p. 40.

¹¹ E. CANNADA BARTOLI, *Ricorso avverso il silenzio-rifiuto e mutamento della domanda*, in *Foro amm.*, 1993, pp. 310-311.

¹² Sul rapporto tra crisi economiche e diritto pubblico si è ormai accumulata una letteratura torrentizia, di cui non può certo darsi conto in questa sede; una letteratura talmente vasta che, come è stato con grande efficacia osservato da F. MERUSI (*Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 7), il solo riassunto dei principali contributi riferiti ai temi maggiormente problematici su tale rapporto «porterebbe via pagine e pagine, anche se si volesse imitare la proverbiale stringatezza delle “schede” di Fozio dedicate alla letteratura greca».

l'impiego dei (ridotti) mezzi finanziari disponibili diviene un elemento fondamentale per l'esito economicamente positivo delle scelte di investimento; e poiché il “fattore-tempo” costituisce variabile essenziale di tale programmazione finanziaria privata, nonché dell'attuazione ad essa relativa, il tempo del procedimento amministrativo deve essere ragionevolmente “calcolabile”¹³; altrimenti, quando la realizzazione dell'investimento sia condizionata all'adozione di un provvedimento da parte della p.a., verrebbe notevolmente ridotta la suddetta capacità di programmazione ed aumenterebbe, per converso, il c.d. “rischio amministrativo”¹⁴. In più, va considerato che, quando i tempi per l'adozione del provvedimento finale, pur normativamente prefissati, non siano rispettati, si produce comunque un'alterazione dei piani finanziari predisposti dal soggetto privato e del percorso per la loro attuazione, con conseguenti maggiori costi da sostenere per far fronte a tale “imprevisto”. Ciò, anzitutto, in caso di ritardo nell'emanazione di un provvedimento favorevole (per esempio, un'autorizzazione), nella cui attesa, prolungatasi oltre il termine di conclusione del procedimento, il soggetto privato, non potendo avviare nei tempi previsti un'attività economica progettata, ha tenuto inattive le proprie maestranze e le proprie attrezzature e non ha potuto introitare le somme derivanti dall'esercizio dell'attività stessa. Ma anche, deve ritenersi, in caso di ritardo nell'adozione di un provvedimento sfavorevole (quindi, per rimanere all'esempio fatto, un diniego di autorizzazione), in quanto il privato, non avendo potuto conoscere, nei tempi prestabiliti, l'esito negativo del procedimento, non ha neppure potuto, con la rapidità richiesta dalle esigenze della moderna economia, ri-programmare l'utilizzo delle proprie risorse finanziarie verso la realizzazione di un diverso investimento, né impiegare in altra attività le risorse umane e strumentali a sua disposizione.

Nel contesto descritto, dunque, appare evidente come il tempo, o meglio, la certezza dei tempi dell'azione amministrativa, costituisca in sé un autonomo bene della vita ed anche un bene particolarmente “prezioso”, la cui lesione,

¹³ Il riferimento è, evidentemente, al pensiero di Max Weber, che, cogliendo una caratteristica essenziale del processo di razionalizzazione della società occidentale, che ha dato luogo allo Stato moderno, osservò: «ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina», per cui «le considerazioni religioso-rituali e le considerazioni magiche non debbono intervenire» [M. WEBER, *Economia e società (Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922), vol. IV – *Sociologia politica*, trad. it. di F. Casabianca, G. Giordano, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, p. 472].

¹⁴ ... ovvero, secondo terminologia analoga, “rischio regolatorio”: cfr. M. CLARICH, *Il nucleare e i rischi regolatori (“atomici”)*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, pp. 685 ss.

quindi, è suscettibile di produrre rilevanti conseguenze negative nella sfera giuridica patrimoniale (e, talvolta, anche personale¹⁵) del privato che subisca l'inerzia o il ritardo dell'amministrazione nel provvedere. Assume specularmente rilievo la “dimensione economica” del diritto amministrativo, che impone di considerare il “fattore-tempo” come «componente determinante per la vita e l’attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l’incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex art. 41 Cost.»¹⁶.

Su un altro versante, dopo l'avvento dello «Stato del mercato»¹⁷, la pubblica amministrazione, che diviene una componente del mercato stesso, è chiamata a «dare certezze temporali ai privati per non creare asimmetrie nel contraddittorio paritario nel quale si sostanzia, giuridicamente, la concorrenza»¹⁸. In questa prospettiva, il privato interessato dall'azione amministrativa si trova a vantare un legittimo affidamento nella certezza dei tempi dell'azione stessa. Sul piano del diritto positivo, la «certezza del tempo nei rapporti amministrativi» è garantita, come noto, dall'art. 2 della l. n. 241/1990, che ha sottratto all'amministrazione il dominio sul tempo della propria azione¹⁹. Su tale certezza temporale (obiettiva)

¹⁵ Sul punto cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 742, con nota di A. AVERARDI, *Il Consiglio di Stato e la risarcibilità del danno biologico da ritardo*, *ivi*, pp. 743 ss. cit.; nel caso di specie, è stato risarcito (anche) il danno biologico, quale danno non patrimoniale derivante, oltre che dalla lesione del diritto inviolabile alla salute, «da un illecito di carattere permanente, costituito dall'inerzia della P.A. nel provvedere su una istanza del privato, che assume particolare valenza negativa, derivando dall'ingiustificata inosservanza del termine di conclusione del procedimento, che il legislatore ha, di recente, elevato all'ambito dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m*, Cost.». V. il co. 2-bis dell'art. 29 della l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 69/2009, che richiama, appunto, tra tali livelli essenziali, l'obbligo per la p.a. di concludere il procedimento entro il termine prefissato e le disposizioni relative alla durata massima dei procedimenti.

¹⁶ Così, in termini assai chiari, si è espresso, da ultimo, il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di regolamento recante «Norme per la semplificazione e l'accelerazione dei procedimenti amministrativi, ai sensi dell'articolo 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124» (Cons. Stato, Ad. Comm. spec. del 22 marzo 2016, parere 15 aprile 2016, n. 929, in www.giustizia-amministrativa.it

¹⁷ ... per riferirsi alla nota immagine di F. MERUSI (*La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in AA.VV., *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, pp. 22 ss.), il quale osserva che lo Stato del mercato si afferma definitivamente nell'ordinamento costituzionale italiano nel 1990, con la legge sul procedimento amministrativo e la legge sulla tutela della concorrenza.

¹⁸ F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa*, cit., p. 23.

¹⁹ F. MERUSI, *op. ult. cit.*, il quale scrive che «[i]n principio il quando era discrezionale» (p. 20) e che, a seguito della legge sul procedimento, «[l']antica discrezionalità nel quando che caratterizzava, salvo rare eccezioni derogatoriamente imposte dalla legge, l'attività della Pubblica Amministrazione viene sovertita» (p. 23). Per un compiuto approfondimento della complessa tematica del “quando” nell'esercizio del potere discrezionale, si rinvia all'opera di A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, Cacucci, 1988.

il privato che entra in “contatto” con l’amministrazione costruisce la sua certezza temporale (soggettiva). Il suo affidamento si radica, appunto, nel «dovere» posto dall’art. 2 anzidetto, con la forza di un principio generale dell’ordinamento amministrativo²⁰. Gli è che, in relazione alla fattispecie dell’inadempimento di tale dovere (*rectius*: obbligo), il comportamento inerte dell’amministrazione tenuta ad emanare il provvedimento richiesto concorre indubbiamente a configurare un’ipotesi di responsabilità, in quanto il mancato esercizio della potestà si traduce in una lesione del più generale principio dell’affidamento²¹.

La certezza dei tempi di conclusione del procedimento amministrativo, unitamente alla celerità degli stessi, rappresenta, inoltre, un importante fattore di competitività del “sistema-Paese”: infatti, in uno scenario, ormai irreversibile, di “concorrenza tra ordinamenti giuridici”, non può sfuggire come gli investimenti in attività economiche e imprenditoriali vadano a concentrarsi – a maggior ragione nell’attuale conjuntura economica – su quegli ordinamenti in cui sia maggiormente garantita la certezza e la rapidità dei tempi di risposta alle istanze presentate all’amministrazione per essere facoltizzati all’avvio di tali attività²²; in altri termini, in quegli ordinamenti laddove il “rischio amministrativo” sia minore e calcolabile. (Pre)condizione per la crescita economica, questa, che, nel nostro ordinamento, si è tentato di realizzare anche attraverso politiche di semplificazione procedimentale, caratterizzanti, in una prospettiva più ampia, gli ultimi due decenni di riforme amministrative, e tendenti a farsi anche più intense in periodi di crisi, quando si fa ancora più forte la richiesta di riduzione dei costi regolatori non necessari.

È così che, nella c.d. “legislazione della crisi”, il rapporto tra semplificazione e tempestività dell’azione amministrativa è divenuto estremamente stretto²³, sino, quasi, a formare un’endiadi.

²⁰ L’Adunanza Generale del Consiglio di Stato, nel parere 27 gennaio 1991, n. 141 (in *Foro it.*, 1992, III, c. 98), relativo allo schema di regolamento per l’attuazione degli artt. 2 e 4, l. n. 241/1990, ha rimarcato che la certezza del tempo nei rapporti amministrativi è divenuta, per effetto della predetta legge, «valore ordinamentale fondamentale».

²¹ Su tale profilo, è d’obbligo il rinvio all’opera di F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, *passim*, ora, in versione ampliata, riproposta in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “Trenta” all’“alternanza”*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 19 ss.

²² Un’approfondita analisi comparativa tra i diversi “sistemi-Paese” relativamente alla facilità di “fare impresa” è offerta dai Rapporti annuali della Banca mondiale denominati «*Doing Business*», in cui – per quanto qui interessa – il tempo delle procedure amministrative è assunto tra i principali indicatori di valutazione: cfr., da ultimo, INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT, *Doing Business 2017: Equal Opportunity for All*, Washington, DC, World Bank, 2017, reperibile in www.doingbusiness.org.

²³ Sul rapporto tra semplificazione e principio della certezza del tempo dell’azione amministrativa, si veda, da ultimo, R. LOMBARDI, *Semplificazione amministrativa e certezza dei tempi dell’agire amministrativo*, in *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, a cura di J. Luther,

In un momento di crisi economico-finanziaria come quello attuale, si afferma, infatti, una *legislative public opinion*, che, riconoscendo il tempo come fattore cruciale dell'economia, richiede e promuove un processo di tutela e valorizzazione di tale fattore anche nei rapporti tra privati e pubbliche amministrazioni; e ciò, a maggior ragione, in quanto tali rapporti appaiono ancora svolgersi secondo procedure eccessivamente lente e farraginose. In questa prospettiva, quando non addirittura obliterati (si pensi agli istituti del silenzio-assenso e della s.c.i.a.), gli "ordinari" moduli procedurali vengono "semplificati", per esempio mediante la riduzione delle fasi procedurali e delle amministrazioni intervenienti, ma anche attraverso la prefissione di termini resi certi con meccanismi automatici e sostitutivi nel caso di mancato rispetto. Procedimenti con un grado di complessità "alleggerito" dovrebbero prestarsi, infatti, ad una loro più sicura e rapida conclusione, con vantaggi economicamente valutabili non solo per i soggetti privati interessati, ma anche per le stesse pubbliche amministrazioni. In questa prospettiva, la "legislazione della crisi" tende marcatamente ad assegnare prevalenza all'esigenza di garantire che l'amministrazione comunque "provveda" rispetto a quella – opposta – di completezza dell'istruttoria.

D'altra parte, in un quadro come quello appena tratteggiato, in cui anche la p.a. è, in misura sempre maggiore, sottoposta alle "leggi del mercato", il tempo dell'attività amministrativa costituisce una dimensione essenziale del conseguimento del risultato della stessa. Difatti, il risultato implica la certezza del diritto, anche e sicuramente sotto l'aspetto della certezza dei tempi di conclusione dei procedimenti amministrativi²⁴. In questa prospettiva, «il tempo degli atti amministrativi deve essere un tempo certo, perché il tempo è una componente necessaria del mercato» ed «è per questo che nella legge sul procedimento amministrativo il tempo dell'azione amministrativa è diventato un tempo certo»²⁵.

Peraltro, non può sottacersi come, proprio dal momento in cui la p.a. – anche sotto la spinta del diritto europeo – è venuta a trovarsi maggiormente astretta dalle leggi del mercato, è andata, paradossalmente, sempre più divaricandosi la "forbice" tra tempo del procedimento e tempo dell'economia.

E ciò non tanto (o non solo) per l'aggravarsi di "ataviche" inadeguatezze

P.M. Vipiana Perpetua, in *Polis Working Papers – Working Paper* n. 208, dicembre 2013, pp. 39 ss., cui adde, se si vuole, A. COLAVECCHIO, *Semplificazione amministrativa e tempestività nella conclusione dei procedimenti*, in ITALIADECIDE, *Rapporto 2015. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 363 ss.

²⁴ G. FIDONE, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 157.

²⁵ F. MERUSI, *La certezza del risultato nell'Amministrazione del mercato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, Giappichelli, 2004, p. 36.

e inefficienze degli apparati amministrativi nella gestione dei procedimenti di loro competenza, quanto, piuttosto, a causa di quei fenomeni di trasformazione strutturale della società e dell'economia mondiale, quali la rivoluzione tecnologica e informatica e la (correlata) globalizzazione dei mercati e delle informazioni, che hanno reso il tempo dell'economia troppo veloce per l'amministrazione pubblica. In altri termini, soprattutto a seguito dei cambiamenti epocali di fine secolo, la distanza tra “tempo economico” e “tempo procedimentale” si è fatta molto grande; troppo grande per non essere avvertita come un grave problema nella consapevolezza sociale e politica, così come è palesemente attestato dai ripetuti e insistiti tentativi del legislatore di colmare o, quanto meno, ridurre tale distanza.

In definitiva, la tempestività dell'azione amministrativa è, ora, esigenza che, pur se direttamente riferibile agli interessi del singolo, arriva anche a trascenderli, ponendosi come esigenza generale “di sistema”, ovvero come regola essenziale, cui deve conformarsi l'agire della pubblica amministrazione: in questo senso appare evidente il carattere di principio generale della necessità che i procedimenti amministrativi, una volta iniziati, debbano concludersi con provvedimenti esplicativi, entro un tempo predeterminato.

4. La “lunga marcia” dell’obbligo di provvedere tempestivamente verso la piena effettività e il superamento della figura del silenzio

Quello della tempestività dell'azione amministrativa, peraltro, viene a configurarsi non più come un semplice principio di indirizzo o di orientamento, bensì come un autonomo principio giuridico dotato di precettività, assistito, cioè da idonea “sanzione” in caso di sua violazione. Può dirsi questo l'esito della “lunga marcia” dell'art. 2 della l. n. 241/1990 – e dell'obbligo della p.a. ivi sancito – verso la sua piena effettività. Si è trattato di un percorso evolutivo “a tappe”, che, attraverso una serie innumerevole di innovazioni alla disciplina generale dei termini per la conclusione del procedimento amministrativo, ha portato ad una maggiore effettività di tutela del privato – e, per quanto qui interessa, delle sue scelte economiche – avverso l'inerzia e i ritardi della p.a. In questa sede è possibile fare soltanto un rapido cenno agli interventi riformatori che segnano tali tappe²⁶, a cominciare dalla duplice riforma del procedimento amministrativo

²⁶ Per una più ampia disamina dell'evoluzione della disciplina dei termini di conclusione del procedimento, sia consentito il rinvio ad A. COLAVECCHIO, *L’obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 100 ss.

operata con le leggi nn. 15 e 80 del 2005, le quali, come noto, hanno rispettivamente eliminato l'obbligo della previa diffida all'amministrazione inerte per poter avere accesso al ricorso giurisdizionale ed attribuito al giudice amministrativo il potere di conoscere della fondatezza dell'istanza proposta dal ricorrente.

Ma la tappa forse più importante del percorso è costituita dalla l. n. 69 del 2009 (c.d. “collegato competitività” alla finanziaria 2009), che, operando una vigorosa rivisitazione della disciplina dei termini per la conclusione del procedimento, ha espressamente previsto una serie di “conseguenze” (sia “interne” che “esterne” all’amministrazione) derivanti dal mancato rispetto dei termini stessi. L’innovazione principale introdotta dalla riforma del 2009 riguarda sicuramente le conseguenze che incidono sul piano “esterno” all’amministrazione precedente, e più precisamente sul versante della tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati nei confronti dei soggetti pubblici: il riferimento è, evidentemente, alla previsione dell’obbligo delle pubbliche amministrazioni (nonché dei soggetti privati preposti all’esercizio di attività amministrative) di risarcire il «danno ingiusto cagionato in conseguenza dell’inoservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento» (art. 2-*bis*, co. 1, l. n. 241/1990), ossia il c.d. “danno da ritardo”. L’art. 2-*bis*, operando direttamente un giudizio di meritevolezza della tutela dell’interesse alla tempestività dell’azione amministrativa, ha ascritto la sua violazione all’area dell’illecito e conferito allo stesso dignità di situazione soggettiva rilevante sul piano dell’ordinamento generale, quale vero e proprio diritto soggettivo²⁷.

Il codice del processo amministrativo (approvato con il d.lgs. n. 104/2010) ha successivamente confermato la configurabilità della responsabilità civile della p.a. per danno da ritardo, prevedendo, nell’ambito della disciplina dell’azione di condanna, che tale azione possa essere esperita per ottenere il risarcimento del danno ingiusto derivante non solo dall’illegitimo esercizio dell’attività amministrativa, ma anche «dal mancato esercizio di quella obbligatoria» (art. 30, co. 2).

Grazie al rimedio processuale dell’azione di risarcimento del danno da inosservanza dei termini procedurali, che si aggiunge a quello dell’azione avverso il silenzio, «[...]a garanzia di tutela alla presa all’esercizio espresso del potere e la contestuale garanzia di effettività assicurata alla doverosità dell’azione amministrativa acquistano [...] una dimensione particolarmente significativa e rafforzano in modo sensibile – sul piano dell’effettività – i principi di doverosità e di tempestività nell’esercizio del potere»²⁸.

²⁷ Così D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell’azione amministrativa*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, p. 489.

²⁸ Così, incisivamente, A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, in *Codice dell’azione amministrativa*², a cura di M.A. Sandulli, Milano, Giuffrè, 2017, p. 301.

Sotto altro riguardo, l'esplicito riconoscimento legislativo della risarcibilità del danno da ritardo eleva il “tempo” al rango di un “bene giuridico” meritevole di protezione diretta, rilevante come elemento in sé, a prescindere dall'esito del procedimento. Con ciò esso integra un'autonoma pretesa del privato in termini di conoscenza delle decisioni dell'amministrazione nei tempi previsti; una pretesa che, al fine di consentire una tutela effettiva dell'interessato, nella cui sfera giuridica il “ritardo” della p.a. si ripercuote negativamente, diviene di per sé suscettibile di essere sottoposta al sindacato del giudice amministrativo, affrancandosi dagli angusti limiti connessi allo schema tradizionale del giudizio impugnatorio²⁹.

Con l'inserimento dell'art. 2-*bis* nel corpo della legge procedimentale, dunque, il legislatore ha espressamente previsto il diritto al risarcimento del danno da “mero” ritardo, originato, cioè, dalla mera inosservanza del termine di conclusione del procedimento e risarcibile a prescindere da qualsiasi valutazione sulla spettanza dell'*utilità sostanziale* collegata al provvedimento richiesto dal privato³⁰.

D'altra parte, nella giurisprudenza amministrativa più recente si osserva che il ritardo nella conclusione di un qualunque procedimento è sempre un costo, dal momento che il “fattore-tempo” costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell'attuazione di piani finanziari relativi a qualsiasi intervento, condizionandone la relativa convenienza economica³¹.

In altri termini, il tempo è considerato più che mai un bene nella vita del cittadino ed il suo trascorrere ha comunque un costo, venendo a ritardare e/o ad impedire le scelte di convenienza economica e, con essa, quale naturale conseguenza, una diminuzione patrimoniale.

In questo senso, dovrebbe ammettersi la risarcibilità del danno da ritardo anche quando l'esito del procedimento amministrativo sia stato in ipotesi negativo, atteso che l'inosservanza del termine massimo di durata del procedimento

²⁹ In tal senso si vedano le approfondite riflessioni di A. BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 169 ss.

³⁰ In altri termini, come efficacemente osservato da M. IMMORDINO (*Svolgimento nel tempo del potere amministrativo fra certezza ed incertezza*, in AA.VV., *Annuario Aipda 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, ES, 2015, pp. 138-139), «[...]a conclusione del procedimento con un provvedimento espresso ed entro un termine certo e predeterminato costituisce [...] un vero e proprio bene sostanziale, autonomo rispetto all'interesse legittimo, pretensivo o oppositivo, che si fa valere in sede procedimentale, tutelabile in sé e di per sé [...]. Ciò che rileva è che il cittadino non venga lasciato in una situazione di attesa, indipendentemente dalla fondatezza della pretesa ad ottenere un bene della vita o a conservarlo, ed a prescindere dalla legittimità o meno dell'eventuale provvedimento tardivo».

³¹ Si vedano, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, sent. 21 giugno 2013, n. 3408, e Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre 2015, n. 4823, entrambe in www.giustizia-amministrativa.it, nonché, nella giurisprudenza di primo grado, Tar Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, sent. 29 ottobre 2015, n. 737, e Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, sent. 26 gennaio 2017, n. 198, anch'esse in www.giustizia-amministrativa.it.

comporta, quale immediata e pregiudizievole conseguenza, l'assoluta imprevedibilità dell'azione amministrativa e quindi l'impossibilità per il privato di rispettare la programmata tempistica dei propri investimenti³².

In più, si noti che l'"ingiustizia" del danno da ritardo può apparire persino maggiore qualora si tratti di procedimenti avviati a iniziativa d'ufficio: in tali ipotesi, infatti, il privato non ha liberamente accettato – come quando, invece, presenta un'istanza alla p.a. – di assumere su di sé il c.d. "rischio amministrativo", ma si trova invece costretto a subirlo, senza aver potuto previamente "calcolare" tale rischio e programmare conseguentemente la tempistica delle proprie scelte imprenditoriali (e, a volte, esistenziali).

Si pensi al caso di un procedimento sanzionatorio, che, per tutto il tempo della sua durata, porta l'impresa interessata a tenere accantonate, a "fondo rischi", le somme necessarie per il pagamento della sanzione pecuniaria irrogabile al termine del procedimento stesso (l'importo della quale, nel settore della concorrenza e dei mercati regolati, può essere anche molto elevato), impedendo, dunque, di destinare tali risorse finanziarie a sostegno dei costi di esercizio oppure a nuovi investimenti (da cui potrebbero derivare anche maggiori ricavi)³³; ciò che, peraltro, può rendere necessario il ricorso al mercato del credito, con ulteriori costi in termini di interessi debitori e spese di finanziamento. Risulta evidente, dunque, la necessità che l'accertamento sanzionatorio abbia una "ragionevole durata"³⁴.

Insomma, dal momento che il tempo è considerato un bene anche sul piano strettamente giuridico, la regola generale è (o deve essere) che il mancato rispetto del tempo procedimentale è «un illecito e gli illeciti, nel nostro sistema, danno luogo a responsabilità civile: se ne ricorrono i presupposti, il danneggiato ha diritto al risarcimento, in forma specifica o per equivalente»³⁵.

Nell'attuale contesto ordinamentale, l'inerzia amministrativa assume, quindi, un preciso valore sintomatico secondo quello che è un generale criterio

³² Così Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, dec. 4 novembre 2010, n. 1368, in *Giur. it.*, 2011, p. 1426, con nota di S. D'ANTONIO, *Risarcimento del danno "da mero ritardo" e situazioni giuridiche soggettive*, *ivi*, pp. 1426 ss.

³³ Come evidenziato da S. LUCATTINI, *Rivalità e coordinamento nel governo dei servizi pubblici*, in *Dir. e soc.*, 2016, p. 701, il solo avvio del procedimento sanzionatorio è «spesso di per sé sufficiente a produrre uno stato d'incertezza e un pregiudizio soggettivo per l'operatore economico; in forma di danno emergente, consistente nelle spese sopportate per le complesse attività istruttorie e difensive, e di lucro cessante, quale perdita di occasioni più favorevoli o di rinuncia a certi piani e attività».

³⁴ Sul punto cfr. Tar Lombardia, Milano, Sez. III, sent. 17 gennaio 2013, n. 148, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ Così, con parole assai chiare, F. PATRONI GRIFFI, *Valori e principi tra procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici (con un'attenzione in più per invalidità non invalidante del provvedimento, efficienza e trasparenza, danno da ritardo)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2011, p. 10.

di normalità, calato nel caso concreto; come è stato osservato dalla più autorevole dottrina in argomento, «l'inerzia, ormai, si qualifica giuridicamente come (vero e proprio) inadempimento del dovere di provvedere tempestivamente; viene accertata come tale, ossia come fatto (o atto) di inadempimento, e, in tesi, dà luogo a risarcimento del danno»³⁶.

Ciò che, portato alle sue più coerenti conseguenze, rende non più necessario fare ricorso alla figura del silenzio, la quale era, viceversa, indispensabile quando l'inerzia non era configurabile né come presupposto per esercitare l'azione dinanzi al giudice amministrativo, né come inadempimento dell'obbligo di provvedere con una decisione espressa entro un termine prefissato.

L'attuale disciplina dell'azione amministrativa prevede, infatti: l'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento con provvedimento esplicito; i termini entro i quali il provvedimento deve essere adottato; le conseguenze della mancata o ritardata adozione del provvedimento.

L'evoluzione del diritto positivo fa dunque apparire superata la necessità dell'istituto del silenzio, tanto che la stessa dottrina poc'anzi richiamata ha incisivamente affermato che «continuare a ragionare in termini di silenzio [...] risulta inutile, impreciso, se non addirittura erroneo»³⁷.

Va infine segnalato che le ulteriori modifiche introdotte all'art. 2 della l. n. 241/1990 con la “batteria” di provvedimenti governativi “anti-crisi” (aperta dal d.l. n. 5/2012, c.d. “Semplifica Italia”, convertito con modifiche dalla l. n. 35/2012), hanno previsto, a differenza della novella del 2009, conseguenze anche procedurali dell'inutile spirare del termine di conclusione del procedimento: il riferimento è al meccanismo di sostituzione che opera all'interno dell'amministrazione “dormiente”, consentendo al dirigente investito della competenza sostitutiva di esercitare direttamente la funzione (con una sorta di «commissariamento interno»³⁸), emanando il provvedimento omesso entro un termine dimezzato rispetto a quello originario (cfr. i co. 9-bis e 9-ter dell'art. 2, l. n. 241/1990, nel testo risultante dalla novella di cui al d.l. n. 5/2012)³⁹.

³⁶ F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. Spasiano, Napoli, ES, 2012, p. 256.

³⁷ F.G. SCOCA, *op. loc. ult. cit.*

³⁸ È questa l'efficace formula utilizzata da S. TARULLO, *Il meccanismo di sostituzione interna per la conclusione dei procedimenti amministrativi introdotto dal d.l. semplificazione n. 5/2012. Notazioni a prima lettura*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012, p. 2.

³⁹ Ai poteri sostitutivi “interni” introdotti nell'art. 2 l. n. 241/1990 dal decreto “Semplifica Italia”, che operano – potrebbe dirsi – “in via ordinaria”, si affiancano, ora, i poteri sostitutivi “straordinari” assegnati dalla recente “riforma Madia” al Presidente del Consiglio dei Ministri: il riferimento è all'art. 4 della l. n. 124/2015, che, per determinati tipi di procedimento (indicati, in linea generale, come quelli «relativi a rilevanti insediamenti produttivi, a opere di interesse generale o all'avvio di attività imprenditoriali», ma la cui concreta specificazione è demandata ad un

Ulteriori conseguenze (*rectius*: sanzioni) del mancato rispetto dei tempi procedurali sono state poi individuate nella trasmissione obbligatoria, in via “telematica”, alla Corte dei conti, delle sentenze passate in giudicato che accolgono i ricorsi contro il silenzio-inadempimento (cfr. l'art. 2, co. 8, l. n. 241/1990, come sostituito dal d.l. n. 5/2012), nonché negli indennizzi forfettari dovuti in caso di ritardo della p.a. nella conclusione dei procedimenti ad istanza di parte (cfr. l'art. 2-bis, co. 1-bis, l. n. 241/1990, aggiunto dal d.l. n. 69/2013, c.d. “decreto del fare”, convertito con modifiche dalla l. n. 98/2013).

Da ultimo, con la novella dell'art. 21-novies della legge procedimentale, operata dalla l. n. 124/2015 (c.d. “riforma Madia”), si è finalmente pervenuti alla determinazione di conseguenze decadenziali dell'esercizio del potere di autotutela oltre il «termine ragionevole» ivi previsto: la novella ora citata, infatti, predeterminando normativamente in diciotto mesi il limite del «termine ragionevole» entro cui l'amministrazione può intervenire in autotutela, configura come perentorio tale termine, con la inevitabile conseguenza dell'illegittimità del provvedimento di secondo grado tardivamente adottato⁴⁰.

5. Considerazioni finali

In definitiva, all'esito di un percorso evolutivo ultraventennale (probabilmente non ancora concluso), l'originaria disciplina inherente l'obbligo del *clare loqui* ne è risultata notevolmente ampliata e rafforzata, si potrebbe dire trasformata. Ciò perché, mentre la primigenia versione dell'art. 2 della l. n. 241/1990 poneva una disciplina della “fisiologia” del termine del procedimento, ma trascurava la “patologia”⁴¹, cioè le conseguenze in capo all'amministrazione in caso di ritardo, gli interventi di riforma susseguitisi nel tempo hanno invece previsto espressamente una serie di conseguenze (interne ed esterne all'amministrazione) derivanti dal mancato rispetto dei termini procedurali.

In questo senso, è stato puntualmente osservato che «la più recente evo-

regolamento governativo, poi emanato con d.p.r. 12 settembre 2016, n. 194), prevede l'attribuzione, previa delibera del Consiglio dei Ministri, di poteri sostitutivi al Presidente del Consiglio o a un suo delegato. Sulle differenze tra i poteri sostitutivi di cui ai co. 9-bis e 9-ter dell'art. 2, l. n. 241/1990 ed i poteri sostitutivi previsti dall'art. 4, l. n. 124/2015, si vedano le attente riflessioni di A. POLICE, *Dai silenzi significativi ai poteri sostitutivi. Una nuova dimensione per il dovere di provvedere della P.A.*, in *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, a cura di A. Rallo, A. Scognamiglio, 2016, Napoli, ES, pp. 35-44.

⁴⁰ In tal senso, chiaramente, Tar Puglia, Bari, Sez. III, sent. 17 marzo 2016, n. 351, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹ Così M. CLARICH, *La certezza del termine del procedimento amministrativo: un traguardo in vista o una chimera?*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, p. 691.

luzione dell'ordinamento amministrativo pare avere ormai compiutamente dimostrato come la regola della tempestività dell'azione amministrativa abbia raggiunto oggi una dignità tale da imporre una autonoma considerazione sul piano dei principi fondamentali dell'azione pubblica»⁴². La sua violazione, infatti, risulta sanzionata non più solo sul piano organizzativo, quale concreta espressione di un'inefficienza della pubblica amministrazione come apparato⁴³, bensì anche quale fatto – o, meglio, “fatto giuridico” – al cui verificarsi l'interessato è in grado di attivare puntuali strumenti di reazione (sia sostanziali che processuali⁴⁴).

Sicché, anche al di là della natura giuridica attribuibile ai termini per la conclusione dei procedimenti amministrativi (ordinatoria o perentoria⁴⁵), non sembra, oggi, potersi negare alla regola generale della tempestività dell'azione amministrativa la consistenza di un principio giuridico di carattere, oltre che generale, anche precettivo.

È ormai evidente, infatti, che dalla violazione di tale principio discendono precise e plurime conseguenze giuridiche, “tipizzate” dal legislatore ed evidentemente sanzionatorie dell'inerzia amministrativa, che trascendono il piano organizzativo interno all'amministrazione per investire l'ambito dei rapporti tra questa e i privati, prefigurando una molteplicità di strumenti di tutela (di tipo sia procedimentale che processuale) in capo ai titolari di una situazione giuridica lesa dall'inosservanza dei tempi procedurali; situazione che, ove riferita alla pretesa del cittadino ad una risposta in forma espressa ed in tempi certi, assurge al rango di autentico diritto soggettivo⁴⁶ e, nella prospettiva sovranazionale del diritto alla “buona amministrazione” (sancito, come noto, dall'art. 41 della Carta

⁴² D. VAIANO, *Il principio di tempestività*, cit., p. 478.

⁴³ Così, ancora, D. VAIANO, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ Come efficacemente sintetizzato da M. RAMAJOLI (*Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 712), le risposte date, nel corso del tempo, al problema dell'inazione amministrativa, «sono di vario tipo e se la tutela del cittadino era originariamente affidata in via esclusiva a uno specifico strumento processuale ora convivono con tale strumento soluzioni operanti sul versante di diritto sostanziale, specie ma non solo sul piano organizzativo, e soluzioni di tipo compensativo».

⁴⁵ Come noto, in mancanza di una espressa norma di legge, tutta la giurisprudenza (anche quella costituzionale) ha sempre avversato un'interpretazione dei termini procedurali nel senso della perentorietà, così negando tanto la decadenza della potestà amministrativa in caso di loro superamento, quanto l'illegittimità del provvedimento tardivamente adottato; ciò «perché la cessazione della potestà, derivante dal protrarsi del procedimento, potrebbe nuocere all'interesse pubblico alla cui cura quest'ultimo è preordinato, con evidente pregiudizio della collettività» (in questi termini, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 2 febbraio 2015, n. 468, in www.giustizia-amministrativa.it). In dottrina, peraltro, alcune voci autorevoli si sono espresse criticamente sul punto: tra di esse, si consideri, soprattutto, quella di M. CLARICH, nel fondamentale contributo *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995 (per quanto qui interessa, cfr. spec. pp. 70 ss. e 123 ss.).

⁴⁶ In tal senso, si veda già, molto chiaramente, A. ROMANO TASSONE, (*voce*) *Risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 998),

di Nizza⁴⁷), persino di diritto fondamentale della persona⁴⁸.

secondo cui la «pretesa del destinatario all'adozione di un provvedimento, di qualsiasi contenuto esso sia, in un tempo ragionevole, non va riportata alla figura dell'interesse legittimo, ma deve esser ricondotta a consistenza di diritto soggettivo». Ne consegue che la risarcibilità del danno subito dal soggetto in attesa di un provvedimento sarebbe ammessa indipendentemente dall'esperimento e dall'esito dell'azione impugnatoria, in quanto l'azione risarcitoria è diretta a far valere la lesione di un diritto soggettivo. In senso analogo, cfr., da ultimo, F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 178 ss.

⁴⁷ ... cioè la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «proclamata» a Nizza, il 7 dicembre 2000, da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, e riproclamata (con qualche modifica) a Strasburgo, il 12 dicembre 2007, alla quale il Trattato di Lisbona del 2007, novellando l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, ha attribuito «lo stesso valore giuridico dei trattati». Stante la formulazione dell'art. 41, par. 1, della Carta di Nizza (contenuto nel Capo V, dedicato alla «Cittadinanza»), il diritto ad una buona amministrazione si compendia nella pretesa di ogni persona a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo equo, imparziale e, per quanto qui interessa, «entro un termine ragionevole». Il diritto ad una buona amministrazione si articola, poi, in una serie di diritti particolari, riconosciuti anch'essi ad ogni persona: di essere ascoltata prima che venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi alla riservatezza e al segreto professionale; di conoscere i motivi della decisione (art. 41, par. 2). Come è stato puntualmente osservato, la disposizione dell'art. 41 della Carta europea dei diritti, con quelle che seguono, risponde all'intento «di fornire al cittadino europeo non solo una serie di diritti politici *par excellence*, bensì anche alcuni diritti di carattere più strettamente amministrativo, in grado cioè di metterlo in diretto rapporto con le istituzioni comunitarie viste sul versante della loro attività amministrativa»: R. BIFULCO, *Art. 41. Diritto ad una buona amministrazione*, in *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 285. In questo senso, l'inclusione del diritto ad una buona amministrazione tra i diritti fondamentali della Carta è sintomatica di una rilevante modificazione intervenuta nelle dinamiche autorità-individuo. In proposito, autorevole dottrina ha efficacemente parlato di una importante «evoluzione funzionale» della buona amministrazione, che «[d]a principio in funzione della efficacia della pubblica amministrazione («*ex parte principis*»), è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini («*ex parte civis*»). Prima era considerata mezzo per assicurare che il potere pubblico fosse efficace, perché gli interessi collettivi e pubblici ad esso affidati fossero pienamente tutelati. Poi è divenuta strumento per assicurare una difesa dal potere pubblico, perché le situazioni giuridiche soggettive dei privati potessero essere tutelate più efficacemente»: S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione* (Relazione alla «Giornata sul diritto alla buona amministrazione» per il 25° anniversario della legge sul «*Sindic de Greuges*» della Catalogna, Barcellona, 27 marzo 2009), in www.irpa.eu, 2009, p. 6.

⁴⁸ In relazione all'identificazione di detta pretesa del cittadino, elementare e definita, la dottrina, significativamente, ha evidenziato come si tratti non del «diritto all'impossibile (al provvedimento favorevole nel caso di potestà in qualche misura discrezionali), bensì [del] diritto al sicuramente possibile, anzi: al dovuto (il diritto ad una decisione)»: C. MARZUOLI, *Carta europea dei diritti fondamentali, "amministrazione" e soggetti di diritto: dai principi sul potere ai diritti dei soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 2002, p. 263. Da ultimo, per la qualificazione del nucleo essenziale delle pretese procedurali come diritto fondamentale, si veda la raffinata ricostruzione di L.R. PERFETTI, *Preteze procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, pp. 850 ss.

ROSA CALDERAZZI

Professore associato di Diritto dell'Economia presso il Dipartimento di Economia, Management e Diritto dell'Impresa dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro
rosa.calderazzi@uniba.it

**LA DECISIONE E LE SCELTE ECONOMICHE OLTRE I CONCETTI
TRADIZIONALI DI POTERE E AUTONOMIA PRIVATA**

**THE DECISION AND THE ECONOMIC CHOICES
OVER THE TRADITIONAL CONCEPTS OF POWER AND PRIVATE AUTONOMY**

SINTESI

Il tema della decisione presenta profili interessanti nell'ambito del diritto privato del rischio e del gioco e della scommessa. Il contenuto della decisione nel diritto privato è stato tradizionalmente identificato nella manifestazione della volontà delle parti. Sennonché nell'evoluzione complessiva del diritto privato la libertà contrattuale ha cominciato a muoversi entro confini diversi, anche in conseguenza della emersione di interessi nuovi. Il paradigma dell'autonomia non è più quello della volontà libera, ma di una decisione contornata di regole che intervengono dall'esterno e che servono alla protezione di interessi, diversi dagli interessi del soggetto che decide.

In questa prospettiva, nei mercati finanziari, nella protezione dei consumatori, nel gioco e nella scommessa, l'intera disciplina che si fonda sul rapporto dialettico autonomia privata / intervento pubblicistico, vede un superamento del concetto tradizionale di autonomia privata, in considerazione degli interessi da tutelare.

Si crea un rapporto libertà – autorità nel quale l'autonomia privata viene regolata e spesso limitata dalle regole amministrative.

La regolazione diventa il criterio ordinatore sia dell'autorità che della libertà: di qui il diffondersi dei poteri di *soft law* che invadono gli spazi di autonomia e libertà delle parti, con la finalità di rispettare il principio di legalità.

La decisione, nel diritto privato del rischio, non è più sempre e solo governata dalla volontà, ma appare contornata da norme autoritative che intervengono per tutelare non solo pretese individuali, ma dimensioni collettive, con uno spostamento dalla sfera individuale a quella sovraindividuale.

Anche nella disciplina del gioco, la decisione non è più il risultato di una volontà che decide il contenuto dell'accordo, ma il consenso regolato dallo strumento della concessione, in considerazione della necessità di tutelare il giocatore.

La decisione non si presenta più solo come libera volontà delle parti o come estrinsecazione del potere dell'autorità: il consenso viene regolato da strumenti di regolazione in quanto vi sono dimensioni collettive, e il punto di unificazione

è dato dai diritti che vengono prima della legge.

ABSTRACT

The topic of the decision has interesting profiles within the private law of risk, gambling and bet. Traditionally, the content of the decision in private law was identified in the manifested will by the parties. However, in the overall evolution of private law, contractual freedom began to move within different lines, even as the result of the appearance of new interests. The paradigm of autonomy is no longer that of free will, but of a decision outlined by rules coming from outside and serving for the protection of interests, different from those of the person who decides.

From this point of view, the whole discipline based on the dialectical relationship between private autonomy and public intervention, in the financial markets, consumer protection, gambling and bet, sees overcoming the traditional concept of private autonomy, taking into account the interests to be protected.

A relationship of freedom - authority in which private autonomy is regulated and often limited by administrative rules is created.

Regulation becomes the authoritative criterion both of authority and of freedom: hence the spread of soft law powers invades the spaces of autonomy and freedom of the parties with the aim of respecting the principle of legality.

The decision, in the private law of risk, is no longer always and only governed by the will, but it is outlined by authoritative rules to protect not only individual claims, but also collective interests, with a shift from an individual to an over-individual sphere.

Even in the discipline of gambling, the decision is no longer the result of a will deciding on the content of the agreement, but it is the consensus governed by the instrument of the concession, given the need to protect the player.

The decision no longer appears just as the free will of the parties or as the extrinsic power of authority: the consensus is governed by regulation instruments as there exist some collective interests, and the point of unification is given by the rights that come before the law.

PAROLE CHIAVE: decisione, autonomia privata, potere, gioco, regolazione.

KEYWORDS: decision, private autonomy, power, gambling, regulation

INDICE: 1. Le ragioni dell'indagine. – 2. Il concetto tradizionale dell'autonomia privata e il suo superamento. – 3. Il diritto privato del rischio: considerazioni generali. – 4. Il caso del gioco e della scommessa. – 5. La decisione nelle scelte economiche: ricostruzione.

1. Le ragioni dell'indagine

Il tema dell' ἐκλέγειν, nel diritto dell'economia, assume connotazioni interessanti, in quanto la fisiologica confluenza – in tale settore – del diritto privato e del diritto pubblico diventa un osservatorio privilegiato per valutare, attraverso

un'indagine sull'evoluzione del rapporto tra autonomia privata e autorità, il contenuto delle decisioni economiche¹.

Il diritto privato e il diritto pubblico, che nel tempo si sono evoluti attraversando percorsi diversi, partono da un principio comune: il principio di uguaglianza del giusnaturalismo seicentesco che, sul versante privatistico, si identifica nella libertà delle parti, su quello pubblicistico diventa manifestazione del potere dello Stato che lo esercita attraverso la sovranità.

Tutti sono uguali di fronte alla legge, ma esiste il potere del sovrano di disporre della legge e di amministrare in base alla legge, cioè il comando dell'autorità²; la decisione diventa comando, controllo, espressione del potere e della sovranità.

Nel diritto privato le decisioni sono tradizionalmente ricondotte alla manifestazione della volontà, all'esercizio di una autonomia privata (dal greco $\alphaὐτό$ e $\nuόμος$, capacità dei soggetti di autovincolarsi al rispetto di una disciplina), che consente di decidere liberamente della propria sfera giuridica, personale e patrimoniale³, quindi la decisione è volontà, accordo.

Nella prospettiva della individuazione del contenuto della decisione nel diritto dell'economia, diventa un osservatorio privilegiato, in quanto consente

¹ Per uno studio recente sull'intervento pubblico nell'economia, cfr. AA.VV, *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di M. Cafagno, F. Manganaro, in *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, vol. V, Firenze, University Press, 2016. G. ALPA, *Diritto privato e diritto pubblico. Una questione aperta*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2016, p. 104, evidenzia che indagare sulle due categorie, cioè assumendo una posizione binaria, significa muovere da posizioni preconcette, occorre, al contrario, muovere da una visione complessiva della problematica, imponendo così all'interprete di «revocare in dubbio - salvo poi sciogliere il dilemma in senso confermativo - che sia logico, opportuno o addirittura necessario postulare la distinzione».

² N. BOBBIO, M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Milano, Il Saggiatore, 1979.

³ Vastissima la bibliografia, si citano, *ex multis*, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1986, p. 126 (per il quale l'autonomia è «volontà produttiva degli effetti rispetto all'ordinamento»); F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, 2, Milano, Giuffrè, 1950, p. 449; D. BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato*, Torino, Utet, 1950, p. 520 (entrambi collocano l'autonomia nell'ambito della libertà contrattuale, tra i diritti fondamentali; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1980; ID., *Negozio giuridico e autonomia privata*, in *La civiltistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23-26 giugno 1989, Padova, 1991, p. 289 ss.; G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in ID., *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Padova, Cedam, 1994; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 229 ss.; R. SACCO, *Autonomia nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino, Utet, pp. 517 ss.; ID., *Contratto, autonomia, mercato*, in R. Sacco e G. De Nova, *Il Contratto*, in *Trattato dir. civ.* diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2005, pp. 16 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1993; S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1983, p. 14 (l'autonomia «nel significato più ampio e generico, indica ogni possibilità di autodeterminazione e, quindi, le capacità attive, i poteri, i diritti soggettivi. Nel significato più specifico ... indica soggettivamente la potestà di darsi un ordinamento giuridico e, oggettivamente, il carattere proprio di un ordinamento giuridico che individui o enti si costituiscono da sé»).

un ripensamento dei concetti tradizionali e apre la strada a possibili ricostruzioni alternative, l’istituto del gioco e della scommessa: esso rappresenta un fenomeno storico nel quale si crea una confluenza di regolazione privatistica e pubblicistica. Infatti, fino ad oggi, gioco e scommessa sono stati indagati – dai privatisti – alla luce delle ridotte norme codistiche, oppure collegati a recenti strumenti finanziari; per lato loro, i pubblicisti li hanno esaminati sul versante della concessione (che rende lecito il loro esercizio come attività industriale) e della regolazione. Tuttavia, i giochi (e con essi le scommesse) presentano paradigmi di regolazione del mercato, attraverso i quali diventa possibile ripercorrere i rapporti tra autonomia privata e autorità dello Stato e collegare i due approcci, traendone indicazioni ulteriori.

Nemmeno può essere trascurato il fatto che i giochi leciti regolati costituiscono un imponente settore industriale e finanziario nelle economie avanzate, fitto di disciplina (sia pubblicistica che contrattuale) del processo economico.

2. Il concetto tradizionale dell’autonomia privata e il suo superamento

Se tradizionalmente il contenuto della decisione nel diritto privato è stato identificato nella manifestazione della volontà delle parti, per capire se e in che misura ci sia stata un’evoluzione, occorre muovere dal concetto di autonomia privata, con l’avvertenza che la distinzione tra autonomia privata e volontà, che pure meriterebbe approfondite discussioni, ai fini della presente indagine diventa irrilevante⁴.

Per un verso l’autonomia negoziale e le sue regole appaiono legati indissolubilmente al sistema socio economico⁵, per l’altro il problema dell’autonomia

⁴ L’autonomia privata, come è stato efficacemente osservato da S. PUGLIATTI, (*voce*) *Autonomia privata*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 366 ss., «sarebbe una qualificazione analitica, una esplicazione discorsiva dell’essenza della volontà. Nel contempo costituirebbe un criterio di individuazione e distinzione da ogni entità che, priva di quella qualità, sarebbe da designare come eteronoma».

⁵ E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Milano, Giuffrè, 1945, ricorda la necessità di muovere dalla storicità degli istituti giuridici; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.*, 1961, p. 391; L. RAISER, *La libertà contrattuale oggi*, in *Il compito del diritto privato*, a cura di C.M. Mazzoni, Milano, Giuffrè, 1990, p. 55, afferma che la libertà contrattuale rappresenta un principio portante dell’ordinamento giuridico e va di pari passo con l’economia del mercato; F. SANTORO PASSARELLI, *L’autonomia dei privati nel diritto dell’economia*, in *Dir. ec.*, 1956, p. 1213; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, Giuffrè, 1969; M. S. GIANNINI, *Autonomia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, p. 882 s. ritiene che l’autonomia privata attiene all’elemento della plurisoggettività degli ordinamenti, cioè alla determinazione della posizione dei soggetti di un ordinamento, di fronte all’organizzazione e alla formazione dell’ordinamento stesso; «è pur sempre impossibile che l’intera libertà del soggetto sia soppressa

privata finisce per confondersi, sotto il profilo privatistico, con il problema più generale dei rapporti tra Stato e cittadini⁶, della dialettica autorità – libertà, diventando un problema sociale e politico, prima ancora che giuridico⁷.

Il resto è libertà, autonomia privata, esercizio della libera volontà delle parti; nel diritto privato tutto è improntato all'autonomia, l'unica componente eteronoma è la legge, nell'ambito dell'autonomia si esercita la volontà⁸.

L'autonomia privata è un diritto di libertà⁹, attraverso il quale il soggetto sceglie la soluzione migliore per tutelare i propri interessi, nella maniera più efficace; le parti, infatti, possono liberamente determinare il contenuto del contratto, nei limiti imposti dalla legge, e concludere contratti atipici, purché diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela, secondo quanto dispone l'art. 1322 c.c., nonché regolare ogni altro aspetto della propria sfera giuridica, personale e patrimoniale.

L'accordo rappresenta lo strumento di applicazione dell'autonomia privata, giacché, non potendo il soggetto disporre della sfera giuridica altrui, necessita del consenso dell'altra parte. Quindi l'autonomia privata rappresenta il principio che giustifica la rilevanza giuridico – sociale del negozio¹⁰, la disposizione è posta in essere dalle parti, trova la sua fonte nel loro accordo, inteso quale atto di esercizio della loro autonomia privata e l'ordinamento riconosce efficacia giu-

dall'organizzazione dell'ordinamento, l'intero suo comportamento sia regolato dalla formazione dell'ordinamento. L'autonomia privata è quindi una “posizione necessaria” di libertà e di auto-determinazione di un soggetto in un ordinamento. E per la varietà e relatività degli ordinamenti, essa è a sua volta varia e relativa, e quindi storica».

⁶ F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 188.

⁷ V. ROPPO, *Contratti e atti giuridici*, in http://www.treccani.it/encyclopedie/contratti-e-atti-giuridici_%28Encyclopedie-delle-scienze-sociali%29/, ricorda come il principio dell'autonomia privata costituisca un portato della moderna società borghese e liberale, modellata dal capitalismo, così come le teorie del negozio giuridico e del contratto, nate per strumentare quel principio. Le corrispondenti regole e costruzioni giuridiche riflettono gli stessi valori fondamentali che informavano quella società e le filosofie create per legittimarla: il valore dell'individuo; il valore della volontà; il valore della libertà da ingerenze pubbliche.

⁸ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958, p. 103: l'autonomia privata è il potere riconosciuto dall'ordinamento giuridico ai privati di autoregolare i propri interessi.

⁹ Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *Giur. Cost.*, 1994, p. 2188, ricorda come l'autonomia contrattuale dei singoli rappresenti uno strumento di esercizio di libertà costituzionalmente protette.

¹⁰ Il concetto di autonomia privata è più ampio rispetto a quello di autonomia negoziale, in quanto concerne anche gli atti giuridici non negoziali: F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, Esi, 2004, p. 84; U. MAJELLO, *Rapporti e fatti giuridici. Situazioni giuridiche soggettive*, in *Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 76 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 5 e ss., ritiene che vi sia perfetta coincidenza del problema dell'autonomia privata con quello del negozio giuridico.

ridica vincolante al negozio nella misura in cui rappresenti lo strumento attraverso il quale le parti decidono dei loro affari¹¹.

La disciplina legislativa del contratto non fa dipendere la rilevanza giuridica dell'atto dalla reale volontà interna delle parti, l'accordo rileva quale atto decisionale, mediante il quale le parti costituiscono, estinguono o modificano un rapporto patrimoniale: ha valore negoziale l'atto imputabile come atto di autonomia privata, cioè come atto decisionale del soggetto in ordine alla sua sfera giuridica.

Tale concetto, in considerazione della sua storicità e relatività, si è, nel tempo, evoluto¹².

L'autonomia privata sotto l'influsso della scuola giusnaturalistica e dell'Illuminismo diventa espressione del principio equalitario di fronte alla legge, ma anche espressione della volontà individuale che configura un diritto naturale, preesistente allo Stato, in quanto tale, intangibile.

L'evoluzione ottocentesca conferma l'idea che solo agli individui spetta il potere di regolamentare i propri affari, il singolo agisce come un "legislatore decentrato"¹³, sulla base del presupposto che ci sia un'automatica corrispondenza tra libertà del mercato (quindi del contratto) e conseguimento del massimo benessere economico e collettivo¹⁴. Si ritiene che l'uguaglianza giuridica delle parti sia sufficiente ad assicurare rapporti giusti; gli unici limiti all'autonomia privata sono legati all'esigenza di evitare di turbare la circolazione giuridica dei beni.

L'autonomia privata del singolo diventa il motore del nuovo sistema¹⁵.

Sennonché l'evoluzione complessiva del diritto privato (che si è espressa in una diversa e inversa direzione rispetto al diritto pubblico), ha portato al risultato che il diritto non viene più considerato solo se posto, costituito e sostituito da essere umani attraverso atti e decisioni consapevoli e deliberate o com-

¹¹ M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 23.

¹² Per una ricostruzione del concetto di autonomia privata, v. P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, IV, c. 113; D. GIORDANO, *Le limitazioni all'autonomia privata nelle società di capitali*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 1 e ss.

¹³ L'espressione è utilizzata in *Diritto civile. Fatti atti giuridici*, vol. I, t., 2, Torino, 1999, p. 476, a cura di L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli.

¹⁴ F. LUCARELLI, *Modelli privatistici e diritti soggettivi pubblici*, Padova, Cedam, 1990, p. 262, il quale sottolinea che la proprietà e l'autonomia privata simboleggiano nei codici ottocenteschi l'elemento emblematico di liberazione dai privilegi feudali, dalle discriminazioni personali, poteri accentuati nelle classi nobili e nel clero.

¹⁵ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economica*, in *Studi in onore di A. Asquini*, vol. III, Padova, Cedam, 1963, pp. 152 e ss., ricorda come l'individualismo economico fu poi sostituito da un pluralismo economico nel quale i conflitti di interessi individuali sono continuati da gruppi collettivi di interesse. Ciò porterà all'inizio della politica di interventionismo statale nell'economia.

portamenti umani, la libertà contrattuale comincia a muoversi entro confini diversi, anche in conseguenza della emersione di interessi nuovi¹⁶.

Il principio della intangibilità della *lex contractus*, della dogmatica tradizionale civilistica comincia a sfaldarsi e ad aprire spazi a condizionamenti di tipo esterno: le esigenze di massa e gli interessi collettivi¹⁷.

La sacralità della volontà individuale cede di fronte alla esigenza di rispristinare l'uguaglianza causata da una disparità socio-economica tra i contraenti: il principio di autonomia privata non è sufficiente ad assicurare rapporti giusti; non è più esercizio di un potere che il singolo può esercitare incondizionatamente.

Lo sviluppo dell'economia porta a fenomeni di massificazione e standardizzazione: l'economia di massa induce bisogni standardizzati che, a loro volta, determinano standardizzazione dei beni e servizi e standardizzazione dei contratti¹⁸. Il fenomeno della standardizzazione implica la predisposizione unilaterale e l'adesione: il testo contrattuale non costituisce il frutto di una trattativa tra le parti, ma il risultato di una diseguaglianza tra le parti che costringe una parte ad aderire al contratto proposto dall'altra, menomando la volontà, per lo meno da un punto di vista sostanziale.

Le risposte tradizionali sono offerte dal codice civile, proponendo al contraente menomato nella volontà, la possibilità di cancellare il contratto con i vizi della volontà.

Le risposte più moderne sono contenute nella legislazione speciale, in particolare nella normativa sulla regolazione del mercato, dove la menomazione del ruolo volitivo della parte deriva dalla fisiologia delle relazioni, dalla sua appartenenza a una categoria socio – economica¹⁹.

Ciò determina un declino della autonomia contrattuale: la libertà di determinazione del contratto conserva la sua integrità, ma concretamente uno dei contraenti non è in grado di esercitarla. Di qui la necessità di trovare rimedi, diversi da quelli individuali, che consentano alle parti una tutela.

¹⁶ L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, Esi, 2003, p. 71, sottolinea come il diritto privato emergente sia “condizionato dal mercato in quanto rivolto alla regolamentazione di quest'ultimo e mediatizzato dalla società, portatrice di propri interessi giuridicamente protetti”.

¹⁷ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. III, Padova, Cedam, 2003, pp. 20 e ss.

¹⁸ V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 42.

¹⁹ G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 55 e ss., ricorda le tappe dell'evoluzione dell'autonomia privata, dalla crisi del liberalismo economico al superamento del modello dirigistico. Sul tema, v. V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 44; G. B. FERRI, *La “cultura” del contratto e le strutture del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 22 e ss.

Il declino della autonomia privata, secondo la dottrina²⁰, può indicare tre fenomeni: 1) la pubblicizzazione del contratto: si restringe il ruolo dell'accordo di fronte alla regolamentazione imperativa del contratto (c'è una limitazione pubblicistica alla libertà contrattuale, giustificata dall'esigenza di subordinare tale libertà all'utilità sociale); 2) la oggettivazione del contratto: si restringe il ruolo dell'accordo di fronte al significato oggettivo del rapporto; il contratto è un fatto sociale determinato con criteri obiettivi; 3) la standardizzazione del contratto: si restringe il ruolo dell'accordo di fronte alla disciplina unilaterale del predisponente nei contratti di massa.

In generale, emerge la necessità di indicare rimedi diversi da quelli individuali, per i casi di disegualanza di potere contrattuale delle parti che consentano una tutela attraverso il controllo sostanziale della “giustizia” del rapporto²¹.

Rappresenta, dunque, un risultato acquisito – sul piano del diritto positivo – il superamento del dogma della autonomia privata.

Possiamo allora affermare che, nell'evoluzione complessiva di un perimetro inizialmente consegnato alla autonomia privata, emerge una disciplina che contiene due elementi significativi: 1) la limitazione dell'autonomia privata, nei contratti tra privati, per ragioni attinenti a profili di interesse generale (i modi di manifestazione della volontà non sono tutti leciti, occorre ripristinare un'uguaglianza tra le parti o tutelare beni superiori); 2) la scoperta che nella volontà possono non esserci decisioni libere.

Ragionando in tal senso, si avverte che il paradigma dell'autonomia non è quello della volontà libera, ma di una decisione contornata di regole che intervengono dall'esterno e che servono alla protezione di interessi, diversi dagli interessi del soggetto che decide.

3. Il diritto privato del rischio: considerazioni generali

In questa prospettiva, assume un ruolo privilegiato il diritto privato del rischio²², dove, in ragione dei soggetti che operano sul mercato, delle attività e

²⁰ M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 35.

²¹ Cfr. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 34; A. DI MAJO, *Contratto e negozio*, in AA.VV., *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, Milano, Feltrinelli, 1978, p. 106.

²² Sul tema, G. ALPA, (*voce*) *Rischio contrattuale (Diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, Giuffrè, 1999, p. 1144; A. BALDASSARRE, (*voce*) *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, Giuffrè, 1971, p. 600; A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, Giuffrè, 2006; P. SAVONA, *Il governo del rischio*, Napoli, Esi, 2013; M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012.

degli atti che si compiono, emergono *i) l'insufficienza delle norme di diritto comune, ii) la necessità dello strumento della regolazione; iii) l'interesse pubblico in relazione all'asimmetria delle posizioni soggettive private*²³.

Nei mercati finanziari²⁴, nella protezione dei consumatori²⁵, nel gioco e nella scommessa, l'intera disciplina si fonda sul rapporto dialettico autonomia privata / intervento pubblicistico, ma, in considerazione degli interessi da tutelare, si avverte un superamento del concetto tradizionale di autonomia privata.

Nell'acquisto di un prodotto finanziario l'accordo contrattuale non costituisce il risultato di una contrattazione tra le parti, la parte che sottopone la proposta nega il dialogo, le negoziazioni si svolgono in condizioni di asimmetria informativa e colui che acquista un prodotto finanziario, normalmente, trasferisce una somma attuale di danaro, a fronte di un'aspettativa che spesso appare legata al comportamento di colui che deve soddisfare l'aspettativa stessa²⁶.

La predisposizione di una proposta preconfezionata non serve, ma domina l'incontro delle parti²⁷: l'acquisto del prodotto finanziario da parte del ri-

²³ Per un'analisi del rapporto tra autonomia privata e intervento legislativo nell'economia, v. T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti*, in *Diritto dell'economia*, 1956, p. 1238, secondo il quale «il problema sollevato dalle contrapposizioni fra autonomia privata e intervento legislativo nell'economia non è intellegibile se non in relazione alla portata delle varie misure e in un determinato momento storico».

²⁴ Sulla regolazione dei mercati finanziari e gli interessi sottratti, cfr. *Manuale di diritto bancario e finanziario*, a cura di F. Capriglione, Padova, Cedam, 2015; F. CAPRIGLIONE, *L'ordinamento finanziario italiano*, Padova, Cedam, 2010; ID., *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della MIFID. Profili sistematici*, Padova, Cedam, 2008; *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. Amorosino, Milano, Giuffrè, 2014; *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di F. Galgano, G. Visintini, Padova, Cedam, 2006; F. ZATTI, *La vigilanza tra regolamentazione e controllo. Contributo allo studio della regolazione del mercato mobiliare*, Padova, Cedam, 2012; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato e la crisi economica globale (per gli ottant'anni di Guido Rossi)*, 2011, in http://www.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/11/Torchia_Regolazione_mercato.pdf.

²⁵ G. ALPA, *Responsabilità dell'impresa e tutela del consumatore*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 515, sottolinea l'esigenza che il controllo pubblico si estenda secondo i parametri di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità.

²⁶ R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2016; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, Giappichelli, 2015.

²⁷ Così, si esprime Irti, a proposito dei moduli e formulari, in N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347; ID., «È vero, ma» (*Replica a Giorgio Oppo*), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, pp. 273 e ss., il quale ricorda come il contratto per adesione inauguri il declino dell'*homo loquens* e dissolva il dialogo nella solitudine di due decisioni individuali. Secondo Irti, la parte che adotta moduli e formulari rifiuta e nega l'accordo: fa un'unica domanda e attende un'unica risposta, esaurendo la propria volontà comunicativa, in un'espressione che consuma e annulla il dialogo. Di contro, l'aderire non è un risultato dialogico, ma soltanto un'impossibilità di sciogliersi. Moduli e formulari non servono, ma dominano l'incontro delle parti. Destinati a soddisfare bisogni di massa, i contratti per adesione, uniformi e ripetitivi, rinunciano a ciò che la massa non può né vuole svolgere: il personale e faticoso dialogare. Su posizioni critiche si pone G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, pp. 525 e ss.

sparmiatore non è un risultato dialogico, ma è caratterizzato dalla standardizzazione e uniformità del suo contenuto.

Tale approccio – che nega il contraddittorio tra le parti – rende insufficienti le norme di diritto comune: il rispetto del principio di buona fede nella contrattazione tra le parti, secondo le norme codistiche, comporta un riscontro e un contraddittorio dei contraenti, lo strumento privatistico risarcitorio richiede una valutazione della situazione individuale di colui che invoca tutela; nel campo del mercato finanziario, per un verso viene a mancare una mediazione dialogica, essendoci un'accettazione di una parte alle condizioni dell'altra, per altro verso gli interessi coinvolti non sono più solo interessi dei singoli, ma di una pluralità spersonificata di soggetti.

La dimensione “impersonale” produce un duplice effetto: *a)* impone una disciplina che prescinde dalla situazione individuale del singolo investitore, non nel senso di disattenzione nei confronti delle ragioni degli azionisti, ma nella direzione di uno spostamento dalla sfera individuale a quella sovraindividuale; *b)* connota il diritto dei mercati finanziari di accentuati profili pubblicistici.

Trasparenza, informazione, stabilità diventano obiettivi di interesse pubblico, perché pubblico è l’interesse al funzionamento dell’intermediazione finanziaria, pubblica la corretta allocazione delle risorse, pubblica la tutela della massa dei risparmiatori²⁸.

Di fronte alla crisi dell’autonomia privata dei soggetti coinvolti che si collocano su posizioni diverse sul piano informativo, economico e organizzativo, interviene l’autorità con lo strumento della regolazione.

L’intervento incisivo del regolatore sull’attività d’impresa di intermediazione mobiliare, per il quale la normativa secondaria diventa sempre più capillare e pervasiva, ha, certamente, la finalità di superare il problema delle asimmetrie informative, dei rischi sistematici, ma porta – come conseguenza – la perdita della libertà delle parti, nella contrattazione e nella autonomia negoziale e organizzativa.

Si crea un rapporto libertà – autorità nel quale l’autonomia privata viene regolata (non governata, ma spesso limitata) dalle regole amministrative.

La regolazione diventa il criterio ordinatore sia dell’autorità che della libertà: di qui il diffondersi dei poteri di *soft law* che invadono gli spazi di autonomia e libertà delle parti²⁹, con la finalità di rispettare il principio di legalità.

²⁸ Sul punto sia consentito il riferimento a R. CALDERAZZI, *I mercati finanziari*, in *Diritto amministrativo*, a cura di G. Carlotti e A. Clini, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 463.

²⁹ N. LIPARI, *Fonti del diritto ed autonomia dei privati*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 732; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, Cedam, 2008.

La decisione, nel diritto privato del rischio, non è più sempre e solo governata dalla volontà, ma appare contornata da norme autoritative che intervengono per tutelare non solo pretese individuali, ma dimensioni collettive, con uno spostamento dalla sfera individuale a quella sovraindividuale.

4. Il caso del gioco e della scommessa

Anche analizzando gli istituti del gioco e della scommessa diventa possibile ripercorrere i rapporti tra autonomia privata e autorità dello Stato e collegare i due approcci, traendone indicazioni ulteriori³⁰.

Indipendentemente dall'evoluzione storica più risalente della disciplina³¹, a noi basterà muovere da quando il fenomeno sociale del gioco ha acquistato un trattamento giuridico attraverso la sua proibizione e regolazione delle forme lecite. In tal senso il codice penale (artt. 718-723 c.p.) punisce il gioco d'azzardo quando c'è un coinvolgimento pubblico; il codice civile consente al vincitore di trattenere il pagamento in caso di adempimento spontaneo del giocatore perdente nel gioco tra privati; l'esercizio dell'attività di gioco è subordinata ad una autorizzazione statale se organizzata e diretta ad una pluralità di destinatari.

Dall'analisi del gioco e della scommessa emerge che la disciplina, benché diversa, costituisce – in tutte le ipotesi di gioco giuridicamente rilevanti – il risultato di una valutazione comune: il giocatore non ha la libertà di far valere le proprie ragioni, non è in grado di amministrarsi autonomamente, dunque la re-

³⁰ Per un approfondimento dell'istituto del gioco e della scommessa, M. PARADISO, *Gioco, scommessa, rendite*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, Utet, 2006, p. 72; AA.Vv., *Le regole dei giochi. La disciplina pubblicistica dei giochi e delle scommesse in Italia*, a cura di A. Battaglia, B.G. Mattarella, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014; C. BEDELLI, E. VEDOVA, *Giochi e scommesse tra diritto comunitario e diritto nazionale*, Milano, Giuffrè, 2008; T. DI NITTO, *I giochi e le scommesse*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, III, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 3141 ss.; S. CASSESE, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli* (Relazione alla tavola rotonda su “I nuovi orientamenti della UE in materia di gioco pubblico : il principio della riserva di legge da parte dello Stato e i riflessi sul libero mercato”), in <http://archive.forumpa.it/forumpa2004/convegni/relazioni/810-sabino-cassese/810-sabino-cassese.pdf>; L. SALTARI, *Il regime giuridico dei giochi e delle scommesse. Ragioni per un cambiamento*, in *Munus*, 2012, p. 309; D. MAFFEIS, *Homo oeconomicus, homo ludens: l'incontrastabile ascesa della variante aliena di un tipo marginale, la scommessa legalmente autorizzata (art. 1935 c.c.)*, in *Contratto e impresa*, 2014, p. 835; F. MASCHIO, *Alea iacta est – La disciplina delle scommesse on-line ed il dialogo istituzionale sulla libertà di concorrenza e la regolazione del mercato*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 126; F. MARTINES, *Il gioco d'azzardo e il mercato comune: spazio di autonomia e scelte di valori nella giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, pp. 849 ss.

³¹ v. U. GUALAZZINI, (*voce*) *Giocchi e scommesse (storia)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 30 ss.

golamentazione del fenomeno non può essere demandata, in via esclusiva, all'autonomia privata.

Di qui la necessità *i*) di approntare una normazione che prenda atto della crisi della autonomia dei privati, nell'ambito del contratto di gioco, e *ii*) di individuare strumenti alternativi, volti a tutelare gli interessi del giocatore.

L'ulteriore conseguenza che deriva dall'adesione alla predetta impostazione è che, ai fini dell'indagine, diventa irrilevante per l'indagine *a*) la distinzione tra la fattispecie del gioco e quella della scommessa; *b*) la disquisizione sulla natura contrattuale dei giochi tollerati; *c*) la distinzione tra obbligazioni naturali e debiti di gioco.

Ciò in quanto, indipendentemente dalla scelta alla quale si ritiene di dover aderire, rimangono immutati i termini della questione, ossia il rapporto tra autonomia privata e intervento dell'autorità e tra crisi della volontà ed eteronormazione.

Il codice civile dedica al gioco e alla scommessa gli articoli 1933, 1934 e 1935.

Dal punto di vista del diritto privato, il gioco e la scommessa assumono rilievo per quanto concerne l'accordo e l'adempimento all'esito del gioco o della scommessa.

Sono tradizionalmente annoverati tra i contratti aleatori, in quanto subordinati ad un evento futuro e incerto: questo evento costituisce l'alea del contratto, ma, a differenza degli altri contratti aleatori nei quali il rischio preesiste alla conclusione del contratto, nel gioco il rischio viene creato artificialmente dalle parti, in quanto sono le parti che creano la possibilità di una vincita o perdita, o subordinano all'esito della partita e della gara il conseguimento di un determinato guadagno³².

Se il rischio esiste *in rerum natura* ed influisce direttamente sul patrimonio di determinate persone, il contratto concluso per eliminare o attenuare le conseguenze dannose è pienamente tutelato, in quanto diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela (assicurazione o rendita vitalizia); viceversa se il rischio viene creato artificialmente dalle parti, si avverte una diffidenza e reazione dell'ordinamento.

L'art. 1933 c.c. recita: «Non compete azione per il pagamento di un debito di gioco o di scommessa, anche se si tratta di gioco o di scommessa non proibiti», quindi non è ammessa l'azione per il pagamento di un debito di gioco e di

³² L. BUTTARO, *Del gioco e della scommessa* (artt. 1933-1935), in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja, G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1959, pp. 19 e ss.

scommessa; il 2º comma aggiunge «il perdente tuttavia non può ripetere quanto abbia spontaneamente pagato dopo l'esito di un gioco o di una scommessa in cui non vi sia stata alcuna frode. La ripetizione è ammessa in ogni caso se il perdente è un incapace».

Alla categoria delle scommesse innocue, tollerate dalla legge perché considerate socialmente non pericolose, l'ordinamento presta, quindi, il riconoscimento indiretto della *soluti retentio*, mentre l'adempimento dei debiti di gioco e scommessa viene configurato come semplice dovere sociale (sempre che non vi sia frode o incapacità del giocatore).

La regola della *soluti retentio* viene dalla dottrina³³ giudicata un buon compromesso tra l'esigenza di salvaguardare gli individui dai rischi connessi ai giochi e alle scommesse nei quali venga assunto l'impegno, in caso di perdita, di eseguire una prestazione patrimoniale, e l'imperativo d'onore e di coscienza generalmente avvertito dal perdente con riferimento al pagamento della vincita.

Il legislatore, rispetto alle ipotesi di gioco familiari, occasionali, nelle quali normalmente le poste in palio sono modeste, lascia pertanto l'adempimento dell'obbligo del giocatore perdente alla spontaneità del comportamento dei consociati.

Se, dunque, l'autonomia privata rappresenta il principio che giustifica la rilevanza giuridica sociale del negozio, e per autonomia privata (e volontà delle parti) si intende il potere di decidere della propria sfera giuridica personale e patrimoniale, ma anche un diritto di libertà (quindi un diritto fondamentale della persona), attraverso il quale il soggetto decide la scelta migliore per tutelare i propri interessi nella maniera più efficace, il legislatore, rispetto alle ipotesi di gioco familiari, occasionali, nelle quali normalmente le poste in palio sono modeste, lascia l'adempimento dell'obbligo del giocatore perdente alla spontaneità del comportamento dei consociati; l'ordinamento, cioè, sul presupposto che vi è – geneticamente – in quella fattispecie, un'attenuazione della volontà dei contraenti, tutela le ragioni del contraente debole, non rivestendo di giuridicità la relativa pretesa.

Impedendo forme di coazione dell'adempimento, il legislatore: *i)* richiede la spontaneità del pagamento che rappresenta una garanzia di piena libertà del volere, in quanto non condizionata da pressioni o fattori esterni; *ii)* esige che non vi sia frode che determina il venir meno di un elemento essenziale del contratto (il rischio) e la cui ricorrenza legittima la richiesta di ripetizione di quanto pagato;

³³ L. BALESTRA, *Il gioco e la scommessa nella categoria dei contratti aleatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 665.

iii) chiede la piena capacità di agire in capo al *solvens* (sempre al fine di evitare la coazione).

La regola dell'art. 1933 non rappresenta più il principio generale al quale riferire la disciplina legislativa delle convenzioni aventi causa di gioco, giacché l'evoluzione del sistema dei giochi e delle scommesse, attraverso la creazione di nuove forme di scommessa, ha ampliato l'area del giuridicamente lecito e pienamente tutelato tali fenomeni, relegando ad una posizione marginale il 1° comma dell'art. 1933 c.c.

Quando l'attività ludica non viene considerata dal legislatore un mero svago tra privati, ma esercizio di un'attività industriale di organizzazione e gestione di giochi, con i quali si invita a partecipare una massa di persone, subentra una riserva allo Stato³⁴; a norma dell'art. 1935 c.c. le lotterie, a differenza delle scommesse relative a giochi sportivi, producono effetti civili solo «qualora siano state legalmente autorizzate»: l'autorizzazione rappresenta il presupposto indispensabile di validità della lotteria³⁵.

Il divieto – per i privati – di svolgere questo tipo di attività prescinde dal tipo di gioco, ma considera l’“organizzazione” e il coinvolgimento di un “pubblico” di giocatori o scommettitori.

Ai sensi del d.lgs. n. 496/1998: «L'organizzazione e l'esercizio di giochi di abilità e di concorsi pronostici, per i quali si corrisponda una ricompensa di qualsiasi natura e per la cui partecipazione sia richiesto il pagamento di una posta in denaro, sono riservati allo Stato». Lo Stato, dunque, è il solo legittimato a provvedervi.

Allo Stato è, altresì, consentito di gestire l'attività di gioco e scommessa indirettamente «per mezzo di persone fisiche o giuridiche, che diano adeguata garanzia di idoneità» (art. 2 d.lgs. n. 496/1948).

Il regime di monopolio viene ricondotto costituzionalmente dall'art. 43 Cost., avendo tra le sue giustificazioni principali quella di assicurare entrate finanziarie per l'erario. Chi, al contrario, non ritiene di poter inquadrare l'attività di gioco nell'art. 43, giustifica la riserva statale perché derivante da un divieto posto per ragioni di ordine pubblico, al fine di arginare il riciclaggio di danaro, il gioco clandestino, il fenomeno della ludopatia, favorire la protezione dei minori.

Il controllo statale si realizza o attraverso l'esercizio esclusivo di alcune attività di gioco da parte dello Stato o di altri enti pubblici, oppure consentendo

³⁴ Sul punto, v. M. MACCHIA, *L'organizzazione dell'amministrazione dei giochi*, in AA.Vv., *Le regole dei giochi*, cit., p. 103.

³⁵ A. BATTAGLIA, *Le lotterie*, in *op. ult. cit.*, p. 371.

ai privati l'esercizio dell'attività (non la sua legittimazione) grazie ad una concessione che non è esclusiva, ma consente la presenza di più di un privato: i privati non hanno libertà di iniziativa economica in ordine a questa attività, poiché possono svolgerla soltanto se hanno tale concessione, cioè possono accedervi grazie al possesso di una concessione.

Le ragioni dell'intervento statale che si rinvengono sono molteplici: *a)* l'ordine pubblico che potrebbe essere compromesso dalla pericolosità sociale insita nel gioco; *b)* l'interesse dell'erario al percepimento dei proventi; *c)* la prevenzione delle infiltrazioni criminali; ma anche *d)* la tutela del consumatore; *e)* la prevenzione dell'incitazione dei cittadini alla spesa eccessiva³⁶.

A livello comunitario, la Risoluzione del 10 marzo 2009 «sull'integrità del gioco d'azzardo *online*» sottolinea che i servizi di gioco d'azzardo devono essere considerati un'attività economica molto speciale in considerazione degli aspetti di ordine pubblico, sociale e di assistenza sanitaria correlati, e che, in conformità con il principio di sussidiarietà e con la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, gli Stati membri hanno l'interesse e il diritto di regolamentare e controllare i propri mercati del gioco d'azzardo, al fine di proteggere i consumatori dalla dipendenza, dalla frode, dal riciclaggio di denaro sporco e dal fenomeno di concordare il risultato delle partite nello sport.

La Risoluzione esorta, inoltre, gli Stati membri a cooperare strettamente al fine di risolvere i problemi di ordine pubblico e sociale derivanti dal gioco d'azzardo *online* transfrontaliero, quali ad esempio la dipendenza dal gioco e l'uso illecito di dati personali o di carte di credito; sollecita le istituzioni dell'Unione europea a cooperare strettamente con gli Stati membri nella lotta contro ogni offerta di servizi di gioco d'azzardo non autorizzata o illegale, a proteggere i consumatori e a prevenire le frodi.

La stessa Corte di giustizia dell'Unione europea ha confermato che la fornitura di giochi di sorte o d'azzardo costituisce un'attività economica di natura particolare, in considerazione dei rischi che comporta per la tutela dei consumatori e la lotta alla criminalità organizzata; pertanto in relazione ad essa possono essere giustificate restrizioni per motivi di interesse generale prevalente come la tutela dei consumatori, la prevenzione delle frodi, il contrasto del riciclaggio di

³⁶ S. CASSESE, *Il regime giuridico del gioco e la sentenza Gambelli*, cit., afferma che «si è in presenza di un'attività che può essere assunta, quanto all'esercizio, dallo Stato, oppure può essere conferita, con concessione, dallo Stato ai privati, i quali non hanno libertà di iniziativa economica privata in ordine a questa attività, poiché possono svolgerla soltanto se hanno tale concessione. In definitiva, i privati possono accedere grazie al possesso di una concessione. Poiché in questo settore diversamente da altri le concessioni sono "non esclusive", ne discende la presenza di più di un privato».

denaro e il mantenimento dell'ordine pubblico e della salute pubblica.

Queste considerazioni, tutte condivisibili, trovano la loro origine in un ragionamento più profondo che, ancora una volta, parte da una crisi dell'autonomia privata e dalla necessità di trovare una risposta dell'ordinamento (attraverso la protezione pubblicistica) ai diritti di cui sono portatori una massa di persone, il «pubblico» dei giocatori.

Il legislatore regola la fattispecie nella legislazione pubblica sulle concessioni e individua i principi ordinanti di regolazione di tutela del contraente che eccedono la sfera individuale e prescindono dalla volontà: di fronte alla insufficienza dell'autonomia privata ad assicurare rapporti giusti subentra un intervento pubblicistico. L'ordinamento rinviene un rilievo pubblico, una necessità di protezione che legittima l'intervento statale in quanto, nel disciplinare il rapporto intercorrente tra i giocatori, presume una debolezza dei contraenti sin dall'inizio del rapporto.

Rappresenta un risultato acquisito – sul piano del diritto positivo – il superamento del dogma della volontà: il paradigma dell'autonomia privata, come ordine del processo economico, entra in crisi.

Se si ragiona in tal senso, ne consegue che la disciplina della concessione non protegge il monopolio di Stato, né garantisce la teoria dell'obbligazione ma al contrario – in coerenza con la prospettiva adottata – appare giustificata da un'istanza democratica di protezione dei diritti delle persone: protegge i diritti individuali, giacché i destinatari dell'esercizio del potere pubblico sono i fruitori del gioco.

La decisione non è più il risultato di una volontà che decide il contenuto dell'accordo, ma il consenso regolato dallo strumento della concessione, in considerazione della necessità di tutelare il giocatore.

4. La decisione nelle scelte economiche: ricostruzione

L'evoluzione dell'autonomia privata, così come sin qui tratteggiata, ha evidenziato come il contenuto della decisione fondato sul meccanismo di espressione della volontà del soggetto e dell'esercizio del potere, abbia subito un cambiamento.

Nel diritto privato del rischio e nell'istituto del gioco, l'accordo costituisce il frutto di una regolazione che sopravanza tutte le volte in cui c'è un interesse sovraindividuale.

Nel diritto privato la decisione non è più solo e sempre manifestazione della volontà del soggetto, per altro verso nel diritto pubblico si assiste ad una

perdita della capacità dell'autorità di imporsi ai privati, tipica della crisi dello Stato e dell'autorità, che porta all'utilizzo di schemi privatistici (basti pensare alle concessioni, agli accordi tra p.a. e privati *ex art. 11 l. 241/90*), facendo riemergere il principio consensualistico (si dispone di servizi pubblici, del potere pubblico a favore del privato, nell'interesse pubblico, ma con uno strumento negoziale): l'amministrazione perde autorità e utilizza uno strumento privatistico per realizzare il consenso.

Quindi, emerge l'insufficienza del paradigma della volontà, ma anche l'insufficienza del paradigma della autorità e si avverte la necessità di ridefinire le categorie, in considerazione della mutata realtà sociale: la chiave di lettura tradizionale, fondata sui meccanismi di formazione della volontà del soggetto e dell'esercizio del potere, esige un ripensamento e la necessità di possibili ricostruzioni alternative.

Le alterazioni dell'autonomia privata sono regole pubblicistiche: il risparmiatore, il consumatore, il giocatore sono destinatari dell'esercizio del potere pubblico che viene esercitato a favore di tutti i soggetti che vantano quei diritti inviolabili e che legitimano l'intervento dell'autorità; per altro verso, il depotenziamento della sovranità porta, nel gioco, alla concessione che è uno strumento contrattuale o paracontrattuale³⁷.

I principi ordinanti di regolazione della tutela del contraente (vuoi nel caso della regolazione dei mercati finanziari, vuoi nella concessione nel gioco) eccezzionano la sfera del singolo e prescindono dalla autonomia, nel senso che l'autonomia cede il passo a protezioni pubblicistiche.

Se si condivide questa declinazione, ne consegue che, nel loro contenuto, i diritti del risparmiatore, del consumatore, del giocatore non possono essere classificati in base alla loro esposizione al potere dell'autorità, sicché la protezione dei diritti del risparmiatore, del giocatore non crea una contrapposizione tra interesse pubblico e interesse privato, in quanto quella «posizione soggettiva individuale contiene in tutto o in parte l'interesse pubblico»³⁸.

E allora, l'*έλλειψη*, nel diritto dell'economia, porta ad un superamento della contrapposizione tra le posizioni assoggettate al potere dell'autorità e quelle che si manifestano nella relazione tra soggetti privati. Non si avverte una supremazia dell'autorità, una centralità del potere pubblico sul processo economico dell'attività del gioco o del mercato; il rapporto tra libertà e sovranità, autonomia

³⁷ Sulla natura della concessione, v. B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

³⁸ L. R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'unione europea*, in *Aida*, 2012, p. 352.

privata e potere, crisi della autonomia privata e crisi della sovranità, limitazione della libertà negoziale volontà e legittimazione del potere con decisioni eteronome, può essere ricostruito attraverso uno spostamento concettuale del paradigma che non rinvie più il principio hobbesiano dell'uguaglianza di tutti di fronte alla legge.

Le pretese individuali non sono destinate a vivere esclusivamente nello spazio libero dell'autonomia privata, l'esercizio dell'autonomia privata può essere limitato da una legittimazione del potere, attraverso decisioni eteronome.

La decisione non si presenta più solo come libera volontà delle parti o come estrinsecazione del potere dell'autorità: il consenso viene regolato da strumenti di regolazione in quanto vi sono dimensioni collettive. Questa soluzione viene giustificata se ci si pone nella prospettiva dei diritti delle persone, giacché il punto di unificazione è dato dai diritti che vengono prima della legge: in tal senso, acquista rilievo la dimensione normativa della persona che diventa portatrice di pretese proprie e di interesse generale, quindi elemento di ordine giuridico³⁹.

³⁹ Sul tema, v. L. R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 114.

ALBERTO CLINI

Professore associato di Diritto processuale amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo
alberto.clini@uniurb.it

SOVRANITÀ DELLA PERSONA
NELLE DETERMINANTI DI TUTELA DEL RISPARMIO

THE SOVEREIGNTY OF THE HUMAN PERSON
WITHIN THE DETERMINANTS OF PROTECTION OF THE SAVINGS

SINTESI

L'art. 47 della Costituzione stabilisce che la Repubblica tuteli ed incoraggi il risparmio in ogni sua forma mentre prevede la regolazione del credito attraverso tre azioni (disciplina, coordinamento e controllo). Poiché non è vi è contenuta una definizione di risparmio, si è cercato di ricostruire la nozione partendo dalla sua funzione originaria, vale a dire quella dell'accumulo di risorse per fare fronte a bisogni futuri. Si è poi dimostrato, in relazione alla componente funzionale, che non tutte le forme di impiego delle risorse possono rientrare nell'ambito dell'istituto: sono quindi da tenere distinte il risparmio e l'investimento, come rientranti nella copertura di tutela costituzionale, dalle speculazioni. Si è infine completato il tratto definitorio del risparmio con la declinazione dell'art. 47 Cost. in una componente valoriale del risparmio, accanto ad una pretesa sociale verso determinati beni (c.d. risparmio popolare) ed infine in un diritto soggettivo posto a protezione del risparmiatore.

La maggior parte delle interpretazioni della norma, invece, si è limitata a cogliere la sola dimensione valoriale, la quale è finita per trovarsi ad essere sbilanciata nella preminenza assegnata alle politiche monetarie e del credito, riducendo gli spazi di protezione costituzionalmente previsti.

Il tentativo non è quello di isolare il concetto giuridico di risparmio dal rapporto certamente forte e inscindibile con la moneta ed il credito, ma di estrarre i contenuti indefettibili del medesimo per orientare le decisioni che intersecano il perimetro di protezione e che hanno rappresentato negli ultimi anni, in occasione delle ben note crisi sistemiche, forme di presidio inadeguate e fallimentari.

Per queste ragioni si è avvertita l'esigenza di relazionare la ricostruzione giuridica svolta sul risparmio con i principali ambiti di regolazione a cui esso è sottoposto, e per primo il mercato finanziario, nella specifica ottica di fare comprendere come la tutela da accordare non possa essere garantita da un sistema che si autoregola e che non assicuri, nei termini con cui si è precisata, l'utilità sociale (art. 41 Cost.).

Si è quindi analizzato il sistema bancario che è al centro nevralgico delle attività

di gestione del risparmio, per condividere un orientamento che ridimensioni l'idea di banca universale e assicuri attività distinte per garantire una solidità ai depositi dei risparmiatori.

Si è infine analizzato il contesto europeo, caratterizzato da un forte accenramento delle politiche monetarie e di recente di quelle di controllo e regolazione del credito. Si è cercato di evidenziare due questioni fondamentali: la prima, legata alla disciplina comunitaria nella quale non è prevista una norma di pari tenore dell'art. 47 Cost. tanto che il sistema di tutela del risparmiatore viene ad essere incluso in quello dettato per il consumatore (con evidenti forzature circa la differente natura delle due categorie). La seconda, cerca di proporre una fondamentale lettura circa le limitazioni di sovranità che la nostra Carta prevede all'art. 11: certamente il nostro ordinamento ha introdotto delle autolimitazioni in materia di politiche monetarie e di politiche del credito, ma sorgono forti dubbi se possa considerarsi intervenuta una limitazione di sovranità anche per la tutela del risparmio posta a capo dei compiti della Repubblica.

La ragione di una piena protezione interna sul fronte del risparmio è giustificata, a conclusione di questo percorso, solamente dalla riconduzione del medesimo nell'alveo dei diritti fondamentali della persona, alla sovranità che spetta a quest'ultima, in relazione a quel progetto di completamento materiale e spirituale della personalità delineato dai principi fondanti la nostra Costituzione.

ABSTRACT

The article 47 of the Italian Constitution establishes that the Republic should safeguard the savings, and that the credit should regulated through three actions (rule, coordinate and control).

In the Constitution, there is no definition of "savings", so the doctrine tried to retrace the notion starting from its original function, the one of the accumulation of resources to face future needs. Later, about the functional component, it has been demonstrated that not all the different purposes of the resources can be included around interest of the institution: we should distinguish the savings and the investment, which can be included in the constitutional safeguard, from the speculations. In closing, the definition of "savings" has been completed through the identification of a value-driven nature of the savings, of a social claim about some defined resources and a right of the protection of the saver in the constitutional rule.

On the contrary, most of the interpretations of the rule gathered the only value-driven dimension, which has been made unbalanced with the monetary and credit policy by reducing protection fields constitutionally provided.

The attempt is not to isolate the juridical concept of *savings* from the relationship with the currency and the credit, which is undoubtedly strong and unswerving, but it is turned to extract these unswerving concepts to guide the political protections, which have registered forms of unsuitableness and failure in the last years.

For this, the savings has been compared with financial markets, to understand how the safeguard cannot be guaranteed from a system, which controls itself

and do not respect, through forms of regulations, the so-called, in our legal order, «social utility».

Hereafter, the banking system, which is the centre of the asset management activities, has been analyzed to share an orientation that modifies the general idea of the “universal bank” and assures distinguished activities to guarantee a solidity to the safekeeping of the savers.

In the end, it has been analyzed the European background, which is characterized by a strong centralization of the currency policy and, recently, of the mechanisms which control and regulate the credit. Two fundamental issues have been highlighted: the first one is linked to the Community framework in which it is not provided such a rule as the article 47 of the Italian Constitution. In fact, the safeguard system for the savers is included in the one required for the consumer, and there are evident stretches about these two deeply different categories.

The second one tries to promote a fundamental interpretation about the limitations of the sovereignty, included in our Constitution in the article 11. Certainly, our legal order introduced auto-limitations in the area of the currency and credit policies, but there are still many doubts about the effective realization of a sovereignty limitation also for the protection of the savings, which is one of the duties of the Republic.

The main reason of a full inner protection of the savings is justified by its inclusion into the fundamental rights of the human person, and into the sovereignty concerning this last, about that path of material and personal completion of the human personhood.

PAROLE CHIAVE: risparmio, politiche monetarie e del credito, banche, sovranità della persona
KEYWORDS: savings, monetary and credit policies, banks, sovereignty of the human person

INDICE: 1. Piano di indagine – 2. Natura e funzione del concetto giuridico di risparmio – 3. Credito e risparmio nella cornice costituzionale – 4. Risparmio, mercato economico e utilità sociale – 5. Tutela del risparmio e banca universale – 6. Risparmio e contesto europeo – 7. Risparmio e sovranità della persona.

1. Piano di indagine

L'analisi delle ricorrenti crisi che hanno interessato, in questi ultimi anni, il sistema dei mercati pone l'esigenza di svolgere, attraverso un approccio giuridico, un'ampia riflessione sui fattori di vulnerabilità registrati nei confronti del risparmio, sia a livello nazionale che sovranazionale, ai quali non sembra corrispondere un'adeguata reazione (in specie, pubblicistica) volta a garantire strumenti di protezione efficaci e duraturi¹.

¹ Per l'inquadramento delle dinamiche che hanno determinato la crisi finanziaria sistemica, F. CAPRIGLIONE, *Globalizzazione, crisi finanziaria e mercati: una realtà su cui riflettere*, in *Mercato e banche*

Occorre sin da subito precisare in premessa che le problematiche che interessano l'oggetto di indagine rivelano la loro maggiore incidenza nella decisione di un bilanciamento asimmetrico che, dal dopoguerra in avanti, si è cercato di perseguire tra risparmio e le altre libertà economiche. Come noto, lo schema consueto di lettura, valido anche in materia economica, nella relazione-contrapposizione tra libertà e autorità, riproduce due spazi sovrapponibili, laddove la garanzia della posizione giuridica riconosciuta possa essere limitata dall'intervento pubblico². Nel caso del risparmio, seppure l'art. 47 Cost. non prevede limitazioni espresse alla sua tutela, la ricostruzione di una lettura sistematica delle norme costituzionali, *in primis* quella dedicata sempre dalla medesima disposizione alla regolazione del credito, ne determinano un necessario contemporaneamento con altri principi e libertà.

Tuttavia, la *regulation*, intesa come la generale azione esercitata dai pubblici poteri³, si è prevalentemente indirizzata verso la disciplina, in termini generali, della moneta e del credito, nella convinzione, ancora oggi predominante, che solamente attraverso la gestione di questi settori economici si potesse assicurare anche una tutela del risparmio.

In altri termini, non è riscontrabile, nonostante un dettato costituzionale di piena valorizzazione del risparmio (art. 47), una fonte legislativa e regolamentare che l'assuma direttamente e in modo organico come oggetto di disciplina (salvo in un recente ma insufficiente tentativo – come vedremo –), sicché la regolazione economica in senso ampio ha sempre inteso la protezione del risparmio come la risultante della organizzazione di sistemi (libero mercato) e di settori (imprese bancari, finanziari e assicurativi) rivelatisi estremamente esposti al rischio di fallimenti sistemici.

Le riflessioni che seguono, cercano di approfondire se vi sia un paradigma del prevedere e del decidere per assicurare la tutela del risparmio meno penalizzanti, attraverso un riequilibrato rapporto con il credito e la moneta, che possa attenuare fenomeni di compromissione derivata o preventivata, come rispettivamente scaturita dopo le crisi finanziarie o nella recente normativa europea con cui vengono introdotti, come vedremo, i criteri del c.d. *Bail-in*.

nella crisi: regole di concorrenza e aiuti di Stato, a cura di G. Colombini, M. Passalacqua, Napoli, Editoriale scientifica, 2012, pp. 14 ss.; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Milano, Giuffrè, 2016.

² È questo un sistema che caratterizza tutte le norme costituzionali volte a disciplinare i rapporti economici; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 126.

³ Sulle dinamiche dell'intervento pubblico nella complessiva regolazione economica; S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco delle regole*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2002, pp. 265 ss.; per un'ampia ricostruzione del tema M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, Giuffrè, 2001.

Il tentativo ricostruttivo parte da una preliminare rilettura dei nostri principi costituzionali, e segnatamente degli articoli 41 e 47 della Costituzione, dai quali è ancora possibile, come verrà spiegato, trarre utili indicazioni per la politica legislativa a protezione del sistema bancario da nuovi subbugli e delle forme di risparmio mediante adeguate tutele.

L'analisi verrà tuttavia condotta avanzando una sorta di inversione dei tradizionali raccordi che legano il sistema bancario con il risparmio, attraverso una lettura *antropocentrica* del complesso fenomeno che involge, come noto, dinamiche multidimensionali e interconnesse con le politiche monetarie e la disciplina del credito⁴.

In questa prospettiva, la prima difficoltà metodologica è quella di far emergere la struttura giuridica della funzione del risparmio, che permane assorbita o presupposta nell'ambito delle più diffuse analisi economiche e giuridiche; la ricostruzione sul piano giuridico non vuole tuttavia far perdere la complessità di aspetti e contenuti che il fenomeno coinvolge (si pensi alle interferenze tra risparmio, credito e moneta), ma nel confronto con essi, si propone di oltrepassare una comune accezione *economistica* del risparmio, destinata, per l'appunto, a continui episodi di fallimento dei presidi posti propriamente alla sua tutela.

Un secondo nodo problematico si presenta nella rilettura dell'inquadramento costituzionale dell'art. 47, rispetto alle schematizzazioni tradizionali, per dimostrare il carattere multidimensionale e polisenso della nozione giuridica di risparmio contenuto nella norma: sotto il primo profilo, la cognizione di forme di accumulo distinte da altre ipotesi quali l'investimento o la speculazione, permetterà di declinare differenziati gradi di tutela e di regolazione, per ridefinire una fiducia nel risparmiatore sull'impiego e sulla futura disponibilità delle proprie risorse; sotto il secondo profilo, invece, è possibile cogliere una struttura complessa del risparmio, la quale presenta una prima componente programmatica assunta dalla Repubblica come valore da salvaguardare; contigua ad esso è la dimensione sociale che il valore esprime al secondo comma dell'art. 47, nell'individuare un preciso compito dei pubblici poteri di promozione ed incentivo

⁴ Già da qualche anno difatti le analisi della crisi portano a denunciare scandali societari che «hanno scosso la fiducia del mercato e danneggiato principalmente risparmiatori più deboli (si pensi ai casi “Cirio” e “Parmalat”) l'opacità della informazione bancaria negli investimenti ad alto rischio (come la vicenda dei Bond argentini), nonché l'attuale crisi finanziaria ed economica mondiale che non ha precedenti (se si eccettuano i tempi della Grande Depressione)» sicché «non è più eludibile la necessità di una rilettura delle normative in punto di tutela del risparmio e delle correlate discipline in materia di controllo dell'esercizio del credito»; G. CERRINA FERONI, *Introduzione*, in *Tutela del risparmio e vigilanza sull'esercizio del credito. Un'analisi comparata*, a cura della stessa Autrice, Torino, Giappichelli, 2011, p. 1.

verso il c.d. risparmio popolare (abitazione, attività lavorativa, investimento); infine, si intende dimostrare che dalla costruzione della disposizione costituzionale è possibile cogliere anche una autonoma posizione soggettiva, mai adeguatamente sostenuta nella letteratura giuridico-economica, a completamento dei compiti di tutela assegnati ai pubblici poteri.

La rilevazione di una struttura tripartita, di cui si renderà conto ma della quale non si fatica sin d'ora a coglierne i tratti essenziali, permette di enucleare la parte di rilievo assoluto sulle restanti in merito alla garanzia ed alle forme di tutela apprestate dall'ordinamento, vale a dire l'ambito coperto dal diritto del cittadino risparmiatore come inedita (e non eretica) prospettiva di riequilibrio dei rapporti economici, fondato sulla diretta sovranità della persona in un rapporto di funzionalizzazione degli apparati sottoposti a vigilanza pubblica.

Con riferimento a questi ultimi, lo sguardo rivolto al sistema bancario evidenzia una difficoltà anche strutturale nell'assicurare un'adeguata protezione della liquidità raccolta, portando il risparmiatore verso situazioni d'incertezza circa la protezione giuridica dei propri beni, con ripercussioni sull'intero sistema economico. Le dinamiche che s'intrecciano si risolvono prevalentemente nella prevalenza accordata alle politiche di gestione (e protezione) del credito (e degli istituti), oramai accentrate a livello europeo, sicché scontano una centralizzazione delle politiche finanziarie e monetarie non solo allontanate dal controllo democratico, ma avviate verso momenti di complicazione per la presenza di strutture e procedure sempre più articolate e difficili da armonizzare.

2. Natura e funzione del concetto giuridico di risparmio

L'ambito che qui si intende approfondire non risente di quelle che sono le differenziazioni rilevate tra il risparmio prodotto dai privati cittadini, rispetto a quello sempre privato delle imprese o pubblico delle amministrazioni, in quanto la ricerca tenta di approdare ad un nucleo che caratterizzi e qualifichi, per il regime di tutela correlato, il bene giuridico che fonda la libertà di produrre ed accantonare delle risorse in eccedenza ai propri bisogni legati alla sopravvivenza⁵. L'accezione che si intende isolare, tuttavia, non è priva di snodi interpretativi complessi, sia per la sovrapposizione di differenti parametri di lettura – economico, giuridico, sociologico, – sia rispetto ai rapporti del risparmio con l'intervento pubblico, laddove, esemplificando per estremi, può essere finalizzato allo

⁵ Per i risvolti macro/micro-economici dei «produttori di risparmio» (pubblica amministrazione, imprese e famiglie), risulta ancora attuale G. FUÀ, *Lo Stato e il risparmio privato*, Torino, Einaudi, 1961.

sviluppo economico, dissuaso quale fattore frenante la crescita economica o indirizzato ad evitare spirali recessive⁶. In altri termini, si intende preliminarmente isolare una dimensione identificativa da cui ripartire, comune ad ogni forma di accumulo sottratto al consumo: la spinta verso l'accantonamento di risorse, allora, non può che trovare, nell'identificazione di una matrice conservativa, un sua primaria funzione, unitamente ad un luogo (giuridico) e ad un sistema ordinamentale (mercati, operatori, politiche monetarie e del credito) garanti del mantenimento delle medesime sostanze per una loro futura restituzione.

Siffatte esigenze rappresentano senza dubbio la genesi per così dire sociale del concetto di risparmio, risalente a tempi antichissimi e per sua natura precedente ad ogni successivo riconoscimento giuridico, che ne può tutelare e regolare le forme ma non certo sopprimere l'esistenza o le funzioni sottese alla parsimonia⁷.

Dunque, il primo approdo, per quanto possa apparire scontato, consiste nel rimarcare come insopprimibile l'esigenza dell'uomo di non soddisfare solamente i bisogni immediati e quotidiani, ma di costruire una sicurezza, con l'accantonamento delle proprie ricchezze eccedenti, per affrontare eventi futuri o imprevedibili a cui fare fronte⁸.

Qualsiasi fattore economico, giuridico o sociale che sopprima tali connotti funzionali è destinato a demolire ogni parametro di crescita e di sviluppo: difatti, in assenza di adeguate garanzie o di un sistema sicuro di conservazione e restituzione delle ricchezze accantonate, non è dubbio che il fenomeno del risparmio si perpetuerà comunque attraverso altre modalità privatistiche, con il risultato – come nel caso, ad esempio, della gestione della liquidità monetaria – di celare e sottrarre alla raccolta, all'esercizio del credito ed ad altre ipotesi di investimento, importanti risorse che alimentano, come noto, ogni micro/macro

⁶ La nozione di risparmio trova difatti una prima e più approfondita analisi nell'ambito delle scienze economiche con riferimento principalmente alle teorie del consumo e della produzione nonché alla formazione del capitale; per una rassegna dei differenti approcci analitici, S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di G. Greco, M. Chiti, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 1732 ss.

⁷ Il richiamo «ancestrale» al concetto di risparmio indica difatti una «tendenza dell'*homo oeconomicus* il quale è portato ad astenersi dal consumare risorse immediatamente fruibili con l'obiettivo di preservarle per un tempo successivo, quando la produzione delle stesse venga meno ovvero quando ne sia semplicemente richiesta una più ingente quantità»; S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., p. 1731.

⁸ La componente conservativa e restitutoria si ritrova anche nell'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 385 del 1993 (t.u.b.) che, riproducendo una formula presente in numerosi testi di fonte comunitaria, definisce raccolta del risparmio «l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso, sia sotto forma di depositi sia sotto altra forma», e quindi impone «l'assunzione da parte di chi raccoglie il risparmio dell'obbligo di restituire in un tempo determinato i valori monetari ricevuti»; M. PORZIO, (*voce*) *Banca e attività bancaria*, in *Encyclopedia del diritto*, Agg. IV, Milano, Giuffrè, 2000, p. 162.

ciclo economico.

Con questo non si vuole assolutamente sottovalutare la rilevanza dell'intervento dei pubblici poteri, i quali rappresentano l'espressione della regolazione delle materie economiche, come espresso anche dall'art. 47 Cost., che li riconduce tra i compiti propri della Repubblica⁹. Ricorre anche in tale contesto uno schema costante di intervento pubblico, che si riproduce ogni volta che «lo Stato sovrappone la propria azione a quella della società, adeguando alle proprie esigenze strumenti o congegni sviluppatesi in concomitanza con la crescita dei rapporti economici»¹⁰. Si è difatti dimostrato come la particolare centralità del risparmio rispetto al corretto funzionamento del sistema produttivo e più in generale allo sviluppo del sistema economico nel suo insieme, lo abbia svincolato dalla pura dimensione civilistica, chiamando in causa l'intervento del potere pubblico¹¹.

Di conseguenza, se sottratte al consumo e quindi poste in una situazione *statica*, le risorse potranno ricevere trattamenti *pubblistici* meno incentivanti (quanto a rimuneratività, a costi di mantenimento o a imposizione fiscale)¹²: tenuto conto che l'analisi di tali complesse e articolate misure attiene prevalentemente allo studio delle scienze economiche – che in questa sede possono essere solamente richiamate – è tuttavia evidente che le discipline volte a *indirizzare* il risparmio ed a gestirne l'impiego, non possono disattendere una tutela del medesimo correttamente intesa (nel segno dell'adeguatezza alle esigenze funzionali

⁹ L'intervento pubblico «sia pure in modi e forme storicamente cangianti, ora più forti ora meno invasive, rappresenta infatti una costante di tutti gli ordinamenti giuridici contemporanei e in particolare di quelli ad economia sviluppata, alla quale non fa eccezione (...) l'ordinamento comunitario», S. DETTORI, A. ZITO, *Risparmio (tutela del)*, cit., p. 1733.

¹⁰ Per una ricostruzione del rapporto moneta-credito come fenomeno legittimato da radici sociali successivamente regolate dall'azione pubblica, N. MARZONA, *Funzione monetaria*, Padova, Cedam, 1993, pp. 31 ss.

¹¹ In generale, difatti, il passaggio dai diritti di libertà a quelli a matrice economica corrisponde, nell'ordito costituzionale, ad una transizione «da diritti essenzialmente assoluti a diritti che subiscono maggiormente il limite dell'esigenza o dell'interesse sociale», sicché «aumenta il peso dell'organizzazione pubblica e degli interessi di cui questa si fa portatrice», G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1990, pp. 378 ss.

¹² Di assoluto rilievo è il dibattito riguardante la tassazione del risparmio, tema non affrontabile in questa sede. Si può comunque osservare, ferma restando la sempre nitida percezione che la tassazione del risparmio assuma la veste di una doppia imposizione, che il prelievo fiscale è attualmente una prassi generale che investe ogni forma di risparmio (dall'investimento immobiliare, ai depositi bancari ecc.). L'effetto di un sistema di tassazione, aggravato da forme di irrazionale applicazione e/o previsione, porta di fatto a lasciare sguarniti i piccoli risparmiatori e a incentivare la migrazione dei grandi patrimoni (sia reddituali che di risparmio) verso contesti più favorevoli; sui meccanismi di *choice of law*, a cura di A. ZOPPINI, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, Editori Laterza, 2004.

connesse)¹³.

Come anticipato, le forme di accumulo possono assumere molteplici modalità, peraltro incoraggiate ed incrementate dall'apertura dei mercati e dall'internazionalizzazione e globalizzazione dei sistemi economici; tale contesto non rende di certo facile l'intendimento di tracciare comunque una linea di confine, seppure necessaria, oltre la quale non è possibile riconoscere un'attività di risparmio e garantire, quindi, le misure di tutela ed incentivazione ad esso correlate¹⁴. Tuttavia, né l'art. 47 Cost. né altre fonti legislative ci permettono di tracciare un preciso perimetro attorno alla definizione del concetto giuridico di risparmio: la ricostruzione, allora, deve orientarsi alla luce della funzione sopra espressa.

Un primo elemento generale può essere colto nella multidimensionalità delle attività di risparmio, come del resto riconosciuto dalla norma costituzionale nel rivolgersi a «tutte le forme» e dal secondo comma della stessa disposizione nell'elencarne alcune in modo esemplificativo.

Accanto ad una prima ipotesi di risparmio *statico*, sotto forma ad esempio di una delle più comuni operazioni bancarie di raccolta, quale il deposito bancario, si possono annoverare altre forme di impiego della liquidità, che semplicemente incrementano in maniera proporzionale vantaggi e rischi nell'impiego delle sostanze. Si tratta di un complesso novero di operazioni che possiamo indicare come investimento – mobiliare ed assicurativo – e che contraddistinguono forme di risparmio legate a risorse finanziarie in eccedenza¹⁵.

Le forme di impiego delle risorse private vedrebbero così nel risparmio

¹³ Difatti, sia che venga qualificato come «precondizione dello sviluppo economico» (quale strumento di finanziamento della produzione), sia che venga inteso, all'opposto, come causa di recessione (qualora l'accumulo di risorse contragga eccessivamente i consumi), «la letteratura giuridica ed economica converge sul riconoscimento della vulnerabilità del risparmio familiare e sulla necessità della sua tutela contro le possibili aggressioni riconducibili all'azione o all'inerzia o al comportamento di pubblici poteri e/o poteri finanziari privati»; G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, in *Tutela del risparmio e vigilanza*, cit., p. 271.

¹⁴ Una prima lettura poliedrica del risparmio viene colta da chi, pur non concependo il concetto giuridico quale bene in sé, ne ha descritto i caratteri secondo le modalità più diffuse di impiego, vale a dire il credito e l'assicurazione: mentre la prima forma individua una gestione del risparmio in senso generale, mediante il deposito presso istituti di credito, «con facoltà di impiego e col semplice obbligo della restituzione, insieme con gli interessi, ad ogni richiesta del depositante», la seconda assume l'accezione di risparmio tecnico e ristretto, qualora si ricorra ad accantonamenti presso enti previdenziali o ad assicurazioni; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 509 ss.

¹⁵ I mercati finanziari, quali ambiti giuridici ed economici nei quali soggetti specializzati operano attività di investimento di risparmio sotto la vigilanza di pubblici poteri, ricomprende forme storiche di intermediazione (creditizia e assicurativa) e forme di intermediazione in senso stretto (attività estranea ai precedenti settori, di investimento in prodotti finanziari scambiati in un mercato regolamentato); da ultimo, per un'esaustiva analisi S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica*, cit., pp. 4 ss.

tradizionale (deposito) e nell'investimento, concernente ovviamente titoli e prodotti a basso rischio, attività che, seppur con gradi non uniformi di tutela (piena nel primo caso, differenziata nel secondo in relazione alla completezza delle informazioni disponibili ed ai correlati rischi assunti dall'investitore)¹⁶, non possono essere sottratte alla copertura dell'art. 47 Cost.

Rappresenta invece un'attività estranea al predetto ambito (nei limiti, come detto in precedenza, di un'adeguata individuazione dei criteri di demarcazione) quella identificabile come speculativa, vale a dire un'operazione che si accolla un probabile rischio non solo di mancato guadagno, ma di perdita del capitale impiegato nell'intenzione di conseguire la massimizzazione di un profitto.

La distinzione proposta trova un adeguato riscontro nell'intervento della Corte Costituzionale sull'art. 62, d.l. 26 giugno 2008, n. 112 (conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133) che introduce limiti di utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte delle Regioni e degli enti locali¹⁷. Appare estremamente utile la definizione che la sentenza fornisce sui titoli per giustificare la limitazione imposta dal legislatore: «... è innegabile, infatti, che i derivati finanziari scontino un evidente rischio di mercato, non preventivamente calcolabile, ed espongano gli enti pubblici ad accollarsi oneri impropri e non prevedibili all'atto della stipulazione del contratto, utilizzando per l'operazione di investimento un contratto con caratteristiche fortemente aleatorie per le finanze dell'ente». Mutando la prospettiva occorre chiedersi se dalla difesa dell'interesse pubblico a quello del privato cittadino, questo titolo possa essere considerato una forma di risparmio (nella nozione da noi intesa come investimento): o invece va inteso, seguendo le espressioni usate dalla Corte, come una vera e propria speculazione? E quali possono essere le informazioni o le altre regole imperative (come la forma del contratto o il divieto di rinvio agli usi per la determinazione dei compensi) che potrebbero rassicurare l'acquirente del prodotto finanziario, se la natura propria del derivato è esposta a caratteristiche così aleatorie?

La risposta si ritrova espressamente sempre nelle parole della Corte: «da sottoscrizione di questo tipo di contratti non può essere qualificata come attività di investimento».

Ed allora l'approccio funzionale del risparmio, quale criterio identificativo

¹⁶ Sulle dinamiche di investimento nell'acquisto o cessione di prodotti finanziari con particolare riferimento alla necessità di fornire al risparmiatore un'adeguata informazione, E. RIGHINI, (*voce*) *Risparmio pubblico (appello al)*, in *Enciclopedia del diritto*, Ann. IV, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1037 ss.

¹⁷ Si tratta della sentenza del 10 febbraio 2010, n. 52 che ha riscontrato diffusi commenti, tra i quali, A. BENEDETTI, *La giurisprudenza sui contratti derivati degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 1116; A. SCOGNAMIGLIO, *Profili di costituzionalità dei limiti all'utilizzo degli strumenti finanziari derivati da parte degli enti territoriali*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, p. 18.

delle forme ad esso raccordabili, rappresenta una linea di confine verso tutte quelle attività speculative che portano alla dissoluzione delle primarie esigenze di accumulo, eludendo la garanzia al mantenimento della liquidità nel perseguire forme di guadagno ad alto rischio o comunque non proporzionate alla sorte inizialmente impiegata o, addirittura, in spregio alle esigenze perseguitate dal risparmiatore¹⁸.

Le numerose forme attraverso cui si estrinseca l'impiego di risorse economiche non possono essere acriticamente ricondotte tutte all'interno del perimetro del risparmio e la delimitazione proposta ritaglia una copertura costituzionale non più limitata alle finalità del credito e della moneta, bensì alla funzione propria che pertiene alle esigenze del soggetto risparmiatore, investitore o speculatore. In questa prospettiva va ripensata anche l'estensione della copertura costituzionale, che non si restringe né si allarga ma si rimodella nell'ottica finalistica del risparmio.

In sintesi: non è la forma o lo strumento che veicola il risparmio oggetto diretto della tutela costituzionale, sicché la funzione, come appena espressa, permette di individuare, per un verso, le sole operazioni che assicurano le finalità perseguitate dal risparmiatore (e ciò non solo in termini astratti, ma anche dinamici) e, per altro verso, di chiarire necessariamente i contenuti che la nozione giuridica racchiude nell'art. 47 Cost.

È quindi necessario procedere ad un ulteriore approfondimento del concetto di risparmio, che dalle forme di estrinsecazione approdi ai contenuti polivalenti che in esso sono racchiusi, per cercare di fornire un'indicazione di riequilibrio nei rapporti economici.

3. Credito e risparmio nella cornice costituzionale

Secondo una prospettazione tradizionale del modello economico adottato dalla nostra Costituzione, si è rilevato come l'art. 47 presenti una stesura lessicale eccessivamente concisa, tale da rendere «obiettivamente difficile una compiuta

¹⁸ Sia consentito un ulteriore esempio di tipo *fondiario* per chiarire i diversi ambiti nei quali collocare il risparmio o escludere forme ad esso riconducibili: l'acquisto della abitazione (quale casa dove insediare il nucleo familiare) è espressione del risparmio popolare a soddisfazione di un bisogno primario della persona; l'acquisto di una *seconda casa* è invece espressione di un risparmio-investimento, per cui la destinazione di risorse in un bene-rifugio rientra senz'altro nella copertura dell'art. 47 Cost., seppure con margini differenziati rispetto all'ipotesi precedente; infine l'acquisto di un terreno agricolo nella speranza che assuma in futuro una destinazione urbanistica edificatoria è una mera speculazione, sicché non può essere ricondotta sotto la copertura e la tutela dell'art. 47 Cost.

interpretazione», sicché si è resa necessaria una articolata ricostruzione della disciplina incentrata sul rapporto simbiotico risparmio-credito¹⁹. Sul presupposto che i fattori dell'equilibrio economico generale risultino distribuiti e mal coordinati nella cornice costituzionale, si è quindi avanzata una prospettiva sistematica sul fondamento della stretta relazione tra risparmio e credito, quali facce della medesima medaglia rappresentativa del complesso ciclo della liquidità monetaria²⁰. Di conseguenza, il valore e la tutela del risparmio sono stati declinati in una prospettiva prevalentemente strumentale: la salvaguardia del risparmio si ottiene solamente se si garantisce l'intero ciclo macroeconomico riassunto nel valore della moneta²¹.

Il risultato di questo processo ermeneutico, nelle giustificazioni finali assunte, ha portato ad un'inversione degli equilibri interni alla struttura della norma costituzionale, facendo in modo di tutelare e incoraggiare il credito e, di fatto, regolare il risparmio; in altri termini, le necessità legate alla disciplina di coordinamento e di controllo dell'esercizio del credito (e della moneta) hanno indirettamente assorbito i tratti fondanti della tutela del risparmio.

¹⁹ Il carattere *relazionale* del concetto di risparmio viene quindi ancorato al contenuto della disposizione costituzionale che «concentra elementi diversi che acquistano un significato solo se scomposti e inseriti in un quadro più ampio», formato dai presupposti che caratterizzano la struttura dello Stato sotto il profilo economico; F. MERUSI, (*sub*) art. 47, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, vol. III, Bologna, Zanichelli, 1980, p. 153. Peraltra, solo con la riforma nel 2001 del Titolo V la Costituzione ha recepito all'art. 117, comma 2, lett. e) l'indicazione di *moneta* e di *mercati finanziari* accanto alla *tutela del risparmio*, collegamento sul quale è avanzata la tesi di una valutazione di interessi unitari, approccio che si profila anch'esso estensivo rispetto al tenore letterale della norma attributiva della competenza legislativa esclusiva allo Stato; C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta tra art. 47 Cost. e funzioni della Banca centrale europea: beni costituzionali che intersecano ordinamento della Repubblica e ordinamento dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, 2, p. 62.

²⁰ In precedenza, si era sostenuta la tesi di una portata meramente ricognitiva e complessivamente riduttiva dell'art. 47 Cost.: difatti, per un verso, la norma si esauriva nel dare copertura alla legge bancaria 36-38 (contenuta nel r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, convertito nella l. 7 marzo 1938, n. 141), in relazione anche alla assonanza lessicale con l'art. 1 della legge, sicché la disposizione costituzionale non poteva assolvere alcuna indicazione precettiva o di indirizzo per il legislatore (M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 205); per altro verso, la riduzione del concetto giuridico alle finalità esclusivamente economiche portava a ritenere, rispetto alla previsione costituzionale di incoraggiamento e tutela di *ogni forma* di risparmio, l'estranierità dall'art. 47 verso ogni accantonamento fine a se stesso, in quanto contrario alle dinamiche di consumo e di crescita della domanda riconosciuti dalla Carta come modello di sviluppo economico (V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, p. 354 ss.).

²¹ L'inclusione del risparmio nel generale quadro economico, seppure si presenta come operazione corretta sotto il profilo sistematico, si presta tuttavia ad una collocazione finale del medesimo come mero strumento per «concorrere a fare della moneta un elemento cardine della costituzione economica»; F. MERUSI, (*sub*) art. 47, cit., p. 155; in termini, M. GIAMPIERETTI, (*sub*) art. 47, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. Bartole, R. Bin, Padova, Cedam, 2008, pp. 474 ss.; G. M. SALERNO, (*sub*) art. 47, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di V. Crisafulli, L. Paladin, Padova, Cedam, 1990, p. 318.

L'impianto lessicale dell'art. 47, difatti, fuori dalle esigenze di lettura sistematica, non dovrebbe suscitare alcun dubbio sul compito che la Repubblica assume nei confronti del risparmio e del credito, tanto da eleggere il primo come programma di sviluppo, sia nell'incoraggiare l'adozione che nel tutelare ogni forma di realizzazione, mentre il secondo assume in sé ed in rapporto con il precedente valore, un ruolo strumentale (soggetto alla disciplina, coordinamento e controllo dell'esercizio)²². La valenza della prima parte dell'art. 47 primo comma («la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme») si è invece esaurita nel prevalente se non esclusivo impegno per i poteri pubblici verso le politiche monetarie di contrasto all'inflazione.

Certamente, l'art. 47 si colloca come un tassello fondamentale dell'equilibrio economico generale, in special modo in riferimento all'attività affidata alle imprese bancarie, in un riequilibrio del rapporto relazionale tra il risparmio (o quanto meno tra alcune forme di esso nella allocazione della liquidità) e l'esercizio del credito²³. Difatti come evidenziato, il credito è una attività di intermediazione fra i beni risparmiati e la loro utilizzazione, sicché è delineato in funzione e quale promozione del risparmio: qualsiasi ordinamento che non garantisca la sicurezza del risparmio non solo impedisce una regolare attività creditizia, ma priva di fondamento il mantenimento del sistema, mettendo in crisi qualsivoglia modello di crescita economica²⁴.

E dunque un primo rilievo critico si rivolge al riconoscimento di una finalità assorbente nella lotta all'inflazione, anche in ragione del dato sistematico oltre che letterale dell'art. 47, il quale non può essere strettamente condizionato in relazione a limiti e fini che la norma non esplicita (laddove invece per altri istituti

²² Di fatto, invece, il riconoscimento alla copertura costituzionale nell'ottica distributiva della ricchezza e della proprietà, in conformità a quanto espresso dalla c.d. Costituzione economica, porta ad escludere una difesa propulsiva della Stato rispetto al risparmio senza destinazione economica; G. CERRINA FERONI, *La tutela del risparmio. Un quadro comparato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2009, p. 1146.

²³ A. GENTILI, *Il Risparmio e il credito*, in *I rapporti economici nella Costituzione*, vol. III, in *Impresa, proprietà e credito*, a cura di A. Genghini, A. Gentili, M. Tamponi, Milano, Giuffrè, 1989, p. 601, il quale nel solco della ineludibilità del rapporto tra risparmio e credito, evidenzia come nell'art. 47 Cost. «la tutela del risparmio in tutte le sue forme estende il contenuto precettivo della disposizione oltre il fatto, peraltro centrale, della disciplina della liquidità monetaria».

²⁴ Si perviene difatti ad una protezione del risparmio «non solo attraverso interventi di politica economica che garantiscono il valore di quanto è stato risparmiato, ma anche attraverso una corretta gestione del credito nel quale non va solo compresa l'erogazione finanziaria ma anche l'attività di provvista che dell'erogazione è necessario presupposto»; F. CUOCOLO, *Risparmio e credito nella Costituzione italiana*, in *Studi in onore di Victor Ucikmar*, vol. I, Padova, Cedam, 1997, p. 331.

di rilievo economico i costituenti hanno previsto espressamente oneri ed obblighi delle funzionalità sociali)²⁵.

Difatti la disposizione costituzionale contiene una chiara indicazione, nel secondo periodo del primo comma, di regolazione economica (la Repubblica «disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito») con particolare riguardo al modo di operare delle banche, proprio a ragione dell'importanza sistemica per il funzionamento di un'economia di mercato che tali imprese rivestono.

Nel tentativo di ricostruire un percorso di equilibrio nella relazione credito/risparmio, non paiono neppure convincenti quelle letture contrapposte che reclamano un'indipendenza del concetto giuridico di risparmio, estremizzando per certi versi l'approccio o comunque sminuendo un rapporto, in ogni caso necessario, con il credito²⁶.

Tutte le opinioni sin qui richiamate, pur con approdi differenziati, originano da un dato comune, nel riconoscere la (sola) componente *valoriale*, alla disposizione costituzionale: si ritiene, invece, necessario integrare tale approccio ermeneutico per verificare se l'art. 47 Cost. possa assumere un contenuto ancora attuale e attualizzabile, secondo un duplice ragionamento.

Sotto un primo profilo, l'approccio valoriale ha di fatto portato ad un ridimensionamento del concetto di risparmio, nella prospettiva descritta di forma strumentale al credito: l'interpretazione costituzionale della norma, prima che applicativa, ha condotto ad un privilegio dell'intervento statale a tutela del credito, e per esso di regolazione delle politiche monetarie, per residuare ciò che il sistema poteva concedere alla tutela del risparmio.

Il depotenziamento della norma ricalca uno schema ermeneutico già visto per altri principi enunciati dalla Carta (si pensi al diritto alla salute o alla difesa

²⁵ G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, cit., pp. 379 ss. *Contra*, la posizione eterointegrativa dell'art. 47 Cost: risparmio e credito non troverebbero indicazione all'interno della norma costituzionale di un fine, sicché la finalità andrebbe colta nel piano complessivo della loro reciproca relazionalità, coincidente con la tutela del valore della moneta; F. MERUSI, (*sub*) art. 47, cit., p. 157; in termini, S. ORTINO, *Banca d'Italia e Costituzione*, Pisa, Pacini editore, 1979, p. 142.

²⁶ Per taluni il risparmio è in assoluto un valore, posto dalla Repubblica come incondizionato, rispetto alle attività di esercizio del credito che, al contrario, subiscono una regolazione proprio perché «sia “incoraggiato” in modo attivo dallo Stato e “tutelato” contro ingiuste riduzioni di ricchezza» (S. BARONCELLI, (*sub*) art. 47, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 950); per altri, il risparmio è da proteggere come valore in sé, partendo dall'idea che il risparmio non assume una natura finalizzata della destinazione, ma il nucleo del medesimo risiede nell'accumulo senza alcun vincolo distributivo: lo Stato può agevolare o incentivare la destinazione, ma non obbligarla neppure mediataamente con l'esclusione dal perimetro di difesa di alcune forme statiche di risparmio; M. MAZZIOTTI DI CELSO, G. M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 2007, pp. 251 ss.

dell'ambiente), che coglie nei principi costituzionali un impegno del solo legislatore contenuto in norme programmatiche (perché rivolto solo agli organi dello Stato) o condizionato (perché necessitanti di integrazione o attuazione)²⁷.

Sotto un secondo profilo, la matrice valoriale non permette di cogliere appieno le prerogative che compongono la funzione del concetto giuridico, descritte in precedenza. Difatti, dalla semplice lettura del secondo comma dell'art. 47 Cost. emerge una pretesa sociale ad alcune forme di risparmio, ancora pienamente attuali, che vengono esemplificate nell'abitazione in proprietà, nell'attività di coltivazione e di azionariato: è individuata una tutela prestata a quel risparmio più lento, che accompagna la vita delle persone per sfociare nell'acquisto della propria casa o della diretta attività lavorativa, incentivando i beni ritenuti socialmente ed economicamente rilevanti²⁸.

Tale forma di risparmio c.d. popolare risulta come un completamento dell'ambito relazionale riservato alla raccolta e gestione della liquidità, esprimendo la previsione di una pretesa sociale, o meglio, di un diritto sociale²⁹. L'elencazione di beni ed attività che individuano categorie non esaustive riconducibili al risparmio popolare, si inserisce nella multiforme natura dei diritti sociali e assume, sotto tale specifica connotazione, quella difficoltà, puntualmente spiegata, di trasformare tutti i beni che ricevono protezione costituzionale in posizioni soggettive: sicché il diritto sociale «non è mai concretamente un diritto di tutti», ma «serve a rimuovere la disuguaglianza e l'ingiustizia delle posizioni di partenza»³⁰.

Nondimeno, in tale dimensione sociale si coglie una piena conformità con

²⁷ Peraltro, anche la giurisprudenza costituzionale contiene la portata del preceppo all'interno del solo principio programmatico: la norma rappresenta solamente «un principio politico cui dovrà ispirarsi la futura normativa», salvo il limite di totale compromissione del medesimo (Corte Cost. 8 luglio 1982, n. 143; in termini 4 maggio 1995, n. 145 e 14 febbraio 2002, n. 29). Sull'inquadramento del tema, il noto contributo di V. CRISAFULLI, *Le norme "programmatiche" della Costituzione*, in *Studi in memoria di Luigi Rossi*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 51.

²⁸ A vantaggio di soggetti economicamente più deboli, incentivati a trasformare il proprio risparmio di modeste dimensioni in investimenti tradizionali; M. GIAMPIERETTI, (*sub*) art. 4, cit., pp. 474 ss.

²⁹ Anche la Corte Costituzionale inquadra l'accesso al risparmio popolare tra i diritti sociali ed indica, nel caso di specie riferito alla proprietà della casa, il compito del legislatore di svolgere un'operazione di bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti (sent. 3 febbraio 1994, n. 19); tra i primi contributi che delineano una pretesa sociale in relazione alla prestazione dei beni indicati nel secondo comma dell'art. 47, A. CERRI, A. BALDASSARRE, *Interpretazione dell'ordinanza di remissione, tutela del risparmio, decreti legislativi vincolati*, in *Giur. cost.*, 1965, p. 824.

³⁰ Tra le analisi più attente sulla poliedricità di taluni rapporti economici rispetto alla dimensione sociale, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzionalità italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 3, p. 757, il quale, a titolo di esempio, spiega come il diritto al lavoro nella misura in cui è diritto sociale non appare quale diritto soggettivo ed invece laddove assume quest'ultima apparenza – nella versione del diritto alla remunerazione, ad esempio, non è diritto sociale (p. 756).

la funzione del concetto giuridico di risparmio sopra espresso, non essendo dubbio che le ipotesi esemplificate dalla norma corrispondano sempre a bisogni primari del cittadino (in termini di certezza, stabilità e sicurezza nel veicolare i capitali verso tali beni)³¹.

La dimensione sociale del risparmio si sostanzia quindi nella componente programmatica della disposizione, in armonia, come di seguito spiegato, alle finalità, ancora pienamente valide e attuali, dell'orizzonte economico descritto dall'art. 41 Cost. e rafforza, infine, l'incidenza della tutela rispetto alla regolazione del credito.

Si ritorna, a conclusione di questa analisi, al significato da attribuire alla disciplina e al controllo dell'esercizio del credito rispetto alle misure di tutela che la Repubblica deve garantire ai risparmiatori³².

L'art. 47 non si esaurisce nella mera enunciazione di un valore economico, declinato in un impegno programmatico per il legislatore o in un'aspettativa sociale, comunque intesa, bensì si completa solamente se vi si riconosce una valenza precettiva verso un pieno diritto al risparmio e alle garanzie che lo Stato deve assicurare a concreti interessi funzionalizzati nell'accumulo di risorse.

Questo è di certo uno degli aspetti meno approfonditi, come dimostra la scarsa attenzione riservata dalla elaborazione scientifica alla figura del risparmiatore, rispetto ad esempio a quella del consumatore. Ciò stupisce anche perché la nostra Carta è una delle poche che a livello europeo preveda un esplicito riconoscimento alla tutela del risparmio.

La proposta di una componente anche precettiva della norma trova del resto fondamento anche dalla complessiva intelaiatura dell'ordito costituzionale. L'inserimento del risparmio esteso anche ad una dimensione soggettiva, chiarisce il significato che si intende ricostruire: esso vive nell'ambito della sovranità,

³¹ Nel dibattito della dottrina costituzionalistica, i diritti sociali vengono identificati con la pretesa nei confronti dello Stato (V.M. CAFERRA, *Diritti della persona e Stato sociale*, Bologna, Zanichelli, 1987); come analiticamente chiarito, il dibattito approda a «diritti finanziariamente condizionati, collegati ad una scelta dell'autorità, il che vale a sottrarre loro i caratteri propri del diritto soggettivo – e in particolare i poteri nei confronti dei terzi e l'azionabilità in giudizio – sconfinando, quindi, in una dimensione prettamente politica, di attuazione del precezzo, di relazione tra effettività e validità»; L.R. PERFETTI, *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, p. 87.

³² In altri termini, nell'accezione funzionale che si è descritta, la tutela del risparmio non può che ravisarsi innanzitutto in quello che è il pilastro del sistema dei pagamenti, vale a dire la raccolta dei depositi bancari: la tutela dei depositi, quale espressione di un rapporto riequilibrato tra risparmio e credito, conduce quindi alla disciplina e al controllo dell'impiego della liquidità raccolta da parte delle imprese bancarie.

fonda l'autorità ma non è da essa accordata³³. In quanto diritto, importa obblighi e divieti in capo a terzi, va garantito in ragione di un contenuto minimo (inteso nella espressione funzionale descritta) e va tutelato in forza di un controllo che è riservato al credito.

Occorre tuttavia distinguere i due profili soggettivi del risparmio: mentre la soddisfazione delle pretese sociali richiama l'organizzarsi dei pubblici poteri per dare loro una risposta nel conseguire quella specifica forma di risparmio (non posseduta e difficilmente raggiungibile senza uno specifico intervento pubblico), la situazione che si riflette nella posizione del risparmiatore, nel senso di colui che dispone già delle risorse che vuole proteggere, rimanda ad un diritto fondamentale con il conseguente corredo di soluzioni sul versante dell'azionabilità per una piena tutela³⁴.

E dunque, secondo quest'ultima dimensione, il risparmio prima ancora che correlato alle disposizioni che compongono il modello economico costituzionale, deve essere ricondotto all'art. 2 Cost., alla stregua dei diritti *riconosciuti* al momento del costituirsì dell'ordinamento.

4. Risparmio, mercato economico e utilità sociale

Dopo aver prospettato una ricalibratura del concetto giuridico di risparmio, attraverso un criterio funzionale che possa graduare una tutela in relazione all'individuazione - funzionalmente orientata - dell'attività di impiego delle risorse (risparmio / investimento / speculazione) ed aver colto nella struttura dell'art. 47 Cost., un principio costituzionale che si declina in una componente valoriale, sociale e precettiva in relazione alle politiche di gestione del credito,

³³ La matrice dogmatica si rinviene in quelle costruzioni che spiegano e orientano la individuazione delle posizioni soggettive differenziandosi dalla tradizionale idea di sovranità statale: così «d'appartenenza al popolo della sovranità conferma che il *nomos* fondamentale dell'autorità, la sovranità appunto, continua ad essere il fondamento del potere dell'autorità e, tuttavia, questa non appartiene né allo Stato né all'ordinamento, né alla persona giuridica che ipostatizza l'autorità, né al prodotto dei suoi comandi normativi, né al soggetto né all'oggettività delle sue regole: essa spetta alle persone»; L.R. PERFETTI, *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 1163. Ed ancora: «una volta che si sia smentita – come avviene testualmente nell'art. 1 Cost.- l'idea che la sovranità spetti allo Stato, i diritti sociali sono porzioni della sovranità delle persone che non si distribuiscono lungo la linea dell'esercizio nelle forme e nei limiti della Costituzione ma che si trattengono nella sovranità individuale, come tipico dei diritti fondamentali – art. 2 Cost. – che sono riconosciuti e non accordati dall'ordinamento nel momento in cui esso si costituisce»; L.R. PERFETTI, *I diritti sociali*, cit., pp. 105 ss.

³⁴ *Contra*, chi sostiene espressamente che la tutela del risparmio «corrisponde più a un programma di politica economica che non a un dovere giuridico in qualche modo azionabile»; F. CUOCOLO, *Risparmio e credito nella Costituzione italiana*, cit., p. 332.

occorre verificare i risvolti di tali argomentazioni nell'attuale sistema bancario e più in generale nel mantenimento delle regole del libero mercato, secondo le disposizioni dell'art. 41 Cost.³⁵.

Le disposizioni costituzionali dedicate ai principi di politica economica risentono, come noto, dell'ispirazione di principi tra loro contrapposti, voltati da un lato a garantire la libertà economica privata (nella tradizione individualista del costituzionalismo liberale) e dall'altro a prevedere l'intervento pubblico con finalità solidaristiche ed egualitarie (ispirate, sia pure nelle rispettive diversità, dal pensiero sociale cattolico e da quello marxista)³⁶.

Sulla scia di un'operazione ermeneutica di aggiornamento della Costituzione³⁷, è stata maggiormente condivisa la necessità di adattare i principi economici al contesto fattuale (*il mercato*), declinando i medesimi sulla base della teoria

³⁵ Non è certo questa la sede per concepire anche in termini riassuntivi il dibattito che si è sviluppato sull'art. 41 Cost e sui rapporti sistematici con le restanti norme della Costituzione economica, sicché si rinvia per l'analisi delle differenti posizioni dottrinarie, per l'evoluzione giurisprudenziale e per le conclusioni che sorreggono le brevi considerazioni che seguono nel testo a L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, specialmente cap III.

³⁶ Anche l'art. 41 Cost risente evidentemente di questa impostazione, tanto da essere qualificata come norma «anfibologica», vale a dire suscettibile cioè di essere sviluppata in chiave legislativa in due direzioni opposte; E. CHELI, *Libertà e limiti all'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, pp. 260 ss.

³⁷ Stimolata anche dalla convinzione, autorevolmente supportata, che nella discussione in sede costituente la relazione tra libertà dei privati e disciplina pubblicistica dell'attività economica fosse affidata prevalentemente ad un bilanciamento delle ragioni politiche e culturali contrapposte più che al raggiungimento di specifici programmi economici; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, p. 7; e ancor prima, A. BERTOLINI, *L'attività economica, funzioni e forme organizzative del lavoro*, in *Commentario alla Costituzione italiana*, a cura di P. Calamandrei, A. Levi, Firenze, Baréra Editore, 1950, p. 407. A sostegno della attualità dell'art. 41 Cost, viene tuttavia sostenuto come «si può discutere se i Costituenti conoscessero compiutamente le teorie economiche. Ma non si può dubitare che essi fossero ben convinti che, nell'interesse generale, le diseguaglianze economiche dovessero essere riequilibrare in modo da garantire a tutti l'effettivo godimento dei diritti previsti dalla Costituzione: quali il diritto al lavoro, a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, a una tutela in caso di disoccupazione, malattia o vecchiaia. Né si può dubitare che essi fossero consapevoli che un'economia di mercato, lasciata libera di sviluppare le sue dinamiche distributive, tende ad aumentare più che a riequilibrare le diseguaglianze, precludendo così a molti l'effettivo godimento di quei diritti costituzionalmente sanciti. Da questa consapevolezza nasce l'art. 41, che esprime la volontà di mantenere l'Italia in un'economia di mercato, ma impone allo Stato d'intervenire quando il mercato produca risultati contrastanti con l'utilità sociale, vale a dire con l'utilità comune, che non è l'utilità di una sola parte della società. Impone cioè una politica economica che dia attuazione al compito, assegnato alla Repubblica dall'art. 3, comma 2, Cost., di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto l'egualianza e la libertà dei cittadini»; E. GLIOZZI, *La distribuzione delle ricchezze e l'utilità sociale: l'importanza dell'art. 41 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, pp. 786-787.

della efficienza dei mercati concorrenziali, assunta come predominante in riferimento anche ai principi imposti dal Trattato sull'Unione europea³⁸.

L'orizzonte economico relativo alle imprese ed ai mercati è delineato, come risaputo dall'art. 41 Cost., il quale, assieme alle altre disposizioni che compongono la c.d. Costituzione economica, risente di queste influenze interpretative³⁹.

Sicché il raccordo con la teoria dell'efficienza del mercato ed il corollario della libertà della concorrenza (vale a dire la libertà del mercato) sarebbe l'unica interpretazione adatta a garantire, nella cornice costituzionale, il raggiungimento di un equilibrio del sistema economico, accantonando la funzionalizzazione o il limite negativo che la disposizione indica nell'«utilità sociale»⁴⁰.

Tuttavia, come si è attentamente osservato, la lettura si risolve in una forzatura del contenuto espresso nell'art. 41 Cost, quando la norma stabilisce che l'iniziativa economica privata pur essendo libera non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale, non si esprime altro che «la consapevolezza che un libero mercato concorrenziale, lasciato a se stesso, può portare a risultati che contrastano con l'utilità sociale», per cui la disposizione costituzionale si risolve in una «visione del funzionamento del mercato diversa da quella descritta dalla teoria del mercato efficiente»⁴¹.

Ma la vera questione non è tanto nella ricerca di un'interpretazione autentica della norma, quanto nella verifica se tale originaria teorizzazione rivesta ancora, specialmente dopo la crisi finanziaria globale, una sua utilità sistematica.

³⁸ In termini critici, e qui condivisi, viene sostenuto come «non possiamo aspettarci che lo schema contenuto dall'art. 41 esprima una regola univoca e ben definita» perché in esso è racchiuso un principio e non una regola e «il principio costituzionale non si impone alla realtà, come la volontà sovrana del legislatore, ma ne accompagna il corso operando dall'interno»; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 122.

³⁹ Non è questa la sede per dare conto di un serrato dibattito antecedente alla modifica del Titolo V della Costituzione, sull'ambito di copertura dell'art. 41 Cost. rispetto al principio di libertà della concorrenza, a cui si rinvia, anche in relazione alla bibliografia, G.C. SPATTINI, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 84 ss.

⁴⁰ La formula elastica di tale principio viene valorizzata da chi non segue il parametro della indeterminatezza contenutistico, ma ne assume l'importanza nella capacità di assorbire il reale; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, Cedam, 1983, pp. 79 ss.; più recentemente, chi rileva come l'attività economica sancita nell'art. 41 Cost, comprensiva non solo dell'iniziativa ma anche dell'esercizio, incontra un limite posto a «protezione delle libertà, tipica dei diritti fondamentali, e la realizzazione della dignità umana, propria dei diritti sociali»; a L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, cit., p. 190, *nota* 39.

⁴¹ Più precisamente, la norma propone un modello di gestione economica mista, ispirata semmai a criteri keynesiani, per cui il buon funzionamento di un mercato è possibile in presenza di un intervento statale al fine di evitare alterazioni nel funzionamento che determinino ingenti costi sociali; M. GIAMPIERETTI, (*sub* art. 4, cit., p. 482).

Se la teoria che ha predominato in questi ultimi venti anni ha mostrato seri limiti nell'ideale di un mercato concorrenziale efficiente, perseguito ampliando la libertà dei mercati ed eliminando ogni tipologia di vincolo che ne ostacola l'esercizio, occorre procedere ad un riequilibrio delle fondamenta del mercato economico⁴². Per tale ragione, è necessario riposizionare il concetto di «utilità sociale» espresso dalla disposizione costituzionale e comprendere le problematiche connesse alla centralità da attribuire al significato della nozione. E la concezione economica presupposta da questa norma, che accoglie una concezione di tipo keynesiano, prevede la possibilità di fallimenti del mercato e la conseguente necessità di interventi statali: sicché per la nostra Costituzione, l'iniziativa economica privata si svolge in contrasto con l'utilità sociale ogniqualvolta produce un risultato fallimentare, così come è accaduto seguendo le previsioni formulate dalla teoria del mercato concorrenziale efficiente, in conseguenza di una programmazione non attenta nei processi di liberalizzazione dei settori economici⁴³.

Indubbiamente di fronte alla profonda trasformazione dei mercati finanziari, ai processi di internazionalizzazione e concentrazione bancaria, la creazione di un mercato aperto e concorrenziale appare ancora oggi come la migliore risposta di governo dei processi di crescita.

Tuttavia dopo il fallimento a settembre 2008 della banca d'affari americana *Lehman Brothers*, si è avviata una sorta di chiusura di quella parabola iniziata nell'ultimo decennio del secolo scorso contraddistinta da una spinta verso la liberalizzazione dell'attività delle banche contestualmente alla deregolamentazione generale dei mercati finanziari. Tali scelte, del resto, si diramavano come raggi del pensiero dominante rappresentato dalla teoria economica, elaborata nell'ambito della scuola del libero mercato di Chicago, nota come teoria dei mercati finanziari efficienti⁴⁴.

⁴² Sulla egemonia rappresentata dal principio di libera concorrenza nel contesto economico europeo, W. SAUTER, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford, Clarendon Press, 1997.

⁴³ Il richiamo è a quelle posizioni ermeneutiche che nel rappresentare lo statuto dell'iniziativa economica privata libera vietano alla stessa di porsi in contrasto con l'utilità sociale opponendo dunque un limite negativo all'autonomia dei privati: M. MAZZIOTTI, *Il diritto al lavoro*, Milano, Giuffrè, 1956, p. 164; G. OPPO, *La privatizzazione dell'impresa pubblica: profili societari*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1994, I, p. 771; C. ESPOSITO, *Note esegetiche sull'art. 41 della Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954, p. 184.

⁴⁴ La scuola di Chicago, come noto, sostiene l'autosufficienza di mercati perfettamente concorrenziali e nega la necessità di un intervento esterno in forza di regole di comportamento che portano spontaneamente a un ordine (o, come dicono gli economisti, a un equilibrio) che è il migliore o il meno peggio che la società possa desiderare, garantendo stabilità del sistema economico, ottima allocazione delle risorse e assenza di disoccupazione involontaria; il riferimento è soprattutto alle tesi esposte da M. FRIEDMAN, *The role of Monetary Policy*, in *American Economic Review*, 1967, pp. 1 ss.; ed ancora ID., *Capitalismo e libertà*, ed. it., Pordenone, Edizioni Studio Tesi,

L'autoregolazione riconosciuta al libero mercato finanziario avrebbe quindi, secondo la declinazione della teoria di stampo neoliberista, fornito sempre la migliore stima possibile dei titoli trattati, scongiurando bolle speculative (per cui l'incremento incontrollato del prezzo di un titolo determinerebbe una immediata vendita del medesimo determinando così una rapida discesa del prezzo verso il corretto valore di mercato)⁴⁵.

In termini assiomatici, quindi, la negazione di bolle speculative all'interno dei mercati finanziari porterebbe questi ultimi ad una stabilità, *ergo* la partecipazione delle banche a quei mercati non arrecherebbe alcun rischio eccessivo⁴⁶.

Fino al 2008 la politica finanziaria degli Stati è stata giustificata con queste idee, per poi scontrarsi con la dura realtà della crisi e dell'inaffidabilità della teoria dell'efficienza dei mercati finanziari⁴⁷: in altri termini, la *mano invisibile* del mercato, è apparsa inidonea a prevenire i recenti accadimenti finanziari, sicché risulta necessaria una diversa comparazione degli interessi coinvolti.

Una siffatta ricostruzione, seppur breve, ci permette di cogliere un ulteriore raccordo con l'oggetto di indagine. È possibile dunque sin d'ora anticipare quanto più diffusamente spiegato in seguito, vale a dire che il modello espresso dall'art. 41 Cost. mantiene ancora una valenza attuale e fondamentale per gli indirizzi di politica economica. Difatti, esemplificando, una legge che liberalizzi i mercati finanziari sul presupposto che il rischio sistematico non esista o sia co-

1987, dove si afferma che «l'esistenza di un libero mercato naturalmente non elimina il bisogno di un governo. Al contrario, il governo è essenziale sia come foro per la fissazione delle regole del gioco, sia come arbitro per l'interpretazione delle regole stesse per imporre il rispetto. Il merito del mercato è quello di ridurre enormemente il numero delle questioni che devono essere decise per via politica, e quindi di ridurre al minimo l'area di diretto intervento del governo nel gioco»; si veda altresì R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, vol. I, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 26 e ss.

⁴⁵ L'ascesa e la caduta della teoria dei mercati finanziari efficienti sono analizzate con chiarezza in J. QUIGGIN, *Zombie economics. Le idee fantasma da cui liberarsi*, Milano, Bocconi editore, 2012, p. 91 ss.; C. CROUCH, *Il potere dei giganti*, Bari, Editori Laterza, 2011, pp. 35 ss.; J.P. FITOUSSI, *Il teorema del lampione*, Torino, Einaudi, 2013, pp. 13 ss.

⁴⁶ Per una negazione del mercato come *locus naturalis*, concepito invece come spazio artificiale retto dalla tecnica del diritto, N. IRITI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Editori Laterza, 2003, per il quale: «Il pensiero unico – l'ideologia liberista, in cui paino trovarsi concordi destra e sinistra – occulta l'intrinseca politicità di ogni assetto economico, e contrabbanda per legge “naturale”, neutra oggettiva imparziale, ciò che propriamente è risultato di una decisione. Soltanto questo smascheramento può restituire alla politica la passione delle idee e la responsabilità delle scelte» (p. XIII).

⁴⁷ Come visto invece la crisi è stata innescata negli Stati Uniti proprio da una bolla speculativa sui prezzi degli immobili e degli strumenti finanziari ed agevolata dal nuovo modo di operare delle banche dopo la liberalizzazione della loro attività.; M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Roma-Bari, Laterza, 2009, pp. 151 ss.; J. STIGLITZ, *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino, Einaudi, 2010, pp. 6 ss.

munque scarsamente probabile si pone, per le ragioni appena esposte, in contrasto con il mantenimento dell'utilità sociale, così come accaduto ad opera della nostra legge bancaria nel consentire agli istituti di operare come banche universali, esercitando ogni attività d'investimento finanziario (art. 10 comma 3 t.u.b.).

5. Tutela del risparmio e banca universale

Tra gli ambiti di influenza dei principi economici analizzati, quello che qui maggiormente interessa – dopo averne dimostrato le interrelazioni con la tutela del risparmio – è certamente il settore bancario.

Come noto la disciplina degli istituti bancari, mantenendo sempre una centralità nevralgica nel sistema economico di mercato, è lentamente transitata da un sistema accentrativo e sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia (in applicazione alla legge bancaria degli anni '30) ad un mercato unico concorrenziale, su impulso della disciplina comunitaria⁴⁸.

Per un lungo periodo di tempo, la situazione nazionale è stata caratterizzata da un sistema inadeguato di controlli, connesso ad un deficitario coordinamento degli interventi delle Autorità che, a cascata, finiva per assicurare una tenue tutela del risparmiatore (in un generale contesto di incertezza informativa sui rischi connessi con gli operatori finanziari)⁴⁹.

Solamente con la legge n. 262 del 2005 «Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari» (poi integrata e modificata dal d.lgs. n. 303 del 2006) si perviene ad un intervento più generale (di modifica dei vari t.u.b., t.u.f. e c.c.) per approntare un rafforzamento del livello di garanzia per il risparmiatore, mediante la previsione di regole rivolte, tuttavia, prevalentemente alla *governance* societaria e all'operatività finanziaria (controllo sull'operato del *management* all'interno del Cda; rafforzamento delle società di revisione rispetto alla controllata, ed altre misure tecniche)⁵⁰.

Nei successivi commenti alla legge, accanto a valutazioni positive per la

⁴⁸ Il riferimento è al d.p.r. n. 350 del 1985 e al d.lgs. n. 481 del 1995, attuativi dei principi di derivazione comunitaria per la realizzazione di un sistema concorrenziale del settore bancario, nonché al d.lgs. n. 385 del 1993 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, t.u.b.) che ha riordinato l'intero sistema assieme al d.lgs. n. 58 del 1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, t.u.f.) per la libera circolazione dei servizi finanziari.

⁴⁹ G. CERRINA FERONI, *Introduzione*, cit., p. 4.

⁵⁰ Tra le molte opere di commento, *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, a cura di F. Capriglione, Padova, Cedam, 2006; *La tutela del risparmio*, a cura di A. Nigro, V. Santoro, Torino, Giappichelli, 2007.

reazione legislativa agli scandali finanziari precedenti⁵¹, non sono mancate forti critiche su alcuni aspetti ancora inespressi o non pienamente chiariti: segnatamente si evidenzia l'assenza di un disegno organico sicché si annoverano numerose incertezze del sistema così delineato⁵², non risultando comunque convincenti gli strumenti posti a tutela del risparmio, sia per la genericità e disomogeneità delle disposizioni dedicate alla tutela⁵³, per una insoddisfacente disciplina sul conflitto di interesse nelle operazioni tra banche e amministratori, ed ancora per la scarsa completezza nella previsione di una *class action*⁵⁴.

Permane quindi la convinzione, confermata dal drammatico scenario aperto dopo la legge del 2005 con la crisi del 2008, che la ricerca di soluzioni si sia rivelata inadeguata tanto nel rafforzamento delle tutele a presidio del risparmio, quanto nel perseguire una maggiore stabilità al sistema finanziario globale⁵⁵.

Come oramai acclarato, la crisi avviata con i mutui *subprime*, i rischi connessi degli strumenti finanziari *derivati*, il disfacimento di banche d'affari d'Oltreoceano hanno contribuito a produrre un effetto domino sui mercati domestici, mostrando i pericoli di propagazione in un sistema sempre più integrato di interconnessioni bancarie. Dopo la globalizzazione del mercato finanziario, ogni crisi non viene più contenuta soltanto tra le banche di un dato paese, ma si estende inevitabilmente a tutte le banche che, operando su quel mercato (c.d. rischio sistematico) compresi evidentemente gli istituti di credito italiani.

Dunque, non va sottovalutata l'intensità degli effetti provocati da un travollo del sistema bancario nei confronti della società: la gravità della crisi può implicare la paralisi del sistema dei pagamenti, con ogni prevedibile conseguenza

⁵¹ Tra i meriti vengono individuati il coordinamento rafforzato tra le singole Autorità di vigilanza (V. DE LUCA, *Lo spazio regolatorio delle autorità indipendenti tra principi di buona regolazione e garanzie procedurali*, in *Disciplina dei mercati finanziari e tutela del risparmio*, a cura di F.S. Martorano, V. De Luca, Milano, Giuffrè, 2008, p. 322), il rafforzamento delle responsabilità in capo agli amministratori per l'ipotesi di dichiarazioni non veritieri (S. MICOSSI, *Cose buone e cose da sistemare nella legge sul risparmio*, in *La legge per la tutela del risparmio*, a cura di P. Abbadessa, F. Cesarini, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 267 ss.), l'adozione di uno statuto dei risparmiatori e degli investitori nonché la previsione di un codice di comportamento degli operatori finanziari (G. SCARLETTI, (*sub*) art. 27, in *La tutela del risparmio*, cit., pp. 462 ss.).

⁵² Tra i commenti più severi, si è valutato l'operato del legislatore farraginoso, poco tecnico e molto politico, in gran parte affidato a deleghe governative; G. ROSSI, *La legge sulla tutela del risparmio e il degrado della tecnica legislativa*, in *Riv. società*, 2006, 1, pp. 1 ss.

⁵³ G. FERRARINI, P. GIUDICI, *La legge sul risparmio ovvero un pour-pourri della corporate governance*, in *Riv. società*, 2006, 4, pp. 573 ss.

⁵⁴ Per un inquadramento del tema sia consentito rimandare a A. CLINI, L. R. PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 1435.

⁵⁵ Per una recente analisi, S. AMOROSINO, *I modelli ricostruttivi dell'ordinamento amministrativo delle banche: dal mercato "chiuso" alla "regulation" unica europea*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 2016, pp. 391 ss.

sulle famiglie e sulle imprese private della liquidità depositata nei propri conti correnti.

Questi rapidi tratti delineano un panorama apocalittico incombente, che può essere scongiurato, sempre con valutazioni prognostiche, valorizzando, come si è cercato di spiegare nei paragrafi precedenti, un rafforzamento, per certi versi inedito, del principio di tutela del risparmio ed al contempo cercando di intervenire, in conformità ai valori prefissati, verso una regolazione del sistema bancario che assicuri (o meglio si riappropri) di regole non emendabili.

L'insolvenza che ha colpito le banche durante l'ultima grande crisi non solo è dilagata rapidamente dagli Stati Uniti all'Europa, mostrando come le operazioni altamente speculative di una sola banca possono mettere a rischio la stabilità di tutto il sistema, e che lo sbilanciamento verso operazioni finanziarie puramente speculative determina un alto rischio verso l'erogazione dei servizi tradizionali legati alla tutela del risparmio (con il conseguente intervento statale di *salvataggio*, redistribuito come costo della collettività).

Certamente, come acutamente osservato, in un mercato globalizzato e con interessi finanziari consolidati non è semplice prospettare un «ritorno bancario», ma probabilmente ripensare le regole della impresa bancaria è di certo meno gravoso che «continuare a discutere su standard finanziari di difficile applicazione, di inevitabile elusione quando non graditi o addirittura impraticabili a livello imprenditoriale, e in ogni caso notevolmente costosi nella gestione aziendale»⁵⁶.

La crisi finanziaria ha mostrato difatti la debolezza non solo degli auspicati benefici, sotto il profilo pratico, ma dell'intera teorizzazione economica che ne aveva celebrato l'utilità per il sistema bancario. Sulla spinta di tali prospettive, difatti, nell'ultimo decennio del secolo scorso, in Europa e negli Stati Uniti i legislatori hanno eliminato gli ultimi ostacoli alla creazione, sul modello tedesco, della banca universale⁵⁷: l'intento allora perseguito era di consentire alle banche di svolgere liberamente ogni attività finanziaria proprio per rafforzare la stabilità

⁵⁶ E quindi la migliore soluzione oggi adottabile è ritornare dall'oggetto «universale» al soggetto banca, intermediando direttamente il risparmio con il credito: F. MERUSI, *Contro la banca universale e la contabilità di Stato bancaria*, in *Diritto della banca e del mercato fin.*, 2012, 1, p. 39.

⁵⁷ Si tratta di una configurazione soggettiva che porta la banca a svolgere «ogni attività bancaria e finanziaria, a breve e a lungo termine, tradizionale o innovativa, prevedendone peraltro un "surrogato", il c.d. gruppo polifunzionale, cioè un gruppo di società dominate da una società holding che, nel loro insieme, perseguono le finalità di una banca universale»: F. MERUSI, *Stato e mercato: convergenze e divergenze nei diritti amministrativi in Europa*, in AA.VV., *La convergenza dei diritti amministrativi in Europa* (Atti dell'incontro di studio svoltosi a Roma, Palazzo Spada, 13 giugno 2000), Milano, Giuffrè, 2002, 37.

del sistema bancario, mediante l'opportunità di realizzare, da un lato, nuovi profitti in un settore allora in grande sviluppo e, dall'altro, di avviare nuove concentrazioni necessarie per creare banche e gruppi bancari di grandi dimensioni in grado di sostenere la concorrenza a livello mondiale.

Serve invece riaffermare per gli istituti di credito un principio di separazione delle attività di investimento rispetto alla raccolta e gestione del risparmio: in altri termini, a far sì che i rami di una banca dedicati alla speculazione finanziaria possano, in caso di insolvenza, essere lasciati al loro destino, senza che ciò pregiudichi l'erogazione dei servizi bancari tradizionali e senza che si debba perciò ricorrere a massicci salvataggi fatti con denaro pubblico⁵⁸.

6. Risparmio e contesto europeo

Occorre infine relazionare il tenore dell'art. 47 Cost. al rinnovato contesto europeo, caratterizzato per un verso dalla introduzione del principio di concorrenza e per altro verso dall'annullamento della sovranità monetaria nazionale⁵⁹.

La maggior parte delle analisi sin qui richiamate sul quadro costituzionale, dimostrano l'esistenza di un collegamento indissolubile tra risparmio, credito e moneta.

Le conseguenze di questo *abbraccio* economico portano, in modo più o meno espresso, a ritagliare uno spazio di risulta per le discipline sul risparmio, rispetto alla preminente necessità di assicurare una stabilità dei prezzi ed un corretto funzionamento del mercato.

Il tentativo proposto di riequilibrare questo assetto muove dalla convinzione che non pochi sono gli interessi sistematici prevalenti, che finiscono per

⁵⁸ Nel Regno Unito, ad esempio, nel dicembre 2013 è entrato in vigore il *Banking Reform Act*, con l'intento di sottrarre i clienti dalle perdite accumulate dalla banca, mediante l'imposizione di una separazione (un *ring-fence*) tra le attività al dettaglio (depositi e prestiti) e le attività di investimento, rafforzato dal divieto di finanziare gli investimenti con i depositi raccolti affidato al controllo di una nuova autorità di vigilanza (*Prudential Regulation Authority*).

Negli Stati Uniti, invece, già la sec. 619 del *Dodd-Frank Act* del 2010 vietava alle banche che raccolgono depositi di impegnarsi nel *proprietary trade* e in finanziamenti a *hedge funds* o a fondi di *private equity*, delegando poi a cinque autorità di vigilanza il compito di articolare questa disposizione nota come la *Volcker rule*, ulteriormente rafforzata nel 2013; v. E. GLOZZI, *La tutela del risparmio e la banca universale*, in *Giur. comm.*, 2015, pp. 466 ss.

⁵⁹ In generale, l'allargamento e la liberalizzazione dei mercati, le privatizzazioni, la *deregulation*, la stabilità finanziaria, l'equilibrio monetario, la crescita economica derivano tutti da un processo materiale che ha progressivamente ridotto la sovranità economica degli Stati e aggravato la crisi endogena delle costituzioni "keynesiane", sicché «il nucleo fondante di tali regole non è politicamente controllabile a nessun livello né in alcun modo influenzabile dai pubblici poteri»; G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, cit., p. 272; temi affrontati diffusamente in A. PREDIERI, *Euro, polarchie democratiche e mercati monetari*, Torino, Giappichelli, 1998.

sbilanciare il rapporto della triade risparmio, credito, moneta, sicché la tutela del primo assume intensità sempre più diluite.

Difatti, le politiche di tutela del risparmio a livello comunitario rappresentano in gran parte una proiezione indiretta dell'elaborazione prevalente riservata a strumenti rivolti al controllo dell'inflazione⁶⁰. Non sfugge, sotto il profilo economico, come le politiche antinflazionistiche sono pur sempre strumentali al più ampio obiettivo di mantenimento della stabilità dei prezzi affidati alla Banca centrale europea (art. 127 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, *ex art.* 105 del Trattato Ce) i quali, come noto, per la loro natura instabile, comportano anche iniziative di segno opposto, volte a scongiurare fenomeni di deflazione⁶¹.

Ma la questione – di natura giuridica – che qui preme sollevare concerne il più ampio tema delle materie attribuite alla regolazione comunitaria e, segnatamente, ci si domanda se il fascio di attribuzioni comprenda oltre le politiche monetarie e più recentemente quelle del credito⁶², anche la tutela del risparmio.

Se si dovesse seguire la linea interpretativa, finora analizzata nei vari contesti interno e sovranazionale, l'accezione *monetarista* del risparmio farebbe confluire di certo la relativa disciplina come corollario e risultante degli interventi di

⁶⁰ Le politiche antiinflazionistiche, che si realizzano attraverso gli strumenti tradizionali della determinazione del tasso ufficiale di sconto, della manovra quantitativa della moneta e della fissazione del saggio delle riserve obbligatorie, sono oramai gestite direttamente dalle istituzioni comunitarie all'interno del più generale intervento della crescita del mercato unico e della stabilità monetaria e finanziaria (si pensi al controllo della liquidità monetaria gestito dalle istituzioni di Francoforte, dalla BCE e dal Sistema europeo delle Banche centrali, SEBC). Gli effetti delle centralizzazioni di tali politiche ha portato ad un controllo delle procedure di bilancio dei singoli Stati membri e restrizioni delle misure di indebitamento (c.d. condizionamento finanziario): negli ultimi anni si è assistito quindi ad un blocco al tradizionale finanziamento della spesa pubblica facendo ricorso al debito e alle manovre monetarie, per perseguire, attraverso il controllo europeo della liquidità e dell'inflazione, un equilibrio di bilancio attraverso il quale le politiche europee tentano di garantire un ambiente economico più sicuro per il risparmio delle famiglie; D. SICLARI, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. publ.*, 2009, 1, pp. 45 ss.

⁶¹ Come osservato, il compito statutario della Banca centrale europea non si limita a scongiurare spirali inflazionistiche, ma richiede di combattere altrettanto tenacemente i fenomeni di deflazione: «poiché questa disincentiva gli investimenti e produce disoccupazione su larga scala: il che non risponde all'obiettivo della piena occupazione che l'art. 3 c. 3 del Trattato sull'Unione europea pone all'Unione stessa. La deflazione poi, producendo disoccupazione, non incoraggia certamente la formazione del risparmio e tanto meno tutela l'esistenza dignitosa dei lavoratori dipendenti» (in questi termini E. GLIOZZI, *La tutela del risparmio*, cit, pp. 474 ss.)

⁶² Le esigenze di uniformare le discipline in materia di vigilanza prudenziale e di prevenzione del *moral hazard* per attenuare i rischi delle crisi bancarie, sono confluite nelle misure regolatorie riassunte nella c.d. Unione Bancaria, articolata su tre ambiti: il Meccanismo di vigilanza unico (Reg. UE n. 1024 del 2013, *SSM Single Supervisory Mechanism*), il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi bancarie (Direttiva n. 2014/59/UE, *BRRD Bank Recovery and Resolution Directive*) e un nuovo sistema di garanzia dei depositi (Direttiva n. 2014/49/UE, *DGS Deposite Guarantee Scheme*); in tema, F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea. Una sfida per un'Europa*, Milano, Giuffrè, 2013.

regolazione del credito e della moneta.

Ma quanto si è cercato di dimostrare porta ad un'emersione di caratteristiche proprie poste alle radici giuridiche del concetto di risparmio che mal si conciliano, come cercheremo di spiegare, con le forme di limitazione della sovranità nazionale dell'art. 11 Cost., attuate per il settore della moneta e del credito.

Come già ricordato, gli interessi economici volti a scongiurare e superare i periodi di crisi dell'eurozona spingono verso un sistema di regole sempre più uniformi e, quindi, accentratato a livello europeo⁶³.

Se quanto sin qui affermato mantiene un percorso logico conseguente, seppure presentato con grandi semplificazioni, è dunque necessario domandarsi se la tutela del risparmio sancita nei termini dell'art. 47 Cost. rientri o meno nella disponibilità delle limitazioni acconsentibili⁶⁴.

Nel contesto dell'UE, non solo non si è percepita alcuna reazione premiale a favore del risparmio⁶⁵, ma nell'ottica di una stretta interconnessione con la moneta ed il credito, anche il risparmio si conferma destinato, anche a livello comunitario, a seguire la scia di accorpamento, con la conseguenza di attenuare ogni valenza riscontrabile nell'art. 47 Cost. in assenza di un'analogia disposizione a livello comunitario⁶⁶.

La fisionomia economico-finanziaria dell'UE sta mutando nella ricerca di soluzioni che possano superare la crisi dell'eurozona: l'allargamento delle funzioni conferite a livello europeo, in cui oltre alle competenze in materia di moneta, dal 2013, è stata acquisita dalla Bce anche un'attività di vigilanza sul comparto bancario, perseguono l'intento di assicurare una regolazione più uniforme e superare la frammentazione delle forme di vigilanza presenti nei singoli Stati

⁶³ La crisi dei mutui *subprime* si è riverberata sull'intera eurozona dove in un contesto di bassa crescita economica, di squilibri dei conti pubblici e di incremento dei crediti deteriorati nei bilanci delle banche, si è dato avvio ad un sistema europeo di vigilanza unica sul comparto bancario (2014) e all'introduzione di normative di settore, a cominciare dal *Bail-in (Bank Recovery and Resolution*, 2014), per disciplinare, in luogo di interventi pubblici, forme di salvataggio interne

⁶⁴ Mantengono una loro attualità insegnamenti pur risalenti secondo cui ogni reazione a questi imperativi economici porta a situazioni differenziate di crisi economica ed il percorso per fronteggiare questi processi passa per l'UE o come risposta necessitata (G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni cost.*, 1992) o come migliore difesa degli Stati membri contro i rischi della globalizzazione (J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, Milano, Feltrinelli, 2002).

⁶⁵ G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, cit., p. 273.

⁶⁶ L'assenza di un'espressa disciplina sul risparmio a livello comunitario perviene ad una sorta di surrogazione riconducendo la figura del risparmiatore all'interno del sistema di presidi posti a tutela del consumatore, con incerti risultati in merito alla forzata sovrapposizione delle due categorie; per una disamina sulla questione, C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta*, cit., pp. 77 ss.

membri⁶⁷. Ma già dall'avvio del sistema centralizzato di vigilanza sul settore del credito si è riscontrata l'introduzione di normative di settore, come nel caso dei criteri introdotti con il c.d. *Bail-in*, che rischiano di disattendere i presidi minimi di tutela del risparmio⁶⁸.

Con il regolamento 806 del 2014, difatti, si assolve al compito di predisporre soluzioni per evitare i danni prodotti in occasione dei numerosi dissesti delle imprese bancarie. Partendo dalla difficoltà circa la previsione di un possibile dissesto bancario, che di certo non viene agevolata dalla molteplicità di risoluzioni poste in campo dai singoli ordinamenti statali, il punto di partenza dell'unione bancaria risiede nel superare la fase emergenziale ed evitare per il futuro piani di salvataggio pubblico degli istituti in difficoltà⁶⁹: la varietà delle forme di sussidio, il ricorso a denaro pubblico, l'alterazione delle condizioni di uguaglianza per le imprese del settore bancario sono tra le principali criticità che determinano un'attenuazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi all'interno del mercato unico⁷⁰.

È quindi spiegata l'esigenza di un intervento europeo che assicuri una uniformità nelle soluzioni di crisi, superando definitivamente la frammentazione delle prassi nazionali.

⁶⁷ La Bce per effetto del regolamento 1024 del 2013 svolge la vigilanza su 129 banche significative dell'economia, con poteri – tra gli altri – ispettivi e di indagine, di concessione e revoca delle licenze bancarie, di valutazione sulle operazioni di partecipazione e determinazione delle riserve patrimoniali; tra i tanti commenti all'introduzione dell'unione bancaria europea, F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea*, cit.; M. CLARICH, *I poteri di vigilanza della Banca Centrale Europea*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 975; L. DONATO, R. GRASSO, *Gli strumenti della nuova vigilanza bancaria europea. Oltre il testo unico bancario, verso il "single supervisory mechanism"*, in *Banca impresa società*, 2014, p. 3.

⁶⁸ Il deficit di tutela imposto sui risparmiatori è stato diffusamente sollevato sin dai primi commenti, tra cui F. CAPRIGLIONE, *Luci e ombre nel salvataggio di quattro banche in crisi*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 10; A.A. DOLMETTA, *Le tutele mancanti. Scritto per il Convegno "Salvataggio bancario e tutela del risparmio"*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 2; G.L. GRECO, *La tutela del risparmiatore alla luce della nuova disciplina di "risoluzione" delle banche*, in *Banca impresa società*, 2016, pp. 77 ss.

⁶⁹ Come riportato nella relazione Consob del 8 maggio 2017 (p. 6), sia in Europa che negli Stati Uniti, seppur con formule diversificate, si è fatto ricorso al denaro pubblico per «puntellare la stabilità delle banche e scongiurare il rischio di fallimenti. Abbiamo visto nazionalizzazioni e iniezioni di risorse finanziarie fresche a carico dei contribuenti per somme che, nella sola Unione europea, hanno raggiunto i 465 miliardi di euro».

⁷⁰ La soluzione del *Bail-out*, adottata in questi anni di crisi dagli Stati Uniti dopo il fallimento della Lehman Brothers, ha interessato gran parte dei Paesi europei (Germania, Spagna, Irlanda, Paesi Bassi, Grecia, Belgio, Austria, Portogallo; per un'approfondita disamina, G. COLOMBINI, M. CALABRÒ, *Crisi finanziarie. Banche e Stati*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 105 ss.) ed è stato considerato comunque compatibile con la normativa comunitaria sugli aiuti di Stato, in considerazione dell'eccezionalità degli eventi (M. PASSALACQUA, *Aiuti di Stato al settore finanziario nell'amministrazione d'emergenza*, in *Mercato e banche nella crisi*, cit., pp. 260 ss.) tanto che il sistema del *Bail-in*, successivamente introdotto, mantiene comunque la previsione dell'intervento sussidiario e finale dello Stato, una volta applicati i criteri di risanamento interni.

Il meccanismo introdotto prevede un passaggio da un salvataggio esterno (*bail-out*), ad uno interno (*bail-in*), con i costi di stabilizzazione dell'impresa in crisi ripartiti su investitori, azionisti, obbligazionisti (senza alcuna soglia di salvaguardia) e correntisti per depositi superiori ai 100.000 euro, con applicazione perfino retroattiva delle nuove norme⁷¹. I futuri processi di ristrutturazione così oltre ad evitare, come visto, il coinvolgimento della fiscalità generale, porteranno, nell'intendimento della disciplina europea, ad una maggiore vigilanza sul buon funzionamento dell'istituto in circostanze normali da parte dei clienti.

Seppure brevemente riassunti, la concatenazione dei passaggi che introducono e legittimano lo strumento del *Bail-in*, apparentemente logici sul piano economico-finanziario, si palesano come totalmente sbilanciati e privi di un qualsiasi contemperamento a favore delle prerogative di tutela del risparmio.

Se il risparmiatore è considerato tradizionalmente soggetto debole nelle operazioni finanziarie, in questo contesto diviene paradossalmente del tutto inerte! Da un punto di vista soggettivo, infatti, le informazioni e le capacità valutative di un correntista (al pari dei piccoli azionisti...) non potrebbero raggiungere una visione così approfondita da incidere effettivamente sulle politiche del proprio istituto di credito⁷². La previsione appare irrealistica, per un verso, e denuncia, per altro verso, un limite del sistema di vigilanza istituzionale, nazionale e ora europeo⁷³.

Da un punto di vista oggettivo, poi, il coinvolgimento di azionisti e soprattutto di correntisti, che nella distinzione precedentemente avanzata corrispondono rispettivamente a investitori e risparmiatori, appalesa un grave *vulnus*, del tutto ingiustificabile, nei confronti di questi ultimi. In ragione della presenza

⁷¹ Si è correttamente rilevato come «il carattere retroattivo del *bail-in* si è subito rivelato, oltre che di dubbia costituzionalità, un ulteriore fattore di fibrillazione per il sistema bancario, atteso che la nuova disciplina ha, *ex abrupto*, modificato *in pejus* il profilo di rischio dei titoli già posseduti dai risparmiatori nel proprio portafoglio rispetto al momento in cui i titoli erano stati sottoscritti o acquistati; con la conseguenza che un prodotto finanziario emesso e collocato anche vari anni prima, in un contesto del tutto diverso rispetto a quello attuale, è stato trasformato *ex lege* da prodotto finanziario a rischio basso o medio-basso a prodotto a rischio alto o medio-alto»; P. ROSSI, *La disciplina "emergenziale" delle crisi bancarie in Italia: dal decreto "salva banche" al decreto "salva risparmio". Quale protezione per i risparmiatori?* in www.amministrazioneincammino.luis.it, 2017.

⁷² Per quanto il sistema di regole sull'informazione e la trasparenza stia procedendo a livello europeo nella direzione di rafforzamento della posizione del risparmiatore, «da maggior consapevolezza da questi acquisita in merito ai prodotti finanziari acquistati potrebbe comunque non essere sufficiente a sottrarlo da operazioni di salvataggio dell'ente creditizio a cui avesse affidato il proprio risparmio»: così C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta*, cit., pp. 92 ss.

⁷³ Sembra che si profili una sorta di responsabilità dei clienti della banca, ai quali imputare l'effetto negativo di un'eventuale gestione negligente nelle scelte di investimento oltre che, come opportunamente rilevato, rappresentare la scelta di una irragionevole forma di esternalizzazione degli oneri di vigilanza; F. CAPRIGLIONE, *L'Unione bancaria europea*, cit., pp. 109 ss.

dell'art. 47 Cost. – che si ricorda non è riprodotta come norme né nella disciplina europea né nelle altre costituzioni dei Paesi membri – il risparmiatore non può non ricevere una garanzia sulla liquidità che sottrae a forme di speculazione e che accantona per il soddisfacimento di bisogni futuri⁷⁴.

In una prospettiva di gestione unitaria delle politiche economiche, non è semplice contrastare questo processo di devoluzione; ma, come si è cercato di spiegare, il fenomeno del risparmio assume una valenza autonoma rispetto agli equilibri di governo della moneta e del credito. È una valenza che tuttavia non si coglie nella rigida rivendicazione di un bene in sé considerato, bensì nell'ottica dell'espressione di una precisa posizione giuridica soggettiva che deriva direttamente dalla sovranità della persona⁷⁵.

7. Risparmio e sovranità della persona

Nel mutato e mutevole contesto comunitario ed internazionale, si ritiene ancora valido affermare la centralità del contenuto espresso dall'art. 47 Cost., secondo la lettura che si è cercato di sostenere.

Si perviene dunque ad una ricostruzione giuridica della funzione del risparmio contraddistinta da un apporto, un tempo dello Stato, ora prevalentemente comunitario, necessariamente parziale, in quanto una parte constitutiva della funzione medesima - ricollegabile a comportamenti e regole che traggono origine dalla società - non è rappresentata né contemplata dagli attuali organismi di regolazione e controllo della funzione.

Di certo è emerso che il mondo del credito non può essere manipolato e plasmato per decreto⁷⁶. Il capitalismo non tollera regole irrazionali rispetto ai suoi meccanismi, ancorché pesantemente sanzionate: le leggi rispetto alle attività economiche valgono nei limiti in cui sono accolte o ispirate dalla società. Ciò vale ancor più per il risparmio, che è un fenomeno connaturato con la natura

⁷⁴ Sicché il rischio è di configurare nel valore della tutela del risparmio, per come è previsto nella nostra Costituzione, un contro-limite «da opporre ad un diritto europeo che di quel valore avalla un trattamento incompatibile con un quadro costituzionale interno», in attesa che questo disallineamento tra l'ordinamento interno e quello comunitario assicuri un bilanciamento più adeguato alla copertura dell'art. 47 Cost.: v. ancora C. BUZZACCHI, *Risparmio, credito e moneta*, cit., pp. 94 ss.

⁷⁵ Il richiamo alla sovranità popolare quale riconoscimento dell'ordine giuridico della società e della completa funzionalizzazione dell'autorità viene teorizzato in particolare in L.R. PERFETTI, *La dimensione pubblica dei diritti individuali. Il coordinamento degli enforcement amministrativi e giudiziari nell'Unione Europea e l'emergere del diritto comune europeo*, in *Annali italiani del diritto d'autore*, vol. XXI, 2012, p. 338; e da ultimo, ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, a cura di S. Perongini, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 119 ss.

⁷⁶ G. DI PLINIO, *Il risparmio nella Costituzione economica europea*, cit., p. 295.

umana, precede il momento della giuridicizzazione e può essere ricondotto verso qualsiasi bene che, in un dato momento storico, individua un parametro di ricchezza da accantonare per esigenze future.

I tratti distintivi della nozione giuridica di risparmio si compongono dunque in una struttura complessa che racchiude il valore, la pretesa sociale ed il diritto soggettivo⁷⁷. Il risparmio viene a collocarsi nell'ambito del pieno godimento dei diritti fondamentali della persona, in considerazione della connaturale vocazione che da sempre completa l'esigenza umana di soddisfare i bisogni attuali e futuri, sicché le autorità economiche ed i piani di regolazione del settore devono corrispondere funzionalmente alla tutela oltre che alla promozione del medesimo. Ed è inoltre incontrovertibile come il presidio del valore del risparmio come proiezione della sovranità popolare trovi espressa conferma nei termini di esercizio, laddove non risultano, quanto alle «forme» e «limiti della Costituzione» vincoli di alcun tipo espressi dall'art. 47 Cost, riservati, al contrario, nei confronti delle politiche sul credito. Per dirla altrimenti, se la giuridicità promana dalla *Società* e non dallo *Stato*, si avrà la conseguenza che le attività legate al risparmio non cesseranno, ma troveranno allocazioni alternative ai canali tradizionali di raccolta, se questi ultimi non corrisponderanno ai bisogni di protezione richiesti.

Nell'ottica funzionale del risparmio, l'accumulo e l'utilizzazione delle risorse non sono manifestazioni rette da finalità inconciliabili con la garanzia del mantenimento delle risorse. Per chiarire meglio: se la Repubblica persegue l'interesse pubblico alla formazione del risparmio e dunque assicura le condizioni (economiche, giuridiche, sociali ecc.) per rendere concreto il valore assunto dall'art. 47 Cost., il soggetto risparmiatore non può non trovare l'attuazione di quella tutela verso le risorse già esistenti, attraverso modalità regolate in conformità alle garanzie costituzionali.

Occorre in conclusione rilevare come, accanto ad una relazionalità del risparmio con le altre disposizioni di stampo economico, vi è un altrettanto fondamentale riconoscimento costituzionale nella posizione economica della persona, che non va ostacolata, ma che necessita di ogni sforzo per assicurarne la crescita materiale e spirituale.

⁷⁷ Ogni libertà e ogni diritto, in un ordinamento come il nostro che riserva la sovranità al popolo, sono quote di quest'ultima che i cittadini riservano a sé stessi nella Costituzione: così L.R. PERFETTI, *I diritti sociali*, cit., p. 104.

II
STUDI

GIUSEPPE MANFREDI

Professore ordinario di Diritto amministrativo

presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Piacenza
giuseppe.manfredi@unicatt.it

NULLAMENTO DOVEROSO?

NECESSARY ANNULMENT?

SINTESI

Lo scritto esamina la questione del cosiddetto nullamento doveroso, ossia dei casi in cui la pubblica amministrazione è vincolata ad annullare i propri atti, che negli ultimi anni è oggetto di sempre maggiore attenzione da parte della letteratura giuridica. A tal fine si procede innanzitutto a riferire degli orientamenti dottrinali che in passato consideravano l'annullamento d'ufficio oggetto di un potere vincolato, e a esporre le ragioni per le quali invece è prevalsa in giurisprudenza e in dottrina una sistemazione di questo istituto che considera il potere in parola di natura squisitamente discrezionale: sistemazione la quale è stata senz'altro ripresa nella legificazione dell'istituto che è avvenuta tramite l'emanazione dell'art.21-*nonies* della legge n.241 del 1990. Vengono poi esaminati in primo luogo gli orientamenti giurisprudenziali in tema di annullamento degli atti cosiddetti anticomunitari, di annullamento per motivi finanziari e di annullamento degli atti in tema di edilizia. In secondo luogo, la modifica dell'art.21-*nonies* della legge n.241 del 1990 disposta dalla legge n.164 del 2014, le norme *ex art.52* del Codice della giustizia contabile *ex d.lgs. n.174* del 2016, quelle sul preavviso di ricorso previsto dal Codice dei contratti pubblici del 2006, sull'autotutela in tema di segnalazione certificata di inizio attività, sulle raccomandazioni vincolanti dell'Autorità nazionale anticorruzione previste nella versione originaria del Codice dei contratti pubblici del 2016, sul dovere di provvedere *ex art.2* della legge n.241 come modificato dalla legge n.190 del 2012. In esito a questa disamina, si giunge ad affermare che a oggi nell'ordinamento italiano l'annullamento doveroso è una evenienza del tutto eccezionale, e che la doverosità per lo più si risolve in un dovere di procedere su istanze di soggetti privati, senza però che l'amministrazione sia vincolata a provvedere all'annullamento; e infine vengono ipotizzate alcune delle tendenze che potrebbero emergere in futuro.

ABSTRACT

The paper examines the so called “dutiful *ex officio annulment*” (annullamento d’ufficio doveroso), *i.e.* the cases in which the public administration has an obligation to quash its own decisions when they are unlawful. This topic has been increasingly at the center of the Italian legal scholars’ debate, especially in the last

few years. In particular, after analyzing the oldest main legal scholar's theories according to which public administration always has an obligation to quash ex officio its own unlawful decision, the paper explains why, over the years, Courts and legal scholarship in Italy have interpreted this power mainly as a discretionary power. As a consequence, also Article 21-nones of the Law No 241/1990 (Administrative Procedure Law) on the ex officio annulment -as amended in 2005- was a kind of restatement of this consolidated jurisprudential and scholar trend. However, Courts have continued to infer that there is an obligation on the public administration to quash an unlawful administrative decision in a few hypotheses: when an administrative decision is adopted in breach of the EU law, when the ex officio annulment can save or reduce spending costs for the public administration, when administrative decision is adopted in breach of planning law. The paper critically analyzes all these cases. Furthermore, this contribute analyzes recent rules that seem to introduce new hypothesis of "dutiful ex officio annulment", such as, for example, Art. 21-nones of the Law No 241/1990, as amended by the Law No. 164/2014; Art. 52 of the Legislative Decree No. 174/2016 (s.c. Code of Accounting Justice); Art. 243-bis of the Legislative Decree No. 163/2006 (the former Italian Code on Public Procurement); the original version of Art. 211 of the Legislative Decree 50/2016 (new Italian Code on Public Procurement); and Art. 2 of the Law No. 241/1990, as amended by the Law no. 190/2012 (Italian Anti-corruption Law). Against this backdrop, the paper infers that the ex officio annulment is still, as a general rule, a discretionary power and that public administration only has the duty to start the ex officio annulment procedure, without any obligation to quash an unlawful administrative act. However, the paper leaves open the door to some new trends that might occur in the future.

PAROLE CHIAVE: annullamento, autotutela, poteri discrezionali, poteri vincolati, dovere di provvedere

KEYWORDS: Ex Officio Annulment, The Second Degree Procedure and Administrative Self-Protection, Discretionary Powers, Bound Administrative Powers, Duty to Act.

INDICE: 1. Premessa – 2. L'annullamento d'ufficio prima della legge n.15 del 2005: l'affermazione in via generale del carattere discrezionale dell'annullamento – 3. Segue: le figure speciali e gli orientamenti giurisprudenziali sull'interesse pubblico in re ipsa – 4. La legificazione del 2005 dei principi generali in tema di annullamento, e le vicende degli orientamenti sull'interesse pubblico in re ipsa: l'annullamento per motivi finanziari – 5. Segue: l'annullamento degli atti viziati da illegittimità comunitaria – 6. Segue: l'annullamento degli atti in tema di edilizia – 7. La modifica dell'art.21-nones ex lege n.164 del 2014 e l'art.52 del Codice di giustizia contabile – 8. Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac – 9. Annullamento d'ufficio e Adr. Il paradigma dell'autotutela tributaria – 10. Le figure speciali di istanza di annullamento: il preavviso di ricorso nel Codice dei contratti pubblici del 2006 e le sollecitazioni in tema di s.c.i.a. – 11. La configurabilità in via generale di un obbligo di provvedere sulle istanze di annullamento: in particolare, in considerazione della modifica dell'art.2 della legge n.241 del 1990 ex lege n.190 del 2012 – 12. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Oggetto di questo scritto è ciò che usualmente viene definito come “annullamento doveroso”, ossia un argomento che negli ultimi tempi sembra suscitare un crescente interesse da parte della dottrina¹.

Per come viene impiegata, l'espressione non è del tutto priva di ambiguità, in particolare perché, come vedremo più avanti, pare che con essa a volte si voglia intendere che la pubblica amministrazione è tenuta a procedere d'ufficio ad annullare i provvedimenti illegittimi, e altre volte invece che è obbligata a procedervi su domanda di un privato²: per cui sembra che nel primo caso la doverosità venga considerata principalmente funzionale a esigenze di legalità oggettiva e/o del buon andamento dell'azione amministrativa, e nel secondo caso invece a esigenze di tutela degli interessi dei privati pregiudicati dal provvedimento.

Anche a prescindere da ciò, essa potrebbe sembrare imprecisa perché, a ben vedere, in forza del generalissimo principio di funzionalità tutti i poteri amministrativi, vincolati o discrezionali che siano, sono comunque connotati dalla doverosità³: e dunque per indicare il concetto, o i concetti di cui s'è appena detto, forse sarebbe meglio parlare di annullamento vincolato – o, magari, per riprendere altre formule impiegate in proposito dalla dottrina, di annullamento necessitato, o di annullamento obbligatorio, o, ancora, di annullamento dovuto⁴.

Nondimeno l'espressione annullamento doveroso negli ultimi anni viene impiegata correntemente, e senza che ciò abbia dato adito a particolari equivoci

¹ Cfr., tra gli studi più recenti che si sono occupati della questione in generale, il lavoro monografico di S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, e gli scritti di C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm.-CDS*, 2012, p. 2946 e ss., S. TATITI, *L'annullamento d'ufficio tra doverosità e discrezionalità*, in *Riv. trim. app.*, 2013, p. 147 e ss., P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, p. 21 e ss., S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, n.16/2016, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, ivi, n.5/2017.

² Come rilevano ad es. S. TUCCILLO, *Autotutela*, cit., N. POSTERARO, *Sui rapporti*, cit.

³ Così S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema d'annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1251 e ss. Sulla generale doverosità dei poteri amministrativi cfr., da ultimo, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

⁴ La prima definizione viene proposta da S. VALAGUZZA, *La concretizzazione*, cit., mentre la seconda veniva usata in particolare dalla dottrina meno recente: v., ad es., G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 154 e ss., V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, spec. 257 e ss., E. CANNADA BARTOLI, *Ann nullabilità e annullamento*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1958, II, p. 488 – ove questo a. impiega anche la terza.

(a oggi non pare che si immagini che l'annullamento d'ufficio, se non “doveroso”, sia oggetto di una mera facoltà dell'amministrazione, anziché di un potere-dovere discrezionale), sicché non vi sono ragioni per non farne uso anche in questa sede.

Ora, può sembrare curioso che per questo aspetto (o per questi aspetti) la disciplina e la natura stessa dell'annullamento d'ufficio risultino perplesse proprio ora, a soli pochi anni di distanza da quando, dopo essere stata il frutto di una elaborazione pretoria della giurisprudenza per oltre un secolo, la figura è stata legificata tramite l'inserimento nella legge n.241/1990 dell'art.21-*nonies*, disposto dalla legge n.15/2005: ossia tramite una disposizione che pare confermare la natura discrezionale del potere in discorso.

Inoltre, come si dirà fra poco, la nozione di annullamento doveroso di primo acciò parrebbe addirittura evocare sistemazioni dell'annullamento d'ufficio che sembravano superate almeno dalla metà dello scorso secolo.

E' però il caso di chiarire sin d'ora che qui non ci si trova di fronte a un'altra dimostrazione del fatto che la scienza giuridica, come tutte le scienze umane, non è incrementale, o cumulativa, per cui talvolta finisce per ritornare a schemi e idee del passato.

L'interesse odierno per questa tematica è infatti senz'altro giustificato, per tacer d'altro perché attualmente in tema di annullamento d'ufficio si riscontra un incrocio tra una sorta di inerzia culturale di una parte della giurisprudenza e la recente emanazione di disposizioni che ben possono far pensare alla configurabilità di un qualche tipo di annullamento non discrezionale.

Per cui nelle prossime pagine cercheremo di vedere se nel nostro ordinamento sia effettivamente ravvisabile la figura in discorso.

2. L'annullamento d'ufficio prima della legge n.15 del 2005: l'affermazione in via generale del carattere discrezionale dell'annullamento

Per spiegare gli assetti odierni dell'annullamento d'ufficio per il profilo che qui interessa occorre però innanzitutto ricordare (con la massima sintesi possibile, anche perché la vicenda è ampiamente nota) quali erano gli assetti dell'istituto prima della legificazione dello scorso decennio.

La vicenda dell'annullamento in definitiva è solo l'ennesima conferma

della matrice giurisprudenziale di un'ampia parte del nostro diritto amministrativo⁵, perché, come s'è detto, la figura che ci interessa sino al 2005 non aveva nessuna precisa base legislativa, e a partire da fine ottocento era stata elaborata da un orientamento pretorio della giurisprudenza, unitamente alla contigua figura della revoca - anzi, sino agli anni venti del novecento la giurisprudenza qualificava come revoca ogni atto di ritiro di precedenti provvedimenti, e solo in seguito s'era chiarito che l'annullamento consiste nel ritiro determinato da motivi di legittimità⁶.

In dottrina nella prima metà dello scorso secolo natura e caratteri dell'istituto furono controversi: per quanto qui interessa va ricordato che in questo periodo non mancavano autori che possono considerarsi antesignani dell'annullamento doveroso, come ad esempio Vincenzo Romanelli, che negli anni trenta sosteneva che il potere di annullamento deve ritenersi connotato dalla obbligatorietà, sulla base di “quella norma fondamentale, derivante dalla nozione stessa di Stato giuridico, e che si sintetizza nel principio di legalità a cui deve informarsi la pubblica amministrazione, nell'interesse imprescindibile della sua azione amministrativa”⁷.

Questa posizione non ebbe però seguito, perché invece prevalse quella che, in consonanza con gli orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato⁸, affermava che il potere in questione ha natura senz'altro discrezionale.

Sempre negli anni trenta del novecento questa seconda tesi veniva sostenuta ad esempio da Giuseppe Codacci Pisanelli⁹, e da Santi Romano, secondo cui occorreva valutare di volta in volta se l'annullamento “giovi, nel caso concreto, agli interessi della pubblica amministrazione, e sia conforme in genere a tutti i requisiti che si richiedono per l'uso di poteri discrezionali. In altri termini:

⁵ Rilevata anche di recente da A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, p. 691 e ss. Ma v. almeno anche A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 1373 ss., S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 1 e ss.

⁶ Un'attenta ricostruzione degli iniziali orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in tema di annullamento d'ufficio e di revoca si rinviene in A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 1 e ss.

⁷ V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., p. 262: la tesi peraltro non era isolata, dato che in precedenza era stata sostenuta dagli autori richiamati in *op. ult. cit.*, 257, nt. 4. La sistemazione proposta da Romanelli è stata ricordata di recente da B.G. MATTARELLA, ne *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in AA.VV., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 289 e ss., per dimostrare i diversi modi in cui l'autotutela può rapportarsi al principio di legalità.

⁸ Cfr. E. CANNADA – BARTOLI, *Annullabilità*, loc. cit.

⁹ G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., p. 151 e ss.

la pubblica Amministrazione, nelle ipotesi di cui è in parola, non pronuncia l'annullamento per l'imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quando questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata”¹⁰.

La stessa impostazione negli anni cinquanta era stata ripresa anche nella sistemazione generale dell'autotutela di Feliciano Benvenuti, ove appunto si sosteneva che tutti i poteri di autotutela spontanea (nel cui novero come noto veniva ricondotto anche il potere di annullamento) non tendono “alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato”, ma, piuttosto, “a soddisfare un interesse concreto e immediato della amministrazione”¹¹.

L'affermazione della natura discrezionale del potere in discorso ovviamente lasciava adito alla consueta ponderazione tra l'interesse perseguito dalla pubblica amministrazione e quelli dei privati nei cui confronti l'annullamento può produrre effetto.

In quest'ottica l'amministrazione poteva dunque considerarsi vincolata ad annullare gli atti illegittimi solo nelle ipotesi che esulavano da ciò che Benvenuti definiva come autotutela spontanea, ossia nel settore dei controlli, e in quello dei ricorsi amministrativi¹².

Ed è quasi inutile ricordare che per quasi mezzo secolo, sino all'emana-zione della legge n.15/2005, questa sistemazione in sostanza ha costituito il paradigma degli assetti dell'annullamento d'ufficio.

Che essa sia stata preferita alla sistemazione in termini di doverosità (od obbligatorietà, o necessità), si riallaccia alla dialettica tra i diversi interessi che possono venire in rilievo a fronte dell'esercizio del potere in questione, alcuni dei quali vanno nel senso della rimozione dell'atto, mentre altri vanno nel senso del suo mantenimento¹³.

Detto con una buona dose di approssimazione, tra gli interessi che vanno nel senso della rimozione può esservi quello di restaurare la legalità violata dal provvedimento illegittimo; quello di perseguire uno specifico interesse concreto della pubblica amministrazione; quelli dei soggetti privati che dall'atto ricevono

¹⁰ S. ROMANO, *Annullo (teoria dell')* nel diritto amministrativo, voce in *Nuovo dig. it.*, Torino, I, 1937, p. 475.

¹¹ F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, IV, 1959, p. 544.

¹² F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit. Nello stesso peraltro opinava già S. ROMANO, *Annullo*, cit., in riferimento ai controlli.

¹³ Cfr., in proposito, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 e ss., G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, Cedam, 2004, p. 83 e ss.

un qualche tipo di pregiudizio: e questi soggetti possono essere sia i diretti destinatari dell'atto - ad esempio, il destinatario di un ordine di demolizione di un fabbricato -, sia terzi interessati - ad esempio, i proprietari dei terreni che confinano con un'area che viene edificata grazie a un permesso di costruire.

Tra gli interessi che invece vanno nel senso del mantenimento, quello di assicurare la stabilità dei rapporti giuridici e quelli dei privati che dal provvedimento ricevono un qualche tipo di vantaggio – che anche qui ovviamente possono essere sia diretti destinatari dell'atto, sia terzi interessati.

Peraltro questi interessi per lo più si ricollegano a diversi principi giuridici, che nell'ordinamento vigente, dove la Costituzione secondo molti viene persino sovrainterpretata, possono considerarsi tutti dotati di una qualche più o meno salda copertura costituzionale: quelli che tendono alla rimozione ovviamente si collegano al generale principio di legalità, o a quello dell'inesauribilità del pubblico potere¹⁴, a sua volta connesso al principio del buon andamento; quelli che tendono al mantenimento, al principio della tutela dell'affidamento¹⁵, e a quello della certezza dei rapporti giuridici, corollario della certezza del diritto¹⁶ - che in genere va di pari passo con il principio di legalità, ma qui invece va in senso opposto.

Gli assetti dell'annullamento in definitiva dipendono dalla giuridica rilevanza che viene attribuita agli interessi in parola.

La questione peraltro si pone in termini analoghi in tutti gli ordinamenti a diritto amministrativo: e in tutti è una costante la ricerca di una soluzione di compromesso, che reca a limitazioni del potere di annullamento¹⁷.

Nel nostro ordinamento, in assenza di una precisa disciplina legislativa, in sostanza il compromesso si è potuto realizzare attraverso la sostanziale emargi-

¹⁴ V. G. CORSO, *Validità (dir. amm.)*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, XLVI, 1993, p. 106, e, *amplius*, A. CONTERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, Esi, 1991.

¹⁵ V., per tutti, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970, p. 100 e ss.

¹⁶ V. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2014, p. 249, il quale evidenzia che il principio ha una valenza in parte diversa da quello della tutela dell'affidamento, ove rileva che «l'effetto di precarietà ... può causare un pregiudizio anche per l'interesse pubblico, disincentivando gli operatori privati a entrare in relazione con l'amministrazione con possibili perdite per il benessere collettivo», e cfr. M. RAMAJOLI, *L'annullamento*, cit., p. 101, nt.5.

¹⁷ V., tra i tanti, G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, Neri Pozza, 1964, p. 70, e, nella letteratura più recente, A. CASSATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in *Dir. e form.*, 2004, spec. p. 241 e ss., e gli studi pubblicati in D. CORLETO (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, Cedam, 2007, e in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011.

nazione dell'interesse al ripristino della legalità, che risulta difficilmente conciliabile con interessi di segno opposto, e tramite l'affermazione che l'annullamento deve necessariamente passare attraverso la ponderazione fra gli altri interessi; oltre che attraverso l'affermazione della rilevanza del decorso del tempo, che come si suol dire consolida gli interessi alla conservazione del provvedimento.

Corollario di questa ricostruzione come noto è poi anche che l'amministrazione non viene considerata tenuta a rispondere alle domande di annullamento presentate dai privati¹⁸ – salvo ovviamente che nel caso dei ricorsi amministrativi.

3. Segue: le figure speciali e gli orientamenti giurisprudenziali sull'interesse pubblico *in re ipsa*

La sistemazione in parola aveva però una valenza generale, e non era *tout court* applicabile alle ipotesi di annullamento d'ufficio previste e disciplinate da norme speciali¹⁹.

Ciò avveniva tipicamente riguardo all'annullamento governativo straordinario, già previsto nei testi dei regolamenti di esecuzione della legge comunale e provinciale successivi al 1865, e che all'epoca in cui scrivevano gli autori che abbiamo appena citato era disciplinato dall'art.6 del testo unico della legge comunale e provinciale del 1934²⁰.

E' una fattispecie che lo stesso Benvenuti considerava "difficilmente riconducibile all'ipotesi dell'autotutela amministrativa"²¹, e che la giurisprudenza amministrativa anche in tempi recenti considera retta da principi peculiari, affermando che qui la prevalenza delle ragioni di interesse nazionale fa sì che "la

¹⁸ Cfr., per tutti, A. CONTIERI, *Il riesame*, spec. p. 41 e ss.

¹⁹ Una rassegna delle principali tra queste ipotesi si può leggere in R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (diritto amministrativo)*, voce in *Enc. dir. Annali*, II, Milano, Giuffrè, 2008, p. 912.

²⁰ Che recitava: «il governo ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, di ufficio o su denuncia, sentito il consiglio di Stato, gli atti viziati da incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge o di regolamenti generali o speciali». In seguito la norma è stata ripresa prima nell'art.2, comma 3, lett. p) della legge n.400 del 1988, e poi nell'art.138 del d.lgs. n.267 del 2000: v., per tutti, G.M. RACCA, *Art.138*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, a cura di R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO, Padova, Cedam, 2006, p. 748 e ss., A. GULLETTA, A. PAVANINI, *Art.138*, in *L'ordinamento degli enti locali*, a cura di M. BERTOLISSI, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 554 e ss.

²¹ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., 543, nt.38. In questo senso v. anche F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 541. Non a caso in dottrina si era proposto di ricondurre la figura al novero degli atti di alta amministrazione: v. G. CUGURRA, *L'annullamento governativo come atto di alta amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 604 e ss.

tutela del privato risulta(i) attenuata, per ciò che attiene a principi in materia di comparazione degli interessi, elaborati dalla giurisprudenza con riguardo agli atti di autotutela”²².

Qui però siamo ben lontani da un annullamento doveroso, perché anzi in genere si ritiene che il potere di annullamento straordinario si connoti per una discrezionalità ancora più ampia del consueto²³.

E avveniva anche riguardo all’obbligo dell’amministrazione di conformarsi al giudicato dei giudici ordinari previsto dall’art.4 dell’All. E della legge n.2248 del 1865.

Ma in genere si è sempre sostenuto che anche questa *species* di annullamento conserva comunque natura discrezionale, e che essa si discosta dagli assetti consueti solo perché occorre dimostrare la sussistenza di un interesse pubblico concreto per non procedere ad annullare l’atto considerato illegittimo dal G.O., piuttosto che per procedere in tal senso – identica sistemazione peraltro è stata data a ipotesi analoghe, come quella dell’obbligo di conformarsi alla decisione negativa di un organo di controllo a cui non compete il potere di annullamento, oppure quella dell’annullamento di un atto consequenziale come conseguenza dell’annullamento dell’atto presupposto²⁴.

E dato che la sistemazione in discorso, oltre a non avere una precisa base legislativa, non aveva neppure un fondamento costituzionale (è noto che Benvenuti considerava l’autotutela come un “residuo” dello Stato assoluto, che costituiva un’eccezione alla separazione dei poteri²⁵), essa non poteva neppure vincolare il legislatore.

Il legislatore negli anni novanta dello scorso secolo nell’art.6 della legge n.127 del 1997 aveva appunto previsto un’ipotesi di annullamento che in modo inequivoco risulta interamente vincolato²⁶, non a caso definita in dottrina come

²² T.A.R. Lazio, I-bis, 454/1997, richiamata da G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 696, nt.17.

²³ V. ad es. Corte Cost. n. 229/1989, in *Le Regioni*, 1990, p. 1190 e ss., con note di V. COCOZZA, *Annullo governativo e autonomia regionale*, e di C. BARBATI, *L’annullamento governativo degli atti regionali illegittimi: alla ricerca del «perché» di una scelta legislativa*, che - in relazione all’art.2 della l. n.400/1988 – per quanto qui interesse ha rilevato che l’annullamento straordinario è connotato dalla «facoltatività», e dalla «ampia discrezionalità della valutazione relativa alla presenza di un interesse attuale di carattere generale in grado di giustificare l’intervento straordinario del Governo».

²⁴ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, I, p. 710, V. CERULLIIRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 499, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 633.

²⁵ F. BENVENUTI, *Autotutela*, cit., p. 538.

²⁶ «Entro e non oltre tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge gli enti locali sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 giugno 1983, n. 347 e

autotutela impropria, o pseudo-autotutela²⁷: ipotesi che peraltro era andata indenne da censure di legittimità costituzionale nella sentenza della Consulta n.75/2000, ove si era rilevato che “in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale”²⁸.

Ed è sempre l'assenza di una base legislativa che probabilmente ha contribuito al sorgere di alcuni orientamenti giurisprudenziali che hanno seguito percorsi che si discostano dai principi consueti.

Tra essi i più rilevanti erano quello relativo ai casi in cui il provvedimento ha recato un illecito esborso di denaro pubblico, quello relativo agli atti di assenso edilizi, e quello inherente gli atti viziati dalla c.d. illegittimità comunitaria, o anticomunitari²⁹.

Nei primi due casi spesso si affermava che l'interesse pubblico ad annullare il provvedimento illegittimo è *in re ipsa*.

Questa formula non è del tutto perspicua, ma pare comunque voler significare non tanto che qui i giudici ravvisano un interesse al ripristino della legalità, quanto, piuttosto, che essi ravvisano un qualche tipo di interesse pubblico specifico ad annullare che risulta talmente rilevante da prevalere sempre e comunque su tutti gli altri interessi coinvolti, e che dunque rende superflua ogni forma di ponderazione³⁰.

Anche se, per vero, la questione è sempre rimasta connotata da una certa opacità, perché qui la particolare considerazione riservata a questo o a quell'interesse si intrecciava con la cosiddetta dequotazione della motivazione³¹.

La pigrizia dei funzionari spesso faceva sì che le amministrazioni si limitassero a motivare solo in ordine alla sussistenza di un determinato interesse ad annullare, senza far cenno alle ragioni per cui esso prevale sugli altri interessi, e i giudici omettevano di censurare i vizi inerenti la motivazione formale perché ritenevano corretta la motivazione materiale, ossia perché ritenevano fondate le (supposte) ragioni effettive della decisione amministrativa: e così alla fine non

successive modificazioni ed integrazioni, e a bandire contestualmente i concorsi per la copertura dei posti resisi vacanti per effetto dell'annullamento».

²⁷ F.G. SCOCA, *Un'ipotesi di autotutela impropria*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 810 e ss.

²⁸ Anche se, per vero, non va dimenticato che la Consulta da anni annette rilievo costituzionale alla tutela dell'affidamento del cittadino: v., per tutti, F. MANGANARO, *Princípio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Esi, 1995.

²⁹ Per una puntuale disamina di questi orientamenti si rinvia a S. VALAGUZZA, *La concretizzazione*, cit.

³⁰ Così, sempre puntualmente, S. VALAGUZZA, *La concretizzazione*, cit.

³¹ Secondo la nota definizione di M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, voce in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 268 ss.

era agevole comprendere né le effettive ragioni della decisione della pubblica amministrazione, e neppure quelle della decisione del giudice³².

In ogni caso, il ragionamento sotteso a questo modo di decidere risultava opinabile, data la mancanza di norme che nei procedimenti di annullamento giustificassero un trattamento privilegiato per la tenuta dei conti pubblici o per la tutela del territorio, anziché per la tutela della concorrenza e del mercato, o per qualsivoglia altro tipo di interesse pubblico³³.

Per cui l'affermazione dell'interesse *in re ipsa* in questo o in quel settore dell'attività amministrativa poteva considerarsi un episodio di empirismo, perché questa affermazione finiva per essere rimessa alle preferenze contingenti del giudice, magari ispirate dalla sensibilità corrente in un determinato momento per questo o per quel problema.

Ma d'altro canto non v'è da stupirsi più di tanto se un orientamento pretorio contraddiceva un altro orientamento pretorio, perché tale – nonostante le sistemazioni dottrinali di cui s'è detto – era pure l'indirizzo generale della giurisprudenza in tema di annullamento d'ufficio.

Sicuramente doveroso veniva invece ritenuto l'annullamento dei provvedimenti contrari alle norme comunitarie.

La questione come noto è complessa, e in passato è stata anche oggetto di ricostruzioni dottrinali approfondite e raffinate, ma ai nostri fini è sufficiente ricordare che negli scorsi decenni la Corte di Giustizia aveva cercato di applicare ai provvedimenti amministrativi emanati dalle amministrazioni degli Stati membri in violazione del diritto comunitario una soluzione analoga a quella rinvenuta per il contrasto tra norme comunitarie e norme interne: e negli anni novanta questo indirizzo era stato ripreso anche dalla giurisprudenza del nostro Consiglio di Stato, che dunque aveva iniziato ad affermare che i provvedimenti anticomunitari devono essere senz'altro ritirati³⁴.

Per cui, riassumendo, prima del 2005 in via generale l'annullamento d'ufficio poteva considerarsi oggetto di un potere senz'altro discrezionale: le vere e

³² V. in proposito le puntuali critiche di A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, Cedam, 2013, *passim*.

³³ V., in questo senso, R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, Mondazzi, 2001, p. 1580 e ss.

³⁴ In particolare in C.S., IV, 18.1.1996, n.54, e 5.6.1998, n.918. Su questi orientamenti v. almeno D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, p. 35 e ss., V. CERULLIIRELLI, M. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno*, ivi, 2007, p. 859 e ss., M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, ivi, 2008, p. 477 e ss., F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 439 e ss.

proprie eccezioni alla regola erano abbastanza limitate, e in sostanza consistevano nei casi che esulavano dall'autotutela spontanea (gli annullamenti disposti in sede di controllo e in esito ai ricorsi amministrativi), nella fattispecie regolata dalla norma speciale, e a efficacia temporanea, di cui all'art.6 della legge n.127 del 1997, e nell'annullamento degli atti viziati da illegittimità comunitaria.

4. La legificazione del 2005 dei principi generali in tema di annullamento, e le vicende degli orientamenti sull'interesse pubblico in *re ipsa*: l'annullamento per motivi finanziari

Venendo ora alla legificazione dello scorso decennio, ai nostri fini va detto innanzitutto che la versione originaria dell'art.21-*nonies*, rimasta in vigore sino al 2014, aveva ripreso interamente le norme e i principi generali che in precedenza erano stati elaborati dalla giurisprudenza e dalla dottrina, in particolare per quanto riguarda l'esigenza di perseguire un interesse pubblico specifico, diverso da quello alla legalità, e l'obbligo di ponderazione tra questo e gli altri interessi coinvolti ("Il provvedimento amministrativo illegittimo ... 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")³⁵: e dunque in questo modo aveva confermato senz'altro la natura squisitamente discrezionale del potere in questione³⁶.

Ora, ci si sarebbe potuti attendere che l'entrata in vigore di questa disposizione avrebbe segnato la fine degli orientamenti giurisprudenziali che si discostavano dai principi generali, dei quali s'è appena detto, perché ormai non si trattava più di divergere da un orientamento di origine pretoria, ma, piuttosto, di non dare applicazione a una precisa disposizione di legge, una volta tanto chiara e univoca.

In realtà così non è stato: certo, la presenza dell'art.21-*nonies* non è stata

³⁵ In questo senso si erano espressi già i primi commentatori della disposizione quali B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 480, e A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n.15 del 2005. Prime riflessioni*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, Giappichelli, 2005, p. 216. Sui lavori preparatori della legge n.15/2005 v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2004.

³⁶ V., oltre agli autori citati nella nota precedente, P.M. VIPIANA, *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi*, Padova, Cedam, 2007, p. 84 e ss., G. BERGONZINI, *Art.21-*octies* della legge n.241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 231 e ss.

del tutto priva di effetti, ma per lo più altri sono stati i fattori che negli ultimi anni hanno determinato le vicende degli orientamenti in parola.

Il più remoto tra questi orientamenti, quello sull'annullamento per motivi finanziari, era stato legificato anch'esso circa due mesi prima di quello per così dire generale, nel comma 136 dell'art.1 della legge finanziaria per il 2005, la legge n.311/2004: “Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, 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”³⁷.

Ovviamente la quasi contemporanea emanazione di due disposizioni in tema di annullamento formulate in modo così sensibilmente diverso risultava abbastanza incongrua, e, per solito, poneva un problema di soluzione dell'antinomia (il vecchio postulato della coerenza dell'ordinamento imporrebbbe anche di aggiungere: apparente) che così si era venuta a creare.

Pare che, come talvolta accade (forse non di frequente come sarebbe auspicabile), a livello ministeriale ci si fosse resi conto dell'esigenza di mantenere un minimo di ordine nella disciplina dell'annullamento d'ufficio, dato che il Ministero della Funzione pubblica aveva proposto una soluzione per questa antinomia nella direttiva del 17 ottobre 2005.

Scartando le due soluzioni che forse erano più ovvie (ovvero: la norma della legge finanziaria non era stata abrogata in esito all'entrata in vigore della norma, di portata generale, *ex lege* n.15, in virtù del principio per cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali*; la norma della legge finanziaria invece era stata implicitamente abrogata dall'entrata in vigore della nuova norma perché questa, ai sensi dell'art.15 disp. prel. cod. civ., era intesa a regolare “l'intera materia”), la direttiva aveva proposto di leggere la formula sull'annullamento per motivi finanziari alla luce dei principi dettati dall'art.21-*nonies*.

Ed essa aveva dunque sostenuto che «la portata delle disposizioni contenute dal comma 136 dell'articolo 1 della legge n.311/2004 può essere chiarita alla luce delle disposizioni della legge n.15/2005 che hanno disciplinato in via generale (l'annullamento) d'ufficio», e, pertanto, che «il legislatore si limita a

³⁷ Che in questo modo fosse stato legificato l'orientamento in parola era stato rilevato già dai primi commentatori di questa disposizione, e, in particolare, da R. GIOVAGNOLI, *Autotutela e risparmio di spesa nella finanziaria 2005*, in *Urb. app.*, 2005, p. 395 e s.

richiedere che l'amministrazione, nel valutare se procedere o meno all'annullamento dell'atto ritenuto illegittimo, operi tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati³⁸: per cui anche qui l'annullamento avrebbe dovuto avere natura discrezionale, e sarebbe dovuto passare attraverso la consueta ponderazione fra tutti gli interessi coinvolti.

Ma dato che a volte anche le leggi hanno un'effettività pari a quella delle grida manzoniane una direttiva probabilmente non era lo strumento più adeguato per risolvere la questione; e infatti le prassi amministrative e la giurisprudenza dei Tribunali amministrativi e del Consiglio di Stato non si sono curate delle indicazioni ministeriali, e hanno affrontato l'antinomia nei modi più diversi³⁹.

Comunque, anche quando la giurisprudenza del Consiglio di Stato riteneva che la disposizione *ex l. n.311* non fosse stata abrogata, affermava che il potere ivi previsto aveva natura discrezionale, osservando che il tenore della disposizione in parola «come reso evidente al termine *può* che precede la scelta di disporre dell'annullamento l'ufficio, non fa venir meno la natura ampiamente discrezionale di detta potestà che non può essere resa coercibile ad iniziativa del destinatario del provvedimento o di un terzo interessato»⁴⁰.

Negli ultimi anni la giurisprudenza sembrava però orientata soprattutto ad ampliare i margini di azione della pubblica amministrazione: quando affermava che l'entrata in vigore della disposizione di cui alla legge n.15 non aveva abrogato quella *ex lege* n.311, giungeva alla conclusione che la formula «che l'annullamento possa essere disposto *sempre*, al fine di conseguire risparmi di spesa o minori oneri finanziari», aveva «codifica(to) una ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa*», escludendo dunque ogni esigenza di comparazione tra interessi⁴¹; mentre quando affermava il contrario, ne traeva «la conseguenza pratica ... che il decorso di tre anni di efficacia del provvedimento illegittimo non preclude alla p.a. l'esercizio dell'annullamento d'ufficio»⁴².

³⁸ Su questa direttiva v. D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, Jovene, 2006, p. 396 e ss., P.M. VIPIANA, *Invalidità, annullamento e revoca degli atti amministrativi*, cit., p. 96, e A. CASSATELLA, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *FA-T.A.R.*, 2006, p. 2206 e ss.

³⁹ Sui primi indirizzi giurisprudenziali sul punto v., per tutti, A. CASSATELLA, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *FA-T.A.R.*, 2006, p. 2186 e ss.

⁴⁰ C.S., VI, 18.9.2009, n.5621.

⁴¹ C.S., VI, 27.7.2015, n.3659.

⁴² C.S., III, 5.10.2011, n.5480, i cui contenuti vengono ripresi da C.S., V, 22.12.2014, n.6275.

Probabilmente è per questa ragione che la legge n.124 del 2015, che come noto è intervenuta sugli istituti di autotutela per garantire meglio la certezza dei rapporti giuridici e l'affidamento del cittadino⁴³, a questo fine, oltre a inserire nell'art.21-*nonies* della legge n.241 la previsione di un termine massimo di diciotto mesi entro cui può essere esercitato l'annullamento, ha anche disposto l'abrogazione del comma 136 dell'articolo 1 della legge n.311.

E così a oggi l'annullamento per motivi finanziari pare essere stato espunto dal nostro ordinamento.

5. Segue: l'annullamento degli atti viziati da illegittimità comunitaria

Analoga sorte pare averla subita anche l'annullamento degli atti anticomunitari, ma attraverso un percorso giurisprudenziale, che trova la sua causa prima nel *revirement* della giurisprudenza della Corte di giustizia dello scorso decennio, che inizia con la nota sentenza *Kühne & Heitz* del 13.1.2004⁴⁴.

Questo mutamento di indirizzo pare ricollegarsi non solo al principio della autonomia procedurale degli Stati membri, ma pure al fatto che l'ordinamento comunitario (o eurounitario, o europeo, a seconda di quale definizione si preferisce), avendo elaborato i suoi principi generali sulla base di quelli comuni agli ordinamenti degli stati membri, non può esimersi da ricercare anch'esso quel compromesso tra gli interessi alla conservazione e gli interessi alla rimozione del provvedimento illegittimo che, come s'è detto più sopra, si riscontra negli ordinamenti dei paesi europei⁴⁵.

Sicché – come si ricorda nella sentenza appena richiamata – anche il diritto comunitario per quanto qui interessa è giunto ad assetti analoghi a quelli degli Stati membri, tant'è che tra i suoi principi generali non manca neppure quello della certezza del diritto, in forza del quale «il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo ammini-

⁴³ V., in questo senso, per tutti, B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 621 e ss., M. RAMAJOLI, *L'annullamento*, cit.

⁴⁴ Corte di giustizia, 13.1.2004, n.453, proc. C-453/00, commentata da D. DE PRETIS, “*Illegittimità comunitaria*” dell’atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725 e ss.

⁴⁵ Cfr., in proposito, M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2008.

strativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo».

Ed è vero che questa sentenza soggiunge che, in forza del principio di cooperazione, gli organi amministrativi che ne siano richiesti possono comunque riesaminare la decisione, ma solo in presenza di una serie di condizioni, tra cui anche quella che il ritiro sia positivamente previsto dal diritto nazionale.

Peraltro anche nella sentenza *Arvor* del 2006⁴⁶, che pure sembra derogare al principio dell'autonomia procedurale, viene ribadito che «conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale ... il rispetto di tale principio permette di evitare che atti comunitari produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all'infinito»⁴⁷.

Dato che nel nostro ordinamento le regole generali dettate dall'art.21-*non-nies* non consentono il tipo di riesame postulato dal giudice comunitario, prevedibilmente anche la giurisprudenza amministrativa italiana si è indirizzata nello stesso senso, affermando ad esempio che «il principio del consolidamento dei provvedimenti non impugnati e della non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela non viene derogato quando il vizio dedotto è costituito dalla violazione del diritto comunitario. Anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo»⁴⁸.

Ora, di recente una parte della dottrina sembra voler mettere in discussione gli esiti a cui è giunta la giurisprudenza: alcuni autori fanno leva in particolare sulla primazia del diritto comunitario e sugli obblighi di cooperazione che gravano sugli Stati membri⁴⁹, altri invece su disposizioni dell'ordinamento interno, in particolare quella che originariamente era dettata dalla legge n.11 del

⁴⁶ Corte di giustizia, 19.9.2006, n.392, proc. C-392/04 e C-422/04, commentata da G. GRUNER, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 240 e ss.

⁴⁷ Cfr. M.P. CHITI, *Le peculiarità*, e V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 657 e ss.

⁴⁸ C.S., VI, 22.11.2006, n.6831.

⁴⁹ In questo senso M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, Giuffrè, 2012, spec. p. 361 e ss. Cfr. anche C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1531 e ss.

2005, e che ora è ripresa nell'art.43 della legge n.234 del 2012 («Al fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa dell'Unione europea. Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea»)⁵⁰, da leggere se del caso alla luce della norma sull'annullamento per motivi finanziari *ex lege* n.311/2004, dato che la violazione del diritto comunitario può «esporre lo Stato a sanzioni pecuniarie»⁵¹.

Ma, come s'è appena visto, il comma 136 della legge n.311 è stato abrogato, e, quanto agli obblighi *ex art.*43 della legge n.234, si è puntualmente osservato che «il riferimento ad *ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa comunitaria* è troppo generico, non necessariamente riguarda l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ma comprende soluzioni che vanno dall'obbligo per gli enti territoriali di motivare adeguatamente i propri atti, ad una generica sollecitazione ad adottare ogni cautela nelle scelte politiche o nell'adozione di atti normativi (e non necessariamente amministrativi) spettanti a tali enti»⁵².

Quanto invece agli argomenti che si rifanno alla generale primazia del diritto comunitario, non pare che il nostro ordinamento possa considerarsi in qualche modo obbligato a porre in essere rimedi ulteriori a quelli che vengono richiesti dalle stesse istituzioni comunitarie.

Poi ovviamente nulla vieta che il nostro legislatore decida autonomamente di andare in tal senso⁵³: ma che ciò sia o meno opportuno è una questione di politica del diritto che esula dai limiti di questo scritto.

Appare poi altrettanto ovvio che il problema dell'illegittimità anticomunitaria alla fin fine si inscrive in un processo in divenire qual è quello della integrazione europea (e magari fra qualche anno si dirà che va storizzata), sicché i termini della questione sono destinati a mutare se l'integrazione procederà verso

⁵⁰ Così S. TORRICELLI, *Libertà economiche europee e regime del provvedimento amministrativo nazionale*, Rimini, Maggioli, 2013, p. 219 e ss.,

⁵¹ F. GOISIS, *L'annullamento*, cit., il quale peraltro riteneva che l'annullamento per motivi finanziari avesse natura senz'altro doverosa.

⁵² G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 261.

⁵³ Come peraltro propone G. GARDINI, *op. cit.*

assetti più schiettamente federali: ma a oggi, dopo le più recenti vicende dell'Unione europea, non è certo che ciò avvenga.

6. Segue: l'annullamento degli atti in tema di edilizia

Venendo infine alla vicenda dell'annullamento degli atti in tema di edilizia, va detto che essa è segnata da quell'inerzia culturale di gran parte della giurisprudenza, a cui s'è già fatto cenno, perché qui l'orientamento sulla motivazione *in re ipsa* è rimasto prevalente sino a oggi, a oltre un decennio di distanza dalla entrata in vigore dell'art.21-*nonies*.

Poi è innegabile che il mito positivista del giudice *bouche de la loi* è tramontato da tempo, e di questi tempi sembra ancora perdurare il vecchio clima culturale post-modernista che come noto tende a esaltare la soggettività dell'interprete⁵⁴: nondimeno, in presenza di scelte legislative univoche, fenomeni di questo genere non possono non suscitare perplessità⁵⁵.

Di recente però un orientamento della giurisprudenza del Consiglio di Stato, usando come “indice ermeneutico” la previsione introdotta dalla legge n.124 del 2015 sul termine entro cui può essere esercitato il potere di annullamento, ha sostenuto che, quando l'amministrazione intende ritirare un permesso di costruire a una considerevole distanza di tempo dalla sua emanazione, «a fronte della consistenza dell'affidamento ingenerato nei destinatari circa il consolidamento della sua efficacia (è necessaria) una motivazione particolarmente convincente, per giustificare la misura di autotutela, circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto (come espressamente prescritto dall'art.21-*nonies*), in relazione alla pregnanza e alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo edilizio illegittimo»⁵⁶.

Volendo si potrebbe dunque dire che la reiterazione delle grida ogni tanto

⁵⁴ Cfr. il dibattito *Giudici e legislatori* pubblicato in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 483 e ss. (ivi in particolare gli interventi di G.U. RESCIGNO e A. TRAVI), nonché J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia, interpretazione*, Roma – Bari, Laterza, 1998, e, nella dottrina statunitense, G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto* (1995), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2001, M. ROSENFIELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica* (1998), trad. it. Bologna, Il Mulino, 2001.

⁵⁵ Quale quella che ha appunto manifestato una parte della dottrina a fronte della prosecuzione dell'indirizzo sull'interesse *in re ipsa* in tema di edilizia: v., ad es., M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edili*, in *Federalismi.it*, n.14/2015, E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. ed.*, 2015, p. 730 e ss., nonché G. MANFREDI *L'autotutela in edilizia*, in *Urb. app.*, 2014, p. 1090 e ss.

⁵⁶ C.S., VI, 27.1.2017, n.341; nello stesso senso andava già C.S., VI 29.1.2016 n. 351. Nei due casi decisi da queste sentenze la previsione sul termine non era applicabile *ratione temporis*, dato che si discuteva di provvedimenti di annullamento emanati prima dell'entrata in vigore della legge n.124.

produce qualche effetto, perché in realtà l'art.21-*nonies* tutelava l'affidamento del cittadino già da un decennio prima della modifica del 2015: o, forse, la riforma del 2015 ha rappresentato per una parte dei giudici un'occasione per tentare di rimettere in discussione l'orientamento prevalente attraverso quella che (per usare il lessico degli ordinamenti di *common law*) potremmo definire come una tecnica di *distinguishing*.

In ogni caso da ultimo la IV Sezione, con l'ordinanza n.1830 del 19.4.2017, ha preso atto dell'esistenza di un contrasto tra l'indirizzo di cui s'è appena detto e quello sull'interesse *in re ipsa*, e ai sensi dell'art.99 C.P.A. ha rimesso il ricorso all'Adunanza plenaria⁵⁷: a cui dunque spetta ora decidere le sorti del diritto giurisprudenziale sull'annullamento in edilizia.

7. La modifica dell'art.21-*nonies* ex lege n.164 del 2014 e l'art.52 del Codice di giustizia contabile

Come s'anticipato, negli ultimi anni sono state emanate diverse disposizioni che possono far pensare a ipotesi di annullamento doveroso.

Partendo da quelle che sembrano eminentemente intese a esigenze di legalità oggettiva e/o del buon andamento dell'azione amministrativa, anziché alla tutela degli interessi dei privati che assumono di essere lesi da un provvedimento (il distinguo tra gli uni e gli altri casi qui serve per agevolare l'esposizione, perché, come si vedrà anche in seguito, finalità dell'uno e dell'altro genere in realtà si incrociano e si intrecciano), occorre innanzitutto considerare la modifica dell'art.21-*nonies* del 2014, perché essa potrebbe essere suscettibile di sovvertire la natura dell'annullamento in via generale.

⁵⁷ L'ordinanza è commentata da C. PAGLIAROLI, *La motivazione del provvedimento di annullamento in autotutela di concessione edilizia in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, 2017, p. 319 e ss., e da L. SAMUELLI FERRETTI, *Annnullamento d'ufficio di una concessione in sanatoria. Il CDS rimette la questione alla Adunanza Plenaria*, in *Giustamm.it*, n.6/2017, che pone la seguente 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».

Peraltro se così fosse essa parrebbe volta a sancire l'inesauribilità del potere in questione: e, dunque, risulterebbe dissonante rispetto alla modifica del 2015, che, invece, come s'è detto, è chiaramente intesa a garantire la stabilità dei rapporti giuridici e la tutela dell'affidamento.

La modifica è stata disposta dall'art.21-*quater* della legge n.164 del 2014, di conversione del d.l. n.133 del 2014, che ha aggiunto alla fine del primo comma il periodo «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

Questa clausola è stata letta da uno dei primi commentatori nel senso che essa «sembra avere introdotto il dovere dell'amministrazione di agire in autotutela, verosimilmente al fine di ripristinare la legalità, pena le responsabilità connesse»⁵⁸; nello stesso senso va chi ritiene che «il legislatore ... sembra qui sospingere verso una sorta di doverosità *obliqua* dell'intervento in autotutela, scegliendo una strada tortuosa. L'amministrazione dovrebbe essere indotta a rimuovere i provvedimenti illegittimi, assicurando così il corretto esercizio della funzione – al fine di non incorrere in responsabilità»⁵⁹.

A questa stregua l'annullamento avrebbe dunque assunto in via generale un carattere doveroso.

Altri invece afferma che anche dopo questa modifica l'annullamento va ancora considerato un potere discrezionale⁶⁰: e non manca chi sostiene anche che il riferimento alla responsabilità non può incidere sulla questione della natura del potere, perché questo riferimento va letto nel senso che in realtà è l'emana-zione del provvedimento illegittimo che «resta la fonte esclusiva della responsabilità»⁶¹.

E pure la giurisprudenza pare prevalentemente orientata a confermare gli assetti pregressi⁶².

⁵⁸ G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?* in *Giustamm.it*, n.5/2015.

⁵⁹ P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela*, cit., 34. Nello stesso senso da ultimo F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, n.8/2017.

⁶⁰ S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 189 e ss., che però soggiunge anche che da questa formula si evince «un richiamo implicito da parte del legislatore ad un'azione giudiziale avverso il silenzio»: il che però non pare coerente con quello che almeno in passato veniva considerato un corollario della natura discrezionale dell'annullamento d'ufficio. L'a. svolge considerazioni analoghe ne *L'annullamento d'ufficio dopo la riforma Madia*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2748 e ss.

⁶¹ C. DEODATO, *Art.21-nones*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2017, p. 1193, nonché *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi.it*, n.7/2017. Nello stesso senso v. almeno anche L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶² Cfr. C.S., V, nn.2014/2015, 3910/2016, T.A.R. Puglia, Bari, I, n.1504/2015, T.A.R. Campania, Napoli, VIII, n.3862/2017. Pare discostarsi in parte T.A.R. Umbria, I, n.94/2017,

Ora, in effetti la formula non risulta del tutto perspicua, e, anzi, è abbastanza generica: interpretata letteralmente essa potrebbe considerarsi sinanco una mera conferma delle responsabilità che anche in passato erano prospettabili a fronte del mancato annullamento⁶³.

Ad esempio, della responsabilità amministrativa dei funzionari, perché come noto l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali sancita dall'art.1 della legge n.20 del 1994 non preclude il sindacato sulla attuazione dei principi generali dell'attività amministrativa⁶⁴, i quali ovviamente vengono in gioco anche nelle scelte in tema di annullamento.

Non manca poi di suscitare perplessità l'idea che il legislatore, ove fosse stato effettivamente intenzionato a sovvertire la natura del potere in questione, abbia deciso di farlo in modo indiretto, e persino tortuoso.

Una scelta così innovativa avrebbe infatti meritato di essere sancita con una formula chiara e univoca, anziché tramite quello che in fondo è una sorta di *ibis redibis*, che sicuramente non è atto a evitare che in tutti coloro che sono adusi alla sistemazione tradizionale sorga ciò che gli psicologi definiscono come pregiudizio di conferma: ma d'altro canto soprattutto di questi tempi sarebbe velletario attendersi troppo dal linguaggio legislativo.

Ma forse l'argomento che in definitiva porta a preferire la seconda tesi deriva dal fatto che, se la formula abbastanza fumosa di cui al secondo periodo del primo comma viene letta nel senso della doverosità, essa va a collidere con il primo periodo del medesimo comma, che invece, come s'è visto, risulta chiaro e univoco nel predicare la discrezionalità del potere in parola.

Di primo acchito la doverosità parrebbe discendere anche dall'art.52 del Codice di giustizia contabile *ex d.lgs. n.174/2016*, che nel sesto comma prevede che «Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione».

Peraltro questa clausola non ha portata generale, perché vale per i soli casi

prende le mosse dalla formula di cui si dice nel testo per sostenere che da essa «è lecito evincersi la tendenziale doverosità dell'intervento di riesame allorché ciò consenta all'Amministrazione di scongiurare la produzione di danni, poiché la valutazione di intervenire nuovamente sull'atto illegittimo è circostanza comunque valutabile dal giudice a conferma della diligenza posta dal soggetto pubblico nel considerare la possibilità di evitare il danno».

⁶³ Così A. GUALDANI, *Il tempo nell'autotutela*, in *Federalismi.it*, n.12/2017.

⁶⁴ Cfr. ad es. A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, a cura di F.G. SCOCA, Padova, Cedam, 1997, p. 88 e ss.

in cui l'annullamento si impone al fine di “evitare l'aggravamento del danno”: e dunque essa non varrebbe comunque a elidere i contenuti dell'art.21-*nonies* della legge n.241.

In realtà anch'essa alla fin fine non risulta del tutto univoca nel senso della doverosità.

Anzi, pure questa formula probabilmente può considerarsi confermativa degli assetti precedenti: e non solo perché se così non fosse si potrebbe pensare che il legislatore delegato abbia ecceduto rispetto ai contenuti della delega *ex art.20* della legge n.124 del 2015, che riguarda solo la disciplina processuale dei giudizi avanti la Corte dei Conti anziché profili di diritto sostanziale, ma anche perché la precisazione secondo cui l'intervento in via di autotutela va posto in essere “ove possibile” ben può essere letta nel senso che la pubblica amministrazione deve annullare solo in presenza delle condizioni che sono previste in via generale dall'art.21-*nonies*: e a questa stregua anche qui il potere in discorso conserva natura discrezionale.

Anche se poi è probabile che d'ora in poi in concreto i funzionari più prudenti (o quelli più timorosi), dopo avere denunciato le eventuali responsabilità erariali, valuteranno con maggiore attenzione l'impiego dei poteri di autotutela – e magari finiranno con l'emanare provvedimenti anche solo per affermare che non sussistono le condizioni per procedere ad annullare i provvedimenti potenzialmente dannosi.

8. Le raccomandazioni vincolanti dell'Anac

Venendo ora alla legislazione speciale degli ultimi anni, forse l'unica fattispecie recente di annullamento non discrezionale che si possa considerare (eminentemente) intesa a esigenze di legalità oggettiva la si rinviene nella raccomandazione vincolante dell'Anac che era stata prevista nel secondo comma dell'art.211 del (cosiddetto) secondo Codice dei contratti pubblici *ex d.lgs. n.50 del 2016*⁶⁵.

⁶⁵ «Qualora l'Anac, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecunaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione e' impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo».

Come noto, la raccomandazione vincolante era uno degli strumenti che si ricollegano al sensibilissimo rafforzamento del ruolo della Autorità anticorruzione nel sistema dei contratti pubblici che caratterizza il Codice vigente⁶⁶.

Com'è altrettanto noto che nel parere n.855/2016 del Consiglio di Stato sullo schema del decreto legislativo⁶⁷, questa previsione era stata oggetto di critiche, in particolare «sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato» – e in effetti non va dimenticato che secondo la Consulta dopo la riforma costituzionale del 2001 «i controlli di legittimità sugli atti amministrativi degli enti locali debbono ritenersi espunti dal nostro ordinamento, a seguito dell'abrogazione del primo comma dell'art. 125 e dell'art. 130 della Costituzione»⁶⁸.

E, pertanto, in questo parere s'era proposto di sostituire la raccomandazione con una legittimazione *ex lege* dell'Autorità anticorruzione a impugnare gli atti delle procedure di affidamento, disegnata in termini analoghi a quelli della legittimazione della Agcm a ricorrere avverso gli atti che violano le norme a tutela della concorrenza, prevista dall'art.21-*bis* della legge n.287 del 1990 – che invece è stata ritenuta compatibile con lo statuto costituzionale delle autonomie da parte della Corte Costituzionale nella sentenza n.20/2013.

La più parte dei commentatori di questa disposizione sembrava infatti orientata ad affermare che la raccomandazione, siccome vincolante (e assistita da apposite sanzioni sia nei confronti del dirigente responsabile, sia della stazione appaltante), in realtà si risolve in un vero e proprio ordine, che non lascia alcun margine di discrezionalità al suo destinatario – il quale, se non condivide la posizione dell'Autorità, tutt'al più potrebbe impugnare l'atto di raccomandazione avanti il G.A.: a questa stregua l'annullamento per la stazione appaltante si dovrebbe dunque considerare senz'altro vincolato⁶⁹.

⁶⁶ Si sa che la letteratura in proposito è ampia, ma tra i primi commentatori del nuovo Codice v. almeno R. DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, p. 503 e ss., E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 499 e ss., L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, ivi, p. 605 e ss.

⁶⁷ Commissione speciale istituita presso le Sezioni consultive, 1.4.2016, n.855.

⁶⁸ Come si legge in Corte Cost., 29.1.2005, n.64.

⁶⁹ Cfr. tra gli altri M. LIPARI, *Il pre-contenzioso*, in *giustizia-amministrativa.it*, G. VELTRI, *Il contenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune riflessioni critiche*, ivi, R. GRECO, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, ivi, O. FORLENZA, *Con il parere di precontenzioso si evita la lite*, in *Guida dir.*, n.29/2016, C. PLUCHINO, *Le funzioni deflattive del contenzioso e il «lifting» dei pareri di precontenzioso dell'Anac*, in *Urb. app.*, 2016, p. 1304 e ss., L. PRESUTTI, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, ivi, 2017, p. 301 e ss., F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in

Va però segnalato che non sono mancate neppure posizioni favorevoli a ricondurre l’istituto alle norme e ai principi generali in tema di annullamento, e dunque a configuralo come espressione di un potere ancora una volta discrezionale.

Ad esempio, da parte di chi sostiene che la raccomandazione obbliga la stazione appaltante solo ad attivarsi, e a valutare la sussistenza dei requisiti *ex art.21-nonis* della legge n.241 per procedere alla rimozione dell’atto⁷⁰; e da parte di chi invece postula che si possa «in via interpretativa affermare che chi esercita, effettivamente e nella sostanza, il potere di autotutela è l’Anac, non la stazione appaltante che è vincolata ad annullare i suoi atti, e che le regole dettate dall’art.21-nonis, l. n.241/1990, debbano essere recuperate a monte (raccomandazione dell’Anac), essendo vincolata l’attività della stazione appaltante»⁷¹.

Ora, che lo strumento in parola sia stato pensato dal legislatore soprattutto per venire incontro a esigenze di legalità oggettiva è confermato dal fatto che già sulla base della lettera del comma 2 risulta evidente che l’Autorità senz’altro può attivarsi d’ufficio, a prescindere da istanze o denunce di privati: anche se pare scontato che essa possa agire pure sulla base di una segnalazione che viene da privati interessati a tutelare i propri interessi in questa o in quella procedura di affidamento – parafrasando una nota formula di Ranelletti, si potrebbe dire che così gli interessi in questione si trovavano a essere occasionalmente protetti.

Non è invece del tutto scontato l’obbligo di Anac di agire a fronte di un’iniziativa siffatta⁷²: e in ogni caso che la *ratio* della raccomandazione vada principalmente nel senso di cui s’è appena detto, anziché in quello di tutelare gli interessi dei concorrenti, pare confermato dal Regolamento inerente l’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, emanato nel febbraio 2017 dalla Autorità anticorruzione, perché in esso, accogliendo una sollecitazione che era stata fatta già nel parere del Consiglio di Stato sullo schema del Codice, si è previsto che l’Anac può emanare raccomandazioni vincolanti solo a fronte di una serie di “gravi violazioni” indicate tassativamente nel regolamento medesimo - affidamenti disposti senza previa pubblicazione del bando di gara, oppure senza

Dir. proc. amm., 2017, p. 381 e ss.

⁷⁰ Così S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell’Anac tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento Anac sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *Federalismi.it*, n.6/2017, e A. GUALDANI, *Il tempo*, cit.

⁷¹ E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2016, p. 902.

⁷² Lo nega ad es. E. FOLLIERI, *Le novità*, cit., p. 900 e ss., che come s’è visto ritiene che al potere di riesame sostanzialmente spettante all’Anac trovino applicazione le norme e i principi generali in tema di annullamento d’ufficio.

rispettare il termine di *stand still, et cetera*⁷³.

Ma di questo istituto ormai si deve parlare al passato, perché, come noto, il comma 2 dell'art.211 è stato abrogato dal c.d. correttivo del Codice dei contratti emanato con il d.lgs. n.56 del 2017.

E un paio di mesi dopo l'emanazione del correttivo, la legge n.96 del 2017, di conversione del d.l. n.50/2017, ha inserito nell'art.211 i commi 1-*bis* e 1-*ter*, che prevedono in capo all'Autorità anticorruzione una legittimazione *ex lege* ad «agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture»: ossia lo strumento che, come s'è visto, era stato proposto dal Consiglio di Stato nel parere dell'anno prima⁷⁴.

9. Annullamento d'ufficio e Adr. Il paradigma dell'autotutela tributaria

Nella più parte degli altri casi in cui si è ritenuto di ravvisare un annullamento doveroso, esso viene invece considerato eminentemente funzionale alla tutela degli interessi dei soggetti privati che assumono di essere lesi da un provvedimento.

L'interesse per questo aspetto della questione si ricollega in modo abbastanza evidente a quello manifestatosi negli ultimi anni per le *Alternative dispute resolution*, o *Adr*, i sistemi di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali, che come noto si sono sviluppati negli Stati Uniti soprattutto perché questi sistemi si sono trovati in consonanza con svariati “movimenti culturali”, anche contraddittori tra loro, che vanno dalla diffidenza nei confronti dell'autorità, alla preferenza per strumenti di natura privatistica, alla convinzione (ancora una volta, tipicamente post-moderna) che non si possa raggiungere nessuna certezza nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto – in sostanza, per riprendere un vecchio detto, la convinzione che non vi sia un giudice a Berlino⁷⁵.

⁷³ Su alcuni contenuti del regolamento v. V. COCOZZA, *Il Regolamento Anac per il rilascio dei pareri di precontenzioso, tra forme processuali e regole di organizzazione*, in *Giustamm.it*, n.3/2017, che peraltro segnala che l'atto è stato emanato senza una precisa base legislativa.

⁷⁴ V. M. LIPARI, *La soppressione delle raccomandazioni vincolanti e la legittimazione processuale speciale dell'Anac*, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁷⁵ I movimenti culturali che negli Stati Uniti hanno favorito il successo delle *Adr* vengono illustrati da O.G. CHASE, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *L'altra giustizia*, a cura di V. VARANO, Milano, Giuffrè, 2007, p. 129 e ss. Sulle *Adr* in altri ordinamenti v. gli studi in *op. ult. cit.*, e, con specifico riferimento alle controversie con la p.a., quelli pubblicati in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi*

Complici le innegabili numerose disfunzioni del nostro sistema giudiziario, e il consueto fascino che nel nostro ordinamento esercitano gli istituti giuridici di origine anglosassone⁷⁶, le *Adr* di recente hanno conosciuto un'ampia diffusione anche nel nostro ordinamento: con risultati talora buoni (ad esempio nel caso dell'Arbitro bancario finanziario, oppure in quello del Co.Re.Com., per le controversie tra utenti ed operatori di comunicazione), talaltra abbastanza deludenti – tipicamente, nel caso della mediazione obbligatoria delle controversie civili, che a tutt'oggi pare risolvere solo un numero minimo di controversie.

E' dunque per tale ragione che negli ultimi tempi spesso si è pensato di utilizzare a questo scopo pure l'annullamento d'ufficio⁷⁷.

A un efficace impiego dell'istituto per questa finalità osta però quel corollario della sistemazione tradizionale del potere in discorso di cui s'è detto più sopra, per cui la p.a. non è tenuta a riscontrare le domande di annullamento presentate dai privati.

E' stato però notato che vi è una branca dell'ordinamento contigua al diritto amministrativo (e che in passato del diritto amministrativo veniva anzi considerata una parte) in cui questo corollario pare essere stato messo in discussione, ossia il diritto tributario⁷⁸.

Nonostante che la normativa vigente in tema di annullamento d'ufficio degli atti impositivi sembri confermare che anche qui il potere in discorso ha natura discrezionale (l'art. 68, comma 1, del d.P.R. n.287 del 1992 afferma che «gli uffici dell'amministrazione finanziaria possono procedere all'annullamento...», e l'art. 2, comma 1, del D.M. n.37/1997 prevede che «l'amministrazione finanziaria può procedere, in tutto o in parte all'annullamento o alle rinuncia all'imposizione...»), non mancano recenti pronunzie della Cassazione che invece paiono presupporne la natura doverosa, ove affermano che l'amministrazione finanziaria può incorrere in una responsabilità aquiliana *ex art.2043 Cod. Civ.* ove non

rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015. Peraltra in materia di *Adr* forse sarebbe opportuno richiamare, piuttosto della vicenda del mugnaio di Potsdam, che aveva dato origine alla leggendaria risposta sui giudici a Berlino, un'altra vicenda che aveva coinvolto sempre Federico II di Prussia e un altro mugnaio, nella quale il sovrano aveva esautorato dai loro incarichi i giudici che in vari gradi di giudizio avevano sentenziato a sfavore del mugnaio Arnold, e aveva sostituito le loro sentenze con una decisione che pretendeva di essere equitativa – v. E. BROGLIO, *Il regno di Federico II di Prussia detto il grande*, Roma, Stabilimento Civelli, 1880, II, p. 436 e ss.

⁷⁶ Come già rilevato da M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, p. 1 e ss.

⁷⁷ Sulle *Adr* in diritto amministrativo cfr, per tutti, M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, p. 1 e ss., e ID., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 481 e ss.

⁷⁸ In particolare da P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela*, cit.

abbia provveduto su una domanda di annullamento del contribuente.

E ciò perché sono le «regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione» a imporre all'amministrazione tributaria, «una volta informata dell'errore in cui è incorsa, di compiere le necessarie verifiche e poi, accertato l'errore, di annullare il provvedimento riconosciuto illegittimo o, comunque, errato. Non vi è, dunque, spazio alla mera discrezionalità poiché essa verrebbe necessariamente a sconfinare nell'arbitrio, in palese contrasto con l'imparzialità, correttezza e buona amministrazione che sempre debbono informare l'attività dei funzionari pubblici. Questo principio vale anche allorché il contribuente - compiendo una scelta di strategia difensiva il cui esito eventualmente negativo non può che imputare a se stesso - abbia lasciato scadere il termine utile per impugnare il provvedimento avanti alla Commissione Tributaria, giudice competente ad accertarne l'illegittimità e, quindi, sia stato costretto ad affidarsi all'autotutela della P.A.»⁷⁹.

Questo orientamento sembra però tutt'altro che univoco, dato che anche da ultimo la Sezione tributaria della Suprema Corte sembra affermare qualcosa di diverso, ove sostiene che, a fronte del diniego, espresso o tacito, di annullamento, «il sindacato giurisdizionale può esercitarsi soltanto sulla legittimità del rifiuto stesso da parte dell'Amministrazione finanziaria, in relazione alle ragioni di rilevante interesse generale che, ai sensi del d.l. 20 settembre 1994, n. 564, art. 2- *quater* convertito con modificazioni dalla l. 30 novembre 1994, n.656, e del D.M. 11 febbraio 1997, n.37, art.3 ne giustificano l'esercizio, e non sulla fondatezza della pretesa tributaria»⁸⁰.

Dal che pare intendersi che il parametro di legittimità del diniego è la previsione dell'art.3 del D.M. n.37, per cui l'annullamento è giustificato non dalla sola illegittimità dell'atto impositivo, ma, piuttosto, anche dal pubblico interesse a evitare ampi contenziosi – «nell'attività di cui all'articolo 2 è data priorità alle fattispecie di rilevante interesse generale e, fra queste ultime, a quelle per le quali sia in atto o vi sia il rischio di un vasto contenzioso»⁸¹: per cui anche qui tornano in gioco profili discrezionalità.

Il che trova conferma anche nella recente sentenza n.181/2017 della Corte

⁷⁹ Cass. Civ., III, 20.4.2012, n.6283. Su questo orientamento della Cassazione civile v., per tutti, M. FORMENTIN, *Doverosità dell'autotutela e tutela risarcitoria*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, p. 235 e ss., nonché, per un confronto con gli assetti dell'annullamento nel diritto amministrativo, P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela*, cit., p. 34 e ss.

⁸⁰ Cass. Civ., Sez. trib., 20.2.2015, n.344. Nello stesso senso, più di recente, 23.8.2017, n. 20314.

⁸¹ Su questo indirizzo della Sezione tributaria v. P. PIANTAVIGNA, *Riflessioni sull'autotutela parziale alla luce dell'ondivaga nomofilassi della Cassazione*, in *Riv. dir. fin.*, 2016, p. 77 e ss., e la dottrina ivi citata.

costituzionale, ove appunto si rileva che «secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, l'autotutela tributaria - che non si discosta, in questo essenziale aspetto, dall'autotutela nel diritto amministrativo generale - costituisce un potere esercitabile d'ufficio da parte delle Agenzie fiscali sulla base di valutazioni largamente discrezionali, e non uno strumento di protezione del contribuente ... Il privato può naturalmente sollecitarne l'esercizio, segnalando l'illegittimità degli atti impositivi, ma la segnalazione non trasforma il procedimento officioso e discrezionale in un procedimento ad istanza di parte da concludere con un provvedimento espresso»: e dunque si conclude affermando che «l'annullamento d'ufficio non ha funzione giustiziale, costituisce espressione di amministrazione attiva e comporta di regola valutazioni discrezionali, non esaurendosi il potere dell'autorità che lo adotta unicamente nella verifica della legittimità dell'atto e nel suo doveroso annullamento se ne riscontra l'illegittimità».

Ma in ogni caso va evidenziato che gli assetti dell'annullamento in diritto tributario non potrebbero comunque essere trasposti automaticamente nel diritto amministrativo.

Anche la dottrina che è favorevole ad ammettere il dovere di provvedere sulle domande di annullamento dei contribuenti in definitiva giunge a questa conclusione in base alla considerazione che l'attività dell'amministrazione finanziaria *ex art.52 Cost.* persegue il fine di garantire che ogni cittadino contribuisca alla spesa pubblica in base alla propria capacità contributiva, piuttosto che un qualche interesse “di cassa”⁸².

A questa stregua risulta però evidente che l'annullamento d'ufficio in diritto amministrativo costituisce un fenomeno ben più complesso di quanto non sia in diritto tributario: il potere di riesame esercitato dalle amministrazioni non finanziarie deve infatti tenere conto di una pluralità di interessi che in diritto tributario non sono per nulla configurabili – per tacer d'altro, l'interesse dei privati alla conservazione dei provvedimenti che nei loro confronti producono effetti ampliativi.

10. Le figure speciali di istanza di annullamento: il preavviso di ricorso nel Codice dei contratti pubblici del 2006 e le sollecitazioni in tema di s.c.i.a.

Negli ultimi anni però il legislatore ha dettato norme speciali in cui viene espressamente prevista la possibilità di presentare domande di riesame di un

⁸² M. FORMENTIN, *Doverosità*, cit., e la dottrina ivi citata.

provvedimento.

Del primo caso occorre però parlare al passato, come s'è già fatto per la raccomandazione vincolante dell'Anac.

Peraltro, si tratta di un istituto che faceva anch'esso parte del diritto dei contratti pubblici (che com'è noto è particolarmente mutevole e instabile), ossia il cosiddetto preavviso di ricorso (o informativa di ricorso), regolato dall'art.243-bis, che era stato inserito nel Codice del 2006 dal d.lgs. n.53 del 2010⁸³.

Si sa che questo istituto in genere è stato considerato un esempio di tecnica legislativa molto discutibile⁸⁴, perché come strumento di *Adr* costituiva un meccanismo ben poco efficace: tant'è che esso non è stato ripreso nel nuovo Codice dei contratti pubblici.

L'inefficacia del meccanismo era dovuta a diversi fattori: in primo luogo perché è vero che si prevedeva che la stazione appaltante dovesse pronunciarsi sulle censure dedotte nel preavviso entro quindici giorni, ossia un termine dimidiato rispetto a quello di trenta giorni che è previsto in via generale per provvedere dall'art.2 della legge sul procedimento, e che qui «d'inerzia equivale a diniego

⁸³ Il testo dell'articolo recitava: «1. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale. 2.L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara. 3.L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale. 4.La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela. 5. L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile. 6.Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiuntivi».

⁸⁴ Peraltro è vero che questa disposizione è stata emanata in attuazione della direttiva CE 66 del 2007, sul miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici. Ma è altrettanto vero che la direttiva per quanto qui interessa si limitava a prevedere che gli Stati membri possono prevedere in capo a chi vuole proporre un ricorso giurisdizionale in materia di contratti un obbligo di informare l'amministrazione aggiudicatrice dell'intenzione di ricorrere, oppure un obbligo di esperire un ricorso presso la medesima amministrazione: per cui in sostanza ogni scelta in proposito veniva lasciata all'autonomia procedurale degli Stati.

di autotutela»; ma è altrettanto vero che nella materia dell'affidamento dei contratti pubblici è dimidiato anche il termine per ricorrere, e che il suo decorso non era sospeso dalla presentazione del preavviso.

Sicché il concorrente intenzionato a mettere in discussione questo o quel provvedimento della stazione appaltante dopo aver presentato l'informativa spesso si trovava costretto a dover comunque agire in giudizio per evitare di decadere dall'azione⁸⁵.

A ciò si aggiunga che, come noto, i ricorsi in tema di contratti pubblici sono soggetti al versamento di un contributo unificato che è difficile non considerare esorbitante: sicché, se il diniego di annullamento interveniva dopo l'avvenuta proposizione del ricorso giurisdizionale, il ricorrente correva il rischio di trovarsi obbligato a impugnare il nuovo atto con motivi aggiuntivi, andando così incontro anche all'obbligo di dover versare un nuovo contributo unificato⁸⁶.

Presumibilmente è per tali ragioni che la giurisprudenza del Consiglio di Stato in sostanza era giunta a svuotare di contenuto l'art.243-bis, affermando non solo che il preavviso non era condizione di procedibilità del ricorso, ma anche (per vero, in modo tutt'altro che convincente) che a fronte di esso la stazione appaltante non aveva «neppure un obbligo di risposta», e che «la mancata impugnazione del diniego di autotutela non comporta una possibile causa di inammissibilità e/o improcedibilità del ricorso già proposto avverso l'aggiudicazione»⁸⁷.

L'altro caso si ricollega a quella che è stata efficacemente definita “la storia infinita” della d.i.a./s.c.i.a.⁸⁸.

Com'è ampiamente noto, la questione della natura dell'istituto denominato originariamente denuncia di inizio attività, e ora segnalazione certificata di inizio attività, è sempre stata controversa, anche in considerazione delle ricadute sulla

⁸⁵ Com'era stato rilevato tempestivamente già da M. RAMAJOLI, *Provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Ius publicum*, n.1/2011. Altri per contro aveva accolto questa disposizione con favore – soprattutto perché auspicava l'estensione di questo meccanismo in altre branche del diritto amministrativo: cfr., ad es., P. QUINTO, *Il "preavviso di ricorso" nella delega comunitaria e nel processo amministrativo*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, p. 2706 e ss.

⁸⁶ Cfr. in proposito S. TARULLO, *L'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sorracarico fiscale*, in *giustizia-amministrativa.it*; A. DAIDONE, *L'effettività della tutela giurisdizionale e la misura del contributo unificato nella materia dei contratti pubblici*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2014, p. 478 e ss.

⁸⁷ Così C.S., V., 13.6.2016, n.2522. Gli orientamenti in tal senso erano però stati criticati da parte della dottrina: v., per tutti, E. GRILLO, *L'informativa di ricorso ex art.243-bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 dicembre 2012, n.6712*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1203 e ss.

⁸⁸ Ad es. da M.A. SANDULLI, *Primissima lettura dell'Adunanza plenaria n.15/2011*, in *Riv. giur. ed.*, 2011, p. 533.

tutela del terzo: in proposito si fronteggiavano due possibili ricostruzioni, l'una che considerava l'istituto in parola come espressione di semplificazione amministrativa, in esito a cui si aveva un provvedimento di assenso a formazione tacita, analogo al silenzio-assenso, l'altra che invece lo considerava come espressione di liberalizzazione, per cui la d.i.a. restava un atto privato, senza che venisse in gioco alcun potere amministrativo.

La seconda sistemazione aveva incontrato maggiori favori sia in dottrina sia in giurisprudenza⁸⁹: sennonché il d.l. n.35 del 2005 aveva introdotto nell'art.19 della legge n.241/1990 il comma 3, che prevedeva che, anche dopo la scadenza del termine entro cui la pubblica amministrazione può vietare l'attività del privato, veniva fatto salvo «il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*», e dunque dava adito all'idea che nella fattispecie fosse ravvisabile un qualche tipo di atto rimovibile mediante i poteri di revoca e di annullamento.

L'Adunanza plenaria aveva voluto risolvere la questione con la sentenza n.15 del 2011, in cui aveva preso posizione per la sistemazione in termini di liberalizzazione, e aveva affermato che il terzo può tutelarsi impugnando il diniego tacito di esercizio del potere inibitorio⁹⁰.

Questo orientamento del Consiglio di Stato era stato superato dopo solo poche settimane da un nuovo intervento legislativo, ossia dal d.l. n.138/2011, che aveva inserito nell'art.19 il comma 6-ter, ove si afferma che «la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività si riferiscono ad attività liberalizzate e non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili», e, al contempo, si prevede che gli interessati possono «sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione», e, in caso di inerzia, esperire l'azione in tema di silenzio-inadempimento *ex art.31 del C.P.A.*⁹¹

Poi più di recente l'art.6 della legge n.124/2015 ha eliminato dall'art.19 il riferimento al potere di assumere determinazioni ai sensi degli artt.21-*quinquies* e 21-*nonies*, e l'ha sostituito con la clausola secondo cui «decorso il termine per

⁸⁹ In dottrina v., per tutti, L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, Cedam, 1996, E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo: l'art.19 della legge 241/90 e altri modelli di liberalizzazione*, Padova, 2001. Sulla posizione della giurisprudenza v., riassuntivamente, N. PAOLANTONIO, *Art.19*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice*, cit., p. 934 e ss.

⁹⁰ V., per tutti, i commenti di R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, e di L. BERTONAZZI, *Natura giuridica della scia e tecnica di tutela del terzo nella sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n.15/2011 e nell'art.19, comma 6-ter, della legge n.241/1990*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 193 e ss. e p. 215 e ss.

⁹¹ Sulle conseguenze di questa modifica cfr. G. GRECO, *Ancora sulla scia: silenzio e tutela del terzo (alla luce del comma 6-ter dell'art.19 l. 241/90)*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 645 e ss.

l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-*bis*, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*.

Questa formula pare dunque avere chiarito (si vorrebbe dire che lo ha fatto definitivamente: sennonché in tema di s.c.i.a. non è mai detta l'ultima parola, dato che il nostro legislatore negli ultimi anni è solito a intervenire sull'istituto in parola in modo che ormai viene definito compulsivo) che la s.c.i.a. è senz'altro un atto privato, e che, dopo il decorso del termine di sessanta giorni dalla segnalazione, può essere esercitato non un vero e proprio potere di annullamento, ma, piuttosto, ancora il potere inibitorio, alle condizioni alle quali è subordinato l'esercizio dell'annullamento d'ufficio⁹².

E' invece (sinora) rimasta invariata la formula del comma 6-*ter*: in base a essa dottrina e giurisprudenza sembrano orientate a ritenere che l'amministrazione, ove verifichi che non sussistono i requisiti per svolgere l'attività segnalata, non ha un vero e proprio dovere di inibirla, ma, piuttosto, il dovere di verificare se sussistono tutti i requisiti previsti dall'articolo 21-*nonies*⁹³.

⁹² Sia permesso rinviare a G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, p. 5 e ss.

⁹³ Così C.S., VI, 3.11.2016, n.4610, ove appunto si sostiene che «il terzo (può) chiedere la condanna dell'amministrazione all'esercizio di poteri che devono avere i requisiti che giustificano l'autotutela amministrativa. Quest'ultima, calata nell'ambito del procedimento in esame, si connota in modo peculiare perché: *i*) essa non incide su un precedente provvedimento amministrativo e dunque si caratterizza per essere un atto di "primo grado" che deve, però, possedere i requisiti legittimanti l'atto di "secondo grado"; *ii*) l'amministrazione, a fronte di una denuncia da parte del terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo e ciò diversamente da quanto accade in presenza di un "normale" potere di autotutela che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto ma anche all'*an* del procedere. Tale seconda opzione interpretativa è preferibile in quanto coniuga in modo più equilibrato le esigenze di liberalizzazione sottese alla scia con quelle di tutela del terzo. Se quest'ultimo potesse sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione dell'incidenza sulle posizioni del privato che è ricorso a questo modulo di azione verrebbero frustrate le ragioni della liberalizzazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei trenta (o sessanta) giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame, potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere. La qualificazione del potere come potere di autotutela costituisce invece, da un lato, maggiore garanzia per il privato che ha presentato la scia, in quanto l'amministrazione deve tenere conto dei presupposti che legitimano l'esercizio dei poteri di autotutela e, in particolare, dell'affidamento ingenerato nel destinatario dell'azione amministrativa, dall'altro, non vanifica le esigenze di tutela giurisdizionale del terzo che può comunque fare valere, pur con queste diverse modalità, le proprie pretese». Su questa pronunzia v. N. PAOLANTONIO, *Art.19*, cit., p. 937. In dottrina in questo senso v. M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, n.20/2015, e G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n.124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 e ss. Peraltra va ricordato che già prima delle ultime modifiche dell'art.19 della l. n.241 A. TRAVI, *La tutela nei confronti della d.i.a. tra modelli positivi e modelli culturali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 36 e ss., aveva sostenuto

Per cui, in sostanza, in quest'ottica anche questo potere (non di annullamento vero e proprio ma) di autotutela avrebbe natura discrezionale anziché vincolata.

11. La configurabilità in via generale di un obbligo di provvedere sulle istanze di annullamento: in particolare, in considerazione della modifica dell'art.2 della legge n.241 del 1990 ex legge n.190 del 2012

V'è poi da chiedersi se al di fuori delle ipotesi speciali nelle quali il dovere viene espressamente previsto dalla legge, l'Amministrazione possa considerarsi in via generale tenuta a provvedere sulle richieste di annullamento.

Come s'è detto più sopra, tradizionalmente l'assenza di un dovere in tal senso viene considerata un corollario della sistemazione dell'annullamento d'ufficio come potere discrezionale.

Ciò che, per vero, si accorda con l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale tradizionalmente prevalente secondo cui l'amministrazione ha un vero e proprio dovere di provvedere solo a fronte delle vere e proprie istanze, ossia delle sollecitazioni ad agire svolte da privati nei casi in cui la legge attribuisce a essi un "potere di impulso"⁹⁴; mentre non vi è tenuta negli altri casi, ove queste sollecitazioni vengono qualificate come mere denunce.

Orientamento questo che in effetti pareva essere stato confermato appieno anche dalla versione originaria del comma 1 dell'art.2 della legge n.241/1990, secondo cui «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso».

Per cui un obbligo di emanare un provvedimento espresso era configurabile solo nei casi in cui vi è già una norma che lo prevede: il che non è a fronte delle domande di annullamento – fatte ovviamente salve le ipotesi speciali delle quali s'è detto. Non va però dimenticato che negli scorsi anni sono emerse linee di pensiero che in tutto o in parte possono sovvertire questo orientamento. Ad

che anche qui il potere *ex art.21-nomis* conserva natura discrezionale, e che dunque risulta configurabile un dovere di procedere piuttosto che un dovere di provvedere senz'altro ad annullare.

⁹⁴ Così - seppur criticamente - A. SCOGNAMIGLIO, *Istanze alla pubblica amministrazione*, voce in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, IV, 2006, p. 3286. La posizione tradizionale della giurisprudenza e della dottrina viene bene sintetizzata da A. DE ROBERTO, *Denuncia*, voce in *Enc. dir.*, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 149, e da ultimo viene ripresa da G. MANNUCCI, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, Maggioli, 2016, p. 332 e s. In proposito cfr. anche l'inquadramento generale di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2005.

esempio, quella di chi nel novero delle denunce propone di individuare un sottinsieme di atti privati da denominare come denunce qualificate, che in sostanza avrebbero gli stessi effetti delle istanze: denunce che si avrebbero ove la legge prevede sì che un procedimento venga avviato d'ufficio, ma contempla anche «da possibilità, per chi ne abbia interesse, di presentare all'amministrazione denunce (variamente denominate), per sollecitarla ad avviare d'ufficio un procedimento»⁹⁵. Oppure quella di chi configura un dovere dell'amministrazione di provvedere anche a fronte di ogni denuncia presentata da soggetti titolari di una posizione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento⁹⁶.

La prima tesi però a ben vedere non sposta i termini della questione che qui interessa, perché, in tema di annullamento, norme (beninteso, norme generali) che “qualifichino” le denunce dei privati non ve ne sono.

La seconda invece i termini potrebbe senz'altro spostarli: ma, per vero, a oggi pare trovare conferme soprattutto nell'ordinamento comunitario, anziché in quello interno.

Ma soprattutto v'è da chiedersi se ormai non sia configurabile un dovere di provvedere addirittura in esito a ogni denuncia di qualsiasi soggetto: e ciò in considerazione della modifica del primo comma dell'art.2 della legge sul procedimento operata dalla legge cosiddetta anticorruzione n.190/2012, che, per una finalità di maggiore trasparenza dell'azione amministrativa, dopo il primo periodo della disposizione in parola ne ha aggiunto un secondo, che come noto prevede che «se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo»⁹⁷.

In realtà la modifica del 2012 ancora una volta non sposta i termini, sia perché il secondo periodo del comma 1 con tutta probabilità va letto alla luce del primo, che è rimasto inalterato, sicché le domande affette da «manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza», che vanno riscontrate

⁹⁵ L. DE LUCIA, *Denunce qualificate e pre-istruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 719. L'a. riprende questa tesi anche in *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 144.

⁹⁶ A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 159 e ss. Le tesi di questo a. vengono riprese anche da M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande "inammissibili" o "manifestatamente infondate"*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 103 e ss.

⁹⁷ In sostanza, era la proposta di M. MONTEDURO, *Sul processo*, cit., che però si muoveva sul piano dello *ius conditum* anziché su quello dello *ius condendum*.

con un provvedimento in forma semplificata, sono solo le istanze a cui *ex lege* fa seguito il dovere di provvedere: il che come detto in genere non è per le domande di annullamento⁹⁸. Sia perché, se anche così non fosse, l'ammissibilità o meno della domanda continuerebbe a dipendere dalla legittimazione attribuita da norme diverse da quella *ex art.2* della legge sul procedimento: e, quindi, in assenza di una norma che imponga di provvedere sulla domanda di annullamento, essa andrebbe comunque dichiarata inammissibile⁹⁹.

Piuttosto v'è da dire che negli ultimi anni è emerso in dottrina e in giurisprudenza un orientamento che afferma che «l'obbligo di provvedere può comunque nascere dai principi generali in tema di ragionevolezza, correttezza, buona fede (che come più volte ricordato costituiscono il diritto amministrativo al pari del diritto positivo)»¹⁰⁰.

Per cui anche dai principi costituzionali e dai principi generali del diritto amministrativo può sorgere sinanco un dovere di provvedere all'annullamento in esito a una domanda privata anche al di fuori dei casi previsti da singole norme: problematico è però stabilire quali siano i casi in cui ciò debba avvenire, anche perché a oggi fa ancora difetto una casistica giurisprudenziale che chiarisca il punto¹⁰¹.

12. Considerazioni conclusive

Sulla base della rassegna svolta nei paragrafi precedenti si può affermare

⁹⁸ Cfr. N. POSTERARO, *Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del "nuovo" art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 2014, p. 1338 e ss., e *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, ivi, 2015, p. 2676 e ss. Seppure in ottica diversa, esclude che la novella del 2012 abbia dato luogo a un generalizzato obbligo di provvedere sulle domande dei privati anche N. PAOLANTONIO, *Provvedimento in forma semplificata, doverosità della funzione ed esigenza di motivazione*, in *Giustamm.it*, n.12/2016, e *Art.2, II*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice*, cit., p. 301 e ss.

⁹⁹ Peraltro va detto che la giurisprudenza anche da ultimo ha confermato l'orientamento tradizionale: v., in particolare, C.G.A., 6.9.2017, n.380. V., in proposito, la puntuale e attenta analisi di S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo in forma semplificata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 46 e ss.

¹⁰⁰ G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCÀ, II, Bologna, Il Mulino, 1993, 1289; l'a. riprende questa considerazione in *Il tempo del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. CERULLI IRELLI, cit., p. 253. Nello stesso senso v. N. PAOLANTONIO, *Provvedimento*, cit., e *Art.2, II*, cit., con puntuali richiami giurisprudenziali. Cfr. anche S. VERNILE, *Il provvedimento*, cit., spec. p. 52 e ss.

¹⁰¹ Per un'ipotesi di questo genere v. ad es. T.A.R. Trentino-Alto Adige, Trento, 16.12.2009, n. 305, annotata da A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, in *F.A.-T.A.R.*, 2010, p. 810 e ss., e da chi scrive, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 273 e ss.

che nell'ordinamento vigente l'annullamento doveroso, ossia l'annullamento vincolato, è un'evenienza rara.

Innanzitutto s'è visto che non pare che il potere in parola abbia assunto natura vincolata in esito alla modifica dell'art.21-*nonies* della legge n.241 recata dalla legge n.164 del 2014: per cui a tutt'oggi l'art.21-*nonies* continua a confermare che in via generale questo potere ha natura discrezionale.

Quanto agli orientamenti giurisprudenziali che in passato sembravano affermare (peraltro, in modo non sempre perspicuo) che in determinati settori della azione amministrativa può riscontrarsi una doverosità del potere, s'è visto che quello sull'annullamento per motivi finanziari dovrebbe essere venuto meno in seguito all'abrogazione del comma 136 dell'art.1 della legge n.311 del 2004, e quello sull'annullamento degli atti viziati da illegittimità comunitaria per effetto del *revirement* della stessa giurisprudenza comunitaria.

Invece sinora è perdurato l'orientamento sull'annullamento in tema di edilizia: anche se da ultimo l'Adunanza plenaria è stata chiamata a riconsiderare la questione a fronte della più recente modifica dell'art.21-*nonies*, quella recata dalla legge n.124 del 2015.

Ma se i contenuti dell'art.21-*nonies* riescono a far breccia solo con difficoltà nelle convinzioni radicate in giurisprudenza, essi fungono da paradigma per la lettura delle disposizioni che negli ultimi anni hanno previsto ipotesi speciali di annullamento: è accaduto per le sollecitazioni in tema di s.c.i.a., e forse sarebbe accaduto anche per le raccomandazioni vincolanti dell'Anac previste dal secondo comma dell'art.211 del Codice dei contratti pubblici del 2016, se questa disposizione fosse rimasta in vigore.

Per cui anche quando una qualche disposizione prevede in capo ai privati il potere di formulare vere e proprie istanze di annullamento, dottrina e giurisprudenza per lo più tendono a ricondurre l'esercizio del potere alle regole generali *ex art.21-*nonies**.

E, dunque, al più giungono ad affermare che in alcuni di questi casi in capo alla pubblica amministrazione vi è sì un dovere di procedere sull'istanza di annullamento, ma non un vero e proprio dovere di annullare: o, se si preferisce, che, anche se la pubblica amministrazione è tenuta e vincolata a iniziare un procedimento, la scelta se concluderlo o meno nel senso dell'annullamento resta discrezionale, e deve svolgersi secondo le regole generali di cui s'è detto.

Va però detto che questi assetti forse sono provvisori, dato che le esperienze degli ultimi anni dimostrano che il nostro ordinamento anche a questo proposito è in continua evoluzione: in definitiva, si tratta di un riflesso di quella dialettica tra gli interessi sottesi all'annullamento della quale si è detto più sopra.

Sicché non si può escludere che in futuro il legislatore decida di annettere un rilievo preminente all'uno o all'altro degli interessi che vanno nel senso della rimozione dell'atto illegittimo, e dunque preveda delle ipotesi, di latitudine più o meno ampia, di annullamento interamente vincolato, come ha già fatto in almeno un caso in passato.

Restando sempre sul piano delle ipotesi, d'altro canto non può escludersi neppure che in futuro la Corte costituzionale giunga prima o poi ad applicare anche qui l'orientamento che dalla fine dello scorso secolo afferma che l'affidamento del cittadino è tutelato dalla Costituzione.

Peraltro nella sentenza n.181 del 2017, di cui s'è già detto, la Consulta ha sì rilevato che «questa Corte ha già osservato che, in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale» (sentenza n. 75 del 2000). La previsione legislativa di casi di autotutela obbligatoria è dunque possibile, così come l'introduzione di limiti all'esercizio del potere di autoannullamento, ma non può certo dirsi costituzionalmente illegittima, per le ragioni sopra viste, una disciplina generale che escluda il dovere dell'amministrazione e, per quanto qui interessa, delle Agenzie fiscali di pronunciarsi sulle istanze di autotutela»; ma nel prosieguo della pronunzia ha osservato anche che è «proprio nel principio di buon andamento (che) si radica il vincolo per il legislatore di tenere conto, nella disciplina dell'annullamento d'ufficio, anche dell'interesse pubblico alla stabilità dei rapporti giuridici già definiti dall'amministrazione, con la conseguenza che non irragionevolmente il legislatore stesso ha ritenuto di non prevedere che su eventuali istanze di autotutela l'amministrazione debba necessariamente pronunciarsi».

Non può escludersi neanche che la giurisprudenza forense e quella dottrinale nei prossimi anni chiariscano le implicazioni dei principi generali sull'attività amministrativa in ordine all'esercizio del potere in parola, e dunque giungano a individuare con esattezza le ipotesi ove la doverosità dell'annullamento discende da detti principi.

Per pervenire a questo risultato occorrerebbe però un approfondimento e un affinamento degli strumenti che consentono di sindacare la discrezionalità amministrativa, se non una qualche ridefinizione della stessa discrezionalità.

Ma qui si superano i confini dell'indagine che si è voluto svolgere, che ha come oggetto solo la ricerca e la disamina di casi in cui il potere in questione ha natura autenticamente vincolata: e dunque, come si suol dire, si tratta di un'altra storia, che merita un racconto a parte.

FRANCESCO GOISIS

Professore ordinario di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto pubblico
italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano

Francesco.Goisis@unimi.it

**LA BREVE ESPERIENZA DELLE RACCOMANDAZIONI VINCOLANTI
DELL'ANAC EX ART. 211, CO. 2, D.LGS. N. 50 DEL 2016:
DOVEROSITÀ E FUNZIONE DI GIUSTIZIA NELLA AUTOTUTELA
DECISORIA**

**THE SHORT EXPERIENCE OF ANAC's BINDING RECOMMENDATIONS
PURSUANT TO ART. 211, PAR. 2, OF LEGISLATIVE DECREE NO. 50 OF 2016:
SELF-ANNULMENT AS A NON-DISCRETIONARY AND SEMI-JUDICIAL ACT**

SINTESI

L'articolo mira a riflettere sul potere di raccomandazione vincolante di cui all'abrogato art. 211, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, al fine di mostrarne i rapporti e la complessiva coerenza con alcuni caratteri del modello generale dell'autotutela decisoria quale esistente nel diritto scritto e vivente. In particolare, attraverso un confronto con i pertinenti pareri resi dal Consiglio di Stato in sede consultiva, sviluppa l'idea per cui non siano condivisibili i principali dubbi espressi dal Consiglio di Stato e, tra l'altro, che l'annullamento d'ufficio post raccomandazione debba ritenersi strettamente doveroso e che tale doverosità non possa ritenersi (come invece dal Consiglio di Stato e da più parti sostenuto) in contrasto con alcuni profili tradizionali dell'istituto. In particolare, si segnala tra l'altro, il valore sostanziale della legalità, nonché la specifica doverosità dell'annullamento: per realizzare risparmi di spesa, per dare esecuzione ad accertamenti compiuti da altre autorità chiamate ex lege ad una funzione di controllo di legittimità o comunque di accertamento di legittimità, per porre fine ad illegittimità comunitarie, tutte vicende in genere presenti in questo caso. Si ipotizza poi che anche l'annullamento d'ufficio a seguito di parere preliminare all'esercizio dell'azione giurisdizionale quale previsto dalla nuova formulazione dell'art. 211 abbia, parimenti e per analoghe ragioni, carattere vincolato, salvo la possibilità per la Stazione appaltante di dissentire sul presupposto dell'illegittimità. (il quale però non attiene a valutazioni di interesse pubblico), lasciando quindi l'ultima parola (su tale unico profilo) alla Autorità giurisdizionale amministrativa. Si conclude quindi per una possibile valorizzazione di una funzione di giustizia alternativa alla giurisdizione dell'annullamento d'ufficio, nell'ottica di un'Amministrazione chiamata al perse-

guimento di un interesse pubblico che non può mai essere determinato in contrasto con il valore della legittimità, così assicurando una piena realizzazione dello Stato di diritto.

ABSTRACT

The essay aims at analysing the power of recommendation pursuant to (the by now repealed) art. 211, par. 2, of Legislative Decree no. 50 of 2016, with the purpose of showing its relationship and comprehensive coherence with certain features of the general model of self-annulment as existing in our written and living legal system. In particular, through a dialogue with the relative opinions issued by the Council of State, it proposes the idea that the main doubts expressed by the Council of State are unfounded and, in particular, that the self-annulment further to the recommendations should be deemed as strictly non-discretionary and that this character cannot be considered (contrary to the opinion of the Council of State and various others) in contrast with certain traditional features of this administrative power. More in details, reference is made to: *a)* the substantive value of the principle of legality, *b)* the specific (and traditional) absence of administrative discretion in the self-annulment *i)* to realize savings of public money, *ii)* to enforce decisions of other public authorities, by law competent to monitoring the legality of administrative action, and, finally, *iii)* to remediate to violations of EU law, reasons which may all well be at stake in this case. Furthermore, it is hypothesized that similarly the power of self-annulment further to an opinion issued under the new version of art. 211 prior to the legal action before Administrative Courts is, for analogous reasons, non-discretionary, save the possibility for the contracting authority to disagree on the mere profile of the unlawfulness (which does not relate to any assessment of public interest), giving the last word on this sole aspect to the Administrative Court. Finally, the essay takes position in favour of a semi-judicial function of the self-annulment as a form of ADR, in the perspective of a Public Administration in charge of pursuing a public interest which cannot be ever determined in contrast with the value of lawfulness, so to fully realize the rule of law.

PAROLE CHIAVE: ANAC - raccomandazioni vincolanti - annullamento d'ufficio consequenziale - discrezionalità amministrativa

KEYWORDS: ANAC- binding recommendations - consequential self-annulment - administrative discretion.

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il problema della presunzione di legittimità. - 3. Il problema dell'annullamento mascherato. - 4. Il problema del principio di responsabilità personale nella sanzione amministrativa. - 5. Il problema della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio. - 6. Conclusioni e cenni alla nuova disciplina introdotta dal correttivo.

1. Introduzione.

Scopo di questo contributo è un'analisi dello (ormai abrogato) art. 211, co. 2, cod. contr. pubbl. in tema di poteri di raccomandazione vincolante dell'ANAC per la eliminazione di atti di procedure di gara illegittimi. In particolare, ci si soffermerà sul conseguente dovere (a pena di sanzione amministrativa pecunaria inflitta al dirigente responsabile), in capo alla Stazione appaltante, di rimozione in autotutela delle illegittimità riscontrate dall'Autorità indipendente¹. Un potere di autotutela eliminatoria era infatti (a differenza di quanto da altri ipotizzato²) certamente suggerito dal legislatore, che parlava, all'art. 211, co. 2, di «rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi». Dunque l'autotutela (come in particolare reso esplicito dalla parola altresì) era immaginata come compiutamente eliminatoria, fino ad estendersi alla rimozione non solo dell'atto in sé, ma anche dei relativi effetti.

Per esigenze di sintesi, affronterò il tema nelle sue linee essenziali, facendo soprattutto riferimento alle obiezioni ripetutamente opposte dal Consiglio di Stato in sede di pareri resi sul nuovo Codice dei contratti pubblici, sulla bozza di

¹ «Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecunaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo».

Su tale potere, specifiche riflessioni sono offerte da S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni a margine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in www.federalismi.it, 6/2017 e N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso (anche alla luce del parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del Codice dei contratti)*, in www.federalismi.it, 5/2017.

Vedi inoltre sul tema R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.*, 5-2016, pp. 503 ss., spec. 539; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016)*, in www.federalismi.it, 10-2016; M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in www.federalismi.it, 15-2016; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. dir. amm.*, 5-2016, pp. 605 ss., spec. 608; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4-2016, pp. 499 ss., spec. 503; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 4-2016, pp. 515 ss., spec. 519-520; N. LONGOBARDI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 6- 2016; E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 8- 9/2016, pp. 874 ss., spec. 899 ss.

² S. TUCCILLO, *op. cit.*, spec. pp. 6 ss.

regolamento ANAC e, infine, sulla bozza di correttivo, che, originariamente, non intendeva intervenire sull'istituto. Obiezioni, in sostanza, poi invece recepite dal legislatore delegato che, con l'ultima versione del correttivo, ha, a sorpresa, significativamente modificato la previsione, stabilendo, al posto della raccomandazione vincolante, una mera legittimazione *ex lege* dell'ANAC ad impugnare gli atti di gara illegittimi, previa comunicazione di un parere alla Stazione appaltante in cui sono evidenziati i vizi di legittimità riscontrati³.

Coglierò poi l'occasione per qualche accenno ad alcune questioni di fondo dell'autotutela e della sua possibile funzione di giustizia. Mostrerò, in particolare, come i caratteri di specifica doverosità dell'annullamento d'ufficio qui in questione non siano affatto così disarmonici rispetto alla storia e al regime attuale dell'autotutela, potendosi quindi ipotizzare un più esteso utilizzo dell'annullamento d'ufficio come strumento deflattivo del contenzioso.

Invero, le obiezioni del Consiglio di Stato sono ben rappresentative di una più generale diffidenza rispetto all'assegnazione alla autotutela decisoria del ruolo di strumento di tutela del cittadino (ossia non solo di privilegio dato alla Pubblica Amministrazione per la tutela dei suoi propri interessi, e quindi come potere altamente discrezionale e ad esercizio facoltativo, se non, come espressivamente ricordato dai giudici amministrativi, addirittura «potere di merito, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, insindacabile da parte del giudice»⁴). Ruolo che viene radicalmente contestato, soprattutto in quanto, si

³ L'art. 52-ter, co 1, d. lgs. n. 50 del 2017, ha infatti abrogato il co. 2 dell'art. 211, inserendo al suo posto i co. 1-bis., 1-ter e 1-quater: «L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. 1-ter. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo. Si applica l'articolo 120 del codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 annexo al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti in relazione ai quali esercita i poteri di cui ai commi 1-bis e 1-ter».

⁴Così, Cons Stato, sez. V, 25 luglio 2014, n. 3964 «L'esercizio del potere di autotutela amministrativa mediante annullamento d'ufficio costituisce espressione di un potere di merito, incoercibile da parte del giudice amministrativo; sebbene l'art. 21 *nonies*, 1.7 agosto 1990 n. 241 ne abbia disciplinato i presupposti e le forme, di detto potere non ne è stata modificata la natura, che non è stata trasformata da discrezionale in obbligatorio, nel senso che rispetto all'esercizio di tale potere non è configurabile un obbligo di provvedere, essendo l'amministrazione titolare di un potere di merito, che si esercita previa valutazione delle ragioni di pubblico interesse, in-

dice, altrimenti elusivo degli strumenti di tutela giurisdizionale e dei relativi termini decadenziali⁵.

In effetti, nel parere 28 dicembre 2016 n. 2777, il Consiglio di Stato non può che prendere atto della funzione anche di giustizia del potere di raccomandazione (ove emesso su istanza di parte), tra l'altro notando come esso ben potrebbe intersecarsi con quello di emissione di pareri vincolanti, *ex art. 211, co. 1* (nel parere 1920/2016 ricondotte alle «ADR, sia pure con indiscutibili tratti di specialità»).

Tuttavia, (e forse proprio per questo) il Consiglio di Stato continua nella sua serrata polemica (già in gran parte anticipata nel parere n. 855 del 2016 sulla bozza di nuovo Codice) avverso tale strumento, come configurato nella precedente versione dell'art. 211 e poi nel progetto di regolamento preparato da ANAC.

In particolare il Consiglio di Stato solleva quattro principali questioni, su cui vorrei concentrarmi:

1. il problema della presunzione di legittimità
2. il problema dell'annullamento mascherato, che esorbiterebbe dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Corte costituzionale con la sentenza 14 febbraio 2013, n. 20 pronunciatasi sull'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990;
3. il problema della violazione del principio di responsabilità personale nella sanzione amministrativa;
4. il problema della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio.

Si osserva difatti, tra l'altro, che «Questo Consiglio di Stato, nel parere n. 855 del 2016, ha già espresso motivate riserve sull'introduzione del nuovo istituto, segnalando la natura di «*annullamento mascherato*», non facilmente compatibile con il riparto delle competenze riconosciute alle singole amministrazioni e con il sistema delle autonomie, e ne ha evidenziato in particolare l'anomalia della portata effettuale, sul piano della ragionevolezza e della presunzione di legittimità

sindacabile da parte del giudice, con la conseguenza che la richiesta del privato, rivolta all'amministrazione, di esercizio dell'autotutela è una mera denuncia, con funzione sollecitoria che non fa sorgere un obbligo di provvedere...».

⁵Così, sempre Cons Stato, sez. V, 25 luglio 2014, n. 3964 «né può logicamente e sistematicamente ammettersi che l'interessato possa impugnare l'eventuale risposta negativa alla richiesta di annullamento di ufficio che l'amministrazione fornisca all'istanza sollecitoria senza esprimere alcuna nuova considerazione e senza rivalutare gli interessi pubblici coinvolti, giacché ciò determinerebbe l'inammissibile elusione dei termini decadenziali per l'impugnazione degli atti e provvedimenti amministrativi».

degli atti amministrativi sino a loro annullamento, in quanto la sanzione amministrativa, prevista dall'art. 211, comma 2, del codice colpisce il rifiuto di autotutela e, cioè, un provvedimento di cui deve presumersi la legittimità, sino a prova contraria, quasi a prefigurare una inedita «*responsabilità da atto legittimo*». La potestà di annullamento dovrebbe quindi rimanere in capo al GA (scelta, come visto, poi accolta nel correttivo): «Nel medesimo parere la Commissione speciale ha raccomandato al legislatore una formulazione della disposizione in chiave di vigilanza collaborativa – pure prevista, in via generale, dall'art. 213 del codice – non dissimile da quella prevista dall'art. 21-bis della l. n. 287 del 1990 per l'Anti-trust, compatibile con i principî fissati dalla Costituzione e con i limiti della legge delega, che nella lettera t) parla di «*controllo*» al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una nozione coincidente con la qualificazione adoperata dal giudice delle leggi con riguardo alla legittimazione conferita dall'art. 21-bis all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20)».

D'altra parte, la legge delega non offre una piena copertura ai poteri di "annullamento mascherato" così attribuiti ad ANAC: «la raccomandazione vincolante si inserisce in una fattispecie complessa, a formazione progressiva, che culmina nell'esercizio di un'autotutela doverosa, che deve tuttavia essere ricondotta al paradigma generale dell'art. 21-*nonies* della l. 241 del 1990 se si vuole preservarne, al di là delle criticità di fondo sopra evidenziate, la coerenza con l'ordinamento nel suo complesso. Il legislatore delegato, nell'assenza di una disposizione di delega inequivocabilmente attributiva all'ANAC, sul piano sostanziale, del potere di annullamento d'ufficio, ha attuato solo in parte il suo disegno innovatore, facendo della "raccomandazione vincolante" – quasi un ossimoro – il motore della revisione, ma mantenendone in capo alle singole stazioni appaltanti il veicolo formale, attraverso l'emanazione dell'atto conclusivo di tale inedita sequenza procedimentale».

Per meglio coordinare questo annullamento d'ufficio doveroso⁶ (per la stazione appaltante) con i caratteri generalmente discrezionali dell'annullamento d'ufficio come delineati dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, occorrerebbe poi, almeno, che tale momento discrezionale trovasse «da sua collocazione 'a monte', nel corso del procedimento di interlocuzione preventiva che conduce alla emanazione della raccomandazione vincolante, e dovrà estendersi non solo alla stazione appaltante, ma anche a tutti i soggetti comunque coinvolti».

⁶ Nel medesimo senso, TAR Toscana, sez. III, 19 luglio 2017, n. 936, che parla di una «forma di "autotutela doverosa"».

Sempre sotto il profilo della presunzione di legittimità, il Consiglio di Stato critica altresì la «creazione di una responsabilità oggettiva avulsa dalla gravità (e dalla stessa esistenza) della violazione che inficia l'atto di gara censurato dall'Autorità, che potrebbe essere successivamente smentita dal giudice amministrativo (come si è detto, si è parlato di «*responsabilità da atto legittimo*»)».

Risulterebbe poi posto in crisi « il principio di responsabilità personale dell'illecito amministrativo, sancito dall'art. 3, comma 1, della l. n. 689 del 1981, secondo cui «*nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa*»: una regola generale, comune in materia di sanzioni amministrative (art. 12 della stessa l. n. 689 del 1981), «*da applicare in ogni ipotesi in cui si configuri tale tipo di sanzioni*» (v., sul punto, Corte cost., 4 marzo 1999, n. 49, in tema di sanzioni irrogate a dirigenti responsabili di infrazioni nel settore creditizio)», nonché il legame di immedesimazione organica tra dirigente e stazione appaltante.

2. Il problema della presunzione di legittimità.

Partiamo dal profilo della presunzione di legittimità. Il ragionamento del Consiglio di Stato è, essenzialmente, il seguente: la sanzione per mancata ottemperanza alla raccomandazione vincolante colpisce il rifiuto di autotutela rispetto ad un provvedimento ancora efficace, in quanto non annullato, ossia un provvedimento amministrativo di cui, si dice, è da presumere la legittimità. Si creerebbe in questo modo una sorta di responsabilità da atto (ancora da presumersi) legittimo, in relazione alla sanzione amministrativa pecuniaria infliggibile al funzionario. Del resto, i profili di illegittimità rilevati da ANAC potrebbero poi essere smentiti in sede giurisdizionale amministrativa.

Non sfugge, di contro, che se la legge attribuisce ad una determinata Amministrazione il potere di dichiarare (peraltro con provvedimento a sua volta impugnabile) la illegittimità di un atto, se non altro per ragioni cronologiche è questo secondo atto a prevalere sul piano della dichiarazione della volontà della legge nel caso concreto. La presunzione di legittimità è cioè trasferita dal primo al secondo atto.

Detto altrimenti, se si condivide la nota definizione del Mayer secondo cui l'atto amministrativo, per realizzare la giustizia nell'amministrazione, deve, analogamente alla sentenza, vedersi come l'«*acte qui détermine, vi-à-vis du sujet, ce qui, pour lui, doit être de droit dans le cas individuel*»⁷, parimenti deve accettarsi che questa

⁷ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Paris, Giard & Brière, 1903, p. 103.

dichiarazione possa essere poi sostituita da un'altra successiva, ed altrettanto legalmente legittimata. Questo è, del resto, da sempre, la principale funzione dei controlli amministrativi di legittimità.

Quanto al profilo del futuro, possibile, annullamento della raccomandazione da parte del giudice amministrativo, sembra quasi che, tra le righe, il Consiglio di Stato suggerisca che solo la sentenza di annullamento possa vincere la presunzione di illegittimità di un provvedimento amministrativo: il che è senz'altro da respingere, atteso che tale presunzione costituisce, come si è detto, manifestazione della potestà amministrativa, sicché è coerente che (anche) un ulteriore (e contrario) esercizio della medesima la possa vincere. Né, a dire il vero, (se è questo che si vuole sostenere) un tale annullamento giudiziale eliminerebbe l'illecito omissivo proprio della mancata conformazione alla raccomandazione, ma, semmai, varrebbe a consentire alla Stazione appaltante (che si è doverosamente conformata alla raccomandazione) di ritornare sui suoi passi, ripristinando l'atto precedentemente annullato d'ufficio.

È vero, certo, che sarebbe stato più coerente conferire direttamente ad ANAC un potere di (immediato) annullamento. Però, fin dalle origini si è osservato (come ricorda lo stesso Consiglio di Stato, quando parla di annullamento mascherato) come alcuni atti di controllo realizzino un effetto sostanzialmente (ma non formalmente) di annullamento. Sul punto già il Codacci Pisanelli, ad esempio, ragionava sul rifiuto di visto da parte della Corte dei conti, come atto nella sostanza di annullamento, perché capace di imporre l'annullamento d'ufficio alla autorità controllata⁸.

Basterebbe poi pensare alla teoria dell'azione costitutiva: come in particolare spiegato dal Calamandrei, nella sentenza che tiene luogo del contratto oggetto del preliminare «all'elemento giurisdizionale (condanna dell'obbligato a emettere una dichiarazione di volontà) si accompagna un elemento esecutivo, che ha anch'esso, come il primo, carattere giurisdizionale, in quanto contiene una sostituzione del giudice all'obbligato nell'eseguire in sua vece un precezzo di cui questi, e non il giudice, era il diretto destinatario»⁹. Insomma, direttamente in essa all'accertamento segue l'esecuzione, quale immediatamente modificativa della realtà giuridica. Ebbene, nel rapporto tra raccomandazione e successivo annullamento d'ufficio da parte della stazione appaltante è come se avessimo (volendo usare uno schema giurisdizionale) una sentenza (i.e., dichiarazione della

⁸ G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 155.

⁹ P. CALAMANDREI, *La sentenza come atto di esecuzione forzata*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli*, Messina, 1931, pp. 219-241, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, Morano Editore, 1985, vol. I, p. 353.

volontà della legge nel caso concreto) non auto-esecutiva, con il momento dell'esecuzione (ossia eliminatorio) deputato alla autotutela da parte della Stazione appaltante. Ed è proprio il momento dell'accertamento quello cui si collega logicamente il tema della presunzione di legittimità.

3. Il problema dell'annullamento mascherato.

A tale ultima osservazione si connette il profilo del rapporto tra questo "annullamento mascherato", ed i meccanismi collaborativi ammessi dalla Corte costituzionale con la sentenza 14 febbraio 2013, n. 20, pronunciatisi sull'art. 21 bis della legge n. 287 del 1990.

Il Consiglio di Stato ritiene che per raggiungere una sicura compatibilità con i principi di cui alla sentenza 20/2013, occorrerebbe che l'annullamento fosse (come nell'ipotesi di cui all'art. 21 bis cit.) pronunciato giudizialmente. L'ANAC dovrebbe quindi ricevere (secondo il suggerimento poi accolto nel corrivo del 2017) solo una legittimazione *ex lege* al ricorso avanti al giudice amministrativo.

Non va però scordato che se è vero che trattasi di un controllo con effetti, infine, eliminatori, la sentenza 20/2013 sembra aver altresì ammesso la astratta legittimità di controlli non generalizzati e chiaramente rientranti nell'ambito di competenza legislativa esclusiva dello Stato: «...si deve osservare che è inesatto parlare di «nuovo e generalizzato controllo di legittimità», là dove la norma - integrando i poteri conoscitivi e consultivi già attribuiti all'Autorità garante dagli artt. 21 e seguenti della legge n. 287 del 1990 - prevede un potere di iniziativa finalizzato a contribuire ad una più completa tutela della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato (art. 21, comma 1, della legge citata) e, comunque, certamente non generalizzato, perché operante soltanto in ordine agli atti amministrativi «che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato» (norma censurata, comma 1)...La detta disposizione, dunque, ha un perimetro ben individuato (quello, per l'appunto, della concorrenza), compreso in una materia appartenente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera e, Cost.), concernente anche la potestà regolamentare, ai sensi dell'art. 117, sesto comma, primo periodo, Cost.».

Ebbene, il controllo in questione non è affatto generalizzato, ma è limitato alla materia degli appalti (importante, ma pur sempre più ristretta di quella tutela concorrenza, di cui semmai costituisce un sottoinsieme); inoltre, se è vero che ANAC non è organo giurisdizionale, essa è pur sempre un'Autorità amministrativa indipendente, con caratteri, dunque, di neutralità certamente più accentuati

rispetto ad una PA tradizionale.

D'altra parte, laddove la Consulta ha direttamente affrontato il tema dell'annullamento d'ufficio imposto quale doveroso da legge statale alle autonomie regionali e locali, lo ha legittimato, in quanto espressione del principio di legalità.

In particolare, ha notato la Corte¹⁰, che «in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale». Anzi, «lo strumento dell'autotutela deve sempre essere valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell'azione amministrativa, espressi dall'art. 97 Cost», sicché «la previsione d'un potere-dovere di annullamento dei provvedimenti che avevano disposto gli inquadramenti illegittimi (...) si configura (...) quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di situazioni costitutesi contra legem».

Invero, in relazione alla prospettata violazione dell'autonomia degli enti locali, la sentenza sembra ragionare in modo piuttosto netto: poiché lo strumento dell'autotutela deve essere valutato alla luce ed in funzione del principio di legalità, «tanto basta per escludere la prospettata violazione degli artt. 5 e 128 Cost». Insomma, la finalità di ripristino della legalità violata sembra quasi escludere di per sé la lesione della autonomia locale. Questa sembra la posizione più generale (e soprattutto attuale) della Consulta, che ancora con sentenza 28 aprile 2011, n. 155 ha dichiarato costituzionalmente illegittima una legge pugliese che mirava ad eludere delle previsioni di legge finanziaria ai sensi delle quali, tra l'altro, si imponeva «l'annullamento d'ufficio degli «atti adottati dalla Giunta regionale o dal Consiglio regionale durante i dieci mesi antecedenti alla data di svolgimento delle elezioni regionali, con i quali è stata assunta le decisione di violare il patto di stabilità interno»¹¹.

Infine, anche ammesso e non concesso che qui si fuoriesca dai limiti riconoscibili dalla giurisprudenza costituzionale in punto di annullamento d'ufficio imposto dallo Stato su atti regionali e degli enti locali, ciò inficerebbe la costituzionalità della previsione solo in relazione a queste sole Amministrazioni. Con il che l'impatto dell'argomento non appare in ogni caso di portata generale.

¹⁰ Corte Cost., 22 marzo 2000 n. 75.

¹¹ Art. 14, co. 20, D.L. n. 78 del 2010: «Gli atti adottati dalla Giunta regionale o dal Consiglio regionale durante i dieci mesi antecedenti alla data di svolgimento delle elezioni regionali, con i quali è stata assunta le decisione di violare il patto di stabilità interno, sono annullati senza indulgìo dallo stesso organo».

4. Il problema del principio di responsabilità personale nella sanzione amministrativa.

Venendo ora al problema del possibile contrasto del meccanismo con il principio di responsabilità personale dell'illecito amministrativo, sancito dall'art. 3, comma 1, della l. n. 689 del 1981¹², e in generale con il principio della rappresentanza organica, gli argomenti del Consiglio di Stato non paiono, parimenti, persuasivi.

Invero, la l. 689 del 1981 prevede come regola generale che la sanzione sia inflitta a persona fisica, non giuridica. Le diverse ipotesi (per es. sanzioni AGCM) sono eccezionali. Sicché se si vuole dire che il funzionario è reso responsabile per la condotta omissiva (in realtà) della persona giuridica-PA, si frantende la disciplina della legge di depenalizzazione, quale più volte ribadita dalla Cassazione¹³.

Tale immediata sanzionabilità del dirigente, peraltro, era, a ben vedere, scelta non solo molto felice sul piano dell'effettività della disciplina, ma altresì ben coerente con il carattere strettamente doveroso ed esecutivo dell'annullamento d'ufficio qui in questione: quest'ultimo si impone come dovere giuridico immediatamente consequenziale e precettivo in capo al funzionario nella sua veste individuale, invece che sulla PA nel suo complesso (potenzialmente chiamata, pertanto, ad una valutazione discrezionale di interessi deputati alla sua cura).

In altri termini, poiché il potere di autotutela è vincolato, è ben coerente che il relativo dovere ricada direttamente sul dirigente, chiamato ad un'azione meramente esecutiva (similmente al commissario *ad acta* nel giudizio di ottemperanza), senza coinvolgere la Amministrazione nel suo complesso.

5. Il problema della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio.

Ma il tema più rilevante sul piano sistematico (e del credibile uso in funzione di giustizia dell'annullamento d'ufficio) è senz'altro quello dei caratteri di fondo dell'annullamento d'ufficio delineato dall'art. 211, co. 2.

Invero, il problema del coordinamento con l'art. 21 *nonies* l. 241 del 1990

¹² «Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa».

¹³ Ad es. Cass, sez. lav., 25 ottobre 1997, n. 10518: «A norma dell'art. 3 della legge 24 novembre 1981 n. 689 è responsabile di una violazione amministrativa solo la persona fisica a cui è riferibile l'azione materiale o l'omissione che integra la violazione».

e con la pretesa generale ed inderogabile codificazione, in esso, della regola della necessaria discrezionalità dell'annullamento d'ufficio, è di portata evidentemente molto ampia. Il Consiglio di Stato lamenta sul punto un difetto di coerenza con l'art. 21 *nonies*, l. 241 ed ipotizza la opportunità di un recupero della discrezionalità a monte (essendo invece inevitabilmente doveroso l'autoannullamento da parte della Stazione appaltante).

Seppur molto velocemente, vorrei mostrare come questa preoccupazione sistematica (pur diffusa), non tenga conto dell'estrema complessità e ricchezza dell'esperienza (dottrinale, legislativa e giurisprudenziale) dell'annullamento d'ufficio.

Anzitutto, se è vero che diffusa è l'idea che per integrare i presupposti del legittimo annullamento d'ufficio occorra la compresenza in concreto sia del presupposto dell'illegittimità che, rispettivamente, della sussistenza dell'interesse pubblico concreto ed attuale, in quanto, come recentemente notato «l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto viziato» non potrebbe «coincidere con la mera esigenza della restituzione all'azione amministrativa della legalità violata», né «risolversi nella semplice e astratta ripetizione delle stesse esigenze regolative sottese all'ordine giuridico infranto»¹⁴, tuttavia l'annullamento doveroso ha sempre avuto un suo qualche, incisivo, ruolo nel nostro ordinamento. Forse anche perché - come autorevolmente (anche se in genere minoritariamente) osservato - si tratta dell'unico meccanismo capace di realizzare pienamente il principio di legalità.

Basti qui richiamare le parole del Guicciardi: «Vano è l'accampare, come in molti casi ha fatto la giurisprudenza con l'approvazione della maggioranza della dottrina, le superiori esigenze dell'interesse pubblico, per le quali la opportunità dell'atto prevarrebbe sulla sua illegittimità, impedendone l'annullamento, perché non vi è interesse più alto di quello, a che l'Amministrazione rispetti la legge»¹⁵. Oppure ricordare la notazione del Romanelli per cui «L'interesse alla legalità è il presupposto logico e necessario in cui in uno Stato di diritto si basa l'interesse dell'azione amministrativa»¹⁶. Riflessione, quest'ultima, che sembra a dire il vero direttamente ripresa da Corte Cost., 22 marzo 2000 n. 75, laddove, come sappiamo, nota che l'annullamento d'ufficio si configurerebbe «quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di

¹⁴ Con. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

¹⁵ E. GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Scritti di diritto pubblico in onore di Santi Romano*, II, Padova, Cedam, 1940, pp. 393-433; spec. 406

¹⁶ V. M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 231

situazioni costitutesi contra legem». Nonché - ed appare dato potenzialmente assai interessante in vista di futuri sviluppi - similmente espressa dal Parlamento Europeo, nella sua proposta di Regolamento sul procedimento amministrativo del 2016: «Il principio di legalità, in quanto corollario dello Stato di diritto, impone all'amministrazione dell'Unione l'obbligo di rettificare o revocare gli atti amministrativi illegittimi. »¹⁷.

Venendo adesso agli orientamenti giurisprudenziali, il Consiglio di Stato non pare soffermarsi sul fatto che l'annullamento d'ufficio, secondo un peraltro consolidato insegnamento giurisprudenziale, è visto come pressoché sempre doveroso a fronte di atti produttivi di un illegittimo (e continuo) esborso di denaro da parte della P.A. Le sentenze citabili (che in genere motivano sulla base della ambigua nozione di interesse pubblico *in re ipsa*, che in realtà significa rinuncia al relativo accertamento in concreto, perlomeno sotto il profilo degli obblighi motivazionali e di contraddittorio procedimentale) sono numerosissime. Ma, si noti, vertono in gran parte proprio in tema di rapporti tra fase pubblicistica e privatistica di costituzione, illegittima, di un rapporto contrattuale (in genere rapporti di lavoro¹⁸, ma anche contratti di altro genere, anche ove aggiudicati in sede di evidenza pubblica¹⁹).

¹⁷ Risoluzione 2016/2610(RSP) del 9 giugno 2016, *Un regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente*, considerando 37. L'art. 23, par. 1, della proposta di Regolamento prevede infatti che «L'autorità competente rettifica o revoca, di sua iniziativa o su richiesta della parte interessata, un atto amministrativo illegittimo che rechi pregiudizio ad una parte. La rettifica o la revoca ha effetto retroattivo», mentre l'art. 24, par. 1, similmente, stabilisce che «L'autorità competente rettifica o revoca, di sua iniziativa o su richiesta di un'altra parte, l'atto amministrativo illegittimo vantaggioso per una parte.» La presa in considerazione dell'eventuale affidamento del privato appare quindi profile subordinato rispetto a quello della tendenziale doverosità della revoca per illegittimità.

Sul tema, C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, pp. 1531 ss.

¹⁸ Da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 2016, n. 1962: «L'annullamento d'ufficio degli atti da cui discendono continuativi e non dovuti esborsi di denaro pubblico, quali quelli di illegittima costituzione di rapporti di lavoro alle dipendenze di Pubbliche amministrazioni, è doveroso, dovendo ritenersi l'interesse pubblico al ritiro in *re ipsa*; inoltre, dovendo nei detti casi considerarsi l'interesse pubblico al ritiro degli atti illegittimi, *in re ipsa*, non occorre la motivazione in ordine alla sua sussistenza né la valutazione della posizione dei destinatari, i quali non possono vantare affidamenti tutelabili al mantenimento dell'atto di primo grado, nemmeno in considerazione del lungo termine trascorso».

¹⁹ Da ultimo, TAR Abruzzo, sez. I, 19 marzo 2015, n. 206, che nota che: «L'esborso di denaro pubblico, tuttavia, non era determinato soltanto dalla violazione del diritto comunitario, ma anche dalla conservazione di un rapporto concessorio che avrebbe comportato continui ed indebiti pagamenti, a carico delle finanze pubbliche, in favore della concessionaria.» e Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5415, ove, in relazione all'annullamento dell'affidamento di un servizio strumentale per carenza dei presupposti tecnici in capo all'ATI affidataria, si osserva che: «In proposito l'appellante Provincia rileva che la rimozione in via di autotutela di atti illegittimi che hanno comportato indebito e continuativo esborso di denaro pubblico non richiede

Ma anche sul piano legislativo, pur una volta abrogato l'art. 1, co. 136, della l. n. 311 del 2004 (norma peraltro dimostrata sostanzialmente irrilevante rispetto ai preesistenti orientamenti giurisprudenziali), va considerato l'art. 52, co. 6, cod. giust. cont. (d.lgs. 174 del 2016): «Resta fermo l'obbligo per la pubblica amministrazione denunciante di porre in essere tutte le iniziative necessarie a evitare l'aggravamento del danno, intervenendo ove possibile in via di autotutela o comunque adottando gli atti amministrativi necessari a evitare la continuazione dell'illecito e a determinarne la cessazione»; sicché, laddove almeno si ragioni (come di regola fa la Corte dei conti) in termini di danno *in re ipsa* a fronte di spese illegittime, persiste un fondamento legislativo per questa (comunque giurisprudenzialmente stabile) figura di autoannullamento doveroso.

Del resto, intuitivo appare sul punto il rilievo dell'art. 97, co. L. Cost., che nell'imporre il superprincipio costituzionale di economicità («Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.»), suggerisce di perseguire questo primario ed inderogabile obiettivo dei pubblici poteri anche in via di autotutela, ove dall'eliminazione dell'atto illegittimo consegua un risparmio.

Viene però in questione anche un secondo titolo di annullamento d'ufficio da sempre ritenuto doveroso: quello a seguito di atto di controllo con esito negativo (eppero non direttamente eliminatorio²⁰), come nel caso del già ricordato controllo della Corte dei conti. Come noto, d'altra parte, si è sempre ritenuto doveroso l'annullamento in sede di controllo, qualora, ricorda ad es. Codacci Pisanelli²¹, attribuito come «competenza normale e continua» ad una data Autorità amministrativa. In effetti, in queste vicende, l'annullamento è «assolutamente

un'espressa motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico specifico in merito al loro annullamento né la valutazione delle posizioni dei destinatari dell'indebita erogazione...». Ed ancora, in tema di bando per finanziamenti legati alla realizzazione di attività di *housing* sociale, Cons. Stato, sez. V, 30 dicembre 2015, n. 5862: «l'annullamento in autotutela dell'illegittima ammissione al finanziamento - peraltro - ha natura sostanzialmente doverosa sotto il profilo delle responsabilità e della legittima gestione delle risorse pubbliche: non rileva nella specie, infatti, solo la validazione della spesa da parte dell'Amministrazione, ma anche la necessità stessa di ripristinare la legalità violata che ha originato una indebita (anche potenziale) erogazione di benefici economici comunque a danno delle finanze pubbliche».

²⁰ Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, vol. I, pp. 494 ss.

²¹ G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, p. 154.

obbligatorio»²² e l'interesse pubblico all'annullamento è «oggetto di una valutazione legale tipica» (cioè è intrinseco nell'accertata illegittimità²³). Diversamente da quanto opinato dal Consiglio di Stato ed anche in dottrina²⁴, in tali vicende non vi è quindi bisogno (né a monte né a valle) di una valutazione in concreto di interesse pubblico, perché è il legislatore ad avere (tramite l'attribuzione della funzione di controllo di legittimità) pre-valutato come prevalente (su tutti gli altri) l'interesse alla legalità in un dato settore. Cosa, come noto, perfettamente in linea con il dato costituzionale e con il rilievo che in esso ha il valore della legalità amministrativa. Del resto, lo stesso Consiglio di Stato ha riconosciuto legittima ragione giustificatrice dell'annullamento d'ufficio di un'aggiudicazione la circostanza che la sua illegittimità fosse «accertata dalle pronunce del Consiglio di Stato n. 3344/2014 e 1798/2016, e dall'ANAC in sede ispettiva con la delibera n. 909 del 31.08.2016». Cioè ha riconosciuto all'atto di ispezione dell'ANAC (in sé non vincolante per la Stazione appaltante) la capacità di escludere la necessità di un autonomo accertamento della sussistenza dell'interesse all'annullamento.

Questa pronuncia del Consiglio di Stato (in cui, assieme all'ispezione ANAC, si citano anche sentenze del giudice amministrativo), consente di ricordare un'altra ipotesi qui rilevante di annullamento d'ufficio doveroso per effetto del potere esercitato da altra autorità: quello a seguito di accertamento giudiziale definitivo. L'art. 4, co. 2, l. ab. cont. amm.²⁵ rappresenta, anzi, probabilmente, la prima codificazione legislativa del potere di autotutela decisoria²⁶. E si tratta - come ricordato anche dalla Consulta²⁷ - di figura di annullamento doveroso, in

²² G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 359.

Riprende questa linea interpretativa, in relazione alle raccomandazioni vincolanti, anche N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 12 secondo cui «l'annullamento è doveroso perché imposto da altra amministrazione, non perché in concreto sorgano delle circostanze atte a far venir meno, *in toto*, la discrezionalità della p.A.»

²³ G. CORAGGIO, (*voce*) *Annullo d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, vol II, p. 6.

²⁴ N. POSTERARO, *op. cit.*, p. 12, secondo cui «il momento valutativo, qui, infatti, sebbene non più riservato alla stazione appaltante, che concretamente dovrà annullare, non va perduto, perché viene recuperato nel momento in cui si sposta in capo ad altra p.A. (l'ANAC): essa, infatti, prima di raccomandare (e quindi, indirettamente, di disporre) l'annullamento, deve previamente valutare, ai sensi dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, l'opportunità di (far) annullare».

²⁵ «L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovraricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso».

²⁶ Cfr. U. BALDI PAPINI, *L'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, Cya, 1939, p. 50, che osserva come proprio dall'art. 4 l. ab. cont. amm. si ricavi *a contrario* la potestà di annullamento d'ufficio.

²⁷ Corte cost., 23 marzo 1992, n. 120, che, in relazione al potere di riesame dell'atto di accertamento tributario a seguito di giudicato penale, ha osservato che «il potere di verificare l'eventuale rilevanza fiscale del fatto penalmente accertato, ai fini dei conseguenti provvedimenti,

quanto la norma non solo è formulata come comando all'Autorità amministrativa, ma al mancato esercizio del potere è presto seguita, con la ricostituzione della giurisdizione amministrativa, altresì l'attribuzione al cittadino di un diritto di azione tramite il giudizio di ottemperanza²⁸. Ebbene, se l'ANAC (come l'AGO) ha solo potestà di accertamento, ma non di eliminazione, il problema del rapporto tra fase di accertamento e quella, successiva, di autotutela, pare porsi similmente.

Ed ancora, ad indirizzare verso una specifica doverosità dell'autotutela qui in questione vi è anche il profilo - quasi sempre presente ove si parli di evidenza pubblica - della violazione di discipline comunitarie.

Riprendendo qui quanto in altra sede notato²⁹, al di là delle confuse indicazioni elaborate in sede comunitaria, l'ordinamento nazionale ha, sul punto, compiuto proprie scelte di rango legislativo. Esse possono più o meno condividersi e spesso la giurisprudenza ha mostrato una certa diffidenza. Tuttavia, è un fatto che l'art. 43, co. 1, l. 24 dicembre 2012 , n. 234, stabilisca che «Al fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa dell'Unione europea. Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea». Si noti che tale obbligo (stringente ed incondizionato, visto che si parla di «ogni misura necessaria») non si ha solo a fronte di sentenze che abbiano già accertato l'infrazione, ma mira anche a prevenire tale infrazione (tanto che è distinto da quello di ottemperare alla sentenza)³⁰. Ebbene, a fronte di una gara comunitariamente illegittima, prevenire una procedura di infrazione non può che significare, il più delle volte, proprio procedere in via di autotutela eliminatoria.

Quasi superfluo del resto notare che, ove mai la proposta del Parlamento

va naturalmente inquadrata per il resto nel sistema normativo vigente, il quale contiene il principio generale, desumibile dall'art. 4 della legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato dei tribunali.». Conf. Corte cost., 23 luglio 1997, n. 264.

²⁸ G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, p. 157.

²⁹ F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 442 ss.

³⁰ T.A.R. Sardegna, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 27, in relazione all'annullamento d'ufficio di una concessione di contributo a favore di un'opera in contrasto con la direttiva habitat.

Europeo di regolamento sul procedimento amministrativo venisse approvata e quindi l'annullamento d'ufficio acquisisse, in sede europea, la configurazione di atto tendenzialmente doveroso (nonché anche a istanza di parte), perché chiamato primariamente all'attuazione del principio di legalità (e quindi alla tutela degli interessi pubblici lesi dai vizi di legittimità), ciò che non potrebbe che coinvolgere anche l'Amministrazione nazionale, almeno nella sua veste di amministrazione europea indiretta.

Come coordinare, però, queste osservazioni con il modello generale di annullamento d'ufficio che emerge dalla legge sul procedimento?

Non è questa certo la sede per compiutamente trattarne. Occorrerebbe però anzitutto chiedersi se davvero in tale legge emerga un modello coerente di annullamento d'ufficio, in tesi sempre ampiamente discrezionale.

È facile viceversa notare come l'art. 21 *nonies* l. 241/1990 sia ormai norma confusa e aperta all'annullamento doveroso. Nel prevedere che «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo», essa dimostra difatti il carattere di figura tutt'altro che eccezionale delle ipotesi di annullamento doveroso, e perciò, fonte di responsabilità a carico di chi non lo pone in essere. Viene così smentito che l'annullamento d'ufficio sia sempre facoltativo e altamente discrezionale, perlomeno se con ciò si intenda un potere (come talvolta dice la giurisprudenza) di c.d. merito. Merito e responsabilità sono infatti concetti antitetici. Una responsabilità civile, contabile o financo penale da omissione dell'annullamento d'ufficio è invece giuridicamente coerente con un'autotutela decisoria l'instaurazione del cui procedimento sia doverosa, e nel quale, se spazi di discrezionalità nel contenuto del provvedimento vi sono, il relativo potere di scelta sia almeno ben circoscritto nei suoi presupposti e parametri e non certo sostanzialmente arbitrario perché insindacabile.

6. Conclusioni e cenni alla nuova disciplina introdotta dal correttivo.

In conclusione, l'utilizzo del potere di autotutela ai sensi dell'originaria versione dell'art. 211 cit., era sicuramente innovativo perché - grazie al carattere doveroso dell'intervento dell'ANAC e del successivo annullamento post raccomandazione - capace di una funzione (anche) di giustizia, ossia di dare una efficace risposta (alternativa, almeno in prima battuta, alla giurisdizione) al cittadino leso nei suoi interessi legittimi in materia di gare pubbliche. Ma, se la cosa poteva apparire originale sul piano fattuale, giuridicamente non vi era nulla di così anomalo. Non sembrano condivisibili, pertanto, le preoccupazioni del Consiglio di

Stato di assicurare una migliore riconduzione «al paradigma generale dell'art. 21-nones della l. 241 del 1990» dell'istituto, così da «preservarne, al di là delle criticità di fondo sopra evidenziate, la coerenza con l'ordinamento nel suo complesso».

Più che ostacoli giuridici, sembrano quindi essere qui esser emerse resistenze di fatto, direi sociologiche, all'affermazione delle ADR rispetto alla fase pubblicistica di aggiudicazione dei contratti pubblici. Ma visto che la legge delega (l. n. 11 del 2016) prevedeva, tra i criteri di delega, quello della «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, [si noti] anche [e quindi non solo] in materia di esecuzione del contratto», tali resistenze non erano condivisibili, almeno sul piano giuridico.

Del resto, negare piena espressione ad una funzione di giustizia dell'Amministrazione da realizzarsi attraverso l'autotutela decisoria, significa dimenticare che, come ci spiega il Mayer, il passaggio dal *Polizeistaat* al *Rechtsstaat* è essenzialmente consistito, grazie all'elaborazione della figura del provvedimento amministrativo come atto autoritativo dichiarativo della volontà delle leggi (e quindi ad essa subordinato), proprio nel «*donner à l'autorité administrative le rôle du juge et non pas celui de la partie*»³¹. Ed allora che non si sia accettata un'Amministrazione (l'ANAC) che, per legge, era chiamata ad affrontare e risolvere controversie imponendo l'attuazione delle sue scelte di giustizia attraverso un successivo annullamento che è esecuzione della volontà della legge come da ANAC determinata si direbbe strano; quasi in contrasto con quella grande idea di stato di diritto (invece che di privilegio particolare) cui l'esercizio della potestà amministrativa (anche d'autotutela decisoria) dovrebbe essere servente.

Un'ultima osservazione sulla nuova disciplina dettata dell'art. 211, co. 1-bis., 1-ter e 1-quater, in punto di legittimazione straordinaria al ricorso, se la Stazione appaltante non si conforma al parere di ANAC.

La scelta - in questi casi - se annullare d'ufficio per conformarsi o meno al parere si può ritenere discrezionale? Specie nel contesto, che si è cercato di ricostruire, di una tendenziale doverosità dell'autotutela in materia di gare, la risposta pare dover essere negativa. In effetti, che senso avrebbe introdurre questo particolare potere di controllo in capo a ANAC, se non per imporre la prevalenza assoluta, nelle vicende di specie, del rilievo del pieno rispetto degli interessi pubblici curati dal legislatore (ossia della legalità) rispetto ad altri eventuali interessi pubblici o privati confliggenti con il ripristino della legalità tramite autotutela? La Stazione appaltante potrà naturalmente dissentire in relazione al presupposto

³¹ O. MAYER, *op. cit.*, 81, nota 20.

dell'illegittimità (e su questa base rifiutare l'annullamento d'ufficio). Ma non potrà opporre altre e diverse ragioni avverso il ripristino della legalità

In caso di dissenso, poi, l'ultima parola sarà in capo al GA, che dovrà dire se l'illegittimità sussiste o meno. E, si noti, lo stesso fatto che questo potere di chiudere il contrasto tra ANAC e Stazione appaltante sia dato al GA è significativo: il giudice esercita un sindacato di legittimità (ossia sul presupposto primo dell'annullamento, la sussistenza di vizi di legittimità). Non entra (né potrebbe entrare) sulle valutazioni di merito. In altri termini, il meccanismo servirebbe a poco (o a nulla), se si potesse semplicemente inceppare, tramite il rifiuto della Stazione appaltante di annullare, per pretesa insussistenza di ragioni di interesse pubblico, diverse dal primario obiettivo legislativo della cura per la legalità nel settore degli appalti.

MARCO MAZZAMUTO

Professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento Dems

dell'Università degli studi di Palermo

mmazzamuto@libero.it

**FRANCESCO CRISPI E LA ISTITUZIONE DELLA IV SEZIONE
DEL CONSIGLIO DI STATO***

**FRANCESCO CRISPI AND THE INSTITUTION
OF COUNCIL OF STATE'S IV SECTION**

SINTESI

Il presente scritto mira ad evidenziare taluni aspetti problematici della istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889 e la valenza liberale della riforma crispina nel riportare le sorti dell'ordinamento italiano sulla via maestra del contenzioso amministrativo. Fu necessario un compromesso con la formale sopravvivenza della legge del 1865, che si fondava invece sull'opposto principio del monismo giurisdizionale, secondo la tradizione dei liberali francesi, come De Broglie, e del modello belga. Ma si trattava di un compromesso impossibile, sicché i dazi pagati alla legge del 1889 furono in buona parte apparenti. Fu apparente l'idea che la IV Sezione avesse natura amministrativa e non giurisdizionale, così come l'idea che la competenza del giudice comune, fissata nella legge del 1865, non venisse toccata e che la IV Sezione avrebbe soltanto costituito un "completamento" del sistema di tutela. Fu anche apparente che la IV Sezione non avrebbe potuto sindacare i poteri discrezionali della pubblica amministrazione. Vi furono, d'altro lato, anche dei dazi effettivi e non apparenti, pagati alla legge del 1865, poiché non fu possibile una piena imitazione del modello francese: la IV Sezione nasce con un generale potere di annullamento degli atti amministrativi illegittimi, ma non anche con il potere di risarcire il danno, che gli è stato riconosciuto solo di recente, sicché non è stato possibile sviluppare, così come in Francia, un regime di diritto pubblico della responsabilità; il conflitto tra le giurisdizioni, ancor oggi, è rimesso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione e non, così come in Francia, ad un tribunale a composizione mista; il gioco delle apparenze è stato preso sul serio dalla dottrina amministrativa con un elevato costo teorico e con una problematica rappresentazione del nostro sistema ai giuristi stranieri. Una vicenda particolare fu quella del cosiddetto giudizio di ottemperanza, nato per dare esecuzione alle sentenze del giudice comune, ma che diventò invece uno strumento di esecuzione delle decisioni dello stesso giudice amministrativo, che mancava negli altri sistemi dualisti. Se, infine, la figura

* Relazione al Convegno su *Francesco Crispi Patriota e Statista* 30-31 marzo 2017 Ribera-Agrigento.

politica di Francesco Crispi, una dei più grandi statisti della storia d'Italia, è oggetto di controverse discussioni, non può invece essere messo in discussione che la riforma del 1889, grazie alla istituzione di un giudice amministrativo, secondo la tradizione francese, abbia contribuito in modo decisivo al rafforzamento della protezione del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione.

ABSTRACT

This paper aims to highlight some of the problematic aspects of the establishment of the Fourth Section of the Council of State in 1889 and the liberal value of Crispi's reform in bringing the Italian legal system into the mainstream of administrative justice. It was necessary a compromise with the formal survival of the law of 1865, which was based on the opposite principle of judicial monism, according to the tradition of French liberals, such as De Broglie, and the Belgian model. But it was an impossible compromise, so the fees paid to the law of 1865 were largely apparent. It was apparent that the Fourth Section had an administrative and non-jurisdictional nature, as well as the idea that the jurisdiction of the ordinary court, laid down in Law 1865, was not touched and that Section IV would only constitute an addition to the system of protection against public administration. It was also apparent that the Fourth Section could not have judged the discretionary power of the public administration. There were, on the other hand, real fees, paid to the law of 1865, since no full imitation of the French model was possible: the Fourth Section was born with a general power to annul administrative acts for violation of the law, incompetence and abuse of power, but not even with the power to compensate for the damage, which was only recently recognized, so that it was not possible to develop, as well as in France, a regime of public law of the liability; the conflict between jurisdictions was decided, even today, by the United Sections of the "Corte di Cassazione" and not, as well as in France, by a mixed-composition court; the game of appearances was taken seriously by the administrative doctrine with a high theoretical cost and with a problematic representation of our system to foreign academics. One particular event was that of the so-called "giudizio di ottoperanza", which was born to enforce the judgments of the common judge, but which instead became a way for executing the decisions of the same administrative judge, lacking in the other dualist systems. If, finally, the political profile of Francesco Crispi, one of the greatest statesmen in Italian history, is subject to controversial discussions, one cannot question the fact that the reform of 1889, thanks to the establishment of an administrative court, in accordance with French tradition, has contributed decisively to strengthening the protection of citizens against public administration.

PAROLE CHIAVE: Giustizia amministrativa – Consiglio di Stato

KEYWORDS: Administrative justice – Council of State

INDICE: 1. Premessa - 2. Il lascito della riforma crispina – 3. I dazi apparenti pagati alla LAC –

1. Premessa

L'istituzione dell'IV sezione del Consiglio di Stato con la legge crispina del 1889 e i suoi rapporti con la legge abolitiva del contenzioso (LAC) del 1865 hanno sin dall'inizio e sino ad oggi coinvolto i giuristi in contrastanti interpretazioni del diritto positivo. Del resto la LAC è rimasta tutt'ora, almeno formalmente, vigente e il contenuto essenziale della legge crispina non è parimenti mai venuto meno, pur trasmigrando in altri testi normativi: storia e interpretazione giuridica sono quindi ineludibilmente intrecciate. Ciò fa comprendere quanto possa essere difficile per un giurista positivo calarsi su tale vicenda col maggior distacco della cognizione storica.

E questa difficoltà è accentuata dal fatto che, dietro quelle *querelle*, si consuma ancora una divisione più profonda tra assetto monistico e assetto dualistico del sistema di giustizia. E' un tratto problematico tutto italiano, invero affetto da provincialismo, ma sempre vivo, tra sostenitori del giudice amministrativo e sostenitori della giurisdizione unica, o quantomeno di una progressiva despecializzazione del primo che lo renda sempre più simile al giudice ordinario.

Non deve sorprendere dunque che, alla luce di siffatte dicotomie, si siano potute dare letture opposte sulla riforma del 1889, come strumento di rafforzamento delle garanzie o invece come ritorno, più o meno mascherato, al (presunto) autoritarismo del contenzioso amministrativo che la legge del 1865 aveva provveduto ad abolire, in linea peraltro col (presunto) autoritarismo degli orientamenti generali della politica crispina¹.

Ci sembra dunque corretto palesare subito l'orientamento di chi scrive: è nostro consolidato convincimento, già ampiamente svolto in altri contributi², che il diritto amministrativo ed il suo giudice, lungi dal rappresentare un'espressione di autoritarismo, abbiano costituito e continuino a costituire per il cittadino un patrimonio gigantesco di garanzie che mai si sono sviluppate e si potrebbero sviluppare nell'alveo della giurisdizione ordinaria, sicché è proprio grazie alle riforme crispine che, dopo l'infusa cesura della LAC, la storia del diritto amministrativo nazionale ha potuto riprendere il suo corso fecondo.

In questo senso non possono che riportarsi e pienamente condividersi le

¹ In tal senso A. MASSERA, *Il contributo originale della dottrina italiana al diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 814, parla di una «lettura dicotomica» della legge crispina.

² Basti il rimando a M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008.

parole dei Maestri del diritto pubblico. Nella commemorazione di Francesco Crispi del 4 ottobre 1923, Vittorio Emanuele Orlando ebbe ad affermare, con buona pace della sua iniziale propensione per la LAC: «Se mi si domandasse quale sia per me la legge più liberale che l'Italia si sia data dal 1848 ad oggi, non esiterei a citare, almeno nel suo spirito, la legge del 1889, che istituì il controllo contenzioso degli atti dell'autorità, in difesa degl'interessi individuali ingiustamente offesi»³. E ancora nel 1931, in occasione del centenario del Consiglio di Stato, Santi Romano, nella veste di presidente, si espresse recisamente nel senso che la riforma crispina fosse da considerare «una delle date più memorabili della storia del diritto amministrativo»⁴.

2. Il lascito della riforma crispina

Le vicende che portarono alla riforma crispina della giustizia sono state analiticamente approfondite, con il concorso di diversi studiosi, nei volumi pubblicati dall'Isap in occasione del centenario⁵ e agli esiti di tali ricerche, al di là delle più o meno condivisibili valutazioni di merito, può farsi ampio rimando per la cognizione delle fonti, da quelle politiche, governative e parlamentari, a quelle dottrinarie e giurisprudenziali, il che ci consente agilmente di avviare il percorso delle nostre considerazioni.

Vi era allora il generale o comunque prevalente convincimento:

- che la LAC non avesse risposto alle aspettative, così come del resto si aveva contezza del parallelo fallimento del modello belga, cui il nostro si era ispirato;
- che l'istituzione di un rimedio che facesse capo ad organi di giustizia amministrativa avrebbe contribuito a rafforzare la tutela del cittadino;
- che l'esigenza di tutela si era peraltro accresciuta in ragione dell'espandersi dei compiti pubblici e della interferenza della politica nell'amministrazione.

Con la legge del 1889 si intese appunto rispondere a queste non più procrastinabili debolezze del sistema di tutela.

Ma cosa ha lasciato di positivo o di problematico questa riforma nell'assetto del nostro ordinamento?

³ V.E. ORLANDO, *Francesco Crispi*, 1923, in ID., *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano, Giuffrè, 1940, p. 405.

⁴ S. ROMANO, *Le funzioni e i caratteri del Consiglio di Stato*, in *Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario*, vol. I, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1932, p. 23.

⁵ ISAP, *Le riforme Crispine. Giustizia amministrativa*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1990.

Si riprese sostanzialmente la via del contenzioso amministrativo francese⁶, cui era legata la nostra tradizione, nelle, pur variegate, esperienze degli stati preunitari E' vero che vi era stata la cesura della LAC, ma il Consiglio di Stato rimaneva *medio tempore* ben incardinato in diverse e significative sedi: casi di giurisdizione propria (ad es. il debito pubblico), parere sui ricorsi straordinari, che è bene ricordare erano un rimedio generale, giudizio sui conflitti. Nei primi due casi poté così continuare la propria giurisprudenza pretoria nella costruzione della legittimità pubblicistica, nel terzo caso poté salvaguardare quella distinzione tra atti di impero e atti di gestione che segnava il confine costitutivo del diritto amministrativo e che non fu realmente intaccata neanche dal passaggio della competenza sui conflitti alla Cassazione nel 1877.

La IV Sezione trovò dunque un piano ancora solido sul quale poggiarsi, quello appunto della tradizione, mai effettivamente interrotta, del contenzioso amministrativo. Secondari sono invece i richiami ad un certo germanesimo di quegli anni, cui a volte si attribuisce soverchia importanza.

Se questo è il lascito positivo, con un gigantesco rafforzamento della tutela, di cui tutt'oggi godiamo, rimaneva un punto problematico, quello dei rapporti con la LAC, che il legislatore del 1889 non sembrò, almeno apparentemente, voler intaccare, lasciando *per tabulas* integre le competenze del giudice ordinario, come fissate nella legge del 1865. La IV Sezione avrebbe avuto soltanto un ruolo di “completamento” della tutela già offerta dall'autorità giudiziaria, cui spettavano, in presenza di un diritto, anche le controversie di diritto pubblico.

Si prospettava così una inedita coesistenza di principi opposti e in realtà inconciliabili, tra monismo e dualismo, atteso che la presenza di un giudice amministrativo induce inevitabilmente, sul piano sistematico, ad attrarre in via tendenzialmente esclusiva verso tale organo le liti pubblicistiche: il giudice amministrativo è costitutivamente un giudice speciale *ratione materiae*, e la sua materia o la sua ragion d'essere è appunto l'applicazione del diritto pubblico.

Questa difficoltà non ha impedito l'affermarsi della giurisdizione amministrativa e nel suo ambito naturale di competenza, che del resto trovava già il

⁶ Discorso analogo potrebbe farsi per le funzioni contenziouse attribuite nel 1890 alle Giunte provinciali amministrative, pur con problematiche specifiche e con un separato *iter* parlamentare sui quali non si può qui indugiare. Ai nostri fini, è sufficiente richiamare la condivisibile considerazione di B. SORDI, *L'influenza tedesca*, in ISAP, *Le riforme Crispine. Giustizia amministrativa*, cit., p. 549: «la Giunta provinciale amministrativa, introdotta nel 1890, si dimostra assai più vicina al modello francese del Consiglio di prefettura che ai giudici prussiani di primo grado».

terreno preparato dalla distinzione tra atti di impero e atti di gestione, ma la formale sopravvivenza della LAC ha imposto, sin dalla vicende di approvazione della legge crispina, il pagamento di “dazi”, alcuni apparenti, anche se di complicate apparenze, altri reali, e, in un solo caso, il pagamento di un dazio apparente che si è poi tradotto in un contenuto positivo per il sistema giuspubblicistico.

3. I dazi apparenti pagati alla LAC

Non vi è dubbio che Crispi avesse in mente la riesumazione della tradizione del contenzioso amministrativo. Egli era già stato del resto uno strenuo oppositore all’approvazione della LAC, ritenendo che dovesse rimanere in campo la giustizia amministrativa e che al giudice ordinario dovessero essere lasciate soltanto le materie di diritto comune. Nel corso degli anni aveva infatti più volte presentato progetti di riforma in tal senso, sino a quello decisivo del 1888. Senza entrare nella disamina delle singole proposte, taluni contenuti mostrano inequivocabilmente la prospettazione di un organo riconducibile nel genere al modello del contenzioso amministrativo: competenza generale, vizi di incompetenza e violazione di legge, oltre ad abuso di potere e ingiustizia manifesta, sino all’uso esplicito di espressioni come “contenzioso amministrativo”.

Doveva tuttavia fronteggiare almeno due avversità, e cioè, da un lato, che non si potesse toccare il principio della giurisdizione unica, d’altro lato, che non si potessero inficiare le facoltà discrezionali del potere pubblico. Si trattava di due aspetti tra loro connessi e costitutivi del sistema della LAC. Basta rileggere De Broglie⁷, cui si ispirò il legislatore del 1865: o vi è un diritto del cittadino, e di questo non può che occuparsi la giurisdizione, o vi è un diritto insindacabile dell’amministrazione, *tertium non datur*. Il famoso «ch’ei si rassegni» di Mancini non è altro che una espressione di sintesi per rappresentare lo stesso concetto.

La mediazione fu effettuata principalmente in sede “tecnica”, presso l’Ufficio centrale del Senato, del quale facevano parte i vertici delle maggiori istituzioni interessate: il presidente del Consiglio di Stato, l’avvocato generale dello Stato e il procuratore generale della Cassazione. Limitate furono poi le modifiche apportate dalla Camera.

L’inconciliabilità dei principi che volevano farsi convergere non poté tuttavia tradursi che in un straordinario gioco di equivoci e apparenze.

Così, attorno alla questione della natura della IV Sezione, Antonio Salandra non mancò di sottolineare che gli autori della riforma «intesero negare alla

⁷ DE BROGLIE, *La juridiction administrative*, 1829, in *Écrits et discours*, Paris, Didier, 1863, p. 249.

nuova istituzione ogni carattere giurisdizionale ... così da ottenere che essa fosse caratterizzata in modo vario e malcerto, e che la sua vera natura fosse, pensatamente o no, dissimulata⁸. O similmente Ludovico Mortara: «Onde accadde, che la grande e radicale innovazione per ottenere lieta accoglienza dovesse mascherarsi con le sembianze di una specie di freno che la funzione amministrativa volontariamente e liberamente imponeva a sé stessi»⁹.

La stessa prospettiva del “completamento” era fortemente ambigua, poiché una cosa era completare rispetto alle competenze che la LAC aveva “astrattamente” conferito al giudice ordinario, altra cosa era completare ciò che, in modo ben più comprensivo, era “concretamente” rimasto senza tutela in conseguenza della adottata distinzione tra atti di impero e atti di gestione come regola di riparto, e con la quale sostanzialmente si rinnegava in radice l’idea che il giudice ordinario potesse conoscere di un atto di diritto pubblico. In questo secondo caso “completare” significava in realtà confermare lo svuotamento delle competenze giudiziarie, con la sola differenza di consegnare le controversie pubblicistiche, dove vi era appunto un atto d’impero, non più all’amministrazione *tout court*, ma alla IV Sezione.

Ma anche a volersi mettere nella prospettiva non del diritto vivente, ma di quanto si presumeva nella LAC, cioè che dovesse esservi una quota di controversie pubblicistiche di competenza del giudice ordinario, l’istituzione della IV sezione, per la tutela della parte restante di tali controversie, non sarebbe stata comunque suscettibile di composizione col vecchio costrutto. Se ciò che fuoriusciva dalla competenza giudiziaria doveva rimanere nel “giuridicamente” irrilevante, se non a costo di usurpare quella stessa competenza, perché mai tali questioni avrebbero dovuto consegnarsi ad un organo diverso dall’amministrazione *tout court*? Non va dimenticato che ai fini del consolidamento del contenzioso amministrativo francese, di fronte agli attacchi dei liberali della restaurazione, fu in origine sufficiente la separazione dagli organi di amministrazione attiva. Non solo: che il nuovo organo avrebbe giudicato di controversie e secondo principi di diritto era già inequivocabilmente attestato dalla previsione dei vizi di violazione di legge e di incompetenza (cui *prima facie* si sarebbe ricondotto anche l’eccesso di potere), tanto è vero che Orlando ebbe subito a lamentare in ciò una incoerenza rispetto ai propositi della riforma, poiché, in luogo di valorizzare la competenza di merito, sembrava che il legislatore avesse finito per istituire «delle

⁸ A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi: con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, Utet, 1904, p. 512.

⁹ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. I, Milano, Vallardi, 1905, p. 59.

vere e proprie giurisdizione amministrative speciali»¹⁰.

Non ci sembra tuttavia che questo quadro mistificatorio si sia consumato ai danni dei parlamentari che votarono la legge. Nonostante non mancassero potenzialmente tutte le premesse per una vivace *querelle*, la discussione parlamentare non segnò affatto una opposizione all'*an* della riforma, se si eccettua l'intervento di Pierantoni, che, paladino dell'ortodossia della LAC, ne intuiva e denunciava la portata innovativa, anzi restaurativa del passato pre-abolizionista.

L'impressione è che invero fosse comune la piena consapevolezza che in qualche modo, al di là dei dettagli tecnici, si stesse riaprendo la via del contenzioso amministrativo, cui nessuno, dato il fallimento della LAC, avrebbe potuto ormai opporsi. D'altra parte, doveva esservi non meno la difficoltà di sconfessare palesemente quei principi della LAC, che, per più di trent'anni, quella stessa classe dirigente, o comunque la sua parte predominante, aveva ripetutamente magnificato come vanto della civiltà giuridica del nostro paese. Questo ci pare il senso recondito dei (necessari) equivoci: cambiare profondamente il sistema senza dirlo a chiare lettere.

Qui sta dunque l'origine dei dazi “apparenti”.

In omaggio al principio della giurisdizione unica, si cassano espressioni come “giurisdizione” o “contenzioso amministrativo” e le si sostituisce con “giustizia amministrativa”, giocando poi ambiguumemente sul fatto che si sarebbe trattato di un organo “amministrativo”. Un dazio “apparente”: nella dottrina, come ricordava Santi Romano, a parte qualche eccezione, «tutti coloro che si sono occupati della natura della competenza della IV Sezione ... hanno più o meno esplicitamente ... sostenuto trattarsi di giurisdizione speciale»¹¹, e questa fu anche la posizione subito assunta dalla Cassazione e poi nel 1907 dal legislatore; né ebbe alcun seguito il successivo tentativo di Orlando –che, come abbiamo visto,

¹⁰ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1892, p. 355: «una grande sproporzione fra gl'intenti che i legislatori si proposero e l'attuazione che vi diedero. La competenza di questi tribunali di giustizia amministrativa non è, come si è visto, se non eccezionale e cioè in quei casi tassativi in cui la legge loro permette il giudizio in merito. La competenza generale non riguarda se non l'incompetenza, l'eccesso di potere e la violazione di legge. Ma l'incompetenza e la violazione di legge noi sappiamo che, di regola, hanno la garanzia dell'azione giudiziaria; l'eccesso di potere, concetto per sé stesso indeterminato, può altresì ricondursi sotto il criterio generale dell'incompetenza. In fondo sarebbe assai esatto dire che queste due leggi che pretesero ordinare la giustizia amministrativa, non riuscirono poi nel fatto che ad istituire delle vere e proprie giurisdizione amministrative speciali, nei casi in cui il potere giudiziario non sarebbe stato competente. La tutela degli interessi privati a cui corrisponde il giudizio sul merito intrinseco e sulla convenienza dell'atto amministrativo non fu tenuta se non in un conto affatto sussidiario e subordinato».

¹¹ S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. III, Milano, Società editrice libraria, 1901, p. 530, nota.

inizialmente qualificò la IV Sezione come giurisdizione amministrativa speciale - di valorizzarne la natura "amministrativa", invero non tanto per un effettivo mutamento d'opinione sull'ontologia dell'organo, quanto per risolvere, sul piano pratico, il problema posto da Vittorio Scialoja, e cioè di consentire ai titolari dei diritti soggettivi di avvalersi della tutela IV Sezione, senza però incorrere in un conflitto di giudicati¹².

Sempre in omaggio al principio della giurisdizione unica, si fa salva la competenza del giudice ordinario (art. 3 della legge crispina) e si rappresenta dunque l'istituzione della IV Sezione in termini di "completamento" della tutela. Altro dazio "apparente": di questa competenza era già rimasto ben poco, grazie alla distinzione tra atti d'impero e atti di gestione, e sostanzialmente lungo questa falsariga si continuò, pur con il ricorso ad altro strumentario: dalla degradazione dei diritti al concordato Romano-D'Amelio, sino alle categorie più recenti della carenza o cattivo uso del potere.

In omaggio al secondo corno, quello per intenderci del rispetto delle facoltà discrezionali dell'amministrazione, si espungono i vizi, come l'ingiustizia manifesta, che al controllo di tali facoltà erano palesemente diretti, scelta al tempo asseverata dalla distinzione tra competenza generale di legittimità e competenza eccezionale di merito. Quasi un risultato paradossale rispetto all'idea, quella certo che si confrontava col puro dover essere della LAC, che proprio la discrezionalità era un ambito in cui si doveva realizzare il completamento della tutela. Ma si trattava ancora di un dazio "apparente": il controllo sulla discrezionalità era un terreno già avviato dal Consiglio di Stato, nelle sedi in cui continuò ad operare dopo la LAC, similmente del resto a quanto avveniva nel vitale esempio del contenzioso amministrativo d'oltralpe; bastò dunque poco perché, nonostante quella che poteva considerarsi una limitazione legislativa, il Consiglio di Stato, come era naturale e inevitabile, riprendesse rapidamente il corso della sua giurisprudenza pretoria, facendo propria, alla maniera francese, una nozione dilatata del vizio di eccesso di potere previsto dalla legge, non ristretta cioè al significato comune, nella tradizione dell'ordinamento, di straripamento di potere, ma comprensiva del cattivo uso della discrezionalità; in ciò prontamente incoraggiato dalla dottrina, e specialmente da un significativo articolo di Alfredo Codacci Pisanelli¹³ che invitava appunto ad imitare il modello francese del *recours pour excès de pouvoir*.

¹² Al riguardo su Orlando si consenta *funditus* un rimando a M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, cit., p. 33 ss.

¹³ A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, 1892, ora in *Foro amm.*, 1989, p. 2933.

Anche la discrezionalità era destinata ad emergere nella sfera del giuridicamente rilevante e a divenire oggetto di un “giudizio”.

4. I dazi reali

Nel momento in cui si riprendeva la via del contenzioso amministrativo, non era astrattamente da escludere che ci si potesse impegnare più a fondo nella imitazione del secondo modello francese. Ma è probabile che la sopravvivenza della LAC costituiva per certi aspetti un limite invalicabile.

Non si poté così pervenire, neanche in via di ipotesi, all’idea che il controllo esclusivo sul provvedimento da parte del giudice amministrativo, sostanzialmente assicurato dalle regole di riparto, dovesse estendersi anche ai casi nei quali il provvedimento entrava solo “indirettamente” in una causa di competenza dell’autorità giudiziaria (si pensi, ad es., ad una causa tra privati, che ha anche come presupposto un atto amministrativo). Nel modello francese infatti, in tali casi, il giudice ordinario doveva e deve ancora, in via pregiudiziale, sospendere il processo e aspettare che il giudice amministrativo si pronunci sul provvedimento.

Lo stesso deve dirsi per le forme di tutela. Il giudice amministrativo francese, oltre alla tutela d’annullamento del ricorso per eccesso di potere, godeva di ambiti nei quali esercitava la “piena” giurisdizione. La presenza della LAC ha probabilmente impedito, anche in via di ipotesi, che la IV Sezione potesse diventare – certo, nei rapporti di diritto pubblico- titolare della tutela risarcitoria, quasi che si trattasse di questioni patrimoniali, ontologicamente riservate al giudice civile. Il nostro giudice amministrativo nasce così confinato nella sola tutela d’annullamento ed è stato necessario più di un secolo perché l’ordinamento gli riconoscesse anche il potere di risarcire il danno.

Ciò, di conseguenza, non ha neanche consentito lo sviluppo, come in Francia, di un più garantistico regime di diritto pubblico della responsabilità: una prospettiva invece oggi possibile e augurabile, in luogo della insostenibile situazione di un giudice amministrativo che concede la tutela risarcitoria, interpretando, in concorrenza con la Cassazione, le norme civilistiche.

Si è già visto che il riparto di giurisdizione ha sempre finito per garantire sul piano sistematico lo spazio naturale di incardinamento del giudice amministrativo. Si sono però pagati almeno due dazi.

In primo luogo, per garantire questo risultato si fece ricorso allo strumentario che era stato invece astrattamente concepito per consentire che entrambe le giurisdizioni potessero insistere, pur partitamente, nelle controversie di diritto

pubblico, ed in particolare la distinzione tra diritti e interessi. Questo strumentario fu piegato e svuotato di effettivo significato sul piano pratico, poiché in fondo la teoria della degradazione non è che un modo per riprodurre indirettamente la vecchia figura dell'atto d'impero, ma questo stesso strumentario rimase in campo sul piano teorico, dando luogo a mai sopite complicazioni ricostruttive: vi è stato cioè un elevato costo (non pratico ma) dottrinario nell'aver preso sul serio farraginose apparenze. Questa dissociazione tra apparenza e realtà giuridica ha peraltro sempre reso agli stranieri di assai difficile comprensione le rappresentazioni del nostro sistema.

In secondo luogo, se, come dicevamo, il giudice amministrativo ha avuto assicurato il suo ambito naturale di competenza, emergono sempre, così come negli altri ordinamenti dualisti, fattispecie controverse nella linea di confine. Seppure in questo àmbito più ristretto, il buon funzionamento dell'ordinamento esige che tali questioni siano risolte da un organo di idonea composizione. L'esempio felice è ancora una volta quello francese: il Tribunale dei conflitti ha una composizione mista, con la presenza di giudici ordinari e di giudici amministrativi.

Nel 1877 la giurisdizione sui conflitti passò dal Consiglio di Stato alla Cassazione, in omaggio al principio della giurisdizione unica. La istituzione della IV Sezione avrebbe dovuto comportare una rivisitazione di tale competenza, ed invece anche qui si pagò un dazio. Nonostante Ludovico Mortara ebbe ben presto ad evidenziare la necessità di volgersi al modello francese, come inevitabile corollario della riforma crispina¹⁴, questo assetto rimase immutato, e lo è rimasto sino ai giorni nostri. Si tratta di un relitto nefasto, non solo perché nella linea di confine impedisce una proficua collaborazione tra le giurisdizioni, come avverrebbe in un tribunale misto, ma altresì perché consente occasionalmente, pur in modo velleitario e alla fine inconcludente, di dare spazio ai provinciali cultori del primato della giurisdizione ordinaria, provocando inutili e dannosi momenti di squilibrio sistematico.

5. Il giudizio di ottemperanza

Una delle lagnanze sul cattivo funzionamento della LAC si appuntava sull'assenza di strumenti di esecuzione delle pronunce dell'autorità giudiziaria nei

¹⁴ L. MORTARA, *Per la istituzione di un tribunale supremo dei conflitti di giurisdizione*, in *Monitoro dei tribunali*, 1899, p. 245-246.

confronti dell'amministrazione: l'ipotesi era quella di un provvedimento illegittimo che, ledendo un diritto soggettivo, poteva essere solo disapplicato dal giudice, sicché, a parte la condanna risarcitoria, l'amministrazione, in attuazione del giudicato, avrebbe dovuto ritirare l'atto.

La legge crispina individua tra le competenze di merito della IV Sezione anche quella dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali: il cd. giudizio di ottemperanza. Sembra un dazio da pagare per il rafforzamento e dunque la rivalorizzazione del ruolo dell'autorità giudiziaria, sebbene per il *medium* di una esecuzione garantita dalla IV Sezione. Ma, a ben vedere, si trattò, ancora una volta, di un dazio “apparente”, poiché le regole del riparto di giurisdizione avrebbero continuato sostanzialmente ad estromettere l'autorità giudiziaria dalla possibilità di giudicare in via principale un provvedimento amministrativo. In altre parole, si predisponeva lo strumento di esecuzione di una sentenza non pronunciabile per difetto di giurisdizione.

Il destino volle che il giudice amministrativo, a cominciare dalla fine degli anni venti del secolo scorso, finisse pretoriamente per appropriarsi del giudizio di ottemperanza ai fini dell'esecuzione delle proprie decisioni. Un dazio apparente da pagare alla LAC divenne così un vantaggio reale per il sistema giuspubblicistico che non aveva riscontri nella tradizione del contenzioso amministrativo: il giudizio di ottemperanza ha costituito infatti un segno distintivo del nostro ordinamento. Basti evidenziare che nel modello per antonomasia, quello francese, è soltanto negli anni novanta del secolo scorso che sono stati introdotti strumenti di esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo, per quanto quella che sembrerebbe essere stata un'abnorme lacuna non ha mai avuto una reale rilevanza pratica, atteso che l'amministrazione francese dava sempre spontanea ottemperanza ai dettati del *Conseil d'Etat*. Non è forse un caso che invece, nel nostro ordinamento, di fronte ad un'amministrazione meno disciplinata, tale esigenza sia divenuta ben presto stringente e sia stata soddisfatta con grande anticipo, rispetto ai sistemi consimili, dal nostro giudice amministrativo, profitando creativamente dell'inaspettato *cadeaux* di un istituto nato (in apparenza) per favorire il concorrente giudice della LAC.

6. Conclusioni

Francesco Crispi è certamente da ascrivere tra i maggiori statisti della storia d'Italia. Non si può qui indugiare sulle controversie che in generale si sono mosse attorno alla sua figura, se non rievocando il condivisibile profilo che ne delinea,

in occasione della già citata commemorazione, Orlando.

A parte il discutibile tentativo di accreditare una particolare attitudine dei siciliani per il senso dello Stato, risalente alla tradizione normanna¹⁵, il Maestro giustamente sottolineava quanto fosse apparente la contraddittorietà dell'uomo: «il repubblicano fervente, prediletto discepolo dell'idea monarchica; l'anticlericale, ed anzi anticattolico che è, nel tempo stesso, l'uomo politico italiano che più attivamente persegua la conciliazione col Vaticano; l'ultraliberale, se non giacobino, divenuto ultrautoritario, se non reazionario; il grande parlamentare e il grande dittatore la sua unità sta in ciò, che essa fu la più coerente, la più esclusiva figura di uomo di Stato».

Non poteva inoltre mancare l'omaggio al grande statista riformatore: «fu in Lui il genio della organizzazione istituzionale che doveva nel tempo stesso assicurare l'autorità e garantire la libertà. Oltre la fondamentale riforma della giustizia amministrativa ... son sue le profonde riforme dell'ordinamento comunale e provinciale, la geniale e arditissima riforma delle opere pie, quella della pubblica sicurezza, della amministrazione centrale dello Stato. Né ... siffatta mirabile opera riformatrice, che non ha riscontro nell'attività parlamentare italiana, dipendeva dal suo tecnicismo professionale di giurista: egli era e rimane uomo di Stato»; una cosa è «da vocazione di legislatore» altra quella di «giureconsulto», anzi «il legislatore non è necessariamente un tecnico e qualche volta gli nuoce di esserlo»¹⁶.

Ciò che qui interessa comunque sottolineare è l'indubbia valenza liberale della riforma crispina della giustizia amministrativa, asseverata, come si è già visto, dallo stesso Orlando, che ne fece «da legge più liberale che l'Italia sia data dal 1848», o da Santi Romano, ma anche da altri autorevoli giuristi dell'epoca: è ad es. il caso di Gaetano Arangio Ruiz che riteneva Crispi per certi aspetti un conservatore, ma «liberale con l'ordinamento della giustizia amministrativa»¹⁷.

Crispi ha avuto dunque un grandissimo merito, e cioè, dopo l'infesta scelta del 1865, di aver ricondotto le vicende del nostro ordinamento nel solco della tradizione del contenzioso amministrativo, luogo di costruzione di inegualificate guarentigie del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione.

Nel raggiungimento di questo obiettivo:

¹⁵ Sul punto si consenta un rimando a M. MAZZAMUTO, *Vittorio Emanuele Orlando giuspubblicista alla prova della Grande Guerra*, Relazione al Convegno su *La Sicilia e il Mezzogiorno tra colonialismo e guerre mondiali*, Catania 30-31 maggio 2017, in corso di pubblicazione.

¹⁶ V.E. ORLANDO, *Francesco Crispi, cit., passim*.

¹⁷ G. ARANGIO RUIZ, *Storia costituzionale del Regno di Italia (1848-1898)*, Firenze, Civelli, 1898, p. 467.

-fu sempre mosso, sin dai tempi della LAC, dalla consapevolezza della necessità della giustizia amministrativa;

-con tutta la sua abilità politica, seppe riproporre e condurre in porto il suo proposito in un momento propizio;

-e soprattutto ebbe lo straordinario intuito, quello, per dirla con Orlando, dello statista legislatore e non del giureconsulto, che, pur con dazi e compromessi, il nocciolo della legge, cioè l'attribuzione di una generale tutela di annullamento per vizi di diritto pubblico al Consiglio di Stato, avrebbe comunque posto le premesse sufficienti per la riesumazione del contenzioso amministrativo.

Ed è quello che fortunatamente avvenne.

III

OPINIONI E RECENSIONI

LUCA R. PERFETTI

Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi "A. Moro di Bari"

luca.perfetti@belex.com

BEYOND THE CHINESE ROOM.

**APPUNTI PER UNA RIFLESSIONE SU INTELLIGENZA ARTIFICIALE
E DIRITTO PUBBLICO.**

BEYOND THE CHINESE ROOM.

**MEMO FOR A FURTHER DEBATE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE
AND PUBLIC LAW**

SINTESI

L'intelligenza artificiale (AI) è un concetto discusso e la stessa idea che le macchine possano pensare è controversa. L'articolo – pur dandone conto brevemente – rinuncia ad entrare nella discussione di questa categoria di problemi. Piuttosto, sia sulla base della letteratura scientifica che delle informazioni che si traggono da quella giuridica e dalla prassi, pone il problema della sostituzione di lavoro legale svolto da esseri umani con macchine intelligenti. Il processo è già ampiamente in atto senza che sia sufficientemente avvertito culturalmente. Infatti, sono disponibili macchine intelligenti in grado di costruire rassegne di giurisprudenza legislazione e dottrina, di comporre atti legali semplici (soprattutto atti di citazione), dichiarazioni fiscali, bilanci, atti societari, di svolgere ricerche legali o di sostituire docenti. La questione che si affronta è che ciò accade senza che i problemi teorici siano stati risolti, sicché in grande parte in modo culturalmente incontrollato. L'articolo, quindi, pone alcuni problemi specifici del diritto pubblico. In particolare: (i) essendo controversi molti concetti base del diritto pubblico, non appare neutrale la scelta di repertorizzazione delle informazioni; si tratta di un processo che probabilmente aiuta una permanenza delle versioni tradizionali e consolidate dei concetti e rischia di far perdere i profili evolutivi, così come rendere più ardua l'affermazione (o anche la stessa elaborazione) di idee nuove; (ii) l'efficienza dell'amministrazione che deriva dall'AI, poi, rischia non solo di ridurre la spinta verso la liberalizzazione di settori di attività (stante che cosa meno provvedere con atti di autorità), quanto – più ancora – di provocare normalizzazione dei comportamenti, stante che diventerà sempre più arduo sostenere il comportamento originale lecito rispetto a quello standardizzato; (iii) lo stesso processo ne viene influenzato, quanto meno lungo il profilo dell'istrutto-

ria; (iv) infine, l'abitudine ad esprimersi lungo alternative automatizzate, potrebbe influenzare gli stessi meccanismi democratici.

ABSTRACT

Artificial Intelligence (AI) is a controversial idea and the paper renounce to define the concept, neither is aimed to resolve theoretical problems such as: are machines able to think or AI may substitute human brain in legal interpretation. Referring to scientific debate on AI, the paper try to summarize AI achievements and, collecting information in legal literature, AI actual application to legal works. Under these premises, the paper is aimed to raise the problem of a “whatever works” approach to AI's application to legal works. As a matter of fact, machines for legal research, legal learning, drafting of accounting documents or tax declarations or simple writ of summons, searching of precedents, legislation or creation of case-law overview, are available.

It appears clear that such kind of AI systems are available and of everyday use. Nonetheless, theoretical problems remain unsolved, therefore the scheme of such systems are uncontrolled. Just to give an example, use of analogy is a basic system for AI; unfortunately, in legal reasoning, analogy may extend public powers besides what is legitimate under the Rule of Law. Paper indicate a certain number of problem for public law: (i) firstly, principles, rules, concepts of general use, in public law are often controversial and discussed, therefore choices about references and mapping are not neutral; new interpretation or doctrine success will depend on this in not insignificant measure; (ii) efficiency required in recent years a deep standardization of cases, with the result of a normalization process, weaker protection of minorities or dissenting habits, freezing of liberalization - being easier a public decision, its social and economic cost will reduce; (iii) in litigation, is to be better understood the possible effects of AI collecting and examination of evidence, both during the administrative procedure and process in court; (iv) lately, dissemination of automated choices in all day life, may influence election systems and voter's independence.

PAROLE CHIAVE: intelligenza artificiale, test di Turing, repertorazione delle informazioni, stanza cinese, biopolitica

KEYWORDS: artificial intelligence, Turing's test, find information, the Chinese Room, biopolitics

INDICE: 1. The state of play – 2. Whatever works – 3. “Il più grande nemico della conoscenza non è l'ignoranza, è l'illusione della conoscenza”

1. *The state of play*

È noto a molti che i teorici dell'intelligenza artificiale in senso forte considerino possibile che una macchina possa pensare ed utilizzano il test di Turing,

*the imitation game*¹, come dimostrazione; ad esso, con l'esperimento della stanza cinese (*the Chinese Room*), Searle rispose, con l'intenzione di dimostrare che eseguire un programma non equivale a comprenderlo, né la sintassi è sufficiente per la semantica².

Si tratta di questioni che appaiono sideralmente distanti dal diritto pubblico attuale. Tuttavia, se appena si esce dalla questione teorica, relativa alla capacità della macchina calcolatrice di pensare - in particolare, ed è questo il punto centrale per noi, di esprimere giudizi consapevoli e prendere decisioni -, la percezione muta. Non è, infatti, alla questione teorica che intendo riferirmi, ma ai risultati delle applicazioni pratiche dell'intelligenza artificiale; più in particolare, intendo alludere a quelle applicazioni che già oggi sono disponibili - e, in misura minore, a quelle che è prevedibile siano utilizzabili in un futuro molto vicino.

Naturalmente, un approccio simile è del tutto insufficiente.

Infatti, non è possibile ragionare delle applicazioni dell'intelligenza artificiale (semplicemente "AI", da qui innanzi) e del suo stesso sviluppo nell'ambito del diritto, senza affrontare e risolvere problemi teorici non banali. Non intendo alludere, naturalmente, a quelli di natura matematica o informatica, ma a quelli

¹ cfr. A.M. TURING, *Computing machinery and intelligence*, in *Mind*, 59 (1950), p. 433. Il test di Turing è diretto a dimostrare se la macchina sia in grado o meno di pensare; propone, quindi, un gioco d'imitazione (*the imitation game*) con tre partecipanti (un uomo, una donna, e una terza persona). Il terzo è all'oscuro della natura dei soggetti che si trovano nelle altre stanze e tramite una serie di domande, deve stabilire qual è l'uomo e quale la donna; per parte loro l'uomo deve ingannarlo circa la sua identità e la donna deve cercare di farsi riconoscere; le risposte alle domande formulate dalla terza persona sono datiloscritte, per evitare che la voce o altri elementi lo aiutino. Nel test di Turing una macchina è sostituita all'uomo; se la percentuale di volte in cui il terzo indovina l'identità degli altri due non varia a seconda che a rispondere sia l'uomo o la macchina, allora la macchina stessa dovrebbe essere considerata intelligente, stante che sarebbe indistinguibile da un essere umano.

² cfr. J.R. SEARLE, *Minds, brains, and programs*, in *Behavioral and Brain Sciences*, 3 (1980), p. 417. L'esperimento ipotizzato in the Chinese Room si basa sull'idea della possibilità di disporre di un calcolatore che si comporti come se capisse il cinese, ricevendo ideogrammi ingresso, eseguendo un programma e producendo altri ideogrammi cinesi in uscita; si ipotizza, inoltre, che l'abilità del computer sia tale da fargli superare il test di Turing, sicché il computer deve poter convincere un uomo circa la sua capacità di parlare correttamente cinese, convincendo l'essere umano di parlare con un altro uomo che parla correttamente cinese. In questo contesto dato, Searle suppone di essere in una piccola stanza (*the Chinese Room*) con a disposizione sia un libro che contiene la versione del programma utilizzato dal computer nella lingua della persona che si trova dentro la stanza (e che ignora il cinese), che carta e penna in abbondanza. In questo contesto, l'uomo seduto nella stanza, che ignora il cinese, riceverebbe testi scritti in ideogrammi cinesi attraverso una finestra d'ingresso e seguendo le istruzioni del programma (scritto nella sua lingua) produrrebbe altri ideogrammi cinesi in uscita, in modo identico al calcolatore. Tuttavia, la persona che scrive in cinese continua a non capirlo per nulla, sicché la sua mancanza di comprensione dimostra che il calcolatore può superare il test di Turing continuando a non pensare ma limitandosi a manipolare simboli.

propriamente giuridici. Infatti, quali che siano i modelli di AI cui s'intenda ricorrere, occorrerà raggiungere una stipulazione condivisa - perché essa possa divenire parte del protocollo di funzionamento del sistema - rispetto a questioni ancora largamente controverse. Ve ne sono molte di teoriche, sulle quali si può sorvolare per un istante.

Sarà sufficiente fornire un esempio. L'ordinamento positivo richiede (meglio, l'interpretazione comunemente data della riserva di legge di cui all'art. 97 Cost. è nel senso di richiedere) che i poteri amministrativi siano previsti dalla legge. Poiché il provvedimento esercizio di potere intesta l'ente pubblico di una potestà altrimenti inesistente, si potrà ritenere che in assenza di espressa previsione normativa vigente l'amministrazione non abbia potestà pubblicistiche. In realtà, già solo giungendo a questo punto iniziale, si deve registrare un'ampia gamma di opinioni divergenti in merito, giacché molti studiosi e larga parte della giurisprudenza ritengono che sussistano poteri impliciti; allo stesso modo, è ampiamente ritenuto possibile che l'amministrazione sia in grado di esercitare potestà pubblicistiche non previste dalla legge a fronte dell'operare di alcune clausole generali di chiusura, come l'urgenza (sicché, a fronte dell'urgenza o di pericoli imminenti si ritiene che l'autorità possa esercitare i poteri necessari per far fronte all'imprevisto anche se la legge non detti previsioni espresse); ancora: soprattutto nell'ambito del diritto pubblico dell'economia, la giurisprudenza ammette l'esercizio di poteri delle autorità di regolazione anche se molto limitatamente fondati nella legge, sicché essi traggono per lo più il loro fondamento da atti di regolazione delle stesse autorità (e, tuttavia, ciò non vale ad escludere che il principio di legalità operi, sicché si fa soprattutto questione di misura nel discostarsi da quanto previsto o meno dalla legge).

Già solo questi primissimi tratti, del tutto iniziali, come si capisce, pongono - tra gli altri - il problema dell'analogia. L'analogia è una struttura logica del tutto essenziale per un sistema esperto, sicché è decisivo esser chiari con esso rispetto al fatto che possa farvi ricorso o meno. Il sistema esperto (così come l'essere umano che svolga il compito di giurista) non dovrebbe applicare analogicamente norme che intestano l'amministrazione con potestà pubblicistiche, pena la violazione del principio di legalità; tuttavia, già su questo primo, iniziale gradino di un possibile ragionamento, non v'è consenso.

Da altro punto di vista, l'analogia è necessaria per la costruzione di principi generali; e dovrebbe essere a tutti noto che i principi generali sono da considerare limite al potere discrezionale dell'amministrazione, sicché assolvono ad un ruolo di garanzia. In questo senso, l'analogia mostra un profilo di vantaggio. Inoltre, se appena si pensa alla legalità in senso sostanziale (o alla legalità-indirizzo, sicché

non basta che la legge preveda un potere, essendo necessario che indirizzi in ordine al suo esercizio ed alla sua funzione - o, se si vuole, che definisca l'interesse pubblico per il quale il potere è assegnato), l'utilizzazione di principi generali - e quindi, dell'analogia - diviene una necessità. Tuttavia, non v'è affatto consenso in dottrina ed in giurisprudenza in ordine al contenuto minimo del principio di legalità né, tantomeno, al concetto di interesse pubblico.

Si potrebbe continuare a lungo.

L'osservazione che immediatamente nasce da questi pensieri è che si pongono problemi notevoli nella costruzione di sistemi esperti che possano "pensare" come gli esseri umani perché questi ultimi non sono affatto d'accordo tra loro su cosa pensano o, meglio, su come debbano essere pensate le categorie concettuali che ordinariamente utilizzano.

Per certa parte, si tratta di un problema fisiologico: il diritto (e quello pubblico in particolare) è chiamato a regolare la convivenza tra le persone in un dato luogo ed in un'epoca definita, sicché gli stessi concetti variano nello spazio e nel tempo per ragione del mutare dei valori che fondano una comunità e dei problemi ch'essa pone al giurista. Ovvio, quindi, che i giuristi - per costruire un ordine accettabile nel proprio contesto - debbano utilizzare categorie concettuali in grado di evolvere e che possano essere in contrasto tra loro, essendo questa dialettica parte del fenomeno di cambiamento del diritto. Non è un caso che le categorie concettuali che reggono il diritto pubblico (non diversamente avviene in quello civile) siano tutte controverse. Basterebbe portare l'esempio - sia pure nel diritto privato - del BGB che, approvato nel 1900, non è stato modificato né in epoca nazista, né in quella democratica successiva, semplicemente perché le sue clausole generali sono state interpretate in modo differente (ed in sintonia con i valori - o disvalori - condivisi dalla comunità di riferimento).

Lungi dall'essere una consolazione, si tratta di un problema nella prospettiva dell'AI, perché uniformare i sistemi di produzione del pensiero significa porre le condizioni perché il diritto assolva assai peggio al suo ruolo sociale e, d'altro canto, tenere conto della complessità determina la difficoltà di costruire sistemi esperti (se non altro perché se ne dovrebbero costruire molti, ed in grado di cambiare idea sulla base di stimoli esterni, vale a dire di compiere operazioni politiche, come sono quelle che pongono in essere i giuristi interpretando le clausole generali in un senso o in un altro di tempo in tempo).

2. Whatever works

Il problema che intendo pormi, tuttavia, è un altro; ed è quello che deriva dal fatto che, ancora irrisolti i molti temi cui sarebbe necessario dare risposta

prima di implementare macchine intelligenti che possano sostituire in tutto o in parte l'essere umano, sistemi di AI sono già in uso e sempre più se ne utilizzeranno. Per questa ragione vorrei andare oltre le questioni poste dalla “stanza cinese” (“*beyond the Chinese Room*”).

Non perché questi problemi siano risolti, ma per ragione del fatto che l'utilizzazione dell'AI senza aver risolto le questioni di fondo, vale a dire l'implementazione “basta che funzioni” (*whatever works*), mi pare ponga temi non meno urgenti.

Non serve, in questa sede, entrare nei problemi definitori relativamente ai modelli di AI (vale a dire: l'AI (i) agisce come agirebbe l'uomo nelle medesime circostanze; (ii) ragiona come ragiona la mente umana; (iii) elabora processi di ragionamento razionale; (iv) mette a punto comportamenti razionali). Come s'è detto, la conoscenza teorica del problema è ancora troppo controversa e non importa in questa sede risolvere un problema definitorio.

Quel che spinge a questa riflessione è, insieme, più semplice e più urgente: sistemi di AI sono disponibili e lo diverranno sempre più su larga scala; questi sistemi non beneficiano nella soluzione dei problemi teorici cui s'è alluso più sopra; quindi, i loro sistemi di funzionamento sono largamente incontrollati da questo punto di vista; la loro massiccia utilizzazione può aprire spazi di libertà e democrazia (rendendo, ad esempio, largamente inutile l'intermediazione - ed i costi - di professionisti legali, controllabili e criticabili le decisioni, conoscibili le informazioni legali, etc.) e/o costruire meccanismi autoritari di governamentalità biopolitica (procedendo a normalizzazioni incontrollate di sistemi complessi o problematici ed affermare, nella prassi, un sistema di pensiero inibendo gli altri - o rendendo oltremodo difficile la loro affermazione - e, quindi, riducendo le possibilità di dissenso o critica).

Prima di entrare nel merito della questione, tuttavia, serve dire - molto brevemente - a quali fatti intendo riferirmi (vale a dire, quali attività le macchine già oggi producono).

Sono già presenti ed utilizzabili - ed è solo questa la prospettiva che mi interessa in questa sede - sistemi, tra gli altri, di (i) gestione delle informazioni, di (ii) organizzazione (e più limitatamente, produzione) di conoscenza e (iii) di apprendimento, (iv) di redazione di atti legali (contratti e atti giudiziari, prevalentemente), (v) di formazione e trasferimento della conoscenza. Si tratta di sistemi che utilizzano conoscenza (vale a dire che non si limitano a gestire documenti o informazioni, come i *data base* cui sono ormai tutti abituati), applicano ragionamenti complessi, producono nuova conoscenza.

Per quanto sia ormai molto diffusa l'esperienza di svolgere lavoro giuridico (non importa se giudiziale, consulenziale o teorico) con l'ausilio di macchine,

siamo immediatamente portati a pensare a strumenti piuttosto tradizionali di AI, vale a dire quelli che utilizzano una visione algoritmica della mente e considerano i meccanismi mentali simili ai programmi, sicché i sistemi si basano in prevalenza su deduzioni. Sono, invece, ormai largamente disponibili sistemi intelligenti che si fondano su modelli mentali basati su meccanismi analogici di confronto della realtà con rappresentazioni interne, utilizzando processi induttivi ed incrementali e generano autoapprendimento. I *computers* sono ormai in grado di risolvere autonomamente problemi, di acquisire fatti (da *input* umani o attraverso l'acquisizione d'informazioni attraverso sensori o per mezzo della rete *internet*), di apprendere autonomamente (ad esempio linguaggi o movimenti), di interagire consapevolmente (Kismet, ad esempio, è un robot del M.I.T's Artificial Intelligence Lab, in grado di riconoscere il linguaggio del corpo umano oppure le inflessioni della voce, rispondendo in modo appropriato), agire in modo incondizionato (i *robot* che operano, come Kismet, con *unconventional control structure*, sono in grado di agire in modo incondizionato, com'è di moltissimi comportamenti umani)³.

La disponibilità di sistemi di AI ha già trasformato i sistemi di produzione, le politiche di assunzione, le funzioni strategiche nelle aziende, le politiche di sicurezza relativamente ai dati ed il valore economico dei dati stessi, la logistica, gli strumenti di *marketing* e di relazione con i clienti, le relazioni tra funzioni interne - facendone emergere di nuove⁴; l'evoluzione dei rapporti di lavoro (la cosiddetta "uberizzazione") che ne deriva è impressionante.

Disponiamo, ormai, di sistemi di computazione non lineare che operano per trasduzione (come avviene nel nucleo della cellula), che sono in grado di

³ Debbo molte delle informazioni nel testo a P.R. COHEN, E. A. FEIGENBAUM, *The Handbook of Artificial Intelligence*, Los Altos (CA), Kaufmann, 1982; M. SOMALVICO, F. AMIGONI, V. SCHIAFFONATI, *Intelligenza Artificiale*, in *Storia della scienza*, a cura di S. PETRUCCIOLI, vol. IX, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2003, p. 615; B.M. LAKE, R. SALAKHUTDINOV, J.B. TENENBAUM, *Human-level concept learning through probabilistic program induction*, in *Science*, 350 (2015), p. 1332; N.J. NILSSON, *The Quest For Artificial Intelligence. A History of Ideas and achievements, Web Version*, Stanford University, 2010; M. HUTTER, *Universal Artificial Intelligence*, Berlin, Springer, 2005; G. LUGER, W. STUBBLEFIELD, *Artificial Intelligence: Structures and Strategies for Complex Problem Solving*, San Francisco, Benjamin/Cummings, 2004; S. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Pearson Education, London, 2009; Y. WU, M. SCHUSTER, Z. CHEN, Q.V. LE, M. NOROUZI, W. MACHEREY, M. KRIKUN, Y. CAO, Q. GAO, K. MACHEREY, J. KLINGNER, A. SHAH, M. JOHNSON, X. LIU, L. KAISER, S. GOUVES, Y. KATO, T. KUDO, H. KAZAWA, K. STEVENS, G. KURIAN, N. PATIL, W. WANG, C. YOUNG, J. SMITH, J. RIESA, A. RUDNICK, O. VINYALS, G. CORRADO, M. HUGHES, J. DEAN, *Google's neural machine translation system: bridging the gap between human and machine translation*, in *arXiv:160908144*; R.S. MICHALSKI, J.G. CARBONELL, T.M. MITCHELL, *Machine Learning: An Artificial Intelligence Approach*, Berlin Heidelberg, Springer Verlag, 1984; G.F. LUGER, *Artificial Intelligence: Structures and Strategies for Complex Problem Solving*, Addison Wesley, Edinburgh, 2005; R. BROOKS, D. HASSABIS, D. BRAY, A. SHASHUA, *Turing centenary: is the brain a good model for machine intelligence?*, in *Nature*, 482 (2012), p. 462.

⁴ M. E. PORTER, J. E. HEPPERMANN, *How Smart, Connected Products Are Transforming Companies*, in *Harvard Business Review*, 2014, p. 97.

replicare l'organizzazione gerarchica dei concetti tipica del cervello umano ed applicarla all'apprendimento - essendo in grado, tra l'altro, di riconoscere complessi sistemi di caratteri e formare immagini, generalizzare dati acquisiti in tempi diversi, collegare informazioni, selezionarle per creare sistemi di rafforzamento ed ottimizzazione dell'apprendimento (*Reinforcement Learning*); i sistemi di AI sono in grado di collegare elementi frammentati ed operare astrazioni, gerarchizzare queste informazioni evidenziando quelle prioritarie per aggiornare il sistema e riposizionare quelle meno utili, generando ordine in insiemi confusi di informazioni; vi sono sistemi (ad esempio i Q-network o DQN) che sono in grado di modificare il proprio comportamento (utilizzando diversi sistemi di analisi, sul modello del cervello umano che opera con *multiple memory systems*), adattandosi a contesti sfavorevoli senza alcun intervento umano, producendo risultati superiori a quelli ottenuti da esseri umani nello stesso contesto; imitando la memoria umana, che conserva costantemente attive informazioni e conoscenze che non utilizza attualmente e che possono fornire interpretazioni o idee, vi sono ormai sistemi di AI (i DNC) che utilizzano memorie esterne che apprendono sistemi complessi di ragionamento mentre altri sistemi operano; si tratta di sistemi in grado di generare immagini inedite ovvero di parlare una lingua umana allo stesso livello degli umani stessi⁵.

Quanto allo specifico ambito legale, sono disponibili sistemi che debbono essere integrati con il lavoro umano, ma che sono in grado di sostituirne una parte significativa.

I sistemi tradizionali sono sostanzialmente mezzi di aiuto alla decisione, mentre i più recenti sono in grado di riconoscere informazioni, classificarle e categorizzarle per concetti, creando sistemi di supporto alla redazione di documenti ed alla didattica.

Sul versante della redazione assistita di atti, i programmi di AI gestiscono i modelli per classi di documenti, aggregando ad ogni segmento significativo del documento una funzione di ‘marcatura’ che consente di identificarlo e creare il documento finale per semplice scelta delle marcature, eventualmente aggiungendo informazioni sui contenuti. Questi sistemi possono essere utilizzati per la stesura di documenti normativi, di sentenze, di atti amministrativi, documentazione legale di *compliance* ad atti di regolazione o leggi, oppure la redazione di contratti.

I sistemi di AI possono svolgere anche attività di *document understanding*,

⁵ Sono largamente debitore dell'ampia ricostruzione di D. HASSABIS, D. KUMARAN, C. SUMMERFIELD, M. BOTVINICK, *Neuroscience-Inspired Artificial Intelligence*, in *Neuron*, 95 (2017), p. 245.

vale a dire descrivere il documento come entità fisica, individuarne le componenti essenziali, compararle a quelle di classi di documenti già identificati, classificarlo, indicizzarlo ed individuare variazioni rispetto allo *standard* (sicché una parte quantitativamente importante delle attività di *due diligence* o di indagine dei fatti, ad esempio, può essere svolta in modo automatico).

Si tratta di sistemi in grado anche di operare estrazione di conoscenze. Ad esempio, i programmi di analisi (*parsing*), isolano all'interno dei documenti solo le parole rilevanti, identificano quelle indicative del tema d'interesse, selezionano da una vasta serie di documenti solo quelli che mostrano queste parole indicative. Sul versante dell'argomentazione, i sistemi di AI - soprattutto nell'ordinamento anglosassone, basato sul precedente vincolante - sono in grado di estrarre, gerarchizzare ed organizzare argomentazioni legali basate su precedenti ovvero identificare fatti materiali identificativi del caso controverso, con maggiore accuratezza rispetto ad operatori umani⁶.

La sostanza è che al momento non vi sono sistemi intelligenti in grado di sostituire il giurista. Chi attivamente si occupa di costruirne, conclude che per raggiungere quest'obiettivo è necessario superare una serie di ostacoli concettuali piuttosto complessi da affrontare e risolvere.

Ciò di cui disponiamo, al momento, nella sostanza, sono sistemi di estrazione di conoscenza da precedenti ovvero di analisi di documenti e loro categorizzazione, oppure di costruzione di documenti legali seriali con caratteri analoghi.

Il che non significa che non vi siano effetti pratici immediati. Ad esempio, si vanno affermando fornitori di prestazioni legali standard per via telematica. Già oggi (sia pure solo negli Stati Uniti) è possibile acquistare in rete contratti (anche di lavoro) adeguati alle esigenze dell'azienda che li richiede, redatti in grande parte da sistemi informatici esperti con la supervisione di un avvocato in carne e ossa; è altrettanto possibile ottenere prestazioni fiscali standard con sistemi del tutto analoghi e, tuttavia, adeguate alle esigenze del cliente per via dell'intervento di un professionista che confeziona i documenti sulla base dello standard creato dal computer; si possono acquistare programmi (ad esempio, *The*

⁶ Traggo queste informazioni, principalmente, da T.J.M. BENCH-CAPON, G.O. ROBINSON, T.W. ROUTEN, M.J. SERGOT, *Logic programming for large scale applications in law: a formalisation of supplementary benefit legislation*, in *Proceedings of the First International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York, ACM Press, 1987, p. 190; A. VALENTE, *Legal Knowledge Engineering; A Modelling Approach*, Amsterdam, IOS Press, 1995; S. MODGIL, N. OREN, N. FACI, F. MENEGUZZI, S. MILES, M. LUCK, *Monitoring Compliance with E-Contracts and Norms*, in *Artificial Intelligence and Law*, 23 (2015), p. 156; C. F. HUWS, J. C. FINNIS, *Recognizing cited facts and principles in legal judgements*, in *Artificial Intelligence and Law*, 25 (2017), p. 107.

Document Generator) che creano contratti standard, documentazione per la registrazione di marchi o licenze, ovvero documenti legali utili per l'impresa sulla base di formati creati da giuristi umani e con la possibile consulenza telefonica degli stessi; sempre per mezzo della rete *internet* si possono acquistare prodotti di formazione legale predisposti da *computer*, sintetizzando e coordinando testi di giuristi che sono stati forniti alla macchina; allo stesso modo, si possono acquistare documenti amministrativi, statuti, atti costitutivi, accordi, o dichiarazioni fiscali e prodotti informatici che li completano con i dati dell'azienda.

3. “Il più grande nemico della conoscenza non è l'ignoranza, è l'illusione della conoscenza”

La frase che intitola il paragrafo è di Stephen Hawking e rappresenta adeguatamente la preoccupazione della quale intendo occuparmi brevemente.

Fondamentalmente, allo stato attuale, disponiamo di sistemi di AI che non sono in grado di sostituire un giurista. Tuttavia, questi sistemi sono in grado di predisporre - con la minima collaborazione di un essere umano - atti giuridici semplici o ripetitivi, ovvero di estrarre da norme o precedenti giudiziali regole, massime, argomentazioni, oppure, infine, di analizzare documenti rappresentativi stati di realtà e comprenderli alla stessa stregua di un operatore umano per i limitati fini ai quali la loro conoscenza è utile.

Poiché questi sistemi operano adeguatamente con riconoscimento vocale, potremmo chiedere ad una macchina di predisporci una rassegna di dottrina se vogliamo conoscere le diverse interpretazioni teoriche di una norma o di un concetto identificabile con parole ricorrenti; di studiare per noi una serie di documenti indicandoci quelli che mutano rispetto ad uno *standard* ed in che termini; di proporci una rassegna di giurisprudenza o argomenti legali fondati su di essa.

Si tratta, certamente, di strumenti non solo utili, ma per molti versi benefici. Si eliminerà d'un sol colpo l'utilità di larga parte della dottrina che, negli ultimi decenni, invece di ragionare dei problemi teorici di fondo o proporre interpretazioni in grado di generare ordini concettuali, s'è dedicata alla cognizione di dati comunque disponibili. Allo stesso modo, nella controversia giudiziale, si dovrà privilegiare la capacità di spiegare la fattispecie in modo convincente e di proporre argomenti che la inquadri in un ordine complessivo - giacché è da presumere che, nel tempo, tutti dispongano di una potenzialmente illimitata possibilità di accedere alle informazioni giuridiche (norme, prassi, giurisprudenza, dottrina), sicché la mera disponibilità d'informazioni non sarà un fattore competitivo. Inoltre, prestazioni giuridiche semplici potranno essere acquistate a prezzi

ridotti pressoché da chiunque.

3.1. I primi problemi cominciano a porsi sul versante della repertoriazione ed organizzazione concettuale dei precedenti, dei fatti che sono venuti in evidenza nei giudizi che li hanno generati e degli argomenti che sorreggono la decisione presa a precedente. Si tratta, infatti, di fornire alle macchine criteri, sistemi di gerarchizzazione, connettori logici.

L'affermazione nella prassi di principi, regole, concetti, dipende, quindi, in parte non insignificante dai criteri che vengono forniti alle macchine; infatti, queste ultime ricaveranno le informazioni sulla base delle strutture logiche di conoscenza che si siano impostate previamente. E' ovvio, quindi, che - per esempio - una volta collegata inscindibilmente la ricorrenza della giurisdizione amministrativa all'agire in giudizio un interesse legittimo, il dibattito sulla sostanza di questa posizione soggettiva finisce per essere offuscato ed il suo profilo concettuale si consolida secondo la tradizione. Inoltre, molte delle nostre categorie sono soggette ad un'evoluzione che deriva da una molteplicità di fattori: ad esempio, è più che ovvio che un processo (come quello amministrativo) ormai retto da una pienezza della cognizione e dei poteri di decisione uguale o superiore a quella del giudizio ordinario, finisce per trasformare il contenuto dell'interesse legittimo che il ricorrente agisce; tuttavia, se non s'imposta il sistema in modo tale da tenere in adeguata considerazione questi elementi, la percezione che gli operatori giuridici avranno sarà interamente condizionata a dogmatiche inattuali. L'impostazione del funzionamento del sistema, quindi, è un'operazione dottrinale fortemente politica e che, tuttavia, avviene in modo del tutto incontrollato. Non si fatica a capire che i sistemi di selezione delle informazioni finiscono per condizionare tutti i successivi operatori del sistema e per consolidarsi. Siccome è più che legittimo attendersi, sulla base di quanto fin qui avvenuto, che i sistemi operativi largamente in uso siano in numero ristrettissimo, i sistemi concettuali di reperimento delle informazioni finiranno per condizionare complessivamente il ragionamento di tutti i giuristi (esseri umani), sia teorici che pratici. Con questo sistema di condizionamento si finirà non solo per canalizzare l'evoluzione del pensiero ma anche l'amministrazione della giustizia in concreto e l'effettività della tutela giudiziaria dei diritti.

Allo stesso modo, è facile prevedere la permanenza di categorie tradizionali: la ricerca di precedenti, fatti ed argomenti, infatti, tende a consolidare le scelte fatte in passato dalla giurisprudenza (e più limitatamente dalla dottrina), limitando le possibilità di successo della critica, dell'innovazione, del mutamento di contenuto delle categorie. Nonostante le nostre categorie tradizionali (inte-

resse legittimo, discrezionalità, interesse pubblico, legalità, etc.) siano state oggetto di critica e revisioni anche importanti, è agevole prevedere il perdurare delle loro versioni tradizionali stante la loro maggiore ricorrenza nei precedenti. Non sembra casuale che, dopo l'intensa critica degli ultimi vent'anni del secolo scorso, si assista in questi anni ad una consistente ri-pubblicizzazione di categorie ed istituti; si tratta di un movimento più culturale che effettivo, giacché la giurisprudenza mostra sempre più spesso articolate e confuse parabole concettuali dirette a riscrivere nelle categorie del diritto amministrativo istituti (com'è per i contratti di cui sia parte l'amministrazione) che dovrebbero essere governati dal diritto privato, salvo poi giungere alle medesime conclusioni che sarebbero derivate dall'applicazione del codice civile. Tuttavia, sistemi che importano argomentazioni senza avere la capacità di critica delle loro strutture concettuali o culturali di fondo, finiranno per rafforzarle rendendo la loro propagazione del tutto acritica.

3.2. Si deve immaginare, poi, che la possibilità di esaminare in modo automatico dichiarazioni, documenti rappresentativi di fatti e stati, rappresentazioni del reale (anche foto o video grafiche) potrà determinare una maggiore standardizzazione dell'istruttoria amministrativa (o di quella giudiziale). È ovvio il beneficio in termini di uniformità e celerità.

È facile immaginare, anche, però, il perdurare dell'attrazione al dominio pubblico di molte attività che, diversamente, avrebbero potuto essere liberalizzate e privatizzate. A fronte della semplificazione e della riduzione di risorse impiegate, infatti, l'amministrazione potrà conservare (o estendere) il suo controllo di attività private senza particolari difficoltà.

Inoltre, ed è più preoccupante, è agevole immaginare come ne derivi una naturale standardizzazione; si tratta di un processo che normalizza, che espunge la differenza, che omologa necessariamente ad una forma definita di conoscenza del fatto ed affermazione del diritto che esclude il caso differenziale, nuovo, peculiare. Si tratta di fenomeni in grado di determinare alcune potenti trasformazioni sociali, sicché è bene essere chiari e limitare l'accenno a due profili. Lungo questo versante, infatti, si collocano i profili di maggiore delicatezza.

Per un lato, infatti, la stessa giuridicizzazione del potere è intervenuta perché s'è affermata, progressivamente, una classe di funzionari istruiti, in grado di soppiantare il ruolo centrale della nobiltà ed amministrare l'autorità, estendendone il dominio⁷. Ponendo sotto il dominio del diritto gli atti d'autorità, essi

⁷ Per un'impareggiabile analisi, M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France 1975-1976, Paris, Gallimard, 1997.

potevano esser riprodotti e, quindi, estendere il dominio in modo estremamente più esteso di quanto non avvenisse in passato. L'effetto che potrebbe derivare dall'applicazione di sistemi di AI è simile: la capacità dell'amministrazione di istruire pratiche e di disciplinare fenomeni sociali diviene estremamente più vasta. Come la classe degli impiegati istruiti ha imposto la sua cultura del governo, rendendosi indispensabile ad esso, la possibilità è che la cultura impartita alle macchine ed i sistemi di autoapprendimento di cui beneficiano determinino l'affermazione di un'idea del potere pubblico e la sua pervasività sociale. Si tratta, quindi, di poterne discutere e di esserne avvertiti, giacché la sua affermazione incontrollata costituisce un evidente pericolo.

Più inquietante è il secondo profilo. L'amministrazione pubblica ha una sua fisiologica tendenza ad uniformare i comportamenti umani per poterli governare. Il potere, poi, per sua natura mostra meccanismi olistici (è molto meno costoso, in termini di risorse, obbedire al comando che opporvisi). Attraverso questi sistemi diretti ad assicurare uniformità, uniti all'estensione notevole degli ambiti dominati dal potere pubblico, s'è già generato un effetto biopolitico⁸; i corpi e le vite sono normalizzati (nascendo la clinica, la definizione di normalità e follia, la cura psichiatrica), curati, istruiti, avviati al lavoro, mantenuti con la pensione, governati in ogni loro espressione, entrando quindi l'autorità politica nella disciplina della vita. Si tratta di un fenomeno che si è accompagnato all'espansione dell'area attratta nelle competenze amministrative tra la fine del XIX e per tutto il XX secolo.

Se l'istruttoria dei fatti, la definizione delle prassi e dei precedenti, l'individuazione delle regole giuridiche applicabili diviene automatica, la radicalizzazione dell'opposizione tra normale ed anormale subisce un'accelerazione impressionante ed il sistema conduce quasi naturalmente alla marginalizzazione di chi devia dalla normalità, si oppone, non si uniforma.

3.3. Anche sul versante processuale è ben possibile misurare un mutamento potenziale - dovendosi aggiungere ciò che già si è succintamente detto in relazione ai sistemi di aiuto all'individuazione del diritto applicabile, dei precedenti e delle argomentazioni. Ciò che si vuole segnalare interviene sul versante

⁸ Ovvio il riferimento a M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population*. Cours au Collège de France 1977-1978, Paris, Gallimard, 2004; ID., *Histoire de la sexualité*, vol. 1, *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976; ID., *Du gouvernement des vivants*. Cours au Collège de France 1979-1980, Paris, Seuil, 2012; ID., *Le Gouvernement de soi et des autres I*. Cours au Collège de France 1982-1983, Paris, Gallimard, 2008; ID., *Le Gouvernement de soi et des autres II: Le Courage de la vérité*. Cours au Collège de France 1983-1984, Paris, Gallimard, 2009.

della prova del fatto. Se l'istruzione procedimentale si potenzia per via dell'applicazione all'agire amministrativo dei sistemi di AI e s'immagina che ad essi possano ricorrere anche i privati nel contraddirittorio con l'amministrazione (almeno per tramite dei loro consulenti) si dovrà attentamente misurare l'effetto sul versante processuale, giacché è agevole prevedere che l'istruzione ne venga estremamente depotenziata e che il fornire la prova contraria tenda a coincidere con la dimostrazione dell'errore (poco probabile) della macchina o delle sue impostazioni (aprendo un terreno di dibattito molto sofisticato).

3.4. Ovviamente, vi sono molti altri profili sui quali meriterebbe riflettere; come s'è detto, se ne sono segnalati solo alcuni, attratti dall'urgenza di avviare una discussione.

Tuttavia, val la pena di aggiungerne uno, sia pure con grande cautela. I sistemi di AI sono largamente presenti nella nostra vita quotidiana di consumatori; essi si accompagnano frequentemente alla possibilità di aderire o meno, di approvare oppure non. La loro espansione - che è facile prevedere - potrebbe ridurre le relazioni umane dirette. Acquistiamo i nostri prodotti attraverso macchine intelligenti, programmate per individuare bisogni e proporre consumi; riceviamo pasti a casa, scelti attraverso la rete; leggiamo i nostri giornali e libri su macchine che sono in grado di comprendere o influenzare le nostre preferenze; progressivamente lavoreremo sempre più da remoto e sempre meno nei nostri luoghi di lavoro. In sintesi, avremo probabilmente meno relazioni sociali dirette con altri umani e sempre più saremo mediati da macchine. Per altro verso, con estrema facilità potremo esprimere la nostra opinione in via telematica. Si tratta di una tendenza che mi pare porre il tema della tenuta dei fondamenti dei sistemi democratici e, tuttavia, trattandosi di un profilo che richiede una riflessione più meditata ed ampia, mi limito a segnalarlo senza indagarlo oltre.

LORIANO MACCARI

Professore a contratto di Governo del territorio presso il Dipartimento di Giurisprudenza Università di Urbino Carlo Bo
loriano.maccari@uniurb.it

LA DETERMINAZIONE AMMINISTRATIVA NEL PROCESSO

THE ADMINISTRATIVE DETERMINATION IN THE PROCESS

SINTESI

Con la legge c.d. anticorruzione (ai sensi dell'art. 1 comma 38 della legge 6 novembre 2012 n. 190 e s.m.i.), viene, come noto, introdotta la previsione di un provvedimento amministrativo reso in forma semplificata (previsto dall'art. 2, comma 1 della legge 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.), dopo che la legge del 21 luglio 2000 n. 205 aveva inserito nel processo amministrativo la forma semplificata della sentenza (prevista oggi all'art. 74 c.p.a.); sicché si propone sotto questo profilo la questione della necessità di una risposta esauriente dell'ordinamento al fenomeno di avvicinamento che intercorre in modo sempre più intenso tra il lessico proprio del processo amministrativo a quello del procedimento amministrativo.

Il presente contributo, dunque, mira ad analizzare alcuni particolari aspetti di queste forme espressive ravvicinate, volti a comprendere, innanzitutto, la discrezionalità che caratterizza la preliminare valutazione dell'istanza da parte della pubblica amministrazione e le conseguenze in ordine ai rimedi processuali espribili da parte del privato cittadino; di seguito, gli oneri istruttori «preliminari» posti a carico sempre della pubblica amministrazione al fine di individuare la forma adeguata del provvedimento da adottare; sono rilevati inoltre i riflessi che derivano dall'eventuale errore sulla opzione effettuata dalla pubblica amministrazione nella concreta scelta fra l'adozione di un provvedimento in forma semplificata o uno in forma ordinaria ed i conseguenti vizi deducibili in ambito processuale; infine, vengono tracciati gli effetti che l'istituto esplica sulla applicazione della norma processuale di cui all'art. 31 c.p.a.

Si perviene alla conclusione che mentre il processo mantiene una sua fisionomia di efficienza grazie alla previsione di un istituto di semplificazione decisoria, il procedimento non appare alleggerito dalla previsione di un provvedimento reso in forma semplificata, atteso che l'impegno maggiormente gravoso risiede, per la pubblica amministrazione, nel darvi avvio, mentre la redazione di un atto conclusivo incide minimamente in termini di efficienza a seconda che sia reso in modalità estesa o semplificata.

ABSTRACT

The anticorruption law (pursuant to the art. 1, par. 38 L. 6th November 2012 n. 190) introduces the prevision of an administrative measure in a simplified form

(provided in the art. 2, par. 1 L. 7th August 1990 n. 241), after the fact that the L. 21st July 2000 n. 205 inserted in the administrative process the simplified form of the judgement.

It is promoted, in this regard, the necessity of a thorough answer of the government to the always most intense phenomenon of the approach between the typical lexicon of the administrative process and the one of the administrative procedure.

This contribution aimed at the analysis of some particulars aspects of these approaching expressive forms to understand, first, the discretion characterizing the preliminary evaluation of the petition and the consequences with regard to the procedure reliefs available by the private citizen; second, the preliminary burdens charged to the Public administration to identify the appropriate measure to adopt. Third, it is noticed the complex of the reflexes derived from the potential mistake on the option effectuated by the Public administration during the choice between the adoption of a simplified-form measure or an ordinary-form one, and the consequent faults deducible during the process. In the end, it is traced the complex of the effects that the institution explicates about the application of the procedural rule, referred to in article 31 c.p.a.

On these bases, it is concluded that while the process maintains its physiognomy of efficiency through the revision of an institution about a decision-making simplification, the procedure does not seem streamlined from the new revision about the decision-making simplification, because the heaviest charge for the Public administration lies in its launch. On the contrary, the drafting of a concluding act remotely influences with a regard to the efficiency, depending on it is expressed by an extended procedure or by a simplified one.

PAROLE CHIAVE: Decisione amministrativa semplificata, sentenza semplificata, comparazione del procedimento amministrativo e del processo amministrativo.

KEYWORDS: Administrative simplified decision, Administrative simplified judgement, Comparison between Administrative Procedure and administrative process.

INDICE: 1. Il sindacato del Giudice Amministrativo sul provvedimento in forma semplificata – 2. La discrezionalità che caratterizza la preliminare valutazione dell'istanza e le conseguenze in ordine ai rimedi processuali esperibili – 3. La pubblica amministrazione viene gravata di un onere istruttorio «preliminare» al fine di individuare la forma del provvedimento da adottare – 4. I riflessi dell'errore sulla opzione fra provvedimento in forma semplificata e in forma ordinaria sulla individuazione dei vizi deducibili in ambito processuale – 5. Gli effetti della modifica sulla applicazione della norma processuale di cui all'art. 31 c.p.a. – 6. Conclusioni

1. Il sindacato del Giudice Amministrativo sul provvedimento in forma semplificata

L'introduzione ad opera dell'art. 1, comma 38, della l. n. 190/2012, c.d.

legge anticorruzione, del provvedimento in forma semplificata comporta la necessità di una risposta esauriente dell'ordinamento al fenomeno di avvicinamento sempre più intenso del lessico del processo a quello del procedimento¹.

La terminologia utilizzata dal legislatore è di derivazione processuale e trova collocazione dell'art. 74 del codice del processo amministrativo. Senonché le definizioni processuali e gli apprezzamenti sostanziali, non sono fungibili nel caso concreto, anche in ragione dell'infinito repertorio delle situazioni che possono presentarsi alla porta della pubblica amministrazione. Si tratta di capire se l'intento legislativo possa trovare utile ingresso nel contesto ordinamentale, nel rispetto delle garanzie del procedimento e della efficienza della azione amministrativa. Il presente intervento muove dall'ambizione di offrire un contributo per la una rilettura coordinata del complesso di norme che disciplinano l'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione e la corrispondente tutela processuale nel rispetto del principio di effettività della medesima. Si articolerà secondo gli argomenti indicati qui di seguito: a) la discrezionalità che caratterizza la preliminare valutazione dell'istanza e le conseguenze in ordine ai rimedi processuali esperibili; b) la pubblica amministrazione viene gravata di un onere istruttoria «preliminare» al fine di individuare la forma del provvedimento da adottare; c) i riflessi dell'errore sulla opzione fra provvedimento in forma semplificata e in forma ordinaria sulla individuazione dei vizi deducibili in ambito processuale; d) gli effetti della modifica sulla applicazione della norma processuale di cui all'art. 31 c.p.a.

2. La discrezionalità che caratterizza la preliminare valutazione dell'istanza e le conseguenze in ordine ai rimedi processuali esperibili

All'indomani dell'entrata in vigore della modifica dell'art. 2 della l. 7 agosto 1990 n. 241, con l'integrazione del comma 1 che prevede la conclusione del procedimento amministrativo con provvedimento espresso redatto in forma semplificata, si è posto un primo quesito in ordine alla obbligatorietà generalizzata del procedimento.

¹ Il comma 38 dell'art. 1 della legge anticorruzione ha aggiunto il secondo periodo del vigente art. 2 della legge sul procedimento; la disposizione, come è noto, recita: «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sulla conservazione, all'indomani dell'entrata in vigore della novella, della facoltà della p.a. di omettere l'esame di talune richieste di privati e di altri soggetti, che per le loro caratteristiche prospettano elementi di manifesta inammissibilità, tali da renderle inidonee a costituire le condizioni essenziali per l'esercizio obbligatorio del potere pubblico².

Queste sollecitazioni resterebbero fuori dal procedimento, perché inidonee a costituire un rapporto formale con l'amministrazione, tale da determinare l'obbligo di avviarlo.

Ancor più puntualmente il quesito si articola su due orientamenti, che possono così sintetizzarsi:

(i) la modifica dell'art. 2 ha eliminato completamente la possibilità per i soggetti di pubblica amministrazione di omettere qualsiasi forma di procedimento su sollecitazioni atipiche, inidonee a sollecitare l'esercizio legittimo del potere di determinazione, con la conseguenza che hanno diritto ad una risposta anche le manifestazioni prive di senso giuridico e tendenti all'esercizio di un potere già consumato o non compreso in una determinata fattispecie astratta prevista dalla legge;

(ii) la novella lascia inalterata la facoltà della p.a. di deliberare, preliminarmente, fuori dal procedimento, la natura della sollecitazione, per assumere una determinazione in ordine alla necessità di aprire un procedimento amministrativo.

Come già anticipato, il confronto su questi argomenti, molto appassio-

² La giurisprudenza ha avuto modo di affermare che «l'obbligo di provvedere a carico dell'amministrazione (e simmetricamente la legittimazione al ricorso della parte che agisce in giudizio) non si configura : I) in presenza di istanze illegali, emulative, manifestamente infondate o inammissibili (adesso ex art. 2, co 1, l. n. 241 cit.); II) a fronte di provvedimenti inoppugnabili o in relazione ai quali si solleciti l'esercizio dell'autotutela; III) in presenza di tutte le ipotesi di silenzio significativo (nelle quali l'omissione è legalmente equiparata ad un provvedimento espresso); IV) se l'ordinamento qualifica il termine entro cui deve essere adottato il provvedimento come perentorio; in tal caso, infatti, la sanzione è quella della perdita irrimediabile del potere di esercitare la funzione pubblica da parte dell'autorità rimasta inerte, circostanza questa che impedisce in radice l'esercizio dell'azione ex art. 117 c.p.a. anche per evitare un (ab)uso strumentale ed elusivo dell'avvenuta estinzione del potere» (Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 273; nello stesso senso cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5628; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 3 novembre 2015, n. 12400).

In senso contrario Tar Lombardia, Milano, Sez. II, 4 giugno 2014, n. 1412, che afferma l'obbligo il dovere di provvedere con atto espresso «anche a fronte di istanze del tutto abnormi». Questo ulteriore onere per le amministrazioni sarebbe bilanciato dalla attenuazione dell'obbligo di motivazione.

nante, si è sviluppato con risultati conclusivi spesso divergenti sia in ambito dottrinale che giurisprudenziale³.

La soluzione al quesito si risolve in realtà nella affermazione o nel diniego dell'obbligo di provvedere, con evidenti ripercussioni di carattere processuale e sostanziale⁴.

Se si accede alla prima soluzione, in ambito processuale la risposta è notevolmente semplificata, perché la generalizzata affermazione di un obbligo di provvedere conduce ad un confronto, sul provvedimento, che si articolerà sui vizi in concreto deducibili nelle singole fattispecie in esame, anche in relazione al tipo di giurisdizione che viene in rilievo (generale di legittimità o esclusiva).

Se, invece, si accede alla seconda soluzione, il repertorio delle possibilità deve intendersi notevolmente ampliato, perché comprende tutte le ipotesi nelle quali la pubblica amministrazione abbia errato nella valutazione preliminare, pervenendo, di fatto, ad un silenzio, che può essere qualificato come inadempimento a fronte dell'obbligo di provvedere. L'art. 6, lett. a), della l. n. 241/1990 (secondo cui «il responsabile del procedimento: a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento») non viene in soccorso, perché presuppone l'apertura del procedimento, entro il quale si colloca.

Si apre dunque la strada alla tutela di cui agli artt. 31, comma 1, e 117 del c.p.a. Colui che ha sollecitato l'esercizio di un potere della pubblica amministrazione, illegittimamente non esercitato, potrà invocare il silenzio inadempimento

³ In dottrina, un approfondito studio è stato offerto da M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. Amm.*, 2010, p. 103 ss. L'Autore offre uno spaccato della vicenda puntualmente ragionato mettendo in rilievo la distonia tra l'esperienza del procedimento amministrativo e l'esperienza del processo e conclusivamente la necessità di una soluzione che non vada a pregiudicare la posizione del cittadino, valorizzando la centralità del procedimento, l'obbligo della motivazione e il principio del contraddittorio: «teorizzare l'insussistenza dell'obbligo di avviare e concludere un procedimento amministrativo a fronte di domanda che la p.a. ritenga *a priori*, prima e fuori del procedimento, inammissibili o manifestamente infondate, significa annullare il principio di trasparenza senza con ciò garantire un livello apprezzabile del principio di economicità; - viceversa, affermare l'obbligo di provvedere della p.a. anche su domanda che essa presuma inaccoglibili significa tutelare il principio di trasparenza senza annullare il principio di economicità, il quale è sufficientemente garantito nella prospettiva del bilancio tra costi (oneri, non elevati, in sede procedimentale) e benefici (risparmi di spesa, in sede processuale, per deflazione del contenzioso o per neutralizzazione dei relativi oneri)» (la citazione è tratta dalle pp. 165-166).

⁴ Perplessità in ordine alla utilità del provvedimento in forma semplificata sono state subito espresse anche da A. CLINI, in Atti del VII Convegno di Urbino, 21-22/11/2013 (dattilo-scritto gentilmente concesso dall'Autore): «indugiare sulla questione dell'utilità o meno di tale provvedimento appare tuttavia un esercizio poco fecondo; più opportuno sembra invece investigare sui risvolti che di aprono sull'adozione non ponderata dell'atto». In questa prospettiva, quasi in modo complementare, interviene il diritto processuale.

e quindi chiedere una pronuncia del Giudice amministrativo tendente ad affermare l'obbligo di provvedere. La fondatezza della pretesa potrà essere affermata dal Giudice, in questi casi, solo se si tratta di attività vincolata, perché l'istruttoria provvedimentale non è stata avviata e non è dunque possibile stabilire se residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità o siano necessari adempimenti istruttori che debbono essere compiuti dall'amministrazione.

Ai sensi dell'art. 30 c.p.a. l'azione potrà essere congiunta con la domanda risarcitoria e quindi questo errore, preliminare, assume un carattere di gravità importante, perché espone le pubbliche amministrazioni – ed i soggetti privati preposti all'esercizio delle attività amministrative – al risarcimento del danno cagionato in conseguenza della inosservanza dolosa o colposa dell'obbligo di conclusione del procedimento. Il Giudice amministrativo sui ricorsi avverso il silenzio provvede con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 117, comma 2 ,c.p.a.

Trova altresì applicazione l'indennizzo per il mero ritardo di cui al comma 1-*bis* dell'art. 2-*bis* della medesima legge «in caso di inosservanza del termine di conclusione del procedimento ad istanza di parte per il quale sussiste l'obbligo di pronunziarsi».

Quest'ultimo inciso sembra affrancare la permanenza nell'ordinamento giuridico della distinzione fra domande che determinano o meno l'obbligo di provvedere.

Per completare l'esame delle conseguenze della violazione dell'obbligo di provvedere è opportuno ricordare che, ai sensi del comma 9 dell'art. 2, «la mancata o tardiva emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della *performance* individuale, nonché di responsabilità disciplinare e amministrativo-contabile del dirigente e del funzionario inadempiente».

3. La pubblica amministrazione viene gravata di un onere istruttorio «preliminare» al fine di individuare la forma del provvedimento da adottare

Una volta superata la fase commentata nel punto precedente, nel senso di ritenere necessaria l'apertura di un procedimento amministrativo, il funzionario deve individuare, alla luce delle risultanze acquisite, od offerte dal richiedente, il tipo di provvedimento da adottare (in forma ordinaria o semplificata).

Si tratta di una scelta impegnativa e non esente da conseguenze ulteriori, perché idonea a sollecitare iniziative giurisdizionali, anche in forma risarcitoria ed indennitaria.

Il provvedimento in forma semplificata si appoggia, come afferma il testo della disposizione, «*al punto di fatto e di diritto ritenuto risolutivo*» non necessariamente di merito, in quanto la norma evoca le categorie della irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza precedute dall'aggettivo «*manifesta*», che alludono, di regola, rispettivamente all'elemento temporale, alla titolarità delle situazioni giuridiche, o della loro protezione nell'ordinamento giuridico, al verificarsi di preclusioni e decadenze. Vengono dunque trascurati nella determinazione amministrativa i profili ritenuti secondari, che hanno lasciato il passo all'argomento dirimente.

È indubbio che un provvedimento così motivato prospetta le sue fragilità di fronte ad una impugnazione giurisdizionale, ove si consideri l'ipotesi in cui l'unico motivo a sostegno del diniego espresso in forma semplificata venga ritenuto infondato. In questo caso, la pronuncia giurisdizionale lo travolgerà, stante l'inesistenza, nel suo apparato motivazionale, di ulteriori ragioni idonee a sostenerlo.

Ad oggi, la giurisprudenza amministrativa è attestata sulla impossibilità di pronunciare l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento plurimotivato, qualora all'esito del giudizio si sia accertata la fondatezza anche di un solo motivo⁵.

Le conseguenze della scelta preliminare si prospettano ancora più gravi, valutando complessivamente la vicenda, anche in punto di spese processuali, di responsabilità contabile e di valutazione delle *performance* del funzionario.

Viene allora da interrogarsi sulla ponderazione di una simile scelta legislativa alla luce della comparazione fra i vantaggi della semplificazione e la consistenza delle conseguenze successive, soprattutto se valutate in termini di legalità dell'azione amministrativa, come valore in sé, a prescindere dalle impugnazioni che vengano proposte⁶.

Il legislatore ha innestato la riforma, nel sistema vigente, integrando il comma 2 dell'art. 2 della l. n. 241/1990, senza dire nulla sulla necessità o meno

⁵ Ad es., Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 maggio 2013, n. 2409.

⁶ Notevoli perplessità sono state espresse anche da R. CAPONIGRO, *Il tempo come bene della vita*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale ha affermato che «per tentare di dare al testo di legge una interpretazione sistematica coerente con il richiamato indirizzo giurisprudenziale escludente l'obbligo di provvedere a fronte di istanze manifestamente infondate, la previsione normativa potrebbe essere anche intesa nel senso che l'atto riportante sinteticamente il motivo per il quale l'amministrazione ha ritenuto non sussistere nel caso di specie l'obbligo di procedere e di provvedere debba essere adottato in esito al procedimento preliminare, in cui l'amministrazione valuta e decide se procedere o meno e che costituisce di solito un atto interno».

del procedimento, con la evidente conseguenza che il risparmio di attività si manifesta scarsamente apprezzabile ed è riassumibile nella differenza fra l'impegno occorrente per la redazione di un provvedimento adeguatamente motivato, ai sensi dell'art. 3 della medesima legge, e quello in forma semplificata.

Lo sforzo della dottrina è stato profondo e sistematico, ed alla luce di esso, non è tuttavia emerso un concreto e condiviso vantaggio in termini di efficienza e di semplificazione dell'azione amministrativa⁷.

Pacatamente si può rilevare che il legislatore, con l'introduzione della nuova provvedimentale, in realtà ha ottenuto, semplicemente, una attenuazione dell'onere della motivazione, di fronte a quelle situazioni che prospettino elementi dirimenti tali da giustificare una graduazione dell'ordine di esame delle questioni, che consente di fermarsi a quella che appare la più risolutiva.

Viene quindi da domandarsi se un simile correttivo, che tende a depotenziare il conclamato obbligo della motivazione previsto dall'art. 3, non potesse trovare più felice collocazione alla fine di questa disposizione. Ciò avrebbe consentito, e forse reso necessaria, la espressione nella motivazione semplificata delle ragioni che militano verso una soluzione sbrigativa, del resto in parte già contemplata dalla stessa disposizione al comma 3: «Se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell'amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima deve essere reso disponibile a norma della presente legge, anche l'atto cui essa si richiama».

Quindi l'oggetto della determinazione preliminare dell'amministrazione si manifesta carico di significati e di responsabilità e finisce per rendere il provvedimento in forma semplificata una specie rara, di scarsa applicazione, perché inidoneo a vincere il confronto fra i vantaggi conseguibili ed i rischi da assumere.

4. I riflessi dell'errore sulla opzione fra provvedimento in forma semplificata e in forma ordinaria sulla individuazione dei vizi deducibili in ambito processuale

In primo luogo si deve osservare che la tutela giurisdizionale nei confronti del provvedimento adottato in forma semplificata, trattandosi pur sempre di una espressione positiva, non può prescindere dall'azione di annullamento di cui all'art. 29 codice del processo amministrativo.

Le altre domande, proponibili congiuntamente, ai sensi degli artt. 32 e 34,

⁷ Si richiamano, per le diverse opinioni, le osservazioni di M. MONTEDURO, *op. cit.*; A. CLINI, *op. cit.*, nonché M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita*, in *Federalismi.it*, ottobre 2014.

comma 1, dello stesso testo, presuppongono la rimozione del provvedimento, all'esito di uno scrutinio giurisdizionale sulla sua legittimità.

Il provvedimento adottato, erroneamente, in forma semplificata, potrebbe esporsi alle censure di eccesso di potere per errata valutazione del rapporto di proporzione fra la fattispecie concreta e quella astratta, violazione dell'obbligo di provvedere con le forme ordinarie, e difetto di motivazione.

Dovrebbe venire in rilievo, preliminarmente, la conformità alla legge della opzione in ordine alla forma semplificata. In questo senso sarà deducibile il vizio di eccesso di potere per l'irragionevolezza della sussunzione della fattispecie concreta nella previsione di cui all'art. 2 della l. n. 241/90, nonché la violazione di quest'ultima disposizione di legge *ex se*.

Il ricorrente, titolare dell'istanza disattesa con una delle forme previste dalla legge, irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza, potrebbe organizzare i motivi della propria impugnazione, deducendo che il provvedimento in forma semplificata è il prodotto di una istruttoria carente e superficiale che, se correttamente svolta, avrebbe consentito di verificare la configurabilità dell'obbligo di provvedere e in taluni casi anche la fondatezza della presa.

Sono dunque deducibili, nell'ambito di una iniziativa giurisdizionale per l'annullamento di un provvedimento in forma semplificata, tutti i vizi tipici elaborati dalla giurisprudenza e richiamati nell'art. 21-*octies* della L. n° 241/90 (incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge) con particolare esaltazione del difetto di motivazione, posto che quella adottata potrebbe essere ritenuta incongruente, insufficiente, senza possibilità di recuperare la determinazione amministrativa ricorrendo ad altri supporti giuridici, non apprezzati dall'amministrazione, anche se emersi nel procedimento.

Quindi in conclusione il provvedimento in forma semplificata si prospetta maggiormente esposto alle censure, non solo dei soggetti privati, ma anche della magistratura contabile, perché tende a trascurare gli aspetti più marginali della ponderazione che potrebbero contenere gli elementi giustificativi della determinazione.

Una valutazione specifica, ormai non definibile originale, deve essere riservata ai provvedimenti vincolati, o qualora sia palese che il contenuto disposi-

tivo del provvedimento «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» ai sensi dell'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990⁸.

Le pubbliche amministrazioni di fronte alle iniziative giurisdizionali dei privati potrebbero dedurre in via riconvenzionale la natura vincolata dal provvedimento e la conseguente irrilevanza, ai fini dell'annullamento, delle violazioni delle norme procedurali. Così facendo il sindacato del Giudice amministrativo tende patologicamente a spostarsi ancor di più sul rapporto ed a sottrarre al procedimento buona parte delle valutazioni che spetterebbero, in primo luogo, all'amministrazione.

Alla medesima conclusione si perviene per quanto riguarda i provvedimenti discrezionali, ai sensi della seconda parte della predetta norma ed, in ogni caso, la valutazione verrebbe sottratta all'amministrazione e sottoposta al Giudice.

5. Gli effetti della modifica sulla applicazione della norma processuale di cui all'art. 31 c.p.a.

Alla conclusione della fase preliminare, nella ipotesi in cui la p.a. abbia deciso di non aprire il procedimento, ritenendo l'iniziativa del privato inidonea a determinarne l'avvio, potrebbe aprirsi la prospettiva di un'azione sul silenzio per far dichiarare, in giudizio, l'obbligo di procedere e quindi di provvedere. Congiuntamente potrebbe essere proposta anche la domanda risarcitoria fondata sul comportamento illegittimamente inerte dell'amministrazione, apprezzabile anche ai sensi dell'art. 2-*bis*, commi 1 e 1-*bis*.

Con riferimento a questo segmento temporale, l'ingresso della norma lascia inalterato il precedente assetto ordinamentale, perché l'ipotesi del silenzio-inadempimento poteva verificarsi in ugual misura anche prima della riforma, che a ben vedere non sembra aver ampliato il perimetro dell'obbligo di provvedere⁹.

Occorre ora individuare le forme di tutela più adeguate per eliminare gli effetti negativi di un provvedimento illegittimo redatto in forma semplificata.

Il soggetto, al fine di conseguire il bene della vita al quale ritiene di aver diritto, dovrà, in ogni caso, rimuovere il provvedimento, dimostrando in giudizio che le declaratorie «di rito» simili a quelle di cui all'art. 35 c.p.a. sono errate.

⁸ «Ai sensi dell'art. 21-*octies* l. 7 agosto 1990 n. 241, non è annullabile il provvedimento pur affetto da violazione di norme sul procedimento, sulla forma, quando per la sua natura vincolata sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso» (Consiglio di Stato, Sez. V, 29 ottobre 2012, n. 5504).

⁹ Sul punto si richiama la giurisprudenza citata alla nota 2.

La nuova norma non contiene una definizione giuridica della istanza irricevibile, improcedibile ed inammissibile, ed occorre pertanto fare riferimento alle categorie processualistiche.

In questa prospettiva, una istanza è irricevibile se presentata oltre il termine perentorio previsto dalla legge o da un atto amministrativo.

È inammissibile, se proposta da un soggetto privo della titolarità di un interesse specifico e qualificato al momento della presentazione.

È improcedibile, se tale carenza sopravviene nel corso del procedimento.

È infondata, se la pretesa fatta valere non trova protezione nell'ordinamento giuridico.

Nelle prime tre ipotesi il Giudice adito ai sensi degli artt. 29 e 34. comma 1. c.p.a., «nei limiti della domanda», si pronuncerà sulla legittimità del provvedimento negativo e sull'obbligo di provvedere. Qualora ritenga illegittima la declaratoria, di rito, adottata dalla p.a., la annullerà e dichiarerà l'obbligo dell'amministrazione di aprire il procedimento, limitando il suo sindacato alle questioni attinenti all'accesso al medesimo, unico luogo nel quale possono essere naturalmente svolte le valutazioni in ordine alla fondatezza della domanda.

Tale conclusione appare sufficientemente ragionevole, perché il Giudice amministrativo è chiamato sostanzialmente a rimuovere l'ostacolo frapposto dall'amministrazione all'esame dell'istanza, che è compreso nella sua competenza esclusiva.

In conclusione, nei tre casi che precedono, il Giudice amministrativo si pronuncerà ai sensi degli artt. 29, 31, comma 1, e 34, comma 1, c.p.a., quindi annullando il provvedimento negativo, se ritenuto illegittimo, e dichiarando l'obbligo dell'amministrazione di provvedere.

In caso di dichiarata infondatezza, nel merito dell'istanza, il Giudice si pronuncerà analogamente: tuttavia, se ricorrono i presupposti di cui al comma 3 dell'art. 31 potrà conoscere della fondatezza della pretesa.

6. Conclusioni

Lo sforzo del legislatore è indubbiamente apprezzabile; tuttavia, l'eccessiva disinvoltura nella formulazione della disposizione introdotta nel comma 2 dell'art. 2 della l. n. 241/1990 la rende di scarsa utilità, anche considerando che essa non prevede l'eliminazione del procedimento, che rappresenta in termini di impegno temporale la fase più onerosa.

Una volta compiuta l'istruttoria, la differenza in termini di tempo fra la

redazione di un provvedimento definibile come ordinario e uno in forma semplificata, non giustifica l'assunzione dei rischi sinteticamente descritti nei punti che precedono.

Si può infine affermare che il codice del processo amministrativo dimostra la sua efficienza anche per le forme di tutela esperibili a fronte della nuova fattispecie provvedimentale.

RICARDO PERLINGEIRO¹

Professore Ordinario (*Professor Titular*) della Facoltà di Giurisprudenza della
Universidade Federal Fluminense (UFF)
ricardoperlingeiro@id.uff.br

IL DUE PROCESS PREVIO ALLE DECISIONI AMMINISTRATIVE E LA TUTELA GIURISDIZIONALE EFFETTIVA NEL BRASILE

DUE PROCESS PRIOR TO ADMINISTRATIVE DECISIONS AND EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION IN BRAZIL²

SINTESI

In considerazione del numero crescente di domande giurisdizionali ripetitive di diritto pubblico, il testo si propone di rivisitare le garanzie del *due process* previo alle decisioni amministrative – sancito nella Costituzione del 1988 –, tra le quali dovrebbe figurare quella dell’effettiva indipendenza delle autorità amministrative. A tal fine, ci si basa su una iniziale prospettiva comparativa tra il modello anglosassone e quello europeo-continentale, per quanto attiene alla protezione per i tribunali di diritti individuali. Appare evidente la preoccupazione dell’autore, alla ricerca di un’adeguata comprensione di tematiche considerate autentici dogmi nell’ambito del diritto brasiliano, quali: la contraddizione tra l’autoesecutività delle decisioni amministrative e l’interesse e la legittimità ad agire in giudi-

¹ Anche Giudice Federale (*Desembargador Federal*) a Rio de Janeiro, Membro dell’*Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal* nonché dell’Associazione Internazionale di Diritto Processuale. Si ringrazia Maria Izabel Gomes Sant’Anna, Difensore Pubblico Federale e Laureanda nell’ambito del Programma di Laurea Magistrale “Giustizia Amministrativa” della UFF, per la preziosa ricerca giurisprudenziale. Si ringrazia per aver contribuito alla correzione del testo in italiano, Martina Pelella, Studentessa presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Statale di Milano; studentessa “erasmus mundu” presso la Facoltà di diritto della Universidade Federal Fluminense (Niteroi / Rio de Janeiro). Stagista al Tribunale Federale di Rio de Janeiro, in collaborazione con Emarf, Escola da Magistratura Regional Federal Região (Rio de Janeiro).

² Adattamento del testo della conferenza tenuta nell’ambito del Seminario *Perspectivas Comparadas de la Justicia Administrativa*, organizzato dal Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), a Città del Messico, il 7 febbraio 2014, e dell’intervento congressuale “*Lacunas da lei e violação do devido processo legal administrativo*” (Lacune della legge e violazione del giusto processo amministrativo), tenuto in occasione delle *X Jornadas Brasileiras de Direito Processual* (X Giornate Brasiliene di Diritto Processuale), dell’Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, a Campos do Jordão, in data 29 agosto 2014. Testo originariamente pubblicato in portoghese nella *Revista de Processo*. San Paolo: Revista dos Tribunais, gen. 239 (2015): 293-331. La versione parziale del presente articolo è stata pubblicata in lingua inglese nella *Revista de Processo*. San Paolo: Revista dos Tribunais, 233 (2014): 285-292 e in portoghese nella *Revista CEJ*. Brasília: CEJ, Anno XVIII, n. 62, gen./apr. (2014): 71-78.

zio da parte delle autorità pubbliche contro gli individui; la distinzione tra procedimento amministrativo (dinanzi un'autorità amministrativa senza funzione giurisdizionale) e processo amministrativo extragiudiziale (dinanzi una autorità amministrativa con funzione giurisdizionale) e le sue implicazioni rispetto agli individui nell'ambito del processo giudiziale (dinanzi un giudice con funzione giurisdizionale); l'imparzialità senza un'indipendenza facente capo alle autorità nella conduzione di un processo amministrativo (extragiudiziale), e la sindacabilità dai tribunali del margine di apprezzamento fattivo-scientifico delle decisioni amministrative. L'autore conclude il lavoro sostenendo che costituisce la scelta politica di ogni Stato decidere in quale settore dello stesso e in quale momento (preventivo o posteriore all'inizio degli effetti della decisione amministrativa) la funzione giurisdizionale può essere accentrata, essendo la soluzione di conflitti coerente con lo Stato di Diritto, mediante le decisioni amministrative, dal momento che decorrono da un giusto processo che comprende all'interno altre garanzie. Tra queste garanzie è incluso il diritto di un arbitro con indipendenza effettiva, il quale è dotato di una formazione giuridica, selezionato in modo trasparente e sulla base unicamente di un criterio di qualificazione tecnica, inamovibile dalla funzione di aggiudicazione (salvo per illecito disciplinare). L'arbitro non è subordinato gerarchicamente in base all'attribuzione di decisioni, e non sovrappone le sue attività di aggiudicazione con la funzione investigativa. Il messaggio finale dell'autore prevede la cessazione dell'utilizzo del sistema giurisdizionale tradizionale come riferimento e la ricerca di alternative alla eccessiva conflittualità amministrativa, partendo da una riforma strutturale dell'Amministrazione Pubblica, a cominciare dalla mentalità del funzionario pubblico, che deve essere sempre di più volta alla preminenza dei diritti fondamentali.

ABSTRACT

In view of the increasing number of repetitive judicial actions in public law issues, this text proposes reconsidering the guarantees of administrative due process of law – enshrined in the Brazilian Constitution of 1988 –, among them the effective independence of the administrative authorities, based on a comparative perspective between the Anglo-Saxon and Continental-European models concerning judicial protection of individual rights. The author is visibly concerned with searching for a better understanding of topics that are considered to be established dogmas in Brazilian law, such as the contradiction between the self-enforceability of administrative decisions and the need for the public authorities to initiate judicial actions against individuals; the distinction between the administrative procedure and the (judicial and non-judicial) administrative proceeding and their implications for individuals in court proceedings; impartiality without independence of the authorities in conducting a non-judicial administrative proceeding; scope of judicial review of the utilization of the margin of appreciation of factual/scientific matters in decisions made by public administrative authorities. The author reaches the conclusion that it is a political choice of each State to determine in which branch of government the judicial function should be concentrated and when (before or after the effective date of the administrative

decision). Dispute resolution by administrative decision is compatible with the Rule of Law provided that the relevant decision is the outcome of a proceeding accompanied by guarantees of due process of law including, among others, the right to a truly independent adjudicator, meaning a “judge” with legally training, selected in a transparent manner based exclusively on technical qualifications, immune to arbitrary removal from office (except in case of disciplinary offenses), not being subject to orders from hierarchical superiors affecting the outcome of the decisions, and not simultaneously playing the role of judge and investigator. The author’s final message is that the focus should be shifted from the traditional judicial system to a search for alternative solutions to excessive administrative litigiousness based on a structural reform of public administrative authorities, beginning with the mentality of the civil servants, who should be increasingly committed to fundamental rights.

PAROLE CHIAVE: Giurisdizione amministrativa, procedimento amministrativo, *due process of law*, autorità amministrative indipendenti

KEYWORDS: Administrative jurisdiction, administrative procedure, administrative proceeding, judicial review, due process of law, independent administrative authorities

INDICE: 1. Introduzione –1.1 L’esperata litigiosità amministrativa, in termini di numero e valori, nell’ambito delle corti –1.2 I tentativi, falliti, tesi a ridurre l’eccesso di litigiosità dinanzi ai tribunali –1.3 L’origine della giurisdizionalizzazione amministrativa esasperata dinanzi ai tribunali –1.4 Obiettivi proposti –2. Decisioni amministrative sottoposte a un *due process of law*? –3. *Due process of law* previo rispetto alle decisioni amministrative iniziali? –4. Le autorità competenti e le successive fasi processuali extragiudiziali (processi dinanzi autorità amministrative con funzione giurisdizionale)–5. Il processo amministrativo (extragiudiziale) previo alle domande giudiziali individuali –6. Il processo amministrativo (extragiudiziale) previo e le domande giudiziali delle autorità –7. Il sistema giudiziario brasiliano di giurisdizione unica –8. Leggi processuali civili applicabili a controversie di diritto pubblico –9. Il diritto pubblico secondo la teoria del “soggetto” –10. L’indipendenza delle corti e dei giudici brasiliani –11. Le istanze ammissibili nell’ambito della giurisdizione amministrativa dei tribunali –12. L’intensità della giurisdizione amministrativa dinanzi ai tribunali –13. La riverenza amministrativa (*administrative deference*) dei tribunali nei confronti dell’azione della PA –14. La giurisdizionalizzazione dinanzi tribunali delle politiche pubbliche –15. Le funzioni atipiche del Giudiziario –16. Panorama schizofrenico della giurisdizione amministrativa brasiliana –17. Stato di Diritto: diritti sostanziali, diritti procedurali e organi di garanzia –18. Autorità amministrative indipendenti –19. Quali sono i limiti della protezione giurisdizionale dai giudici, e quale la necessità di giudici specializzati? –20. Come evitare una duplicità di giurisdizioni? –21. L’origine del sistema giudiziario unico negli EUA e il *due process of law* –22. Duplicità di giurisdizioni amministrative in Brasile? –23. La mancanza di effettività del *processo amministrativo* (extragiudiziale) in relazione ai processi amministrativi in sviluppo dinanzi ai tribunali –24. Esempi che si avvicinano all’idea di *due process of law* nella fase extragiudiziale –25. Nuove prospettive per una giurisdizione amministrativa effettiva in Brasile –26. Considerazioni finali –27. Conclusioni

1. Introduzione

1.1 L'esasperata litigiosità amministrativa, in termini di numero e valori, nell'ambito delle corti

Il sistema giudiziario brasiliano è profondamente rallentato dall'inflazione dei giudizi pendenti³. È utile mettere in evidenza alcuni dati quantitativi: dagli 83,4 milioni di casi nel 2009, i giudizi pendenti sono divenuti 92,2 milioni nel 2012, un totale, questo, di cui 28,2 milioni (31%) rappresentato da nuove cause, mentre 64 milioni (69%) costituisce il numero di casi pendenti, eredità di anni anteriori. Sempre nel 2012, ogni magistrato ha giudicato, mediamente, 1.450 processi, l'1,4% in più rispetto al 2011. Benché i magistrati si stiano facendo carico di un numero di processi, anno dopo anno, maggiormente conspicuo, l'aumento del totale delle sentenze (1 milione – 4,7%) è stato inferiore all'incremento delle nuove fattispecie (2,2 milioni – 8,4%), il che è sfociato nella risoluzione del 12% di processi in meno rispetto al totale di quelli intentati⁴.

Non v'è modo di precisare la percentuale delle cause che coinvolgono autorità pubbliche, peraltro si stima che si tratti della maggior parte, stazionando su valori superiori al 50%. Vi sono quattro dati che conducono a tale conclusione: (i) nel 2012, su un totale di 64 milioni di processi pendenti, provenienti da annate andate, il 39,9% era rappresentato dall'esecuzione di fronte a tribunali di decisioni amministrative sopra diritto tributario (*execuções fiscais*)⁵, mentre, nel 2013, dei 66,7 milioni di processi pendenti, il 41,4% consisteva in esecuzioni giudiziarie tributarie⁶; (ii) negli ultimi 20 anni, nel 90% del totale di processi in corso presso il Supremo Tribunale Federale / STF (Corte Costituzionale), si registra la presenza di autorità pubbliche come una delle parti in causa; (iii) dei 693 processi dall'ampia ripercussione in corso presso il STF, ben 498, pertanto il 71%, verteva su questioni di diritto pubblico (diritto amministrativo, tributario e previdenziale)⁷; (iv) dei 721 ricorsi dall'effetto ripetitivo presso il Superiore Tribunale di Giustizia / STJ (Corte suprema), 360 afferiscono alla sfera del diritto

³ Le espressioni “Giudiziario”, “giudiziale” e “giurisdizionalizzazione” si riferiscono a giudici e tribunali che nel Brasile detengono giurisdizione e competenza analoga ai giudici amministrativi italiani.

⁴ Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ). *Justiça em números* (Giustizia in numeri): 2013 (anno base 2012). (Brasília: CNJ, 2013).

⁵ Ibid.

⁶ Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ). *Justiça em números* (Giustizia in numeri): 2014 (anno base 2013). (Brasília: CNJ, 2014).

⁷ FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, *Relatório Supremo em números: o múltiplo supremo* (Relazione Suprema in numeri: il multiplo supremo). (Rio de Janeiro: FGV, 2011).

pubblico, ciò corrispondendo, pertanto, al 50% del totale⁸.

Per quanto concerne i processi che presentano coinvolgimento di autorità amministrative, l'insoddisfazione affiora da tutte le parti. Gli interessati lamentano i ritardi nella decisione l'assenza di qualsivoglia effettività nelle decisioni giudiziali, specialmente per quanto attiene alla loro qualità e all'esecuzione forzata di determinazioni e misure cautelari contro autorità pubbliche. Dal canto loro, le autorità lamentano che i giudici interferirebbero indebitamente nei poteri discrezionali, ledendo in siffatta maniera il principio di separazione dei poteri, ed, inoltre, affermano che essi tenderebbero a proferire decisioni giudiziali senza considerare che le autorità amministrative debbono ottemperare al principio di trattamento equo ed egualitario in relazione a tutti gli interessati, anche qualora non si tratti dell'attore⁹.

1.2 I tentativi, falliti, diretti a ridurre l'eccesso di litigiosità dinanzi ai tribunali

Quale risposta a questi motivi di insoddisfazione si propongono la copertura di posti per nuovi giudici e funzionari pubblici, programmi di formazione e qualificazione, l'ampliamento di installazioni materiali (tra le quali le sedi) e, più recentemente, i sistemi elettronici, promuovendo una tendenza all'introduzione di strumenti virtuali nei processi e negli atti processuali¹⁰. In parallelo, il legislatore è frequentemente chiamato ad adeguare le norme processuali relative alle controversie, specialmente ove coinvolgano il diritto pubblico o controparti pubbliche. Si sottolinea, infine, che si parte dalla premessa per cui il problema fa capo al sistema giudiziario vigente, per quanto concerne la sua organizzazione e le normative processuali corrispondenti.

Invano.

Nel 2012, l'importo complessivo delle spese del Potere Giudiziario è stato di, approssimativamente, R\$ 57,2 miliardi, con un incremento pari al 7,2% rispetto all'anno precedente. Proporzionalmente, le spese crescono in maniera maggiormente accentuata rispetto alla litigiosità. Mentre le spese sono aumentate del 24,7% tra il 2009 e il 2012, per quanto attiene alla litigiosità si è registrato il

⁸ Tribunale Superiore di Giustizia del Brasile (*Superior Tribunal de Justiça*). *Processos submetidos ao rito dos Recursos Repetitivos do STJ* (Processi sottoposti al rito dei Ricorsi Ripetitivi del STJ).

⁹ Cfr. Equipe ADV, "SUS: interferência de juízes na saúde gera divergências" (l'interferenza di giudici nella sanità dà luogo a divergenze). COAD, 27 aprile 2009.

¹⁰ Consultor Jurídico (CONJUR). "CNJ disponibiliza manuais ensinando a usar o PJe" (CNJ rende disponibili manuali che insegnano a utilizzare il PJe). *Revista Consultor Jurídico* (Rivista Consulente Giuridico), gen. 2014.

13,1% di incremento, relativamente ai nuovi casi¹¹. In termini generali, pur col rafforzamento della struttura delle corti a livello di sostegno offerto per ciò che concerne personale e materiale, si riscontra un'incapacità di dirimere le cause, proporzionalmente, in linea coi medesimi livelli di spesa a cui s'è fatto fronte¹².

Il Legislatore è alla costante ricerca dell'effettività del processo, con relativa diminuzione delle formalità, agevolazione e incremento della flessibilità dei procedimenti, estensione dei poteri facenti capo ai giudici, il che, in talune fattispecie, rende maggiormente difficoltoso l'accesso alla giustizia, mentre, in altri casi, lo amplia. Con l'obiettivo di evitare processi ripetitivi, la legislazione processuale ha, nel corso degli ultimi anni, istituito procedimenti giudiziali ispirati nel *legal precedent* della teoria dello *stare decisis*, i precedenti vincolanti (*súmula vinculante*), e nel tedesco *Musterverfahren*, il ricorso con effetto ripetitivo (*recurso com efeito repetitivo*) e il ricorso con effetto generale (*recurso com efeito geral*)¹³.

Peraltro, come si può vedere, non si ribalta il crescente quadro di controversie giudiziali. Purtroppo, si susseguono senza risultati apprezzabili da oltre un decennio i dibattiti nel Parlamento Nazionale, ovvero sin dalla riforma del Potere Giudiziario, sfociata nella Legge Costituzionale n. 45¹⁴. Lo stesso può darsi per quanto concerne le recenti modifiche apportate alla legislazione processuale.

1.3 L'origine della giurisdionalizzazione amministrativa esasperata

¹¹ Cfr. Consiglio Nazionale di Giustizia, *Justiça em números* (Giustizia in numeri): 2013 (anno base 2012).

¹² Ibid.

¹³ Di seguito, una serie di strumenti processuali istituiti recentemente al fine di evitare il fenomeno delle domande ripetitive: Precedente Vincolante (Legge n° 11.417, del 19 dicembre 2006), Giudizio immediato di inammissibilità (Art. 285-A del CPC), Giudizio per campionatura del ricorso straordinario e speciale (Art. 543-B e 543-C del CPC), Adibizione di organo indicato dallo statuto interno per il giudizio (Art. 555, comma 1º del CPC), Sospensione di sicurezza per varie ingiunzioni in casi ripetitivi (Art. 4º, comma 8º, della Legge n° 8.437, del 30 giugno 1992 e Art. 15, comma 5º, della Legge n° 12.016, del 7 agosto 2009). In merito al Precedente Vincolante, cfr. M. R. O. de SOUZA, "A relação entre precedente judicial e *súmula vinculante*". *Dissertação de bacharel em Direito* (La relazione tra precedente giudiziale e precedente vincolante. Dissertazione di laureando in Giurisprudenza). Università Statale di Maringá, Maringá, 2009. Circa il processo esemplare del diritto tedesco, cfr. H.J. BLANKE, "Demandas Repetitivas na Jurisdição Administrativa Alemã" (Domande Ripetitive nella Giurisdizione Amministrativa Tedesca) in *Seminário Demandas Repetitivas na Justiça Federal* (Seminario Domande Ripetitive nella Giustizia Federale). vol. 29, 1.ed. (Brasília: Consiglio di Giustizia Federale, 2014), 67-82.

¹⁴ Cfr. R. JANOT. "Lentidão da Justiça onera Estado e prejudica sociedade" (Lentezza della Giustizia onera lo Stato e reca pregiudizio alla società). *Revista Consultor Jurídico* (Rivista Consultante Giuridico), giu. 2014. Cfr. R. PERLINGEIRO, "Considerações sobre a reforma do Poder Judiciário" (Considerazioni sulla riforma del Potere Giudiziario). *Revista CEJ*, vol. 23 (2003): 73-76.

dinanzi ai tribunali

In effetti, considerando l'origine delle controversie, ci si rende conto che ve ne sono parecchie che avrebbero potuto essere risolte ancor prima di venire condotte in giudizio. Prendiamo in considerazione due esempi utili a comprendere la causa del fenomeno della giudizializzazione exacerbata: da una parte, le decisioni amministrative restrittive di diritti individuali, tra le quali le esecuzioni fiscali giudiziali promosse da autorità contro privati, e, dall'altra, le decisioni che vertono su richieste di un dovere di prestazione facente capo ad autorità pubbliche, come nel caso, ad esempio, di istanze giudiziali individuali contro autorità, le quali si fondano, sostanzialmente, sull'applicazione di norme (amministrative, legali, secondarie, costituzionali e convenzionali).

In Brasile, l'esecuzione di decisioni amministrative di diritto tributario è stata considerata attribuzione esclusiva dei tribunali (riserva di giurisdizione)¹⁵. Non si ammette che l'autorità stessa esegua le proprie decisioni tributarie, a dispetto della palese contraddizione che emerge, in relazione alla natura esecutoria degli atti amministrativi¹⁶.

Nonostante proposte legislative tese ad attenuare la giudizializzazione dell'esecuzione fiscale facciano sovente capolino nel Parlamento Nazionale, non ve n'è stata, sinora, alcuna che si sia mostrata in grado di produrre risultati¹⁷. Si

¹⁵ Si veda la Legge sulle Esecuzioni Fiscali (Legge nº 6.830, del 22 settembre 1980). In Argentina, con decisione del 15 giugno 2010, la Suprema Corte ha riconosciuto l'incostituzionalità dell'esecuzione amministrativa (Art. 92 e ss. della Legge di procedimento tributario / Legge argentina nº 11.683, del 13 luglio 1998), sulla base del fondamento della lesione al principio della separazione dei poteri.

¹⁶ Per quanto concerne l'autoesecutività di decisioni amministrative condannatorie al pagamento in contanti: nel diritto tedesco, comma 249 ss. del Codice Tributario Tedesco (*Abgabenordnung / AO*); in Spagna, art. 95 del Regime Giuridico delle Amministrazioni Pubbliche e del Procedimento Amministrativo Comune (della legge spagnola nº 30, del 26 novembre 1992); in Colombia, art. dal 98 al 101 del nuovo Codice di Procedimento Amministrativo e Contenzioso Amministrativo (Legge nº 1.437, del 18 gennaio 2010); Messico, art. 145 del Codice Federale Tributario; Cile, art. 3 della Legge nº 19.880, del 22 maggio 2003 sulle Basi dei Procedimenti Amministrativi; nella Repubblica Dominicana, art. 69, comma primo, del Codice Tributario; in Venezuela, all'art. 79 della Legge Organica sui Procedimenti Amministrativi.

¹⁷ Recentemente, i Progetti della Legge nº 5.080/2009 e 5.081/2009. Cfr. L. GRECO et al., "Esboço de anteprojeto de lei sobre a execução contra a Fazenda Pública" (Bozza di progetto di legge sull'esecuzione contro l'Erario Pubblico), in *Cadernos IBDP Reformas Legislativas* (Quaderni IBDP Riforme Legislative), org. da Petrônio Calmon Filho, vol. 5 (Brasília: Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, 2008), 65-66. Si comprende "processo amministrativo extra-giudiziale" come un processo difronte autorità amministrative con funzione giurisdizionale;

teme che l'attuale mancanza di una struttura istituzionale atta a promuovere un processo amministrativo extragiudiziale effettivo¹⁸ finisce per dar luogo a un incremento delle impugnazioni giudiziali¹⁹.

Il risultato di questo problema è che nel 2012, si registravano 25 milioni di esecuzioni fiscali pendenti nelle corti brasiliane, ciò corrispondendo al 39,9% di tutti i processi in corso²⁰.

Per quanto attiene al secondo esempio, riguardante le istanze individuali fondate sull'applicazione o interpretazione delle norme (amministrative, legali, secondarie, costituzionali e convenzionali), è comune che gli interessati sentano dire, presso i vari sportelli delle autorità amministrative, che le loro pretese sono legittime, e che certamente, intentando processo giudiziale, ne usciranno vinti, sebbene, direttamente, quella stessa autorità non decida da dar soddisfazione alla pretesa.

Ciò si spiega in quanto le autorità non sentono di godere dell'indipendenza necessaria a mettere in pratica l'attuale nozione del principio di legalità (impero della legge), che non si limita più alla sottomissione ad una legge in senso stretto, estendendosi a principi e norme costituzionali e convenzionali di non univoca interpretazione ed identificazione²¹.

“processo amministrativo giudiziale”, come un processo di fronte tribunali con funzione giurisdizionale; e “procedimento amministrativo”, condotto da autorità amministrative senza funzione giurisdizionale.

¹⁸ Si comprende “processo amministrativo extragiudiziale” come un processo difronte autorità amministrative con funzione giurisdizionale; “processo amministrativo giudiziale”, come un processo difronte tribunali con funzione giurisdizionale; e “procedimento amministrativo”, condotto da autorità amministrative senza funzione giurisdizionale.

¹⁹ M. de VASCONCELLOS, "Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz" (Ministri del STJ sono contrari all'esecuzione fiscale senza giudice). *Revista Consultor Jurídico* (Rivista Consulente Giuridico), 8 giu. 2012. Si veda, altresì, Fernanda Duarte, "A execução é uma questão de justiça?" (L'esecuzione è una questione di giustizia?). *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* (Rivista della Sezione Giudiziaria di Rio de Janeiro), vol. 13 (Rio de Janeiro, 2005): 45-58. Cfr. inoltre: Maria Fernanda Erdelyi, "Proposta de execução fiscal da Fazenda é alvo de críticas" (Proposta di esecuzione fiscale del Tesoro è bersaglio di critiche). *Revista Consultor Jurídico* (Rivista Consulente Giuridico), nov. 2007.

²⁰ Si veda: Consiglio Nazionale di Giustizia, *Justiça em números: 2013* (ano base 2012).

²¹ Cfr. R. PERLINGEIRO, "A codificação do direito à informação na América Latina" (La codificazione del diritto all'informazione in America Latina). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A & C*, anno 14, n. 56 (Belo Horizonte: Editora Forum, apr./giu. 2014), 209-227. Analizzando il tema, Restrepo giunge alla conclusione per cui «a partire dalla magnitudine del congestionamento della giurisdizione amministrativa, si può stabilire che, in essa, le disfunzioni nella transizione e nella definizione dei procedimenti amministrativi hanno un peso significativo, principalmente in ragione dell'assenza di un'applicazione integrata dei principi costituzionali che definiscono l'esercizio della funzione amministrativa e della mancata applicazione di regole semantiche chiare nella redazione degli atti amministrativi» (RESTREPO MEDINA, "Incidencia de

Dinanzi all'illegittimità di una decisione amministrativa ovvero all'incostituzionalità di una legge o al suo contrasto con convenzioni costituzionali o comunque imperative, l'autorità amministrativa preferisce venire condannata dall'autorità giudiziaria anziché assumere la responsabilità di dare applicazione diretta e immediata alle norme superiori o agire rimuovendo la decisione illegittima. Fatte salve le esecuzioni fiscali, sono queste le domande che rappresentano la maggior parte delle istanze giudiziali ripetitive di diritto pubblico.

1.4 Obiettivi proposti

Alla luce delle questioni menzionate, appare realmente opportuno che la ricerca di soluzioni per l'eccesso di giudizializzazione smetta di avere quale fulcro e centro dell'attenzione il sistema giudiziario, dovendosi invece rivolgere alla struttura delle autorità amministrative, in modo che queste ultime godano di legittimazione e dei poteri necessari a garantire la tutela di diritti fondamentali. È questo il proposito che mi prefiggo per quanto riguarda il presente testo.

A tal fine, in queste pagine, mi occuperò del disegno istituzionale e processuale del sistema che richiederebbe, in Brasile, a una giurisdizione amministrativa, sia nella fase preparatoria delle decisioni amministrative che in quella successiva, innanzi ad autorità e corti, avendo quale riferimento i *Five Models of Administrative Adjudication* di Michael Asimow²².

2. Decisioni amministrative sottoposte a un *due process of law*?

L'Art. 5, LIV e LV della Costituzione Federale del 1988 ha innovato, l'ordinamento giuridico brasiliano, con l'introduzione della clausola del *due process of law*, applicabile non più solamente ai processi (giudiziari), come si deduce, *in verbis*: «nessuno sarà privato della libertà o dei propri beni senza che vi sia *due process*

las disfunciones de los procedimientos administrativos en la congestión de la justicia administrativa colombiana: análisis y propuestas de solución" (L'incidenza del cattivo funzionamento dei procedimenti amministrativi nella congestione della giustizia amministrativa colombiana: analisi e proposte di soluzione), in *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas* (Sistemi di garanzie dei cittadini difronte alle amministrazioni pubbliche), coordinato da Pulito; RESTREPO MEDINA (Madrid: Iustel, 2010), 38-39, 51)).

²² M. ASIMOW, "Five Models of Administrative Adjudication". *Forthcoming* vol. 63, *American Journal of Comparative Law* (2015).

of law, e ai litiganti, in campo processuale (giudiziale) o processuale-amministrativo extragiudiziale²³, e in generale a tutti gli imputati, vengono assicurati il contraddittorio e l'ampia difesa, coi mezzi e le risorse ad essa inerenti»²⁴.

La legge generale sui *processi amministrativi* (exragiudiziali), legge n. 9.784 del 1999, esplicita le garanzie del *due process of law* applicabili alle decisioni: diritto di petizione e diritto di difesa; diritto al contraddittorio; diritto al doppio grado di giurisdizione; diritto alla difesa tecnica e diritto alla gratuità; principio dell'informalità; principio dell'ufficialità; principio della buonafede processuale; principio di imparzialità; e principio della durata per tempo ragionevole, legittimato a sua volta da expressa previsione costituzionale (art. 5º LXXVIII).

Tuttavia, a dispetto del riconoscimento del principio di imparzialità, non esiste, all'interno della legislazione brasiliana, la previsione di prerogative personali e istituzionali che garantiscano una certa dose di indipendenza alle autorità pubbliche e ai suoi agenti, nel momento in cui vengono investiti della funzione di dirimere *processi amministrativi* (exragiudiziali).

La portata di un *due process of law* nel procedimento amministrativo, precedente ed indipendente dall'eventuale processo giurisdizionale, non è forse stata sufficientemente soppesata dal diritto amministrativo brasiliano. In rottura di collisione con la cultura europea-continentale dei *procedimenti amministrativi*, radicati in sistemi giudiziali dalla doppia giurisdizione, la Costituzione brasiliana, così come il diritto statunitense, ha imposto un *processo* (exragiudiziale) in campo amministrativo, che funge da premessa per una giurisdizione nella sfera amministrativa (exragiudiziale) che negli USA, peraltro, convive con un *judicial review* limitato e con un sistema giudiziale di giurisdizione unica²⁵.

²³ Sopra le espressioni “processo amministrativo giudiziale” e “processo amministrativo exragiudiziale” e “procedimento amministrativo” vedere la spiegazione nella nota 18.

²⁴ Circa il vincolo indissolubile intercorrente tra la clausola del *due process of law* e il diritto al contraddittorio e all'ampia difesa nel processo amministrativo (exragiudiziale), cfr. O. MEDAUAR, *A processualidade no direito administrativo* (La processualità nel diritto amministrativo). 2.ed. (San Paolo: Malheiros, 2008), 83.

²⁵ Si veda, a tal proposito, ASIMOW, "Five Models of Administrative Adjudication". CASSAGNE allerta circa la gravità dell'errore iniziale di interpretazione riguardo alla portata delle fonti costituzionali e rispettive basi storiche, per quanto attiene al sistema giudiziale unico nei Paesi ibero-americani, in relazione al modello nordamericano (J. CASSAGNE, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Madrid: MarcialPons, 2009), 71).

3. Due process of law rispetto alle decisioni amministrative?

Il *processo (extragiudiziale)* a cui la Costituzione brasiliana fa riferimento dev'essere previo alla decisione amministrativa²⁶, non essendo sufficiente che si manifesti mediante l'interposizione di un ricorso o di una richiesta di riesame²⁷. È quanto si deduce dall'idea di *due process of law*, che comprende, tra l'altro, il diritto ad una seconda istanza²⁸.

²⁶ A tal proposito, cfr. Corte Suprema Federale del Brasile (Supremo Tribunal Federal - STF), RE 594.296/MG (sentenza del 21 settembre 2011); Corte Suprema Federale del Brasile, RE 674.663/SP (sentenza del 28 agosto 2012); Corte Suprema Federale del Brasile, RE 469.247/MG (sentenza del 17 febbraio 2012). Il precedente più datato del Corte Suprema Federale del Brasile è il RE 22.961/DF (sentenza del 3 settembre 1953), e tratta del funzionario a tempo determinato assunto a mezzo concorso. La determinazione sancisce che non ne è possibile il licenziamento senza che vi sia previo procedimento amministrativo. Il caso è stato giudicato nel 1953.

²⁷ Nel RMS 31.661/DF (sentenza del 10 dicembre 2013), il Corte Suprema Federale del Brasile ha invalidato l'atto amministrativo che aveva sospeso beneficio di impresa in quanto non era stato osservato procedimento amministrativo previo, non supplendosi all'illegittimità attraverso la possibilità di ricorso. Dal voto proferito dal relatore, Min. G. MENDES: «[...] In altre parole, non soddisfa il diritto di difesa della parte ricorrente la mera opportunità di impugnare, mediante ricorso, l'atto che ha annullato un beneficio precedentemente concessole, nemmeno qualora a ciò si aggiunga l'esame, attento ed esauriente, delle ragioni della difesa, presentate in occasione di questa impugnativa».

²⁸ Cfr. C. L. A. ROCHA, "Princípios Constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro" (Principi Costituzionali del processo amministrativo nel Diritto brasiliano). *Revista de Informação Legislativa* (Rivista di Informazione Legislativa), vol. 34, n. 136 (ott./dic. 1997), 22. Si veda altresì Corte Suprema Federale del Brasile, RMS 26.029/DF (sentenza del 11 marzo 2014). Nella stessa direzione: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 1^a Regione (Tribunal Regional Federal da 1^a Região-TRF1), AMS 2003.32.00.001789-6/AM (pubblicato il 14 dicembre 2007); Tribunale Regionale Federale brasiliano della 1^a Regione, REO 1998.01.00.040163-2/RR (pubblicato il 24 marzo 2000); Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2^a Regione (Tribunal Regional Federal da 2^a Região-TRF2), APELRE 447594 (pubblicato il 21 agosto 2009); Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2^a Regione, AMS 9102079615 (pubblicato il 25 novembre 1993). Peraltro, ammettendo il diritto al doppio grado esclusivamente nei processi giudiziari con doppio grado di giurisdizione (in un processo penale), quale corollario del giusto processo, si vedano i seguenti precedenti della Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Caso Oscar Enrique Barreto Leira v. Venezuela* (sentenza del 17 novembre 2009); Commissione Interamericana dei Diritti Umani, *Caso Reinaldo Figueiredo Planchart v. Venezuela* (sentenza del 13 aprile 2000). Sul diritto a un ricorso contro decisione condannatoria (che abbia sovvertito una decisione di assoluzione), non trattandosi solamente del diritto a una doppia istanza, si veda il *Caso Carlos Alberto Mohamed v. Argentina* (sentenza del 23 novembre 2012): «la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolvatoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención».

Inoltre, i vantaggi di un processo (exagliudiziale) previo alla adozione della decisione sostanziale appaiono evidenti: tra le altre cose, si sottolinea la diminuzione di impugnazioni *a posteriori* nella misura in cui le decisioni amministrative sorgono già dopo che si siano affrontate le argomentazioni degli interessati.

Mi riferisco alle decisioni amministrative restrittive di diritti individuali, per cui il “processo” (exagliudiziale) viene instaurato d’ufficio da parte dell’autorità, diversamente da quanto accade nel caso delle decisioni adottate nell’ambito di un’istanza amministrativa di prestazione amministrativa, su iniziativa dell’interessato, in cui il conflitto si instaura esclusivamente nell’eventualità di una decisione che gli causi gravame.

Tuttavia, non trattandosi di una regola chiaramente sancita a livello legislativo, la giurisprudenza brasiliana tende ad assumere un orientamento opposto, ovvero quello favorevole a una convalida giudiziale degli errori *processuali* della sfera amministrativa (exagliudiziale), accontentandosi della tesi secondo la quale gli interessati o le autorità pubbliche possono sopperire ad essi qualora vi sia l’opportunità di agire o di difendersi giudizialmente²⁹.

In effetti, relegare il processo alla tappa successiva a quella della decisione amministrativa sarebbe maggiormente comprensibile in un sistema di *procedimenti* amministrativi, in cui si verificherebbe una delle due situazioni tratteggiate di seguito: (i) o il procedimento non si indirizzata alla risoluzione di conflitti tra interessi individuali e interessi pubblici (come nella fase iniziale di istanza avente ad oggetto un dovere di prestazione, istanza, questa, che può essere concessa), (ii) o, benché il procedimento faccia riferimento ad una situazione litigiosa *ab initio* (come nel caso di procedimenti destinati a una qualsiasi decisione restrittiva), o che sia divenuta litigiosa (come nella fase successiva alla decisione, in una richiesta amministrativa), si manifesta quale procedimento dotato di natura essenzialmente inquisitoria, senza che vi sia un impegno pieno rispetto alle garanzie del *due process of law* e, in ragion di ciò, senza che lo si possa considerare intriso di qualsivoglia vocazione giurisdizionale, come è invece tipico del diritto amministrativo europeo continentale.

²⁹ Si veda Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2^a Regione, AC 2003.51.03.002508-3 (sentenza del 16 dicembre 2008): «[...] benché la sentenza e, ora, la decisione aggravata abbiano riconosciuto irregolarità nell’atto amministrativo che ha raddoppiato gli alimenti da versare alla compagna, per ciò che afferisce alla mancanza di notifica alla vedova, detta irregolarità è stata pienamente superata nel passare attraverso l’investigazione condotta dal Potere Giudiziario, non sussistendo pertanto qualsivoglia impedimento alla convalida del suddetto atto».

A proposito, l'attribuzione di effetto sospensivo automatico all'impugnazione delle decisioni amministrative restrittive di diritti individuali e la “riserva giudiziale” per la loro esecutività, possono essere associate a un'alternativa alla mancanza di *processo* amministrativo (exagliudiziale) previo alle decisioni amministrative in taluni sistemi europei fondati sul regime dei procedimenti amministrativi, così come in alcuni sistemi latino-americani³⁰.

³⁰ Circa l'effetto sospensivo automatico delle decisioni amministrative mediante azione giudiziale, si veda l'art. 47 del Codice Modello Euro-American di Giurisdizione Amministrativa (R. PERLINGEIRO & K.P. SOMMERMANN, *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions* (Codice Modello Euro-American di Giurisdizione Amministrativa). (Niterói: Editora da UFF, lug. 2014)). Nel diritto amministrativo brasiliano, costituiscono esempi di effetto sospensivo automatico, mediante impugnazione amministrativa (stragiudiziale): Art. 33 a 56 del Decreto n° 70.235, del 6 marzo 1972 (Processo Amministrativo Tributario); Art. 33 e 48 della Legge n° 8.443, del 16 luglio 1992 (Legge Organica del Tribunale dei Conti dell'Unione); Art. 109, comma 2º della Legge n° 8.666, del 21 giugno 1993 (Legge sulla gara d'appalto); Art. 128, comma 2º del Decreto n° 6.514, del 22 luglio 2008 (Processo Amministrativo Federale Ambientale); Art. 202-B, 308, 337, comma 13º del Decreto n° 3.048, del 6 maggio 1999 (Regolamento della Previdenza Sociale); Art. 21-A, comma 2º della Legge n° 8.213, del 24 luglio 1991 (Piani di Benefici della Previdenza Sociale); Art. 212, comma 1º della Legge n° 9279, del 14 maggio 1996 (Proprietà Industriale). Sulla riserva giudiziaria per quel che attiene all'esecutività delle decisioni amministrative, si rimanda all'art. 19, comma unico, del Codice Modello dei Processi Amministrativi – Giudiziale e Stragiudiziale – per l'Ibero-America (Grinover et al., "Codice Modello dei Processi Amministrativi", 360-383). Esempi di “riserva giudiziaria” quale condizione per l'esecutività delle decisioni amministrative: (i) esecuzione fiscale (Legge n° 6.830); (ii) ispezione domiciliare (Art. 5º XI della Costituzione brasiliana); (iii) intercettazione telefonica: la giurisprudenza distingue l'intercettazione telefonica dalla violazione della riservatezza di dati telefonici. Solo l'intercettazione si inquadrebbe nell'ambito della riserva di giurisdizione. La violazione della riservatezza di dati telefonici sarebbe possibile via CPI (Corte Suprema Federale del Brasile, MS 23.639, sentenza del 16 novembre 2000); (iv) violazione della riservatezza di dati bancari e finanziari (Art. 5º X e XII della Costituzione brasiliana): la giurisprudenza maggioritaria ritiene che solo il Potere Giudiziario e le Commissioni Parlamentari possano violare la riservatezza di dati bancari e finanziari (Corte Suprema Federale del Brasile, MS 22.801, sentenza del 17 dicembre 2007). Tuttavia, l'art. 7º della Legge n° 8.021, del 12 aprile 1990 e l'art. 6º della Legge Complementare n° 105, del 10 gennaio 2001 ammettono l'accesso, da parte dell'autorità amministrativa, ai dati degli amministrati. Processi riferentisi alla questione in oggetto sono: Corte Suprema Federale del Brasile, Ripercussione Generale nel RE 601.314 (sentenza del 22 ottobre 2009); Corte Suprema Federale del Brasile, ADI 2.390 (sentenza del 24 febbraio 2016); (v) la demolizione per violazione delle norme ambientali è prevista all'art. 19 del Decreto n° 6.514, del 12 luglio 2008. Sulla base della disposizione legale dell'articolo, la sanzione della demolizione sarebbe lautoeseguibile, osservandosi il diritto al contraddittorio e all'ampia difesa. Peraltro, in caso di rischio imminente di aggravio del danno ambientale, o qualora sussistano gravi rischi per la salute, la demolizione potrebbe avere luogo all'atto dell'ispezione (Art. 112 del Decreto n° 6.514). Ai sensi del disposto del comma 3º dell'art. 112, la demolizione durante il controllo non potrebbe essere operata su edificazioni residenziali. Per tale ragione, il Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile (Superior Tribunal de Justiça-STJ) ha ritenuto esservi riserva giudiziale Resp 1.217.234 (sentenza del 11 agosto 2013). Nell'ambito del giudizio del Resp 1.246.443/PR (sentenza del 23 agosto 2011), è stata riconosciuta la controversia inerente all'autoesecutività dell'atto amministrativo per demolizione di immobili e, perciò, si è ammesso l'interesse ad agire da parte dell'Amministrazione nel senso di dar seguito all'azione giudiziale in cui è stata richiesta la demolizione dello stabile (Superiore Tribunale di

4. Le autorità competenti e le successive fasi processuali extragiudiziali (processi dinanzi autorità amministrative con funzione giurisdizionale)

In un processo (extragiudiziale) destinato alla preparazione di decisioni amministrative restrittive di diritti, l'autorità amministrativa non dovrà attuare simultaneamente da entrambe le parti, accusa e giudizio. Si tratta della stessa logica del diritto processuale penale: il giudice che investiga sarà affetto da una certa parzialità nel dirimere la causa³¹.

Peraltro, in assenza di una legge che disciplini la questione, le autorità amministrative brasiliane continuano ad accumulare funzioni investigative e decisionali³². Al cospetto di un *processo* (extragiudiziale) amministrativo, dotato delle

Giustizia del Brasile, Resp 1.246.443, sentenza del 23 agosto 2011); (vi) disoccupazione di immobile occupato irregolarmente: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 4ª Regione (Tribunal Regional Federal da 4ª Região-TRF4), Appello in MS 96.04.62285-4, sentenza del 1 dicembre 1997). In senso inverso: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 5ª Regione (Tribunal Regional Federal da 5ª Região-TRF5), AC 200584000065869 (sentenza del 8 novembre 2005); (vii) sequestro di veicolo e merci, venendo meno la riserva giudiziale previa: Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, Recurso Especial 1.104.775/RS (sentenza del 24 giugno 2009). Nella stessa direzione: Corte Suprema Federale del Brasile, ADI 395 (sentenza del 17 maggio 2007).

³¹ L.F. GOMES, "Juiz que investiga não pode julgar" (Giudice che investiga non può giudicare). *JusBrasil*. 2010.

³² Alcuni esempi di come la questione sta essendo analizzata dalla giurisprudenza brasiliana: (i) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 17.231/RS (sentenza del 20 novembre 2013). Si trattava di procedimento amministrativo ispettivo contro giudice federale. Il magistrato che aveva sottoscritto la decisione iniziale proponendo l'instaurazione del processo amministrativo nella condizione di Investigatore si è dichiarato sospetto per partecipare al rispettivo giudizio, giacché si troverebbe in quel caso ad esercitare, in una certa maniera, un doppio ruolo: quello consistente nell' "accusare" e quello consistente nel "giudicare". Ha, esso, messo in risalto che «a quanto pare, potrebbe esservi vizio di nullità qualora avesse preso parte al giudizio». Anzi, è opportuno sottolineare che la Risoluzione nº 135, del 13 luglio 2011, del Consiglio Nazionale di Giustizia, disponendo in merito all'uniformizzazione di norme relative al procedimento amministrativo disciplinare applicabile ai magistrati, circa il rito e le penalità, ha sancito all'art. 14, comma 8º: «Non potrà essere relatore il magistrato che abbia diretto il procedimento preparatorio, benché non sia più l'Investigatore». Peraltro, il semplice fatto di non essere più relatore non risolve, in sé, la questione, dal momento che pure il relatore giudica. (ii) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 14.959/DF (sentenza del 23 febbraio 2011). Il relatore ha statuito che «il processo amministrativo sfociato nel licenziamento dell'attore è stato instaurato in ragione delle denunce fatte dall'allora Deputato Statale Carlos Minc, e la sua pena è stata applicata dall'autorità massima dell'organo, Ministro dell'Ambiente, che, all'epoca del secondo procedimento amministrativo, era esercitato dal denunciante. (...) A dispetto delle adduzioni secondo le quali l'autorità avrebbe agito attenendosi al principio di imparzialità nell'emettere ingiunzione di licenziamento, i fatti dimostrano, come minimo, l'esistenza di impedimento diretto facente capo all'autorità giudicante nel procedimento amministrativo disciplinare, così come le sue manifestazioni hanno evidenziato interesse per il risultato del giudizio». (iii) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 14.958/DF (sentenza del 12 maggio 2010).

garanzie del *due process of law*, si imputa tale inconsistenza alla tendenza del diritto brasiliano a vincolarsi ad un *procedimento* amministrativo inquisitorio, tipicamente europeo continentale, la cui tradizione rimette al sistema della doppia giurisdizione del periodo dell'Impero, che pare sfidare la Costituzione del 1988.

In merito alla richiesta di riesame della decisione amministrativa iniziale, il suo apprezzamento farà capo al medesimo rappresentante dell'autorità che l'ha adottata³³. In effetti, l'istanza di riesame non configura un ricorso *stricto sensu* e, perciò, almeno in linea di principio, si stabilisce che venga definita dallo stesso rappresentante che aveva adottato la decisione impugnata. L'eccezione sarebbe costituita dalle decisioni adottate a fronte di richiesta di un dovere di prestazione, in cui la statuizione iniziale, qualora sia di diniego, rappresenta lo spartiacque del conflitto tra interesse privato e interesse pubblico. In questo caso, la richiesta di riesame parrebbe una pretesa che dovrebbe essere definita da un'autorità o dal rappresentante di autorità che fosse realmente autonomo rispetto a colui che aveva proferito la prima decisione.

Per quel che concerne i ricorsi propriamente contro le decisioni amministrative o quelle adottate a fonte di richieste di riesame, vengono condotti in ambito interno dalla stessa autorità, da parte di un rappresentante diverso da quello che aveva deciso originariamente, intercorrendo tra di loro, peraltro, una relazione di gerarchia disciplinare³⁴. Un ricorso significa una nuova *chance* e, allora, si dovrebbe rimandare la domanda ad un'altra istanza, in modo che il ricorso stesso fosse trattato e giudicato da autorità, o rappresentante di autorità, autonomi in relazione a colui che aveva deciso in prima battuta.

5. Il processo amministrativo (exagliudiziale) previo alle domande giudiziali individuali

La tutela giudiziale di diritti nei confronti delle autorità amministrative è assicurata dall'art. 5º XXXV della Costituzione, *in verbis*: «da legge non escluderà dalla sfera di apprezzamento del Potere Giudiziario lesione o minaccia a diritto».

Tale clausola costituzionale viene interpretata nel senso secondo cui potrebbe non esservi un *processo* amministrativo (exagliudiziale) quale condizione per una domanda giudiziale³⁵.

³³ Art. 56, comma 1, della Legge n° 9.784, del 29 gennaio 1999.

³⁴ Art. 56, comma 1, della Legge n° 9.784/99.

³⁵ Sulla richiesta amministrativa previa, si rimanda all'esaurito lavoro svolto da I.S. D'ALESSANDRI FORTI, in FORTI, "Acesso desnecessário ao poder judiciário como óbice ao acesso à justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da administração pública

È, però, necessario evitare di confondere “processo amministrativo (extra-
giudiziale) previo” con “richiesta amministrativa previa”³⁶.

Al contrario delle relazioni di diritto privato che coinvolgono l’Amministrazione, nel campo del diritto pubblico è obbligatoria una istanza amministrativa previa per poter intentare domanda giudiziale riferentesi a determinati doveri di prestazione facenti capo alle autorità.

Sono esempi di situazioni in cui la richiesta previa diviene obbligatoria: diritti di partecipazione per l’accesso a incarichi, beni e servizi pubblici; diritti del lavoratore (funzionario pubblico), diritti sociali, quali salute, dimora e benefici previdenziali; diritti il cui esercizio, in forza di legge, dipende da licenza o autorizzazione del potere pubblico (licenza ambientale, costruzione, consigli professionali).

In linea generale, diritti che, per poter essere rivendicati giudizialmente, dipendono da una previa richiesta, sono quelli il cui esercizio risulta condizionato alla dimostrazione di fatti che si trovano alla portata, e all’interno della sfera di disponibilità dell’interessato, e che implicano un dovere di prestazione istituito in virtù e sulla base di decisioni amministrative.

Pertanto, la richiesta amministrativa è uno strumento degli elementi costitutivi del diritto individuale stesso, in modo che una eventuale controversia o lesione al diritto verrebbe in essere solo a seguito di determinazione amministrativa di diniego nei confronti della richiesta fatta pervenire, o dinanzi a un comportamento dell’autorità amministrativa esplicante medesimo effetto pratico di un diniego.

A proposito, costituiscono condotte equiparabili a un diniego: (i) una richiesta amministrativa che permanga priva di riscontro entro tempi ragionevoli³⁷,

para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores” (Accesso non necessario al potere giudiziario quale impedimento all’accesso alla giustizia: la (im)prescindibilità della richiesta previa nei confronti della Pubblica Amministrazione per la caratterizzazione dell’interesse processuale ad agire, secondo la visione dei tribunali superiori). Dissertazione (Laurea Magistrale in Diritto Processuale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università dello Stato di Rio de Janeiro, Prestato in agosto 2011.

³⁶ Si veda Corte Suprema Federale del Brasile, RE 631.240/MG (sentenza del 3 settembre 2014).

³⁷ Circa l’inosservanza di un termine ragionevole equiparata a diniego della richiesta e apertura della via del ricorso o di quella giudiziale, si veda l’art. 8º III del Codice Modello dei Processi Amministrativi (Giudiziale e Stragiudiziale) per l’Ibero-America (Ada Pelegrini Grinover et al. *Revista Eletrônica de Direito Processual* – Rivista Elettronica di Diritto Processuale, vol. X, n. 10, Rio de Janeiro (2012), 360-383). Nello stesso senso, FORTI, “Acesso desnecessário ao poder judiciário como óbice ao acesso à justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da administração pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores”, «[...] i termini fissati in legge per la conclusione dei procedimenti ammini-

strativi sono ragionevolmente stretti - certamente più del tempo medio impiegato per l'espletamento di un processo - e, qualora il termine scada senza che vi sia un qualsivoglia riscontro, ciò rappresenterà, già di per sé stesso, violazione del diritto dell'amministrato, per cui quest'ultimo risulterà autorizzato ad adire legittimamente le vie giudiziali». Sugli effetti dell'omissione amministrativa, non solo effetti negativi (equiparando l'omissione a una decisione di diniego), ma anche effetti positivi, con annotazioni relative al diritto comparato: a questo proposito, cfr. A. SADDY, *Silêncio administrativo no direito brasileiro* (Silenzio amministrativo nel diritto brasiliano). 1.ed. (Rio de Janeiro: Forense, 2013), 249. Si veda inoltre D. H. ACHEM, "Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo" (Procedimenti amministrativi rivendicativi di diritti sociali: dovere di decidere entro un termine ragionevole vs. silenzio amministrativo). *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C* (Rivista di Diritto Amministrativo & Costituzionale – A&C), anno 14, n. 56, (Belo Horizonte: Editora Fórum, apr./giu. 2014), 147-175. In una prospettiva distinta in relazione alle lungaggini del procedimento amministrativo instaurato d'ufficio per imporre misure restrittive di diritti individuali, si veda (i) Corte Suprema Federale del Brasile, MS 28.003/DF (sentenza del 8 febbraio 2012), riguardo al procedimento amministrativo disciplinare contro un giudice, «in questo contesto, il CNJ può fissare un termine non inferiore a quello legalmente previsto, di 140 giorni [60 giorni (Art. 152 della Legge nº 8.112) + 60 giorni (Art. 152 della Legge nº 8.112, che ammette la possibilità di proroga del termine per la conclusione del PAD) + 20 giorni (termine entro il quale l'amministratore competente è tenuto a dirimere il PAD, *ex vi* dell'art. 167 della Legge nº 8.112)], entro cui gli Ispettorati locali debbono appurare i fatti giunti a conoscenza dell'organo stesso, avocando a sé le fattispecie in caso di inosservanza immotivata del lasso temporale; senza qualsivoglia pregiudizio per l'accertamento della responsabilità dell'organo di controllo locale; b) Protrarsi non ragionevole nella conduzione, da parte del tribunale locale, di processo amministrativo, con rischio di prescrizione; c) Assenza di quorum per la delibera, per rimessione sulla base di legittimo sospetto, di(?) impedimenti o cariche di magistrato del Tribunale». (ii) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 13.356/DF (sentenza del 11 settembre 2013), si è sancita l'inaccettabilità del fatto che «un procedimento amministrativo rimanga sospeso per quasi 5 anni (dal 5.9.2002 al 6.3.2007) senza che la Pubblica Amministrazione porti a termine la propria attività, a pena di lesione dei principi costituzionali di ragionevolezza, efficienza e razionalità». Nell'ipotesi di specie, venne riconosciuta la prescrizione della punizione amministrativa. (iii) Il Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile ha trattato la questione della possibilità di fruizione dei crediti dell'IPI generatisi in ragione del principio di non cumulatività. Siccome non esiste previsione legale alcuna in merito all'incidenza della correzione monetaria, la giurisprudenza, di norma, non ammette qualsivoglia incidenza da parte di suddetta correzione. Peraltra, qualora l'Amministrazione dovesse tardare oltre 360 giorni, oppure dovesse opporsi al riconoscimento del credito dell'IPI in via amministrativa, risulterà ammissibile azionare il Potere Giudiziario e, in virtù del ritardo nel riconoscimento del credito, vi sarà, allora, incidenza della correzione monetaria. Il termine di 360 giorni, quale parametro, è stato ritirato dalla giurisprudenza dall'art. 24 della Legge nº 11.457, del 16 marzo 2007. Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, Aggravio Statutario nel REsp 1.343.550/PR (sentenza del 4 aprile 2013). Nello stesso senso: Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, REsp 1.138.206/RS (sentenza del 9 agosto 2010). (iv) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 13.545/DF (2008/0099246-5) (sentenza del 29 ottobre 2008) - cinque anni di indugi per addivenire al giudizio. Il Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile ha ritenuto che «[...] 3. Sebbene la Legge nº 10.059/2002, che ha disciplinato l'art. 8º dell'ADCT/88, non stabilisca un termine minimo affinché le richieste di amnistia siano apprezzate dal Ministro di Stato della Giustizia e dalla commissione che lo coadiuva, la PA non potrà avvalersi di tale omissione legislativa per prorogare indefinitamente l'esito finale di postulazioni analoghe alla presente. 4. Sulla stessa linea dell'orientamento sottoscritto dalla 3ª Sezione del Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, l'autorità che agisce coattivamente deve giudicare definitivamente la richiesta formulata dall'attore entro il termine di 30 (trenta) giorni, prorogabile per eguale periodo, a patto che ciò risulti espressamente motivato, in conformità a quanto stabilito dall'art. 49 della Legge nº 9.784, applicato in via sussidiaria». Una

anche per quanto concerne istanze urgenti; (ii) una richiesta che risulti *ab initio* inevitabilmente destinata al diniego, come nel caso di istanze contrarie all'applicazione o interpretazione di legge sancita sulla base di un orientamento emesso dall'autorità gerarchicamente superiore a quella adita, nel caso di specie³⁸.

In tale contesto, solamente a seguito di decisione di diniego opposto a istanza amministrativa, con la promozione di ricorso amministrativo (extragiudiziale), s'ammette, tecnicamente, che si parli di processo amministrativo quale mezzo di risoluzione di controversie. Sino al momento in cui non venga a configurarsi una qualsivoglia determinazione di diniego, è preferibile adottare l'espressione «procedimento amministrativo».

In senso contrario, per ciò che attiene a poteri pubblici che implicano doveri facenti capo all'interessato, le decisioni amministrative restrittive di diritti individuali debbono essere proferite nell'ambito di un processo amministrativo (extragiudiziale) che s'instaura *ex officio*. Alla stregua del processo penale, il potere “accusatorio” si presume conflittuale, e combattuto, sin dall'inizio, dall'interessato. Inoltre è, *ab initio*, dovere delle autorità quello di astenersi dal dare avvio a qualsivoglia indebita attuazione, che possa condurre alla restrizione di diritti individuali; risultano quindi impugnabili, in qualsiasi momento, da parte degli interessati, le attuazioni pregresse e preparatorie di decisioni amministrative, restrittive dei loro diritti.

Si sa che è data facoltà agli interessati di far valere le proprie ragioni, in contrapposizione all'azione amministrativa, a mezzo di una duplice via processuale, ciò configurando, peraltro, due strumenti giuridici autonomi e distinti: esi-

volta di più, il Giudiziario non ha definito la questione di fondo, avendo invece obbligato l'Amministrazione a decidere. (v) Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, MS 15.598/DF (sentenza del 28 settembre 2011). L'istanza si pone, quale obiettivo, quello di sanare l'omissione del Ministro di Stato della Giustizia in merito all'emissione del decreto ingiuntivo, sancendo il diritto, facente capo all'attore, di ottenere indennizzo economico, sulla base di un piano di rate mensili, permanente e continuativo, originato dalla sua condizione di beneficiario di pensione da amnistia politica: «[...] Sulla base dei precedenti del Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, s'impone la concessione della certezza al fine di determinare che l'autorità che agisce coattivamente proferisca, entro il termine di 60 (sessanta) giorni, decisione nell'ambito del procedimento amministrativo della parte attrice, ai sensi del diritto».

³⁸ CASSAGNE mette in risalto la decisione, alquanto paradigmatica, della Sala Costituzionale della Corte Suprema di Giustizia della Costarica, nell'ambito del caso “Fonseca Ledesma”, in cui il ricorso amministrativo previo è equiparato ad una pretesa consistente nel voler “estrarre acqua da un pozzo vuoto”, nella misura in cui gli organi superiori difficilmente vengono a modificare le decisioni provenienti da organi di rango inferiore (J.C. CASSAGNE, “El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia”, in *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, org. da P. ABERASTURY; H.J. BLANKE (Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 2012), 75).

ste, infatti, la possibilità di agire innanzi all'autorità amministrativa stessa, attraverso il processo amministrativo (exagliudiziale); l'alternativa è, invece, quella di adire un tribunale, muovendo pertanto il Potere Giudiziario, dando il via a un processo (giudiziale).

L'accesso alle corti per esaurimento previo del processo amministrativo (exagliudiziale) dev'essere considerato una mera facoltà facente capo all'interessato. Tuttavia, benché detta facoltà venga esercitata, s'ammette l'accesso alla giustizia ogniqualvolta dovessero sorgere situazioni equiparabili a un diniego anticipato di domanda individuale: l'inosservanza della durata del processo (exagliudiziale) entro i limiti di una tempistica ragionevole, e una domanda individuale dall'effetto giuridico preteso che trascenda i poteri decisionali dell'autorità.

6. Il processo amministrativo (exagliudiziale) previo e le domande giudizionali delle autorità

Per quanto concerne la proponibilità di domande giudiziali da parte dell'autorità, nell'ambito del diritto pubblico, non vi dovrebbe, in linea di principio, essere qualsivoglia interesse ad agire per instaurare un giudizio, ciò perché le azioni poste in essere dalle autorità pubbliche, precedute da processo amministrativo (exagliudiziale), hanno quale proprio attributo quello d'essere autoesecutive³⁹.

³⁹ Sull'autoesecutività amministrativa, e circa l'assenza di azione giudiziale da parte delle autorità (mancanza di interesse ad agire giudizialmente), si veda: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 5^a Regione, Appello Civile n° AC520230 (sentenza del 26 luglio 2012); AC470464/PB (sentenza del 24 agosto 2013); AC 533.100/RN (sentenza del 24 aprile 2012); AC 502.241/RN (sentenza del 8 febbraio 2011); AC 381.740/PB (sentenza del 1 dicembre 2011); AC 485.785/PE (sentenza del 19 novembre 2009); AC 542.694/PB (sentenza del 26 giugno 2012). Si veda, altresì: Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2^a Regione, APELRE 483.998 (sentenza del 27 settembre 2010); Tribunale Regionale Federale brasiliano della 5^a Regione, AC 292.304/PB (sentenza del 15 dicembre 2003) e Tribunale Regionale Federale brasiliano della 4^a Regione, AC 200970080005827 (sentenza del 16 dicembre 2009). Peraltra, in senso contrario, suffragando la tesi della persistenza dell'interesse processuale, appare opportuno mettere in risalto il giudizio del Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, REsp 859.914/PB (sentenza del 25 maggio 2010): «4. Le ipotesi di eccezione alla norma risultano ristrette a situazioni espressamente menzionate nella Carta Repubblicana, e meritano un'interpretazione di carattere restrittivo (Corte Suprema Federale del Brasile, ADI 2139, sentenza del 13 maggio 2009). Pertanto, l'esercizio del diritto di azione dev'essere compreso in modo da ampliarne l'effettività. 5. L'interesse ad agire risulta caratterizzato, giacché il provvedimento è utile, trattandosi della demolizione di uno stabile sito in area di preservazione permanente e necessaria, dal momento che solamente le decisioni del Potere Giudiziario ostentano le caratteristiche della definitività e imparzialità». Alla stessa stregua, nel caso della disoccupazione del Jardim Botânico, a Rio de Janeiro, il Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2^a Regione ha ritenuto esservi interesse processuale (AC 335.562, sentenza del 29 ottobre 2009).

Ammettere domande giudiziali riconvenzionali o autonome di autorità amministrative rappresenta una misura certamente eccezionale. Risulta ammisible solo nel caso in cui, a dispetto dell'esistenza di un processo amministrativo (extragiudiziale), l'esecutività delle decisioni amministrative o la fase preparatoria stessa della decisione dipendano, in forza di legge, dall'esperimento della via giudiziale. Vale la pena menzionare, a tal proposito, taluni esempi: esecuzione esattoriale, violazione della riservatezza, domanda giudiziale di improbità amministrativa (*ação de improbidade administrativa*).

Qualora la legge permetta che la fase preparatoria di una decisione amministrativa abbia luogo innanzi a un giudice, il processo amministrativo (extragiudiziale) previo verrà allora a configurare, nella sua essenza, una mera opportunità per le autorità amministrative⁴⁰. Tuttavia, nel caso in cui la legge deleghi al giudice esclusivamente la fase esecutiva, ciò significa che il processo amministrativo (extragiudiziale) continuerebbe a occupare un ruolo di spicco e, in linea di principio, non dovrebbe essere sostituito giudizialmente⁴¹.

Per quanto riguarda le pretese delle autorità nei confronti di interessati, nel campo del diritto privato, il processo amministrativo (extragiudiziale) previo non è necessario, fatto salvo il caso in cui risulti previsto dalla legge, e con la finalità di costituire decisioni esecutive⁴². Inoltre, c'è da dire che è solamente nell'ambito del diritto privato che le autorità si rivolgono liberamente al Giudiziario, come fossero un ente privato.

Benché, nel diritto pubblico, non paia ragionevole immaginare autorità disposte a spogliarsi dei propri poteri d'imperio e ricorrere alla via giudiziale agendo come un ente privato, in casi estremi, di totale inefficienza della struttura amministrativa, non sarebbe possibile supporre diversa soluzione.

7. Il sistema giudiziario brasiliano di giurisdizione unica

In Brasile, la giurisdizione facente capo ai tribunali, per quanto riguarda controversie di diritto pubblico, non è autonoma in relazione alla giurisdizione inherente a controversie di diritto privato; si tratta, invero, di una giurisdizione

⁴⁰ Cfr. Legge di Improbabilità Amministrativa (Legge n° 8.429, del 2 de giugno 1992).

⁴¹ Cfr. Legge di Esecuzioni Tributarie (Legge n° 6.830, del 22 de settembre 1980).

⁴² Cfr. Art. 39, comma 2º della Norme Generali di Diritto Finanziario per l'elaborazione e il controllo delle previsioni di spesa e dei bilanci dell'Unione, degli Stati, dei Comuni e del Distretto Federale (Legge n° 4.320, del 17 marzo 1964), sul concetto di credito non tributario, implicante relazioni di diritto privato, per effetto di costituire titolo esecutivo (Art. 39, comma 5º).

unica, specchiantesi nel modello statunitense, e in vigore in Brasile sin dal 1891⁴³.

Questo sistema giudiziario unico, comprensivo di giurisdizione di diritto pubblico e giurisdizione di diritto privato, simultaneamente, convive con taluni organi giudiziali dalla competenza specializzata. La giurisdizione degli Stati membri della Federazione brasiliana si fa carico delle controversie amministrative in Stati e Comuni; a quella Federale, invece, fanno capo diatribe che rientrano nell'ambito della sfera federale dell'Amministrazione. Si tratta di due gradi di giurisdizione che corrispondono a due istanze, con le corti d'appello: i tribunali di giustizia statali (*Tribunais de Justiça*) e i tribunali regionali federali (*Tribunais Regionais Federais*). Il Tribunale Superiore di Giustizia (*Superior Tribunal de Justiça*) è una corte suprema, situata a Brasília, ed è dotato di organi giurisdizionali specializzati in diritto pubblico.

È importante sottolineare che la creazione della Giustizia Federale in Brasile non presenta qualsivoglia relazione con il principio federativo, e nemmeno col modello nordamericano, le cui istituzioni sono motivo d'ispirazione per il costituzionalismo repubblicano brasiliano. La giustizia Federale giudica, invero, casi di interesse delle autorità amministrative federali, ciò potendo rappresentare l'indizio di una tendenza del diritto brasiliano a proseguire mantenendosi culturalmente vincolato al sistema della doppia giurisdizione esistente all'epoca dell'Impero, sotto l'influenza del diritto amministrativo francese, sistema il quale, seppur inconsciamente, pare resistere tutt'oggi.

8. Leggi processuali civili applicabili a controversie di diritto pubblico

Come è naturale per i sistemi giudiziari appartenenti al modello di *common law* di giurisdizione unica, le controversie di diritto pubblico risultano sottoposte a norme processuali di diritto privato, con particolare riferimento a quelle del Codice di Procedura Civile. Il problema è che, in Brasile, non esiste una struttura amministrativa previa rispetto alla controversia giudiziale, la quale sia specializzata, come nel caso dei *administrative judges* nell'ambito del *judicial review* statunitense, il che, in una certa maniera, compenserebbe l'assenza di leggi e corti giudiziarie specializzate in diritto pubblico.

⁴³ Cfr. R. PERLINGEIRO & L. GRECO, "A jurisdição administrativa no Brasil" (La giurisdizione amministrativa in Brasile), in *Código de jurisdição administrativa, o modelo alemão - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)* (Codice di giurisdizione amministrativa, il modello tedesco - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), a cura di R. PERLINGEIRO; H.J. BLANKE; K.P. SOMMERMANN., 1.ed. (Rio de Janeiro: Renovar, 2009), 61-76.

Oltre a ciò, nel diritto brasiliano, le poche norme e leggi processuali specifiche relative a domande giudiziali di diritto pubblico tendono a privilegiare le autorità, come avviene, ad esempio, nel caso di quelle che fissano termini processuali giudiziali differenziati a loro favore, o che prevedono ricorsi *ex officio* ogniqualvolta la decisione dovesse essere contraria all'autorità⁴⁴.

9. Il diritto pubblico secondo la teoria del “soggetto”

A proposito, in ragione della tendenza ad attrarre la competenza specializzata degli organi giudiziari nonché regole processuali differenziate, si suole adottare, in Brasile, un criterio soggettivo per quanto attiene alla nozione di diritto pubblico, ovvero, si assoggettano a leggi processuali e ad organi giudiziari specializzati le controversie in cui sia parte in causa un'autorità amministrativa, indipendentemente dal fatto per cui il rapporto giuridico *sub judice* abbia natura di diritto pubblico o di diritto privato⁴⁵.

La legislazione processuale brasiliana considera raramente il carattere di “autorità” degli atti posti in essere in nome di un potere pubblico; un unico esempio in tal senso è quello dell’azione giudiziale del cosiddetto *mandado de segurança*⁴⁶. Tale atteggiamento del legislatore brasiliano, influenzato dal sistema giudiziario di giurisdizione unica (giudici civili atti a dirimere cause vertenti sul diritto pubblico) e preceduto da un dubioso *processo* amministrativo (extragiudiziale), dà il là a una certa confusione e a distorsioni, conducendo, non raramente, all’applicazione di principi di diritto pubblico in situazioni tipicamente di diritto privato, e viceversa⁴⁷.

10. L’indipendenza delle corti e dei giudici brasiliani

⁴⁴ Sui privilegi processuali (giudiziari) delle autorità amministrative, cfr. R. PERLINGEIRO, "Princípio da isonomia e a Administração Pública em Juízo" (Principio dell’isonomia e Pubblica Amministrazione in Giudizio). *Rivista de Informação Legislativa* (Rivista di Informazione Legislativa) vol. 43, n. 169, (Brasília-DF: Senado Federal, gen./mar. 2006), 7-12.

⁴⁵ Art. 100 e 109 della Costituzione brasiliana; Art. 191 e 730 del Codice di Procedura Civile (Legge nº 5.869, del 11 gennaio 1973).

⁴⁶ Trattasi di istituto giuridico, previsto dall’ordinamento brasiliano, atto a tutelare diritto liquido e certo, non protetto da *Habeas Corpus* o *Habeas Data*, il quale risulti negato o minacciato da un’autorità pubblica, o da diverso ente nell’esercizio di attribuzioni proprie del potere pubblico.

⁴⁷ Cfr. R. PERLINGEIRO, "A falta de compreensão na distinção entre direito público e direito privado, e seus reflexos na jurisdição" (La mancanza di comprensione circa la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, e riflessi di ciò sulla giurisdizione), in *Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil* (Nuove prospettive per la giudizializzazione della salute in Brasile). *Scientia Iuridica*, Tomo LXII, n. 333 (Braga/Portugal: Universidade do Minho, 2013), 519-539.

I giudici e le corti d'appello sono dotati di prerogative istituzionali, quali autonomia finanziaria e amministrativa, nonché di prerogative personali, come nel caso dell'irriducibilità della remunerazione, dell'inamovibilità e della natura vitalizia della carica, così che possano, essi, attuare con effettiva indipendenza⁴⁸.

Gli organi giudiziali di primo grado sono sempre e comunque monocratici, e i giudici vengono selezionati sulla base di conoscenze tecniche valutate in occasione di concorsi pubblici; per poter comporre le corti d'appello, dipendono dall'ottenimento di una promozione, secondo il criterio dell'anzianità di servizio o diverso parametro, di carattere meritocratico. I giudici delle corti d'appello sono scelti, inoltre, all'interno del novero di avvocati e Pubblici Ministeri, in seguito a selezione politica ad opera dei rispettivi organi d'origine, dei membri delle corti e, infine, del titolare del potere esecutivo statale o federale, a seconda che si tratti di giustizia statale o federale. Tutti i giudici hanno carica, immancabilmente, vitalizia⁴⁹.

Il Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ), che ha sede a Brasília, è un organo di controllo centralizzato, oltre ad avere funzioni disciplinari e normative, e la sua attività comprende il Potere Giudiziario nel suo complesso, il che, in termini pratici, conduce alla configurazione di un Potere Giudiziario unitario (statale e federale), a dispetto del fatto che il Brasile è una Repubblica Federativa. Il Consiglio e i suoi membri detengono prerogative simili a quelle conferite ai giudici; la sua composizione è inter-istituzionale, dacché vi prendono parte avvocati, giudici e promotori di giustizia (Ministero Pubblico), selezionati politicamente sulla base di referenze fornite da vari settori pubblici e privati relazionati al Potere Giudiziario. I consiglieri del CNJ ricevono mandato della durata di due anni⁵⁰.

11. Le istanze ammissibili nell'ambito della giurisdizione amministrativa dei tribunali

Soggetta in misura predominante a una legislazione processuale di diritto privato, la giurisdizione amministrativa dei tribunali, in Brasile, ricomprende

⁴⁸ Cfr. Art. 2º, 5º XXXV, 95 I, II e III, 96 I e II, e 99 della Costituzione brasiliana.

⁴⁹ Cfr. Art. 93, 94, 96 I “e”, 104 e 107 I e II della Costituzione brasiliana; Art. 20 della Legge nº 5010, del 30 maggio 1966; Art. 17 della Legge Complementare nº 35, del 14 marzo 1979; Art. 1º della Legge nº 11798, del 29 ottobre 2008.

⁵⁰ Cfr. Art. 103 B della Costituzione.

istanze di ogni genere, quali quelle di carattere dichiarativo, impugnativo, di condanna a fare, a non fare e a pagare, oltre a misure cautelari ed esecuzione forzata⁵¹.

Le misure cautelari includono misure preventive e conservative, al fine di garantire l'effettività di qualsivoglia genere di istanza, oltre a misure sospensive, a patto che vi sia il *fumus boni iuris e periculum in mora*. Le norme legali che ostacolano l'istituzione di misure cautelari tendono a essere allontanate dalla giurisprudenza, dal momento che, nella fattispecie concreta, siano presenti quei dati presupposti⁵².

Per ciò che concerne l'esecuzione forzata, si ammettono mezzi di coazione psicologica mediante *astreintes* e *contempt of court*, che incidono contro i funzionari pubblici responsabili dell'inadempimento⁵³.

Qualora risulti strettamente necessario, è ammessa l'espropriazione giudiziaria di beni pubblici non essenziali al fine di rendere esecutive a sentenza di condanna al pagamento in denaro, a dispetto dell'assenza di autorizzazione sancta legislativamente, e nonostante le severe critiche subite dal Giudiziario ad opera delle autorità amministrative⁵⁴.

⁵¹ Cfr. Art. 4, 286 e 287 del Codice di Procedura Civile (Legge n° 5.869, del 11 gennaio 1973); Art. 3º della Legge dell'Azione Civile Pubblica (Legge n° 7.347, del 24 luglio 1985).

⁵² Cfr. Art. 273, 46,1 comma 3º del Codice di Procedura Civile (Legge n° 5.869/1973); Art. 1º e 4º della Legge n° 8.437; Art. 4º della Legge n° 10.259, del 12 luglio 2001; Art. 7º comma 2º e comma 5º, e art. 15 della Legge n° 12.016, del 7 agosto 2009 (Legge sul "Mandado de Segurança": si veda, a tal proposito, la nota n. 43 del presente testo); Art. 3º della Legge n° 12.153, del 22 dicembre 2009.

⁵³ Cfr. Art. 461, comma 4º del CPC, art. 84, comma 4º del CPC (*astreintes*) e art. 14, V e paragrafo unico del CPC (*Contempt of court*). Peraltra, la giurisprudenza è contraria all'applicazione di mezzi di coercizione direttamente agli avvocati pubblici: (i) Corte Suprema Federale del Brasile, ADI 2.652-6/DF (sentenza del 8 maggio 2003); (ii) CNJ, Richiesta di Provvedimenti n° 0000749-61.2011.2.00.0000 (sentenza del 30 agosto 2011); Enunciato FONAJEF - Enunciato n° 63: È prevista multa nei confronti dell'ente pubblico per ritardo o inottemperanza a decisioni giudiziali, ai sensi dell'articolo 461 del CPC, accompagnata da determinazione per l'assunzione di misure amministrative per l'accertamento della responsabilità funzionale e/o per danno all'erario. Configurandosi contumacia nell'inottemperanza, la causa sarà rimessa d'ufficio al Pubblico Ministero per l'analisi dell'eventuale improbità amministrativa (Forum Nazionale dei Tribunali Speciali Federali); Enunciato n° 64: Non è ammessa multa personale nei confronti del procuratore *ad judicia* dell'ente pubblico, sia sulla base dell'art. 14 che ai sensi dell'art. 461, entrambi del CPC; Enunciato n° 65: Non è ammessa la previa limitazione dell'ammontare della multa coercitiva (*astreintes*), che non è assoggettabile nemmeno al limite di importo previsto per i Tribunali Speciali Federali, essendo sempre assicurata la possibilità di nuova valutazione per quel che concerne l'ammontare finale da esigere ai sensi di quanto disposto nel comma 6º dell'articolo 461 del CPC.

⁵⁴ In Brasile si ammette, in linea generale, l'esecuzione forzata di decisioni giudiziali contro autorità amministrative, fatto salvo il caso in cui esse siano contrarie all'interesse pubblico (Art. 15 della Legge n° 12.016; Art. 4º, caput e comma 1º della Legge n° 8.437; Art. 1º della Legge n° 9.494, del 10 settembre 1997). In particolare, per quanto concerne le esecuzioni di decisioni di condanna al pagamento, non si ammette esecuzione forzata contro autorità amministrative

12. L'intensità della giurisdizione amministrativa dinanzi ai tribunali

La giurisprudenza in merito all'intensità ha autorizzato un controllo giudiziale ampio delle decisioni amministrative, comprendendo aspetti di forma e contenuto, questioni di fatto e di diritto, benché anteriormente apprezzate nell'ambito del *processo* amministrativo (extragiudiziale)⁵⁵; pertanto, si ammette revisione giudiziale del margine di apprezzamento dei fatti, anche tecnico-scientifici, nonché dei fondamenti giuridici, compresi i concetti giuridici indeterminati.

Tuttavia, di norma, non è ammesso sindacato giudiziale sui poteri discrezionali delle autorità pubbliche, fatto salvo il caso in cui questi siano esercitati al di fuori dei limiti posti dalla legge, ed abbiano contravvenuto a diritti fondamentali e principi costituzionali, quali quelli della proporzionalità e dell'egualianza⁵⁶.

Pertanto, il margine di attuazione (discrezionale e di apprezzamento), dal punto di vista dei diritti fondamentali e della proporzionalità, sarà sempre soggetto a controllo giudiziale. Nella pratica, l'affermazione secondo cui il giudice non deve interferire sulla valutazione discrezionale delle autorità, fa riferimento

(Art. 730 e ss. del Codice di Procedura Civile/ Legge n° 5.868/73), salvo per crediti di importo basso (Art. 17, comma 2º della Legge n° 10.259; e art. 13, comma 1º della Legge n° 12.153). Peraltra, la giurisprudenza ha, di recente, autorizzato, in casi di eccezionale urgenza, l'esecuzione forzata di crediti di qualsiasi ammontare (Corte Suprema Federale del Brasile, STA 36-8, sentenza del 10 marzo 2010). Circa quest'aspetto, si rimanda a: STF, "Sequestro de verbas públicas em favor de doente grave é tema de repercussão geral" (Sequestro di fondi pubblici a favore di malato grave è tema di ripercussione generale). *Notícias STF*, 19 nov. 2012.

⁵⁵ Cfr. Art. 3º del Codice Modello Euro-American di Giurisdizione Amministrativa (PERLINGEIRO & SOMMERMANN, *Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction*).

⁵⁶ Cfr. Art. 4º del Codice Modello Euro-American di Giurisdizione Amministrativa (2014). Si veda altresì: Corte Suprema Federale del Brasile, AI 800.892 Agr/BA (sentenza del 12 marzo 2013): «il Tribunale d'origine non si è scostato dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte, nel senso che non configura violazione del principio della separazione dei poteri il controllo, da parte del Potere Giudiziario, sull'atto amministrativo affetto da illegittimità o abusività, il che coinvolge la verifica dell'effettiva presenza dei presupposti di fatto e di diritto, potendo il Giudiziario attuare, tra le altre cose, nelle questioni afferenti a proporzionalità e ragionevolezza», e Corte Suprema Federale del Brasile, RMS 24.699 (sentenza del 30 novembre 2004), riguardante il controllo di atti fondati su concetti giuridici indeterminati, statuisce che «[...] il Potere Giudiziario va ad analizzare il merito dell'atto amministrativo, applicando, tra l'altro, questioni quali proporzionalità e ragionevolezza, che non sono, invero, principi, bensì criteri d'applicazione del diritto, ponderati al momento delle norme di decisione. [...] Il fatto, però, è che, in quest'analisi riguardo al merito dell'atto, tra gli altri parametri di valutazione di cui si avvale, il Giudiziario non prende in esame appena la proporzione che segna la relazione tra mezzi e fini dell'atto, ma anche quella che si manifesta nella relazione tra l'atto e le sue ragioni, così come dichiarate in sede di motivazione».

a situazioni in cui il giudice stesso non risulta abilitato, o non risulta adeguatamente abilitato (in relazione alle autorità), per controllare il contenuto (di discrezionalità e apprezzamento) delle decisioni amministrative⁵⁷.

13. La “*administrative deference*” dei tribunali nei confronti dell’azione della PA

Il rispetto dei tribunali giudiziari attuato attraverso l’azione delle agenzie regolatrici in Brasile, non si distanzia dai presupposti generici del controllo giurisdizionale sui poteri discrezionali delle autorità amministrative, trovandosi pertanto condizionata all’osservanza dei diritti fondamentali e dei principi di proporzionalità e uguaglianza⁵⁸. Oltretutto, il potere giudiziario ha assicurato una

⁵⁷ D. DE PRETIS commenta la decisione del Tribunale di Giustizia dell’Unione Europea riguardo all’idea per cui il diritto comunitario non prescriverebbe *standard* per quanto concerne il controllo giudiziale di aspetti tecnico-scientifici di decisioni amministrative, nell’analizzare il caso *Upjon e Paranova* (CE, Sentencia del 12 ottobre 1999, C-379/97), circa la valutazione di un’autorità sanitaria britannica riguardo alla nocività di un medicinale (D. DE PRETIS, "La giustizia amministrativa", in *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, a cura di S. CASSESE, vol. 4. (Milano: Giuffrè, 2007), 315-316). Sulle limitazioni del Giudizio per la valutazione tecnica delle politiche pubbliche, si veda: D. SARMENTO, *Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete* – Interpretazione costituzionale, pre-comprensione e capacità istituzionali dell’interprete (D. SARMENTO, *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e Direitos Fundamentais* – Per un costituzionalismo inclusivo: storia costituzionale brasiliana, teoria della Costituzione e Diritti Fondamentali). (Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010), 227). F. DE SOUZA SILVA adotta il criterio della “affidabilità” della determinazione amministrativa per misurare il grado di interferenza giudiziale sul margine di attuazione delle autorità amministrative (F. DE SOUZA SILVA, "Discrecionariedade técnica e direito à saúde: confiança como limite para o controle judicial" – Discrezionalità tecnica e diritto alla salute: fiducia come limite per il controllo giudiziale. Tesi (Dottorato in Sociologia e Diritto), Facoltà di Giurisprudenza, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014).

⁵⁸ Nel giudizio di Sospensione di Ingiunzione n° 690 (sentenza del 29 maggio 2013), il Corte Suprema Federale del Brasile ha ritenuto che «(...) la Costituzione non stabilisce la prevalenza assoluta del punto di vista tecnico delle agenzie regolatrici a scapito della giurisdizione. Verificata la violazione di norme costituzionali quale, ad esempio, il dovere di motivazione razionale e proporzionale della regolamentazione (o della sua assenza), o la regola di accesso e incentivo alla concorrenza, risulta inapplicabile il metodo di interpretazione basato sulla *administrative deference*, tipica della pratica giudiziaria nordamericana». Si trattava di richiesta formulata dall’Impresa Gontijo de Transportes Ltda., tesa a opporsi alla decisione del Tribunale Regionale Federale brasiliano della 1^a Regione per quanto attiene agli atti AI 64051-69.2011.4.01.0000 (sentenza del 28 giugno 2013), giacché detto organo giudiziario aveva concesso tutela anticipata affinché l’impresa-interessata Expresso São Luiz Ltda. potesse farsi carico di gestire il servizio di trasporto pubblico tra Porto Velho/RO e Salvador/BA, “con centinaia di sezionamenti”, decisione, questa, contraria all’intendimento dell’Unione e dell’Agenzia Nazionale per il Trasporto Terrestre – ANTT. Il problema è che la ANTT non avrebbe ancora stabilito un programma di gare d’appalto per la realizzazione di concessioni a imprese e, conseguentemente, ha finito per prevalere la libertà di esercizio dell’attività, ai sensi dell’art. 170, paragrafo unico, della Costituzione brasiliana.

convivenza armoniosa tra regolamentazione amministrativa e principio della riserva di legge (*Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes*), ognualvolta la legge non risulti essere sufficientemente dettagliata⁵⁹.

14. La giurisdizionalizzazione dinanzi tribunali delle politiche pubbliche

Il fenomeno denominato “giudizializzazione delle politiche pubbliche” si manifesta specialmente sulla base di istanze giudiziali individuali, la cui questione di fondo coinvolge diritti procedurali considerati insufficienti ad assicurare un minimo di diritti fondamentali sociali, quali la previsione di spesa pubblica e i programmi di gestione amministrativa, sia a livello di norme amministrative che a livello legislativo⁶⁰.

⁵⁹ Il Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile, nel RESP 200802374017 (1.101.040) (sentenza del 16 giugno 2009), ha riconosciuto il potere normativo delle agenzie regolatrici. Nello stesso senso, il Resp 640.460/RJ (sentenza del 11 settembre 2007). Il Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2^a Regione, nel processo n° 0000222-03.2008.4.02.5106 (sentenza del 3 marzo 2016), ha deciso di mantenere la multa comminata dall’ANS nei confronti di Unimed-Petrópolis, giacché «la ANS non ha fatto altro che avvalersi del proprio potere normativo, conferito dalla legge, inerente all’attività delle agenzie, non potendosi parlare, a quanto pare, di illegalità nell’azione amministrativa». (AC 556.318, sentenza del 3 marzo 2016). Sull’ossequio giudiziale, cfr. CAMINOS, PEDRO A. *Deferencia judicial e control legislativo sobre a la administración: el problema del agente regulador en el derecho público contemporáneo*. Si veda, inoltre: GONZÁLEZ GARCÍA (J. GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Pùblicas en los Estados Unidos de América*, (Madrid: McGrawHill, 1996), 132 ss.), circa i commenti inerenti alla decisione Chevron della Suprema Corte degli USA.

⁶⁰ In merito alla questione della giudizializzazione delle politiche pubbliche, si veda l’art. 25, comma 2 del Codice Modello del Processo Amministrativo – Giudiziale e Stragiudiziale – per l’Ibero-America (2012). Cfr. Corte Suprema Federale del Brasile, ADPF 45/DF (sentenza del 29 aprile 2004). Si è trattato di argomentazione circa l’inottemperanza al precezzo fondamentale promossa contro voto che, emanato dal Presidente della Repubblica, ha inciso sul comma 2º dell’art. 55 (posteriormente rinumerato come art. 59), di proposta legislativa convertitasi in Legge n° 10.707, del 30 luglio 2003 (LDO), destinata a fissare le linee guida pertinenti all’elaborazione della legge di bilancio (di previsione) annuale del 2004. Il dispositivo oggetto del voto presenta il seguente contenuto materiale: «2º Per effetto dell’inciso II del caput di quest’articolo, si considerano azioni e servizi pubblici sanitari la totalità delle dotazioni del Ministero della Salute, dedotti gli oneri previdenziali dell’Unione, i servizi del debito e la rata delle spese del Ministero, finanziata a mezzo di risorse del Fondo per la Lotta allo Sradicamento della povertà». L’autore dell’azione costituzionale sostiene che il voto presidenziale ha implicato inosservanza del precezzo fondamentale fondato sulla Legge Costituzionale - EC 29/2000, promulgata con l’intento di garantire risorse finanziarie minime da applicare in azioni e servizi pubblici sanitari. Il Signor Presidente della Repubblica, subito dopo il discusso voto parziale, ha rimesso al Parlamento Nazionale un progetto di legge che, convertito in seguito nella Legge n° 10.777, del 24 novembre 2003, ha restaurato, nella sua integralità, il comma 2º dell’art. 59 del LDO (Legge n° 10.707/2003), facendone sancire la medesima norma su cui aveva inciso il voto esecutivo. Nonostante la pregiudizialità sopravveniente, il relatore ha sancito «che l’azione costituzionale in oggetto, considerato il contesto in esame, si qualifica come strumento idoneo e atto ad agevolare la concretizzazione

Emerge come il sistema giudiziario brasiliano contempla simultaneamente il controllo concentrato astratto e il controllo diffuso concreto rispetto alla costituzionalità di leggi e alla legittimità di norme amministrative (ad es. regolamento, decreto), è comune che giudici e corti di appello definiscano istanze individuali fondate su politiche pubbliche, restringendo gli effetti delle sentenze alla parte attrice, a dispetto dell'insistenza delle autorità per quanto riguarda la presunta offesa al principio dell'egualità nell'accesso ai servizi sociali.

Pertanto, per quanto attiene alla giudizializzazione delle politiche pubbliche, generalmente solo dopo alcuni anni le autorità, nel momento in cui le corti supreme STF e STJ iniziano ad uniformare la rispettiva prospettiva, tendono a modificare i propri comportamenti. Questa lunga attesa costituisce un fattore di incertezza, non solo per la conduzione delle attività pubbliche, ma anche in ragione dell'aumento della sensazione di discriminazione tra cittadini che siano parte attrice, avendo adito le vie legali e intentato domanda giudiziale, e cittadini che non lo siano.

Inoltre, questa è la ragione aggiuntiva per la quale i processi accostabili ai precedenti vincolanti e ai processi esemplari non soddisfano le aspettative per la

di politiche pubbliche, qualora, previste nel testo della Carta Politica, così come accede nella fattispecie (EC 29/2000), non dovessero essere osservate, totalmente o parzialmente, dalle istanze governative destinatarie del comando iscritto nella Costituzione della Repubblica stessa. Tale eminente attribuzione conferita al Supremo Tribunale Federale mette in evidenza, in modo particolarmente espressivo, la dimensione politica della giurisdizione costituzionale attribuita a questa Corte, la quale non può esimersi dall'incarico, determinante, di rendere effettivi i diritti economici, sociali e culturali – che si identificano, quali diritti di seconda generazione, con le libertà positive, reali o concrete (Corte Suprema Federale del Brasile, *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* (RTJ), vol. 164 (1998), 158-161) -, pena la situazione per cui il Potere Pubblico, per violazione positiva o negativa della Costituzione, finirebbe per compromettere, in modo inaccettabile, l'integrità del proprio ordine costituzionale». Il Ministro ha, inoltre, sottolineato che «è certo che non si include, ordinariamente, nell'ambito delle funzioni istituzionali del Potere Giudiziario - e in quelle di questa Suprema Corte, in particolare – l'attribuzione di formulare e di implementare politiche pubbliche, giacché, in tale dominio, l'incarico fa capo, primariamente, ai Poteri Legislativo e Esecutivo. Tale incombenza, peraltro, benché su basi eccezionali, potrà essere attribuita al potere Giudiziario, se e quando gli organi statali competenti, in ragione dell'inottemperanza alle funzioni politico-giuridiche gravanti su di essi, dovessero venire a compromettere, con tale condotta, l'efficacia e l'integrità di diritti individuali e/o collettivi impregnati della struttura costituzionale, seppur derivati da clausole rivestite di contenuto programmatico. Pare opportuno segnalare, sulla base di questo contesto – in conformità a quanto già proclamato da questa Suprema Corte – che il carattere programmatico delle regole iscritte nel testo della Carta Politica non si può convertire in promessa costituzionale a prescindere, pena l'illegittima sostituzione - da parte di un Potere Pubblico che verrebbe in siffatta maniera a frodare le giuste aspettative riposte in esso dalla collettività - del compimento del suo ineluttabile e immediato dovere, con un gesto irresponsabile di infedeltà governativa rispetto a quanto determinato dalla Legge Fondamentale dello Stato» (Corte Suprema Federale del Brasile, *Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, vol. 175 (2001), 1212-1213).

riduzione delle domande ripetitive, come d'altronde avevo, inizialmente, già sottolineato.

15. Le funzioni atipiche del potere giudiziario

Come è noto, la funzione tipica dei giudici è quella di dirimere controversie, mediante decisioni definitive e coercitive, per mezzo di un processo che osservi le garanzie del *due process of law*. Peraltro, le corti vengono, alle volte, adite e adibite a funzioni estranee a quelle proprie e caratteristiche di una giurisdizione, quali quella di omologare accordi e, nel caso della giurisdizione volontaria, di porre in essere atti considerati per legge essenziali all'esercizio di determinati diritti⁶¹. La giustificazione sulla base della quale il legislatore delega tali funzioni ai giudici può essere riconducibile alla loro maggiore credibilità, rispetto a quella riconosciuta a rappresentanti di altri segmenti della società.

È all'interno di tale scenario che sorge, nel diritto brasiliano, l'esecuzione di decisioni tributarie dinanzi ai tribunali, oltre alle domande giudiziali individuali scritte di previa istanza amministrativa.

L'esecuzione giudiziale di decisioni amministrative non configura giurisdizione propriamente detta e, oltretutto, l'autoesecutività è una delle caratteristiche fondamentali degli atti amministrativi. Competerebbe al Giudiziario la giurisdizione destinata solamente alla tutela di diritti contro gli abusi dell'esecuzione e, all'interno di detto contesto, l'esecuzione di decisioni tributarie rinviene il proprio *habitat* naturale nella sfera amministrativa stessa extragiudiziale⁶².

Di fatto, sono generalizzate le critiche a questo sistema, giacché il potere giudiziario si troverebbe ad essere comodamente usato dalle autorità pubbliche quale *longa manus* per la pratica di atti meramente esecutivi. Tuttavia, ad oggi, il perdurare di tale scenario in Brasile si deve, prevalentemente, alla mancanza di credibilità delle istituzioni amministrative.

In effetti, l'esecuzione da consegnare alle autorità dev'essere solamente quella relativa a decisioni amministrative che siano state proferite mediante una struttura minima di qualificazione e indipendenza compatibili col principio del

⁶¹ Cfr. L. GRECO, *Jurisdição voluntária moderna* (Giurisdizione volontaria moderna). (San Paolo: Dialética, 2003).

⁶² L. GRECO, *O processo de execução* (Il processo di esecuzione), (Rio de Janeiro: Renovar, 1999), 162. Per LIEBMAN, l'esecuzione non configura attività amministrativa, bensì, essenzialmente, un'attività giurisdizionale (E. T. LIEBMAN, *Processo de execução – Processo di esecuzione*. 5.ed. (San Paolo: Saraiva, 1986), 5).

due process of law, pena il rischio d'incorrere in un pregiudizio, di carattere istituzionale, ancora maggiore, con un'insoddisfazione palpabile nei confronti degli atti esecutivi, e le corti comunque adite, nonostante ciò, conseguendone pertanto un fastidio doppio per i soggetti interessati.

Sono svariate le ragioni che conducono un individuo a adire direttamente un giudice per invocare una determinata prestazione amministrativa di indole, ad esempio, sociale: inosservanza della durata del processo amministrativo extragiudiziale entro termini ragionevoli; impossibilità di decidere, ad opera delle autorità, in senso contrario a norme amministrative (regolamenti, decreti) gerarchicamente superiori; assenza di prerogative atte a far sì che dette autorità possano agire con effettiva indipendenza.

Al contrario di quanto accade nel caso dei processi (extragiudiziali) destinati alla preparazione di decisioni amministrative restrittive di diritti, i processi volti a rendere possibile l'esercizio di diritti a una prestazione non hanno, *ab initio*, un conflitto quale premessa; sorgerà, infatti, controversia solo qualora dovesse verificarsi il diniego della richiesta inoltrata. Pertanto, non v'è modo di andare alla ricerca delle vie del potere giudiziario sino a che non venga in essere un conflitto da risolvere, controversia da dirimere.

D'altra parte, è possibile caratterizzare la sussistenza di una lite non solo con il diniego opposto alla richiesta (extragiudiziale) presentata, ma ogniqualvolta dovesse delinearsi una richiesta che mostri d'essere priva di effettività sin dall'inizio, come nel caso degli esempi summenzionati, da cui risulta un'equiparazione a decisione di diniego.

16. Panorama schizofrenico della giurisdizione amministrativa brasiliana

È questo il panorama, quasi schizofrenico, della giurisdizione amministrativa in Brasile, con una normativa costituzionale assolutamente non in linea con la realtà concreta, e un sistema che mette in evidenza un Giudiziario dagli ampli poteri, accanto a una Pubblica Amministrazione debilitata.

Metto, qui sotto, in risalto le seguenti caratteristiche:

(i) a dispetto della previsione costituzionale ai sensi della quale le decisioni amministrative dipendono da un previo *processo* amministrativo (extragiudiziale) dotato delle garanzie del *due process of law*, si verifica: (i.1) l'inesistenza di prerogative d'indipendenza effettiva delle autorità provviste di potere decisionale; (i.2) la concentrazione della funzione investigativa e decisionale del *processo* ammini-

strativo (exagliudiziale) n una medesima autorità pubblica e nello stesso rappresentante dell'autorità stessa; (i.3) la richiesta di riesame e ricorso contro la decisione iniziale dinanzi alla stessa autorità, condotto da un rappresentante diverso, che mantiene, peraltro, un rapporto di gerarchia disciplinare con colui il quale abbia proferito la decisione iniziale; (i.4) la tendenza ad ammettere l'accesso alla via giudiziale senza il previo *processo* amministrativo (exagliudiziale);

(ii) al cospetto di un sistema giudiziario unificato di giurisdizione, soggetto a regole processuali di diritto privato e con giudici non necessariamente specializzati in diritto pubblico, si osserva: (ii.1) un'azione giurisdizionale ampia incentrata su questioni di diritto pubblico, la quale non si limita a una revisione propriamente detta (a un *judicial review*); (ii.2) a carico del potere giudiziario, la sussistenza di attribuzioni non giurisdizionali, meramente procedurali e tipiche di funzioni primarie proprie di una Pubblica Amministrazione;

(iii) a dispetto di giudici e tribunali di appello dotati di indipendenza effettiva e credibilità, si può constatare: un effetto solamente indiretto e a lungo termine delle decisioni giudiziali riguardanti condotte di portata generale delle autorità amministrative, il che conduce a domande giudiziali ripetitive e a un potere giudiziario sull'orlo del collasso, con una giudizializzazione esasperata, crescente e incontrollabile, inerente al diritto pubblico.

17. Stato di Diritto: diritti sostanziali, diritti procedurali e organi di garanzia

L'effettività dei diritti fondamentali è associata alle *garanzie* loro attribuite: le garanzie-limite, che impongono restrizioni al potere pubblico; le garanzie-istituzioni, che prevedono organi di protezione; e le garanzie-strumentali, che strumentalizzano l'esercizio dei diritti fondamentali attraverso gli organi di protezione.

Di fatto, inerisce alla nozione di Stato di Diritto l'idea per cui la soluzione di controversie amministrative provenga da un'attività statale rispettosa delle garanzie del *due process of law*, tra le quali si ricomprende l'esistenza di organi di tutela che dispongano di un'effettiva indipendenza, d'ora in avanti denominati "autorità amministrative indipendenti".

Indicare la posizione in cui debbono trovarsi tali autorità indipendenti all'interno della struttura organizzativa – ramo giudiziale, ramo esecutivo o ramo legislativo – è una discrezionalità da esercitarsi ad opera di ciascuno Stato, in conformità alla realtà storica, politica e sociale peculiare.

18. Autorità amministrative indipendenti

Il primato dei diritti fondamentali e del diritto comunitario, all'interno dell'Unione Europea, nell'imporre doveri gravanti direttamente su autorità pubbliche, conduce a una necessaria discussione circa l'importanza delle autorità amministrative indipendenti⁶³. Pare insostenibile esigere, da un'autorità, l'imparzialità sufficiente ad applicare norme amministrative o leggi istituite o interpretate da autorità gerarchicamente superiori.

Per il riconoscimento di diritti fondamentali, una decisione amministrativa giusta, disposta ad affrontare l'argomentazione degli interessati, sovente vertente su norme amministrative o legislative, deve trovarsi sotto la responsabilità di un'autorità che non abbia qualsivoglia tipo di vincolo di subordinazione con interessi opposti, dovendosi, cioè, situare sotto il comando di un'autorità pubblica dotata delle prerogative necessarie per potere attuare con piena indipendenza.

Però, al cospetto di autorità che presentino tali caratteristiche, quale sarà il ruolo esercitato da giudici e corti? Non vi sarebbe forse ridondanza?

19. Quali sono i limiti della protezione giurisdizionale dai giudici, e quale la necessità di giudici specializzati?

Ammettere una tutela giudiziale effettiva che comprenda la possibilità di revisione senza limiti (*in totum*) delle decisioni amministrative significa, nella pratica, negare l'effetto vincolante all'azione amministrativa stessa. Questa concezione ha senso all'interno di un sistema in cui le autorità amministrative non siano in grado di esercitare con effettività la funzione di garante della preservazione di diritti fondamentali, mediante decisioni democraticamente legittime e precedute da un giusto processo (*fair trial*). *Contrario sensu*, in sistemi in cui le autorità pubbliche operano "quasi" come giudici (*quasi-judicial body*), un così ampio controllo giurisdizionale nella sfera giudiziaria può, di fatto, palesare ridondanza.

⁶³ «Ce n'est que dans la perspective de la garantie de l'effectivité du droit de l'Union que les directives prescrivent l'indépendance des personnes ou organismes appelés à exercer des fonctions considérées comme nécessaires au bon fonctionnement d'un secteur ou à la garantie de certains droits – comme par exemple la protection des données informatiques [...] Le droit de l'Union est d'ailleurs spécifique : ce n'est pas l'indépendance de manière abstraite qui est demandée, mais des garanties d'impartialité des décisions, soit par rapport aux opérateurs et aux parties prenantes d'un certain secteur, soit par rapport aux autorités politiques» (J. ZILLER, "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne". *Revue Française de Droit Administratif*, 5 (2010): 901-906).

In effetti, nei sistemi giuridici in cui risulti assicurato il giusto processo extragiudiziale previo alle decisioni amministrative iniziali, appare ragionevole pensare che non si dia enfasi al processo (giudiziale), sia perché il margine d'errore delle autorità amministrative diminuisce sensibilmente, sia in ragione di un aumento della credibilità delle autorità amministrative stesse al cospetto della società. Inoltre, non sarebbe comune una duplicità di giurisdizione, anche perché l'onere finanziario gravante sugli Stati non è affatto piccolo, come sottolinea Michael Asimow nel suo *“Five Models of Administrative Adjudication”*⁶⁴.

D'altronde, la logica sarebbe contraria nei sistemi in cui la fase previa all'elaborazione di una decisione amministrativa fosse sottoposta a un procedimento inquisitorio, pertanto, senza che vi fosse partecipazione da parte degli interessati, o qualora, a dispetto della partecipazione di questi ultimi, non dovesse esservi la garanzia di un giusto processo effettivo, come, ad esempio, in assenza di imparzialità. In tali fattispecie, il Giudiziario tende ad essere adito con maggiore intensità⁶⁵.

A proposito, questa logica pare egualmente ammissibile per ciò che riguarda la necessità di specializzazione, da parte degli organi giurisdizionali, in diritto pubblico. Mano a mano che le autorità amministrative definiscono processi e il potere giudiziario tende a distanziarsi dalle sue funzioni di revisione, la specializzazione all'interno delle corti presenterà, di contraltare, via via sempre minore importanza⁶⁶. Diversamente, non essendovi un effettivo *processo* amministrativo (extragiudiziale) previo, s'esigerà una attività giudiziale ampia, giustificandosi con maggiore intensità la conoscenza specializzata (dei giudici) nel campo del diritto amministrativo.

20. Come evitare una duplicità di giurisdizioni?

È consenso diffuso che la cooperazione giuridica internazionale, per quanto riguarda gli effetti transnazionali di decisioni giudiziali, costituisca parte integrante della concezione della tutela giurisdizionale effettiva. È noto, altresì, che il grado di ammissibilità delle decisioni giudiziali straniere presenta una relazione diretta con il livello di fiducia nei confronti delle medesime autorità giudiziarie.

⁶⁴ ASIMOW, "Five models of Administrative Adjudication".

⁶⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Pùblicas en los Estados Unidos de América*, 58-59.

⁶⁶ Ibid.

zarie estere, specialmente riguardo alla soggezione delle loro decisioni alle garanzie del *due process of law*⁶⁷.

In questo contesto, il Codice Modello Ibero-Americanico di Cooperazione Inter-giurisdizionale impone quale condizione necessaria all'efficacia interna della giurisdizione straniera la sua compatibilità con l'ordine pubblico dello Stato adito, ovvero coi suoi principi fondamentali⁶⁸. Non configurandosi qualsivoglia lesione a tali principi fondamentali, si ammette il riconoscimento della decisione giudiziale e arbitrale straniera, senza addentrarsi in altre questioni che possano essere risultato di una cattiva applicazione del diritto oggettivo (*law*) da parte dell'autorità estera. È ciò che si denomina giudizio di revisione limitata (*delibrazione*), essendo, esso, superficiale e ristretto a quel che inerisce a principi fondamentali.

Identica logica dovrebbe orientare l'efficacia delle decisioni amministrative rispetto alla protezione giudiziale di diritti individuali. Trattandosi di una decisione che presuppone il rispetto delle garanzie del *due process os law*, non v'è ragione, invero, per considerarla inferiore alle decisioni straniere, sia a quelle giudiziali che, e a maggior ragione, a quelle arbitrali che vedano coinvolte le autorità pubbliche stesse. Pertanto, le decisioni prese nell'ambito di un processo amministrativo (exagliudiziale) dovrebbero essere riviste dal potere giudiziario solo nel caso in cui si rivelassero lesive di principi fondamentali. È, quest'ultima, una conclusione che s'avvicina al sistema di revisione giudiziale nordamericano (*judicial review*).

21. L'origine del sistema giudiziario unico negli EUA e il *due process of law*

Come già riferito, il sindacato giurisdizionale sugli atti delle autorità pubbliche in Brasile, all'epoca della proclamazione della Repubblica, sul finire del sec. XIX, è stato fortemente influenzato dal modello nordamericano di unità della giurisdizione dinanzi al potere giudiziario⁶⁹. D'altronde, si osserva che il diritto brasiliiano, ad oggi, ignora le sfumature del *judicial review* e gli effetti del *due*

⁶⁷ Cfr. R. PERLINGEIRO, "Cooperação jurídica internacional e auxílio direito" (Cooperazione giuridica internazionale e ausilio diretto). *Rivista CEJ*, vol. 32, (Brasília-DF, gen./mar. 2006), 75-79.

⁶⁸ R. PERLINGEIRO et al. "Código modelo de cooperação interjurisdicional para Ibero-América" (Codice modello di cooperazione inter-giurisdizionale per l'Ibero-America). *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, vol.11 (Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2^a Região / RJ, mar. 2009): 9-48.

⁶⁹ Cfr. PERLINGEIRO & GRECO, "A jurisdição administrativa".

process of law applicato nella preparazione di una decisione amministrativa in un processo giudiziale.

È tradizione del sistema giuridico degli Stati Uniti, di Regno Unito e Australia, ad esempio, che la fase preparatoria delle decisioni amministrative richieda un effettivo contraddirittorio preventivo, in cui la fase investigativa e quella decisionale siano condotte da soggetti diversi, e da istituzioni provviste di relativa indipendenza, quasi-giudiziale⁷⁰. Questa è la loro idea di *due process of law* nella sfera amministrativa non giudiziale⁷¹.

Quale conseguenza di ciò, la possibilità di revisione giudiziale (*judicial review*), in particolare per quanto attiene al margine d'apprezzamento di fatti e ai poteri discrezionali, tende a limitarsi ai casi in cui la decisione amministrativa leda la ragionevolezza o i diritti fondamentali. In un tale scenario, in cui l'aspettativa per la risoluzione del conflitto amministrativo risulta concentrata nella fase non giudiziale, appare coerente non investire tanto su una struttura giudiziaria specializzata, essendo sufficiente un sistema di giurisdizione unica⁷². Non sembrano indispensabili nemmeno norme specifiche, proprie del rito processuale specializzato; bastano, infatti, le regole di diritto amministrativo applicabili al processo extragiudiziale previo all'elaborazione della decisione amministrativa.

Perciò, appare in effetti maggiormente aderente alla realtà l'espressione “*processo amministrativo*”, anziché “*procedimento amministrativo*”⁷³.

⁷⁰ ASIMOW, "Five models of Administrative Adjudication" e GRECO, *Jurisdição voluntária moderna* (Volontaria giurisdizione moderna), 18.

⁷¹ Riguardo alla tecnica della garanzia processuale nel diritto amministrativo nordamericano, si veda G. NAPOLITANO, "I grandi sistemi del diritto amministrativo", in *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, org. da S. CASSESE, vol. 4 (Milano: Giuffrè, 2007): 43-45. Circa il carattere essenzialmente giurisdizionale del processo amministrativo preparatorio di decisioni amministrative negli USA, cfr. MEDAUAR, *A processualidade no direito administrativo* (La processualità nel diritto amministrativo).

⁷² Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA, *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*.

⁷³ Per quanto concerne le espressioni “*processo amministrativo*” e “*procedimento amministrativo*” in Brasile, O. MEDAUAR (Medauar, "O princípio da razoável duração do processo administrativo" – Il principio della durata ragionevole del procedimento amministrativo, in *Atuais rumos do processo administrativo – Tendenze attuali del procedimento amministrativo*, organizzato da O. MEDAUAR; V. R. SCHIRATO. (San Paolo: RT, 2010): 44) perviene all'affermazione secondo cui «la resistenza all'uso del vocabolo *processo* nel campo della Pubblica Amministrazione, che si spiega in virtù del timore di ingenerare una certa confusione col processo giurisdizionale, perde la propria consistenza nel momento in cui si accoglie l'idea di processualità ampia, ovvero la processualità associata all'esercizio di qualsiasi potere statale. Di conseguenza, si ha processo giurisdizionale, processo legislativo, processo amministrativo, ossia, il processo riceve l'aggettivazione proveniente dal potere o funzione di cui è strumento. L'aggettivazione, in siffatta maniera, consente di specificare a quale ambito di attività statale si riferisca un determinato processo». L'eccezione, invece, è fatta propria da C. A. BANDEIRA DE MELLO (Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo - Corso di diritto amministrativo*. 21.ed. (San Paolo:

Il sistema dei Paesi dell'Europa continentale, in particolare quello francese e quello tedesco, adottato dal Brasile sino all'avvento della Repubblica, parte da una premessa diversa, secondo la quale la tappa di preparazione delle decisioni amministrative non presuppone un processo dalle caratteristiche proprie del *due process of law*, essendo sufficiente che vi sia un procedimento previo in occasione del quale l'interessato sia ascoltato, benché si configuri, ivi, una conduzione inquisitoria, ad opera di autorità amministrative scevre di indipendenza⁷⁴. Tale visione riconduce a una giurisdizione piena, con un procedimento dotato delle garanzie del giusto processo solamente nell'ambito di una struttura giudiziaria e specializzata.

Pertanto, è facile percepire come il Brasile abbia adottato solo in parte il modello nordamericano, avendolo ristretto al sistema giudiziario di giurisdizione unica, il quale, peraltro, non si mostra compatibile col paradigma europeo-continentale del procedimento amministrativo previo, in cui le decisioni amministrative, nella pratica, non mantengono nessuna aderenza alle garanzie del *due process of law*.

22. Duplicità di giurisdizioni amministrative in Brasile?

Si potrebbe immaginare, in Brasile, una duplicità di giurisdizioni: una nella

Malheiros, 2006): 465), il quale, pur ammettendo la correttezza dell'espressione "processo amministrativo", ha preferito insistere nell'utilizzo dell'espressione "procedimento amministrativo", più che altro per ragioni di ossequio alla tradizione del diritto amministrativo. Diogo Freitas do Amaral (Diogo Freitas do Amaral, *Curso de direito administrativo* - Corso di diritto amministrativo. vol. 2 (Coimbra: Almedina, 2009): 289-298), in Portogallo, dà notizia del fatto che l'espressione "processo amministrativo gratuito" è stata sostituita dalla dicitura "procedimento amministrativo"; egli fa salvo, peraltro, il fatto per cui non si nega, con ciò, la natura processuale del procedimento amministrativo. Cita M. CAETANO, M. GUEDES, R. MACHETE e A. XAVIER quali fautori della tesi processualista del procedimento amministrativo. In senso contrario, MANUEL MARÍA DIEZ (PEDRO ABERASTURY; MARÍA ROSA CILURZO, *Curso de procedimiento administrativo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998): 17): «Algunos autores usan los términos proceso y procedimiento como sinónimos. Esta posición es insostenible, ya que no se pueden identificar ambas instituciones ignorando el problema que presentan».

⁷⁴ Sulla visione per cui, nella sfera amministrativa, non si concepisce un'autorità indipendente e pienamente imparziale, si veda A. GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, 3.ed., (Buenos Aires: Macchi, 1998): IX-5. Secondo CASSAGNE (*El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, 66-72), è importante tenere in considerazione, in gran parte dei Paesi ibero-americani, la proibizione in virtù della quale l'Esecutivo non può esercitare funzioni giurisdizionali, il che sarebbe fondato sul disposto dell'art. 243 della Costituzione di Cádiz del 1812. Cassagne, nella medesima opera (Cassagne, ibid.), fa riferimento alla giurisdizione amministrativa primaria negli USA, cosa che risulterebbe incomprensibile nel diritto amministrativo ibero-americano.

fase preparatoria delle decisioni amministrative, l'altra in quella della tutela giudiziale dei diritti. Ciò perché la Costituzione prescrive il *due process of law* per i processi amministrativi (extragiudiziari), e la tutela giudiziale effettiva, così com'è concepita dalla giurisprudenza, si configura nel senso più ampio possibile⁷⁵. Tuttavia, questa duplicità di giurisdizioni si è rivelata essere meramente apparente, per lo meno ad oggi.

Nonostante il riconoscimento, da parte del legislatore, dell'idea per cui l'imparzialità è inherente al *due process of law* nei processi amministrativi (extragiudiziari)⁷⁶, in linea generale non vi è previsione legislativa di prerogative che garantiscono indipendenza alle autorità titolari di poteri decisionali. Tale mancanza d'indipendenza conduce a un'imparzialità meramente formale, come nei casi, nient'affatto rari, in cui un *processo (extragiudiziale)* sanzionatorio venga definito dal dirigente di un'autorità pubblica, e la commissione giudicante sia composta da funzionari subordinatigli gerarchicamente⁷⁷. E non vi sono garanzie legislative neppure in merito al fatto che le fasi investigative e decisionali del *processo amministrativo (extragiudiziale)* vengano condotte da rappresentanti diversi dell'autorità pubblica.

È, pertanto, comprensibile che il diritto di difesa non sia effettivo, e che le ulteriori garanzie procedurali previste dalla legge non siano, quasi mai, applicate dalle autorità. Inoltre, il Giudiziario stesso ufficializza tale sensazione, inserendo questi *processi* nella sfera giudiziale, sopportando alle defezioni formali e avanzando nel contenuto delle decisioni amministrative, senza che l'autorità debba essere adita affinché dirima nuovamente le questione. Esempio vivo di ciò è rappresentato dalla nozione per cui l'istanza previa non è condizione d'accesso alla tutela giurisdizionale. Questo fenomeno, che si osserva anche in altri Paesi, dà luogo a una situazione di comodo facente capo alle autorità per quanto

⁷⁵ R. M. MARTINS, nel "O conceito científico de processo administrativo" (*Il concetto scientifico del processo amministrativo*). Revista de Direito Administrativo, vol. 235 (gen./mar. 2004): 373, segnala che «per una deviazione, d'altro canto, a cui, intenzionalmente o non intenzionalmente, hanno dato luogo esponenti della dottrina, detta logica è stata spezzata: si dà all'individuo, per lo meno nell'ordinamento brasiliano, il diritto di vedere instaurati due processi giusti, uno nell'ambito dell'Amministrazione e l'altro nell'ambito del Giudiziario. Si indaga, allora, per scoprire se il procedimento amministrativo fosse già giusto - un procedimento, questo, in cui tutte le garanzie pretese dall'umanità affinché si giunga a una decisione giusta siano state osservate -, giacché si rende necessaria la possibilità d'instaurazione di un nuovo processo nell'ambito del Giudiziario».

⁷⁶ Art. 18 a 21 della Legge del procedimento amministrativo (Legge nº 9.784, del 29 gennaio 1999).

⁷⁷ S. FERRAZ & A. DALLARI, *Processo administrativo* (Processo amministrativo). 2.ed. (San Paolo: Malheiros, 2007): 138.

attiene alle formalità necessarie per l'instaurazione di un processo extragiudiziale effettivo.

Si completa, allora, un circolo vizioso che alimenta l'incremento di controversie giudiziali, ed essendo, nella pratica, il *processo amministrativo* (extragiudiziale) più formale che reale, il Giudiziario finisce per divenire l'unica giurisdizione alla portata degli interessati; per cui, ecco che ne deriva una revisione giudiziale ampia. È la dottrina stessa a indicare il Giudiziario, quale valvola di sfogo contro decisioni amministrative parziali e prive di indipendenza⁷⁸.

Tutto ciò conduce alla conclusione per cui, in realtà, non esiste, nel diritto brasiliano, una duplicità di giurisdizioni amministrative.

23. La mancanza di effettività del *processo amministrativo (extragiudiziale)* in relazione ai processi amministrativi in sviluppo dinanzi ai tribunali

In un modello ideale, quanto più è attuato il processo amministrativo (extragiudiziale), minore sarà il campo d'attuazione del Giudiziario, dal momento che – in un panorama favorevole all'interessato – la domanda giudiziale tenderà ad essere presentata solo in seguito ad esaurimento della sfera amministrativa. In un tale scenario, non vi sarebbe alcuna differenza tra “istanza amministrativa previa” e “processo amministrativo (extragiudiziale) previo”: in entrambi i casi, la decisione definitiva all'interno della sfera amministrativa costituisce condizione necessaria per l'accesso alla giustizia. Nel processo (giudiziale), la revisione avrebbe quasi carattere deliberatorio, limitata all'osservanza della ragionevolezza e dei diritti fondamentali da parte delle autorità.

Peraltro, in una realtà in cui il processo amministrativo (extragiudiziale) non possiede le garanzie del *due process of law*, in cui la legalità cede il passo a logiche di subordinazione gerarchica, in cui il Giudiziario assorbe funzioni tipiche delle autorità pubbliche, oltre ad essere titolare di poteri rivolti a rivisitare *in totum* quanto deciso amministrativamente (il che è pur sempre una negazione del processo amministrativo stragiudiziale stesso), risulta comprensibile che la fase procedimentale amministrativa venga relegata in secondo piano, essendo considerata meramente facoltativa, quale condizione per accedere al giudizio. In un tale contesto, anche la stessa istanza amministrativa previa tende a divenire facoltativa, quale condizione di accesso alla giustizia.

Ne consegue l'impressione che, se alla fine tutto viene comunque definito

⁷⁸ FERRAZ & DALLARI, *Processo administrativo* (Processo amministrativo).

dal potere giudiziario, gli aspetti procedurali dell'azione amministrativa non costituiscono il punto focale del processo (innanzi ai tribunali), essendo parte del caso materiale in questione, per cui i vizi formali del processo amministrativo (extragiudiziale) e la valutazione fattuale in esso prodotta assumeranno rilievo solo ed esclusivamente qualora dovessero, ad opinione del giudice, rilevare per la soluzione del caso.

In tal modo, ad esempio, non si dovrebbe annullare un processo amministrativo (extragiudiziale) per vizio formale qualora l'interessato non sia in grado di dimostrare, sin dall'inizio, la fondatezza dell'istanza di fondo che sarebbe definita in un processo amministrativo formalmente valido; si reputa normale considerare pregiudicato il processo amministrativo (extragiudiziale) in funzione dell'interposizione di una misura giudiziale⁷⁹.

Insomma, nella pratica, il processo amministrativo (extragiudiziale) diviene dispensabile da parte del giudice. Il giudice non è più il soggetto che assicura protezione ai diritti individuali, attraverso un processo originariamente a carico di autorità amministrative le quali, dal canto loro, non richiederebbero

⁷⁹ Art. 38 della Legge n° 6.830: «La discussione giudiziale del Debito Attivo (*Dívida Ativa*) dell'Erario Pubblico è ammissibile solo in esecuzione, ai sensi di questa Legge, fatte salve le ipotesi di “*mandado de segurança*” (cfr. nota n. 43 del presente testo), azione di ripetizione dell'indebito e azione di annullamento dell'atto dichiarativo del debito, quest'ultima preceduta da deposito preparatorio dell'ammontare del debito, corretto monetariamente e incrementato di interessi e multa, e degli ulteriori gravami previsti. Paragrafo Único – La proposizione, da parte del contribuente, dell'azione prevista in questo articolo, comporta rinuncia al potere di ricorrere nella sfera amministrativa e desistenza dal ricorso eventualmente promosso» (nostro corsivo). Art. 126, comma 3º della Legge n° 8.213: «Contro le decisioni dell'Istituto Nazionale per la Sicurezza Sociale-INSS, nei processi di interesse dei beneficiari e dei contribuenti della Sicurezza Sociale, potrà presentare ricorso il Consiglio per i Ricorsi della Previdenza Sociale, ai sensi di quanto disposto dal Regolamento (Redazione ad opera della Legge n° 9.528, del 10 dicembre 1997). [...] comma 3º L'esercizio, da parte del beneficiario o contribuente, di azione che abbia quale oggetto richiesta identica a quella su cui verte il procedimento amministrativo comporta rinuncia al diritto di ricorrere nella sfera amministrativa e desistenza dal ricorso proposto». Incluso dalla Legge n° 9.711, del 20 novembre 1998 (nostro corsivo). Decreto n° 3.048/99, art. 307: «la proposizione, da parte del beneficiario, di azione giudiziale avente quale oggetto richiesta identica a quella su cui verte il procedimento amministrativo comporta rinuncia al diritto di ricorrere nella sfera amministrativa e desistenza dal ricorso proposto (Redazione ad opera del Decreto n° 6.722, del 30 dicembre 2008, nostro corsivo)». A tale proposito, si veda Corte Suprema Federale del Brasile, RE 233.582/RJ (sentenza del 17 agosto 2008): «Il diritto costituzionale di petizione e il principio di legalità non implicano la necessità di esaurimento previo delle vie amministrative per la discussione giudiziale circa la validità del credito iscritto nel Debito Attivo dell'Erario Pubblico. È costituzionale l'art. 38, par. unico, della Legge n° 6.830 (Legge di Esecuzione Fiscale - LEF), il quale dispone che la proposizione, da parte del contribuente, dell'azione prevista in quest'articolo [azioni destinate alla discussione giudiziale circa la validità del credito iscritto nel debito attivo] comporta rinuncia al potere di ricorrere nella sfera amministrativa e desistenza dal ricorso eventualmente proposto».

l'intervento del potere giudiziario, ma iniziano a dipendere da quest'ultimo, convenientemente.

Si tratta di un quadro che deve, necessariamente essere rivisto.

In situazioni in cui il processo amministrativo (extragiudiziale) viene instaurato d'ufficio (*ex officio*) e a favore del diritto di difesa contro decisioni restrittive, se l'autorità non è in grado di assicurare un giusto processo, l'effetto pratico dovrà essere equiparato a quello di un'omissione capace, tra l'altro, di dar luogo a prescrizione, essendo illegittimo che il potere giudiziario, a detimento degli interessati, sostituisca le autorità amministrative e modifichi un processo amministrativo (extragiudiziale) formalmente invalido mediante argomenti di diritto sostanziale, specialmente nell'ambito di un processo instaurato dagli interessati stessi, con palese offesa alla parità di mezzi, alla congruenza, all'ampia difesa e contraddittorio.

Dimostrata la totale impossibilità materiale e strutturale delle autorità nel promuovere un processo amministrativo (extragiudiziale) giusto, a pro della loro stessa azione dovrebbero esse, al più, postulare a un giudice (seppure a mezzo di una difesa fondata su argomenti di diritto materiale) il riconoscimento degli effetti concreti dei loro poteri d'imperio, il che potrebbe in certi casi, pur trattandosi di una singolare inversione di ruoli, essere considerata l'unica alternativa percorribile, corroborando così l'idea, qui spregiativa, di uno Stato giudizialista.

D'altra parte, trattandosi di un'istanza amministrativa o di un processo amministrativo (extragiudiziale) su iniziativa degli interessati, qualora l'autorità non sia in grado di offrire un procedimento effettivo, l'effetto pratico dovrebbe essere quello della giudizializzazione *in toto* della domanda, dal punto di vista procedimentale e del contenuto fattuale e giuridico, trasferendosi al Giudiziario, in senso invertito, il ruolo proprio di un'autorità amministrativa

24. Esempi che si avvicinano all'idea di *due process of law* nella fase extragiudiziale

Vi sono esempi, che configurano eccezione nell'ordinamento giuridico brasiliano, i quali s'avvicinano al modello delle autorità indipendenti, in cui funzionari e incaricati di pubblico servizio risultano essere titolari di prerogative

volte a un'attività esplicata con effettiva indipendenza. Si menzionino, a tal proposito, i consigli dei contribuenti, in materia tributaria⁸⁰; i Tribunali dei Conti⁸¹; il Tribunale Marittimo⁸²; il Consiglio Nazionale di Giustizia, con funzione disciplinare nei confronti dei giudici⁸³; gli organi collegiali delle corti nell'esercizio di funzioni amministrative⁸⁴; le agenzie regolatrici, dotate di autonomia amministrativa e finanziaria⁸⁵.

Benché in nessuno dei suddetti casi esista una separazione tra le funzioni di investigazione e quelle di decisione, le quali continuano ad essere concentrate nella stessa autorità e nel medesimo rappresentante dell'autorità, le rivendicazioni fatte valere contro statuzioni amministrative di tali organi non sono solite

⁸⁰ Si veda il Decreto n° 70.235, del 6 marzo 1972 (dispone in merito al procedimento amministrativo tributario, e stabilisce ulteriori provvedimenti).

⁸¹ Legge n° 8.443, del 16 luglio 1992 (dispone in merito alla Legge Organica del Tribunale dei Conti dell'Unione, e stabilisce ulteriori provvedimenti).

⁸² Legge n° 2.180, dell' 05 febbraio 1954 (dispone in merito al Tribunale Marittimo).

⁸³ Legge n° 11.364, dell' 26 ottobre 2006 (dispone in merito alle attività di appoggio al Consiglio Nazionale di Giustizia, e stabilisce ulteriori provvedimenti).

⁸⁴ Art. 7º, 13, VI e 151 a 153 del Regolamenti Interni del Corte Suprema Federale del Brasile e Art. 5º, 38, 175, II, dal 182 al 184 e dal 289 al 300 del Regolamenti Interni del Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile.

⁸⁵ Legge n° 9.427, del 26 dicembre 1996 (istituisce l'Agenzia Nazionale di Energia Elettrica - ANEEL, disciplina il regime delle concessioni dei servizi pubblici di energia elettrica, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 9.472, del 16 luglio 1997 (dispone in merito all'organizzazione dei servizi di telecomunicazioni, circa la creazione e il funzionamento di un organismo regolatore e ulteriori aspetti istituzionali, nei termini della Legge Costituzionale n° 8, del 1995); Legge n° 9.478, del 6 agosto 1997 (dispone in merito alla politica energetica nazionale, circa le attività relative al monopolio del petrolio, istituisce il Consiglio Nazionale per le Politiche Energetiche e l'Agenzia Nazionale del Petrolio, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 9.782, del 26 gennaio 1999 (definisce il Sistema Nazionale di Sorveglianza Sanitaria, crea l'Agenzia Nazionale di Sorveglianza Sanitaria, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 9.961, del 28 gennaio 2000 (istituisce l'Agenzia Nazionale di Sanità Supplementare – ANS, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 9.984, del 17 luglio 2000 (dispone in merito alla creazione dell'Agenzia Nazionale delle Acque - ANA, entità federale di implementazione della Politica Nazionale di Risorse Idriche e di coordinamento del Sistema Nazionale di Gestione delle Risorse Idriche, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 10.233, del 05 giugno 2001 (dispone in merito alla ristrutturazione dei trasporti idrici e terrestri, crea il Consiglio Nazionale di integrazione delle Politiche di Trasporto, l'Agenzia Nazionale dei Trasporti Terrestri, l'Agenzia Nazionale dei Trasporti Acquatici e il Dipartimento Nazionale di Infrastruttura dei Trasporti, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Misura Provvisoria n° 2.228-1, del 06 settembre 2001 (stabilisce principi etici per la Politica Nazionale per il Cinema, crea il Consiglio Superiore per il Cinema e l'Agenzia Nazionale del Cinema - ANCINE, istituisce il Programma di Appoggio allo Sviluppo del Cinema Nazionale - PRODECINE, autorizza la creazione di Fondi di Finanziamento dell'Industria Cinematografica Nazionale - FUNCINES, modifica la legislazione attinente al Contributo per lo Sviluppo dell'Industria Cinematografica Nazionale, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 11.182, del 27 settembre 2005 (crea l'Agenzia Nazionale di Aviazione Civile – ANAC, e stabilisce ulteriori provvedimenti); Legge n° 10.411, del 26 febbraio 2002 (modifica e aggiunge dispositivi alla Legge n° 6.385, del 7 dicembre 1976, che dispone in merito al mercato di valori mobiliari, e crea la Commissione per i Valori Mobiliari).

trovare accoglimento in processi giurisdizionali intentati presso le corti.

In sede amministrativa (extragiudiziale), le corti, oltre a funzioni giurisdizionali, esercitano altresì funzioni amministrative, emanando pertanto decisioni amministrative, e i responsabili per tali determinazioni sono i giudici stessi, titolari di incarico vitalizio e di prerogative idonee a far sì ch'essi agiscano con sufficiente indipendenza; le loro decisioni interpretano la Costituzione, garantiscono ampia difesa e contraddittorio effettivi⁸⁶. D'altra parte, pur rappresentando un eccellente esempio di indipendenza, le decisioni amministrative prese da giudici nell'esercizio di funzioni non giurisdizionali si scontrano con una situazione alquanto singolare. Qualora l'interessato volesse impugnarla giudizialmente, la corte competente a giudicare sarebbe la stessa che aveva definito la questione amministrativamente. Si tratta di una fattispecie, mai commentata, che non assicura il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva. I giudici nell'esercizio della giurisdizione amministrativa non sarebbero provvisti di sufficiente imparzialità per poter statuire in merito alla validità o meno delle loro stesse determinazioni, emanate in fase extragiudiziale.

Altro esempio di autorità che operano con una certa dose di indipendenza è dato dalle agenzie regolatrici, dotate di struttura autonoma, i cui organi decisionali sono composti da membri titolari di prerogative. Alcune di queste agenzie, sempre esplicando funzione di regolamentazione del mercato, istituiscono procedimenti amministrativi nell'ambito dei quali soggetti interessati presentano domande contro le entità regolate, ponendosi quale obiettivo quello dell'ottemperanza a norme amministrative.

25. Nuove prospettive per una giurisdizione amministrativa effettiva in Brasile

Si è sottolineato che la Costituzione Federale del 1988 ha ribadito l'intenzione di seguire il modello nordamericano, con un sistema di giurisdizione unica e di decisioni amministrative precedute da procedimento. Appare altresì chiaro che un giusto processo (extragiudiziale) previamente alle decisioni amministra-

⁸⁶ L'unica eccezione si configura qualora i tribunali, nell'ambito di processi amministrativi (non giudiziali), reputano sussistere la necessità di procedere ad un'analisi incidentale, da parte loro, di norma amministrativa emanata da organo giudiziale al quale essi debbano subordinazione gerarchica disciplinare, come nel caso di una risoluzione del Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ) o del Consiglio di Giustizia Federale (CJF) valutata da un Tribunale Regionale Federale. In tali fattispecie, l'indipendenza è relativa.

tive contribuirebbe a dar luogo a una riduzione delle domande giudiziali ripetitive.

Il rafforzamento delle entità amministrative, con l'istituzione di un modello in linea al concetto di autorità amministrative indipendenti (quasi giudiziali), con la previsione legislativa di prerogative e di investitura fondata sulla qualificazione tecnica, costituisce, nell'attuale congiuntura, un vero e proprio imperativo costituzionale, specialmente in ragione della clausola del *due process of law* applicabile alle decisioni amministrative.

Oltretutto, esempi sempre più frequenti di autorità indipendenti sono rinvenibili oramai ovunque, a prescindere dal modello di giurisdizione amministrativa adottato. Si citano in questa sede il sistema interamericano per i diritti umani, con la *Ley Modelo Interamericana sobre Acceso a la Información Pública*⁸⁷, il sistema africano dei diritti umani, con il Codice Modello sull'Accesso all'Informazione per l'Africa⁸⁸, e Stati Europei che presentano una crescente tendenza all'istituzione di organismi di controllo indipendenti.

Le giustificazioni addotte a sostegno dell'istituzione di autorità dotate di tali caratteristiche paiono coincidere con lo scenario della realtà brasiliana: (i) necessità che le autorità amministrative applichino e interpretino norme costituzionali e comunitarie discordanti, non sincronizzate rispetto a quelle nazionali, e (ii) corti e giudici saccenti, affetti da una certa superbia, e non specializzati⁸⁹.

Per finire, quanto qui proposto in nulla coincide con il contenzioso amministrativo extragiudiziale istituito dalla legge costituzionale n. 7 del 1977, nei confronti del quale s'è registrata, giustamente, una reazione generalizzata, in ragione della manifesta incostituzionalità insita nell'idea della creazione di organi amministrativi, senza la previsione di una loro effettiva indipendenza⁹⁰.

26. Considerazioni finali

Il sistema brasiliano di giurisdizione amministrativa è attualmente un sistema in fase di transizione, che sta passando da un modello inquisitorio, per quel che attiene alle decisioni amministrative e ai relativi ricorsi possibili, ad un

⁸⁷ Organization of American States (Organizzazione Degli Stati Americani), *Model Inter-American Law on Access to Information* (Modello Inter-americana di legge sull'accesso all'informazione / *Accesso all'informazione*) (2010).

⁸⁸ Africa Commission On Human And Peoples' Rights, *Model Law on Access to Information for Africa* (2013).

⁸⁹ PERLINGEIRO, "A codificação do direito à informação na América Latina", 147-175.

⁹⁰ R. PERLINGEIRO, *Execução contra a Fazenda Pública* (Esecuzione contro la Pubblica Amministrazione) (San Paolo: Malheiros, 1999): 44-49 .

sistema facente cardine sulle garanzie del *due process of law*.

Di fatto, in Brasile non risulta ancora consolidata la nozione di giusto processo amministrativo (exragiudiziale). In realtà, ciò che si può osservare è una serie di procedimenti inquisitorii travestiti da processi extragiudiziari, diretti da autorità scevre di qualsivoglia indipendenza, i quali, conseguentemente, e in compenso, sfidano un potere giudiziario dagli ampi poteri, che, per parte sua, sovente, sostituisce la decisione dell'autorità amministrativa con giudizi di merito, se lo ritiene appropriato o necessario.

Peraltro, via via che le autorità pubbliche si rafforzano, propiziando indipendenza e qualificazione adeguate, la tendenza è nel senso di un progressivo svuotamento del potere giudiziario. Innanzitutto, perché non v'è più litigiosità artificiale e obbligatoria. In secondo luogo in ragione del fatto che, con autorità indipendenti, aumenta il grado qualitativo, e gli errori si ridimensionano, ciò accrescendo la credibilità del sistema nel suo complesso.

In questo senso, ci troveremmo in una situazione assai diversa rispetto a quella tracciata nella parte introduttiva del presente testo, senza la necessità di esecuzioni tributarie innanzi alle corti, senza la necessità che il Giudiziario riveda integralmente le decisioni amministrative, e senza gran parte delle domande ripetitive fondate sull'interpretazione di norme e leggi.

Nei rari esempi in cui il diritto brasiliano pare avvicinarsi ad un *processo amministrativo* (exragiudiziale) maggiormente rafforzato, la possibilità di revisione giudiziale ampia persiste ancora, pur essendo ridondante, soprattutto in ragione d'una mancanza di comprensione di tutto quest'ingranaggio.

L'apertura democratica avutasi con l'avvento della Costituzione del 1988, con la sanzione delle garanzie del *due process of law* nei procedimenti amministrativi e giudiziari, ha dato il là a una valanga di domande stagnanti, specialmente nel Giudiziario – che è rinato all'insegna di forti garanzie di indipendenza.

Prima, il sistema inquisitorio nella sfera amministrativa si adattava a un sistema giudiziario limitato e vulnerabile, in altre parole, prevaleva un sistema di giurisdizione amministrativa incompatibile con lo Stato di Diritto. Ora, il Giudiziario che si erge, in ragione di garanzie esplicite, finisce per assorbire la giurisdizione amministrativa di cui, solo timidamente, si occupano le autorità amministrative.

In un sistema come quello brasiliano, in cui si impone il *due process of law* nei processi amministrativi extragiudiziari, è grave l'omissione per quanto riguarda l'istituzione di autorità amministrative indipendenti. Tuttavia, in loro assenza, non esiste davvero altra soluzione che non quella consistente nell'affidare la totalità delle diatribe amministrative al Giudiziario.

27. Conclusioni

Rappresenta una mera scelta politica di ciascuno Stato definire in quale ramo dello Stato e in che momento (previo o successivo all'inizio dell'esplicarsi degli effetti della decisione amministrativa) la giurisdizione debba essere concentrata, risultando coerente con lo Stato di Diritto la risoluzione di controversie tramite decisioni amministrative, a patto che queste ultime promanino da un *due process of law* che contempli, tra le altre garanzie, il diritto ad un'autorità dotata di indipendenza effettiva, i cui membri non accumulino funzioni investigative e decisionali.

In virtù della clausola della tutela giurisdizionale effettiva, e al fine di evitare una duplicità di giurisdizioni tra la fase giudiziale e quella extragiudiziale a cui si sottopone l'azione amministrativa – il che tra l'altro sarebbe dispendioso e contrario al principio della certezza del diritto –, la protezione di diritti presso le corti può, nella pratica, limitarsi all'osservanza dei principi fondamentali dello Stato, come accade nel caso di revisione giudiziale limitata (*delibazione*), tipica dei processi di riconoscimento di decisioni straniere, siano esse giudiziali o arbitrali, che coinvolgano anche delle autorità.

Si tratta di una conclusione ispirata ai sistemi di *judicial review* del Regno Unito, dell'Australia e, specialmente, degli Stati Uniti, sui quali il diritto brasiliano si è poggiato nel periodo dell'avvento della Repubblica, nel 1891, per istituire il sistema giudiziario unico, pur senza l'esatta comprensione del significato della portata di un *due process of law* nella fase (non giudiziale) preparatoria di decisioni amministrative, nonché degli strascichi lasciati per quanto riguarda la tappa giudiziale della tutela dei diritti.

A proposito, il diritto brasiliano, nel corso del sec. XX, è sempre rimasto vincolato a livello ombelicale alla nozione continentale europea secondo cui la fase preparatoria delle decisioni amministrative consiste in un procedimento (non propriamente in un processo), e che la giurisdizione avente ad oggetto conflitti amministrativi ha luogo esclusivamente nella fase giudiziale, il che, peraltro, è maggiormente coerente col sistema giudiziario dualista di giurisdizione che non con il sistema unico adottato dal Brasile.

Una proposta realista atta a diminuire la giudizializzazione esasperata delle controversie amministrative sarebbe quella del rafforzamento del processo amministrativo extragiudiziale e previo alle decisioni amministrative iniziali, processo che verrebbe allora condotto da funzionari pubblici con formazione giuridica, selezionati in modo trasparente, esclusivamente sulla base di un criterio

incentrato sulla qualificazione tecnica, inamovibili dalla funzione decisoria (fatto salvo il caso di integrazione di un illecito disciplinare), non subordinati gerarchicamente in ragione dell'attribuzione decisionale, e che non accumulassero la loro attività con la funzione investigativa, in maniera da non caratterizzare condotta inquisitoria.

Limitare lo spazio e l'importanza al potere giudiziario quale fulcro, centro dell'attenzione, e cercare alternative alla litigiosità eccessiva sulla base di una riforma strutturale dell'Amministrazione (cominciando dalla mentalità del funzionario o incaricato di pubblico servizio) – un'Amministrazione oggi invero maggiormente ossequiosa al principio di gerarchia che non ai diritti fondamentali –, è un qualcosa che non è ancora stato tentato, in questo Paese.

Abbreviazioni

ANA - Agenzia Nazionale delle Acque

ANAC - Agenzia Nazionale di Aviazione Civile

ANCINE - Agenzia Nazionale del Cinema

ANEEL - Agenzia Nazionale di Energia Elettrica

ANTT - Agenzia Nazionale per il Trasporto Terrestre [Agência Nacional de Transporte Terrestre]

CJF - Consiglio di Giustizia Federale [Conselho Federal de Justiça]

CNJ - Consiglio Nazionale di Giustizia [Conselho Nacional de Justiça]

CPC - Codice di Procedura Civile [Código de Processo Civil]

FUNCINES - Fondi di Finanziamento dell'Industria Cinematografica Nazionale

LDO - Lei de Diretrizes Orçamentárias

PAD - Processo Administrativo Disciplinar

PRODECINE - Programma di Appoggio allo Sviluppo del Cinema Nazionale

STF - Supremo Tribunal Federal

TRF - Tribunal Regional Federal

Bibliografia

Aberastury, Pedro & Cilurzo, M. Rosa. *Curso de procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

Achem, Daniel Wunder. "Processos administrativos reivindicatórios de direitos sociais: dever de decidir em prazo razoável vs. silêncio administrativo". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C* (Procedimenti

amministrativi rivendicativi di diritti sociali: dovere di decidere entro un termine ragionevole vs. silenzio amministrativo. *Rivista di Diritto Amministrativo & Costituzionale - A&C*, anno 14, n.56, Belo Horizonte: Editora Fórum, 147-175, 2014.

Africa Commission on Human And People' Rights. *Model Law on Access to Information for Africa*, 2013. Consultato il 28 Gennaio 2016, <http://bit.ly/1xKH0qm>.

Amaral, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo* (Corso di diritto amministrativo). vol. 2, Coimbra: Almedina, 2009.

Asimow, Michael. "Five Models of Administrative Adjudication". *Forthcoming* vol. 63, *American Journal of Comparative Law*, 2015. Consultato il 13 Febbraio 2016, <http://bit.ly/1yp8y4i>.

Blanke, Hermann-Josef. "Demandas Repetitivas na Jurisdição Administrativa Alemã". In *Seminário Demandas Repetitivas na Justiça Federal* (Domande Ripetitive nella Giurisdizione Amministrativa Tedesca In Seminario Domande Ripetitive nella Giustizia Federale) vol. 29, 1.ed. Brasília: Conselho de Justiça Federal (Consiglio di Giustizia Federale), 67-82, 2014. Cassagne, Juan Carlos. "El procedimiento administrativo y el acceso a la justicia", In *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, organizzato da Pedro Aberastury & H. Blank, Buenos Aires: Universidad Buenos Aires, 2012.

Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ). *Justiça em números: 2014* (Giustizia in numeri: 2014) (anno base 2013). Brasília: CNJ, 2014.

Idem, *Justiça em números: 2013* (anno base 2012). Brasília: CNJ, 2013.

Consultor Jurídico. "CNJ disponibiliza manuais ensinando a usar o PJe". *Revista Consultor Jurídico* (CNJ rende disponibili manuali che insegnano a utilizzare il PJe. Rivista Consulente Giuridico), gen. 2014. Consultato il 20 Giugno 2016, <http://www.conjur.com.br/2014-jan-23/cnj-disponibiliza-manuais-ensinando-usar-processo-judicial-eletronico>.

Duarte, Fernanda. "A execução é uma questão de justiça?" *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* (L'esecuzione è una questione di giustizia? *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* (Rivista della Sezione Giudiziaria di Rio de Janeiro), vol. 13, Rio de Janeiro, 45-58, 2005.

Equipe ADV. "SUS: interferência de juízes na saúde gera divergências" (l'interferenza di giudici nella sanità dà luogo a divergenze). *COAD*, 27 Aprile 2009. Consultato il 17 Novembre 2014, <http://bit.ly/1usNwBj>.

- Erdelyi, Maria Fernanda. "Proposta de execução fiscal da Fazenda é alvo de críticas". *Revista Consultor Jurídico* (Proposta di esecuzione fiscale del Tesoro è bersaglio di critiche. Rivista Consulente Giuridico), nov. 2007.
- Falcão, Joaquim.; Cerdeira, Pablo Camargo; Arguelhes, Diego Werneck I. *Relatório Supremo em números*: o múltiplo supremo (Relazione Suprema in numeri: il multiplo supremo). Rio de Janeiro: FGV, 2011.
- Ferraz, Sérgio & Dallari, Adilson. *Processo administrativo* (Processo amministrativo). 2.ed. San Paolo: Malheiros, 2007.
- Forti, Iorio Siqueira D'Alessandri. "Acesso desnecessário ao poder judiciário como óbice ao acesso à justiça: a (im)prescindibilidade do prévio requerimento em face da administração pública para caracterização do interesse processual de agir na visão dos tribunais superiores" (Accesso non necessario al potere giudiziario quale impedimento all'accesso alla giustizia: la (im)prescindibilità della richiesta previa nei confronti della Pubblica Amministrazione per la caratterizzazione dell'interesse processuale ad agire, secondo la visione dei tribunali superiori). Dissertazione (Laurea Magistrale in Diritto Processuale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università dello Stato di Rio de Janeiro, Prestato in agosto 2011.
- Gomes, Luiz Flávio. Juiz que investiga não pode julgar (Giudice che investiga non può giudicare). *JusBrasil*, 2010. Consultato il 1 Ottobre 2014, <http://bit.ly/1tXuyO7>.
- González García, Julio V. *El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América*, Madrid: McGrawHill, 1996.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, 3.ed., Buenos Aires: Macchi, 1998.
- Greco, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna* (Giurisdizione volontaria moderna). San Paolo: Dialética, 2003.
- Idem, *O processo de execução* (Il processo di esecuzione). vol. 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Greco, Leonardo; Perlingeiro, Ricardo; Carneiro, A. G.; Zavascki, Teori A.; Calmon Filho, P. "Esboço de anteprojeto de lei sobre a execução contra a Fazenda Pública" (Bozza di pre-progetto di legge sull'esecuzione contro l'Erario Pubblico, In *Cadernos IBDP Reformas Legislativas* (Quaderni IBDP Riforme Legislative), organizzato da Petrônio Calmon Filho. vol. 5, 65-66. Brasília: Istituto Brasiliano di Diritto Processuale, 2008.
- Grinover, Ada Pellegrini et al. "Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – Para Ibero-América" (Codice Modello di

- Processi Amministrativi" – Giudiziale e Stragiudiziale – per l'Ibero-America). *Revista Eletrônica de Direito Processual* (Rivista Elettronica di Diritto Processuale), vol. X, n. 10. Rio de Janeiro, 360-383, 2012.
- Janot, Rodrigo. "Lentidão da Justiça onera Estado e prejudica sociedade". *Revista Consultor Jurídico* (Lentezza della Giustizia onera lo Stato e reca pregiudizio alla società. Rivista Consulente Giuridico), giu. 2014.
- Liebman, Enrico Túlio. *Processo de execução* (Processo di esecuzione). 5.ed. San Paolo: Saraiva, 1986.
- Martins, Ricardo Marcondes. "O conceito científico de processo administrativo"(Il concetto scientifico del processo amministrativo). *Revista de Direito Administrativo*, vol. 235, 321-381, genn./mar. 2004.
- Medauar, Odete. "O princípio da razoável duração do processo administrativo", In *Atuais rumos do processo administrativo* (Il principio della durata ragionevole del procedimento amministrativo, In Tendenze attuali del procedimento amministrativo, organizzato da Odete Medauar & V. R. Schirato.). San Paolo: RT, 2010.
- Idem, *A processualidade no direito administrativo* (La processualità nel diritto amministrativo). 2.ed. San Paolo: Malheiros, 2008.
- Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo* (Corso di diritto amministrativo). 21.ed. San Paolo: Malheiros, 2006.
- Napolitano, Giulio. "I grandi sistemi del diritto amministrativo", In *Corso di diritto amministrativo*, organizzato da Sabino Cassese, vol. 4, 23-71. Milano: Giuffrè, 2007.
- Organization of American States (Organizzazione Degli Stati Americani - OSA) (2010). *Model Inter-American Law on Access to Information* (Modello Inter-americana di legge sull'accesso all'informazione / *Accesso all'informazione*). Consultato il 28 Gennaio 2016, http://www.oas.org/dil/access_to_information_model_law.htm.
- Perlingeiro, Ricardo & Greco, Leonardo. "A jurisdição administrativa no Brasil", In *Código de jurisdição administrativa, o modelo alemão - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*, a cura di Ricardo Perlingeiro; H.-J.Blanke; K.-P. Sommermann. (La giurisdizione amministrativa in Brasile, In Codice di giurisdizione amministrativa, il modello tedesco - *Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)*), a cura di Ricardo Perlingeiro; Hermann-Josef Blanke; Karl-Peter Sommermann, 1.ed., 61-76. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- Perlingeiro, Ricardo & Sommermann, Karl-Peter. *Euro-American Model*

Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. (Codice Modello Euro-Americanico di Giurisdizione Amministrativa). Niterói: Editora da UFF, lug. 2014.

Perlingeiro, Ricardo et al. "Código modelo de cooperação interjurisdiccional para Ibero-América" (Codice modello di cooperazione inter-giurisdizionale per l'Ibero-America). *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, vol. 11, Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2^a Região / RJ, 9-48, mar. 2009.

Perlingeiro, Ricardo. "A codificação do direito à informação na América Latina" (La codificazione del diritto all'informazione in America Latina). *Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C*, anno 14, n. 56. Belo Horizonte: Editora Fórum, apr./giu. 2014.

Idem, "Considerações sobre a reforma do Poder Judiciário" (Considerazioni sulla riforma del Potere Giudiziario). *Revista CEJ*, vol. 23, 73-76, Brasília, 2003.

Idem, "Cooperação jurídica internacional e auxílio direito" (Cooperazione giuridica internazionale e ausilio diretto). *Revista CEJ*, vol. 32, Brasília-DF, gen./mar. 2006.

Idem, "Novas perspectivas para a judicialização da saúde no Brasil" (Nuove prospettive per la giudizializzazione della salute in Brasile). *Scientia Iuridica*. Tomo LXII, n. 333, 519-539. Braga/Portugal: Universidade do Minho, 2013. Consultato il 20 giugno 2016, <http://ssrn.com/abstract=2363398>.

Idem, "Princípio da isonomia e a Administração Pública em Juízo" (Princípio dell'isonomia e Pubblica Amministrazione in Giudizio). *Revista de Informação Legislativa* (Rivista di Informazione Legislativa), vol. 43, n. 169, Brasília-DF: Senado Federal, 7-12, gen./mar. 2006.

Idem, *Execução contra a Fazenda Pública* (Esecuzione contro la Pubblica Amministrazione). San Paolo: Malheiros, 1999.

De Pretis, Daria. "La giustizia amministrativa", In *CORSO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO*, a cura di Sabino Cassese, vol. 4, 315-316. Milano: Giuffrè, 2007.

Restrepo Medina, M. A. "Incidencia de las disfunciones de los procedimientos administrativos en la congestión de la justicia administrativa colombiana: análisis y propuestas de solución" (L'incidenza del cattivo funzionamento dei procedimenti amministrativi nella congestione della giustizia amministrativa colombiana: analisi e proposte di soluzione), In *Sistemas de garantías de los ciudadanos ante las administraciones públicas* (Sistemi

di garanzie dei cittadini difronte alle amministrazioni pubbliche), coordinato da M. Z. Pulito & M. A. Restrepo Medina, 37- 52. Madrid: Iustel, 2010.

Rocha, Carmen Lúcia Antunes. "Princípios Constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro". *Revista de Informação Legislativa* (Principi Costituzionali del processo amministrativo nel Diritto brasiliano. Rivista di Informazione Legislativa), vol. 34, n. 136, 5-28, ott/dic. 1997.

Saddy, André. *Silêncio administrativo no direito brasileiro* (Silenzio amministrativo nel diritto brasiliano). 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Sarmento, Daniel. "Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete" (Interpretazione costituzionale, pre-comprendere e capacità istituzionali dell'interprete). In *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*, organizzato da C. P. de Souza Neto, D. Sarmento & G. Binembojn. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

Idem, *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais* (Per un costituzionalismo inclusivo: Storia costituzionale brasiliana, Teoria della Costituzione e Diritti Fondamentali) . Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010.

Silva, Fábio de Souza. "Discretionariedade técnica e direito à saúde: confiança como limite para o controle judicial" (Discrezionalità tecnica e diritto alla salute: fiducia come limite per il controllo giudiziale). Tesi Dottorato in Sociologia e Diritto, Facoltà di Giurisprudenza, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014.

Souza, Michael Roberto de. "A relação entre precedente judicial e súmula vinculante". Dissertação de bacharel em Direito (La relazione tra precedente giudiziale e precedente vincolante. Dissertazione di laureando in Giurisprudenza). Università Statale di Maringá, Maringá, 2009.

Tribunale Superiore di Giustizia del Brasile (Superior Tribunal de Justiça). "Sequestro de verbas públicas em favor de doente grave é tema de repercussão geral" (Sequestro di fondi pubblici a favore di malato grave è tema di ripercussione generale). *Notícias STF*, 19 nov. 2012. Consultato il 1 ottobre 2014, <http://bit.ly/1EMthj8> .

Idem, *Processos submetidos ao rito dos Recursos Repetitivos do STJ* (Processi sottoposti al rito dei Ricorsi Ripetitivi del STJ).

Vasconcellos, Marcos de. "Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz". *Revista Consultor Jurídico* (Ministri del STJ sono contrari all'esecuzione fiscale senza giudice. Rivista Consulente Giuridico), 8 giu. 2012. Consultato il 1 ottobre 2014, <http://bit.ly/1DsMY2u>

Ziller, Jacques. "Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne". *Revue Française de Droit Administratif*, 5, 901-906, 2010.

Decisioni giudiziarie

Commissione Interamericana dei Diritti Umani (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), *Caso Reinaldo Figueroedo Planchart v. Venezuela*. Caracas, (sentenza del 13 aprile 2000). Consultato il 22 giugno 2016, <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Venezuela11298.htm>.

Consiglio Nazionale di Giustizia (CNJ), Richiesta di Provvedimenti n° 0000749-61.2011.2.00.0000 (sentenza del 30 agosto 2011). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1qMeXB5>.

Corte Interamericana dei Diritti Umani, *Caso Carlos Alberto Mohamed v. Argentina* (sentenza del 23 novembre 2012).

Idem, *Caso Oscar Enrique Barreto Leiva v. Venezuela* (sentenza del 17 Novembre 2009).

Corte Suprema Federale del Brasile (Supremo Tribunal Federal), ADI 2.390 (sentenza del 24 febbraio 2016). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/1x9A3N9>.

Corte Suprema Federale del Brasile (Supremo Tribunal Federal), RE 469.247/MG (sentenza del 17 febbraio 2012). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1l2cgHr>.

Idem, ADI 2.652-6/DF (sentenza del 8 of marzo 2003). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/14ufcfq>.

Idem, ADI 2139 (sentenza del 13 marzo 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/29gARPK>.

Idem, ADI 395 (sentenza del 17 marzo 2007). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/14udi4G>.

Idem, ADPF 45/DF (sentenza del 29 april 2004). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/298rrpX>.

Idem, ADPF 45 MC/DF, (sentenza del 29 april 2004). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1CWvwzt>.

Idem, AI 800.892 Agr/BA (sentenza del 12 marzo 2013). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1qMfcfl>.

Idem, MS 22.801/DF, (sentenza del 17 dicembre 2007). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/1BCghR9>.

Idem, MS 23.639/DF (sentenza del 16 novembre 2000). Consultato il 22

giugno 2016, <http://bit.ly/1xKDXys> .
Idem, MS 28.003/DF (sentenza del 8 febbraio 2012). Consultato il 30 giugno 2016,<http://bit.ly/29uqHYc> .
Idem, RE 22.961/DF (sentenza del 3 settembre 1953).
<http://bit.ly/29dqhJ5> . Accessed 30 Giugno 2016.
Idem, RE 233.582/RJ (sentenza del 17 agosto 2008). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/296tvtR> .
Idem, RE 594.296/MG (sentenza del 21 settembre 2011). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/297OYEQ> .
Idem, RE 631.240/MG (sentenza del 3 settembre 2014). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/VPy4kh> .
Idem, RE 674.663/SP (sentenza del 28 agosto 2012).
Idem, Ripercussione Generale nel RE 601.314, (sentenza del 22 ottobre 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1yJtUYJ> .
Idem, RMS 26.029/DF (sentenza del 11 marzo 2014).
Idem, RMS 24.699 (sentenza del 30 novembre 2004). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1qMfdQj> .
Idem, RMS 31.661/DF (sentenza del 10 dicembre 2013).
Idem, Revista Trimestral de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ), vol. 164, 158-161 (1998).
Idem, Revista Trimentral de Jurisprudência (RTJ), vol. 175, 1212-1213 (2001).
Idem, Sospensione di Ingiunzione 690/DF (julgamento em 29 maggio 2013). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/11syW1L> .
Idem, STA 36-8 (sentenza del 10 marzo 2010).
Forum Nazionale dei Tribunali Speciali Federali. Enunciati FONAJEF, 2016. Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/28ZaY2k> .
Superiore Tribunale di Giustizia del Brasile (Superior Tribunal de Justiça), REsp 859.914/PB (2006/0124067-0) (sentenza del 25 maggio 2010). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1rgvKfv> .
Idem, MS 13.356/DF (sentenza del 11 settembre 2013).
Idem, MS 13.545/DF (2008/0099246-5) (sentenza del 29 ottobre 2008).
Idem, MS 15.598/DF (sentenza del 28 settembre 2011).
Idem, Recurso Especial 1.104.775/RS (sentenza del 24 giugno 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1wtMaq9> .
Idem, Resp. 1.217.234/PB, (sentenza del 14 agosto 2013). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1vNJm7h> .
Idem, REsp 1.138.206/RS (sentenza del 9 agosto 2010). Consultato il 27

giugno 2016, <http://bit.ly/1FDnsb5> .
Idem, Aggravio Statutario nel REsp 1.343.550/PR (sentenza del 4 aprile 2013). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1woCzz9> .
Idem, Resp 1.246.443/PR (sentenza del 23 agosto 2011). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/ZNUJiT>.
Idem, MS 14.958/DF (sentenza del 12 marzo 2010).
Idem, MS 14.959/DF (sentenza del 23 febbraio 2011).
Idem, MS 17.231/RS (sentenza del 20 novembre 2013).
Idem, Resp 1.246.443/PR (sentenza del 23 Agosto 2011).
Idem, RESP 200802374017 (1.101.040) (sentenza del 16 giugno 2009). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/ZGRedM> .
Idem, Resp 640.460/RJ (sentenza del 11 settembre 2007). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/12cwo88> .
Tribunale Regionale Federale brasiliano della 1ª Regione (Tribunal Regional Federal da 1ª Região) AMS 2003.32.00.001789-6/AM (Pubblicato il 14 dicembre 2007).
Idem, REO 1998.01.00.040163-2/RR (Pubblicato il 24 marzo 2000)
Idem, AI 64051-69.2011.4.01.0000 (Sentenza del 28 giugno 2013).
Tribunale Regionale Federale brasiliano della 2ª Regione (Tribunal Regional Federal da 2ª Região), APELRE 447594 (Pubblicato il 21 agosto 2009).
Idem, AMS 9102079615 (Pubblicato il 25 novembre 1993).
Idem, AC 2003.51.03.002508-3 (sentenza del 16 dicembre 2008). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1q7mSOy>.
Idem, AC 335.562 (sentenza del 29 ottobre 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1wtLRM8> .
Idem, APELRE 483.998 (sentenza del 27 settembre 2010). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/29dImIi> .
Idem, AC 556.318 (processo n° 0000222-03.2008.4.02.5106) (sentenza del 3 marzo 2016). Consultato il 30 giugno 2016, <http://bit.ly/1tLlKBo> .
Tribunale Regionale Federale brasiliano della 4ª Regione (Tribunal Regional Federal da 4ª Região), Appello in MS 96.04.62285-4 (sentenza del 1 dicembre 1997). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1q7i6R5> .
Idem, AC 200970080005827 (sentenza del 16 dicembre 2009). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1woDejR> .
Tribunale Regionale Federale brasiliano della 5ª Regione (Tribunal Regional Federal da 5ª Região), AC 292.304/PB (sentenza del 15 dicembre 2003). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1x9v7b7> .
Idem, AC 381.740/PB (sentenza del 1 dicembre 2011). Consultato il 27

giugno 2016, <http://bit.ly/1qMewGJ> .
Idem, AC 485.785/PE (sentenza del 19 novembre 2009). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1y6OtOY> .
Idem, AC 533.100/RN (sentenza del 24 aprile 2012). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1usTbY6> .
Idem, AC 502.241/RN (sentenza del 8 febbraio 2011). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/11sxrRb> .
Idem, AC 542.694/PB (sentenza del 26 giugno 2012). Consultato il 27 giugno 2016, <http://bit.ly/1FDoO5y> .
Idem, AC470464/PB, (sentenza del 24 agosto 2013). Consultato il 27 giugno 2016, <http://www.trf5.jus.br/cp/cp.do> .
Idem, AC 200584000065869 (sentenza del 8 novembre 2005). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/14udxGK> .
Idem, Appello Civile n° AC520230 (sentenza del 26 luglio 2012). Consultato il 22 giugno 2016, <http://bit.ly/1pBfIW> .

Finito di stampare nel mese di dicembre 2017