

2018
n. 1

P.A. Persona e Amministrazione

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

ISSN 2610-9050



1506
UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI URBINO
CARLO BO

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; Lorian 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 Bertozzi, 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 Gruner, 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 Clini
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

I – SEZIONE MONOGRAFICA

SANDRO AMOROSINO, Procedimenti e decisioni amministrative in materia di attività economiche	p. 7
LUCA BERTONAZZI, Il trattamento processuale dell'incompetenza e dei vizi ad essa assimilati	p. 17
MARIA CRISTINA CAVALLARO, Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione	p. 33
SERGIO PERONGINI, Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimentale	p. 59
FABRIZIO TIGANO, Determinazioni di revoca dei finanziamenti pubblici	p. 71

II – STUDI

SALVATORE CIMINI, Buona fede e responsabilità da attività provvedimentale della P.A.	p. 91
BIAGIO GILIBERTI, Contributo alla riflessione sulla natura giuridica delle concessioni di pubblico servizio	p. 111
ISABEL HERNÁNDEZ SAN JUAN, La producción y consumo sostenible y la reducción del desperdicio alimentario como una de sus metas	p. 125
MATTEO MICHELETTI, Osservazioni sul mutamento del significato dell'applicazione dei principi del diritto privato all'azione amministrativa alla luce dei recenti sviluppi del diritto pubblico, e sulla sua problematicità	p. 149
NINO PAOLANTONIO, Tipicità della determinazione amministrativa e fonti	p. 165
GEROLAMO TACCOGNA, Applicabilità dei principi del diritto privato al procedimento amministrativo?	p. 185
DIRK UWER, MICHAEL SCHRAMM, The Transposition of the CSR Directive into German Commercial Law. The promotion of Corporate Social Responsibility by Means of non-Financial Corporate Reporting.....	p. 197

III – OPINIONI E RECENSIONI

LUCA R. PERFETTI, Sul valore normativo della persona. Appunti su Aldo Moro giurista nel quarantennale dell'omicidio	p. 225
---	--------

DONATO VESE, Appunti sul metodo di Feliciano Benvenuti	p. 239
GIANLUCA ROMAGNOLI, Condizionamenti pubblicistici al funzionamento delle società a partecipazione pubblica (d. lgs. n. 175/2016)	p. 265
VITTORIO DOMENICHELLI, Le Società pubbliche: prospettive, elasticità dei modelli e responsabilità	p. 277
MASSIMILIANO BELLAVISTA, Recensione a Flaminia Aperio Bella, Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione	p. 281
FRANCESCO ROTA, La gestione del rischio nel contrasto alla corruzione: interventi specifici e qualità dell'amministrazione	p. 285

I

SEZIONE MONOGRAFICA

SANDRO AMOROSINO

Professore ordinario all'Università di Roma la Sapienza
presso il Dipartimento di Economia e Diritto dell'Università di Roma la Sapienza

samorosino@tiscali.it

PROCEDIMENTI E DECISIONI AMMINISTRATIVE IN MATERIA DI ATTIVITÀ ECONOMICHE

ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS AND PUBLIC BODIES DECISIONS CONCERNING ECONOMY

SINTESI

I procedimenti amministrativi che si concludono con decisioni in materia di attività economiche sono di diversi tipi. Il primo tipo è costituito da provvedimenti di regolamentazione generale o di programmazione, infrastrutturale, economica o territoriale. Le procedure di formazione prevedono la partecipazione delle comunità o degli operatori interessati. Il secondo tipo è costituito da procedure e decisioni su casi singoli, anche tecnicamente complessi (ad esempio riguardanti la tutela dell'ambiente). Molto spesso le leggi si limitano ad indicare obiettivi e quindi le amministrazioni hanno ampi poteri di scelta su come raggiungerli. Le decisioni "economiche" devono essere tempestive, proporzionali, tecnicamente fondate, discusse con gli interessati, prevedere gli effetti dell'attività economica, rispettose della concorrenza.

ABSTRACT

There are several administrative proceedings and public bodies powers on economic activities. There are different categories. The first are regulatory measures (general or infrastructural, economic and local planning); the proceedings provide for participation of the communities or of the interested enterprises. The second are proceedings and powers on individual cases, frequently showing some complexity (for example about the protection of the environment); frequently, applicable laws do not provide precise rules, therefore, public bodies are entitled with wide discretion. Decisions concerning economy shall be timely, proportional, technically grounded, discussed with the interested parties, in compliance with the competition, and they must foresee the effects of the economic activities.

PAROLE CHIAVE: Procedura amministrativa, decisione, attività economica, spatium decidendi, tecnofinanza.

KEYWORDS: Administrative Procedure, Decision, Economic Activity, Spatium Decidendi, Fintech.

INDICE: 1. Atti precettivi generali e provvedimenti singolari ad incidenza economica – 2. Predeterminazione normativa e decisione amministrativa: variabili e complicazioni – 3. Uso di concetti giuridici indeterminati da parte del legislatore ed ampiezza dello «*spatium decidendi*» delle amministrazioni – 4. I parametri delle decisioni amministrative «economiche».

1. Atti precettivi generali e provvedimenti singolari ad incidenza economica

Data la vastità del tema – gran parte delle decisioni amministrative, autoritative o consensuali, hanno un’incidenza economica rilevante – appare indispensabile delimitare il campo d’indagine.

In via stipulatoria ed empirica si può convenire di lasciar fuori le decisioni di politica economica e fiscale generale¹, siano esse contenute in atti normativi (come la legge di bilancio) o di indirizzo politico² (ad esempio: in materia di contrasto all’evasione fiscale), perché in entrambi i casi sono esterne alla sfera del procedimento amministrativo.

Nell’ambito così delimitato vengono innanzitutto in rilievo alcuni tipi di fattispecie, provvedimentali e contrattuali, tra loro molto *eterogenei*, che sono tuttavia accomunati da due elementi formali e due sostanziali.

Primo: sono atti *generali* (nel senso classico, gianniniano³ a contenuto precettivo⁴, i quali possono avere funzioni diverse – di regolamentazione (ad esempio: i regolamenti della CONSOB o le Istruzioni di vigilanza della Banca d’Italia), oppure di programmazione (i piani territoriali o quelli di sviluppo) o, programmatica, sempre nel senso gianniniano⁵ (come l’accordo tra il MEF e l’ACRI⁶, in rappresentanza delle fondazioni di origine bancaria; oppure i piani strategici metropolitani)⁷.

Secondo: sono la risultante di una procedura amministrativa, o sostanzial-

¹ F. FORTE, *Principles of Public Economic*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2010.

² E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, II ed., Padova, Cedam, 2018.

³ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, III ed. Milano, Giuffrè, 1993, vol. II.

⁴ M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Le fonti del diritto amministrativo* Annuario 2015 dell’AIPDA, Napoli, ESI, 2016.

⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell’economia*, Bologna, Il Mulino, 1995.

⁶ M. CLARICH, *Il protocollo d’intesa tra MEF e ACRI, ovvero uno strumento inedito di regolazione consensuale*, in *Giorn. Dir. Amm.* n. 3/2015, p. 295 ss..

⁷ G. PERULLI, *Il piano strategico metropolitano*, Torino, Giappichelli, 2015.

mente amministrativa (come i regolamenti: v. *infra*) o, comunque, «ad evidenza amministrativa», a fini di trasparenza e di partecipazione (come nel caso degli accordi⁸ sostitutivi di provvedimento: ad esempio i contratti di programma).

Terzo: presentano tutti una componente di scelta politico-amministrativa, sovente fondata su basi tecniche, o condizionata da strutture tecnocratiche.

Quarto: hanno una rilevante incidenza diretta su un mercato o segmento di mercato o categoria di imprese. Anche sotto questo profilo si possono fare degli esempi di attualità: il regolamento che prevede un unico organismo di vigilanza sui consulenti finanziari, sia quelli indipendenti che quelli dipendenti da intermediari finanziari (ciò che, data la sproporzione numerica, «svalorizza» i consulenti «puri»); l'assegnazione di contributi pubblici per lo svecchiamento del parco camion nazionale anche a coloro che «esportano» (o fanno finta di esportare) gli automezzi obsoleti (assegnazione che danneggia la filiera ecologica virtuosa della rottamazione e riciclaggio); la tipizzazione dei diversi «contesti» nell'ambito di un piano paesaggistico, che può comportare l'assoluta intransformabilità⁹ della forma del territorio in alcune parti dell'ambito considerato; la conformazione delle società *in house* da parte dell'ANAC¹⁰.

Veniamo, poi, al vastissimo ambito dei provvedimenti *singolari*. Dovendo anche qui discernere rilevano innanzitutto quelli ad *oggetto complesso*, sovente caratterizzati da almeno una di queste due connotazioni: la *finanziarietà* (vale a dire la centralità del contenuto finanziario dell'operazione che si intende realizzare) e la *spazialità* (l'incidenza su ampi contesti territoriali, ambientali e paesaggistici).

Sono due determinanti individuate da Abbamonte¹¹, perché la finanza ed il territorio sono risorse finite, e quasi sempre scarse (un esempio è la controversa vicenda del nuovo stadio della Roma nella quale vi è un evidente *trade-off* tra la remuneratività dell'investimento, il consumo di suolo, l'impatto potenziale sul paesaggio, il concorso della finanza pubblica).

⁸ G. SCIULLO, *Teoria e dogmatica degli accordi amministrativi* in AA.VV., *Azione amministrativa e azione impositiva tra autorità e consenso*, a cura di S. CIVITARESE MATTEUCCI e L. DEL FEDERICO, Milano, Giuffrè, 2010; sulla scarsa fortuna dell'istituto P.L. PORTALURI, *Considerazioni (forse in)attuali sugli accordi di diritto amministrativo* in *Riv. Giur. Ed.* 2015, II, p. 147 ss..

⁹ Sia consentito il rinvio a S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma/Bari, Laterza, 2010.

¹⁰ N. PAOLANTONIO, *Tipicità della funzione amministrativa e fonti*, relazione al Convegno *Ἐκλέγειν La dinamica della determinazione oltre i concetti tradizionali di potere e volontà*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Urbino il 9-10 febbraio 2017; sulla disciplina di questo istituto v. ora C. CONTESSA, *Il nuovo in house providing* in R. GAROFOLI e G. FERRARI *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma 2016, p. 1023 ss..

¹¹ G. ABBAMONTE, *Programmazione e amministrazione per settori organici*, Napoli, 1982.

Un altro connotato che può contraddistinguere queste procedure è l'*intersettorialità*, che si riscontra anche in fattispecie *convenzionali* (come i progetti di riqualificazione urbana, nei quali coesistono profili finanziari, edilizi, di recupero del territorio e di realizzazione di infrastrutture pubbliche); fattispecie, queste, che sono, in tutta Europa, campo privilegiato del Partenariato Pubblico Privato¹².

Viceversa la sola dimensione della finanziarietà – *sub specie* cogente della crisi di liquidità e/o della grave disfunzionalità della gestione economica – viene in rilievo nei provvedimenti di amministrazione straordinaria di banche, assicurazioni, intermediari finanziari, cooperative, medie e grandi imprese.

Analogo discorso vale per i provvedimenti sanzionatori, potenzialmente di forte impatto monetario, irrogati da *tutte* le autorità indipendenti di *regolazione economica* (dall'AGCM all'AGCOM, alle autorità di vigilanza, «finanziarie» o sui servizi pubblici).

È appena il caso di aggiungere che implicazioni patrimoniali immediate hanno anche i provvedimenti, o moduli convenzionali, «semplici»: autorizzatori, concessori, di affidamento, sovvenzionatori ed anche di attestazione costitutiva di qualità o qualificazione giuridica e – specularmente – i provvedimenti di revoca dei benefici¹³.

2. Predeterminazione normativa e decisione amministrativa: variabili e complicazioni

Le attività economiche – pubbliche e private – costituiscono un'oggetto privilegiato delle procedure e poi delle determinazioni amministrative.

Da questa angolazione «economicistica» la sequenza idealtipica ed unilineare – predeterminazione normativa¹⁴ → processo di formazione delle scelte amministrative → formalizzazione di esse in *decisioni* – appare in molti casi inadeguata e “scavalcata” da una realtà multiforme e cangiante.

La revisione critica dell'intera tematica dei procedimenti – che ha caratterizzato un decennio di convegni dell'Università di Urbino – fornisce materiali utili ad affrontare questa complicazione, perché favorisce un approccio *interpla-*

¹² S. AMOROSINO, *Governo del territorio. Scenari economici ed innovazioni amministrative*, Napoli, Jovene, 2016.

¹³ F. TIGANO, *Determinazioni di revoca dei finanziamenti pubblici in materia di patti territoriali e tutela giurisdizionale*, relazione al Convegno di Urbino, *cit.*.

¹⁴ Su cui v. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 268 ss..

nare; da svolgersi, cioè, contemporaneamente su più piani di ragionamento.

Soprattutto nelle «materie economiche» il procedimento è divenuto un *percorso amministrativo ad ostacoli* che solo in qualche caso ha una direzione predefinita, seppure di massima; alcune volte ha delle tappe o passaggi intermedi obbligati, ma altre volte è ad itinerario libero o comunque flessibile; un percorso ch'è guidato in teoria dal precedente, ma è condizionato dal *concorso di fattori eterogenei* – tra i quali vi è *anche* il potere del decisore (ma sovente vi sono livelli e poteri diversi di codecisione, europea, nazionale e regionale, sino alla vera e propria *coamministrazione*)¹⁵. Si «scaricano», infatti, sulla procedura, e concorrono in misura variabile al formarsi della scelta (la *determinazione*), fattori della più diversa natura: si va da indirizzi – normativi o politico-amministrativi – (quando esistono); alla compresenza di interessi pubblici, spesso confliggenti, i cui rappresentanti si confrontano nell'*arena pubblica*, la quale è sovente multilivelli, come gli «anelli» di uno stadio; all'acquisizione – più o meno selettiva, o «orientata»¹⁶ – di elementi di fatto e di interessi; ad analisi e valutazioni tecniche (che anch'esse possono essere imposte e sviluppate in modo diverso: si pensi alle procedure di controllo sulla gestione); alla cultura ed all'atteggiamento delle amministrazioni (ch'è determinante¹⁷), sovente insensibili al diritto d'impresa; sino alle variabili esterne condizionanti, come le campagne mediatiche o le interferenze giudiziarie, o le strumentalizzazioni «politicanti» che continuamente si verificano (ad esempio i casi dell'ILVA, dell'infestazione degli ulivi da parte della Xylella, della realizzazione del porto turistico di Imperia o del terminale del TAP, il gasdotto transadriatico); interferenze pregiudizievoli delle quali mai nessuno risponde¹⁸.

In questo contesto – al quale, specie in materia economica, è *immanente* la variabile *tempo* – *può* accadere che si formi la determinazione amministrativa, ma anche che la procedura finisca in stallo, ed, infine, nella «non decisione».

Sono *comportamenti amministrativi* qualificabili, a seconda dei casi, come *disfunzioni* o *funzioni negative*; in teoria superabili con il silenzio assenso, ma in pratica non sufficientemente contrastati a causa di mille vischiosità, non ultime la «riluttanza» dei G.A. a risarcire i danni da ritardo o da diniego illegittimo¹⁹ e quella dei governi ad imporsi.

¹⁵ B.G. MATTARELLA, *Procedimento e atti amministrativi* in AA.VV., *Diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI, Milano, Giuffrè, 2013.

¹⁶ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 228.

¹⁷ S. CASSESE, L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, Il Mulino, 2015.

¹⁸ V. da ultimo F. ELEFANTE, *La responsabilità dello Stato e dei giudici da attività giurisdizionale*, Napoli, Jovene, 2016.

¹⁹ A. POLICE, *Determinazione amministrativa e responsabilità amministrativa*, relazione al Convegno di Urbino, *cit.*

Non sempre – quindi – si giunge alla *determinazione amministrativa* «economica» (ch'è la scelta sostanziale, il *noumenon*) la quale *può* trovare – ma non è detto che accada, a causa della citata fuga dalle responsabilità – la sua *formalizzazione*, il suo *fenomeno* (nella storica formulazione di Benvenuti ²⁰), nella *decisione* amministrativa.

Inoltre, come sappiamo (da Police²¹, e prima da Scoca²²), si possono avere diversi *gradi successivi di predeterminazione* della decisione amministrativa, come avvenne – ad esempio – nel 2002-2003, con successive do successive riunioni del c.d. «Comitatone» per la salvaguardia di Venezia, per quanto riguardava le dighe mobili, il MOSE²³.

Anche le decisioni amministrative «definitive» sono spesso il presupposto di provvedimenti «a cascata»; si pensi solo a provvedimenti generali a forte contenuto finanziario, quali l'approvazione, da parte del CIPE, dell'elenco delle infrastrutture da finanziare effettivamente nell'anno finanziario; o l'assegnazione di contributi pubblici a particolari settori; o il piano triennale delle opere pubbliche²⁴.

In tutti questi casi si innescano procedimenti attuativi «a gettata multipla».

In sintesi: il potere amministrativo di decisione è frammentato come in un caleidoscopio, nel quale le configurazioni geometriche mutano volta a volta.

3. Uso di concetti giuridici indeterminati da parte del legislatore ed ampiezza dello «spatium decidendi» delle amministrazioni

Dagli esempi che precedono si ricava la percezione della non riconducibilità di molti procedimenti ad oggetto economico ad un modello unico, né tanto meno lineare.

Innanzitutto perché l'esistenza di una predeterminazione normativa della decisione è particolarmente incerta.

Nelle materie economiche il legislatore sovente indica, in modo generico (*per nomina*), degli obiettivi (ad esempio: la «sana e prudente gestione» delle banche), o utilizza concetti indeterminati o fissa dei parametri (ad esempio: il *price cap* nei

²⁰ F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo* in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1952, p. 126 ss..

²¹ A. POLICE, *La predeterminazione della scelta amministrativa*, Napoli, ESI, 1997.

²² F.G. SCOCA, *Contributo al tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

²³ Sia consentito il rinvio a S. AMOROSINO, *Il governo delle acque*, Roma, Donzelli, 2003.

²⁴ P.L. PORTALURI, *Pianificazione, programmazione e progettazione* in R. GAROFOLI-G. FERRARI, *La nuova disciplina* cit..

servizi di interesse generale) da precisarsi in sede tecnica. La rilevanza delle valutazioni tecniche – com'è noto – è particolarmente significativa nelle attività economiche. I giudizi tecnici non sono oggettivi, ma presentano diversi gradi di verificabilità, attendibilità, probabilità. Falsificabilità²⁵ ed anche di obsolescenza in rapporto all'evoluzione scientifica e tecnologica (quali sono – ad esempio – e per quanto tempo «valgono» le migliori tecniche disponibili per contenere le emissioni inquinanti di uno stabilimento industriale?).

Ed ancora: le continue invenzioni della tecnofinanza rendono difficilmente calcolabili²⁶ le scelte.

Ed il legislatore, soprattutto quello europeo, per padroneggiare la tecnica ricorre ad una graduazione di atti precettivi: dai regolamenti di primo e secondo livello, alle direttive generali ed attuative, alle comunicazioni della Commissione (ad esempio: sugli interventi pubblici nelle crisi bancarie²⁷).

L'indeterminazione delle scelte legislative è dunque fisiologica, obbligata, in molte delle materie economiche perché il livello della decisione dev'essere forzatamente quello amministrativo – di indirizzo o di programmazione o del caso singolo – ma sempre necessariamente con riguardo al concreto contesto di un certo mercato, o settore merceologico, o servizio, o progetto.

Specularmente è particolarmente ampio lo *spatium decidendi* delle amministrazioni, a cominciare dalle regolamentazioni secondarie o *terziarie* di tipo tecnico (fondate su coefficienti o *standards*), chiamate a dare corpo sostanziale alle indicazioni legislative.

Anche sotto questo profilo le regolazioni dei mercati finanziari sono, per così dire, all'«avanguardia»: le Autorità di supervisione hanno un'amplissima libertà di manovra nel «riempire» di contenuti precettivi le formule legislative.

Siamo sicuramente al di là della discrezionalità «tradizionale».

Ad esempio: con Istruzioni di vigilanza (n. 285/2013), la Banca d'Italia ha indicato il modello di *governance* da adottarsi dalle società bancarie²⁸, con ciò di fatto limitando l'autonomia di scelta tra i diversi modelli societari delineata nel codice civile (ben oltre la *decodificazione*, di cui parlava Irti decenni fa, siamo alla riconfigurazione di un concetto cardine come quello di autonomia privata²⁹ delle società bancarie).

²⁵ G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 276-77.

²⁶ v. da ultimo N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli, 2016; AA.VV. *Fintech*, a cura di M.T. PARACAMPO, Torino, Giappichelli, 2017.

²⁷ A. DE ALDISIO, *Le nuove regole europee sulla risoluzione. L'intervento pubblico tra Scilla e Cariddi* in *An. Giur. Econ.* n. 2/2016

²⁸ S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, Cedam, 2016.

²⁹ R. CALDERAZZI, *Decisione e scelte economiche oltre i concetti tradizionali di potere e autonomia privata*, relazione al Convegno di Urbino, *cit.*

È da aggiungere, su un altro versante, che non solo i regolamenti «ordinari» ma anche i regolamenti di delegificazione sono in realtà «prodotti» schiettamente amministrativi perché il loro contenuto è definito in sede ministeriale o interministeriale o, al peggio, nel «preconsiglio dei ministri», pur se è poi sottoposto alla valutazione della Conferenza Unificata e (per fortuna) al parere del Consiglio di Stato ed a quello delle Commissioni parlamentari «di riferimento», sino all'approvazione finale da parte del Governo (il quale accoglie, o meno, i rilievi o le richieste di modifiche a seconda di quel che suggeriscono le direzioni generali o gli uffici legislativi ministeriali).

4. I parametri delle decisioni amministrative «economiche»

Per quel che riguarda la determinazione del contenuto della decisione dell'amministrazione – provvedimentale o convenzionale che sia – è da chiedersi quali sono i parametri ricorrenti, le *invarianti*, che debbono informare le scelte riguardanti le attività economiche.

Schematizzando se ne possono individuare otto.

Le prime quattro sono comuni a tutti i campi dell'azione amministrativa, ma sono particolarmente cogenti in campo economico:

I) la *tempestività* della decisione³⁰ (ad esempio: il protrarsi pluriennale di una procedura di VIA relativa ad un impianto fotovoltaico determina il danno dovuto all'esaurirsi delle agevolazioni pubbliche);

II) la *proporzionalità*³¹ della decisione. Sotto questo profilo viene in rilievo l'obbligo per la P.A. di indicare le modifiche o condizioni indispensabili ai fini dell'assenso, che non debbono rendere economicamente insostenibile il progetto d'intervento.

In caso di inaccoglibilità della richiesta l'amministrazione decidente ha un dovere rafforzato di motivazione: il diritto di proprietà e d'impresa sono certo subordinati alla tutela della dignità della persona, della salute, della sicurezza, dell'ambiente e del patrimonio culturale, ma bisogna argomentare, nell'assumere la determinazione, l'eventuale incompatibilità dell'iniziativa economica con la tutela stessa;

III) il *meccanismo di superamento dell'inerzia* costituito dalla generalizzazione

³⁰ A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, relazione al Convegno di Urbino, *cit.*.

³¹ D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità* in AA.VV., *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA E F. SAIITA, Milano, Giuffrè, 2012, p. 389 ss..

del *silenzio assenso*³² (della cui efficacia «risolutiva» è lecito peraltro dubitare)³³;

IV) la *negozialità*, intesa come attitudine – *ratione materiae* – a formare previamente oggetto di *negoziiazione* tra l'amministrazione decidente, le altre amministrazioni intervenienti ed il privato proponente.

Altre quattro *invarianti* sono invece caratterizzanti soprattutto delle decisioni amministrative «economiche».

V) Vi è innanzitutto l'egemonia della *tecnicità* o del *tecnicismo*.

Le determinazioni che riguardano attività economiche si fondano molto spesso su valutazioni tecniche complesse³⁴, le quali – ad onta delle risalenti schematizzazioni dottrinali – sovente sono tutt'altro che neutrali ed oggettive, ma riflettono, a loro volta, l'approccio ed i valori di chi imposta le regole o le procedure tecniche.

VI) Viene poi la *previsionalità*.

In molti casi la determinazione è frutto anche di una valutazione previsionale dell'esito e degli effetti del progetto (economico) presentato. Viene qui in rilievo il principio di *prevenzione*, soprattutto nelle attività cui è consustanziale un rischio; ad esempio: in materia di autorizzazioni all'esercizio dell'attività bancaria, la Banca d'Italia (cui – è da notare – spetta l'istruttoria e la proposta, ma non più la decisione, che è passata alla BCE), valuta la plausibilità economico-finanziaria del piano industriale presentato.

E, una volta iniziata l'attività, la società bancaria si deve dotare, a titolo precauzionale, di un piano di risanamento per l'eventualità di situazioni critiche³⁵.

Analogo discorso può farsi anche per altri settori, come le concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche³⁶ (nelle quali viene valutato il piano economico-finanziario).

VII) Ulteriore *invariante* è la valutazione di conformità della decisione da assumere alle regole di tutela della concorrenza (c.d. *compliance* di corretta concorrenzialità).

Viene dunque in rilievo la determinante costituita dalla «costituzione

³² V. VARONE, *SCLA e silenzio assenso come istituti di semplificazione* in AA.VV., *Il nuovo procedimento amministrativo dopo la riforma della P.A.* a cura di F. FRENI E M. NUNZIATA, Milano, Giuffrè, 2016, p. 29 ss..

³³ Si rinvia al Capitolo VI, *La ripresa delle attività economiche ed il freno delle disfunzioni amministrative*.

³⁴ M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 148-9.

³⁵ M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012.

³⁶ G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico finanziario* in AA.VV., *Studi sui principi ...*, cit., p. 561 ss..

economica europea»³⁷ e dalla normazione della Comunità ed ora dell'UE³⁸, che dovrebbe rappresentare un parametro preliminare e cogente ai fini della determinazione del contenuto delle decisioni in gran parte delle materie economiche. S'è usato il condizionale perché non sempre le amministrazioni italiane considerano previamente le possibili implicazioni «anticomunitarie» delle determinazioni che vanno assumendo³⁹.

VIII) L'ultima, infine, è la verifica dell'idoneità finanziaria e la subordinazione del provvedimento alla prestazione di garanzie⁴⁰ (tipica degli interventi infrastrutturali).

Dal variegato scenario sommariamente tratteggiato risulta che in materia di decisioni amministrative «economiche» si incrociano, per così dire, due tendenze diverse: da un lato quella volta a circoscrivere gli ambiti discrezionali delle amministrazioni (in senso lato); dall'altro l'ampliamento, o quanto meno il mantenimento, mediante vari strumenti – a cominciare dall'uso della potestà procedimentale – di vasti spazi di decisione difficilmente controllabili e talvolta autoritari⁴¹.

³⁷ V. il Capitolo I sulla «costituzione economica».

³⁸ E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea* in AA.VV. *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 37-78.

³⁹ S. STICCHI DAMIANI, *La determinazione amministrativa anticomunitaria*, intervento al Convegno di Urbino, *cit.*.

⁴⁰ G. VISAGGIO, *Controlli, collaudi, garanzie* in R. Garofoli e G. Ferrari, *La nuova disciplina degli appalti pubblici* ... *cit.*, p. 669 ss..

⁴¹ L.R. PERFETTI, *Decisione amministrativa, legalità e violenza*, relazione al Convegno di Urbino, *cit.*.

LUCA BERTONAZZI

Professore Ordinario di Diritto Amministrativo dell'Università degli Studi di Milano

luca.bertonazzi@unimi.it

IL TRATTAMENTO PROCESSUALE DELL'INCOMPETENZA E DEI VIZI AD ESSA ASSIMILATI

LEGAL RULES ON COURT'S LACK OF COMPETENCE AND OTHER COMPARABLE HYPOTHESIS

SINTESI

Il contributo si occupa del regime processuale del vizio d'incompetenza e di quelli ad esso assimilati, proponendo un'impostazione sensibilmente diversa da quella delineata dall'annotata sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 5/2015. L'intima *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. è ravvisata unicamente nella garanzia del diritto di difesa dell'autorità amministrativa (che si accerta essere) competente (o di quella preposta a formulare proposte, pareri e valutazioni tecniche). Viene di conseguenza (ri)perimetrato lo spettro applicativo della menzionata disposizione, dal quale esulano i casi di provvedimento adottato da un organo anziché da un altro, ambedue appartenenti alla stessa Amministrazione, e nel quale invece confluiscono i casi di provvedimento emanato da un'Amministrazione in luogo di un'altra (ambedue titolari di attribuzioni convergenti nello stesso settore), nonché i casi in cui l'incompetenza prospettata dal ricorrente (e accertata dal giudice) attiene bensì a relazioni interorganiche, ma l'Amministrazione (che si accerta essere) competente interviene in giudizio, volontariamente o dietro ordine del giudice (art. 28, commi 2 e 3, c.p.a.). Identica logica viene, quindi, riproposta per i vizi assimilati all'incompetenza.

Si prospetta, infine, la tesi che annovera l'Amministrazione (che si accerta essere) competente (così come quella preposta a rendere proposte, pareri e valutazioni tecniche) tra le parti necessarie del giudizio, nei cui confronti ordinare l'integrazione del contraddittorio, argomentando dall'art. 27, comma 2, c.p.a. Se così fosse — si conclude — non vi sarebbero più tipologie di vizi sottratte alla facoltà di graduazione del ricorrente, da esaminare con priorità e la cui fondatezza comporta l'assorbimento degli altri motivi di diritto: il processo amministrativo italiano risulterebbe più allineato al paradigma sovranazionale della “piena giurisdizione”.

ABSTRACT

This contribution covers the procedural rules governing the lack of competence to take an administrative decision and other similar flaws, proposing a different approach to that one based on the recent decision of the Adunanza plenaria of the Consiglio di Stato no. 5/2015.

PAROLE CHIAVE: Incompetenza; art. 34, comma 2, c.p.a.; nomofilachia; Plenaria n. 5/2015; Tribunale amministrativo regionale.

KEYWORDS: Lack of Competence; Art. 34, comma 2, c.p.a.; Leas in Law; Plenaria n. 5/2015; Administrative Court.

INDICE: 1. La continuità tra l'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge istitutiva dei Tar e l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. secondo la Plenaria n. 5/2015 – 2. Intima *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. e (ri)perimetrazione del suo spettro applicativo: il vizio di incompetenza – 3. *Segue*: i vizi assimilati all'incompetenza – 4. I due volti dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. – 5. Una nuova parte necessaria del giudizio?

1. La continuità tra l'art. 26, comma 2, primo periodo della legge istitutiva dei Tar e l'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. secondo la Plenaria n. 5/2015

L'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (istitutiva dei T.A.R.) stabiliva quanto segue: «*Se [il tribunale amministrativo regionale] accoglie il ricorso per motivi di incompetenza, annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente*»¹.

Dalla disposizione la giurisprudenza amministrativa costante ha tratto due norme:

a) dovere del giudice di esaminare con precedenza, tra i motivi dedotti dal ricorrente, quello relativo al vizio di incompetenza (ipotesi di ordine legale di esame, ossia di priorità impressa ad un motivo dalla legge);

b) dovere del giudice, accertata la fondatezza del lamentato vizio di incompetenza, di assorbire (*id est*, non scrutinare) gli altri motivi articolati dal ricorrente (ipotesi di assorbimento legale, ossia di assorbimento imposto al giudice dalla legge).

In un'epoca e in un contesto in cui la giurisprudenza amministrativa non era, in linea generale, propensa a riconoscere attitudine vincolante, per il giu-

¹ Identico precetto era dettato, ancor prima, dall'art. 45, comma 1, secondo periodo, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054.

dice, all'eventuale graduazione dei motivi da parte del ricorrente, si escludeva comunque, in quanto ripugnante all'accennato ordine legale di esame, la subordinazione del vaglio del vizio di incompetenza al rigetto di altri motivi prospettati in via principale.

La giurisprudenza era solita rintracciare la *ratio* dell'art. 26, comma 2, primo periodo, cit. nel principio di separazione dei poteri e, segnatamente, nell'esigenza di non pregiudicare il successivo operato dell'autorità amministrativa preposta. Questa è l'efficace sintesi tratteggiata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella sentenza qui annotata: «*L'accoglimento del ricorso giurisdizionale per la riconosciuta sussistenza del vizio di incompetenza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi di impugnazione, in quanto la valutazione del merito della controversia si risolverebbe in un giudizio meramente ipotetico sull'ulteriore attività amministrativa dell'organo competente, cui spetta l'effettiva valutazione della vicenda e che potrebbe emanare, o non, l'atto in questione o comunque provvedere con un contenuto diverso*» (sub 8.3.1)².

Il codice del processo amministrativo ha bensì abrogato l'art. 26 della legge n. 1034/1971, ma — secondo la sentenza qui annotata (sub 8.3.2) — ne ha, nel contempo, ribadito il contenuto precettivo nell'art. 34, comma 2, primo periodo: «*in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*»³.

² Ivi si richiamano Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143; Cons. Stato, sez. IV, 1 agosto 2001, n. 4214 (che richiama a sua volta Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1995, n. 4159); Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2001, n. 1253. Un cenno a parte merita Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 1996, n. 310 (in *Giur. it.*, 1996, III, 617, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Novità sull'assorbimento dei motivi*), che reputò inammissibile, per carenza di interesse, il motivo di incompetenza prospettato dal ricorrente in via graduata rispetto ad altri motivi: ma — si osserva criticamente — altro è il divieto di condizionare la disamina del vizio di incompetenza al rigetto di doglianze ritenute preminenti, altro ancora la sua inammissibilità per carenza di interesse. Davvero non si comprende come dal vano tentativo del ricorrente di divincolarsi dall'ordine legale di esame dei motivi discenda la carenza di interesse a coltivare quello, relativo al vizio d'incompetenza, inammissibilmente dedotto in via subordinata: si tratterà di scrutinarlo con precedenza, giammai di fulminarlo con l'inammissibilità sulla base di una fantomatica carenza di interesse. Ad opinare diversamente, il potere dispositivo della parte finirebbe per avere la meglio sull'ordine legale di esame dei motivi.

³ Hanno ritenuto, invece, superato il carattere radicale e assorbente del vizio di incompetenza Tar Toscana, sez. II, 16 giugno 2011, n. 1076, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 13 maggio 2011, n. 1233, Tar Liguria, sez. II, 27 aprile 2012, n. 609, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 20 dicembre 2013, n. 2913 e Tar Lazio, Roma, sez. II-quater, 7 ottobre 2014, n. 10225, argomentando: a) dall'abrogazione dell'art. 26 della legge n. 1034/1971; b) dalla circostanza che, nell'ipotesi di atto affetto da incompetenza, il sindacato del giudice si esplica su un potere già esercitato, sebbene illegittimamente (sicché non si incontrerebbe il divieto, stabilito dall'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a., di sindacato giudiziale su un'attività amministrativa futura: così pure M. TRIMARCHI, *Il divieto di "pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" attraverso il prisma della giurisprudenza*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, 1102-1103 ss.; L.R. PERFETTI, G. TROPEA, «*Heart of darkness*»: l'Adunanza Plenaria tra ordine di esame ed assorbimento dei motivi, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 223-225, spec. nota 7, e 271; N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali nel (e del)*

«Secondo una lettura oggettiva, i poteri [amministrativi] cui si riferisce l'art. 34, comma 2, c.p.a. sono quelli mai esercitati da alcuna autorità», sicché si eclisserebbe il peculiare regime processuale per l'innanzi riservato al vizio di incompetenza; «secondo una opposta lettura, d'indole soggettiva, il riferimento è», invece, «ai poteri non esercitati dall'autorità competente», risultando così riproposta la specialità del pregresso trattamento processuale del vizio di incompetenza, compendiabile nel duplice dovere del giudice di conoscerlo comunque per primo e, trovatolo fondato, di astenersi dalla disamina degli altri motivi prospettati dal ricorrente.

La Plenaria n. 5/2015 (sub 8.3.2) ritiene «senza dubbio» preferibile «quest'ultima esegesi»⁴, in quanto «più rispettosa del quadro sistematico e dei valori costituzionali» sotto tre profili:

a) «diversamente opinando ... verrebbe leso il principio del contraddittorio rispetto

processo amministrativo. O del processo amministrativo tra contenuto soggettivo ed oggettivo (osservazioni sparse), in *www.giustamm.it*, 2013, 3; E. FOLLIERI, *Le azioni di annullamento e di adempimento nel codice del processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 461; c) dall'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a., che autorizza il giudice della cognizione, nell'accogliere il ricorso, a disporre le misure idonee ad assicurare l'attuazione della sentenza. L'argomento sub c) non convince perché dischiude al giudice della cognizione la possibilità di un accertamento precluso, semplicemente travestendolo da misura idonea ad assicurare l'attuazione della sentenza, passibile di anticipazione nella sentenza di cognizione. Invero, l'unico accertamento anticipabile in sede di cognizione potrebbe consistere nell'individuazione dell'autorità competente, in effetti non più imposta al giudice dall'abrogato art. 26 cit. («rimette l'affare all'autorità competente»): cfr. le considerazioni svolte sul finire del successivo par. 2.

L'argomento sub a), benché in sé esatto, nulla dimostra perché il problema si sposta sull'esatta interpretazione dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. L'argomento sub b), centrato sull'interpretazione di quest'ultima disposizione, trascura un decisivo profilo di ordine processuale, come si tenterà di dimostrare nel prosieguo del presente contributo (cfr. il successivo par. 2).

⁴ Così pareva orientata anche l'ordinanza di rimessione (Cons. Stato, sez. V, ord. 22 dicembre 2014, n. 6204, sub 14) e, in precedenza, un'analoga ordinanza di rimessione (Cons. Stato, sez. VI, ord. 11 febbraio 2013, n. 761, sub 10.11), non riscontrata in parte qua da Cons. Stato, ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, a causa del rigetto, nella specie, del motivo il cui accoglimento avrebbe reso rilevanti le tormentate questioni sulla tassonomia dell'esame dei motivi di diritto.

Nello stesso senso, cfr. Tar Lazio, Latina, 14 giugno 2013, n. 547; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 19 giugno 2013, n. 1347; Tar Puglia, Lecce, sez. II, 24 aprile 2013, n. 941.

Cfr. altresì C.g.a.r.S., 6 marzo 2012, n. 273, cui aderisce Tar Lazio, Roma, sez. II, 7 gennaio 2014, n. 86, sorvolando qui sull'eccentrico riconoscimento al ricorrente della facoltà di dedurre il motivo relativo all'incompetenza in via subordinata, salvo negare ogni vincolo dell'autorità amministrativa dichiarata competente alla (a quel punto del tutto inutile) «statuizione reiettiva dei motivi che il giudice abbia reso unitamente all'accoglimento del vizio di incompetenza».

In linea con quelle cui sarebbe poi approdata la sentenza qui annotata le conclusioni di R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *federalismi.it*, 2010, 27; P. CARPENTIERI, *I provvedimenti del giudice*, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. SASSANI, R. VILLATA, Torino, Giappichelli, 2012, 1099. Nella stessa scia, da ultimo, D. VAIANO, *Ordine di esame dei motivi, principio della domanda e funzione del giudice amministrativo*, in *Urb. app.*, 2015, 1201; G. FANELLI, «Tassonomia delle modalità di esercizio della potestas iudicandi» e tecnica decisoria dell'assorbimento, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1264-1265.

all'autorità amministrativa competente» — «sia essa appartenente al medesimo ente ovvero ad ente diverso ma comunque interessato alla materia» — «dato che la regola di condotta giudiziale si formerebbe senza che questa abbia partecipato ... al processo»⁵;

b) l'inderogabilità dell'ordine legale di attribuzioni e competenze (art. 97, commi 2 e 3, Cost.);

c) la «separazione dei poteri» e la «riserva di amministrazione»⁶.

Secondo la Plenaria n. 5/2015, non soltanto l'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. ribadisce la peculiare disciplina processuale del vizio d'incompetenza, ma vi attrae ulteriori vizi («assimilati»), finendo per ampliare il novero di quelli che: *a) il giudice ha il dovere di vagliare con priorità; b) sfuggono, di conseguenza, alla facoltà di graduazione da parte del ricorrente⁷; c) comportano, ove accolti, l'ulteriore dovere del giudice di assorbire gli altri motivi dedotti dal ricorrente. Si tratta, in particolare, della «mancanza della proposta vincolante prevista ex lege come indefettibile» e della «mancata acquisizione di un parere obbligatorio» o di una valutazione tecnica, secondo la «complessa disciplina sostanziale sancita dagli artt. 16 e 17 l. n. 241 del 1990».*

«In tutte» le fattispecie «di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio [e valutazione tecnica], si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è ancora stato esercitato [rectius: il potere non è ancora stato esercitato dall'autorità competente oppure non è ancora stata formulata la proposta dall'autorità competente oppure non è ancora stata espletata la funzione consultiva o la valutazione tecnica da parte dell'autorità competente], sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo munus» (così la Plenaria n. 5/2015, sub 8.3.2)⁸.

Tali tipologie di vizi appaiono alla Plenaria n. 5/2015 tanto «assorbenti» da

⁵ Argomento che faceva capolino già in Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, sub 7.1. Ma si veda, ben prima, un'intuizione in tal senso da parte di A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, II, Milano, Giuffrè, 1962, 460: «... l'autore dell'atto impugnato, se è di certo legittimato passivamente al processo, non dispone viceversa della necessaria legittimazione per contraddire rispetto al rapporto sostanziale: sì che questo non può formare oggetto di accertamento in quella causa».

⁶ Principio variamente declinato in diverse disposizioni del codice del processo amministrativo: la Plenaria n. 5/2015 rammenta il divieto di sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, comma 1, ultimo periodo, c.p.a.); il divieto per il giudice di sostituire l'Amministrazione nelle valutazioni discrezionali, nelle valutazioni tecniche complesse, negli adempimenti istruttori inevasi (art. 31, comma 3, c.p.a., richiamato dall'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.); la tassatività dei casi di giurisdizione estesa al merito (art. 134 c.p.a.).

⁷ Facoltà di graduazione dei motivi, con correlato vincolo per il giudice, riconosciuta al ricorrente dalla stessa Plenaria n. 5/2015, sub 8.1 e 8.2.

⁸ Cfr. altresì Cons. Stato, sez. III, 3 agosto 2015, n. 3813, ove delle tre ragioni, addotte dalla Plenaria n. 5/2015 a sostegno della lettura «d'indole soggettiva» dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit., compare unicamente quella basata sulla «separazione dei poteri».

non tollerare graduazione da parte del ricorrente e da precludere al giudice — che, chiamato a scrutinarle per prime, ne appuri la consistenza — la disamina degli altri motivi prospettati dal ricorrente. L'enfaticizzato carattere «*radicale*» della «*alterazione dell'esercizio della funzione pubblica*» consiste, segnatamente, nel non aver ancora, l'autorità amministrativa competente, esercitato la sua funzione, con conseguente divieto, per il giudice, di prodursi in un sindacato precocemente teso, proprio perché preventivo, a pregiudicare il successivo esercizio del *munus* da parte dell'autorità amministrativa preposta.

2. Intima *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. e (ri)perimetrazione del suo spettro applicativo: il vizio di incompetenza

Come osservato nel precedente paragrafo, la sentenza qui annotata adduce tre argomenti a supporto dell'esegesi privilegiata dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. (*sub* 8.3.2). È venuto il momento di riepilgarli e, nel contempo, sottoporli a un vaglio critico.

Il primo si fonda sulla garanzia del diritto di difesa nel- l'ambito del processo: se il giudice, accolto il vizio di incompetenza, scrutinasse pure gli ulteriori motivi articolati dal ricorrente e li trovasse parimenti fondati, darebbe vita a regole di condotta senza che l'autorità competente, chiamata come tale a conformarvisi, vi sia stata intimata né vi abbia altrimenti preso parte.

Il secondo argomento si basa, invece, sull'inderogabilità dell'ordine legale di attribuzioni e competenze, siccome delineato dalla legge o in base alla legge, ai sensi dell'art. 97, commi 2 e 3, Cost.

Il terzo argomento, infine, procede dalla «*separazione dei poteri*» e dalla «*riserva di amministrazione*».

Inizierei a sgomberare il campo dal secondo argomento, la cui inconsistenza emerge sol che si consideri l'ipotesi in cui il ricorrente si astenga, magari di proposito, dal dolersi del vizio di incompetenza: il giudice conoscerebbe i motivi dedotti nel ricorso e, accogliendoli, forgerebbe regole di condotta cui dovrebbe assicurare obbedienza l'autorità già resistente e soccombente in giudizio, quand'anche incompetente⁹. Trattasi di un corollario, per nulla paradossa-

⁹ Ne è, in fondo, ben consapevole la stessa sentenza annotata, laddove — *sub* 8.3.2 — guarda con favore alla strategia di quei ricorrenti propensi, nel selezionare i motivi di diritto, a «*concentrarsi solo sull'interesse sostanziale effettivamente perseguibile*».

Meglio glissare, invece, sull'inquadramento tra gli «*eccessi di tutela spesso forieri di veri abusi del processo*» della deduzione di un fondato motivo d'incompetenza. Caso mai il problema an-

le¹⁰, della natura decadenziale del termine per il ricorso, in relazione al vizio d'incompetenza che il ricorrente avrebbe potuto ma non ha fatto valere¹¹: di fronte a ciò, e alla cogenza della sentenza per le parti, capitola la ripartizione legale di attribuzioni e competenze.

Il terzo argomento — che prende le mosse dalla «*separazione dei poteri*» e dalla «*riserva di amministrazione*»¹² — si traduce nell'asserita indefettibilità di una sequenza che vede e vuole dapprima l'episodio di esercizio della funzione da parte dell'autorità amministrativa preposta e solo dopo il sindacato del giudice, cui è inibito uno scrutinio anticipato rispetto all'esplicazione del *munus* da parte dell'autorità amministrativa competente.

AmMESSO che fosse davvero persuasiva all'epoca dell'art. 26 della legge n. 1034/1971¹³, una concezione tanto rigida della «*separazione dei poteri*» non è, oggi, in sintonia con un sistema che conosce l'azione di condanna dell'amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto (art. 31, comma 3, e art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a.). Si è ben consapevoli delle dimensioni anguste del cantuccio che il legislatore ha ritagliato a favore di quest'azione¹⁴: ma, sia pure entro questo ristretto spazio, è dato al giudice di accertare la fondatezza della pretesa del ricorrente al conseguimento dell'anelato provvedimento ampliativo.

Inoltre, il canone della «*piena giurisdizione*», prescritto dall'art. 6 CEDU onde compensare i (fatali) *deficit* di garanzie (del giusto processo) nell'ambito del

rebbe impostato, sulla base del diritto positivo, in termini di riconducibilità o meno del vizio d'incompetenza nell'orbita dell'art. 21-octies, comma 2, primo alinea, della legge n. 241/1990: certo è, senza andar fuori tema né anticipare gli approdi cui si perverrà infra, che l'eventuale attrazione del vizio di incompetenza nello speciale regime processuale delineato dall'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. dovrebbe far propendere per l'inesorabilità dell'annullamento di un provvedimento affetto dalla lamentata incompetenza.

¹⁰ Così, invece, E. FOLLIERI, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, in *Giur. it.*, 2015, 2202; L.R. PERFETTI, G. TROPEA, «*Heart of darkness*», cit., 272-273.

¹¹ E non, secondo quel che talvolta si legge in giurisprudenza, del principio, che si vorrebbe applicabile pure al processo amministrativo, secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

¹² «Riserva di amministrazione» non identifica, in questo specifico contesto, un'area di azione amministrativa immune dal sindacato del giudice (quale, ad esempio, quella degli atti politici), bensì l'indefettibilità di una sequenza che vede e vuole dapprima l'esercizio della funzione da parte dell'autorità amministrativa preposta e solo dopo il sindacato del giudice.

¹³ Cfr. le critiche già avanzate da R. VILLATA, *L'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1971, 584-586 e da E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo (considerazioni introduttive)*, in *Nov. dig. it.*, 1966, XIII, 1087, di recente richiamate da A. TRAVI, *Recenti sviluppi sul principio della domanda nel giudizio amministrativo*, in *Foro it.*, 2015, III, 286. In anni più vicini, cfr. G. SORRENTINO, *Vizio di incompetenza e processo amministrativo di risultato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 87-90.

¹⁴ Non soltanto se ne è ben consapevoli, ma — per quel che può contare — si condivide appieno la prudenza del legislatore, per ragioni sulle quali non è qui il caso di attardarsi.

procedimento amministrativo, certamente non tollera un giudice nazionale che, arrestandosi ben prima di aver esaurito l'intero compendio delle censure sottopostegli¹⁵, finisce per menomare la capacità della sua stessa sentenza di appagare ben più intensamente la sfera giuridica del ricorrente.

Per non dire degli abusi cui si presta, potenzialmente, una concezione tanto inflessibile della “separazione dei poteri”: si pensi ad una sequela di dinieghi, tutti deliberatamente adottati da organi incompetenti, tutti sterilmente annullati, in successione, da un giudice ogni volta impossibilitato a vagliare gli altri motivi *inutiliter* dedotti dal ricorrente. Con l'aggravante che, ancorando il risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi (pretensivi) alla spettanza del bene della vita avuto di mira, nessun ristoro scaturirebbe dall'ipotizzata vicenda qualora il sospirato provvedimento ampliativo non spettasse al ricorrente¹⁶.

Scartato anche il secondo argomento, rimane da saggiare la bontà del primo, basato sulla garanzia del diritto di difesa nel giudizio: se il giudice, assodata la consistenza del vizio di incompetenza, scrutinasse gli ulteriori motivi rappresentati dal ricorrente e li accogliesse, si formerebbero regole giudiziali di condotta senza che l'autorità amministrativa tenuta a darvi esecuzione abbia mai preso parte al relativo processo.

Un simile scenario è veramente incompatibile con il diritto di difendersi nel giudizio: in ciò — e, si badi, in ciò soltanto — va rintracciata l'intima *ratio* dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. Intima *ratio* che, naturalmente, ne illumina lo spettro applicativo.

Invero, una *ratio* siffatta è rinvenibile solo quando il provvedimento sia stato adottato da un'Amministrazione in luogo di un'altra, sempre che risultino ambedue titolari di attribuzioni convergenti nello stesso settore, ché altrimenti si ricadrebbe nel difetto assoluto di attribuzione¹⁷. Solamente in consimili evenienze, infatti, il processo produrrebbe regole di condotta a carico di un'Amministrazione, (accertata come) competente e rimasta estranea al giudizio, diversa da quella, (accertata come) incompetente, ivi intimata: la prima si troverebbe a dover ottemperare a regole di azione dettate da una sentenza resa

¹⁵ Quale conseguenza del duplice dovere, per il giudice, di principiare dall'esame del motivo relativo all'incompetenza e, appuratane la fondatezza, di assorbire gli altri motivi di diritto articolati dal ricorrente.

¹⁶ Vero è che addurre inconvenienti non dimostra l'erroneità di una tesi, ma non quando gli stessi, trasmodando in dubbi di legittimità costituzionale, forniscono materia per un'interpretazione costituzionalmente orientata.

¹⁷ Per la distinzione tra incompetenza relativa e assoluta, la dilatazione della prima a scapito della seconda in base al criterio del “settore” o della “branca” di amministrazione (o del “plessso organizzativo” o del “settore amministrativo unitario sotto il profilo funzionale”), cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 488-491.

tra altri, quale epilogo di un processo cui non è stata messa in condizione di partecipare.

Non così, evidentemente, quando il provvedimento sia stato emanato da un organo anziché da un altro, ambedue appartenenti alla stessa Amministrazione, giacché è quest'ultima, come resistente, la parte necessaria del giudizio¹⁸.

Dunque, confluiscono nell'alveo dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. le sole ipotesi in cui l'incompetenza lamentata dal ricorrente (e accertata dal giudice) attenga a relazioni intersoggettive (tra Amministrazioni) anziché interorganiche (tra organi della stessa Amministrazione)¹⁹.

Esulano dalla disposizione in parola, per contro, le fattispecie in cui l'incompetenza dedotta dal ricorrente (e appurata dal giudice) inerisca a relazioni interorganiche (anziché intersoggettive), essendo parte necessaria del giudizio l'Amministrazione in cui sono inseriti sia l'organo che ha violato l'altrui sfera di competenza, sia quello che se la è vista lesa. Ma lo stesso — si badi — deve predicarsi laddove l'incompetenza prospettata dal ricorrente (e acclarata dal giudice) pertenga bensì a relazioni intersoggettive e tuttavia l'Amministrazione titolare del potere amministrativo intervenga in giudizio (volontariamente o dietro ordine del giudice: art. 28, commi 2 e 3, c.p.a.)²⁰, a fianco di quella che, pur incompetente, ha emanato il provvedimento impugnato e ivi figura come resistente.

Ciò significa che in questi casi, collocati al di fuori dell'orbita applicativa dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit.:

a) il vizio di incompetenza è consegnato alla facoltà di graduazione del ricorrente²¹;

¹⁸ Aderiscono sostanzialmente a tale impostazione, nella decisione dei rispettivi casi concreti, Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6408; Tar Campania, Napoli, sez. VII, 26 febbraio 2010, n. 1166, con nota di F. RICCIARDI, *L'annullamento per incompetenza non preclude l'esame degli ulteriori motivi di ricorso*, in *Corr. mer.*, 2010, 776 ss. Curiosamente il Tar campano, prima di negare all'accoglimento del vizio d'incompetenza valenza assorbente, lo esamina per primo a dispetto della sua deduzione, nella specie, come "ultimo motivo".

¹⁹ La sacralità, anche in ottica sovranazionale, del diritto di difendersi in giudizio, facente capo all'Amministrazione poi chiamata ad eseguire la sentenza, contribuisce quanto meno (e non poco) ad attenuare la tensione, altrimenti manifestamente insostenibile, con l'archetipo della piena giurisdizione di cui all'art. 6 CEDU: ma il discorso verrà ripreso nelle battute finali del presente contributo (cfr. il successivo par. 5).

²⁰ A mio avviso, le garanzie difensive che spettano a quest'Amministrazione, in considerazione del ruolo rivestito in sede di esecuzione della sentenza (a sua volta discendente dalla titolarità, per legge, dell'attribuzione amministrativa), coincidono con quelle riservate al controinteressato sostanziale: ammissibilità dell'intervento, anche *iussu iudicis*, e piena legittimazione all'appello. Non è predicabile, invece, la legittimazione all'opposizione di terzo, se del caso con le modalità di cui all'art. 109, comma 2, c.p.a., ma solo perché il mancato intervento comporta l'applicazione del regime processuale speciale di cui all'art. 34, comma 2, primo periodo, cit.

²¹ Facoltà già esercitata (peraltro non irretrattabilmente) nel momento in cui si è confezionato il ricorso introduttivo o, altrimenti, esercitabile (per la prima volta o innovando la precedente conformazione della domanda) in pendenza del giudizio.

b) il giudice che accerta la fondatezza del lamentato vizio di incompetenza è affrancato dal dovere di assorbire gli altri motivi dedotti dal ricorrente (salvo che — in ipotesi rara a verificarsi — questi siano stati dedotti in via subordinata al rigetto del motivo relativo all'incompetenza);

c) è ipotizzabile l'accoglimento della c.d. azione di adempimento, esperita contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento negativo²².

Le conclusioni testé raggiunte non sono inficiate dall'odierna mancanza di una disposizione che imponga al giudice, nell'accogliere il vizio di incompetenza, di accertare l'autorità competente. Il punto necessita di un sintetico chiarimento: nonostante il motivo relativo all'incompetenza consisteva, ieri come oggi, nella sola negazione della competenza dell'autorità autrice dell'atto²³, l'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge n. 1034/1971²⁴ prevedeva, «*se le parole del legislatore*» avevano «*un senso*», «*che la dichiarazione circa l'autorità competente*»²⁵ fosse «*suscettibile di acquistare forza di giudicato*»²⁶. Oggi, invece, il giudice che accoglie il motivo inerente all'incompetenza non ha il dovere, ma solamente la facoltà di dichiarare l'autorità competente: facoltà che si basa sull'art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.²⁷ e che, quando esercitata, dà vita ad un accertamento idoneo al giudicato. Non di meno, anche quando il giudice non esercitasse detta facoltà²⁸ — e la pronuncia venisse così ad aderire perfettamente alla struttura essenziale del motivo articolato dal ricorrente — l'autorità amministrativa prima o dopo in-

²² Invece, nelle fattispecie che ricadono nel perimetro dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. (incompetenza che attiene a relazioni intersoggettive, senza che l'Amministrazione titolare del potere si materializzi in giudizio), l'accoglimento del motivo relativo all'incompetenza, esaminato con priorità, comporta l'assorbimento non solo di tutti gli altri motivi dedotti dal ricorrente a sostegno della domanda di annullamento, ma anche dell'eventuale azione di adempimento che egli avesse esercitato contestualmente a quella di annullamento del provvedimento negativo.

²³ A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2014, 248: «... se l'incompetenza viene affermata nel ricorso sostenendo che la competenza spetterebbe a un altro organo, mentre poi emerge nel giudizio che la competenza spetta in realtà a un terzo organo, la domanda deve essere accolta ugualmente, perché la competenza del secondo o del terzo organo non è un elemento che identifica il vizio, ma è solo un 'argomento' proposto a sostegno della sussistenza del vizio di incompetenza rispetto al primo organo».

²⁴ E, prima, l'art. 45, comma 1, secondo periodo, r.d. n. 1054/1924.

²⁵ Deroga tipizzata dalla legge al principio della domanda.

²⁶ A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, Morano, 397, richiamando F. CAMMEO, *Il ricorso alla IV sezione contro le decisioni della Giunta provinciale amministrativa. Casi in cui deve pronunciarsi il rinvio dopo la riforma del 1907*, in *Giur. it.*, 1911, IV, 192.

²⁷ Che annovera tra i possibili contenuti delle sentenze di "accoglimento" del ricorso la definizione delle «*misure idonee ad assicurare l'attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese*», tra le quali l'ordine di ottemperare, con prescrizione delle relative modalità (art. 114, comma 4, lett. a), c.p.a.), nonché la nomina di un commissario ad acta (art. 114, comma 4, lett. d), c.p.a.), con effetto dalla scadenza del termine assegnato per l'ottemperanza.

²⁸ Ipotesi rara ma non impossibile a verificarsi.

dividuata come titolare della competenza²⁹ si troverebbe ad attuare regole di condotta scaturite da un giudizio in cui non è stata evocata né è altrimenti intervenuta.

3. Segue: i vizi assimilati all'incompetenza

Identico ragionamento si addice alle altre tipologie di vizi (“assimilati”) che la Plenaria n. 5/2015 ha ricondotto *tout court* nell'alveo dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit.

Procedendo dalla vera *ratio* della disposizione³⁰, se ne circoscrive coerentemente lo spettro applicativo alle sole fattispecie in cui l'organo competente a formulare la proposta, a rendere il parere o la valutazione tecnica è inserito in un'Amministrazione diversa da quella procedente (titolare della competenza ad adottare il provvedimento finale).

Esulano, per contro, dall'alveo della disposizione i casi in cui: *a*) l'organo competente a formulare la proposta, a rendere il parere o la valutazione tecnica appartiene alla stessa Amministrazione procedente³¹; *b*) pur appartenendo quell'organo ad Amministrazione diversa da quella procedente, la prima interviene nel giudizio al fianco della seconda, volontariamente (art. 28, comma 2, c.p.a.) o su ordine del giudice (art. 28, comma 3, c.p.a.). In consimili fattispecie, i vizi in parola sono consegnati alla facoltà di graduazione del ricorrente, il giudice che ne appura la fondatezza transita dal dovere di assorbire gli altri motivi a quello di esaminare in linea di principio l'intera domanda³²; ma non è qui ipotizzabile l'accoglimento della c.d. azione di adempimento, ostandovi proprio il mancato compimento di segmenti procedimentali (art. 31, comma 3, c.p.a, richiamato dall'art. 34, comma 1, lett. *c*), c.p.a.).

Vale la pena di dedicarsi un momento all'analitica individuazione dei vizi

²⁹ Non importa, nell'economia del discorso che si sta conducendo, se in sede di ottemperanza o in esito ad un ulteriore giudizio di cognizione.

³⁰ Cfr. il par. precedente.

³¹ Parrebbe darlo per scontato E. FOLLIERI, *Due passi avanti*, cit., 2202, sì da negare l'attrazione di vizi diversi dall'incompetenza nello spettro dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit.

³² Identica interpretazione s'impone per gli artt. 5, comma 1, e 13, comma 1, lett. d), d.P.R. n. 1199/1971 (relativi, rispettivamente, alla decisione sui ricorsi amministrativi ordinari e al parere — ormai vincolante — del Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica): disposizioni che, per come formulate, peccano per eccesso laddove includono anche le ipotesi in cui della funzione esercitata *sine titulo* o omessa è titolare altro organo della stessa amministrazione o un'amministrazione diversa ma interveniente nel contenzioso, e per difetto laddove non menzionano i vizi “assimilati” all'incompetenza.

che la sentenza annotata, identificandoli con formula sintetica³³, ha ascritto, insieme all'incompetenza, al regime dettato dall'art. 34, comma 2, primo periodo cit. Si tratta:

a) della mancata richiesta di parere obbligatorio;

b) *non* della mancata acquisizione di parere obbligatorio debitamente richiesto, perché (la regola è che) il responsabile del procedimento ha la facoltà di prescindere ove non sia reso nel termine (art. 16, comma 2, primo periodo, l. n. 241/1990). Salvo che il ricorrente lamenti l'esercizio illegittimo di tale facoltà, vuoi *sub specie* di essenzialità del parere ai fini della completezza dell'istruttoria, vuoi perché precocemente esplicita prima del decorso del termine per l'effusione della funzione consultiva;

c) della mancata acquisizione di un parere, obbligatorio o facoltativo, che deve essere rilasciato da amministrazioni preposte alla cura di certi interessi 'sensibili'³⁴ (pareri non 'accantonabili', neppure se richiesti in via facoltativa: art. 16, comma 3, l. n. 241/1990);

d) della mancata richiesta di parere vincolante, che, prima d'essere tale, è obbligatorio;

e) della mancata acquisizione di parere vincolante, in quanto tale di regola non 'accantonabile';

f) *non* della mancata richiesta di parere facoltativo, la cui richiesta esprime per l'appunto una facoltà;

g) *non* della mancata acquisizione di parere facoltativo, perché (la regola è che) il responsabile del procedimento ha il dovere di prescindere ove non sia reso nel termine (art. 16, comma 2, secondo periodo, legge n. 241/1990). Salvo che il ricorrente lamenti l'illegittimità di un dovere di 'accantonamento' precocemente disimpegnato in pendenza del termine per l'esercizio della funzione consultiva;

h) della mancata richiesta di valutazione tecnica (art. 17, l. n. 241/1990);

i) della mancata acquisizione di valutazione tecnica (sempre obbligatoria al pari della richiesta: art. 17, commi 1 e 2, l. n. 241/1990);

j) della mancata richiesta e/o acquisizione di una proposta che la legge configura come "indefettibile" e "vincolante" rispetto al susseguente provvedimento (così la Plenaria n. 5/2015, *sub* 8.3.2). Ma, a mio avviso, è sufficiente che

³³ Non di rado le formule sintetiche lasciano margini, anche sensibili, di approssimazione, per rimediare ai quali urge un approccio analitico, sempre basato sul diritto positivo (nella specie, gli artt. 16 e 17 della legge n. 241/1990).

³⁴ «Amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini» (art. 16, comma 3, l. n. 241/1990).

la proposta sia prevista *ex lege* come indefettibile: non è necessario che sia altresì vincolante, come non lo si richiede per pareri e valutazioni tecniche.

4. I due volti dell'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a.

L'art. 34, comma 2, primo periodo, c.p.a. detta una disposizione che esibisce due volti. Uno, più appariscente e didascalico, incarna una tradizionale idea di fondo che imprime un ordine tendenziale ai rapporti tra amministrazione e giurisdizione; l'altro, recondito e precettivo, detta un peculiare regime processuale riservato a talune tipologie di vizi di legittimità, in continuità con la logica che già permeava l'art. 26, comma 2, primo periodo, della legge n. 1034/1971, relativo però al solo vizio di incompetenza.

Quanto al primo volto, l'accennata idea di fondo è quella di una tutela giurisdizionale successiva rispetto all'esercizio del potere amministrativo. Lo schema, invero, non è privo di deroghe: si pensi all'azione avverso il silenzio — in cui il sindacato del giudice succede bensì alla lesione dell'interesse legittimo, ma precede l'esercizio del potere amministrativo — e alla c.d. azione di adempimento. Vero è che, nel caso di provvedimento negativo, il sindacato del giudice si situa a valle dell'episodio di esercizio del potere amministrativo culminato nel diniego, ma quando il giudice, eliminato quest'ultimo magari per l'insufficienza della motivazione o per la violazione dell'art. 10-*bis* della legge n. 241/1990, accerta la fondatezza della pretesa del ricorrente e condanna l'Amministrazione al rilascio del provvedimento richiesto, pronuncia su un potere non esercitato, nel senso che predetermina l'epilogo del procedimento da rinnovare, consumando la sussunzione di fatti semplici entro le pertinenti norme, che tradizionalmente si riteneva affidata in prima battuta all'Amministrazione. Ciò è viepiù evidente quando la c.d. azione di adempimento è cumulata a quella contro il silenzio³⁵.

Quanto al secondo volto, la particolare disciplina processuale di talune tipologie di vizi di legittimità (che il giudice ha il dovere di esaminare con precedenza, che di conseguenza sfuggono alla facoltà di graduazione da parte del ricorrente e il cui accoglimento inibisce allo stesso giudice lo scrutinio degli altri motivi dedotti dal ricorrente) deriva dalla garanzia del diritto di difesa di

³⁵ Un discorso per certi versi analogo vale per il problematico art. 21-octies, comma 2, secondo alinea, della legge n. 241/1990. Le indicate eccezioni impongono di non prendere alla lettera l'*incipit*, all'apparenza assoluto, dell'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. ("in nessun caso").

un'Amministrazione che non può essere chiamata ad ottemperare a regole giudiziali di condotta maturate all'esito di un processo cui non è stata messa in condizione di partecipare³⁶. Ma i confini di quel regime processuale sono segnati dalla sottostante *ratio*: dove quest'ultima evapora — perché l'Amministrazione chiamata ad ottemperare alla sentenza è messa in condizione di difendersi nel previo giudizio — quei vizi fuoriescono dal perimetro della *speciale* disciplina dettata dall'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. per confluire nella disciplina *comune*, ove sono affidati alla facoltà di graduazione del ricorrente^{37 38} e il giudice che li accolga è liberato dal dovere di assorbire le altre doglianze.

5. Una nuova parte necessaria del giudizio?

In questa sorta di *post scriptum* si onora un debito che si era dianzi contratto con il lettore³⁹. È certamente intollerabile, anche in un'ottica sovranazionale, che un'Amministrazione sia tenuta a dare esecuzione ad una sentenza scaturita da un giudizio da cui è rimasta estranea. Non di meno, i giudici di

³⁶ E non dalla “tutela della legalità”, anziché “della parte”, “nello spirito del processo oggettivo”: così, invece, L.R. PERFETTI, G. TROPEA, “*Heart of darkness*”, cit., 256 e 272. Anche N. PAOLANTONIO, *Gli interessi generali*, cit., 3 discorre di «retaggio ... di stampo oggettivistico, contrario al principio di effettività della tutela».

³⁷ Facoltà di graduazione che la Plenaria n. 5/2015 costruisce quale corollario del principio della domanda (sub 8.1), a sua volta «espressione del potere esclusivo della parte di disporre del suo interesse materiale» (sub 7.2).

³⁸ Secondo la Plenaria n. 5/2015, in mancanza di “espressa” graduazione a cura del ricorrente, «si riepande, nella sua pienezza, l'obbligo del giudice ... di pronunciare ... su tutti i motivi» (sub 9.1), secondo un ordine dallo stesso giudice stabilito in funzione «della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio), nonché del rapporto corrente» tra gli stessi «sul piano logico-giuridico e diacronico-procedimentale» (sub 9.2).

Premesso che, per ragioni sulle quali non è qui il caso di indugiare, chi scrive da un lato avrebbe riconosciuto la facoltà di graduazione implicita nell'ordine di prospettazione delle censure (negata, invece, dalla Plenaria n. 5/2015, sub 8.2) e dall'altro lato ritiene non alieno da incertezze l'articolato criterio prefigurato per stabilire la tassonomia dell'esame dei motivi non esplicitamente graduati dal ricorrente (“consistenza oggettiva”, “radicalità del vizio”, rapporto tra i vizi “sul piano logico-giuridico e diacronico-procedimentale”), i motivi relativi all'incompetenza, alla mancanza di proposta, alla mancata richiesta/acquisizione di pareri e valutazioni tecniche, nella misura in cui si sottraggono al regime processuale dettato dall'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. e non formano oggetto di esplicita graduazione da parte del ricorrente, paiono destinati ad essere normalmente esaminati tra i primi. Probabilmente nel seguente ordine: incompetenza (che ben potrebbe, però, ricollocarsi in coda ove vengano in rilievo relazioni interorganiche), mancanza di proposta, mancata richiesta/acquisizione di pareri e valutazioni tecniche (o di valutazioni tecniche e pareri, a seconda della sequenza procedurale). Ciò anche nell'evenienza in cui ne fossero dedotti due o più nell'ambito del regime processuale di cui all'art. 34, comma 2, primo periodo, cit., ove però la fondatezza di quello scrutinato per primo comporterebbe l'assorbimento degli altri.

³⁹ Cfr. la precedente nota 19.

Strasburgo, nell'interpretare l'art. 6 CEDU⁴⁰, ben potrebbero esigere l'introduzione, nel codice del processo amministrativo, di un meccanismo che assicuri all'Amministrazione (accertata come) competente, ma terza rispetto al giudizio, la possibilità di esercitarvi il suo diritto di difesa⁴¹. Forse l'art. 27, comma 2, c.p.a. già si presta ad annoverarla tra le parti necessarie nei cui confronti ordinare l'integrazione del contraddittorio^{42 43}.

Se così fosse, non vi sarebbero più tipologie di vizi sottratte alla facoltà di graduazione del ricorrente, che il giudice deve vagliare con priorità e la cui fondatezza comporta il dovere di non esaminare gli altri motivi dedotti dal ricorrente. Il nostro sistema sarebbe più allineato al paradigma sovranazionale della "piena giurisdizione", sia perché la garanzia del diritto di difesa di una parte estranea al giudizio più non costituirebbe ostacolo ad una pronuncia resa dal giudice su tutta la domanda o assecondando la graduazione liberamente impressa dal ricorrente alla domanda medesima, sia perché risulterebbe ipotizzabile⁴⁴ l'accoglimento (anziché l'assorbimento) di un'azione c.d. di adempimento contestuale a quella di annullamento del provvedimento negativo. L'art. 34, comma 2, primo periodo, cit. si ridurrebbe a disposizione che riflette un consolidato modello tendenziale delle relazioni tra amministrazione e giurisdizione, per cui il sindacato del giudice succede all'episodio di esercizio del potere amministrativo, con le note eccezioni dell'azione avverso il silenzio e della c.d. azione di adempimento⁴⁵.

⁴⁰ Così come la Corte costituzionale, nell'interpretare l'art. 24, comma 2, Cost.

⁴¹ A ben vedere, anche quando l'incompetenza fosse l'unico motivo dedotto dal ricorrente, in considerazione del possibile accertamento giudiziale dell'autorità amministrativa titolare dell'attribuzione, altrimenti estranea al giudizio e legittimata all'opposizione di terzo, qualora si ritenesse priva di un potere erroneamente riconosciutole dal giudice.

⁴² Senza che la sua mancata intimazione nel termine di decadenza di cui all'art. 29 c.p.a. comporti inammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 41, comma 2, c.p.a., non trattandosi né dell'Amministrazione autrice del provvedimento impugnato, né di un controinteressato in senso tecnico.

Si era già avuta, altra volta, occasione di sottolineare il rapporto di *genus ad speciem* tra litisconsorti passivi necessari e controinteressati in senso tecnico: l'art. 27, comma 2, c.p.a. si riferisce ai litisconsorti passivi necessari che controinteressati in senso tecnico non sono, sottoponendoli alla regola dell'art. 102 c.p.c. (anche arg. dall'art. 41, comma 2, ultimo periodo, c.p.a.), quali soggetti la cui intimazione risulta indispensabile ai fini della validità della sentenza, e non dell'ammissibilità del ricorso (R. VILLATA, L. BERTONAZZI, sub art. 41, in *Il processo amministrativo*, a cura di A. QUARANTA, V. LOPILATO, Milano, Giuffrè, 2011, 399-400 e 409-410).

⁴³ A nulla varrebbe obiettare che l'ipotizzata integrazione del contraddittorio postulerebbe come già avvenuto l'esame del merito del ricorso, poiché l'unico motivo esaminato, ed accolto, consisterebbe proprio e soltanto in quello relativo al vizio di incompetenza.

⁴⁴ Quanto meno nei casi in cui è lamentata l'incompetenza: cfr. il precedente par. 2.

⁴⁵ Cui andrebbe aggiunto il problematico art. 21-octies, comma 2, secondo alinea, l. n. 241/1990.

MARIA CRISTINA CAVALLARO

Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Palermo

mariacristina.cavallaro@unipa.it

DETERMINAZIONE AMMINISTRATIVA E RIPARTO DI GIURISDIZIONE

ADMINISTRATIVE DECISION AND DIVISION OF JURISDICTIONS

SINTESI

L'articolo si occupa del rapporto tra determinazione amministrativa e giurisdizione. Si tratta di un rapporto generalmente risolto attraverso il tradizionale criterio di riparto, basato sulla distinzione tra carenza di potere e cattivo esercizio dello stesso. Viceversa, si vuole ipotizzare di risolvere il rapporto medesimo attraverso un diverso criterio, basato sulla natura discrezionale del potere, dinanzi al quale la situazione soggettiva del privato è qualificabile come interesse legittimo. Il presupposto è che la discrezionalità costituisce l'essenza del potere e della determinazione amministrativa ed è idonea a fondare la giurisdizione del giudice amministrativo.

ABSTRACT

The article deals with the relationship between administrative decision and division of jurisdiction. This relationship is usually regulated through the traditional model of division, based on the difference between lack of power and its wrong exercise. On the contrary, the essay proposes to resolve the relationship through a different model, based on the discretionary nature of power, and legal situations in front of this kind of power – to be qualified as a legitimate interest. The assumption is that discretion is the essence of administrative power and determination; as a consequence jurisdiction of the administrative judge shall be affirmed.

PAROLE CHIAVE: determinazione, potere discrezionale, interesse legittimo, riparto di giurisdizione, giurisdizione amministrativa.

KEYWORDS: administrative determination, discretionary power, legitimate interest, model of division, administrative judge.

INDICE: 1. Inquadramento del tema – 2. Interesse legittimo, discrezionalità amministrativa e regola del riparto: il superamento della specialità della giurisdizione amministrativa – 3. Il rapporto tra le due giurisdizioni – 4. Considerazioni conclusive: determinazione amministrativa e giudice ordinario

1. Inquadramento del tema

Nella prospettiva di svolgere alcune considerazioni sul tema della determinazione amministrativa e del conseguente riparto di giurisdizione a fronte della stessa, appare opportuno preliminarmente mettere a fuoco i due termini del rapporto evocato: attraverso l'individuazione, sia pure sommaria e a grandi linee, delle caratteristiche tipiche ed essenziali della determinazione amministrativa, e la successiva verifica dell'attualità di una regola del riparto fondata sull'alternativa tra la carenza di potere e il suo cattivo esercizio, anche alla luce del Codice del processo amministrativo e dei più recenti orientamenti della Corte di cassazione.

La determinazione amministrativa può essere concepita come espressione del pubblico potere: essa è incorporata nel provvedimento, ne costituisce la sostanza. Il provvedimento amministrativo, in quanto atto, contiene una decisione, ossia una determinazione, che è frutto di una manifestazione di volontà della pubblica autorità. La qualificazione del provvedimento come atto dell'amministrazione, espressione di una precisa volontà della stessa, si coglie già nelle prime teorie sull'atto amministrativo, che ne riconducono la nozione al più ampio *genus* del negozio giuridico, in quanto appunto atto unilaterale contenente una dichiarazione di volontà preordinata alla produzione degli effetti giuridici¹; ma persiste anche nelle teorie successive, che, da Giannini in poi², tendono a ricostruire un'autonoma nozione di provvedimento ammini-

¹ E non va esclusa la possibilità che la riconduzione del provvedimento amministrativo all'alveo del negozio giuridico sia da imputare anche alla stessa dottrina civilistica, che non ha esitato a riportare come esempio tipico di negozio giuridico unilaterale proprio il provvedimento amministrativo: cfr. sul punto N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1929, p. 317; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Unione Tipografico-editrice torinese, 1960, p. 54; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1951, p. 220 ss.; analogamente A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, Giuffrè, 1941, p. 26. Nella dottrina amministrativistica, solo a titolo esemplificativo, v. F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, La Motolitotipo, 1914, vol. III, pp. 1212; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, Athenaeum, 1917, p. 89; S. ROMANO, *Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 283-284; O. RANELLETTI, *Atti amministrativi*, in *Nuovo dig. it.*, Torino 1937, 1093. Per una ricognizione delle ragioni per le quali la dottrina ha aderito alla dogmatica del negozio giuridico v. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. del dir.*, Milano, 1959. Cfr. altresì G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 4; F.G. SCOCA, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia 1979, p. 107 ss.

² «Il provvedimento amministrativo nasce dalla costola dell'atto amministrativo, come sua *species* eminente, nel corso degli anni '40 e trova la sua teorizzazione compiuta, ed ormai classica, nell'opera di Massimo Severo Giannini», esso «rappresenta un modello teorico che ha il pregio di riflettere con fedeltà la disciplina positiva della produzione giuridica tipica di diritto amministrativo. Dall'analisi concreta ed attenta di tale disciplina la dottrina ha ricavato le figure ricostitutive essenziali del potere (o potestà), del provvedimento e

strativo, svincolata dalla teoria del negozio giuridico, ma pur sempre manifestazione di volontà dell'amministrazione, finalizzata alla cura di un interesse pubblico³. La nozione di provvedimento elaborata da Giannini come atto preordinato alla cura di un interesse pubblico, ne consente altresì l'emancipazione rispetto a tutti gli altri atti del procedimento, che sono invece funzionali alla adozione del provvedimento medesimo, e dunque sono ad esso strumentali⁴.

Tratti essenziali del provvedimento amministrativo, secondo questa impostazione, sono l'unilateralità, l'autorità e la tipicità. Il provvedimento è atto unilaterale, in quanto idoneo a produrre i suoi effetti attraverso una manifestazione di volontà proveniente da un unico soggetto, che deve necessariamente essere una pubblica amministrazione⁵; è espressione dell'autorità, cioè è manifestazione di un potere, capace di incidere sulla sfera soggettiva dei singoli, prescindendo dalla manifestazione del consenso da parte degli interessati⁶; è, infine, un atto tipico, poiché l'azione amministrativa è retta dal principio di legalità e dal principio di «*azionabilità delle pretese del cittadino nei confronti dell'amministrazione*», principi che secondo Giannini conformano l'agire amministrativo, in quanto presenti nella Costituzione italiana⁷. Strettamente connessa a

dell'interesse legittimo; le peculiarità ed i caratteri delle quali, d'altronde, interagiscono tra loro», F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 257 e p. 265.

³ «I provvedimenti amministrativi, pertanto, realizzano in via diretta la cura di un interesse pubblico, e precisamente di quell'interesse specifico commesso all'autorità alla competenza della quale essi sono attribuiti. Essi però hanno tutti un tratto comune, che ne costituisce la fine sostanza: di essere l'affermazione del momento dell'autorità», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit., p. 15.

⁴ Osserva Giannini che «non ogni atto amministrativo [...] è volto a curare direttamente un interesse pubblico concreto, ma che la maggioranza di essi realizza tale cura in via mediata, ossia in quanto satelliti o serventi ad un atto amministrativo più importante, che è il provvedimento; e che, per altro lato, questo trova atti satelliti o serventi anche in atti del privato e in atti delle stesse amministrazioni, ma di carattere neutro», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit.

⁵ Sulla necessità che l'atto amministrativo promani da un pubblico potere la dottrina concorda da sempre: cfr. A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., per il quale il fatto che l'atto promani da una amministrazione è condizione necessaria per potersi parlare di atto pubblico, p. 4. Il principio, in realtà, è oggi messo in discussione, a seguito del crescente fenomeno della privatizzazione degli enti pubblici, sicché oggi è dubbio se le società per azioni in mano pubblica possano adottare provvedimenti amministrativi (al riguardo cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 251, che giustifica tale possibilità solo in funzione di garanzia dei privati, non per estendere i poteri amministrativi al di fuori della sfera pubblica, dal momento che la stessa Costituzione identifica il provvedimento con l'atto «della pubblica amministrazione», art. 113 Cost.).

⁶ Il provvedimento, secondo Giannini «*comprime o sopprime la libertà di taluni amministrati*», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit.

⁷ Segnatamente, «il principio di tipicità ha per contenuto non solamente la predeterminazione normativa delle figure di ciascun provvedimento, ma anche e principalmente la predeterminazione normativa degli elementi che lo compongono, con conseguente delimitazione positiva del contenuto di ciascuno di essi», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit.

queste caratteristiche del provvedimento, e in particolare alla nozione di autorità, è l'imperatività del provvedimento, che, nelle prime trattazioni, viene articolata in tre effetti fondamentali: la degradazione dei diritti, la esecutività e l'inoppugnabilità⁸.

Infine, caratteristica sostanziale del provvedimento amministrativo (ma non propria di tutti i provvedimenti) è la discrezionalità, che per Giannini si traduce nel potere di scelta, riservato alla pubblica amministrazione, dello strumento più idoneo alla *massimizzazione* dell'interesse pubblico alla cui cura essa è preposta, e alla stregua di tutti gli interessi coinvolti dalla sua azione⁹. In realtà, si deve già a Ranelletti la qualificazione della discrezionalità come connotato del potere in quanto legato all'interesse pubblico: l'interesse del privato risulta funzionalmente connesso con l'interesse pubblico, al punto che la cura dell'interesse privato è consentita solo se l'interesse pubblico lo permette¹⁰.

La necessità di un controllo giudiziario sul potere discrezionale ha avuto un ruolo rilevante nel complessivo assetto del sistema di giustizia amministrativa: l'esigenza avvertita era quella di assicurare una maggiore tutela a quegli "affari non compresi" nella nozione di diritto civile o politico, rispetto ai quali, nell'assetto della legge abolitrice del contenzioso, era preclusa la tutela giurisdizionale, in quanto non diritti.

⁸ Il massimo contenuto autoritario del provvedimento amministrativo, che si spinge fino a «piegare» i diritti dei privati, «perfino i diritti costituzionali», «si esprime nella nozione di imperatività, la quale si articola in tre effetti, tra loro collegati così come son collegati i vari effetti articolativi della regidicata: la degradazione dei diritti, la esecutività e l' inoppugnabilità», M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), cit., 187.

⁹ È nota la definizione di discrezionalità data da M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, in M. S. GIANNINI, *Scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000, che, in una parola, consiste nella scelta, che l'amministrazione compie in sede di adozione del provvedimento, dello strumento più idoneo alla *massimizzazione* dell'interesse pubblico alla cui cura essa è preposta, e alla stregua di tutti gli interessi coinvolti dalla sua azione. Tale posizione si distingue notoriamente da quella espressa da C. MORTATI, *Discrezionalità* (voce), in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1960, p. 1098. Più in generale, in tema di discrezionalità, ma senza alcuna pretesa di esaustività, data la vastità dell'argomento, cfr. altresì A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. del dir.*, Milano, Giuffrè, 1964; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.* 1984, 463; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986; G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.* 1987, 3165; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in V. PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, Cedam, 1989; F. SALVIA, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, Giuffrè, 1994. F. BASSI, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, a cura di S. Amoroso, *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 49; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, Cedam, 2001.

¹⁰ O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Scritti giuridici scelti*, vol. II, *La giustizia amministrativa*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 68.

Per la dottrina dell'epoca il principio era quasi ovvio: secondo V.E. Orlando, «quando il diritto del cittadino ha una propria e autonoma ragione d'essere, ciò importa che il potere dell'amministrazione non è discrezionale e, reciprocamente, quando una materia è davvero sottoposta al potere discrezionale dell'amministrazione, è impossibile che il cittadino possa vantare un vero diritto»¹¹. In altri termini, nel sistema del 1865, la giurisdizione unica per la tutela dei diritti civili e politici muoveva da una duplice considerazione: da un lato, che fosse indifferente, ai fini della tutela, che il diritto soggettivo si misurasse con le pretese di altri soggetti privati o con il potere pubblico¹²; dall'altro, che tutto ciò che non fosse compreso nella nozione di diritto soggettivo, non potesse ambire a una tutela giurisdizionale e, dunque, «gli affari non compresi» nella nozione di diritto civile o politico (art. 2 della l.a.c.) rimanevano affidati alla cognizione della competente autorità amministrativa (art. 3)¹³. Tuttavia, il modello così concepito ha rivelato sin da subito la sua inidoneità ad assicurare la tutela del cittadino rispetto agli atti dell'amministrazione, in considerazione dei limitati poteri processuali di cui disponeva l'autorità giudiziaria.

La successiva istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, alla quale viene affidato il ricorso per l'annullamento dell'atto illegittimo, salvaguarda l'esigenza di assicurare il necessario equilibrio tra l'autorità del potere e, attraverso il sindacato giudiziario su di esso, la tutela dei singoli, per garantirne le libertà fondamentali: e tuttavia, se la tutela del cittadino viene assicurata attraverso il controllo giudiziario sulla discrezionalità, l'assetto originario del sistema di giurisdizione unica è definitivamente tradito, affermandosi la natura giurisdizionale della IV sezione¹⁴.

Nel mutato contesto normativo, diviene prioritaria l'individuazione di un criterio certo per accedere alla tutela dei diritti dinanzi al giudice ordinario, ovvero invocare l'annullamento dell'atto dinanzi al Consiglio di Stato, in quanto titolari di un interesse.

Dopo un iniziale periodo in cui prevale il criterio del *petitum*¹⁵, e dunque la domanda di tutela formulata dall'interessato consente l'individuazione del

¹¹ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Ed. Barbèra, 1891, p. 332 ss.

¹² Così V.E. ORLANDO, *op. cit.*, p. 322 ss.

¹³ Sul punto si veda G. CORSO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 21.

¹⁴ Sul tema si veda, per un'ampia ricostruzione, F.G. SCOCA, *L'evoluzione del processo amministrativo durante la presidenza di Santi Romano*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 186.

¹⁵ Tra i cui sostenitori più autorevoli deve ricordarsi V. SCIALOJA, *La competenza della IV sezione del Consiglio di Stato di fronte all'autorità giudiziaria (1891)*, ripubblicato in *Studi giuridici*, vol. V, *Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1936, p. 195.

giudice al quale rivolgersi, si afferma quasi subito il criterio della *causa petendi*, che postula la diversa qualificazione delle situazioni giuridiche soggettive del privato nei confronti del pubblico potere. Si tratta di un criterio che trova originariamente la propria *ratio* nella necessità di assicurare il ruolo del giudice ordinario nel sistema di tutela del privato nei confronti dell'amministrazione, ma che condurrà all'affermazione di un principio opposto a quello contenuto nella legge abolitrice¹⁶: nel senso che se c'è potere non può esserci diritto e la giurisdizione del Consiglio di Stato, alla quale destinare «*gli affari non compresi*» menzionati all'art. 3 l.a.c., si radica tutte le volte in cui l'esercizio del potere, comprimendo il diritto, trova dinanzi a sé un interesse legittimo¹⁷.

È però a partire dalla sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, n. 1657 del 1949, che l'alternativa tra carenza di potere e cattivo esercizio del potere ha rappresentato il principale criterio di riparto tra le giurisdizioni. La conseguenza è che, laddove si lamenti la lesione di una situazione giuridica soggettiva come conseguenza di un atto amministrativo per il quale si contesta l'esistenza stessa del potere, la giurisdizione spetterà al giudice ordinario, giacché l'atto, in quanto espressione di un potere di cui l'amministrazione non dispone, è inesistente (o nullo) e dunque improduttivo di effetti; viceversa, se viene in contestazione il modo in cui il potere è esercitato, non dubitandosi della sua esistenza, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo¹⁸.

Per le ragioni richiamate, dalla seconda metà del Novecento, a fronte di una determinazione amministrativa, espressione del potere, la giurisdizione è stata da sempre affidata al giudice amministrativo tutte le volte in cui il privato lamenti il cattivo esercizio del potere; mentre l'assenza del potere, in quanto sottintende l'inesistenza di una determinazione o la sua nullità, ha consentito di assegnare la relativa giurisdizione al giudice ordinario.

¹⁶ O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato* (1892), cit.: cfr. sul punto R. CAVALLO PERIN, *Il riparto di giurisdizione*, in *La giustizia amministrativa ai tempi di Santi Romano presidente del Consiglio di Stato*, cit., p. 171 ss.

¹⁷ Per un'efficace evoluzione storica, che mette in luce il nascere dell'interesse legittimo come situazione giuridica soggettiva v. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017, per il quale è centrale il ruolo del procedimento amministrativo e del privato all'interno del procedimento, p. 455; si veda inoltre B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 361.

¹⁸ Chiarisce A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, 1952, oggi pubblicato in *Scritti giuridici*, vol. V, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, che «è evidente che alla discriminazione delle competenze non si possa procedere sulla base della richiesta dell'istante – e cioè a seconda che questi intenda far valere la carenza del potere dell'amministrazione, ovvero, senza sollevare tale questione, si limiti a dolersi del cattivo uso del potere che l'Amministrazione avrebbe inteso esercitare – bensì sulla base della posizione a lui realmente fatta dall'ordinamento: e cioè sulla base della circostanza che l'ordinamento neghi o consenta all'Amministrazione il potere di interferire nella sua sfera di azione», p. 200.

Il criterio della sussistenza o meno del potere, quale regola attraverso cui individuare l'ambito delle due giurisdizioni, ha rappresentato, in tal modo, la sintesi della concezione autoritativa del pubblico potere, secondo una logica che, come detto, ha comportato un ribaltamento della prospettiva contenuta nella legge abolitrice del contenzioso.

La giurisdizione unica postulata dalla legge del 1865 ammetteva la possibilità teorica e pratica che il potere pubblico si confrontasse con i diritti civili e politici: rimanevano esclusi dalla tutela solo gli affari non compresi, che non avendo la dignità di diritti subiettivi, potevano essere rimessi alle competenti autorità amministrative. Al contrario, nel momento in cui l'esistenza del potere diviene il criterio attraverso cui definire l'ambito delle due giurisdizioni, il diritto sussiste solo se e quando non c'è il potere; e il potere, a sua volta, si può misurare solo con l'interesse legittimo, che quindi coincide con quegli affari non compresi nella nozione di diritto civile e politico, in un radicale mutamento di prospettiva. La portata dell'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso è drasticamente ridimensionata: i casi in cui il giudice ordinario può conoscere dei diritti civili e politici *«comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa»* sono limitati all'ipotesi in cui l'amministrazione agisce al di fuori dell'esercizio del potere. Perché essa esercita la propria capacità di diritto privato, che esclude la manifestazione del potere; ovvero, perché il provvedimento adottato è nullo, in quanto difetta a monte la norma attributiva del potere; o ancora, perché la stessa amministrazione è chiamata a risarcire il danno che residua dopo l'annullamento dell'atto illegittimo, ipotesi che mette a nudo una condotta senza potere¹⁹. Viceversa, l'esercizio del potere, ancorché illegittimo, comporta, in capo al privato, la titolarità di un interesse legittimo. Ed è per tale ragione che l'interesse legittimo, nella sua qualificazione sostanziale, viene efficacemente definito come la situazione giuridica che “dialoga” con il potere²⁰.

Sul punto è possibile svolgere qualche osservazione ulteriore.

Con una certa probabilità, il criterio di riparto delle due giurisdizioni ha potuto risolversi nell'alternativa tra carenza di potere e cattivo esercizio in considerazione della relativa facilità con cui individuare il giudice munito del potere di annullamento del provvedimento. Detto diversamente, il rapporto tra le due

¹⁹ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, parte I, in *Riv. Dir. Proc.*, 1963, ora in *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2004, vol. V, p. 292; v. inoltre M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 1983, p. 191.

²⁰ La nota definizione è di F.G. SCOCA, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 25.

giurisdizioni, articolato nel senso che il giudice amministrativo ha il potere di annullamento dell'atto, mentre al giudice ordinario è assegnata la generalità della tutela delle posizioni soggettive, ha consentito la fortuna di una regola del riparto ancorata sulla coppia concettuale carenza di potere e cattivo esercizio del medesimo, sul presupposto che, a fronte del potere, il rimedio dell'annullamento offrisse la migliore tutela per il privato.

Il che vale quanto dire che il criterio di riparto della giurisdizione, in fondo, è stato sempre intimamente dettato dal *petitum*, cioè dalla possibilità di rivolgere al giudice amministrativo la domanda di annullamento del provvedimento: il paventato pericolo di un conflitto tra giudicati, laddove si fosse contestualmente chiesto a un giudice l'annullamento dell'atto e all'altro giudice il risarcimento del danno patito, pericolo apparentemente superato attraverso il criterio della *causa petendi*, viene in realtà risolto dall'affermazione del principio della pregiudizialità amministrativa²¹. Con la conseguenza che il ricorso al giudice amministrativo e la conseguente pronuncia di annullamento dell'atto devono necessariamente precedere l'eventuale tutela risarcitoria, da formulare al giudice ordinario.

In tal modo, il rapporto tra le due giurisdizioni è risolto nel senso di prediligere la via della giurisdizione amministrativa, in considerazione del potere di annullamento dell'atto riconosciuto al giudice amministrativo, a detrimento della giurisdizione ordinaria, rispetto alla quale vigono i limiti dell'art. 4 della legge sul contenzioso²²: il che giustifica la *specialità* della giurisdizione ammini-

²¹ Cfr. M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione: dal criterio del petitum con pregiudizialità del giudice amministrativo alla legge n. 205 del 2000*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 291. La c.d. pregiudiziale amministrativa si è affermata quasi subito nell'interpretazione della giurisprudenza: già alla fine dell'Ottocento la Corte di Cassazione affermava che, poiché il giudice ordinario non può svolgere alcun sindacato sull'atto amministrativo (ai sensi dell'art. 4 l.a.c.), il diritto al risarcimento del danno (cagionato dall'atto amministrativo illegittimo) può esser fatto valere solo dopo che la competente autorità amministrativa si sia pronunciata sull'illegittimità dell'atto stesso, Cass. Roma, 9 febbraio 1894, in *Giur. It.* 1894, I, 1, 265. Successivamente, il principio ha trovato accoglimento nell'art. 30 del t.u. sul Consiglio di Stato, approvato con r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, ai sensi del quale il Consiglio di Stato «*conosce anche di tutte le questioni relative a diritti [...] restano, tuttavia, sempre riservate all'autorità giudiziaria ordinaria le questioni attinenti a diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia d'illegittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre*» e poi nell'art. 7 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, c.d. legge Tar.

²² Vicenda, questa, che sul piano sostanziale, si è tradotta nella necessità di qualificare la posizione giuridica del privato nei riguardi dell'amministrazione in termini di interesse legittimo, dal «diritto fatto valere come interesse» al «diritto che degrada a interesse» di fronte all'imperatività del provvedimento, nell'intento di assicurare l'accesso alla tutela costitutiva di annullamento: «*dopo l'ossequio ai diritti, si preferivano gli interessi legittimi... la libertà del 1865 era stata soppiantata dallo Stato autoritario del 1889*», F. MERUSI, *Dal 1865... e ritorno... al 1864. una devoluzione al giudice ordinario della giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione a rischio di estinzione*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 671.

strativa, intesa come giurisdizione di annullamento dell'atto, e della conseguente giurisdizione ordinaria, alla quale è affidata la *generalità* della tutela dei diritti.

2. Interesse legittimo, discrezionalità amministrativa e regola del riparto: il superamento della specialità della giurisdizione amministrativa

La ricostruzione svolta, che muove dall'esame, sia pure rapido e sintetico, del contenuto essenziale della determinazione amministrativa, per volgere più attentamente lo sguardo sul conseguente riparto di giurisdizione, costituisce la necessaria premessa per compiere un ulteriore ordine di considerazioni.

L'affermazione dell'alternativa tra l'esistenza e la non esistenza del potere quale criterio attraverso cui tracciare la linea del riparto tra le due giurisdizioni è intimamente connessa con la teoria della degradazione²³, sintesi della concezione autoritativa del potere e dell'imperatività del provvedimento, che ha fondato la giurisdizione del giudice amministrativo in presenza del potere, sul presupposto che il provvedimento fosse capace di comprimere il diritto e *degradarlo* a interesse legittimo.

Per tale ragione, pur dovendosi riconoscere che la categoria concettuale dell'interesse legittimo si sia fondata (e probabilmente continua a fondarsi, per le ragioni che si diranno) sulla necessità di affidare al giudice amministrativo il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità, in funzione di una maggiore garanzia dell'interesse e, quindi, del diritto ad esso sotteso, va tuttavia ricordato come lo stesso interesse legittimo sia stato per lungo tempo qualificato come posizione soggettiva qualitativamente, sul piano sostanziale, e quantitativamente, sotto il profilo processuale, "inferiore" rispetto al diritto soggettivo, poiché l'unica tutela cui poteva aspirare era la tutela costitutiva di annullamento.

L'entrata in vigore della Carta costituzionale, se inizialmente sembra consolidare il quadro tracciato dalle leggi del secondo Ottocento, consente in un successivo momento l'avvio del fenomeno opposto a quello appena descritto: che, attraverso l'affermazione del principio di pienezza ed effettività della tutela dell'interesse legittimo, ha consentito l'evoluzione in senso sostanziale della figura dell'interesse legittimo, al punto da affermare il superamento di una effettiva distinzione con il diritto. In tal modo, l'interesse legittimo viene qualificato come posizione soggettiva di vantaggio e deve avere assicurate le medesime forme di tutela del diritto soggettivo.

²³ La cui formulazione è tradizionalmente imputata a O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato* (1892), cit..

Una sensibile accelerazione nella direzione tracciata è legata all'introduzione del principio della risarcibilità dell'interesse legittimo, che rappresenta il definitivo punto di rottura rispetto al modello precedente ed è percepita come un passaggio necessario²⁴. La nota sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione, che afferma la risarcibilità dell'interesse legittimo assegnando la relativa giurisdizione al giudice ordinario, precede solo di un anno la legge 21 luglio 2000, n. 205, la quale introduce definitivamente la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo. Infine, il Codice del processo amministrativo rappresenta il punto di arrivo della parabola che si è disegnata: il principio di effettività della tutela dell'interesse legittimo è espressamente riconosciuto all'art. 1 e la pienezza della tutela è ampiamente garantita attraverso la pluralità di azioni di cui dispone il giudice amministrativo²⁵.

La vicenda descritta può essere considerata da una diversa angolatura.

Sino a un certo momento storico, dottrina e giurisprudenza, mosse dall'esigenza di assicurare il controllo giudiziario sulla discrezionalità, hanno dilatato la nozione di interesse legittimo per radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, con un processo di riduzione della pluralità delle figure soggettive del privato nei confronti dell'amministrazione nell'unica categoria dell'interesse legittimo; negli ultimi tempi il processo può essere colto nella direzione opposta: tale per cui, la qualificazione dell'interesse legittimo in termini di situazione giuridica sostanziale, di vantaggio e risarcibile, ne comporti la piena assimilazione alla parallela figura del diritto soggettivo. Come se, stavolta, si optasse per «*il riconoscimento del diritto soggettivo come unica situazione giuridica soggettiva del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*»²⁶. Sicché, la costante interpretazione dell'interesse legittimo in relazione alla simmetrica figura soggettiva del diritto ne pregiudica l'emancipazione come figura concettuale autonoma e separata dallo stesso diritto soggettivo.

²⁴ Basti pensare che il limite alla risarcibilità, a partire dal secondo Novecento, non è più dogmatico, ma di diritto positivo: l'interesse legittimo non è risarcibile, non perché connesso con l'interesse generale, ma perché il danno ingiusto è solo la lesione del diritto soggettivo e perché il giudice che ha la giurisdizione in materia di interessi non ha il potere di condanna al risarcimento (mentre il giudice che avrebbe il potere di condanna, ha la giurisdizione sui soli diritti soggettivi).

²⁵ Sull'argomento, E. FOLLIERI, *La tipologia delle azioni proponibili*, a cura di F.G. Scoca, *Giustizia amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 190 ss. Cfr. inoltre, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla Costituzione al Codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 436.

²⁶ Così A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. Dir. Agg. II*, Milano, 1998, 977, che osserva come «*le tendenze, tradizionali o più recenti, a ridurre ad unità le situazioni giuridiche tutelate del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione non possono dunque essere accolte*».

Il processo di equiparazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo, avviato già da tempo sotto il profilo sostanziale, oggi sembra compiuto anche dal punto di vista processuale: la ricchezza delle azioni proponibili al giudice amministrativo rafforza inevitabilmente la consistenza dell'interesse legittimo e ne assicura la pienezza e l'effettività di tutela, nella direzione di un superamento della specialità del giudice amministrativo.

In altri termini, la trasformazione dell'interesse legittimo in situazione giuridica soggettiva sostanziale e risarcibile, la cui garanzia di tutela è affidata a un giudice munito di una pluralità di poteri processuali, ma anche di mezzi istruttori, manifesta un'evidente simmetria dell'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, se non addirittura una sostanziale coincidenza tra le due situazioni soggettive.

Per tale ragione, l'esplicita affermazione, contenuta oggi nel Codice del processo amministrativo, del principio della pienezza di tutela dell'interesse legittimo, anche attraverso la pluralità delle azioni proponibili al giudice amministrativo, impone un ripensamento circa la esatta definizione di quella linea di demarcazione tra le due giurisdizioni, che probabilmente non può più tradursi nell'opzione netta tra l'esistenza e la non esistenza del potere e, dunque, non può più fondarsi sulla necessità di formulare solo al giudice amministrativo la domanda di annullamento del provvedimento illegittimo.

Alla luce di quanto s'è detto, le conseguenze investono un duplice ordine di questioni.

Anzitutto, sotto il profilo processuale, non sembra più predicabile una giurisdizione amministrativa come mera giurisdizione di legittimità, dal momento che i poteri processuali del giudice amministrativo vanno ben al di là del potere di annullamento dell'atto illegittimo. Ma, se l'azione di annullamento ha cessato di essere lo strumento principe per la garanzia dell'interesse legittimo nei riguardi del pubblico potere, all'interno del giudizio amministrativo, per la stessa ragione l'alternativa tra carenza di potere e cattivo esercizio dello stesso non può ritenersi più idonea a tracciare la linea del riparto tra le giurisdizioni, poiché l'esercizio del potere non conosce più come unico rimedio di tutela l'annullamento del provvedimento illegittimo che del potere è manifestazione²⁷.

²⁷ Inoltre, nella misura in cui il binomio carenza di potere/cattivo esercizio fonda la giurisdizione ordinaria solo nel caso in cui il potere non esista o difetti la sua attribuzione, tale modello appare incoerente con la legge abolitrice del contenzioso, che ammette invece la giurisdizione ordinaria sui provvedimenti lesivi dei diritti, e con la Carta costituzionale. Che ammette che il giudice amministrativo possa conoscere, in sede di giurisdizione esclusiva, anche dei diritti soggettivi, ma non riconosce, in termini altrettanto espliciti, l'ipotesi opposta: per la quale

In secondo luogo, quindi, si rende necessario il superamento del binomio richiamato, per valutare l'opportunità di ragionare su un diverso criterio ripartitore fondato sulla *natura* del potere, che pone la necessità di un giudice amministrativo che eserciti il sindacato sull'esercizio del potere discrezionale. La natura discrezionale del potere, cioè, può rappresentare il fondamento della giurisdizione amministrativa, in quanto costituisce la vera essenza del potere medesimo, e della conseguente determinazione, idonea a fondare altresì le ragioni di una riserva di amministrazione.

La questione, a questo punto, riguarda il contenuto del potere discrezionale e la qualificazione della discrezionalità amministrativa come caratteristica tipica del pubblico potere, che giustifichi una riserva di amministrazione.

In termini generali, l'esistenza di una riserva di amministrazione è subordinata al riconoscimento del principio del giusto procedimento come principio costituzionale. In tal senso, il rimando è alla celebre riflessione di Crisafulli, secondo cui *«la vera garanzia dei diritti non si esaurisce nel principio di legalità della pubblica amministrazione ..., ma richiede che per di più tra la legge e l'atto applicativo, tra la norma e il provvedimento, sussistano un margine, uno stacco, tali da consentire quei rimedi, in sede amministrativa e in sede giurisdizionale, che non sarebbero possibili nei confronti della legge ...»*. Il legislatore normalmente deve *«enunciare ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo»* attraverso il quale, e all'interno del quale, gli organi competenti possano concretamente imporre le limitazioni ai diritti dei cittadini (quelle limitazioni, cioè, astrattamente previste con legge)²⁸.

Dunque, il legislatore *prevede*, mentre l'amministrazione *provvede*.

L'attribuzione alla pubblica amministrazione di una riserva di provvedere implica anche l'esistenza, a favore della stessa amministrazione, di una riserva di procedimento: cioè il potere che l'ordinamento riserva alla pubblica amministrazione e che si manifesta con l'adozione del provvedimento, che come detto è funzionale alla miglior cura dell'interesse pubblico, deve essere esercitato attraverso un necessario e preliminare procedimento amministrativo, all'interno del quale può essere garantita la corretta esplicazione del potere medesimo, a garanzia dell'interesse che l'amministrazione persegue. Ma realizzazione dell'interesse pubblico deve essere bilanciata con gli interessi dei singoli destinatari dell'atto, in modo che l'interesse del privato funga da limite per

il giudice ordinario possa conoscere anche degli interessi legittimi. Pur ammettendo che lo stesso giudice possa annullare il provvedimento amministrativo illegittimo.

²⁸ V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, 135.

l'esercizio del pubblico potere²⁹.

E, sotto questo profilo, la natura consensuale o partecipata dell'azione amministrativa induce probabilmente a ritenere superata una nozione di potere inteso come mera espressione di un'autorità unilaterale³⁰, ma mantiene del tutto immutata la vera caratteristica del pubblico potere e della determinazione amministrativa, e cioè la sua natura discrezionale, che si sostanzia nella comparazione di interessi pubblici e privati. Da qui, ancora una volta, il dubbio sull'attualità di una regola di riparto fondata sulla alternativa tra carenza di potere e cattivo esercizio dello stesso, per valutare invece la fondatezza di un criterio di riparto fondato sulla diversa *natura* del potere³¹: in base alla quale del potere discrezionale deve conoscere il giudice amministrativo, ma del potere vincolato può conoscere anche il giudice ordinario.

Il tema era noto alla dottrina classica, che proprio sulla natura discrezionale del potere amministrativo aveva argomentato la limitazione dei poteri della giurisdizione ordinaria sull'atto amministrativo, aprendo la via per la giurisdizione del giudice amministrativo³²; mentre in tempi più recenti, la tesi proposta rievoca il binomio potere vincolato/diritto soggettivo e potere discrezionale/interesse legittimo³³.

²⁹ F.G. SCOCA, *Nozioni introduttive*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017, che fa riferimento ai procedimenti concessori o ablatori, ma precisa che nei procedimenti autorizzatori avviene invece il contrario, e cioè è «l'interesse pubblico che funziona da limite all'interesse privato»: l'A. chiarisce che «l'interesse privato non è estraneo alle finalità perseguite dall'amministrazione, ed anzi interviene in misura più o meno rilevante nella determinazione dell'interesse concreto che di volta in volta l'amministrazione deve perseguire», p. 23; da ultimo il tema è stato ampiamente sviluppato dallo stesso A. in *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 201 ss.

³⁰ Con ciò non si vuol dire che viene meno l'autoritarità del potere, essendosi prodotto, semmai, un mutamento delle sue forme di manifestazione: in generale, la forma più evidente della trasformazione delle modalità di manifestazione del potere si rinviene nella disciplina della partecipazione del privato al procedimento, contenuta nella l. n. 241 del 1990 che può culminare nella stipula di un accordo sostitutivo del provvedimento (art. 11). La dottrina ha parlato di modi di conclusione del procedimento diversi dal provvedimento, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 281.

³¹ In tal senso, di recente, si è espresso anche F.G. SCOCA, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 847, per il quale tuttavia anche tale criterio supererebbe, come il precedente, il criterio costituzionale fondato sulla distinzione tra diritto e interesse.

³² La questione sarà affrontata nel Capitolo I. Per il momento basti il rinvio alla ricostruzione di G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, cit., 210.

³³ Nei termini descritti la distinzione è accolta dalla dottrina, sia pure con sfumature diverse: da G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1954, p. 249 a E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1983, p. 267; sino a A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3, la cui posizione è stata variamente ripresa da Autori più recenti, su cui v. *infra*. Si veda in particolare, D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali III*, Milano, 2010, 51.

3. Il rapporto tra le due giurisdizioni

Alla stregua delle argomentazioni sin qui svolte, emerge come la qualificazione sostanziale dell'interesse legittimo e la compiuta tutela che ormai ad esso accorda l'ordinamento dinanzi al giudice amministrativo pongono in termini problematici la delimitazione del residuo spazio di tutela di cui il privato può disporre dinanzi al giudice ordinario, ove lamenti la lesione di diritti soggettivi e nelle controversie in cui si faccia questione di un provvedimento della pubblica amministrazione.

Da un altro punto di vista, l'ampliamento della giurisdizione amministrativa, generato dalla pluralità dei poteri processuali di cui oggi dispone il giudice amministrativo, potrebbe comprometterne la ragione giustificatrice: nel senso che, se il giudice amministrativo diventa giudice del rapporto tra il cittadino e l'amministrazione, il rischio è quello di avere due giudici del medesimo rapporto, con una possibile duplicazione della giurisdizione, che conduce, ancora una volta, allo smarrimento della regola di riparto.

Detto diversamente, il superamento della *specialità* del giudice amministrativo, piuttosto che consolidare il fondamento della giurisdizione amministrativa, rischia di condurre nella direzione contraria: quella di un definitivo superamento di un riparto tra le giurisdizioni, non più giustificato dalla diversa natura delle situazioni soggettive e in funzione di un ritorno all'*unità* della giurisdizione.

L'esigenza, al contrario, è quella di affermare la necessità di entrambi gli ordini di giurisdizione, fondata sulla altrettanto necessaria distinzione tra diritto e interesse, che superi l'oscillazione prima ricordata: per la quale la sostanziale coincidenza tra le due posizioni soggettive, perché entrambe appiattite sulla necessaria nozione di interesse legittimo per accedere alla tutela costitutiva di annullamento, ovvero perché elevate alla consistenza del diritto per aspirare alla pienezza di tutela, produca l'effetto di sottrarre terreno, o negare la ragione di esistenza, all'una o altra giurisdizione.

In tal senso, l'operazione che si rende necessaria è quella di individuare un criterio di riparto coerente con l'attuale quadro normativo, per verificare l'ambito delle due giurisdizioni, misurabile anche attraverso l'estensione dei rispettivi poteri processuali: nella costante prospettiva di supportare la necessità stessa del duplice ordine di giurisdizioni.

In altri termini, in presenza di un giudizio amministrativo strutturato per assicurare la pienezza di tutela dell'interesse legittimo, attraverso la pluralità delle azioni proponibili al giudice amministrativo, la linea di demarcazione tra le

due giurisdizioni non può più correre lungo l'opzione tra l'esistenza e la non esistenza del potere e, dunque, non può più fondarsi sulla necessità di poter formulare solo al giudice amministrativo la domanda di annullamento del provvedimento illegittimo. Viceversa, il confine tra le due giurisdizioni può essere tracciato sulla base della sussistenza o meno del potere *discrezionale*, alla stregua di un criterio che sembra trovare spazio anche nei più recenti orientamenti del giudice del riparto.

In particolare, la Corte regolatrice in alcuni casi ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario, e non del giudice amministrativo, perché il potere esercitato dall'amministrazione non ha natura costitutiva, ma si traduce in un mero accertamento³⁴; in altri casi ha argomentato la giurisdizione ordinaria perché il potere esercitato non è un potere autoritativo³⁵; ovvero, più esplicitamente, perché si tratta di un potere vincolato e non discrezionale³⁶. Si tratta, com'è evidente, di nozioni che, rimandano a questioni di enorme rilievo teorico, rispetto alle quali non è possibile soffermarsi per evidenti ragioni di sintesi. È noto tuttavia che, nelle riflessioni della dottrina, il concetto di "atto vincolato" non è univoco, ma racchiude una pluralità di concetti: dall'atto vincolato come espressione di un potere di accertamento, ovvero come adempimento di un dovere, o ancora alla negazione dell'esistenza di un potere vincolato, sino alla formulazione della più ampia nozione di "attività vincolata"³⁷.

³⁴ Si tratta di un orientamento consolidato: tra le pronunce più recenti si veda Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2012, n. 3496; Cons. Stato, sez. VI, 23 maggio 2012, n. 3030; Cons. Stato, sez. VI, 26 settembre 2011, n. 5357; Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2010, n. 7975.

³⁵ Si veda ad esempio, Cass. sez. un., 25 marzo 2010, n. 7160.

³⁶ È il caso delle sentenze in materia di concessioni e revoca dei contributi pubblici: cfr. Cons. Stato, ad. plen., 29 luglio 2013, n. 17; analogamente, Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2013, n. 4327; sul punto V. FANTI, *La giurisdizione sulla revoca dei contributi pubblici e sulle graduatorie scolastiche ad esaurimento*, in E. Follieri, A. Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, cit., p. 205 ss.

³⁷ In realtà, a fronte di un'ampia parte della dottrina che ammette la sussistenza di un potere vincolato e discrezionale, tra cui M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 266, parte della dottrina ritiene che la distinzione tra potere discrezionale e vincolato non esaurisca le modalità di estrinsecazione del potere: cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 231, che afferma la sussistenza di un potere di valutazione non discrezionale, p. 297 ss., che ha pur sempre fondamento in una norma, p. 363 ss. Altri ancora ritiene irrilevante la distinzione medesima pone in dubbio l'esistenza di poteri vincolati: così L.R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 653. La sussistenza di poteri vincolati in contrapposizione al potere discrezionale è riconosciuta, come s'è visto, dalla scuola fiorentina e di recente, sull'esautività della dicotomia potere vincolato-potere amministrativo, si è espresso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 327; per una diversa ricostruzione, si veda E. FOLLIERI, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in *L'atto*

Nella consapevolezza che la collocazione di tali concetti in un'unica categoria risponde ad esigenze di sintesi e non tiene conto della vastità dei temi a cui essi rimandano, rimane, però, l'utilità del riferimento per descrivere una tendenza della giurisprudenza. La quale sembra ammettere la possibilità di distinguere, ai fini del riparto, le ipotesi in cui vi sia la spendita di potere discrezionale, dalle ipotesi in cui sia assente qualunque apprezzamento discrezionale, perché si tratta, appunto, di atto o attività vincolata, o perché si tratta di un potere di mero accertamento, ovvero manca il connotato dell'autoritarietà: al di là dell'adesione o meno alla nozione di atto o attività o potere vincolato, sembra cioè che, nell'interpretazione della giurisprudenza, ciò che conta, ai fini del riparto, sia la sussistenza o meno della discrezionalità come attributo del potere.

Il superamento della giurisdizione amministrativa come mera giurisdizione di legittimità, ma ugualmente necessaria per assicurare il controllo sull'esercizio del potere discrezionale e a tutela dell'interesse legittimo, può trovare conferma nella Costituzione, che offre ulteriori indicazioni volte ad assicurare la centralità delle esigenze di tutela del cittadino rispetto al pubblico potere³⁸. Così, ad esempio, l'abrogazione del controllo di legittimità sugli atti delle regioni³⁹, sottolinea la rilevanza delle disposizioni costituzionali che residuano (in particolare l'art. 24 e l'art. 113): funzionali a garantire la pienezza della tutela giurisdizionale delle pretese del cittadino nei confronti del pubblico potere, senza che tale tutela debba necessariamente passare attraverso la sola verifica della conformità alla legge del potere medesimo.

Più in generale, la giurisdizione amministrativa nell'assetto costituzionale

autoritarivo. Convergenze e divergenze tra ordinamenti, Annuario AIPDA 2011, Milano, 2012, p. 43. Con più specifico riguardo al potere vincolato, tra gli autori più recenti che si sono occupati del tema si veda D. SORACE, *Atto amministrativo*, cit., 51; sul potere di accertamento, in generale B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, Padova, Cedam, 2001, p. 97; L. FERRARA, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, cit., p. 42; sull'attività vincolata, A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3. Per una recente ricostruzione del dibattito, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, cit., p. 432; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *P.A.: Persona e Amministrazione*, 2017, 111; nonché S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 98 ss.

³⁸ Va condivisa, in tal senso, l'osservazione di L. R. PERFETTI, *Pretese procedimentali come diritti fondamentali: oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. Proc. Amm.* 2012, 850, secondo cui «è la pretesa che può essere agita nel diritto sostanziale che importa isolare, sicché possa ricevere protezione processuale se necessitata, più ancora che la concettualizzazione che consegue alla riconduzione ad una posizione soggettiva tradizionale», 854.

³⁹ L'art. 9 comma 2 della legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3, ha abrogato il primo comma dell'art. 125 Cost., secondo cui «il controllo di legittimità sugli atti amministrativi della Regione è esercitato, in forma decentrata, da un organo dello Stato, nei modi e nei limiti stabiliti da leggi della Repubblica. La legge può in determinati casi ammettere il controllo di merito, al solo effetto di promuovere, con richiesta motivata, il riesame della deliberazione da parte del Consiglio regionale».

può trovare il proprio fondamento già nell'art. 24 Cost. e nella necessità di assicurare la pienezza di tutela dell'interesse legittimo, attraverso il sindacato giudiziario sul potere discrezionale, che può essere affidato al solo giudice amministrativo, ma che non necessariamente deve consistere nella verifica della legittimità dell'atto amministrativo.

L'insieme delle disposizioni costituzionali in materia di giustizia amministrativa e, soprattutto, sul riparto tra le due giurisdizioni offre ulteriori argomenti di riflessione: nell'alternativa tra le due giurisdizioni e nell'individuazione dei rispettivi poteri processuali, la Costituzione stabilisce, infatti, alcuni punti di riferimento.

Il giudice amministrativo è il giudice *«per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi»* (art. 103 Cost.). Al giudice amministrativo è affidata anche la tutela dei diritti soggettivi, in determinate materie stabilite dalla legge; ma non è espressamente prevista l'ipotesi opposta, per la quale il giudice ordinario possa conoscere della tutela degli interessi legittimi. Il giudice ordinario è invece il giudice della tutela dei diritti soggettivi⁴⁰, che eventualmente può avvenire anche attraverso il potere di annullare l'atto amministrativo (art. 113 Cost.): se, cioè, la cognizione dell'autorità giudiziaria è limitata ai soli diritti soggettivi, non anche agli interessi legittimi, deve desumersi che l'annullamento del provvedimento amministrativo da parte del giudice ordinario possa riguardare le sole ipotesi in cui tale provvedimento incida sui diritti soggettivi.

La conferma può essere colta in una nota sentenza della Corte Costituzionale: si tratta della sentenza 4 marzo 1970, n. 32, con la quale la Corte ha chiarito che l'ordinanza attraverso cui si esprime il potere sanzionatorio dell'amministrazione deve essere intesa quale *«atto dovuto e non atto discrezionale e la valutazione dell'entità della sanzione da applicare in concreto implica apprezzamento di merito e non apprezzamento discrezionale, cosicché non si può ravvisare alcun affievolimento del diritto soggettivo patrimoniale dell'interessato colpito dalla sanzione pecuniaria, ma, se mai, una eventuale violazione di un diritto soggettivo»*. In tal modo la Corte, nel qualificare la situazione giuridica soggettiva in termini di diritto soggettivo, implicitamente giudica infondata la questione non perché, laddove il giudice ordinario conosca di interessi legittimi, non ci sarebbe violazione degli artt. 24 e 113 Cost., ma perché, al contrario tale violazione è esclusa in quanto la norma affi-

⁴⁰ *«Il giudice ordinario è giudice dei diritti e la sua giurisdizione viene meno soltanto nei limitati casi in cui la cognizione, in considerazione dell'intreccio, difficilmente districabile per talune controversie, di figure giuridiche attive riconducibili all'una o all'altra categoria, è attribuita al giudice amministrativo»*, Corte Cost. sent. 6 luglio 2004, n. 204.

da al giudice ordinario la cognizione sui soli diritti soggettivi⁴¹.

Ciò significa che la legittimità costituzionale di una disposizione di legge, che affidi alla cognizione del giudice ordinario determinate materie in cui si faccia questione di un atto amministrativo, può essere ammessa laddove si affermi altresì il privato, a fronte di quel determinato atto, vanta un diritto soggettivo e non un interesse legittimo, poiché la sussistenza di un interesse legittimo preclude la cognizione del giudice ordinario.

Le considerazioni svolte consentono di affermare la permanente attualità dell'interesse legittimo e del suo giudice, che è assicurata anche dalla riaffermazione di uno spazio di tutela riconosciuto al giudice ordinario, laddove il potere incida sul diritto soggettivo. Sul duplice presupposto che, da un lato, esistano situazioni soggettive che anche di fronte al potere devono essere qualificate come diritti, poiché riempiono e circoscrivono uno spazio di protezione dell'individuo nei confronti dell'amministrazione, quando questa si pone come autorità⁴². Dall'altro lato, che è preclusa al giudice ordinario ogni cognizione sull'interesse legittimo, sicché la possibilità che questi possa annullare un provvedimento amministrativo (art. 113 Cost.) è ricondotta alla sola ipotesi che il provvedimento incida sui diritti.

Sotto questo punto di vista, il recupero della teoria della degradazione dei diritti, ma soprattutto il rinvio all'opposta concezione dei diritti resistenti⁴³, può

⁴¹ Considerazioni non dissimili, pur se originate da un altro quesito sottoposto al giudice delle leggi, si ritrovano nella recente sentenza Corte Cost., 2 febbraio 2016, n. 19: qui la Corte fa salva la discrezionalità del legislatore nel prevedere nuove ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma sostanzialmente condivide l'orientamento espresso dalle Corti superiori (Consiglio di Stato e Corte di Cassazione) nel ripartire la giurisdizione in materia di sovvenzioni e contributi tra giudice ordinario e giudice amministrativo, affermando che «*le controversie in tema di agevolazioni finanziarie sono attribuite alla giurisdizione amministrativa se riferite al momento genetico del rapporto, ovvero se - pur riguardando il momento funzionale - l'amministrazione abbia adottato un provvedimento discrezionale; spettano, invece, al giudice ordinario le controversie relative al momento funzionale, se l'atto che incide sulla posizione del privato consegue all'inadempimento e ha natura vincolata*».

⁴² In tal senso, si condivide quanto osservato da B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, n. 20, Torino, 2010, p. 121, che, nel far proprio l'insegnamento di Federico Cammeo, afferma che «*le questioni fondamentali del diritto amministrativo, e in particolare quelle relative alle situazioni soggettive, si riferiscono all'ambito in cui l'amministrazione agisca come autorità, perché è appunto questo agire come autorità a fare problema*», p. 125.

⁴³ L'orientamento in materia di diritti indegradabili, su cui cfr. in termini generali P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 377, è stato inaugurato da Cass. sez. un., n. 1463 del 1979 e non è stato mai del tutto abbandonato. Di recente è stato ripreso e agganciato, appunto, alla natura vincolata del potere. È il caso di alcune pronunce in materia di contenzioso elettorale amministrativo, aventi a oggetto questioni legate all'ineleggibilità, incompatibilità, decadenza e sospensione dalla carica. La materia è stata tradizionalmente attratta alla giurisdizione del giudice ordinario, sia pure con orientamento non sempre univoco e unanimemente accolto, sul presupposto che si tratti di questioni riguardanti

offrire utili spunti di riflessione. Si può, cioè, ritenere che il diritto resiste al potere, se si tratta di un potere vincolato, che non riserva una funzione all'amministrazione in ordine alla sussistenza o meno di determinati presupposti per la sua emanazione, con conseguente giurisdizione ordinaria: e, quindi, più correttamente, il potere è vincolato se incide su un diritto, del quale deve conoscere il giudice ordinario; viceversa il potere discrezionale ammette dinanzi a sé solo un interesse legittimo, per assicurare il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità, a garanzia della pienezza di tutela dell'interesse del privato⁴⁴.

Com'è noto, l'ammissibilità di una relazione tra potere vincolato e diritto soggettivo, da un lato, e potere discrezionale e interesse legittimo, dall'altro, incontra un'obiezione classica, secondo la quale, mentre è comunemente ammesso che il potere discrezionale si relazioni con un interesse legittimo, non altrettanto pacifico è l'altro elemento del binomio evocato, secondo cui il potere vincolato possa relazionarsi con un diritto soggettivo⁴⁵.

la tutela di un diritto soggettivo perfetto, legato alla titolarità del diritto di elettorato passivo; laddove, per converso, si ha la giurisdizione amministrativa per le questioni attinenti «alla regolarità delle operazioni elettorali», Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013, n. 3826. In senso analogo può farsi riferimento agli orientamenti emersi in materia di insegnanti di sostegno: Cass. sez. un., 25 novembre 2014, n. 25011, che afferma la giurisdizione ordinaria in materia. Di contrario avviso si segnala Tar Palermo sez. III, 3 dicembre 2014, n. 3111, secondo cui la materia rientra necessariamente nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; tuttavia sulla questione si è poi pronunciato il Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, nonché nuovamente il Tar Palermo, sez. III, 11 settembre 2017, n. 2139, affermando la giurisdizione del giudice ordinario. O ancora in materia di permesso di soggiorno: Cass. sez. un., 17 giugno 2013, n. 15115. Per una ricognizione della giurisprudenza nella delicata materia, si veda di recente, anche per l'ampia bibliografia riportata, S. D'ANTONIO, *Il riparto di giurisdizione in materia di ingresso, soggiorno e allontanamento dello straniero dal territorio dello stato italiano*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, 534, la quale esprime delle perplessità in ordine all'effettività della tutela da parte del giudice ordinario, in assenza della specifica attribuzione dei relativi poteri processuali.

⁴⁴ Il riferimento è ad A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3.

⁴⁵ In tal senso cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 495. In realtà, a fronte di un'ampia parte della dottrina che ammette la sussistenza di un potere vincolato e discrezionale, tra cui M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, p. 266, parte della dottrina ritiene che la distinzione tra potere discrezionale e vincolato non esaurisca le modalità di estrinsecazione del potere: cfr. D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, Cedam, 1995, p. 231, che afferma la sussistenza di un potere di valutazione non discrezionale, p. 297 ss., che ha pur sempre fondamento in una norma, p. 363 ss. Altri ancora ritiene irrilevante la distinzione medesima ed esclude in radice l'esistenza di poteri vincolati: così L. R. PERFETTI, *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, cit. La sussistenza di poteri vincolati in contrapposizione al potere discrezionale è riconosciuta, come s'è visto, dalla scuola fiorentina e di recente, sull'esautività della dicotomia potere vincolato-potere amministrativo, si è espresso S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, cit., p. 327.

Invero, la tesi che qui si vuole prospettare non implica che l'equazione ricordata (potere vincolato/diritto soggettivo e potere discrezionale/interesse legittimo) debba operare in termini assoluti e univoci.

Come in parte s'è detto, l'ampliamento delle azioni da esercitare dinanzi al giudice amministrativo, oltre alla tradizionale azione costitutiva di annullamento, ha prodotto un preciso effetto sul piano del riparto di giurisdizione: cioè non è più predicabile l'alternativa secca tra l'annullamento del provvedimento, da formulare al giudice amministrativo, e le altre forme di tutela, risarcitoria, di condanna e di accertamento, da esercitare dinanzi al giudice ordinario.

Oggi l'interrogativo sulla giurisdizione si pone con riguardo alle azioni di risarcimento del danno che può conseguire all'agire scorretto dell'amministrazione, sicché se il danno è originato dalla lesione di un diritto soggettivo l'azione è esercitata dinanzi al giudice ordinario, se invece è conseguenza della lesione di un interesse legittimo la giurisdizione spetta al giudice amministrativo. Analogamente in caso di nullità del provvedimento: se questo incide su un diritto la declaratoria di nullità spetta al giudice ordinario, se ha ad oggetto un interesse legittimo la tutela è quella prevista dall'art. 31 c.p.a., dinanzi al giudice amministrativo.

Allo stesso modo, ammessa la possibilità di una regola del riparto che rimandi alla natura del potere, e non più alla sua esistenza, si manifesta la necessità di individuare il giudice competente in caso di provvedimento illegittimo: e quindi, alla stregua dell'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso, si potrebbe concludere nel senso che se il provvedimento incide su un diritto soggettivo la giurisdizione spetta al giudice ordinario, se invece incide su un interesse legittimo, la stessa deve essere affidata al giudice amministrativo.

La questione, allora, converge sull'ammissibilità teorica di un provvedimento che incide sul diritto soggettivo⁴⁶.

Si tratta di una possibilità che in un certo senso è implicitamente ammessa nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva: qui è lo stesso legislatore che riconosce che di fronte ad una data attività amministrativa, riconducibile all'esercizio del potere⁴⁷, esiste un intreccio di situazioni giuridiche soggettive riconducibili all'interesse legittimo, come al diritto soggettivo. Inoltre, la possibilità di un provvedimento che incida su un diritto è stata riconosciuta dalla giurisprudenza e dalla dottrina, laddove, negli anni cinquanta, secondo la tesi della c.d. doppia tutela, si ammetteva la possibilità di una coesistenza di posizioni di diritto e di

⁴⁶ In dottrina, sulla possibilità che il provvedimento abbia dinanzi a sé un diritto v. per tutti G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 490.

⁴⁷ Secondo le indicazioni offerte dalla Corte Costituzionale nella sentenza 204 del 2004.

interesse in ordine ai medesimi rapporti, alla stregua di un modello assai simile a quello del *petitum* come criterio di riparto: sicché se la parte invocava la tutela del diritto soggettivo, doveva rivolgersi al giudice ordinario, se invece lamentava la lesione dell'interesse avrebbe dovuto impugnare il provvedimento al giudice amministrativo⁴⁸. Non si vuole con ciò ipotizzare un ritorno alla tesi del *petitum* o un recupero della teoria della doppia tutela, perché entrambe le soluzioni si fondano sulla possibilità di una diversa consistenza delle posizioni soggettive all'interno dei medesimi rapporti: la possibilità, cioè, che dal medesimo atto amministrativo il privato possa derivare la lesione di un diritto o di un interesse.

L'esigenza che si ravvisa, al contrario, è quella di riconoscere che nella maggior parte dei casi la situazione soggettiva del privato a fronte del potere deve essere qualificata in termini di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione amministrativa; ma è altresì possibile che, in taluni casi, il potere medesimo possa implicare la lesione di un diritto soggettivo, del quale, fuori dalle ipotesi di giurisdizione esclusiva, deve poter conoscere il giudice ordinario. Tali ipotesi possono essere legislativamente previste e, allora, il giudice ordinario avrà attribuito anche il potere di annullamento dell'atto, secondo quanto ammesso dall'art. 113 Cost. Ovvero può mancare l'espressa previsione normativa: in tal caso, ammessa in linea teorica la cognizione del giudice ordinario sull'atto amministrativo lesivo di un diritto, si tratta verificare quali poteri il giudice ordinario possa concretamente esercitare.

Sul punto, il potere più ampio che l'ordinamento assegna, in termini generali, al giudice ordinario nei riguardi dell'atto amministrativo è il potere di disapplicazione del provvedimento che non sia conforme a legge, in base al quale il giudice ordinario può accertare e dichiarare la sussistenza di un diritto soggettivo, «verificare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi»⁴⁹ e, conseguentemente, pronunciarsi sulla relativa disapplicazione dell'atto illegittimo ai fini della definizione della controversia⁵⁰.

D'altra parte, la cognizione del giudice ordinario sul provvedimento è ammessa *solo* nel caso in cui lo stesso incida sui diritti e consente al giudice di effettuare *solo* il sindacato di legittimità, che conduca alla disapplicazione dell'atto ovvero al suo annullamento, laddove il giudice sia munito del relativo

⁴⁸ Cfr. Cons. Stato, IV sez., 20 dicembre 1950, n. 619, in *Giur. It.*, 1951, 33, con nota di E. GUICCIARDI, *Diritto, interesse e doppia tutela*; su tali questioni, anche per i rilievi critici formulati, cfr. P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., p. 70 ss.

⁴⁹ Cass. Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11387.

⁵⁰ Cass. Sez. Un. 7 luglio 2014, n. 15427.

potere ai sensi dell'art. 113 Cost. Ciò permette di sostenere che, se sul versante della giurisdizione amministrativa si può considerare ormai superata una concezione della stessa come mera giurisdizione di legittimità, sul versante opposto è possibile affermare che, nell'assetto costituzionale, il sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo che incida sui diritti è riconosciuto al giudice ordinario come unica forma di controllo che l'autorità giudiziaria può esercitare sul potere pubblico. A tale sindacato si può correlare il generale potere di disapplicazione del provvedimento che l'ordinamento riconosce allo stesso giudice ordinario, ove questi verifichi la non conformità dell'atto alla legge, ovvero il più penetrante potere di annullamento dell'atto illegittimo, che deve essere espressamente attribuito dalla legge ordinaria, ai sensi dell'art. 113 Cost.

4. Considerazioni conclusive: determinazione amministrativa e giudice ordinario

L'esigenza di affermare uno spazio di tutela dei diritti in capo al giudice ordinario, nelle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione e ancorché sia emanato un atto della pubblica autorità, non è fine a se stessa, ma ha una propria ragion d'essere, profondamente connessa alle ragioni di esistenza della giurisdizione amministrativa, come giurisdizione sugli interessi legittimi.

La Costituzione ammette un riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritto e interesse: inizialmente la coesistenza tra le due giurisdizioni era giustificata dal carattere specializzato della giurisdizione amministrativa, sicché il giudice amministrativo era il giudice dell'interesse legittimo e del provvedimento, il cui sindacato includeva il potere di annullamento dell'atto, mentre al giudice ordinario era devoluta la generalità della tutela dei diritti soggettivi. Oggi la compresenza dei due giudici trova la propria ragione di esistenza nell'art. 24 Cost. e nella necessità che il giudice amministrativo, che è giudice dell'interesse legittimo, ne assicuri la garanzia di difesa e la pienezza di tutela attraverso il controllo sull'esercizio del potere discrezionale, che non necessariamente si riduce al sindacato di legittimità del provvedimento amministrativo, poiché l'accertamento della legittimità/illegittimità del provvedimento è solo uno dei possibili modi attraverso cui assicurare la tutela del cittadino nei riguardi del potere pubblico. Il principio sembra oggi chiaramente affermato dall'art. 34 comma 3 del codice del processo amministrativo, laddove si afferma che ove «*nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più*

utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori». La tutela costitutiva di annullamento, cioè, non è più il fulcro attorno al quale opera il giudizio amministrativo, ma è uno dei possibili modi attraverso cui l'ordinamento assicura la pienezza ed effettività di tutela dell'interesse legittimo.

Al contempo, il giudice ordinario può esercitare il sindacato di legittimità sul provvedimento, ma può conoscerne solo se il provvedimento incida su diritti soggettivi, poiché è preclusa al giudice ordinario la cognizione sull'interesse legittimo e dunque sul potere discrezionale. Per tale ragione il sindacato del giudice ordinario sul provvedimento che incida sui diritti può essere solo un sindacato di legittimità che implichi eventualmente la disapplicazione del provvedimento illegittimo, ovvero si spinga sino all'annullamento, ove il relativo potere sia espressamente attribuito dalla legge ai sensi dell'art. 113 Cost.

In altri termini, la tutela del cittadino nei riguardi del pubblico potere e della determinazione che ne è espressione deve essere rimessa al giudice amministrativo, ove funzionale alla garanzia dell'interesse legittimo, e può articolarsi in una pluralità di rimedi processuali, sul presupposto che il sindacato del giudice amministrativo investa non solo il giudizio di conformità dell'atto rispetto alla legge, ma guardi al modo in cui è stato esercitato il potere discrezionale; per altro verso, la tutela nei riguardi del medesimo potere, fondata sul mero controllo di legittimità del provvedimento può essere affidata anche al giudice ordinario ove il potere incida sul diritto.

In tal senso, la giurisdizione amministrativa nel sistema costituzionale trova il proprio fondamento non più o non solo negli articoli 100 e 103 della Carta costituzionale, che espressamente riservano al giudice amministrativo la tutela degli interessi legittimi, tracciando il perimetro della giurisdizione di legittimità ed esclusiva, ma soprattutto nell'art. 24: che nell'affermare il diritto di difesa per la tutela dell'interesse legittimo, oltre che del diritto soggettivo, implicitamente ammette che lo stesso interesse legittimo possa e debba essere affidato alla cognizione di un giudice diverso dal giudice ordinario. Sicché il giudice amministrativo può essere qualificato il giudice dell'interesse legittimo: e, saldando il principio della pienezza di tutela dell'interesse legittimo, con il principio del giusto processo, il giudice amministrativo diviene il giudice del *giusto processo amministrativo*⁵¹.

In altre parole, al giudice amministrativo, in quanto giudice del potere di-

⁵¹ Interessanti spunti di riflessione sul tema si colgono in F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2011, 1.

screzionale, l'ordinamento assegna oggi una pluralità di poteri, oltre alla generale tutela costitutiva di annullamento, per assicurare la pienezza ed effettività della tutela dell'interesse legittimo, giacché il sindacato sul corretto esercizio del potere discrezionale non passa più, necessariamente e unicamente, attraverso l'annullamento dell'atto illegittimo.

Se sul versante della giurisdizione amministrativa si può ritenere ormai superata una concezione della stessa come mera giurisdizione di legittimità, sul versante opposto è possibile affermare che, nell'assetto costituzionale, il sindacato sulla legittimità del provvedimento amministrativo che incida sui diritti è riconosciuto al giudice ordinario, come unica forma di controllo che l'Autorità giudiziaria possa esercitare sul potere pubblico. A tale sindacato si correla il generale potere di disapplicazione del provvedimento che l'ordinamento riconosce allo stesso giudice ordinario, ove questi verifichi la non conformità dell'atto alla legge, ovvero il più penetrante potere di annullamento dell'atto illegittimo, che deve essere espressamente attribuito dalla legge ordinaria ai sensi dell'art. 113 Cost.

Anche perché, se la Costituzione prevede che la legge deve individuare gli organi giurisdizionali muniti del potere di annullamento, superando così i limiti della legge abolitrice del contenzioso, dal punto di vista delle tutele del privato, la circostanza che il potere di annullamento sia esercitato dal giudice ordinario o dal giudice amministrativo potrebbe essere irrilevante. Sicché, l'esigenza di distinguere e di ripartire l'ambito delle due giurisdizioni deve ricondursi alla natura del potere e alla necessità che il sindacato sul potere discrezionale, e dunque sull'interesse legittimo, sia rimesso al solo giudice amministrativo.

Per concludere. Il fondamento del duplice ordine di giurisdizioni risiede, oggi, non più sul carattere *speciale* della giurisdizione amministrativa di legittimità, a garanzia dell'interesse legittimo, e sul corrispondente principio della *generalità* della tutela dei diritti affidata al giudice ordinario, che può giungere sino all'annullamento del provvedimento illegittimo che incida su diritti, secondo il modello tracciato dagli articoli 100 e 103 Cost., che fonda la giurisdizione del giudice amministrativo sugli interessi legittimi come giurisdizione di legittimità.

Nel corso degli anni, l'esigenza di un giudice preposto al controllo della discrezionalità ha continuato a rivestire un ruolo prioritario, nella prospettiva di assicurare la pienezza di tutela dell'interesse legittimo. Come è stato osservato, la figura soggettiva dell'interesse legittimo e il suo giudice, lungi dal rappresen-

tare una forma «*obsoleta e anacronistica*»⁵², espressione di un ingiustificato privilegio dell'amministrazione e responsabile di una ridotta modalità di garanzia nei riguardi degli amministrati, al contrario ha ampliato e continua ad ampliare le potenzialità di tutela del cittadino rispetto all'esercizio del pubblico potere.

L'intento è quello di riconoscere la perdurante attualità del giudice amministrativo e del suo sindacato sul potere discrezionale, poiché, se è vero che la complessa figura dell'interesse legittimo nel nostro ordinamento «*ha operato una restrizione dell'area che in altri ordinamenti è propria del diritto soggettivo*», deve altresì riconoscersi che «*attraverso l'interesse legittimo hanno trovato protezione nel nostro ordinamento, posizioni giuridiche che altrove sono destituite di tutela giurisdizionale*»⁵³ e che a tale risultato è stato possibile pervenire anche e soprattutto attraverso il decisivo contributo della giurisprudenza amministrativa⁵⁴.

Senza perdere di vista l'esigenza che qui si vuole rappresentare, che è quella di una differenziazione tra diritto e interesse, che giustifichi la sussistenza del duplice ordine di giurisdizioni: da un lato il giudice amministrativo al quale affidare la tutela dell'interesse legittimo, che si relaziona con il potere discrezionale, attraverso pluralità delle azioni contenute nel Codice del processo amministrativo; dall'altro, il giudice ordinario, al quale riconoscere, nel rispetto della Costituzione, il sindacato sul provvedimento amministrativo, ove questo incida sui diritti.

⁵² L'espressione è di S. COGNETTI, *Legge Amministrazione Giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 85, che manifesta la propria dura critica a tale modo di interpretare l'interesse legittimo.

⁵³ Così G. CORSO, *Il Consiglio di Stato nell'ordinamento costituzionale e amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Il Consiglio di Stato e la riforma costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1997, che fa l'esempio «*di buona parte degli interessi procedurali*», p. 38.

⁵⁴ In tal senso ancora G. CORSO, *op.cit.*, p. 39.

SERGIO PERONGINI

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Scuola di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno
s.perongini@unisa.it

LE STRATEGIE LEGISLATIVE DI CONFIGURAZIONE DELLA DETERMINAZIONE PROVVEDIMENTALE

LEGISLATIVE STRATEGIES TO DEFINE ADMINISTRATIVE DETERMINATION

SINTESI

Il legislatore può adottare più di un tipo di strategia per configurare il potere amministrativo. Esso può farlo in via diretta oppure può devolvere tale funzione ad altro soggetto ossia ad una o più amministrazioni. Si è storicamente data maggiore attenzione alle strategie dirette, perché da esse è partito il processo di sottoposizione del potere discrezionale al sindacato giurisdizionale. Scarsa attenzione, invece, si è data alle strategie indirette, sebbene esse possano avere degli effetti maggiormente temibili rispetto a quelle dirette. Un esempio emblematico di ciò è dato dalle linee guida dell'ANAC, con riguardo sia alla loro natura giuridica e sia alla dubbia costituzionalità della norma di rango primario che le configura.

ABSTRACT

The Legislators may adopt different strategies to configure administrative power, operating directly or devolving such regulation to a different subject or administrations. Historically, attention has been given to direct strategies, because this was the starting point to affirm Rule of Law and submission of discretionary power to Judicial Review. However, indirect strategies were underestimated, although may have more important effects than direct strategies. An example of this is given by the ANAC guidelines, with regard both to their juridical nature and to the dubious constitutionality of the primary ranking norm that configures them.

PAROLE CHIAVE: costituzione, legislazione, amministrazione, tutela giurisdizionale

KEYWORDS: constitution, legislation, public administration, judicial review

INDICE: 1. Premessa: le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo – 2. Le strategie dirette del legislatore con riguardo al potere discrezionale – 3. La nozione di concetto giuridico indeter-

minato e quella di discrezionalità in Germania – 4. Osservazioni critiche sul tema dei concetti giuridici indeterminati – 5. Il c.d. processo di erosione del potere discrezionale in Italia – 6. Le strategie legislative indirette – 7. La c.d. devoluzione del potere normativo (*rectius* legislativo): la controversa natura giuridica delle linee guida dell'ANAC – 8. Osservazioni critiche in tema di inquadramento delle linee guida nell'ordito costituzionale – 9. Poche righe a mo' di conclusione.

1. Premessa: le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo

Il tema oggetto del mio articolo tocca un nervo scoperto del dibattito giuridico, uno di quelli più sensibili, perché investe il rapporto fra il potere legislativo e il potere amministrativo.

L'individuazione del fondamento del potere e del provvedimento amministrativo nelle Costituzioni e nella legge implica che compete solo al legislatore prospettare le strategie di configurazione del potere amministrativo.

Da questa banale osservazione deriva che spetta al solo legislatore stabilire lo spessore dei poteri valutativi devoluti all'amministrazione e, in particolare, che compete al solo legislatore stabilire se l'amministrazione è titolare di una funzione amministrativa vincolata, di una funzione amministrativa discrezionale, di una funzione che consiste nell'interpretazione di norme, tecniche o giuridiche che siano, e via di seguito.

Il potere di porre le strategie di configurazione del potere amministrativo non può competere alla stessa amministrazione, perché – diversamente – ne risulterebbe violato il principio di legalità dell'azione amministrativa, con la conseguenza di riservarle ambiti di sovranità che oggi non sono più compatibili con l'assetto costituzionale.

Questo implica due conseguenze.

Innanzitutto, nello Stato costituzionale di diritto la pubblica amministrazione è titolare solo di quei poteri che le sono stati conferiti dal legislatore. Non hanno legittimità costituzionale – a mio modo di vedere – poteri impliciti, poteri presunti o poteri taciti.

In secondo luogo, le strategie legislative non possono concretarsi nella devoluzione di un potere valutativo così ampio da non incontrare limite alcuno e da sottrarre l'azione amministrativa al sindacato giurisdizionale. Naturalmente, tale conclusione è valida solo per la devoluzione di poteri pubblici, non è valida per l'esercizio di attività di diritto privato.

Le strategie legislative di configurazione della determinazione provvedimento devono essere distinte in due categorie: nella prima devono essere an-

noverate quelle dirette e nella seconda quelle indirette.

Invero, noi siamo abituati a pensare alle strategie dirette. Il fenomeno delle strategie indirette non appartiene al nostro dna ordinamentale. Invece, la realtà supera l'immaginazione. Si constata il ricorso del legislatore a strategie indirette.

Le strategie dirette sono quelle a noi ben note, contraddistinte dal fatto che il legislatore, con principi e norme, configura il potere conferito all'amministrazione e, in definitiva, delinea il precetto provvedimentale, o concorre alla sua delinearazione.

Invece, le strategie legislative indirette sono quelle che si concretano nella devoluzione a un altro soggetto pubblico (diverso dal legislatore) del potere di configurare la determinazione provvedimentale.

Queste ultime pongono diversi problemi, ma a me pare assorbente quello della loro compatibilità con l'assetto costituzionale.

2. Le strategie dirette del legislatore con riguardo al potere discrezionale

Per quanto concerne le strategie dirette, va evidenziato che la convinzione corrente distingue, da un lato, le norme che vincolano l'amministrazione e, dall'altro, le norme che attribuiscono un potere discrezionale.

La discrezionalità è apparsa sempre come un territorio riservato ma comunque ampio, sconfinato e sottratto al sindacato del giudice.

Detta convinzione ha resistito al mutare dell'assetto costituzionale e alle trasformazioni subite dalla stessa discrezionalità.

L'erosione della sfera discrezionale del potere amministrativo, in quanto sottratta al sindacato giurisdizionale, è avvenuta, in ogni ordinamento a diritto amministrativo, con modalità e intensità diverse.

3. La nozione di concetto giuridico indeterminato e quella di discrezionalità in Germania

In Germania, un ruolo preponderante ha assunto quella tendenza focalizzata sui concetti giuridici indeterminati e sulla c.d. problematica dell'"unica decisione giusta".

La dottrina tedesca ha elaborato la nozione di concetti giuridici indeterminati e la ha approfondita in contrapposizione con la nozione di discrezionalità.

L'elaborazione delle due nozioni è stata dislocata sul piano strutturale della norma¹, scomposta nei due elementi della fattispecie e della statuizione. La discrezionalità è stata allocata sul versante degli effetti giuridici² e ricorre quando la legge devolve all'amministrazione il potere di stabilire la regola del proprio agire, consentendole di determinare le conseguenze giuridiche.

Invece, i concetti giuridici indeterminati sono stati collocati nell'ambito della fattispecie normativa³.

Al fine di delineare la prima ipotesi si suole parlare di *Handlungsspielraum*, letteralmente spazio di azione; invece, al fine di definire la seconda si utilizza l'espressione *Beurteilungsspielraum*, letteralmente spazio di valutazione e di apprezzamento.

Nella prima specifica trattazione⁴ dedicata alla nozione di *unbestimmte Rechtsbegriffe*, si sostiene che, quando il legislatore impiega volutamente un concetto indeterminato, attribuisce all'amministrazione un potere discrezionale⁵; invece, quando l'incertezza non è voluta, il legislatore devolve all'amministrazione il potere di interpretare la legge⁶. In tal caso, l'amministrazione non dovrà scegliere fra diverse soluzioni, ma sarà costretta ad assumere l'unica determinazione giuridicamente corretta. L'attività interpretativa è sindacabile dal giudice perché essa consente di dedurre dal concetto indefinito un unico specifico significato. L'influenza di siffatta costruzione sul dibattito successivo è stata fondamentale⁷.

La categoria dei concetti giuridici indeterminati nasce e si sviluppa congiuntamente alla "tesi dell'unica decisione giusta", secondo la quale, in presenza di un concetto giudico indeterminato l'amministrazione poteva adottare un'unica decisione giusta⁸.

¹ Sulla struttura della norma si veda K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, 1968, (trad it. Introduzione al pensiero giuridico), Milano, 1970, 13 ss.

² In tal senso, H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2002, 98; H.U. ERICHSEN – W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in H. Uwe Erichsen – W. Mertens (hrsg), *Allgemeines Verwaltungsverfahren*, Berlin-New York, 1992, 196 ss.. In termini analoghi, C. MORTATI, *Potere discrezionale*, in *Nuovo dig. it.*, X, 1939, 77 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 1989, 591.

³ In tal senso, C.H. ULE, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 1983, 8 ss.

⁴ Si fa riferimento al lavoro di W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1913, 36 ss.. Sul tema dei concetti giuridici indeterminati si veda anche W. JELLINEK, *Verwaltungsrecht*, Berlin, 1931, 30 ss.

⁵ W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., 1913, 39 ss.

⁶ W. JELLINEK, *Gesetz*, cit., 1913, 30 ss.

⁷ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995, 50.

⁸ R. VON LAUN, *Das freie Ermessen*, cit., 1019, 60; H. REUB, *Das Ermessen*, in D.V.Bl., 1953, 649 ss.; F. CZERMAK, *Zur Lehre vom gerichtsfreien Beurteilungsspielraum der Verwaltungsbehörden*, in *Jus*, 1968, 399 ss.; H.H. RUPP, *Grundfragen*, cit., 1965, 213 ss.; W. SCHMIDT, *Gesetzvollziehung durch Rechtsetzung*, Tübingen, 1969, 142 ss.; F. OSSENBUHL, *Renaissance der administrativen*

Negli anni successivi, la dottrina tedesca⁹ ha accentuato la separazione dell'ambito riservato alla valutazione discrezionale dell'amministrazione da quello devoluto, invece, ai concetti giuridici indeterminati, collocando, la prima, nella sfera assegnata alle conseguenze dell'esercizio del potere (Rechtsfolgenmessen) e situando, gli altri, nella fattispecie normativa.

Il dibattito sul carattere attributivo di discrezionalità, insito nei concetti giuridici indeterminati, viene affrontato distinguendo fra discrezionalità di azione o volitiva, che ricorre quando la legge conferisce all'amministrazione libertà di azione, e discrezionalità sussuntiva, vale a dire cognitiva o di giudizio, che ricorre quando la legge le attribuisce un certo margine di valutazione dei presupposti per l'azione¹⁰. Nella prima ipotesi si manifesta quella che viene denominata discrezionalità amministrativa; invece, nella seconda ricorre quello che può essere definito uno spazio libero di valutazione (Beurteilungsspielraum). La finalità perseguita da siffatto orientamento è stata quella di ricavare uno spazio, inaccessibile al sindacato giurisdizionale, diverso da quello occupato dalla discrezionalità vera e propria¹¹.

Detta impostazione è stata convalidata e ulteriormente sviluppata dalla coeva teoria denominata dottrina della rappresentatività o sostenibilità (Vertretbarkeitslehre)¹², secondo la quale soprattutto i concetti di valore o normativi non sono applicabili se non integrati da un giudizio di valore¹³. Secondo la tesi in esame, vi sono concetti giuridici indeterminati fattuali o descrittivi che conducono a una sola interpretazione e altri, i concetti normativi, che legittimano soluzioni diverse e alternative, tutte parimenti valide¹⁴. Per i concetti fattuali o descrittivi, il giudice amministrativo può sindacare il procedimento di sussun-

Beurteilungsermächtigung, in D.Ö.V., 1972, 402 ss.; H.U. ERICHSEN - W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in H.U. ERICHSEN - W. MARTENS (hrsgg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin - New York, 1992, 191, 192; W. SCHMIDT, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, 59 ss.

⁹ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht*, in J.Z., 1955, 97 ss.; O. BACHOF, *Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum*, in J.Z., 1972, 641 ss.

¹⁰ D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 65.

¹¹ O. BACHOF, *Beurteilungsspielraum*, cit., in J.Z., 1955, 99 ss.

¹² La dottrina della sostenibilità si riallaccia alla teoria elaborata da PH. HECK, *Gesetzesjurisprudenz*, Tübingen, 1914, e successivamente sviluppata da D. JESCH, *Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, in A.ö.R., 1957, 171 ss.

¹³ La tesi in esame è stata formulata per la prima volta da C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht*, in *Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek*, München, 1955, 309 ss., 318 ss., e, poi, è stata ripresa e sviluppata in C.H. ULE, *Unbestimmte Begriffe und Ermessen im Umweltschutzrecht*, in D.V.Bl., 1973, 756 ss.; C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, München, 1983, 1983, 9; C.H. ULE, *Rechtsstaat und Verwaltung*, in *Verv. Arch.*, 1985, 1 ss., 9 ss.

¹⁴ C.H. ULE, *Verwaltungsprozeßrecht*, cit., 1983, 9 ss.

zione del fatto nella fattispecie normativa perché si tratta di una pura attività interpretativa¹⁵. Invece, in presenza di concetti normativi, il giudice amministrativo può sindacare l'interpretazione che l'amministrazione abbia fatto del concetto giuridico indeterminato e la sussunzione fra fatto concreto e fattispecie normativa, ma si deve astenere dall'incidere sul giudizio di valore formulato dall'amministrazione¹⁶.

La tesi dell'autonomo spazio di valutazione, originariamente risalente a O. Bachof, è stata ulteriormente sviluppata dalla tesi denominata prerogativa di valutazione (*Einschätzungsprärogative*)¹⁷ calibrata sui concetti giuridici indeterminati connotati da una marcata valenza politica, per la cui specificazione è richiesto l'intervento di organi di governo.

Un orientamento minoritario ha negato la sussistenza e l'utilità di un'autonoma e distinta categoria dei concetti giuridici indeterminati

La giurisprudenza tedesca¹⁸, salvo qualche sporadica eccezione¹⁹, ha perlopiù perseguito la strada della sindacabilità dei provvedimenti emanati sulla base di concetti giuridici indeterminati, basandosi prevalentemente sulla cogenza delle norme costituzionali, che non ammettono limitazioni al sindacato giurisdizionale, e sulla convinzione che in sede di applicazione degli "*unbestimmte Rechtsbegriffe*" sia prospettabile "un'unica decisione giusta". Naturalmente, l'atteggiamento della giurisprudenza è stato differente, riconoscendo spazi insindacabili, in presenza di provvedimenti emanati in settori contraddistinti da una più marcata autonomia valutativa, come per esempio in caso di pianificazione urbanistica, di giudizi prognostici, di giudizi tecnici estremamente complessi, quali quelli concernenti le centrali nucleari.

4. Osservazioni critiche sul tema dei concetti giuridici indeterminati

Invero, per quanto concerne i concetti giuridici indeterminati va osservato che il conferimento di un potere amministrativo sulla base di concetti giuridici indeterminati pone il problema della conformità della norma al principio di tipicità e tassatività dei poteri amministrativi e di compatibilità con le situazioni

¹⁵ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 324 ss.

¹⁶ C.H. ULE, *Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe*, cit., 1955, 326 ss.

¹⁷ J. WOLFF – O. BACHOF – R. STOBEN, *Verwaltungsrecht*, München, 2000, § 31.

¹⁸ Sull'elaborazione della giurisprudenza tedesca si vedano D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 95 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania – Austria – Italia*, Trento, 2004, 19 ss.

¹⁹ Nota è la pronuncia del B.Vew.G. 16.12.1971 in BVewGE, 1971, 5, 153 ss.

giuridiche soggettive del privato di rango sovraordinato rispetto allo stesso potere amministrativo.

La soluzione al succitato problema implica alcune considerazioni preliminari.

La indeterminatezza può essere superata solo utilizzando termini con una valenza semantica specifica, idonei a indicare una *species* rispetto al *genus*, oppure una locuzione idonea a esprimere un concetto specifico, preciso e definito.

In definitiva, l'intervento del legislatore è stato volto a specificare in maniera più precisa un concetto giuridico indeterminato.

Quando tutto questo manchi, vale a dire quando il legislatore conferisce un potere amministrativo configurandone i presupposti sulla scorta di un concetto giuridico indeterminato, è evidente che ha inteso devolvere all'amministrazione il potere di individuare i presupposti del potere amministrativo stesso.

In presenza di un concetto giuridico indeterminato, la specificazione devoluta all'amministrazione si articola in due momenti.

Innanzitutto, l'amministrazione deve specificare la norma, generica e indeterminata, utilizzando le disposizioni di rango sovraordinato, quali principi generali dell'ordinamento, norme costituzionali e norme comunitarie. In altri termini, fra tutte quelle astrattamente possibili, deve scegliere una fattispecie e riferirla al caso di cui essa si occupa. Si è in presenza di una tipica attività interpretativa, analoga a quella svolta dal giudice in sede giurisdizionale²⁰.

In secondo luogo, gli elementi di indeterminatezza che dovessero residuare all'esito della predetta attività interpretativa, vanno puntualizzati sulla scorta di una attività valutativa, che può avere natura comparativa degli interessi in gioco, oppure natura valutativa di altri profili.

Il concetto giuridico indeterminato implica il conferimento all'amministrazione del potere discrezionale di specificarne la fattispecie di riferimento, in sede di esercizio del potere stesso. L'amministrazione, fra le varie

²⁰ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Torino, 2006, 362 ss., sostiene che i concetti imprecisi riguardano fattispecie eterogenee e che tutto ciò che attiene al predicato fattuale è in linea di principio concepibile come questione interpretativa e di accertamento di presupposti legali. “nell'identificazione dei tre momenti logici dell'azione amministrativa – interpretazione e determinazione del *Tatbestand*, applicazione dei concetti così ricavati ai fatti del caso, ed apprezzamento e determinazione di determinati effetti giuridici (*Rechtsfolge*) – soltanto quest'ultimo riguardante il conseguente della norma, si ritiene possa avere riguardo alla discrezionalità amministrativa. I primi due momenti atterrebbero a tipiche manifestazioni della giurisdizione”. In termini analoghi, Y. ARAI TAKAHASHI, *Discretion in German Administrative Law: Doctrinal Discourse Revisited*, in *European Public Law*, 2000, 73 ss.

soluzioni che dovessero residuare all'esito dell'esercizio dei poteri ermeneutici, avrà il dovere di optare per quella che, al termine di una comparazione fra i vari interessi inerenti alla vicenda oppure di una mera comparazione, appaia maggiormente conforme all'interesse pubblico.

L'attività interpretativa sarà sindacabile dal giudice, negli stessi termini in cui è sindacabile l'interpretazione svolta in sede giurisdizionale. L'uso corretto dei canoni ermeneutici consentirà all'amministrazione di evitare soluzioni che violino il principio di legalità, optando per una ipotesi interpretativa conforme all'impianto normativo sovraordinato.

L'ulteriore specificazione, effettuata scegliendo fra le varie soluzioni possibili quella conforme a (e derivante da) una valutazione comparativa degli interessi, integrerà un tipico esercizio di un potere discrezionale o valutativo di altra natura, sindacabile nei limiti dell'eccesso di potere.

La predetta soluzione rende conforme a Costituzione il ricorso a concetti giuridici indeterminati, salvo che si tratti di concetti talmente indeterminati da consentire all'amministrazione di compiere apprezzamenti valutativi così ampi da precludere il sindacato giurisdizionale.

In tal caso, risulterà violata la Costituzione sotto più profili.

5. Il c.d. processo di erosione della discrezionalità in Italia

In Italia, invece, il processo di erosione della discrezionalità si è frantumato in una pluralità di rivoli.

Innanzitutto, la dottrina italiana, pur evocando recentemente la nozione di concetto giuridico indeterminato²¹, ha privilegiato l'approfondimento della contrapposizione fra discrezionalità pura (o comparativa) e discrezionalità tecnica.

²¹ Per la dottrina italiana sui concetti giuridici indeterminati, si vedano F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 244 ss., 248 ss.; F. SATTA, *Principio di legalità e amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969, 150 ss.; M. LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 77 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 475 ss.; A. ROMANO TASSONE, *dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 310 ss.; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 347 ss.; G. PARODI, *Tecnica, ragione e logica nella giurisprudenza amministrativa*, Torino, 1990, 136 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali, della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, 41 ss., 69 ss., 246 ss.; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa*, cit., 1995, 44 ss.; N. PAOLANTONIO, *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 220 ss.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione*, cit., 2004, 15 ss.; A. TRAVI, *Il giudizio amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 458 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma*, cit., 2006, 362 ss.

Soprattutto, la discrezionalità tecnica ha rappresentato lo strumento per consentire al giudice amministrativo di elaborare la possibilità di un sindacato di tipo forte e, in alcuni casi, anche di sviluppare un sindacato di siffatta natura.

La problematica è troppo nota per indugiare ulteriormente su di essa.

In secondo luogo, molto più interessante appare il riferimento alle elaborazioni che propugnano la necessità di leggere il vasto settore devoluto alla discrezionalità amministrativa in termini di attività interpretativa. Mi sembra ingiusto demonizzare tale elaborazione e più corretto affermarne la validità, quanto meno in una serie di casi.

Infine, un importante e significativo fattore di erosione della sfera sottratta al sindacato giurisdizionale è rappresentato dal sindacato di legittimità per eccesso di potere.

6. le strategie legislative indirette

Il fenomeno delle strategie legislative indirette, per quanto presente da tempo nel nostro ordinamento, non è stato adeguatamente approfondito. Tale disattenzione costituisce, probabilmente, una conseguenza della convinzione diffusa secondo la quale non vi è alcuna differenza fra le forme di esercizio del potere legislativo, che si concretano nella disciplina dell'esercizio del potere amministrativo, e le forme di esercizio del potere legislativo che consistono nel devolvere ad altro soggetto pubblico la disciplina dell'esercizio del potere.

Detta convinzione non ha una validità assoluta.

Sicuramente non vi è alcuna differenza fra le ipotesi in cui il legislatore configura direttamente l'esercizio del potere, dettando una disciplina che vincola l'amministrazione ad adottare una data determinazione provvedimento, che le attribuisce il potere di determinarsi all'esito di una comparazione di interessi o all'esito di un'attività interpretativa, ecc. ecc., e le ipotesi in cui disarticola l'esercizio di una funzione amministrativa, fra diverse autorità, alle quali conferisce il potere di adottare date determinazioni provvedimenti, destinate, a volte, a convergere in un unico atto.

Per esempio, quest'ultima ipotesi ricorre nei casi di pianificazione territoriale, nei quali la disarticolazione di una stessa funzione amministrativa avviene conferendo a diverse amministrazioni il compito di adottare differenti tipologie di piani urbanistici.

Del tutto differente è l'ipotesi in cui il legislatore non distribuisce l'esercizio di una stessa funzione amministrativa fra varie amministrazioni,

adottando, nei confronti di ognuna di esse, una determinata strategia di configurazione del potere, bensì devolve a una amministrazione il potere di scegliere la strategia legislativa di configurazione del potere e di determinare la stessa prescrizione provvedimento.

7. La c.d. devoluzione del potere normativo (*rectius* legislativo): la controversa natura giuridica delle linee guida dell'ANAC

Un esempio emblematico di siffatta ipotesi è rappresentato dal potere conferito all'A.n.a.c. di emanare le linee guida²².

L'art. 83, decimo comma, istituisce un sistema di rating di imprese e delle relative premialità, conferendo all'Anac la gestione e il potere di rilasciare apposita certificazione²³.

In altri termini, l'Anac ha il potere di stabilire, mediante linee guida, i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio delle relative certificazioni. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto dei precedenti comportamenti dell'impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, all'applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive e corruttive, nonché al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti e dell'incidenza e degli esiti del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara sia in fase di esecuzione del contratto. L'Anac, sulla scorta dei criteri che lei stessa fissa con le linee guida, forma l'elenco delle imprese che hanno una buona reputazione, rilasciando loro idonea certificazione, e l'elenco delle imprese che hanno una pessima reputazione, alle quali nega la certificazione. Le linee guida dettano una disciplina generale e astratta, valevole nei confronti di una pluralità indefinita di soggetti. In altri termini, si tratta di disposizioni di natura normativa.

Oltre alla natura normativa, la lettura delle diverse disposizioni del codice induce a ritenere che le linee guida hanno carattere vincolante, nei confronti dell'amministrazione e degli stessi operatori economici interessati.

La natura normativa e vincolante delle linee guida esclude che si sia in

²² Cfr. O.M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell'ANAC*, in *Urb. e app.*, 1/2018, 5 ss.; V. NERI, *Disapplicazione delle linee Guida Anac e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. e app.*, 2/2018, 5 ss.

²³ Le riflessioni svolte durante il convegno sono state modificate tenendo conto del d.lgs. n. 56/2017.

presenza di quegli atti che normalmente vengono definiti come linee guida e che tradizionalmente vengono ricollegate alla relazione intersoggettiva di direzione.

L'uso dell'espressione "linee guida" tradisce un contenuto diverso, perché si è in presenza di un atto normativo e vincolante.

Le linee guida connotano l'esercizio dei poteri delle amministrazioni, anche di quelle locali, come i Comuni, dotate di autonomia costituzionalmente rilevante.

A tal proposito, appare opportuno evidenziare che il Consiglio di Stato, nel suo parere, sottolinea che quella in questione è materia "intrinsecamente normativa".

E dal tenore del parere appare evidente tutto l'imbarazzo del Consiglio di Stato nel qualificare le linee guida. Il Consiglio di Stato sostiene che completino le disposizioni di rango primario e che dovrebbero essere devolute alla sede regolamentare.

In realtà, il legislatore, con esse, devolve a una amministrazione (anche se indipendente) il potere di dettare le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo.

8. Osservazioni critiche in tema di inquadramento delle linee guida nell'ordito costituzionale

A questo discorso si possono formulare varie obiezioni.

Innanzitutto, è facile obiettare che l'Anac è una amministrazione particolare, perché essa è contemporaneamente legislatore, giudice e amministrazione.

Senonché, tale rilievo non porta lontano perché esso si basa su un dato distonico rispetto al nostro ordinamento costituzionale, che si fonda sul principio della divisione dei poteri.

Anche in altri ordinamenti vi sono le autorità indipendenti, ma esse applicano le norme dettate dal legislatore, non suppliscono il legislatore.

In secondo luogo, si può osservare che la decisione di non adottare una strategia legislativa, ma di devolvere a una amministrazione il potere di determinarsi autonomamente, è essa stessa una strategia legislativa.

Decidere di non decidere è essa stessa una decisione.

L'osservazione, sul piano logico regge perfettamente, mentre su quello giuridico mostra tutti i suoi limiti.

Infatti, deve essere rimarcato che stiamo parlando della funzione legislativa, che non può essere delegata, se non nelle forme previste dall'art. 76 della Costituzione.

Inoltre, non stiamo parlando di norme regolamentari, come con imbarazzo suggerisce il Consiglio di Stato.

Le linee guida, proprio perché posseggono una latitudine così ampia, non hanno natura regolamentare, ma abbracciano anche un territorio che compete esclusivamente al legislatore.

Le considerazioni che precedono presuppongono una esegesi in dettaglio che non può essere svolta in questa sede. Di ciò mi scuso.

L'Anac connota il potere che le amministrazioni dovranno esercitare, stabilisce, in altri termini, se le amministrazioni dovranno esercitare un potere amministrativo di natura vincolata, discrezionale, a discrezionalità tecnica, interpretativa e via di seguito.

Mi fermo qui.

Volutamente non richiamo pareri e raccomandazioni con le quali l'Anac interviene a gamba tesa nella sfera riservata al potere amministrativo.

9. Poche righe a mo' di conclusione

In conclusione, le strategie dirette possono conferire un potere valutativo ampio, ma non tanto da inibire la tutela costituzionale.

Le strategie indirette non possono devolvere ad altri soggetti pubblici il potere legislativo, ma possono conferire ad altre amministrazioni solo il potere di integrare le disposizioni legislative con norme di dettaglio e regolamentari, pena la violazione della Costituzione, sotto più profili.

FABRIZIO TIGANO

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali dell'Università di Catania
tiganofabrizio@virgilio.it

DETERMINAZIONI DI REVOCA DEI FINANZIAMENTI PUBBLICI IN MATERIA DI PATTI TERRITORIALI E TUTELA GIURISDIZIONALE

WITHDRAWAL OF PUBLIC GRANTS FOR “TERRITORIAL EM- PLOYMENT PACTS” AND JUDICIAL PROTECTION

SINTESI

Il saggio esamina criticamente le attuali problematiche concernenti i provvedimenti di revoca dei finanziamenti pubblici, specialmente in materia di patti territoriali, con particolare riferimento ai profili della tutela dinanzi alla giurisdizione amministrativa, rilevando come, talora, la stessa giurisprudenza mostri rilevanti oscillazioni per quanto riguarda il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo.

ABSTRACT

The essay critically examines the current problems concerning withdrawal of public grants, especially regarding Territorial Employment Pacts, with particular reference to the profiles of judicial review. Case Laws show relevant oscillations, particularly on division of jurisdiction between Civil and Administrative Courts.

PAROLE CHIAVE: territorio, finanziamenti, revoca, giurisdizione, patti.

KEYWORDS: Territory, Financing, Revocation, Jurisdiction, Pacts.

INDICE: 1. Sviluppo dei territori e principio di autonomia – 2. Accordi e programmazione negoziata quale volano di sviluppo delle aree depresse – 3. Procedimento di erogazione dei finanziamenti pubblici e riparto di giurisdizione nel dibattito giurisprudenziale – 4. Rilevi critici sui principi posti dall'Adunanza Plenaria in tema di riparto di giurisdizione in caso di revoca di finanziamenti pubblici – 5. Ulteriori rilievi per il caso di sopravvenienza delle cartelle esattoriali – 6. Riflessioni conclusive sull'attuale assetto del riparto di giurisdizione in caso di patti territoriali

1. Sviluppo dei territori e principio di autonomia

Il tema dello sviluppo dei territori costituisce da tempo un *leit motiv* della ricerca pubblicistica, soprattutto nel momento in cui è risultato chiaro che la corretta esplicazione di principi costituzionali fondamentali, oggi declinati in chiave comunitaria, tra i quali il principio di autonomia, di sussidiarietà, di buon andamento e, da ultimo, del pareggio di bilancio (con la connessa «armonizzazione» dei sistemi contabili) implicano scelte politiche ed amministrative di respiro la cui ricaduta è tutt'altro che irrilevante¹.

La dottrina urbanistica, in particolare, da tempo si interroga sulla perdurante utilità della pianificazione generale, fatalmente rigida per sua stessa natura e nel contempo votata ad una discrezionalità talora pericolosamente vicina all'arbitrio².

La attuale carenza di suoli ha accelerato un processo di riflessione il cui esito è stato quello di immaginare nuove frontiere e nuove declinazioni della materia, dissociando l'idea per la quale l'urbanizzazione (e la conseguente edificazione) ancora oggi sia *ex se* fattore di crescita dell'economia (e dunque anche del Pil)³.

D'altro canto, la c.d. «urbanistica convenzionata» non costituisce solo uno strumento attraverso il quale attingere alle risorse private per dar corso ai piani attuativi, ma è anche (e forse soprattutto) la dimostrazione di un dato che oggi emerge dal processo di procedimentalizzazione e di ostensione generalizzata dei processi decisionali pubblici e cioè il sensibile avvicinamento tra il ramo pubblicistico e quello privatistico dell'ordinamento (distinzione, peraltro, notoriamente convenzionale e suscettibile, senza particolari traumi, di continue ridefinizioni⁴). Né, d'altro canto, i soggetti privati possono considerarsi ancora oggi meri portatori di interessi «egoistici», essendo essi stessi, attraverso varie possibilità che l'ordinamento contempla, coinvolti nel perseguimento e nella

¹ Si rinvia, in proposito, a *Il volume delle Autonomie: territorio, potere e democrazia*, B. Pezzini - S. Troilo (a cura di), Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, *passim*.

² P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Giuffrè, Milano, 2018, 110 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Politiche urbanistiche e gestione del territorio. Tra esigenze del mercato e coesione sociale*, P. Urbani (a cura di), Giappichelli, Torino, 2015, 30 ss.; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Cedam, Padova, 2008, 33 ss.; P.L. PORTALURI, *Poteri urbanistici e principio di pianificazione*, Jovene, Napoli, 2003, *passim*.

³ Sulla complessità degli interessi che incidono sulle determinazioni in materia di consumo di suolo, di recente, si veda la decisione del Tar Lombardia, I, Brescia, 17 gennaio 2017 n. 47 relativamente alla l.r. Lombardia n. 31/2014; in proposito, si rinvia anche al *nostro* *La riqualificazione dell'esistente*, in *Giudizio amministrativo e governo del territorio. La generazione dei piani senza espansione*, I. P. Stella Richter (a cura di), Giuffrè, Milano, 2016, p. 213-248.

⁴ R. NICOLÒ, *Diritto civile*, in *Enc. del Dir.*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, 904 ss.

tutela degli interessi pubblici (si pensi alla disciplina in materia di servizi e di contratti come anche alla tutela dei beni culturali).

In questo contesto, come si diceva, la pianificazione territoriale, soprattutto nella sua fase attuativa, risente fortemente di questa felice evoluzione dell'ordinamento pubblicistico – anzi ne è, in un certo qual modo, il terreno elettivo – laddove non vi è negoziazione del potere, ma l'ampliamento delle possibili determinazioni amministrative, in grado di raggiungere assetti tra gli interessi debitamente calibrati e concretamente ponderati⁵.

2. Accordi e programmazione negoziata quale volano di sviluppo delle aree depresse

La reimpostazione dei rapporti in chiave «collaborativa» tra soggetti pubblici e soggetti privati ha conosciuto stagioni alterne ed ha sollevato ben più di una perplessità.

Non si tratta soltanto del rapporto tra la caratura degli interessi, ma della definizione della disciplina applicabile e anche della corretta individuazione delle situazioni giuridiche fatte valere, nella specie, dal privato rispetto al potere amministrativo esercitato, seppure in ambito consensuale.

La dottrina si è subito preoccupata del tema della «negoziato del potere», nel timore che l'«abbraccio mortale» dell'atto consensuale potesse pregiudicare i caratteri e le finalità fondamentali⁶.

Solo dopo l'avvento della legge sul procedimento amministrativo, costruita dalla Commissione Nigro avendo ben presente l'analogo testo normativo del 1976 della Repubblica Federale tedesca, molti dubbi, in ragione dell'avvento dell'art. 11, possono in una certa misura ritenersi superati⁷, tro-

⁵ F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997, p. 1273.

⁶ F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, s.d. ma 1965. Tale problema è stato affrontato, in particolare, nell'ambito dell'antica e risalente *querelle* del contratto di diritto pubblico, conoscendo, nel tempo, soluzioni alterne, pur ruotando sovente attorno alla onnicomprensiva ed elastica nozione di contratto ad oggetto pubblico. Quanto al problema del contratto di diritto pubblico, due obiezioni in particolare sono state sollevate dalla dottrina più accreditata: secondo Franco Ledda, la *quaestio iuris* più complessa da risolvere discende dal differente regime giuridico degli atti amministrativi rispetto alle determinazioni frutto di autonomia negoziale, essendo i primi soggetti alla regola *rebus sic stantibus*, le altre al principio *pacta sunt servanda*. Per questa ragione, il «trapianto» di strumenti decisionali consensuali a struttura privatistica nell'ambito delle determinazioni amministrative pubblicistiche risulterebbe ontologicamente impossibile.

⁷ Si rinvia, sul punto, al *nostro Gli accordi procedurali*, Torino, Giappichelli, 2003 anche per i riferimenti bibliografici. La soluzione adottata è, ovviamente, di compromesso sotto alcuni

vando soluzione le due più importanti perplessità espresse in dottrina: l'accordo è soggetto ad un regime giuridico posto da una norma che disegna il punto di equilibrio tra i principi *rebus sic stantibus* e *pacta sunt servanda*, rendendolo sufficientemente stabile, ma non per questo immodificabile⁸.

Preso atto di ciò, progressivamente la giurisprudenza ha ricondotto alla categoria degli accordi ex art. 11 le numerose fattispecie convenzionali tassonomicamente presenti nell'ordinamento (soprattutto in ambiti come quello sanitario ed urbanistico), assegnandogli così il ruolo di norma generale in materia di attività consensuale⁹.

I patti territoriali sono stati direttamente coinvolti da questo processo. Come noto, si tratta di uno strumento, rientrante tra quelli della programmazione negoziata, previsto infine dalla legge 23 dicembre 1996 n. 662, che, per le sue caratteristiche precipue è in grado di promuovere lo sviluppo delle aree depresse, assicurare loro adeguato sostegno finanziario in modo complementare alle politiche nazionali, regionali e comunitarie¹⁰. Siffatta programmazione trova la sua realizzazione sotto lo stimolo del partenariato locale accompagnato

profili: a) da un lato, restano fermi il principio di legalità – di modo che l'accordo preliminare o sostitutivo deve potersi «riversare» o «specchiare» in un provvedimento amministrativo – e la sottoesposizione a controllo; b) dall'altro, trovano applicazione eventuale (solo in via integrativa e in quanto compatibili) i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. Il recesso è ammesso solo per fatti sopravvenuti e salvo indennizzo, secondo una previsione fondamentalmente analoga al futuro art. 21 *quinqies* della legge n. 241/1990, del quale, tuttavia, costituisce una ipotesi più circoscritta secondo lo schema che è stato felicemente individuato (V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, III, Giappichelli, Torino, 1997, p. 492) in una revoca/abrogazione frutto della autotutela «degata», ossia limitata a certe sopravvenienze, conservandosi, sotto altro profilo, la stabilità dell'accordo. Si veda anche G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, *Dir. proc. amm.*, 1992, p. 241.

⁸ Non per questo l'art. 11 ha conosciuto stagioni felici e ciò essenzialmente perché la decisione unilaterale ha continuato (e continua a costituire) la via più sicura per le amministrazioni pubbliche, dimenticando, tuttavia, che la mancata stipula di un accordo più conveniente rispetto alla determinazione unilaterale rischia di configurare ipotesi di responsabilità a carico dell'organo dell'amministrazione che non abbia valutato adeguatamente l'economicità di tale proposta. Sul punto, anche per gli opportuni richiami bibliografici, sia ancora consentito un rinvio al nostro *Corte dei conti e attività amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2008, *passim*.

⁹ N. BASSI, *Gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. Sandulli (a cura di), Giuffrè, Milano 2011, p. 562.

¹⁰ Ai sensi dell'art. 2 c. 203 della legge n. 662/1996, la programmazione negoziata è «la regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza». I patti coinvolgono a vario titolo gli attori territoriali in modo diretto e forte, anzitutto gli enti locali, ma anche imprese, sindacati, associazioni, università e istituti bancari attraverso la «concertazione» che costituisce il *fil rouge* dei procedimenti che ne accompagnano la formazione e la esplicazione; in argomento paiono ancora attuali le attente osservazioni proposte da A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2000, *passim*.

dalla conclusione di accordi tra i diversi soggetti economici, con il dichiarato intento di promuovere la crescita e lo sviluppo dei sistemi imprenditoriali sui singoli territori.

I Patti territoriali sono definiti al punto 2 della deliberazione CIPE del 21 marzo 1997 come lo strumento atto a realizzare l'accordo tra diversi attori locali per l'attuazione di un programma di interventi tra loro integrati nei settori dell'industria, dell'agroindustria, dei servizi, del turismo, dell'agricoltura, della pesca e dell'apparato infrastrutturale¹¹.

Gli strumenti di programmazione negoziata sono ordinariamente inquadrati tra gli accordi ex art. 11 l.n. 241/1990, con la precisazione che, «*per il rinvio disposto dal comma 2 dello stesso art. 11, ai principi del c.c. in materia di obbligazioni e contratti*», essi hanno «*forza di legge tra le parti*» ai sensi dell'art. 1372 c.c.¹².

E' stato anzi osservato che, «*con gli strumenti della programmazione negoziata previsti dall'art. 2, commi 203 e ss., della legge 662/1996 l'amministrazione assume – in relazione paritaria e sinallagmatica con le obbligazioni del privato in tema di risorse economiche impiegate, infrastrutture realizzate e posti di lavoro creati – vere e proprie obbligazioni ad oggetto pubblico, con l'impegno vincolante (oltre che a finanziare e/o realizzare gli interenti) ad esercitare nei tempi e modi concordati i propri poteri pubblicistici autorizzatori*»¹³.

3. Procedimento di erogazione dei finanziamenti pubblici e riparto di giurisdizione nel dibattito giurisprudenziale

In termini generali, come noto, la norma chiave in materia di sovvenzioni e contributi è l'art. 12 della legge n. 241/1990, secondo la quale i procedimenti relativi sono soggetti ai principi di trasparenza, pubblicità e *par condicio* tra i partecipanti al bando per l'approvazione del progetto inerente al patto territoriale¹⁴.

Avviene, così, che si distingua tra la fase attinente al momento in cui l'amministrazione compie le valutazioni discrezionali di competenza circa la erogabilità del contributo (quando la spettanza del beneficio, però, non sia direttamente riconosciuta dalla legge), da quella riguardante la verifica circa l'effettivo rispetto delle condizioni previste convenzionalmente da parte del

¹¹ A. CONTIERI, *La programmazione negoziata*, cit., *passim*.

¹² Cons. Stato, 5 novembre 2004 n. 7180.

¹³ Tar Puglia, II, 1 marzo 2001 n. 1533.

¹⁴ F. GIGLIONI, *L'obbligo di predeterminazione dei criteri per i provvedimenti attributivi di vantaggi economici*, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. Sandulli (a cura di), Milano, Giuffrè 2017, p. 669.

privato e dunque la erogazione definitiva del contributo medesimo, accompagnata dalla facoltà di revocarlo *in toto* o *pro quota*.

Nel primo caso, la situazione giuridica del privato è di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, nel secondo caso di diritto soggettivo, quindi di pertinenza del giudice ordinario, salvo che il ritiro in autotutela non riguardi il provvedimento concessorio per vizi di legittimità ovvero per il suo contrasto *ab origine* col pubblico interesse¹⁵.

Questa regola, come si dirà, è andata, tuttavia, soggetta ad alcune oscillazioni quanto al riconoscimento delle situazioni giuridiche soggettive fatte valere, soprattutto nelle controversie riguardanti la revoca dei contributi già erogati, oggi di competenza del Ministero per lo Sviluppo Economico.

In questo contesto, (prima ai sensi del c. 5 dell'art. 11 l.n. 241/1990 ed oggi) in virtù dell'art. 133 c. 1 lett. a) del c.p.a. è stata ripetutamente affermata dalle Sezioni Unite¹⁶ la giurisdizione amministrativa esclusiva nelle controversie in materia di patti territoriali in considerazione della loro riconosciuta natura di accordi procedurali¹⁷.

Per quanto riguarda la giurisprudenza amministrativa, più di un dubbio, invero, si è registrato all'interno del Consiglio di Stato circa l'orientamento affermato dalle Sezioni Unite.

In particolare, con ordinanza n. 517/2013, la sezione sesta ne ha messo in discussione, contemporaneamente, il fondamento e l'utilità, osservando, tra l'altro, che: a) il potere di autotutela dell'amministrazione, esercitato con un atto di revoca (o di decadenza), in base ai principi del *contrarius actus*, incide di per sé su posizioni d'interesse legittimo (come si evince dalla pacifica giurisprudenza della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato attinente ai casi in cui una concessione di un bene pubblico o di un servizio pubblico sia ritirata per qualsiasi ragione, anche nell'ipotesi d'inadempimento del concessionario); b) sarebbe il caso di riconoscere, nella specie, la presenza della giurisdizione amministrativa muovendo dall'art. 7 del c.p.a., secondo cui il giudice amministrativo ha giurisdizione nelle controversie «*riguardanti provvedimenti, atti ... riconducibili anche mediamente all'esercizio*» del potere pubblico, non essendovi dubbio, ad avviso

¹⁵ Tar Sicilia, Catania, IV, 15 dicembre 2011 n. 3028; Tar Veneto, III, 3 maggio 2011 n. 720; SS.UU., ord. 25 gennaio 2013 n. 1776.

¹⁶ Tra le altre, SS.UU., 23 marzo 2009 n. 6960; Id., 8 luglio 2008 n. 18630; Id., 29 marzo 2013 n. 7940.

¹⁷ Tar Sardegna, Cagliari, I, 12 marzo 2015 n. 427; Cons. Stato, VI, 17 gennaio 2014, n. 220; Tar Toscana, Fi, II 6 dicembre 2012 n. 1954; Tar Sicilia, Catania, 17 aprile 2012 n. 1023; Id., IV, 15 dicembre 2011 n. 3028; Tar Calabria, Catanzaro, II, 7 luglio 2011 n. 988; Cons. Stato, IV, 2 febbraio 2011 n. 741; Id., V, 18 aprile 2012 n. 2244; Tar Sicilia, Catanzaro., IV, 17 aprile 2012 n. 1023.

della sezione, che il provvedimento di ritiro di un precedente atto autoritativo a sua volta abbia natura autoritativa; c) la pacifica devoluzione alla giurisdizione del giudice amministrativo sarebbe funzionale al principio di certezza delle relazioni giuridiche in relazione alla brevità del termine decadenziale, nonché al recupero delle somme erogate.

L'Adunanza Plenaria 29 luglio 2013 n. 17, ha tuttavia archiviato gli argomenti proposti ribadendo l'orientamento delle Sezioni Unite già sopra descritto¹⁸.

A testimonianza, tuttavia, del permanere di significative perplessità relativamente al criterio posto dalle Sezioni Unite e seguito dalla Adunanza Plenaria, la questione è stata riproposta praticamente in modo pedissequo ancora dalla VI sezione con ordinanza 15 luglio 2013 n. 3789. Preso atto che, in presenza di un provvedimento di revoca di un programma di finanziamenti pubblici il Tar aveva dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, la Sezione ha invitato l'Adunanza Plenaria ad un riesame complessivo dell'intera materia, considerata, peraltro, la non sempre impermeabile tenuta dei criteri posti dalle Sezioni Unite e fatti propri, a ben guardare, non da tutta la giurisprudenza amministrativa. In tale ordinanza si osserva, in particolare, che *«i principi espressi da tale giurisprudenza circa la individuazione del giudice competente a pronunciarsi sulla legittimità della revoca possano essere oggetto di una rimeditazione generale, che valga alla riconduzione sistematica delle diverse questioni alla sola giurisdizione amministrativa»*.

Gli argomenti della sezione rimettente sono numerosi, sostanzialmente ricalcati su quelli già proposti con la precedente ordinanza di rimessione n. 517 del 2013, e cioè:

1) attraverso l'atto di revoca si esercita un potere di autotutela che

¹⁸ Secondo il quale, quando si versi in materia di contributi e/o finanziamenti pubblici, laddove il contributo o la sovvenzione siano riconosciuti direttamente dalla legge (in questo caso, all'amministrazione residuerebbe solo un compito di controllo) la giurisdizione in materia di revoca del contributo stesso spetta al giudice ordinario; laddove la legge attribuisce alla p.a. un potere valutativo in comparazione tra interessi pubblici e privati, in termini di *an, quid, quomodo* dell'erogazione, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo; in proposito; di recente, si rinvia ad A. CARULLO, *Lezioni di diritto amministrativo dell'economia*, Giappichelli, Torino 2017, p. 97-98: *«Sembra prevalere la soluzione di non rimettere alla meccanicità del rapporto sinallagmatico, e alla conseguente giurisdizione del G.O., la verifica dell'effettivo perseguimento del pubblico interesse, che nella concretezza dei singoli casi può presentarsi in termini assai diversi e che solo la P.A. può, di volta in volta, valutare in maniera congrua, motivando in questo modo l'esercizio dei propri poteri di autotutela. La giurisdizione ordinaria va, quindi, a coprire la cognizione delle controversie aventi ad oggetto il diritto soggettivo alla concreta erogazione delle somme di danaro, dopo la liquidazione della somma, ma anche quelle dirette a far valere la conservazione degli importi a tal titolo già riscossi, nonché ogni altra controversia che dovesse sorgere qualora l'amministrazione abbia ritirato il finanziamento in ragione di un preteso inadempimento da parte del beneficiario degli obblighi imposti dalla legge o dall'atto di concessione del contributo»*.

incide su posizioni di interesse legittimo;

2) si tratta pur sempre di controversie che possono rientrare ex art. 7 c.p.a. nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto riconducibili all'esercizio del potere pubblico, data la natura autoritativa dell'atto di revoca;

3) la riconosciuta presenza di un potere autoritativo e di una posizione di interesse legittimo, devolvendo la controversia al giudice amministrativo, favorisce importanti esigenze di certezza proprie del diritto pubblico, agevolando, peraltro, il recupero delle somme indebitamente percepite e la loro rapida redistribuzione;

4) laddove si riconoscesse la natura concessoria ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici di cui all'art. 12 della legge n. 241/1990, potrebbe essere possibile operare una concentrazione della tutela dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133 c. 1 lett. b) c.p.a., in conformità a quanto suggerito, peraltro, dall'art. 44 della legge n. 69/2009.

La chiesta «rimeditazione» ancora una volta non vi è stata¹⁹.

Questa volta, gli argomenti sollevati dalla sezione remittente vengono affrontati partitamente.

Anzitutto, si osserva come non sia corretta la chiesta equiparazione (si tratta di un argomento nuovo rispetto a quelli del 2013) tra concessione di beni pubblici ed erogazione di danaro. D'altro canto, osterebbe alla estensione della giurisdizione esclusiva lo stesso art. 133 lett. b) c.p.a. che riserva alla giurisdizione ordinaria tutte le questioni patrimoniali inerenti a compensi vantati dal concessionario (a prescindere dal *nomen* utilizzato). Una volta superata la possi-

¹⁹ Secondo l'Adunanza Plenaria, infatti: «- sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla Pubblica Amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'an, il quid, il quomodo dell'erogazione (cfr. Cass. Sez. Un. 7 gennaio 2013, n. 150); - qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo. In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (cfr. Cass. Sez. Un., ord. 25 gennaio 2013, n. 1776); - viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato o revocato per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass. Sez. Un. 24 gennaio 2013, n. 1710; Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2013, n. 17)».

bilità di configurare una devoluzione per materia al giudice amministrativo viene meno anche l'utilità del riferimento all'art. 7 c.p.a., ricordando che la giurisprudenza costituzionale riferisce l'espressione «*atti riconducibili anche mediatamente all'esercizio del potere pubblico*» alle materie di giurisdizione esclusiva, non essendo immaginabile, in applicazione del principio della concentrazione delle tutele, modificare i criteri di riparto della giurisdizione per ragioni di connessione.

Così anche per quanto riguarda la natura dell'atto di revoca, considerato espressione del potere di autotutela di natura privatistica, possibilità, invero, che l'ordinamento contempla pacificamente.

4. Rilievi critici sui principi posti dall'Adunanza Plenaria in tema di riparto di giurisdizione in caso di revoca di finanziamenti pubblici

Il numero delle decisioni delle Sezioni Unite e delle rimessioni all'Adunanza Plenaria, a dispetto di un orientamento che sembra non conoscere dubbi, testimonia, se non della sua non completa tenuta sul piano teorico, quanto meno della difficoltà di applicazione cui esso si trova di fronte.

Una prima questione concerne l'esame dei vizi dedotti nei confronti del provvedimento di revoca, che possono essere inerenti alla confutazione, nel merito, del presunto inadempimento, ma anche incentrati sulla violazione di regole procedurali, nonché sulla rispondenza ai generali canoni dell'autotutela, di tale provvedimento.

Accade così, che, di recente, il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la regione siciliana, ribaltando una decisione in senso opposto del Tar Catania in un caso di revoca specificamente attinente alla materia dei patti territoriali (quindi, presumibilmente, in sede di giurisdizione esclusiva), abbia sospeso il relativo provvedimento in ragione delle gravi violazioni commesse in rapporto al procedimento amministrativo, ossia: mancata comunicazione dell'avvio del procedimento, difetto di motivazione, aggravamento della procedura per aver disposto più di un sopralluogo accertativo a distanza di anni, nonché di avere concluso il procedimento entro un termine più che irragionevole, disponendo, così, una revoca frutto di una relazione istruttoria in contrasto con una precedente, entrambe disposte e rese a distanza di oltre otto anni²⁰. In conseguenza di tale pronuncia cautelare il Mise ha poi annullato d'ufficio il provvedimento di revoca.

²⁰ CGA, s.g., ord. 8 luglio 2016 n. 484.

Già nel 2013 il Tar Basilicata, facendo applicazione dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, aveva a sua volta annullato un provvedimento di revoca *«atteso che l'esercizio del potere di autotutela è necessariamente correlato sia con la valutazione approfondita degli interessi che l'amministrazione va ad incidere sia con il tempo che la medesima amministrazione ha fatto trascorrere, consentendo il consolidamento dell'interesse del beneficiario del provvedimento ampliativi oltre che di una situazione di fatto che la stessa amministrazione ha contribuito a determinare»*²¹.

In secondo luogo, altrettanto rilevante è una recente decisione (sempre) della VI sezione del Consiglio di Stato, che, invero, pur allineandosi ai precetti dell'Adunanza Plenaria n. 6/2014, osserva, tuttavia che, nonostante la apparente chiarezza del parametro di riparto *«possono sorgere problemi applicativi, ogni volta che il procedimento di sovvenzione pubblica, pur prevedendo una valutazione discrezionale o tecnico-discrezionale ai fini dell'attribuzione di punteggi ai richiedenti e della formazione di una graduatoria delle domande ammissibili, sia strutturato in forme più complesse di quella elementare ... che registra una fase di concessione ... ed una fase di erogazione»*. Secondo tale decisione, *«ciò che assume valore dirimente, non è tanto la collocazione del vizio riscontrato rispetto alla fase del procedimento, quanto invece la natura della situazione soggettiva su cui interviene il potere amministrativo (della quale, la collocazione nella sequenza delle fasi è soltanto indice rivelatore, e per questo motivo viene utilizzato nella ricostruzione offerta dalla Plenaria)»*²².

Solo l'esame della vicenda in concreto consente, pertanto, la affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo, a testimonianza di un criterio che è affidabile e chiaro solo quando si tratta di procedimenti assai semplici, ma non lo è in senso assoluto.

Frattanto, con una decisione del 2015, il Tar Sicilia – Palermo ha dichiarato il difetto di giurisdizione in presenza della impugnativa di un atto di revoca adottato nei confronti di un soggetto aderente ad un Patto Territoriale, sulla scorta del generale criterio di riparto posto dall'Adunanza Plenaria n. 6 del 2014²³.

Ancora, le Sezioni Unite, con altra rilevante decisione del 2016, si sono occupate di un provvedimento di revoca adottato nell'ambito di un Patto Territoriale²⁴.

Il giudice ordinario, originariamente adito, aveva declinato la giurisdizione osservando che, trattandosi di patto territoriale, residuava in capo alla p.a.

²¹ Tar Basilicata, I, 26 luglio 2013, n. 424.

²² Cons. Stato, VI, 14 aprile 2015, n. 1914.

²³ Tar Sicilia, Pa, 22 gennaio 2015, n. 200.

²⁴ SS.UU., 17 febbraio 2016, n. 3057.

un margine di discrezionalità all'attribuzione del contributo già riconosciuto, con conseguente presenza di interesse legittimo (applicando cioè, presumibilmente, il criterio generale). Il giudice amministrativo, successivamente adito da parte ricorrente, tuttavia, promuoveva regolamento di giurisdizione sul presupposto che oggetto del giudizio non fosse in via diretta l'accordo trasfuso nel Patto Territoriale, bensì le attività poste in essere, pur nel quadro del Patto Territoriale, da tale soggetto.

Secondo la regola generale, dunque, nella specie, il giudice ordinario non avrebbe dovuto declinare la giurisdizione.

Le ragioni del Tar Campania – Salerno vengono riconosciute valide: infatti, il provvedimento di revoca attiene alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e, nella specie, risultava essere contestato un inadempimento nei confronti del provvedimento di attribuzione.

Le Sezioni Unite, dunque, prendono in considerazione la possibilità che la regola generale possa subire deroghe (quando, cioè, la mancata erogazione sia frutto dell'esercizio di un potere autoritativo espressione di autotutela, o per contrasto originario o sopravvenuto con l'interesse pubblico del provvedimento). Laddove alla p.a. spetti solo il compito di verificare l'avvenuto inadempimento, senza l'esercizio di poteri discrezionali, rispetto alle prescrizioni dell'atto concessorio, viene affermata la giurisdizione del giudice ordinario, ponendo in secondo piano ogni valutazione in merito alla attinenza dell'inadempimento all'ambito dei Patti Territoriali.

In una successiva decisione sempre del 2016, infine, ancora le Sezioni Unite, nel caso della revoca parziale di un finanziamento pubblico determinata dall'inadempimento del beneficiario alle prescrizioni dell'atto di concessione, hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario sul presupposto che, nella specie, non vi fosse alcun esercizio di potere amministrativo pubblico autoritativo in termini di apprezzamento discrezionale²⁵.

5. Ulteriori rilievi per il caso di sopravvenienza delle cartelle esattoriali

A rendere ulteriormente complessa la questione relativa al riparto di giurisdizione ed alla corretta attivazione degli strumenti idonei a garantire la tutela processuale vi è, infine, la sopravvenienza (con una tempistica non prevedibile), in mancanza di adempimento, della cartella esattoriale con la quale si dà corso

²⁵ SS.UU., 11 ottobre 2016, n. 20422.

alla procedura coattiva di recupero delle somme presuntamente dovute, con tutti i relativi aggravii e le sanzioni previste dalla legge.

Si tratta, invero, di una vicenda in fondo non direttamente attinente alla impugnativa del provvedimento di revoca, eppure indubbiamente connessa, giacché la sopravvenienza della iscrizione a ruolo con conseguente notifica della cartella impone ulteriori misure difensive, tenendo conto, si badi, che se, nella specie, si ravvisasse la presenza di un interesse legittimo sarebbe necessario procedere alla impugnativa tempestiva della cartella medesima presumibilmente con motivi aggiunti dinanzi al giudice amministrativo, dinanzi al quale pende già il ricorso, con possibile conseguente «attrazione» della giurisdizione dinanzi a quest'ultimo.

D'altro canto, è anche vero che la cartella è atto esecutivo che investe i diritti soggettivi patrimoniali del debitore, sicché, ordinariamente la sua impugnativa apparterrà alla giurisdizione del giudice ordinario quanto meno per quanto riguarda la fase della esecuzione.

Anche questo, tuttavia, non è ben chiaro: a parte i casi di giurisdizione esclusiva (laddove, però, occorre comunque star bene attenti circa il termine di impugnazione della cartella se decadenziale o prescrizione), talora ci si imbatte in decisioni del giudice amministrativo, talaltra in decisioni del giudice ordinario.

I rischi connessi alle scelte difensive operate di volta in volta, hanno condotto sovente gli stessi attori dinanzi al giudice ordinario a proporre regolamento preventivo di giurisdizione al fine di avere conferma circa la correttezza della scelta operata, come in un caso recentissimo, laddove, a distanza di diversi anni, in una vicenda che aveva già conosciuto una serie di sviluppi rispetto al provvedimento di revoca, era sopravvenuta una cartella Equitalia, contestata in radice dalla società destinataria, laddove le Sezioni Unite, rilevando che trattavasi di controversia attinente l'efficacia esecutiva del titolo, hanno (correttamente) stabilito la appartenenza della giurisdizione al giudice ordinario²⁶.

Si può quindi concludere rilevando, in linea di principio, che:

a) di regola, l'impugnazione della cartella va rivolta al giudice presso il quale pende o è stata proposta l'impugnazione del provvedimento di revoca. Infatti, *«essendo la cartella di pagamento uno strumento in cui viene enunciata una pregressa richiesta di natura sostanziale, l'impugnazione deve essere proposta davanti al giudice che ha giurisdizione a decidere in ordine al rapporto cui la cartella stessa è funzionale»*²⁷;

²⁶ SS.UU., ord. 15 maggio 2017, n. 11989, con espresso richiamo alle precedenti ordinanze 5 maggio 2017 nn. 10939, 10940, 10941, 10942, 10943.

²⁷ Cons. St., VI, 29 dicembre 2008, n. 6590; SS.UU., 8 febbraio 2008, n. 3001.

b) il termine per l'impugnazione, presumibilmente, varia secondo il giudice adito e la situazione giuridica connessa: è prescrizione se, trattandosi di diritto soggettivo, la controversia principale pende dinanzi al giudice ordinario. Lo stesso termine andrà osservato in caso di pendenza del giudizio dinanzi al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (dunque, anche nell'ipotesi esaminata concernente i patti territoriali)²⁸; è decadenziale (per la proposizione di motivi aggiunti ed invalidità derivata) quando viene fatto valere un interesse legittimo mediante ricorso dinanzi al giudice amministrativo (o anche attraverso lo strumento del ricorso straordinario) con il quale si censura la legittimità del provvedimento di revoca;

c) se oggetto di contestazione, tuttavia, sono (soltanto, come nel recente caso sopra indicato) gli atti della procedura di riscossione, la giurisdizione sarà sempre e comunque quella del giudice ordinario, essendo il giudice indubbiamente investito della cognizione di una vicenda in materia di diritti soggettivi²⁹.

Stante quanto sopra, occorre chiedersi, tuttavia, cosa accade in mancanza di una tempestiva impugnazione della cartella.

La prima e più ovvia conseguenza è che la procedura esecutiva può procedere oltre. In tal caso, è possibile attivare i rimedi propri delle procedure esecutive, ossia l'opposizione all'esecuzione ed agli atti esecutivi.

L'ultima delle due ipotesi - l'opposizione agli atti esecutivi - è quella che pone meno problemi, nel senso che con essa si fanno valere i vizi degli atti dell'esecuzione. La controversia segue, dunque, le ordinarie forme e tempi indicate dal codice di rito.

Se il provvedimento di revoca è stato impugnato ed il giudizio si è concluso con il suo annullamento, sarà possibile chiedere lo «sgravio» in via amministrativa oppure proporre opposizione alla esecuzione in ragione della assenza del titolo da portare ad esecuzione.

Ben più complessi sono i casi in cui:

- a) il provvedimento di revoca non è stato impugnato;
- b) il provvedimento è stato impugnato ed il giudizio si è concluso con il rigetto della domanda.

Nel caso *sub a)* non è detto che non possano farsi valere in sede di opposizione agli atti esecutivi i vizi del provvedimento di revoca nel momento in cui questo venga portato ad esecuzione, mentre, nel caso *sub b)* deve immaginarsi

²⁸ Infatti, «rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto la cartella esattoriale recante l'ingiunzione alla restituzione di somme ricevute a titolo di contributi pubblici successivamente revocati per inadempienze da parte del beneficiario» (Tar Basilicata, I, 29 aprile 2008, n. 132).

²⁹ SS.UU., 18 dicembre 2008, n.29529.

l'impossibilità di analoga opposizione quando vi è stato un accertamento che ha sancito la legittimità del detto provvedimento, a pena di incorrere in una duplicazione di giudizi.

Ciò porta a formulare ulteriori considerazioni.

L'impugnativa della cartella dinanzi allo stesso giudice competente a conoscere del rapporto cui essa afferisce costituisce un'ovvia e corretta misura di «coerente coordinamento» della tutela giurisdizionale.

Essa, tuttavia, non sostituisce gli ordinari mezzi di impugnazione propri delle procedure esecutive, sicché, anche laddove la cartella non venga tempestivamente impugnata, annullata la revoca dal giudice adito e *medio tempore* venuto meno il titolo legittimante, essa sarà soggetta alla opposizione agli atti esecutivi (oppure ad uno sgravio in via amministrativa).

Questa soluzione non rende obbligatoria l'impugnativa della cartella nella misura in cui il vizio che venga fatto valere sia di invalidità derivata; essa, inoltre, «risolve» (con gli strumenti ordinari, invero) anche il caso in cui, esauritosi il giudizio con l'annullamento della revoca, la cartella dovesse egualmente sopravvenire.

6. Riflessioni conclusive sull'attuale assetto del riparto di giurisdizione in caso di patti territoriali

Sulla scorta di quanto fin qui osservato, sembra il caso di operare alcune brevi riflessioni, che, ovviamente, non hanno alcuna pretesa di esaustività, ma quella - ben più modesta - di semplice proposta.

Va, anzitutto, rammentato che la materia delle sovvenzioni, dei contributi e dei finanziamenti pubblici è, di per sé, estremamente complessa e talora contraddittoria³⁰.

In essa, infatti, è dato riscontrare un confuso avviluppersi delle procedure di accertamento attraverso ripetuti sopralluoghi diluiti in un arco di tempo assai esteso. Il che - sia detto *per incidens* - spesso fa sì che la (doverosa, beninteso) adozione dei provvedimenti di revoca sia frutto di una istruttoria carente e contestatissima dai destinatari dei provvedimenti stessi, con la conseguenza che, talora, vengano colpite piccole irregolarità o discrasie rispetto al program-

³⁰ Si pensi alle svariate proroghe in materia di attuazione dei patti territoriali, sovente accompagnate da (inopinati) provvedimenti di revoca, come nel caso risolto dal Tar Basilicata nel 2013 con sentenza breve e conseguente condanna alle spese di giudizio del Ministero dello Sviluppo Economico (Tar Basilicata, I, 23 dicembre 2013, n. 812).

ma degli investimenti (con danno, a ben guardare, per la stessa collettività), talaltra vengano «salvati» investimenti totalmente disallineati dai programmi di investimento.

Il *punctum dolens*, tuttavia, non riguarda questo aspetto (ferma restando la obiettiva rilevanza della riflessione), bensì l'individuazione di un criterio univoco ai fini del riparto di giurisdizione.

Come sembra emergere dalla giurisprudenza esaminata, le soluzioni proposte, apparentemente soddisfacenti, alla prova dei fatti hanno tuttavia mostrato diverse incertezze, giacchè, nella buona sostanza, sembra essere stato lasciato alla interpretazione «estemporanea» del giudice l'apprezzamento della situazione giuridica dedotta in funzione del singolo caso.

Non bisogna, tuttavia, dimenticare che ci si muove in contesti caratterizzati da procedure faticose e con scadenze pluriennali, ove sono in gioco interessi assai rilevanti, anche solo considerando l'ammontare delle somme erogate e poi revocate. Un errore nella individuazione del giudice adito, dunque, può risolversi in un danno per l'attore/ricorrente e può persino costituire fonte di responsabilità professionale.

È certamente arduo, infatti, individuare previamente e con certezza - se non nei casi più semplici - quando residui effettivamente un potere di valutazione discrezionale in capo all'amministrazione e quando, invece, quest'ultima non faccia altro che sancire un dato obiettivo e di fatto rilevato da parte degli organi istruttori (solitamente le banche convenzionate), ossia il corretto adempimento o l'inadempimento (o l'inosservanza) alle prescrizioni degli atti di concessione o alle disposizioni normative poste per i beneficiari dei benefici economici.

Cionondimeno, è dalla corretta risoluzione di questo *rebus* che dipende la possibilità stessa di far valere (tempestivamente) le proprie ragioni (rivolgendosi, cioè, al giudice dotato di giurisdizione) e dedurre determinati argomenti difensivi (si consideri, ad esempio, la diversa rilevanza dei motivi attinenti i vizi istruttori procedurali dinanzi al giudice amministrativo piuttosto che al giudice ordinario).

D'altro canto, il criterio elaborato «a monte» - quello incentrato, cioè, sulla natura della situazione giuridica conseguente alla previa ammissione al contributo o meno - ha richiesto, come si è visto, più di una «forzatura», mettendone in discussione la tenuta. Basti sottolineare che, per superare l'*impasse* legata al fatto che, nella specie, è presente un provvedimento di *revoca*, si è assegnata al *nomen* del provvedimento stesso una rilevanza marginale, valorizzando la «sostanza» del potere esercitato: in una prima fase sarebbe dunque presente il

potere autoritativo, in quella nella quale si chiede la restituzione del contributo - secondo l'A.P. n. 6/2014 - si tratterebbe di una autotutela privatistica.

Ora, al di là dei dubbi che potrebbe sollevare tale ultima distinzione, non ci si può esimere dal rilevare che essa lascia in ombra (o, comunque, pare trascurare) un dato oggettivo che ancor più la rende traballante, e cioè che si tratta di una vicenda sostanzialmente unitaria, come tale sottoposta alla cognizione del giudice adito (sia esso ordinario od amministrativo), il cui sindacato investe il più delle volte contestazioni che attengono, a ben guardare, allo svolgimento dell'intera procedura (cui, si badi, sono legate a doppio filo la esecuzione e l'attuazione del programma d'investimento) che ha preceduto la revoca, fino ad attribuire *e necessitate* debita rilevanza alla norma fondamentale in materia di autotutela, ossia l'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990.

La materia dei patti territoriali solo apparentemente è esente da questo problema attraverso la (tendenzialmente) riconosciuta devoluzione alla giurisdizione esclusiva sotto l'egida della appartenenza alla categoria degli accordi ex art. 11 l.n. 241/1990. Ancora oggi, infatti, la giurisprudenza non sembra essersi assestata, risolvendosi a volte per l'appartenenza delle controversie (che devono riguardare, si badi, la formazione, conclusione ed esecuzione dei patti) alla giurisdizione ordinaria, altre volte alla giurisdizione amministrativa.

Preso atto di questa complessa condizione, frutto anche del criterio generale di riparto fissato dalle Sezioni Unite (e poi anche dall'Adunanza Plenaria), lo stesso Consiglio di Stato, con apprezzabile lucidità, ha finito per ammettere che il riferimento alle fasi procedurali non è decisivo, essendo rimessa al giudice adito (ordinario o amministrativo) la valutazione circa gli effettivi poteri esercitati.

Così facendo, però, lo stesso criterio generale è divenuto oltremodo incerto, come dimostrano il ricorso al regolamento preventivo di giurisdizione da parte degli attori/ricorrenti (e la cospicua giurisprudenza formatasi sul punto delle Sezioni Unite) e le eccezioni sollevate dai convenuti/resistenti ad ogni piè sospinto.

Si tratta, dunque, di una materia che, pur apparentemente ancorata a criteri generali di riparto univoci e chiari, probabilmente richiede una ulteriore rimeditazione al fine di risolvere le numerose incertezze che la affliggono e che si è cercato qui di evidenziare.

Probabilmente, potrebbe essere utile tentare quella «revisione» degli orientamenti proposta dalla Sesta sezione del Consiglio di Stato forse troppo frettolosamente accantonata: nella individuazione delle relative situazioni giuridiche soggettive, infatti, da un lato, non viene fornito un criterio univoco e

chiaro (cioè di immediata e semplice attuazione), dall'altro, il criterio stesso elaborato dalla giurisprudenza (soprattutto delle Sezioni Unite) sembra implicitamente (seppure non dichiaratamente) ancorato ad una visione della determinazione amministrativa nei termini tradizionali, operando una distinzione tra interessi e diritti che riecheggia (anche qui, senza mai evocarle apertamente) antiche costruzioni teoriche come quella della «degradazione»³¹.

Su un punto di partenza si può convergere senz'altro: l'interesse legittimo – e con esso la giurisdizione del giudice amministrativo – si correla esclusivamente a situazioni nelle quali vi è esercizio di potere amministrativo, mentre il diritto soggettivo presuppone una parificazione tra le posizioni dei soggetti pressoché assoluta, che è però possibile solo in assenza dell'esercizio di poteri autoritativi.

Ed allora occorrerebbe intendersi su un punto: la revoca del contributo, anche quando «dovuta» in ragione dell'acclarato inadempimento è espressione di potere autoritativo? Se così è, presuppone il confronto con una posizione di interesse legittimo, cui vanno riconosciute tutte le garanzie procedurali, nonché la possibilità di operare contestazioni sul piano della legittimità del provvedimento stesso.

Per quanto concerne, infine, la materia dei patti territoriali, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva attraverso la clausola posta dal Codice del processo amministrativo in materia di accordi (art. 133 c. 1 lett. a n. 2) è, nella specie, (solo) concretamente risolutiva a patto che essa venga mantenuta ferma dalla giurisprudenza senza le oscillazioni che si sono registrate, data la indubbia necessità di dettare criteri di riparto certi in funzione dell'effettività della tutela e della certezza dei rapporti giuridici.

³¹ A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Diritto amministrativo)*, in *Enc. del Dir.*, II agg., Giuffrè, Milano, 1998, 966 ss.; ID., *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. Amm.*, 2006, 273 ss.; E. FOLLIERI, *Situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, F. Scoca (a cura di), Giappichelli, Torino, 2014, 27 ss.; da ultimo, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, *passim*.

II STUDI

SALVATORE CIMINI
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Scienze Politiche
dell'Università di Teramo
scimini@unite.it

BUONA FEDE E RESPONSABILITÀ DA ATTIVITÀ PROVVEDIMENTALE DELLA P.A.

GOOD FAITH AND CIVIL LIABILITY CAUSED BY A PUBLIC AGENT

SINTESI

Dal canone della buona fede oggettiva e correttezza è possibile enucleare una serie di regole di condotta, alcune non tipizzate in norme giuridiche, che riguardano l'agire amministrativo (in particolare il procedimento amministrativo). La loro violazione connota il comportamento dell'amministrazione pubblica come scorretto e può provocare dei danni risarcibili. La buona fede (oggettiva) non coincide però con la colpa. Ci si deve chiedere allora se la violazione della clausola di buona fede oggettiva sia sufficiente per configurare un illecito civile dell'Amministrazione pubblica. La conclusione a cui si giunge nel presente scritto è che a fronte di un comportamento scorretto della p.a. è necessario provare la sussistenza dell'elemento soggettivo per affermare la responsabilità dell'ente pubblico (almeno se si accede alla tesi che riconosce natura extracontrattuale a tale responsabilità). Ad avvalorare questa tesi c'è l'art. 2-*bis* della legge n. 241 del 1990 che, com'è noto, al co. 1, dispone che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento (e quindi un comportamento scorretto della p.a., lesivo del legittimo affidamento del privato) dà luogo al risarcimento del danno soltanto se l'inosservanza è dovuta a dolo o colpa. Si puntualizza, inoltre, che non basta invocare la circostanza di aver agito con buona fede e correttezza per andare esente da responsabilità, bensì occorre dimostrare anche l'assenza di colpa. In altre parole, il fatto di aver agito con correttezza e buona fede non esclude che vi possa essere comunque una responsabilità della p.a. per i danni conseguenti all'emanazione di un provvedimento illegittimo.

ABSTRACT

From the canon of objective good faith and fairness, it is possible to extract a series of rules of conduct, some of them not standardised in legal regulations, which deal with the administrative action (in particular, the administrative procedure). Their violation makes the behaviour of the Public Administration incorrect and may cause compensable damage. But the good faith (objective)

does not coincide with the fault. One wonders, therefore, if the violation of the clause of objective good faith is sufficient to give rise to a liability of the Public Administration. The conclusion of this paper is that in the face of an incorrect behaviour of the Public Administration it is necessary to prove the existence of the subjective element (the fault) to assert the liability of the Public Administration (at least if one acknowledges the thesis recognizing non-contractual nature to such liability). This thesis is confirmed by the art. 2-*bis* of the law no. 241 of 1990 which, as is known, in the paragraph 1, provides that failure to comply with the deadline for conclusion of the proceeding (therefore, an incorrect behaviour of the Public Administration, that violates a legitimate expectation of the private) gives rise to compensation for damages only if the non-compliance is due to willful or fault. Furthermore, it is pointed out that it is not enough to invoke the fact of acting in good faith and correctly in order to be exempt from liability, but it is also necessary to prove the absence of fault. In other words, the fact of acting with correctness and good faith does not exclude that there may still be a liability of the Public Administration for damages resulting from the enactment of an illegitimate act.

PAROLE CHIAVE: Buona fede oggettiva, legittima aspettativa, procedimento amministrativo, colpa, responsabilità della p.a.

KEYWORDS: Objective good faith, legitimate expectation, administrative procedure, fault, liability of the Public Administration.

INDICE: 1. La buona fede (oggettiva) come parametro che impone alla p.a. di tenere una condotta procedimentale corretta – 2. (*Segue*): le regole di condotta amministrativa ricavabili dal canone della buona fede (oggettiva) – 3. Il rapporto tra buona fede (oggettiva) e colpa – 4. Il rapporto tra buona fede (oggettiva) e responsabilità da attività provvedimento della p.a. – 5. Il dovere di agire in buona fede da parte del privato (cenni)

1. La buona fede (oggettiva) come parametro che impone alla p.a. di tenere una condotta procedimentale corretta

Lo scopo di questo scritto è quello di portare l'attenzione sul rapporto che intercorre tra il canone della buona fede oggettiva, il procedimento amministrativo e la responsabilità da attività provvedimento della p.a.¹

L'analisi non può che prendere le mosse da alcune precisazioni.

Anzitutto si deve osservare che la buona fede oggettiva sembra ormai

¹ Una prima versione del presente lavoro è stata pubblicata nel volume collettaneo F.G. SCOCA, A.F. DI SCIASCIO (a cura di), *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il Sistema Paese?*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, p. 121 e ss.

coincidere con il dovere di comportarsi secondo correttezza².

Occorre poi ricordare che la dottrina amministrativistica, dopo alcuni iniziali tentennamenti³, ha da tempo chiarito che il parametro della buona fede oggettiva è senz'altro applicabile al diritto amministrativo: si tratta di un canone che rappresenta ormai parte integrante dello statuto giuridico dell'agire amministrativo⁴.

² Come notato da E. LECCESE, *Colpa e buona fede*, in *La colpa nella responsabilità civile*, vol. I, Torino, Utet, 2006, p. 193, la tradizionale distinzione tra correttezza e buona fede pare essere stata messa da parte dalla giurisprudenza (Cass., 10 maggio 2002, n. 6763, in *Foro it.*, 2002, I, c. 3111). La distinzione sul significato da attribuire ai due concetti è stata proposta da autorevole dottrina (E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1953, p. 68), secondo cui «la correttezza impone normalmente solo doveri di carattere negativo; la buona fede impone degli obblighi di carattere positivo». Anche altra autorevole dottrina (L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1948, p. 2 e ss.), ha distinto le due clausole quanto ad ambito di applicazione, precisando che la buona fede trova attuazione nei rapporti obbligatori nascenti da contratto, mentre la correttezza nei rapporti che non hanno origine contrattuale. Oggi, come si diceva, queste distinzioni sembrano superate in giurisprudenza, ma anche in letteratura: si veda, ad esempio, L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., spec. p. 169; nella stessa direzione sembra andare anche L. ROVELLI, *Correttezza*, voce del *Digesto disc. priv.*, vol. IV, Torino, Utet, 1989, p. 423 e ss., che considera la correttezza e la buona fede un'unica clausola generale; nonché autorevoli Autori come S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 132 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, tomo I, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, Milano, Giuffrè, 1974, p. 9 ss.; M. BESSONE, A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, Roma, 1988, p. 1 e s.

³ Si sono mostrati contrari alla rilevanza della buona fede nel diritto amministrativo illustri Autori come E. GUICCIARDI, *Recensione a K.H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre* (Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1935), in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, p. 556 ss., e M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, ora in ID., *Scritti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 141 ss. e 371 ss. (il quale comunque ammetteva la rilevanza della buona fede nell'ambito dei rapporti di diritto privato dell'Amministrazione, come nel caso della responsabilità precontrattuale: si veda ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 518).

⁴ Fondamentali sul punto restano i lavori di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico dagli anni "Trenta" all' "Alternanza"*, Milano, Giuffrè, 2001. Anche altra autorevole dottrina (F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001, a cura di L. Garofalo, vol. III, Padova, Cedam, 2003, p. 472) ha sottolineato che «non può esserci contrasto e reciproca esclusione tra il criterio del perseguimento dell'interesse pubblico, che attiene alla decisione e alle scelte sostanziali che questa comporta, e il principio di buona fede che riguarda precipuamente il modo in cui l'Amministrazione agisce nell'assumere la decisione: la correttezza non confligge con il raggiungimento del fine pubblico, semmai impone l'attenta considerazione anche dell'interesse dei privati, che siano coinvolti, in un modo o nell'altro, nell'assetto di interessi che l'Amministrazione, unilateralmente, con il provvedimento stabilisce ed impone». Evidenza come la buona fede espliciti i propri effetti soprattutto nei rapporti non paritari F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 44 e ss. Si sofferma sull'applicabilità del principio di buona fede al diritto amministrativo, e quindi nei rapporti con la p.a., L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, *passim*. Sul principio della

Analogamente, la giurisprudenza amministrativa è ferma nel sostenere che il principio di buona fede oggettiva è posto dall'ordinamento a fondamento anche dell'attività dei soggetti pubblici (e non solo di quella dei privati), attribuendogli il valore di clausola generale che informa l'azione amministrativa nel suo complesso⁵. Così, di recente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che «*nello svolgimento dell'attività autoritativa, l'amministrazione è tenuta a rispettare oltre alle norme di diritto pubblico (la cui violazione implica, di regola, l'invalidità del provvedimento e l'eventuale responsabilità da provvedimento per lesione dell'interesse legittimo), anche le norme generali dell'ordinamento civile che impongono di agire con lealtà e correttezza, la violazione delle quali può far nascere una responsabilità da comportamento scorretto, che incide non sull'interesse legittimo, ma sul diritto soggettivo di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali, cioè sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illecite frutto dell'altrui scorrettezza*»⁶.

Va aggiunto che la clausola della buona fede è compatibile non solo con la responsabilità contrattuale e precontrattuale, ma anche con l'illecito aquiliano⁷.

Il dovere di correttezza, infatti, è contemplato a livello legislativo sia nell'ambito del rapporto obbligatorio (anche in fase di esecuzione del contratto), sia in tutta una serie di fattispecie nelle quali non può ravvisarsi l'esistenza

buona fede nel diritto amministrativo si veda utilmente anche E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, Padova-Venezia-Treviso, giugno 2001, a cura di L. Garofalo, Padova, Cedam, 2003, vol. I, p. 371 e ss. (anche in *Dir. econ.*, 2001, p. 317 e ss.). Osserva che seguendo l'insegnamento proveniente dagli ordinamenti di *common law*, alcuni principi che affondano le loro radici nel diritto privato, come la buona fede e la correttezza, «*sono divenuti canoni generali dell'azione amministrativa, non solo di diritto privato ma anche di diritto pubblico*», M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e diritto privato: nuove emersioni di una questione antica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 1023 e ss. Fanno riferimento al principio di imparzialità per riconoscere il valore della buona fede nei rapporti della p.a., U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, Cedam, 1965, p. 57 s., e F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 816 s.

⁵ Si segnalano, tra le molte, Cons. Stato Sez. IV, 2 marzo 2000, n. 1111; Id., Sez. V, 21 giugno 2007, n. 3384; Id., 26 gennaio 2011, n. 550.

⁶ Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5. Si vedano, anche, indicativamente, Cons. Stato, Sez. IV, 6 marzo 2015, n. 1142; Id., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6; Cass. civ., sez. un. 12 maggio 2008, n. 11656; Cass. civ., sez. I, 12 maggio 2015, n. 9636; Cass. civ., sez. I, 3 luglio 2014, n. 15250.

⁷ La questione è invero discussa in dottrina. Per un quadro completo su questi aspetti si rinvia al lavoro monografico di A. SAGNA, *Il risarcimento del danno nella responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè, 2004. In giurisprudenza, riconducono la responsabilità precontrattuale al *genus* della responsabilità aquiliana, *ex multis*, Cass., Sez. I, 29 aprile 1999, n. 429; T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 6 febbraio 2008, n. 1069, ove si precisa altresì che l'elemento soggettivo di tale forma di responsabilità si risolve, frequentemente, nell'accertamento della violazione di regole obiettive concernenti il rispetto dei criteri della correttezza e della buona fede (in senso oggettivo).

di un rapporto giuridico⁸.

Del resto, da tempo la dottrina ha evidenziato che l'art. 2 della Costituzione, nel quale va individuato il fondamento del principio di solidarietà, e quindi di correttezza, dispone che tutti i comportamenti dei soggetti dell'ordinamento siano rispettosi di tale principio, anche quelli in cui non sussista alcun rapporto obbligatorio⁹.

La clausola della buona fede, dunque, trova impiego sia nel diritto privato che in quello amministrativo; sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale.

Segnatamente, per quanto riguarda l'esercizio della funzione amministrativa da parte dei soggetti pubblici, dal canone della buona fede oggettiva e correttezza è possibile enucleare una serie di regole di condotta che riguardano in particolare il procedimento amministrativo. Il principio di buona fede, infatti, è da riferire non tanto al provvedimento amministrativo (momento statico), quanto al comportamento (momento dinamico), cioè al modo di formazione, di comunicazione, di interpretazione ed esecuzione del provvedimento¹⁰. Come è stato notato da autorevole dottrina, il principio di buona fede «*riguarda precipuamente il modo in cui l'Amministrazione agisce nell'assumere la decisione*»¹¹.

La buona fede, dunque, consente di riconoscere in capo alla p.a. doveri di comportamento ulteriori rispetto a quelli tipizzati, anche se molti obblighi derivanti dall'applicazione di questo principio in ambito procedi-

⁸ Come evidenziato da S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 412, ivi i riferimenti alla dottrina civilistica.

⁹ E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., p. 371 e ss. Ampiamente sul punto S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, cit., p. 125 e ss. Secondo G.M. RACCA, *Correttezza (dir. amm.)*, voce del *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, p. 1533 e s., la correttezza è un principio istituzionale che trova il suo fondamento nell'art. 28 Cost.

¹⁰ Sottolinea che la buona fede viene a costituire non tanto una regola per la decisione, quanto un parametro di giudizio della condotta della p.a., che può prescindere dall'emanazione di un provvedimento e dalla sua illegittimità, G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2007, p. 273. Avvicina la buona fede al comportamento L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 122, la quale ultima distingue la buona fede dalla tutela dell'affidamento che riferisce invece all'aspettativa di ottenere un determinato risultato. Anche A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 223, mette in evidenza che la buona fede è «*uno dei possibili modi di configurare nel concreto comportamenti rispettosi del buon andamento, dell'imparzialità, della ragionevolezza nell'esercizio del potere*».

¹¹ F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, cit., p. 472.

mentale sono stati ormai legalmente riconosciuti a livello legislativo¹².

L'art. 1 della l. n. 241 del 1990, infatti, consacra una serie di “principi generali dell'attività amministrativa” i quali, nella loro portata e nella loro ampiezza, ben possono ritenersi già comprensivi di tutte le possibili declinazioni del principio (civilistico) di buona fede, ove trasposto nell'ambito del diritto pubblico. Si pensi, ad esempio, al dovere della p.a. di non aggravare il procedimento, previsto proprio dall'art. 1 della legge n. 241/1990.

Tuttavia, poiché la legge n. 241/1990 è una disciplina formulata prevalentemente per principi, la buona fede può svolgere una utile funzione interpretativa e integrativa. Attraverso la clausola della buona fede, infatti, si possono trovare ulteriori criteri di riferimento per individuare la regola del caso concreto¹³.

Oltre a ciò, non si può escludere una funzione integrativa della buona fede quale fonte di una serie di doveri di comportamento ulteriori rispetto a quelli previsti da norme giuridiche, in grado di colmare le eventuali lacune del sistema¹⁴. Obblighi che scaturiscono dalla necessità che le parti (anche e soprattutto quella pubblica) si comportino correttamente, in modo da non arrecare pregiudizi inutili, eccessivi o non previsti alla controparte.

Si tratta di una tesi confermata dalla lettura della giurisprudenza, la quale riconosce che il dovere di agire secondo correttezza e buona fede non è assolto solo con il compimento di atti previsti in specifiche disposizioni di legge ma si deve realizzare anche con comportamenti non individuati dal legislatore e che in relazione alle singole situazioni di fatto siano necessari per evitare l'aggravamento della posizione dell'altro contraente¹⁵.

Occorre ricordare poi che la tutela dell'affidamento è un obbligo derivante dall'ordinamento europeo, trattandosi di un principio che, pur non essendo espressamente richiamato dai Trattati, è stato più volte affermato dalla

¹² Sottolinea questo profilo F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 133. Ritiene che le norme in tema di procedimento pongano a carico dell'Amministrazione pubblica doveri di correttezza A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (dir. amm.)*, voce dell'*Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. II, Milano, Giuffrè, 1998, p. 985.

¹³ In tal senso F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 210. Sulla stessa lunghezza d'onda L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 81, la quale osserva che, soprattutto ove si rifletta sul profilo della correttezza, il principio della buona fede spinge verso una considerazione dello stesso (anche) in termini di regola del procedimento.

¹⁴ Si veda ancora sul punto F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle Amministrazioni pubbliche*, cit., p. 216 e ss.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. V, 30 maggio 2005, n. 2755; si veda, di recente, Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

Corte di giustizia, che lo ha elevato al rango di principio generale dell'ordinamento europeo¹⁶. Obbligo che è diventato ancora più stringente dopo che l'art. 1 della l. 7 agosto 1990, n. 241 (come integrato dall'art. 1 della l. 11 febbraio 2005, n. 15) ha assoggettato l'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario.

Naturalmente, essendo la buona fede (oggettiva) il parametro di riferimento di una condotta procedimentale che non deve essere dannosa per il terzo, ne consegue che è in sede risarcitoria che detto parametro esplica principalmente (se non esclusivamente) i suoi effetti. In altre parole, come notato di recente dal Consiglio di Stato, non «*diversamente da quanto accade nei rapporti tra privati, anche per la P.A. le regole di correttezza e buona fede non sono regole di validità (del provvedimento), ma regole di responsabilità (per il comportamento complessivamente tenuto)*»¹⁷.

Ne consegue che una responsabilità da comportamento scorretto può sussistere nonostante la legittimità del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento. Paradigmatico è il caso del danno da ritardo, previsto dall'art. 2-*bis*, co. 1, della l. 7 agosto 1990, n. 241 (introdotto dall'art. 7, co. 1, l. 18 giugno 2009, n. 69), secondo cui le pubbliche 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*». In siffatta ipotesi il danno si configura a prescindere dalla legittimità del provvedimento. Ciò che viene in rilievo è «*un danno da comportamento, non da provvedimento: la violazione del termine di conclusione sul procedimento di per sé non determina, infatti, l'invalidità del provvedimento adottato in ritardo (tranne i casi eccezionali e tipici di termini 'perentori'), ma rappresenta un comportamento scorretto dell'amministrazione, comportamento che genera incertezza e, dunque, interferisce illecitamente sulla libertà negoziale del privato, eventualmente arrecandogli ingiusti danni patrimoniali*»¹⁸.

La responsabilità da scorrettezza non è quindi una responsabilità che de-

¹⁶ Si veda, per tutte, Corte giustizia, 3 maggio 1978, causa C-12/77, *Topfer*.

¹⁷ Così Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., ove si precisa che nell'ambito «*del procedimento amministrativo (e del procedimento di evidenza pubblica in particolare) regole pubblicistiche e regole privatistiche non operano, dunque, in sequenza temporale (prime le une e poi le altre o anche le altre). Operano, al contrario, in maniera contemporanea e sinergica, sia pure con diverso oggetto e con diverse conseguenze in caso di rispettiva violazione. Le regole di diritto pubblico hanno ad oggetto il provvedimento (l'esercizio diretto ed immediato del potere) e la loro violazione determina, di regola, l'invalidità del provvedimento adottato. Al contrario, le regole di diritto privato hanno ad oggetto il comportamento (collegato in via indiretta e mediata all'esercizio del potere) complessivamente tenuto dalla stazione appaltante nel corso della gara. La loro violazione non dà vita ad invalidità provvedimentale, ma a responsabilità*».

¹⁸ In questi termini ancora Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

riva dalla lesione dell'interesse legittimo, giacché prescinde dalla illegittimità dell'atto¹⁹.

2. (Segue): le regole di condotta amministrativa ricavabili dal canone della buona fede (oggettiva)

Assodato che dal canone della buona fede si possono ricavare le regole di una corretta condotta procedimentale la cui violazione ben può fondare il giudizio di responsabilità della p.a., c'è da fare qualche esempio.

Ebbene, anzitutto può dirsi che la violazione di norme giuridiche espresse è certamente un indice della violazione del canone della correttezza. Chiaramente, però, la correttezza non presuppone solamente il rispetto delle norme legislativamente poste, perché se così fosse essa verrebbe a coincidere con il principio di legalità²⁰.

¹⁹ In questo quadro, può essere utile ricordare che le Sezioni Unite della Suprema Corte, con tre ordinanze “gemelle”, hanno affrontato il tema della risarcibilità dei danni subiti dai soggetti destinatari di un provvedimento favorevole – ma illegittimo – successivamente annullato, riconoscendo a chi si è visto annullare il provvedimento (in via giurisdizionale o in autotutela) la possibilità di invocare la tutela risarcitoria per violazione da parte della P.A. dei doveri generali di comportamento (quali la perizia, la prudenza, la diligenza e la correttezza), avendo posto in essere una condotta lesiva del suo legittimo affidamento (Cass. civ., Sez. Un., ordd. 23 maggio 2011, nn. 6594, 6595, 6596; cui *adde* Id., ord. 22 gennaio 2015, n. 1162; Id., 4 settembre 2015, n. 17586; Id., 2 agosto 2017, n. 19171; per un primo commento si vedano, indicativamente, S.R. MASERA, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*, in *Urb. App.*, 2011, p. 916; M. MAZZAMUTO, *La Cassazione perde il pelo ma non il vizio: riparto di giurisdizione e tutela dell'affidamento*, *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 896; M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni*, in *www.federalismi.it*; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, c. 2398). Nelle richiamate decisioni la Cassazione, facendo leva sul fatto che il soggetto non rimprovera alla p.a. l'illegittimo esercizio del potere ma la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento poi rivelatosi illegittimo, ha affermato che la giurisdizione, riguardando diritti soggettivi, spetta al giudice ordinario. Tale tesi ha sollevato più di una perplessità in dottrina. In questa sede non è possibile (né necessario) sviluppare l'argomento, si deve osservare tuttavia che essendo coinvolto l'esercizio di un potere (nonostante le affermazioni contrarie della Suprema Corte che tuttavia non sembrano persuasive), almeno nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, la cognizione dovrebbe spettare al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 7 c.p.a. Va evidenziato inoltre che nell'azione risarcitoria, a differenza di quella demolitoria, il giudice amministrativo non è mai chiamato a verificare la legittimità dell'atto, ma il comportamento tenuto dall'Amministrazione, per verificare se sia illecito e produttivo di danno; ciò che rileva, quindi, in sede risarcitoria, non è l'interesse legittimo ma è sempre il diritto soggettivo all'integrità patrimoniale.

²⁰ Così G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, cit., p. 288. In ogni caso, come osservato da autorevole dottrina (F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, cit., p. 471 e ss.), non «sembra essere vero che il

Come si è già detto, la buona fede può svolgere anche una funzione integratrice, in modo da determinare doveri (o regole di condotta) che vanno al di là di quelli legalmente tipizzati o predeterminati dalla stessa Amministrazione. In altre parole, la buona fede può essere “aggiunta” ai principi generali di diritto pubblico per rafforzare ancor di più le garanzie degli amministratori.

Il tipico esempio è quello relativo al dovere di informazione: proprio in virtù del canone di buona fede e correttezza, la p.a. ha il dovere di dare informazioni precise ai terzi in modo da rendere prevedibile il suo comportamento. La giurisprudenza ha infatti avuto modo di precisare che la diffusione di informazioni inesatte può generare una responsabilità della p.a. per illecito extracontrattuale, qualora si leda la posizione di affidamento del soggetto che entra in contatto con l'ente pubblico²¹. Dunque, dal canone di correttezza si può ricavare un nuovo dovere per le Amministrazioni pubbliche, vale a dire quello di fornire informazioni corrette quando si rapportano con il privato.

Anche il giudice ordinario afferma che la p.a. ha il dovere di comportarsi con responsabilità e correttezza nei confronti del cittadino che si rivolge ad essa: sicché, l'inerzia²² e il non rispondere quando il privato chiede notizie sono stati ritenuti comportamenti scorretti e contrari alla buona fede

principio di buona fede, come regola di comportamento, riguarda solo l'attività discrezionale dell'Amministrazione, potendo un comportamento scorretto ipotizzarsi anche nello svolgimento di attività vincolate o nella esecuzione di provvedimenti già adottati e addirittura nella ottemperanza a sentenze passate in giudicato».

²¹ Cass., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424. In argomento si segnala il saggio di L. FERRARA, *Profili problematici della responsabilità della pubblica Amministrazione per mancata o inesatta informazione*, in *Dir. pubbl.*, 2004, p. 748 e ss.

²² Sul rapporto tra tempo della legge e tempo della buona fede si rinvia agli acuti rilievi di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, settembre 2002, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 29 e ss. (relazione riprodotta con qualche aggiornamento anche in ID., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 39 e ss.), il quale sottolinea che esiste una certezza dell'azione amministrativa imposta dal legislatore e una certezza imposta dal principio integrativo di buona fede a correzione del tempo naturalistico previsto dalla legge (ivi, p. 37 e s.).

In argomento, va rimarcata la particolare attenzione che il legislatore recente ha verso il rispetto dei termini procedurali, la cui inosservanza comporta una responsabilità civile della p.a., oltre ad un obbligo di indennizzo dell'istante (v. l'art. 2-bis della l. n. 241/1990, come modificato da ultimo dall'art. 28, co. 9, della l. n. 98/2013), nonché una responsabilità amministrativa, dirigenziale e disciplinare del dirigente e del funzionario inadempiente (cfr. l'art. 2, co. 9, della l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 1, co. 1, della l. n. 35/2012). Su questi temi si segnala, da ultimo, il lavoro monografico di A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Torino, Giappichelli, 2013, il quale mette in evidenza il nesso che sussiste tra obbligo di provvedere e principi di buona fede e tutela dell'affidamento (ivi, p. 56 e ss.).

produttivi di danni risarcibili²³.

La buona fede trova poi vasta applicazione nel settore degli appalti pubblici. Infatti, è soprattutto nell'ambito dell'attività precontrattuale e contrattuale che la buona fede trova il terreno più fertile, nel senso che consente di individuare nuove regole di condotta non espressamente tipizzate in norme. Si pensi alle assicurazioni informali poi non rispettate; all'ingiustificata decisione di non stipulare più il contratto o di ritardarne gli adempimenti; al mancato rinvio della gara nel momento in cui la p.a. accerti il venir meno della copertura finanziaria; e così via²⁴.

La clausola della buona fede, inoltre, ove riferita sempre alla pubblica Amministrazione, spazia dal divieto di tenere un comportamento in contrasto con i precedenti (secondo il brocardo *non venire contra factum proprium*), all'ingiustificato allontanamento da una prassi²⁵. Sotto questo profilo, la buona fede opera nel più ristretto significato di tutela dell'affidamento, che costituisce una delle manifestazioni del principio di buona fede²⁶.

Diversi altri doveri possono sorgere dalla tutela dell'affidamento. Così, ad esempio, è proprio la tutela dell'affidamento dei privati il fondamento primo

²³ Trib. Milano, Sez. lav., 26 novembre 2002, n. 3358.

²⁴ Si sofferma sul punto G. AVANZINI, *Responsabilità civile e procedimento amministrativo*, cit., p. 294 e ss., ivi i riferimenti giurisprudenziali. In argomento si veda Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2018, cit., la quale precisa che nell'ambito «del procedimento di evidenza pubblica, i doveri di correttezza e buona fede sussistono, anche prima e a prescindere dell'aggiudicazione, nell'ambito in tutte le fasi della procedura ad evidenza pubblica, con conseguente possibilità di configurare una responsabilità precontrattuale da comportamento scorretto nonostante la legittimità dei singoli provvedimenti che scandiscono il procedimento».

²⁵ Come ricordato da L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 61 e passim.

²⁶ Sottolinea che il principio della tutela dell'affidamento non è figura autonoma, ma solo una delle manifestazioni dell'applicazione del principio di buona fede oggettiva, e che nulla vieta che il principio di buona fede venga applicato ad ipotesi che esulano dalla tutela dell'affidamento, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., pp. 283-284. Giova ricordare che il principio di tutela dell'affidamento è di origine comunitaria, essendo stato elaborato dall'opera interpretativa della Corte di giustizia (Corte giust. CE, 12 luglio 1957, *Algera Dineke e a. c. Alta Autorità*, cause riunite 7/56 e 3-7/57; Id., 3 maggio 1978, *Gesellschaft mbH in Firma August Töpfer & Co. c. Commissione*, causa 112/77). Su questo principio si vedano, di recente, oltre agli Autori già citati, L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli, 1998; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005; D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 757 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2008; 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.

dell'esigenza della p.a. di predeterminare i criteri della propria azione amministrativa²⁷.

Inoltre, l'affidamento del privato (ma anche la buona fede) svolge un ruolo determinante con riguardo al comportamento che precede l'adozione di provvedimenti di autotutela. Del resto, è oggi lo stesso legislatore a precisare espressamente che nell'annullare d'ufficio un provvedimento amministrativo la p.a. dovrà tener conto, tra l'altro, degli interessi dei destinatari e dei controinteressati²⁸. Ed è sempre per garantire l'affidamento del cittadino che la l. n. 124 del 2015 è intervenuta in tema di autotutela inserendo nell'art.21-*nonies* della l. n.241/1990 la previsione di un termine massimo di diciotto mesi entro cui può essere esercitato l'annullamento d'ufficio²⁹.

Anche nell'ordinamento europeo 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 illegittimo³⁰.

Si deve segnalare altresì che una parte della giurisprudenza, pur riconoscendo l'insindacabile discrezionalità dell'Amministrazione nel decidere se provvedere o meno sulle istanze di autotutela (o di riesame), afferma che la p.a., proprio in ossequio dei principi di correttezza e di buona fede, è comunque tenuta a provvedere nel caso di istanze di autotutela puntuali e ben argomentate, qualora queste siano presentate prima della scadenza del termine per agire in giudizio e, quindi, allo scopo di evitare di dover proporre ricorso giurisdizionale³¹.

L'art. 30, co. 3, c.p.a., dispone poi espressamente che il giudice nel determinare il risarcimento deve valutare «*il comportamento complessivo delle parti*». Dunque il giudice, nella quantificazione del danno, deve tener conto (non solo

²⁷ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 67 e ss.

²⁸ Art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990; di recente M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 200, sottolinea che «*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*».

²⁹ G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017, 397; in tal senso anche B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 621 e ss.; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99 e ss.

³⁰ Così Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831.

³¹ Tar Piemonte, Sez. I, 30 luglio 2009, n. 2125; Cons. St., Sez. V, 10 ottobre 2006, n. 6056. Segnala questo indirizzo giurisprudenziale M. RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, in www.giustamm.it, par. 4.

del comportamento del privato, ma) anche della condotta della p.a., la quale è la prima ad essere obbligata a comportarsi con diligenza e correttezza.

Va aggiunto che in virtù del principio di tutela dell'affidamento possono assumere un rilievo giuridico anche quei comportamenti, quelle manifestazioni informali, che hanno la forza di far ragionevolmente presumere all'amministrato quale possa essere il risultato amministrativo, ossia l'assetto degli interessi finali che l'Amministrazione si appresta a fare. In quest'ottica possono diventare rilevanti non solo le manifestazioni di volontà che emergono nel corso del procedimento, e che sono in grado di creare una ragionevole aspettativa nel privato, ma anche le assicurazioni verbali informali che provengono dal dirigente o dal responsabile del procedimento e che possono ingenerare nell'amministrato – in concreto e tenendo conto della natura della situazione – un legittimo affidamento, meritevole di tutela. Ciò accade, ad esempio, allorché le rassicurazioni date dalla p.a. suscitino nel privato una aspettativa qualificata su un determinato esito dell'azione amministrativa, inducendolo a sostenere delle spese.

Naturalmente, in questi casi assumono rilievo – e dovranno perciò essere saggiate dal giudice – non solo l'idoneità del comportamento della p.a. ad ingenerare una aspettativa nel privato (profilo oggettivo), ma anche le conoscenze di cui quest'ultimo dispone (profilo soggettivo) e che gli avrebbero consentito un corretto apprezzamento della situazione concreta non spingendolo così a fondare su quella situazione il proprio affidamento³².

3. Il rapporto tra buona fede (oggettiva) e colpa

I comportamenti della p.a. richiamati nel paragrafo precedente – i quali sfuggono alla formale attività procedimentalizzata e che per questo non rilevano sul piano della illegittimità del provvedimento – possono connotare il comportamento dell'amministrazione pubblica come scorretto, in quanto posti in violazione di quelle regole di condotta che si ricavano dalla clausola della buona fede, intesa anche come correttezza e tutela dell'affidamento³³.

³² Rimarca come nella valutazione della sussistenza di un affidamento si debbano considerare sia gli elementi oggettivi (come il comportamento della p.a.), che quelli soggettivi (come il patrimonio conoscitivo del soggetto che lamenta una lesione del proprio affidamento), L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza*, cit., p. 187 e s. e *passim*.

³³ Va segnalato che c'è chi in dottrina risolve l'eccesso di potere nell'applicazione delle clausole di buona fede e correttezza: il riferimento è a C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 327 e ss.

Dal parametro della buona fede (oggettiva), quindi, è possibile ricavare nuove regole di condotta della p.a., alcune non tipizzate in norme giuridiche, che se violate sono produttive di danni risarcibili.

Occorre precisare, tuttavia, che la buona fede (oggettiva) non si confonde con l'elemento soggettivo. Detto altrimenti, la scorrettezza non equivale a colpa: non si condivide perciò la prospettiva della nota sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite della Cassazione che valorizza la scorrettezza quale fonte della c.d. colpa d'apparato³⁴.

A tal proposito, giova ricordare che, con riferimento alla responsabilità contrattuale, la dottrina ha evidenziato che la buona fede agisce sulla fonte delle obbligazioni integrandole o modificandole, mentre la diligenza investe direttamente la prestazione³⁵.

Quanto alla responsabilità extracontrattuale, è stato puntualizzato che la correttezza opera sul versante dell'ingiustizia del danno e non su quello dell'elemento soggettivo³⁶.

La buona fede, dunque, si differenzia dalla colpa perché mentre quest'ultima consiste nello scostamento del comportamento tenuto dall'agente da un modello da individuarsi in concreto, la buona fede in senso oggettivo, invece, è elemento stesso della condotta di cui si tratta di apprezzarne le modalità: contribuisce cioè a delineare il modello di comportamento.

Evidenziata la distinzione logica tra scorrettezza e colpa, occorre chiedersi se la violazione della clausola di buona fede oggettiva – ossia l'inosservanza delle regole di correttezza – sia sufficiente per configurare un illecito civile della p.a. o se non sia necessaria la dimostrazione che tale scorrettezza sia dovuta a colpa (o dolo) del soggetto pubblico.

In dottrina c'è chi sostiene la tesi secondo cui la semplice violazione delle regole di correttezza configura la responsabilità della p.a., indipendentemente dalla sussistenza dell'elemento soggettivo³⁷. Questo orientamento, però, fa scivolare la responsabilità da scorrettezza verso una forma di re-

³⁴ Come evidenziato anche da F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, in part. pp. 48 e 56.

³⁵ Si veda F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit., p. 23, ivi i riferimenti alla dottrina civilistica.

³⁶ Così, ad esempio, F.D. BUSNELLI, *La responsabilità civile oltre il "muro" degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, I, p. 343, precisa che la correttezza attiene all'ingiustizia del danno.

³⁷ S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, cit., *passim*, il quale propone il modello della «responsabilità collaborativa procedimentale edificata attorno alla logica di correttezza».

sponsabilità oggettiva³⁸.

Una parte della giurisprudenza ordinaria, al contrario, sembra ammettere che la violazione del dovere di correttezza non sia sufficiente per radicare automaticamente la responsabilità del soggetto pubblico, ma reputa necessario lo svolgimento di un'indagine ulteriore, per verificare se il comportamento scorretto sia dovuto a negligenza, imperizia o imprudenza dell'apparato pubblico (e quindi a colpa della p.a.).

Così, la Cassazione, con la sentenza n. 2424 del 2004, ha chiarito che il rilascio di informazioni inesatte (azione che rappresenta chiaramente un esempio di comportamento scorretto) può non configurare un illecito civile della p.a. qualora l'inesattezza dipenda da un errore scusabile.

Seguendo questa linea interpretativa, la Suprema Corte ha ritenuto scusabile – e quindi incolpevole³⁹ – il comportamento di una p.a. che aveva rilasciato l'informazione inesatta adeguandosi all'orientamento giurisprudenziale all'epoca predominante, orientamento in seguito abbandonato.

Ebbene, la tesi che a fronte di un comportamento scorretto della p.a. richiede la prova della sussistenza del profilo psicologico per affermarne la responsabilità sembra da preferire, in quanto più coerente con l'art. 2043 c.c.

Si tratta di una interpretazione persuasiva anche perché la buona fede di cui qui si parla è la buona fede oggettiva e non quella soggettiva⁴⁰, e, come si è

³⁸ Sui motivi che ci inducono a ritenere che non sia possibile far ricorso ad un modello di responsabilità oggettiva per l'illecito provvedimento della p.a., sia consentito far rinvio a S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 85 e ss.; F. FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit., *passim*; dopo la sentenza della Corte giust., 30 settembre 2010, causa C-314/09, che ha sancito la responsabilità oggettiva per il settore degli appalti pubblici, si veda il nostro *La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della p.a.?*, in *Giur. it.*, 2011, p. 664 e ss.

³⁹ Invero, a rigore, l'errore scusabile e la colpa costituiscono due aree che afferiscono a requisiti differenti (sottolinea questo aspetto F. FRACCHIA, *Colpa dell'Amministrazione e "autoprotezione" da parte del privato-vittima: riflessioni in tema di "selettori" e di "incentivi" elaborati dalla giurisprudenza*, in AA.VV., *Verso un'Amministrazione responsabile*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 161): tuttavia, qui la giurisprudenza sembra utilizzare questo concetto in senso non rigoroso, ma più ampio, al fine proprio di valutare la sussistenza o meno dell'elemento soggettivo (infatti la Cassazione, dopo aver sottolineato che nel caso sottoposto al suo esame non è dato prescindere dal requisito soggettivo della responsabilità, non esclude di conseguenza la rilevanza dell'errore scusabile commesso dalla p. a.). D'altronde, pur se in linea di principio l'errore scusabile non coincide con la colpa è innegabile una loro stretta vicinanza.

⁴⁰ La prevalente dottrina civilistica afferma la distinzione tra buona fede oggettiva e buona fede in senso soggettivo: in tal senso, indicativamente, U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 26 ss.; G. GIAMPICCOLO, *La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, I, p. 335 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 3 ss.; F.D. BUSNELLI, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto "ingiusto"*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 569 ss.; L. BIGLIAZZI

detto, dalla buona fede oggettiva scaturiscono regole di condotta. Per cui, a ben vedere, si versa nella stessa situazione in cui ci si trova quando è necessario riconoscere la responsabilità della p.a. per i danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere: come in siffatto caso la Cassazione è ferma nel ritenere che non è sufficiente la mera illegittimità del provvedimento (e quindi la mera violazione di regole) per imputare l'evento dannoso alla responsabilità della p.a. (ma è richiesta una più penetrante indagine in ordine alla valutazione della colpa)⁴¹, allo stesso modo non basta la violazione delle regole di correttezza per far incorrere in responsabilità la p.a., ma è necessario dimostrare la sussistenza dell'elemento soggettivo.

In sostanza, se si accede alla natura extracontrattuale – e non contrattuale o oggettiva⁴² – della responsabilità da attività provvedimentale della p.a., la regola generale ricavabile dall'art. 2043 c.c. (applicabile anche al soggetto pubblico, dal momento che, se si esclude il settore degli appalti⁴³, non esiste una disposizione specifica che giustifichi una differenziazione tra la posizione dell'Amministrazione pubblica e quella di altri soggetti dell'ordinamento) è che per affermare la sussistenza della responsabilità dell'Amministrazione non è sufficiente la violazione delle regole di correttezza ma è necessario anche dimostrare che la stessa abbia agito con colpa (o dolo). E ciò anche (e soprattutto) perché la buona fede, come s'è già accennato, opera sul versante dell'ingiustizia del danno e non su quello dell'elemento soggettivo.

GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto disc. priv.*, vol. II, Torino, Utet, 1988, p. 159 ss. Altra autorevole dottrina civilistica, tuttavia, propende per una nozione unitaria di buona fede: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1953, p. 69 ss.; A. MONTEL, voce *Buona fede*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. II, Torino, Utet, 1957, p. 599 ss.; S. ROMANO, voce *Buona fede (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, p. 677 ss.

⁴¹ Sul punto la giurisprudenza della Cassazione è ferma a partire dal *revirement* giurisprudenziale attuato dalla nota sentenza della Cass., Sez. un., n. 500/1999. In precedenza, invece, la Suprema Corte affermava che l'illegittimità dell'atto fosse un dato necessario e sufficiente per ritenere integrato l'elemento della colpa richiesto dall'art. 2043 c.c., e quindi di fatto prescindeva dalla dimostrazione dell'elemento soggettivo (cfr., *ex multis*, Cass., Sez. I, 24 maggio 1991, n. 5883; Id., Sez. I, 1 dicembre 1992, n. 12839; Id., Sez. III, 9 giugno 1995, n. 6542). In senso difforme vi era comunque qualche isolata pronuncia: si veda, ad esempio, Cass., Sez. lav., 6 maggio 1991, n. 4951, ove si ritiene che la responsabilità dell'ente pubblico «*in tanto può essere riconosciuta in quanto, secondo i principi della legge civile in tema d'illecito extracontrattuale, sia provato che l'illegittima assunzione è imputabile agli stessi amministratori quanto meno a titolo di colpa, non essendo al riguardo sufficiente il mero fatto della illegittima costituzione del rapporto, dato che la colpa si presume solo nel caso di responsabilità contrattuale*».

⁴² Per un quadro sulle diverse e numerose tesi che si sono affacciate in dottrina in ordine alla natura della responsabilità da attività provvedimentale della p.a., sia consentito rinviare a S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., 25 e ss.

⁴³ Dove si può ipotizzare di trovare un riferimento normativo indiretto alla responsabilità oggettiva nel diritto europeo: si veda sul punto Corte giust., 30 settembre 2010, causa C-314/09.

Ad avvalorare questo indirizzo ermeneutico c'è oggi il già citato art. 2-bis della l. n. 241 del 1990. Com'è si è già avuto modo di ricordare, detto articolo, al co. 1, dispone che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento dà luogo al risarcimento del danno soltanto se l'inosservanza è dovuta a dolo o colpa.

Ebbene, se si considera che l'inosservanza del termine di conclusione del procedimento configura un comportamento della p.a. che può qualificarsi senz'altro scorretto⁴⁴, lesivo del legittimo affidamento del privato⁴⁵, si può affermare che sembra essere lo stesso legislatore a richiedere la prova dell'elemento soggettivo in presenza di un comportamento non conforme al canone della buona fede oggettiva e del legittimo affidamento del privato.

Certo, il legislatore ha previsto questo schema, in modo espresso, soltanto con riferimento alla sopra richiamata ipotesi di scorrettezza tipizzata (il mancato rispetto dei termini procedurali), ma, per analogia, si potrebbe estendere la necessità di provare l'elemento soggettivo anche a tutte le altre fattispecie in cui la p. a. pone in essere un comportamento non corretto.

Si tratta di una tesi ormai ripresa anche dalla massima giurisprudenza amministrativa, la quale precisa che ai fini della responsabilità precontrattuale della p.a. è necessario che la *«oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo. Significativo, sotto tale profilo, lo spunto offerto, ai fini di una ricostruzione sistematica della responsabilità da comportamento scorretto, dal già richiamato art. 2-bis legge n. 241 del 1990, che, nel tipizzare uno specifico caso di scorrettezza procedimentale (il ritardo), ha espressamente previsto che l'inosservanza del termine (comportamento oggettivamente scorretto) è fonte di responsabilità solo se ne risulti il carattere doloso e colposo. È evidente, in tale previsione normativa, il richiamo all'art. 2043 c.c. e al relativo regime probatorio»*⁴⁶.

Naturalmente, per valutare l'elemento soggettivo – e segnatamente la colpa – si deve far riferimento a criteri oggettivi, concreti e alla condotta non solo e non tanto del singolo funzionario ma a quella dell'apparato⁴⁷. Così, ad

⁴⁴ Il che trova ora una conferma nella importante decisione del Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit., ove si precisa che la violazione del termine di conclusione del procedimento rappresenta un comportamento scorretto dell'Amministrazione.

⁴⁵ Come notato da A. COLAVECCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e decisioni economiche*, in *P.A. Persona e amministrazione*, n. 1, 2017, p. 320, il privato interessato dall'azione amministrativa si trova a vantare un legittimo affidamento nella certezza dei tempi dell'azione stessa.

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5, cit.

⁴⁷ Sulla possibilità di valutare la condotta del dipendente nella responsabilità civile della p.a. – possibilità negata dalla giurisprudenza a cominciare da Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500,

esempio, nelle richiamate ipotesi di diffusione di informazioni sbagliate, il dipendente potrebbe essere incolpevole, mentre la colpa potrebbe rinvenirsi in capo all'apparato-amministrazione che non ha adeguatamente informato e formato il proprio operatore che si rapporta con il pubblico.

Giova precisare, infine, che per poter affermare la responsabilità della p.a. non basta la sussistenza dell'elemento soggettivo; il privato ha l'onere di provare anche gli altri elementi di questa responsabilità, in particolare il danno che ha subito e il suo collegamento causale con la condotta scorretta che si imputa all'Amministrazione⁴⁸.

4. Il rapporto tra buona fede (oggettiva) e responsabilità da attività provvedimentale della p.a.

Se si condivide la tesi sopra prospettata, secondo cui la scorrettezza deve essere soggettivamente imputabile alla p.a. in termini di colpa (o dolo), ne consegue che si possono avere comportamenti scorretti (lesivi cioè della buona fede oggettiva) ma diligenti, che non fanno scattare la responsabilità della p.a. per mancanza di colpa.

Che cosa accade se, al contrario, la p.a. pone in essere una condotta corretta (non lesiva cioè della buona fede oggettiva) ma negligente (ossia colposa)?

In quest'ultimo caso la responsabilità, se vi sono danni, si configura sempre. È del tutto evidente, infatti, che un comportamento posto in essere con buona fede comporta comunque una ipotesi di responsabilità provvedimentale della p.a. se sono ravvisabili profili di colpa del soggetto pubblico e se si è in presenza di un provvedimento illegittimo. Come si è già accennato, infatti, la responsabilità da scorrettezza va tenuta distinta dalla responsabilità per i danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi.

che fa riferimento unicamente alla colpa d'apparato – sia consentito far rinvio a S. CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., p. 299 e ss.

⁴⁸ Come puntualizzato dalla più volte citata decisione del Cons. Stato, Ad. Plen., n. 5/2018, affinché «nasca la responsabilità dell'amministrazione non è sufficiente che il privato dimostri la propria buona fede soggettiva (ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di compiere conseguenti attività economicamente onerose), ma occorrono gli ulteriori seguenti presupposti: a) che l'affidamento incolpevole risulti leso da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà; b) che tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'amministrazione, in termini di colpa o dolo; c) che il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità fra tali danni e la condotta scorretta che si imputa all'amministrazione».

Non basta perciò invocare la circostanza di aver agito con correttezza e buona fede per andare esente da responsabilità, ma è necessario dimostrare altresì l'assenza di colpa⁴⁹.

Non si può condividere di conseguenza quell'orientamento del giudice amministrativo, invero minoritario, che esclude la responsabilità della p.a. allorché non vi sia alcuna violazione delle regole di correttezza e buona fede, nonostante l'illegittimità dell'atto⁵⁰. Seguendo detto indirizzo giurisprudenziale si finisce, ribaltando l'impostazione, col condannare l'Amministrazione soltanto nei casi in cui questa abbia agito con scorrettezza, innalzando così del tutto ingiustificatamente la soglia di punibilità della responsabilità civile della p.a..

Fra l'altro, il giudice amministrativo, nella sentenza citata, affermando la non responsabilità dell'amministrazione perché «*non è stata mossa dall'intento di danneggiare la ricorrente*», opera un passaggio dal campo della buona fede oggettiva a quello della buona fede soggettiva. In tal modo, però, si arriva al risultato di condannare l'Amministrazione soltanto nei casi in cui abbia agito con mala fede, cioè con l'intento di nuocere al privato, portando la soglia di punibilità addirittura a livello del dolo e gravando il privato di una *probatio diabolica*.

Senza dire poi che la buona fede soggettiva e il dolo non possono riguardare la p.a. intesa come apparato ma soltanto l'operatore pubblico e rilevano principalmente in tema di responsabilità amministrativa per danno erariale⁵¹.

Giova ricordare, infatti, che un espresso richiamo al principio di buona fede si trova nell'art. 1, comma 1-ter, della legge n. 20 del 1994, ove si dispone che nel caso di atti che rientrano nella competenza degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità amministrativa non si estende ai titolari degli organi politici che in buona fede li abbiano approvati ovvero ne abbiano consentito l'esecuzione⁵².

A tal proposito, va osservato che lascia perplessi quell'orientamento del giudice contabile che fa ricorso alla buona fede per escludere la responsabilità amministrativa del funzionario nella scelta del contenuto discrezionale dell'atto (in sostanza, viene esclusa la responsabilità dell'agente quando il danno

⁴⁹ Cass., sez. II, 29 aprile 2008, n. 10841.

⁵⁰ Si veda, ad esempio, T.a.r. Friuli Venezia Giulia, 8 luglio 2000, n. 544.

⁵¹ Riferendosi la buona fede soggettiva ad una situazione psicologica di ignoranza o di errore, è del tutto evidente l'improponibilità per la p.a. di una simile nozione, attesa «*la impossibilità di dare rilevanza, nel comportamento dell'Amministrazione pubblica, ad uno stato psicologico che non può in nessun caso esserle proprio*» (così A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1997, p. 69, nota 144).

⁵² Su questi temi sia consentito rinviare a S. CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, Giuffrè, 2003.

all'erario sia stato arrecato da un errore riconducibile a buona fede)⁵³. Siffatta tesi non può essere seguita perché, a tacer d'altro, il richiamo legislativo alla esimente della buona fede nel campo della responsabilità amministrativa (art. 1 della l. n. 20 del 1994), non riguarda la scelta discrezionale dell'atto e la sua adozione, ma solo l'aver dato esecuzione, da parte degli organi politici, ad un atto di competenza altrui, cioè degli uffici tecnici o amministrativi.

5. Il dovere di agire in buona fede da parte del privato (cenni)

Prima di chiudere può essere utile rilevare, per completezza, che la buona fede fa sorgere degli obblighi di comportamento non tipizzati pure in capo agli amministrati, influenzando la loro condotta⁵⁴.

Così, ad esempio, ai sensi del già richiamato art. 30, co. 3, c.p.a., il comportamento scorretto del privato deve essere valutato in sede di quantificazione del danno, dovendo il giudice tener conto del comportamento complessivo delle parti nel determinare il risarcimento.

Nell'ambito del procedimento amministrativo, dunque, il dovere di correttezza è un dovere reciproco, che grava anche sul privato, a sua volta gravato da oneri di diligenza e di leale collaborazione verso l'Amministrazione⁵⁵.

Non pare esserci tuttavia una identità di contenuto tra l'obbligo di buona fede che incombe sull'Amministrazione e quello che è posto in capo al cittadino che partecipa all'azione amministrativa⁵⁶.

Inoltre, nei riguardi del privato – e non della pubblica Amministrazione – assume rilievo la buona fede soggettiva: si pensi alle somme non dovute ma

⁵³ Corte conti, sez. giur. reg. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467.

⁵⁴ Sui doveri di correttezza dei privati si veda M. OCCHIENA, *L'autorizzazione edilizia tra semplificazione, doveri di correttezza del cittadino e responsabilità degli amministratori*, in *Foro amm-T.a.r.*, 2002, p. 1903 e ss. Con riferimento alla richiesta di risarcimento del danno in ambito contrattuale, si è già accennato che la tempestiva presentazione del preavviso di ricorso da parte delle imprese non aggiudicatrici del contratto può «valere, in ogni caso, a far reputare tendenzialmente assolti gli obblighi di diligenza e di buona fede gravanti sulle stesse, ai fini e per gli effetti dell'art. 1227 c.c., dinanzi all'adozione di un provvedimento di aggiudicazione illegittimo» (così M. RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della "direttiva ricorsi"*, cit., par. 4). Più in generale, è stato autorevolmente osservato che «qualsiasi iniziativa diretta a far conoscere all'amministrazione l'intenzione di richiedere il risarcimento dovrebbe essere considerata comportamento sufficiente sotto il profilo della correttezza e della buona fede. Se così si opina, l'invio di un preavviso di ricorso giurisdizionale, la proposizione del ricorso gerarchico, la notifica di un atto di diffida, la sollecitazione all'esercizio dell'autotutela, in quanto azioni idonee a mettere sull'avviso l'amministrazione, dovrebbero essere sufficienti a integrare il comportamento di buona fede» (in questi termini perspicui e del tutto condivisibili F.G. SCOCA, *Piccola storia di un serrato "dialogo" tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, cit., p. 25).

⁵⁵ Cons. Stato Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

⁵⁶ Come notato da A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 72, nota 151.

percepita in buona fede dai dipendenti pubblici (stipendi, indennità, ecc.).

È da ritenere, infine, che la violazione del dovere di agire in buona fede da parte del privato possa far sorgere un diritto al risarcimento non tanto in capo alla p.a., quanto piuttosto in capo al terzo che da tale condotta, e segnatamente dal provvedimento che ne è seguito, abbia subito un danno ingiusto.

BIAGIO GILIBERTI

Professore associato di diritto amministrativo presso l'*Universitas Mercatorum*
bgiliberti@gop.it

CONTRIBUTO ALLA RIFLESSIONE SULLA NATURA GIURIDICA DELLE CONCESSIONI DI PUBBLICO SERVIZIO

CONTRIBUTION TO A LEGAL THEORY ON THE LEGAL NATURE OF PUBLIC CONCESSIONS

SINTESI

L'analisi muove dall'osservazione di una discrasia; una discrasia che si rinviene tra le tradizionali ricostruzioni nazionali (che attribuiscono all'istituto delle concessioni natura di provvedimenti unilaterali e – nelle ricostruzioni più recenti – di convenzioni di diritto pubblico) e il diritto positivo dell'Unione (che, in materia di evidenza pubblica, non esita a qualificare le concessioni di servizi in termini di contratti). Senza ripiegare acriticamente sulle qualificazioni provenienti dal diritto sovranazionale (come è noto, poco legato al valore delle definizioni in nome dell'effetto utile negli stati membri), ci si è chiesti se quella discrasia non potesse essere ragione di una revisione critica dei convincimenti nazionali; se, in altre parole, le differenti dottrine susseguitesi nel corso del tempo non necessitassero di un aggiornamento. Con questo spirito, le singole ricostruzioni sono state ripercorse a partire da quella originaria che qualifica le concessioni come provvedimenti unilaterali fino a quella che le intende quali convenzioni di diritto pubblico; ciò è stato fatto al fine di verificare quali fossero state le esigenze che, nel passato, hanno condotto gli autori ad aderire marcatamente a ricostruzioni pubblicistiche. E' stato in tal modo posto in luce che, sullo sfondo di visioni eminentemente ideologiche che ricostruiscono i rapporti tra Stato e cittadini in termini di autorità/sudditanza, la ricostruzione pubblicistica delle concessioni, ha avuto a fondamento essenzialmente tre esigenze: la peculiarità del loro oggetto (funzionalizzato alla cura del pubblico interesse), la necessità che l'amministrazione mantenga in corso di rapporto il costante governo della vicenda concessoria mediante poteri di revisione unilaterale; l'esigenza, avvertita come essenziale, di un controllo giurisdizionale da esercitarsi nelle forme del giudizio amministrativo. Ciascuno di questi argomenti viene assoggettato a revisione critica, evidenziando come nessuno di essi si sottragga alla possibilità di una ricostruzione civilistica dell'istituto e che anzi quest'ultima costituisca ricostruzione maggiormente veritiera sotto il profilo strutturale (il rapporto giuridico nasce in virtù del reciproco consenso delle par-

ti) e maggiormente conforme all'esigenza di ancorare l'attribuzione di pubblici poteri (la revoca, in particolare) al principio di legalità dell'azione amministrativa.

ABSTRACT

The analysis starts from the observation of an imbalance; an imbalance among the traditional national legal theories (which consider the institution of concessions the nature of unilateral measures and – in the latest stances – the nature of public agreements) and the EU positive law (which, in public issues, defines the concessions of services as contracts). Leaving aside the definitions drawn from the supranational law (that as known, cares more for its the useful effect in the Member States than for the value of definitions), we wondered whether we could start from that imbalance to carry out a critical review of the national beliefs; in other words, whether the different jurisprudence that followed one another in time needed some updating. In the light of the above, each single legal theory has been examined from the original one, that defines the concessions as unilateral measures, until the one that considers them as public agreements; this process has been carried out in order to verify the needs that in the past led the authors to expressly accept the public nature of concessions. This way, it has been pointed out that, according to stances based on an authoritative relationship between State and citizens, the public nature of concessions came out essentially from three needs: the peculiarity of their subject-matter (aimed at the care of public interest), the need for the administration to maintain the continuous, exclusive management of the concessions by means of powers of unilateral review; the essential need for a jurisdictional control to be exercised by administrative judges. Each of the above issues is subject to critical review, which shows that none of them may escape a civil definition and rather that the latter is a truer definition under a structural viewpoint (the juridical relationship is created thanks to the mutual consent of the parties) and more in line with the need to link the assignation of public powers (revocation in particular) to the principle of lawfulness of the administrative action.

PAROLE CHIAVE: concessioni amministrative, sistematiche nazionali, diritto dell'Unione, natura giuridica, convenzioni di diritto pubblico, diritto civile speciale.

KEYWORDS: administrative concessions, national legal theories, EU law, juridical nature, public agreements, special civil law.

INDICE: 1. Posizione delle questioni – 2. Sulle diverse ricostruzioni delle concessioni di pubblico servizio – 3. Sul carattere funzionalizzato delle concessioni di pubblico servizio e sul fondamento del potere di revoca – 4. Sulla natura contrattuale delle concessioni di pubblico servizio

1. Posizione delle questioni

La costruzione teorica delle concessioni di pubblico servizio è molte volte mutata nel corso degli anni¹. Nella definizione dei tratti salienti dell'istituto si è passati dalle originarie teorie moniste, che ricostruivano le concessioni quali provvedimenti unilaterali, a quelle ibride della c.d. concessione contratto, per poi vedere evolvere l'elaborazione sistematica di dottrina e giurisprudenza nella teorica degli accordi di diritto pubblico (convenzioni pubblicistiche).

Ad oggi, si tende ad escludere che le concessioni di pubblico servizio possano venir qualificate come contratti, per ragioni sinteticamente riconducibili alle caratteristiche del loro oggetto (attività assoggettata a regime amministrativo), alla necessità che l'amministrazione mantenga in corso di rapporto il costante governo della vicenda concessoria mediante poteri di revisione unilaterale ed alla esigenza, avvertita come essenziale, di un controllo giurisdizionale da esercitarsi nelle forme del giudizio amministrativo².

Allo stesso tempo, l'evoluzione del quadro normativo di matrice comunitaria sembra offrire indicazioni per una nuova riflessione sul tema dal momento che, nel contesto delle norme in materia di evidenza pubblica per l'affidamento di lavori, servizi e forniture delle amministrazioni e di altri soggetti aggiudicatori, le concessioni di servizi vengono qualificate come contratti³.

¹ Per una sintetica ricostruzione dell'intero dibattito in tema di concessioni: B. MAMELI, *Concessioni amministrative*, in *Dizion. dir. pubbl.*, vol. II, 2006, 1111 ss. Per una completa disamina del tema in esame dall'ottica di visuale dell'affidamento di beni pubblici cfr. B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, Cedam, 2008. Per un attento inquadramento delle concessioni amministrative nel più ampio contesto degli accordi di diritto pubblico e per una puntuale analisi delle linee evolutive di questi istituti si faccia capo a G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001.

² Temi di recente nuovamente affrontati da A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. Amm.*, 2012, 567.

³ Tale era la qualificazione che ne dava l'art. 3 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e che trova conferma nell'art. 3, co. 1 del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50: «*uuu) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere; vv) «concessione di servizi», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera ll) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi».* Per un inquadramento generale dell'istituto nell'ambito delle direttive comunitarie in materia di evidenza pubblica, non si prescinda da G. GRECO, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Comun.*, 2015, 1095. Si veda altresì G. FIDONE, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Comun.*, 2015, 101.

Il tema di indagine si delinea, dunque, chiaramente: occorre verificare se, prendendo spunto dalle norme comunitarie, scovre dai gravami concettuali delle dense riflessioni svoltesi in più di un secolo in Italia, non si dia la possibilità di ritornare criticamente – come peraltro già fece convincentemente illustre dottrina⁴ – sulle tradizionali concezioni e verificare se, anche nell’impianto sistematico nazionale, si possa accedere ad una prospettiva che qualifichi le concessioni di pubblico servizio come contratti.

2. Sulle diverse ricostruzioni delle concessioni di pubblico servizio

Come accennato in precedenza, le diverse sensibilità storiche hanno favorito l’elaborazione di idee affatto divergenti in ordine alle concessioni di pubblico servizio.

Originariamente la riflessione in dottrina si assestò su di una ricostruzione provvedimentale⁵, in ciò favorita dall’idea, allora imperante, dello Stato-autorità, che opera nell’ordinamento secondo moduli unilaterali ed imperativi. In questa sistematica, l’adesione del privato venne concepita come mera condizione di efficacia e non come vero e proprio consenso, a segnalare una posizione di questi dimidiata rispetto all’autorità pubblica e certamente non negoziabile. Una simile prospettiva venne mantenuta anche dopo l’avvento della Costituzione ma sulla base di argomenti differenti. Si ritenne, infatti, che la sistematica provvedimentale si spiegasse in ragione della necessità di preservare la primazia dell’amministrazione in corso di rapporto, possibile solo attraverso l’adesione ad un’idea unilaterale della sua fonte (in quanto tale suscettibile di

⁴ Cfr. M. D’ALBERTI, *Concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981.

⁵ Cfr. O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7; ID., *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, XIX, 1895, 3; A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti all’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1936; G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, Anonima Romana Editoriale, 1931; E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 223. Quale indice della tensione attorno alla natura dell’istituto in oggetto cfr. da subito C. VITTA, *Concessioni (Diritto Amministrativo)*, in *Nov. Dig. It.*, vol. III, 1959, 920 ss. La natura provvedimentale delle concessioni di pubblico servizio ha, tuttavia, continuato ad esser sostenuta anche in costanza di Costituzione. Sull’attitudine della ricostruzione provvedimentale delle concessioni a garantire il costante monitoraggio del pubblico interesse, si veggia: E. SCOTTI, *Il pubblico servizio (tra tradizione nazionale e prospettive europee)*, Padova, Cedam, 2003. Cfr. anche A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, in *La concessione di pubblico servizio*, (a cura di) G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNOLO VIGORITA, Milano, Giuffrè, 1995, 11. Più recentemente la tesi provvedimentale delle concessioni risulta sostenuta da F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2004, 104 ss.

modifiche ugualmente unilaterali, a mezzo dell'istituto della revoca).

Nel mentre tali argomenti venivano svolti maturava, tuttavia, anche la consapevolezza dell'importanza di accordare al privato la necessaria stabilità dei profili patrimoniali del rapporto. Quest'esigenza si tradusse nella sistematica della concessione-contratto, per la quale il rapporto ha fonte al contempo in un atto unilaterale di concessione e in un contratto, che disciplina i profili patrimoniali degli obblighi reciprocamente assunti dalle parti⁶.

Fu questo un momento in cui si ritenne di aver chiuso il cerchio delle necessità di concedente e concessionario: salvaguardare la facoltà dell'amministrazione di incidere sulla concessione per ragioni di pubblico interesse; garantire al privato l'applicazione del diritto comune quale strumento di disciplina dei profili patrimoniali del rapporto concessorio.

Tanto la tesi provvedimentale che quella della concessione-contratto, pur offrendo un ordine concettuale stimolante, non sembrano riposare su argomenti del tutto convincenti. La prima nella misura in cui pretende di fondare la genesi del rapporto su di un atto unilaterale, salvo poi non poter prescindere a tal fine dal consenso del privato. La seconda – come è stato osservato da autorevolissima dottrina⁷ – in ragione della difficoltà logica di affidare la nascita del rapporto concessorio contestualmente a due differenti fonti (l'atto unilaterale ed il contratto).

Resta inteso che non sfugge che le due sistematiche in esame risentissero, da una parte, della necessità di tener fermo un controllo giudiziale sulle decisioni di istituire e regolare il servizio nelle forme del diritto amministrativo e, dall'altra, di garantire all'amministrazione la primazia nel rapporto concessorio mediante il riconoscimento di un suo generale potere di revoca (con il che la presenza di un momento unilaterale in sede di genesi del sinallagma si ritenne indispensabile)⁸.

⁶ Sul punto si veggia fra tutti M.S. GIANNINI, *Dir. Amm.*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 744 nonché ID, *L'attività amministrativa*, Roma, Jandi Sapi, 1962, 18 e 132 ed anche E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 37.

⁷ A fronte della sua chiarezza concettuale, nel concreto della pratica giudiziale, la tesi della concessione-contratto si dimostrò di non agevole applicazione stante la difficoltà di individuare un convincente diaframma tra vicende dal profilo sostanzialmente economico, come tali regolate dal diritto civile e questioni attratte in una dimensione prettamente pubblicistica, in quanto relative a pretese ed aspettative dell'utenza. Ciò ha portato la dottrina (A. ROMANO, *La concessione di pubblico servizio*, cit., 79) ad osservare che «questa concezione, malgrado l'apparente persuasività, in realtà lascia insoluti, se non addirittura insolubili, troppe questioni, e troppe questioni non secondarie: dalla precisazione delle relazioni che intercorrerebbero tra l'uno e l'altro, alla distinzione degli affetti giuridici che discenderebbero dal primo, da quelli che deriverebbero dall'altro».

⁸ Non si prescinda sul punto da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, 5 «in realtà, il rapporto tra esigenze di garanzia del privato concessionario ed

Ciò non di meno, tali esigenze non impedirono alla dottrina di prendere realisticamente atto del fatto che il rapporto concessorio sorge per via di un accordo tra le parti⁹. Ciò, tuttavia (fatta eccezione per le teoriche innanzi richiamate) non ha avuto come ulteriore evoluzione l'affermazione dell'appartenenza delle concessioni al *genus* dei contratti, ed anzi autorevolissima dottrina ha molto chiaramente affermato di nutrire serie perplessità ed anzi di dover escludere una simile possibilità¹⁰.

È stato, infatti, osservato che ogni assimilazione delle concessioni ai contratti è resa critica e deve escludersi per via della funzionalizzazione a pubblici fini di cui sarebbero intrise le concessioni. La funzionalizzazione – si dice – determina la rilevanza degli scopi dell'agire della sola amministrazione (a fronte della generale irrilevanza dei motivi individuali delle parti nei contratti) e la supremazia di quest'ultima in corso di rapporto, esplicantesi nel riconoscimento di connaturali di poteri di modifica e revoca unilaterali (a fronte della stabilità del sinallagma dei negozi privati, salvo deroghe eteronomamente o autonomamente disposte).

Si è ritenuto allora che si tratti di convenzioni pubblicistiche¹¹, con tale espressione volendosi significare quei negozi, cui si ricollega direttamente ed esclusivamente l'effetto giuridico concessorio, ai quali le parti addiventano esercitando facoltà giuridiche differenti: l'adesione del privato quale espressione di autonomia privata, quella dell'amministrazione quale potere funzionalizzato alla cura del pubblico interesse. Di qui l'implicita soluzione anche del tema del fondamento del potere di risoluzione del rapporto per ragioni di pubblico interesse, che si ritiene possa operare sull'originario atto amministrativo di con-

inserimento di un singolo atto nell'ambito della categoria degli atti amministrativi non è sempre privo di contraddizioni. Anche qui un esempio per tutti può essere sufficiente: il passaggio da una concezione contrattuale ad una ricostruzione della concessione di beni e servizi pubblici come atto amministrativo è servito sia ad assicurare la tutela giurisdizionale dei terzi aspiranti alla medesima concessione, sia a giustificare l'attribuzione all'amministrazione di un generale potere di revoca pur nei casi non previsti dal disciplinare di concessione e, nello stesso tempo, a garantire un controllo di legittimità sulla consistenza dei motivi di interesse pubblico posti a fondamento della stessa revoca».

⁹ Cfr. G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 385, per il quale, peraltro, «la fonte del rapporto concessorio è un accordo (una convenzione) e non un provvedimento». Cfr. anche G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, 1984, Milano, Giuffrè, *passim*.

¹⁰ Ci si riferisce alle tesi rinvenibili in G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi*, cit., 381 ss.; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche* cit., *passim*. Si parla di contratti di diritto pubblico in E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, Giuffrè, 1996, *passim* nonché ID., *Accordi pubblici*, in *Enc. Dir.*, V° aggiornamento, Milano, 2001, 2 ss..

¹¹ Il riferimento, con ogni evidenza è a G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., *passim*.

senso alla convenzione concessoria¹².

Per altri¹³, viceversa, nulla osta a che si parli delle concessioni quali espressione di potestà amministrativa, esercitata non unilateralmente ma mediante un accordo di affidamento¹⁴. S'ammette, così, che l'accordo sia comunque soggetto ad un generale potere di revoca dell'amministrazione, quale manifestazione, di secondo livello, della potestà sul pubblico servizio già esercitata al momento della stipula della convenzione con il privato¹⁵.

3. Sul carattere funzionalizzato delle concessioni di pubblico servizio e sul fondamento del potere di revoca

Come appena riferito, parte della dottrina, nell'assunto del rilievo giuridico che gli scopi individuali dell'agire dell'amministrazione avrebbero nelle concessioni di pubblico servizio, è propensa a distinguerle dai contratti di diritto comune, elevando le concessioni ad autonoma categoria sistematica oppure risolvendole nel *genus* degli accordi di diritto pubblico.

Tale posizione – come pur si è detto altrove¹⁶ – non appare condivisibile, nella misura in cui si attribuisce all'amministrazione a titolo di motivi individuali dell'agire, ciò che pare piuttosto doversi ricondurre all'oggettiva funzionalizzazione di una data attività alla cura di determinati interessi, allorquando disposta da norme. In altri termini, piuttosto che di motivi individuali della pubblica amministrazione, parrebbe più corretto parlare di finalità oggettive poste dall'ordinamento¹⁷; la questione, allora, emancipata da riverberi soggettivistici,

¹² Ancora cfr. G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., 310.

¹³ Sul punto cfr. G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi*, cit., 382.

¹⁴ In termini cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit., 16.

¹⁵ Sul punto cfr. G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi*, cit., 395. in termini, E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, cit., 25 laddove si afferma che «l'amministrazione contraente dispone, quindi, nell'ambito dei contratti pubblicistici, di talune potestà unilaterali svincolate da una specifica disposizione di legge o di contratto, che le consentono di sciogliersi dal vincolo convenzionale ovvero di sospenderne provvisoriamente l'efficacia».

¹⁶ Sia consentito il rinvio a B. GILIBERTI, *Le concessioni di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2011, 183 ss.

¹⁷ Sul punto il rinvio è ovviamente a F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 1978, 6, in cui l'autore chiarisce che titolare della sovranità è l'ordinamento non la persona dello Stato, sicché la personalità giuridica dello Stato si risolve in un mero espediente organizzativo, quale centro di imputazione formale di effetti a fini di organizzazione appunto e certezza giuridica. Sul pensiero dell'autore si veda anche U. ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di F. Benvenuti*, in *Jus*, 2000, 399. Ed ancora non si prescinde da G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1969. Cfr. anche L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986, 230 in

sembrerebbe doversi incentrare sulla verifica di quali riflessi lo statuto normativo della funzione sia in grado di produrre sui negozi in cui la stessa rilevi, giustificando, se del caso, l'individuazione di uno statuto incompatibile con quello proprio dei contratti.

Da questo punto di vista, tre appaiono i momenti in cui la funzione rileva, quello della decisione di istituire il servizio (nel contesto anche delle procedure di selezione del contraente), quello della facoltà del contraente prescelto di denunciare la violazione delle norme sulla funzione in seno al rapporto contrattuale e quello dei poteri unilaterali di modifica e recesso in corso di rapporto.

Quanto ai primi due, in dottrina si rinviene la netta prevalenza dell'idea per cui la decisione di istituire il servizio e la previsione di procedure ad evidenza pubblica comporti unicamente un'implementazione delle regole vigenti in sede prenegoziale (rispetto alle previsioni codicistiche sulla responsabilità precontrattuale) ed un elemento di sola specialità rispetto ai contratti, dato proprio dalla potenziale attitudine delle impugnazioni sugli esiti della procedura a travolgere il rapporto contrattuale. Sotto ogni altro aspetto, ed in particolare quello della possibilità del privato di denunciare vizi della funzione in corso di rapporto, si ritiene che i contratti amministrativi refluiscano nello statuto generale dei contratti di diritto comune, sicché la violazione di prescrizioni eteronome – salvo deroghe di legge (si pensi alla disciplina della revisione prezzi nell'ambito del d. lgs. 50/2016) – viene ricondotta nelle categorie proprie delle patologie civilistiche ed ascritta alla giurisdizione ordinaria¹⁸. Nella sostanza, dunque, può dirsi che la questione della rilevanza dell'agire funzionalizzato in ambito negoziale venga comunemente sistematizzata secondo le categorie del diritto civile, con ciò confermando la valenza di quest'ultimo quale strumento di regolazione.

cui, se non si erra, la dimensione oggettiva dell'ordinamento, emerge in seno al procedimento, quale meritorio portato dell'attività di precomprensione e sintesi di fattispecie astratta e realtà, con il risultato della *«desoggettivizzazione emergente nella fase di intermediazione della precomprensione, respingendo ogni visione esclusivamente imperniata sul ruolo attivo svolto dal soggetto, e tendente a sottacere il condizionamento di esso dagli interessi della comunità»*.

¹⁸ Cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 413, che richiamando G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, in F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, *Sistema del diritto amministrativo italiano*, Torino, Giappichelli, 2004, 166 ss., osserva che *«una volta effettuata la scelta del contraente e stipulato il contratto, si apre una fase regolata dal diritto civile in cui la p.a. dismette la veste di autorità ed è in condizione di esercitare poteri negoziali di natura civilistica»*. In altri termini, *«è la procedura ad evidenza pubblica che (per ragioni storiche e di funzionalizzazione) si innesta in una fattispecie nel complesso di autonomia privata e così in un istituto essenzialmente privatistico»*. Per S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, Giappichelli, 1997, 146 *«l'atto di adesione al regolamento contrattuale è un atto amministrativo che "incrociandosi" con un'altra manifestazione prenegoziale dà luogo ad un regolamento negoziale che è a tutti gli effetti un contratto regolato dal codice»*.

Non per caso questa sistematica è stata ritenuta appagante solo con riguardo ai contratti in cui l'amministrazione figura al pari di un qualunque contraente privato (ad esempio allorquando si approvvigioni di servizi e forniture); per le concessioni, viceversa, si è continuato a nutrire un intendimento differente, rimarcandone la peculiarità (e, dunque, la irriducibilità al regime dei contratti) data dall'ontologica titolarità di congeniti poteri di primazia dell'amministrazione in corso di rapporto¹⁹. Ciò, però, finendo per minimizzare, per non dire trasfigurare, il rilievo proveniente dall'analisi strutturale dei momenti genetico e regolativo del rapporto una volta sorto che come si è visto sembra rilevare nei termini anzidetti.

Come osservato in precedenza, e venendo alla terza delle questioni poste in precedenza, le tesi della natura provvedimentale della concessione e quella della concessione-contratto riescono a sistematizzare il riconoscimento dei poteri di revoca dell'amministrazione in corso di rapporto con singolare coerenza logica. Ammettendosi, infatti, che il rapporto abbia fonte nel provvedimento unilaterale di concessione, si riconosce in capo all'amministrazione un generale potere di revoca, potendo questa, al ricorrere di motivate ragioni di pubblico interesse, riedire in senso inverso l'originario potere di cura del servizio²⁰.

Si tratta, tuttavia, di posizione non esente da annotazioni critiche. Ed invero, laddove si assuma (come ormai ritiene possibile e doveroso la più parte della dottrina) la prospettiva per cui il rapporto concessorio ha fonte convenzionale, non sembra possibile far discendere altra conseguenza se non quella per cui nella vicenda in esame non vi sia margine per un intrinseco ed innominato potere di revoca. È ben noto²¹, infatti, che il potere di revoca presupponga una fonte unilaterale durevole suscettibile di venir revocata, che nelle conces-

¹⁹ D'altronde come indicato da attenta dottrina (P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, Giuffrè, 1998, 72) è questo uno dei punti cardine nella verifica della reale dimensione paritetica di un ordinamento: «ciò che realmente caratterizza un ordinamento più o meno improntato a forme di amministrazione per accordi [...] è il modo in cui viene risolto il problema del rapporto del rapporto tra potere amministrativo e definizione consensuale della fattispecie: di come cioè l'aver consentito forme di regolazione negoziale degli interessi reagisce sul principio di inconsumabilità tendenziale del potere stesso».

²⁰ Cfr. E. SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, cit., 384, laddove è sostenuto che «anche nel silenzio della legge, l'amministrazione può sempre revocare le concessioni di beni o di servizi, inizialmente valide ed opportune, quando esse non corrispondano più alle esigenze pubbliche e ne ostacolano la realizzazione. Alla potestà di organizzare i pubblici servizi non può non accompagnarsi come strumento indispensabile un potere di modifica e di revoca che consenta di adeguare costantemente l'azione amministrativa alle esigenze pubbliche. La revoca opera immediatamente sull'atto unilaterale della pubblica amministrazione, cioè sull'atto deliberativo o programmatico».

²¹ Cfr. R. VILLATA, M. ROMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 585 «Mediante la revoca si elimina un atto ad efficacia durevole, facendone venir meno appunto l'efficacia [...]. Ulteriore tratto caratterizzante della revoca è dunque avere ad oggetto provvedimenti che spiegano ancora i loro effetti».

sioni ricostruite convenzionalmente non è dato rinvenire. Il punto, sia pur nella prospettiva del pragmatismo giurisprudenziale, sembra peraltro condiviso dai giudici²².

Ciò detto, è altrettanto noto che²³ gli autori che hanno dimostrato la natura convenzionale delle concessioni di pubblico servizio, non esitano ad affermare che l'amministrazione avrebbe, comunque, un potere di revisione unilaterale del rapporto. Si tratta di prospettiva che deve essere vagliata alla luce

²² Si veda da ultimo T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 2 febbraio 2018, n. 187: «L'art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990, codificando in termini generali l'istituto della revoca, trova spazio all'interno delle procedure di affidamento dei contratti pubblici fino al momento della stipula del contratto, che chiude la fase pubblicistica ed apre quella negoziale, tendenzialmente paritetica, avviata la quale la revoca cede il passo, in presenza di sopravvenuti motivi di opportunità della stazione appaltante, all'esercizio del diritto di recesso (cfr. Cons. Stato, Ad.Pl., 20 giugno 2014, n. 14). Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (per tutte, cfr. Cons. St., sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026; id., sez. V, 19 maggio 2016, n. 2095). Nel bilanciamento dei contrapposti interessi, la sopravvenuta impossibilità di avvalersi della prestazione dell'altra parte, come è causa di risoluzione del contratto già stipulato (cfr. Cass. civ., Sez. III, 20 dicembre 2007, n. 26958), così giustifica la revoca dell'aggiudicazione, dovendosi ritenere recessivo l'affidamento riposto dall'aggiudicatario sulla stipula ed esecuzione del contratto. La tutela dell'affidamento non può giungere, infatti, al punto di imporre alla stazione appaltante di avvalersi di una prestazione oramai divenuta inutilizzabile, e la forzosità della stipula del contratto non può rivestire un ruolo latamente sanzionatorio di comportamenti eventualmente colposi imputabili alla stazione appaltante, i quali se del caso possono assumere rilievo sul diverso piano del risarcimento dei danni».

²³ Diversamente G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, cit., per il quale, ricondotte le concessioni nel novero delle convenzioni pubblicistiche, «l'esistenza del potere di revoca non costituisce certo un problema: esso, infatti, non potrebbe che essere riferito all'atto amministrativo di adesione al regime concessorio convenzionalmente statuito, e corrisponderebbe perciò alla regola generale prima delineata, sulla scorta dei normali principi relativi all'esercizio del potere amministrativo». La possibilità per l'amministrazione di tornare sulla valutazione di pubblico interesse e di porre conseguentemente nel nulla l'atto di adesione medesimo, «non può, ci pare, non ammettersi, nell'ipotesi del sopraggiungere di nuove, obiettive circostanze di fatto o di diritto [...]. Acquistano qui rilievo, infatti, quella inesauribilità e quella irrinunciabilità [...] che caratterizzano la funzione amministrativa. Le nuove circostanze giustificano un nuovo disporre nell'interesse pubblico, un disporre che stavolta – a meno che le parti non si accordino su una nuova disciplina complessiva – è del tutto unilaterale: non solo cioè nella provenienza dell'atto di esercizio del potere, ma altresì nella produzione dell'effetto giuridico, che pone in definitiva nel nulla la precedente disciplina convenzionale» (274). La ricostruzione appena richiamata è stata resa oggetto di considerazione critica in P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, cit., 168 ss., che ha posto in evidenza che «nella tesi di Falcon non pare potersi scorgere un effettivo superamento delle teorie del doppio grado (da lui pur criticate), almeno nella parte in cui queste non svincolano il principio di disciplina del rapporto a genesi consensuale dal regime tipico dei rapporti a genesi provvedimentale. Quale differenza, insomma, vi sarebbe tra la configurazione della fattispecie in questione – propria delle teorie del doppio grado – nei termini di “una sequenza di provvedimento amministrativo e contratto di diritto privato, come fattispecie distinte, anche se collegate nella produzione del rapporto giuridico, ovvero nei termini di un convergenza di due distinte (e qualitativamente diverse) manifestazioni di volontà su di un medesimo disegno di interesse; se poi ciò che rileva per la funzionalizzazione della fattispecie, e in definitiva per la individuazione del relativo regime giuridico, è in entrambe le ipotesi il solo provvedimento amministrativo?».

delle riflessioni svolte in dottrina sulle relazioni tracciabili tra compiti e poteri.

L'intento si anticipa è quello di verificare se sia corretto ritenere che, nel contesto di interesse, l'attribuzione di compiti organizzativi in capo all'amministrazione non implichi necessariamente la titolarità di poteri amministrativi, i quali, pertanto, onde poter operare in corso di rapporto, necessitano di uno specifico fondamento autonomo o eteronomo.

In questi termini, può dirsi allora, trattandosi della nozione di potere, che alla ricostruzione che rinviene potere anche in seno ad atti bilaterali, ritenendosi che lo stesso possa risolversi anche solo nella facoltà di concorrere ad una modificazione giuridica²⁴, pare doversi preferire quella che ne individua l'essenza nell'autoritatività²⁵. Ciò in quanto è nell'attitudine ad incidere unilateralmente nella sfera giuridica altrui (anche se esplicantesi solo nella riserva amministrativa di sintesi degli esiti del procedimento) che si scorge supremazia, con i rischi che ne conseguono e la necessità di una rigida e tassativa coerenza con il principio di legalità.

Se, nel solco delle brevi considerazioni appena svolte, si considera il momento in cui sorge un sinallagma concessorio, potrà osservarsi che, a corredo dell'attribuzione all'amministrazione della cura del servizio, non pare darsi alcuna autoritatività, dal momento che il rapporto concessorio sorge in ragione

²⁴ Cfr. G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1945, 114 ss. secondo il quale il potere si connota quale forza attiva di cui l'ordinamento investe un soggetto in guisa da produrre, mediante un suo comportamento volontario, una modificazione giuridica. Alla figura del potere, Miele non reputa coesistente l'unilateralità dell'esercizio, poiché è «*potere giuridico anche quello di concorrere a produrre una modificazione giuridica*» (118).

²⁵ Cfr. N. PAOLANTONIO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, Art. 1, comma 1 bis, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, N. PAOLANTONIO, A. POLICE E A. ZITO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2007, in cui si rinviene l'affermazione per cui «*dire che elemento essenziale del potere è la forza autoritativa, equivale ad escludere che possano venire in rilievo poteri (amministrativi) privi di codesto connotato*» (99); «*La capacità di porre un precetto scaturisce infatti da quella "forza" che alla situazione "potere" è attribuita dall'ordinamento, e che si traduce a sua volta in termini di pervettività della fattispecie, rispetto alla quale una volontà terza non può che collocarsi all'esterno. Non si riesce ad immaginare un atto consensuale nel quale sia un solo soggetto a dettare la disciplina degli interessi di tutti i partecipanti alla convenzione: se questo accade, è perché tale disciplina è espressione di una volontà che si impone su tutte le altre; se invece v'è consenso, nessun interesse individuo assume il sopravvento su quello altrui, e la regolazione del rapporto non può rappresentare il frutto di un precetto eteroimposto*» (103); «*in conclusione, il potere amministrativo è sempre autoritativo*» (105). Ed ancora si veda N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001 19: «*il termine "poteri amministrativi di tipo autoritativo" postulerà sempre un riferimento a tutte quelle ipotesi in cui una Pubblica Amministrazione sia portatrice di una posizione di supremazia, rilevante all'esterno dell'apparato in cui essa si sostanzia e suscettibile di tradursi in una compressione o limitazione dello spazio giuridico a disposizione dei destinatari della sua azione*». Si avrà potere, dunque, allorché l'amministrato subisca una limitazione «*della propria autonomia di azione o di disposizione senza prestarvi il proprio diretto consenso: ed è proprio questo profilo di eteroimposizione di un vincolo che rappresenta, in definitiva, il tratto caratterizzante dell'agire autoritativo della Pubblica Amministrazione, quale che siano le forme ed i momenti in cui esso trova espressione*» (20).

dell'accordo tra concedente e concessionario. Di qui l'evidente difficoltà a giustificare la sussistenza di un potere di revoca, dal momento che nella vicenda in esame nemmeno parrebbe invocabile quella teorica per la quale il fondamento del potere di autotutela sul rapporto andrebbe ricercato in quello originario di genesi dello stesso. Nel caso di interesse, infatti, il potere di agire unilateralmente sulla concessione in corso di rapporto presenta i caratteri della autoritatività e dell'imperatività, elementi, tuttavia, non rinvenibili in capo all'amministrazione all'atto di adesione al sinallagma concessorio.

La genesi bilaterale della concessione, dunque, segnala, per un verso, l'assenza di un'ontologica potestà unilaterale dell'amministrazione e, per altro, evidenzia l'essenzialità del principio di tipicità dei pubblici poteri, precludendo – si ritiene – la facoltà di ritenere che la peculiarità dell'oggetto ed il trasferimento di compiti propri dell'amministrazione al privato costituiscano fondamento per il riconoscimento di regole e poteri impliciti di preminenza dell'amministrazione nel corso della relazione concessoria.

Vi è da dire peraltro, con un approccio meramente empirico, che nulla esclude ovviamente che il potere dell'amministrazione di incidere sul rapporto concessorio possa costruirsi attraverso i meccanismi dell'autonomia negoziale ovvero di interventi legislativi specifici²⁶. E così, l'amministrazione, in assenza di una previsione normativa specifica, potrà curare l'esigenza del controllo costante del pubblico interesse inserendo nel contratto una clausola di recesso. Le soluzioni normative, per contro, potrebbero essere le più disparate, potendosi ad esempio pensare, ad esempio, ad un generale potere amministrativo di risoluzione del rapporto, ovvero ad una facoltà di recesso legale regolata da diritto civile o a forme di tutela dell'interesse privato alla stabilità del rapporto più intense, com'era sotto la vigenza del R.D. 2578/1925 con l'istituto del riscatto anticipato.

4. Sulla natura contrattuale delle concessioni di pubblico servizio

Tanto premesso, una volta che si convenga che lo statuto della concessione di pubblico servizio non può essere implicitamente desunto dalla specialità del suo oggetto o dal carattere pubblico di uno dei contraenti, che lo statuto contrattuale è in grado di recepire nelle categorie civilistiche la rilevanza della

²⁶ Come oggi previsto dall'art. 134 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in tema di recesso dai contratti di appalto di lavori pubblici.

funzione e che il fondamento di poteri di primazia debba costruirsi attraverso percorsi di espressa legalità o la scelta dei contraenti, ci si dovrà chiedere se sia possibile ritenere che la concessione di pubblico sia istituto strutturalmente ed ontologicamente diverso dai contratti.

Si deve, allora, verificare quali siano i meccanismi di definizione dei tipi contrattuali e dei singoli contratti, onde appurare se vi sia coincidenza con quelli della concessione di pubblico servizio e dall'altro, di aver riguardo alla definizione di contratto rinvenibile nel codice civile, al fine di verificare se la peculiarità dell'oggetto non renda le concessioni alcunché di diverso dai negozi volti a costituire rapporti giuridici "patrimoniali" (art. 1321 c.c.).

Quanto al primo profilo, nel solco di convinzioni diffuse in dottrina²⁷, pare doversi prendere atto del tramonto del dogma dei contratti quale regno della libertà negoziale. Ciò in favore della convinzione per cui, nell'ottica del governo delle dinamiche economico-sociali, il legislatore è intitolato a dettare regimi contrattuali imperativi e inderogabili, sicché il contratto teoricamente si configura quale sintesi di autonomia ed eteronomia. Impostata in questi termini la questione, pare allora possibile ritenere, alla luce di quanto si è venuto dicendo, che le concessioni di pubblico servizio, accomunate ai contratti dall'avere entrambe fonte in un accordo tra le parti, condividano con questi anche i meccanismi di determinazione della disciplina astratta e concreta.

Ma le concessioni di pubblico servizio integrano gli estremi di veri e propri rapporti giuridici patrimoniali. Ed invero, la peculiarità dell'oggetto, nel porre il tema teorico dell'individuazione di una regolamentazione specifica, non può certo portare ad eludere il fatto che il concedente ed il concessionario si accordano a che fra di loro sorga un rapporto giuridico patrimoniale, inteso quale relazione giuridica suscettibile di valutazione economica. Sia che l'affidamento di un pubblico servizio si determini mediante la stipula di un contratto di appalto, sia che ciò avvenga per il tramite di una concessione, resta il fatto che le volontà del concedente e del concessionario si incontrano nell'assumere obbligazioni reciproche valutabili economicamente.

Alla luce delle considerazioni svolte, pare allora possibile affermare che le concessioni di pubblico servizio hanno natura contrattuale, trattandosi di rapporti giuridici patrimoniali che sorgono in virtù di un accordo tra le parti, la cui

²⁷ Sul punto basterà il rinvio a A. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, Cedam, 1998, 661, laddove con riguardo ai rapporti tra autonomia negoziale ed eteronomia nella regolamentazione dei contratti, anche alla luce delle indicazioni offerte dal legislatore, si segnala che «mentre in passato il progresso è parso consistere nel trapasso dalla rigidità delle istituzioni legali alla mobilità del contratto, nella storia recente è indubbia una tendenza in senso contrario, con l'accettazione del regolamento imposto per affermare una più concreta tutela dei vari interessi della collettività».

disciplina si individua secondo i percorsi dell'autonomia e dell'eteronomia tipici dei contratti.

Certo la rilevanza del vincolo di scopo connesso alle concessioni può legittimare, a seconda delle condizioni della società e del mercato, la definizione da parte del legislatore di uno statuto peculiare, prevedendo poteri di primazia dell'amministrazione e regole derogatorie alla disciplina generale dei contratti e, tuttavia, un simile procedere, piuttosto che giustificazione teorica di una diversità ontologica tra contratti e concessioni, alla luce di quanto osservato, pare più correttamente evidenziare la facoltà del legislatore di definire il tipo astratto di uno specifico negozio.

ISABEL HERNÁNDEZ SAN JUAN

Profesora de Derecho Administrativo

Departamento de Derecho Público del Estado Universidad Carlos III de Madrid.

ibermand@der-pu.uc3m.es

LA PRODUCCIÓN Y CONSUMO SOSTENIBLE Y LA REDUCCIÓN DEL DESPERDICIO ALIMENTARIO COMO UNA DE SUS METAS

PRODUCTION AND SUSTAINABLE CONSUMPTION AND REDUCTION FOOD WASTE AS ONE OF ITS GOALS

RESUMEN

En el presente estudio se intenta describir la complejidad de la acción de los poderes públicos ante el desarrollo sostenible y más concretamente, la relacionada con la Agenda 2030 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas. Afrontar la variedad de iniciativas políticas, legislativas y rediseñar las políticas públicas clave para ello, combinando esto con una asignación presupuestaria adecuada en todos los niveles territoriales, exige contemplar de manera armónica la interconexión entre desarrollo económico, protección ambiental, mercados agrícolas, industria agroalimentaria, o la presión sobre los recursos naturales agua, energía y suelo, como esenciales para los cultivos agrícolas. La producción y el consumo sostenible como título del ODS número 12 comporta múltiples modos de actuar o metas a conseguir. Una de esas metas es la gestión adecuada del desperdicio alimentario. Para 2030, se pretende reducir a la mitad el desperdicio mundial de alimentos per capita en la venta al por menor y a nivel de los consumidores y reducir las pérdidas de alimentos en las cadenas de producción y distribución, incluidas las pérdidas posteriores a las cosechas.

ABSTRACT

The present study attempts to describe the complexity of the action of the public powers towards sustainable development and, more specifically, that related to the 2030 Agenda of the Sustainable Development Goals (SDG) of the United Nations. Facing the variety of political and legislative initiatives and redesigning the key public policies for this, combining this with an adequate budgetary allocation at all territorial levels, requires harmoniously contemplating the interconnection between economic development, environmental protection, agricultural markets, agri-food industry, or the pressure on natural re-

sources such as water, energy and soil, as essential for agricultural crops. Sustainable production and consumption as the title of SDG number 12 involves multiple ways of acting or goals to be achieved. One of those goals is the proper management of food waste. By 2030, halve per capita global food waste at the retail and consumer levels and reduce food losses along production and supply chains, including post-harvest losses.

Palabras clave: Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS); Economía Circular; Producción y Consumo Sostenible; Desperdicio Alimentario, derecho administrativo: la acción administrativa en el sector de la agricultura, pero también de la alimentación.

Keywords: Sustainable Development Objectives (SDO), Circular Economy; Sustainable Production and Consumption, Food Waste; administrative law. Administrative action in the agriculture and food sector.

SUMARIO: 1. La economía circular y la innovación social en el planteamiento de la cuestión – 2. Algunas dudas en la concepción de los Objetivos de Desarrollo Sostenibles – 3. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 12 (ODS12): la producción y el consumo sostenibles – 4. Distintos enfoques de los alimentos: productos resultantes de la utilización de recursos escasos: agua, suelo y energía. Los alimentos como residuos, excedentes, desechos, despilfarro – 5. Diversidad normativa autonómica sobre los excedentes de la alimentación. Los casos de Andalucía, Cataluña y Murcia – 6. El tratamiento de los excedentes alimentarios en el ámbito local – 7. Consideraciones conclusivas – 8. Bibliografía

1. La economía circular y la innovación social en el planteamiento de la cuestión

Debe reflexionarse sin demora sobre algunas cuestiones trascendentales para la sociedad actual como la superproducción alimentaria. Se produce casi el doble de la comida necesaria para alimentar a la población mundial y, sin embargo, casi 800 millones de personas pasan hambre. Los factores son variados: desde el impacto de fenómenos climáticos al conflicto, pasando por las pérdidas poscosecha o un sistema comercial que deja a algunos fuera. ¿Qué podemos hacer al respecto? ¿Cómo distribuimos los alimentos? ¿Cuáles son y cómo se producen los alimentos básicos en el mundo? ¿Quién controla y le pone precio a la comida?

Es necesario afrontar la complejidad de las implicaciones del sistema agroalimentario en sus múltiples facetas. Empresa de gran envergadura ésta, que es imposible abordar en este estudio, pero se quiere poner de manifiesto algunas dificultades más concretas en orden a la producción y consumo sostenibles y en la reducción del desperdicio de alimentos por ser uno de los

objetivos a cumplir en la Agenda 2030 de Naciones Unidas.

Instituciones como la Comisión Europea se refieren a la tensión actual que presiona a los bienes públicos mundiales como la energía y los recursos hídricos que una agricultura y unos sistemas alimentarios sostenibles exigen para responder a las necesidades de una población mundial cada vez mayor, protegiendo al mismo tiempo el medio ambiente y combatiendo también el cambio climático. El acceso a unos recursos naturales limitados está en peligro, dado su agotamiento y su gestión no sostenible, por lo que es preciso promover la transición hacia una economía más circular, basada en el uso eficiente de los recursos¹.

En el mundo actual el sistema económico se basa en el crecimiento constante de la producción y el consumo. Este sistema ha traído desarrollo y bienestar a muchas sociedades (principalmente en el mundo occidental). Sin embargo, este modelo resulta insostenible puesto que el ritmo de consumo supera la capacidad de la Tierra. En efecto, se ha estimado que para continuar con el ritmo de crecimiento actual (que, lejos de continuar en realidad está aumentando), el hombre necesitaría 2 planetas para satisfacer sus necesidades en el año 2030. Además del consumo insostenible de recursos naturales y de energía se añade el aumento de los residuos que producimos, llegando a los 6 millones de toneladas al día en el año 2025 y a los 11 millones de toneladas al día en el 2100. Todo ello será especialmente grave en las ciudades, donde se concentra la actividad económica del ser humano².

La economía circular se presenta como contrapunto a la economía lineal, que es la basada en el uso de recursos no renovables que son limitados y provocan contaminación. La circular es un modelo que apuesta por la reutilización de recursos, por la reducción al mínimo del consumo y por el reciclado de todos los materiales³.

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y social y al Comité de las Regiones: *Propuesta para nuevo consenso europeo en materia de Desarrollo. Nuestro mundo, nuestra dignidad, nuestro futuro* {SWD(2016) 387 final} {SWD(2016) 388 final} {SWD(2016) 389 final}. Estrasburgo, 22.11.2016 COM (2016) 740 final. Pág. 6.

² PAREJO NAVAJAS, T., “La ciudad compartida: ideas sobre la necesidad del desarrollo de políticas públicas para lograr un desarrollo sostenible de las ciudades en los países en vías de desarrollo (o en las más vulnerables), sobre la base del concepto de los bienes comunes (urbanos) y de la idea de economía colaborativa que subyace en la naturaleza de su gestión”. *WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal: RI-SHUR*, Número monográfico sobre gobernanza urbana. ISSN-e 2387-1768, N.º. 4, 2016, págs. 145-153.

³ Garbiñe Henry, directora de Innovación Social de la Universidad de Deusto, menciona en artículo de prensa el desplazamiento o la transformación incipiente que va de la propiedad al uso. La economía colaborativa, la economía circular y la noción del bien común han irrumpido en el debate como nuevos modos asociados a la innovación social, pero aún son

La Unión Europea, además, se ha comprometido en materia de desperdicio alimentario por su implicación clave en la economía circular con intención de identificar y adoptar las acciones necesarias para alcanzar el compromiso de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de reducir a la mitad el desperdicio de alimentos por habitante de aquí a 2030. En una simple lectura del objetivo número 2 de Naciones Unidas para el desarrollo sostenible, se desprende que la prioridad es finalizar con el hambre dejando para después la promoción de la agricultura sostenible y la mejora de la nutrición, así como el logro de la seguridad alimentaria⁴. En cualquier caso, alcanzar dicho objetivo⁵ está supeditado al logro de los otros y asimismo, fuertemente condicionado por los efectos del cambio climático en la producción de alimentos. Su análisis supera las posibilidades de esta breve reflexión.

Las medidas europeas sobre economía circular potenciadoras de la mitigación de los efectos del cambio climático,⁶ hacen referencia a la alimentación en lo que toca al desperdicio alimentario. En relación a la agricultura, las medidas están relacionadas con la facilitación de la reutilización del agua. Todos ellos son problemas interdependientes que ponen sobre la mesa constantemente su interconexión. La solución debe ser local, se ha dicho que debe partir de los alcaldes, de las ciudades. El pragmatismo de los regidores municipales les lleva a combatir problemas, “haciendo”, “ejecutando”, “realizando”⁷. La clarificación del término “glocal” del profesor PAREJO ALFONSO resulta inspiradora al situar el concepto de ciudad desde esa perspectiva así denominada, como un lugar privilegiado para contrarrestar eficazmente los aspectos negativos de la mundialización (la desterritorialización) de la economía⁸.

Si bien estos planes europeos son motivadores, muy seguramente como afirma NOGUEIRA LÓPEZ, la implementación del Plan de Acción de Eco-

muchos los retos en términos de regulación. El bien común como alternativa tanto al capitalismo de mercado como a la economía planificada pone su centro en servir a los intereses generales, al bien público; desplazando al afán de lucro y la competencia.

⁴ Objetivo 2: Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible.

⁵ Accesible en la web de Naciones Unidas la descripción del objetivo, así como la situación actual y las metas a alcanzar. Consulta realizada el 23 de mayo de 2018 <<http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/hunger/>>

⁶ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del plan de acción para la economía circular. Bruselas, 26.1.2017. COM(2017) 33 final.

⁷ BARBER, BENJAMIN, *If Mayors Ruled the World: Dysfunctional Nations, Rising Cities*. (Yale University Press, 2013). *Si los alcaldes gobernaran el mundo*.

⁸ PAREJO ALFONSO, L., “La ordenación territorial y urbanística y el gobierno de la ciudad en el estado territorialmente descentralizado”. *Revista digital de Derecho administrativo* n° 7, segundo semestre/2012, pp. 63-88. Pág. 82.

nomía Circular, aún en fase de arranque, puede guardar una equivalencia con las épocas doradas de la acción europea en medio ambiente en cuanto a la ambición de objetivos y cambios implicados. Pero incluso las referencias a la Estrategia de Economía Circular, probablemente uno de los proyectos con una potencialidad más radical en términos de sostenibilidad, se anudan primordialmente a sus efectos en la creación de empleo y en el terreno jurídico son menos innovadores de lo que aparentarían, al margen de su valor como slogan⁹.

En el tipo de innovación social denominado como de post-mercado/(post-Estado), se critica tanto a las economías capitalistas de mercado por su efecto negativo sobre la igualdad y la cohesión social como a las economías reguladas y planificadas por las ineficiencias burocráticas del Estado y su carácter instrumental al servicio de intereses oligopolísticos. El modelo en el que se mira la denominada Innovación Social post-mercado es el emprendedor integral, altamente vinculado a la lógica del “Triple Balance”, esto es el conjunto de valores, retos y procesos necesarios para crear valor económico, social y ecológico a la vez. El impacto de cualquier actividad empresarial es triple. El retorno económico buscado está estrechamente relacionado con el bienestar de las personas y la salud del planeta¹⁰.

2. Algunas dudas en la concepción de los Objetivos de Desarrollo Sostenibles

De hecho, no han sido pocas las duras críticas a estos objetivos que se han llegado a denominar como: “mantra” por ser universales, es decir, no deberían referirse solo a la población pobre de los países pobres, sino a todos los

⁹ NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Pack premium o pack básico. ¿Ordenamiento ambiental dual?” *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. Año 2017, número 38 (septiembre-diciembre).

¹⁰ RAMOS, J., “La innovación social en la Unión Europea”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, N°. 15 (diciembre 2017), 2017, págs. 75-84. Págs. 80 y 81. Aunque la innovación social se plantea como una alternativa a los modelos de protección social y productivismo social imperantes desde los años 50s a nuestros días, no está del todo claro qué es la innovación social, cuáles son sus principales potencialidades y cuales sus limitaciones más aparentes. Tampoco está claro si hay una única definición de innovación social, o varias en función de cómo esta se posiciona respecto a elementos clave de la relación Estado-Mercado. En este estudio, RAMOS aporta luz a este debate ofreciendo una definición más integral de innovación social basada en el concepto de eficiencracia. Busca una transformación social desde fórmulas alternativas de financiación, organización, producción, distribución y consumo basadas en la colaboración y el interés mutuo, pero no niega ni la necesidad de fórmulas eficientes y sostenibles para que los proyectos puedan ser sostenibles, ni la participación del Estado en el desarrollo y consolidación de los mismos para hacerlos más inclusivos y escalables.

habitantes del planeta; no deberían afectar únicamente a unas cuantas zonas reducidas, sino reflejar una visión holística de la prosperidad humana que dé cabida a las incontables inquietudes relacionadas con la sostenibilidad; “ambiciosos”, tanto en la escala como en las miras. Algunos de los avances sugeridos para 2030 son “pasmosos”: (...) en tan solo 16 años podemos haber hecho desaparecer la pobreza en todas sus formas y de todas partes; (...) la propuesta es una visión “utópica” más que un conjunto creíble de objetivos de desarrollo para 2030. “No creíbles”: la declaración de los objetivos de desarrollo no exige un mapa detallado de cómo se van a cumplir, pero, desde luego, debería ser creíble que los objetivos puedan cumplirse. Y, sencillamente, no lo es. Si en algún lugar se dan unas condiciones que permitan borrar realmente del mapa la plaga de la violencia contra la mitad de la población mundial de aquí a 2030, sería maravilloso poder contemplarlo. “Utópicos e inútiles”: el utopismo desnudo de los objetivos propuestos abre el interrogante de cuál es su utilidad. Su afán por universalizar hace que su diseño sea poco eficaz para el propósito original de los ODM, que es servir de herramienta para encauzar el flujo de la ayuda al desarrollo. “Incompletos e “imposibles””: como manual de instrucciones general para poner límites a la acción de los gobiernos, son lamentablemente incompletos y exasperantemente imposibles de poner en práctica. (...) La lista de los propósitos presentados constituye una categoría de indicadores con el suficiente apoyo político como para merecer ser mencionados y sin bastante oposición como para acabar con el consenso entre los líderes mundiales. Se agruparán en un documento con cierta visibilidad, pero sin validez legal. Más allá de esto, es difícil predecir cuál será su utilidad¹¹.

Se ha remarcado por los especialistas las transformaciones del derecho internacional a causa de los ODS. Estos, parecen plantear la necesidad de nuevas fronteras para el Derecho internacional, pues su realización afecta a la propia concepción del ordenamiento, tanto por lo que se refiere a la teoría de las fuentes como a la teoría de los sujetos; ambas parecen inadaptadas al reto planteado. El desarrollo sostenible constituye una noción compleja y multidimen-

¹¹ KENNY, C. “¿Hemos perdido el rumbo? De los ODM a los ODS”. *Política exterior* Vol. 29, n° 163 enero-febrero 2015, págs. 80-91. Charles Kenny es Senior fellow en el Center for Global Development (cgdev.org) con sede en Washington DC. Traducción de Newsclips. Accesible en: < <http://www.politicaexterior.com/articulos/politica-exterior/hemos-perdido-el-rumbo-de-los-odm-a-los-ods/> > Que repasa la breve historia de los Objetivos del Milenio (ODM), cuáles fueron sus logros y el nuevo acuerdo para la Agenda post-2015 y los ODS (Objetivos de desarrollo sostenible), con durísimas críticas sobre esta cuestión. Ver también en el mismo sentido crítico con la arquitectura institucional de los ODS: GÓMEZ GIL, C., Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. *Revista Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* N° 140 2017/18, pp. 107-118.

sional, que plantea desafíos en el plano económico, social y ambiental y abre una nueva hoja de ruta para la comunidad internacional, que puede servir de acicate para un desarrollo progresivo de derecho internacional.

Las características del reto (general, integral, universal, nuevo, revolucionario e indivisible) hacen que la naturaleza del derecho al desarrollo, tal y como había sido concebida, deba entenderse en otros términos. Lo relevante del desarrollo sostenible ya no es el concebirlo como un derecho humano, sino entenderlo como el derecho a un proceso, como un concepto puente y concepto síntesis que puede servir para la realización del desarrollo sostenible. En esa línea se considera un marco metodológico. Estas aproximaciones, unas y otras nos alejan de los parámetros clásicos del ordenamiento internacional, como también lo hace el ser un derecho internacional por objetivos.

La dimensión finalista del derecho internacional no es nueva, existía ya en el derecho internacional del desarrollo y en el derecho internacional de los derechos humanos. Pero lo que sí es novedoso que esta visión finalista del derecho internacional, que aún mito y utopía como referentes de progreso del ordenamiento, tiene debilidades en cuanto a la exigibilidad. Tal vez esto se debe a que el valor de la solidaridad es uno de los que menos se ha desarrollado, tanto en cuanto al principio de cooperación internacional (al desarrollo), que es un parámetro muy general de comportamiento, como a las obligaciones concretas. Además, en el marco de los desarrollos actuales y de la gobernanza de la sociedad internacional estamos con los ODS en el inicio de un nuevo camino, en un punto de partida -que no de llegada- cuyos instrumentos de desarrollo deberán desarrollarse para que, más allá de la retórica y los nuevos propósitos dotar de contenido y de juridicidad a los objetivos. La arquitectura normativa e institucional del desarrollo sostenible está por hacer, como también la posición jurídica de los actores sujetos del orden internacional de la materia¹².

En el Derecho Administrativo, por su parte, no se puede desconocer el interés de la doctrina por conquistar un nuevo campo de investigación que se encuentra a medio camino entre el Derecho Administrativo y el Derecho Internacional Público. El Derecho Administrativo Global constituye un nuevo concepto clave, que no posee la madurez suficiente para ser considerado, todavía, ni una nueva disciplina ni una nueva rama del Derecho Administrativo. Si bien, en el campo de la alimentación produce la desestatalización del Derecho administrativo, pues, el carácter territorial del ámbito de actuación de las

¹² FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*. Aranzadi, 2017. Páginas 60 y 61.

administraciones públicas y del ámbito de validez de las normas y de los actos administrativos -que es uno de los principales elementos constitutivos del Derecho Administrativo- no se corresponde en absoluto con la dinámica global de un número creciente de sectores administrativos y, en particular, con la dinámica global de los sectores de riesgo -como los mercados financieros, la energía, la alimentación, la salud o el medio ambiente-. Este hándicap normativo e institucional, que los juristas parecen haber descubierto recientemente, a raíz de la crisis económica en la que todavía estamos inmersos, viene siendo destacado desde hace tiempo por los economistas¹³.

Hay un claro ejemplo en el Codex Alimentarius¹⁴, clasificado como administración híbrida privada-intergubernamental, por combinar a actores privados y gubernamentales. Esta fórmula adopta formas muy diversas y cada vez cobran mayor importancia. La Comisión del Codex Alimentarius, establece estándares de seguridad alimentaria a través de un proceso de decisión que incluye una amplia participación tanto de actores no gubernamentales como de representantes gubernamentales, y que produce estándares que adquieren un efecto cuasi-obligatorio a través del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) de la OMC¹⁵.

¹³ DARNACULLETA GARDELLA, M. MERCÈ, “El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?” *Revista de Administración Pública*, núm. 199, Madrid, enero-abril (2016), págs. 11-50. Págs. 20, 22 y 23.

¹⁴ Este organismo produce normas para los alimentos y también para el agua, considerada como recurso natural escaso y como ingrediente alimentario. Norma para las aguas minerales naturales de 2011 y la Norma general para las aguas potables embotelladas/envasadas (distintas de las aguas minerales naturales) de 2001. Información accesible en la web del Codex Alimentarius, fecha de consulta: 31 de mayo de 2018.

<<http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/codex-texts/list-standards/es/>>

Normas internacionales de los alimentos del Codex Alimentarius. El Codex Alimentarius o Código internacional sobre estándares alimentarios tiene como propósito orientar y promover entre los Estados la elaboración de regulaciones sobre alimentos y su armonización, facilitando de este modo el comercio internacional, con la finalidad última de proteger la salud humana. El Codex Alimentarius no es sólo un compendio de normas alimentarias y textos relacionados y aprobados por la CAC (The Codex Alimentarius Commission), sino que es un organismo autónomo internacional dependiente de la FAO/OMS, cuyo objetivo es desarrollar estándares globales, directrices y códigos de prácticas para la producción de alimentos que protejan a los consumidores y aseguren prácticas equitativas en la venta de alimentos y faciliten su comercialización global.

¹⁵ BENEDICT KINGSBURY, NICO KRISCH Y RICHARD B. STEWART, El surgimiento del Derecho administrativo global. Pág. 7. Accesible en:

<<http://iilj.org/GAL/documents/ElsurgimientodelDerechoAdministrativoGlobal.pdf>> Fecha de consulta: 28 de mayo de 2018.

3. El Objetivo de Desarrollo Sostenible 12 (ODS12): la producción y el consumo sostenibles

El ODS12 aspira a cambiar el modelo actual de producción y consumo para conseguir una gestión eficiente de los recursos naturales, poniendo en marcha procesos para evitar la pérdida de alimentos, un uso ecológico de los productos químicos y la disminución de generación de desechos. Asimismo, pretende impulsar los estilos de vida sostenibles entre toda la población, conseguir que el sector privado actúe bajo criterios de sostenibilidad y favorecer el cambio de modelo a través de políticas públicas. Asimismo, pretende impulsar los estilos de vida sostenibles entre toda la población, conseguir que el sector privado actúe bajo criterios de sostenibilidad y favorecer el cambio de modelo a través de políticas públicas, que eliminen los subsidios a combustibles fósiles y fomenten la contratación pública sostenible, que genere crecimiento económico y proteja la cultura y los productos locales poniendo en marcha procesos para evitar la pérdida de alimentos, un uso ecológico de los productos químicos y la disminución de la generación de desechos¹⁶.

17 objetivos para diferentes problemáticas, pero entrelazados. Otro de los puntos fuertes de los ODS y que no puede dejar de ser tenido en cuenta para su comprensión es el carácter transversal de los objetivos y metas. Pese a tratarse de 17 puntos diferenciados, ninguno se puede llegar a entender por separado ni abordar sin tener en cuenta otros desafíos. La Agenda entera es un conjunto de metas interrelacionadas y fue concebida así desde el principio, son literalmente de “carácter universal”, integrado e indivisible”. Es un documento ambicioso y entretendido, como se simboliza en el objetivo 17, donde un símbolo parecido al que se usa para representar átomos explica el cómo: diferentes dimensiones, la social, la económica y la medioambiental son indivisibles. Este carácter de indisolubilidad procede de la concepción de los ODS y del trabajo previo a su presentación¹⁷.

Las modalidades de consumo y producción configuran la gestión del uso de recursos y sus impactos ambientales y sociales, lo cual afecta a la sostenibilidad. La producción sostenible utiliza menos recursos por el mismo valor de producción económica, y el consumo sostenible reduce la necesidad de la extracción excesiva de recursos. Sin embargo, durante la primera década de este siglo, la huella material que mide la cantidad de materia prima extraída para al-

¹⁶ RODRÍGUEZ VINDEL, V., “Los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas”. En el libro: FERNÁNDEZ LIESA, C. R. y MANERO SALVADOR, A., (Directores), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*. Aranzadi, 2017. Páginas 63-86. Págs. 70 y 71.

¹⁷ Op. cit. RODRÍGUEZ VINDEL, V., “Los objetivos... pág. 78.

canzar la demanda de consumo, aumenté en todo el mundo, así como lo hizo la cantidad de material utilizado en los procesos de producción. Alcanzar este objetivo requiere sólidos marcos nacionales para el consumo y la producción sostenibles que estén integrados en planes nacionales y de sector, además de prácticas de negocios y comportamiento del consumidor sostenibles. Por último, requiere la adhesión a las normas internacionales relacionadas a químicos y desechos peligrosos¹⁸.

En el nivel interno de España, las políticas del Ministerio orientan la labor de las empresas. La Estrategia “Más alimento, menos desperdicio” o el Programa Redsostal y la herramienta e-SIAB¹⁹, hacen que el sector agroalimentario español uno de los principales sectores de la economía nacional, a la que aporta más del 11% del PIB. Esto es especialmente importante ya que los avances que alcance en materia de desarrollo sostenible tendrán una significativa repercusión sobre el conjunto de la economía del país. Dado que el sector agroalimentario va desde la investigación para el desarrollo de la producción agraria hasta el consumidor final, e incluso llega hasta el aprovechamiento y valorización de los residuos alimentarios, nos encontramos ante un sector transversal de gran potencia en el que todos estamos implicados. Por ello, todas aquellas actuaciones a favor de la sostenibilidad del sector agroalimentario tendrán una importante incidencia en la sociedad.

El Programa para la Sostenibilidad Integral de la Industria Agroalimentaria (PSIIA), del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente (MAPAMA), persigue fomentar la eficiencia del sector agroalimentario a través del impulso de su sostenibilidad. Para ello se ha creado una plataforma de información, una herramienta de autoevaluación para las empresas, un decálogo con compromisos de sostenibilidad y un grupo de trabajo interministerial.

4. Distintos enfoques de los alimentos: productos resultantes de la utilización de recursos escasos: agua, suelo y energía. Los alimentos como residuos, excedentes, desechos, despilfarro

El tratamiento del agua como recurso natural escaso y sometido a gran presión por la actividad humana puede ser contemplado también a través del criterio de su seguridad, aunque no solamente. En el nivel internacional existen iniciativas mundiales en el seno de la FAO (Organización para la Agricultura y

¹⁸ Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2017.

¹⁹ En palabras de Fernando Burgaz, (Director General de la Industria Alimentaria del Ministerio, cerrando el Grupo de Trabajo del Sector Agroalimentario ante los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), el pasado 11 de abril de 2018.

la Alimentación de Naciones Unidas), como por ejemplo, la Iniciativa mundial sobre la reducción de las pérdidas y el desperdicio de alimentos y la Plataforma técnica sobre la medición y la reducción de las pérdidas y el desperdicio de alimento²⁰. A su vez, junto a las tradicionales organizaciones internacionales formales, entre ellas la FAO, proliferan las organizaciones híbridas público-privadas o privadas que ejercen funciones públicas y las redes transnacionales de regulación, como dijimos más arriba en relación al Codex Alimentarius²¹.

El concepto de residuo tiene base absolutamente antropocéntrica que le hace depender de factores valorativos tan variables, según las épocas y lugares, como pueden ser los culturales, sociales, económicos, o sanitarios, etc.). Es decir, que lo que es o lo que tenga que ser considerado residuo en un momento determinado está en función de criterios muy heterogéneos y cambiantes). Un claro ejemplo de esta mutabilidad sucedió con las harinas de origen animal. Durante mucho tiempo los residuos de cadáveres de animales se utilizaron para fabricar harinas o piensos para la alimentación animal. Tras el episodio de las vacas locas esas harinas, por decisión del legislador, pasaron a tener la condición de residuo. Al enfrentarse al concepto de residuo hay que ser conscientes de esa realidad y rechazar la pretensión de elaborar un concepto universal y acabado de residuo. El citado factor antropológico conduce a la relatividad del concepto de residuo. Se podrán caracterizar legalmente determinados tipos de residuos (para que no puedan eludir el control de su gestión) pero nunca de manera exhaustiva y, por ello los intentos de catalogación de residuos acaban siempre por reconocer su carácter abierto y la necesidad de estudiar las circunstancias de cada caso concreto²².

Resulta necesario precisar que no es ni será posible erradicar el desperdicio de alimentos (no en vano, el propio Parlamento Europeo, en su Resolución de 19 de enero de 2012, se refiere casi siempre al desperdicio innecesario o evitable. Dicho esto, afirmamos que sí es urgente disminuir a su mínima expresión dicho desperdicio. Algunas medidas adoptadas en el ámbito del Derecho alimentario pueden ser útiles y eficaces por ejemplo, a una urgente definición del concepto de desperdicio alimentario aplicable a toda la legislación comunitaria sobre esta materia, a la adopción de normativas con un nuevo enfoque sobre el tratamiento de residuos aplicables a todos los eslabones de la cadena alimenta-

²⁰ <<http://www.fao.org/food-loss-and-food-waste/es/>> Fecha de consulta: 26 de mayo de 2018.

²¹ Op. cit. DARNACULLETA i GARDELLA, M., ... pág. 17.

²² ALENZA GARCÍA, J. F., "El concepto jurídico de residuo y sus clases". *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 38 (Septiembre-Diciembre), páginas 327-353. 2017.

ria, al establecimiento de objetivos de prevención de los residuos alimenticios mediante medidas de obligatorio cumplimiento, al desarrollo del artículo 5 de la Directiva Marco sobre residuos, a la adaptación de las disposiciones que rigen la política agrícola común al nuevo objetivo prioritario de la disminución de la pérdida y desperdicio de alimentos, a una renovada reglamentación referente a la distribución de productos alimenticios entre las personas más desfavorecidas de la Unión, a una modificación de las normativas que regulan la contratación pública de servicios de restauración de colectividades según los criterios indicados en el punto 28 de la Resolución del PE de 19 de enero de 2012, a la revisión del Reglamento (UE) n° 1169/2011²³ en lo referente a la indicación en el etiquetado de las fechas de consumo (seguida por una campaña de formación e información de los consumidores), a la regulación de la contratación comercial evitando determinadas prácticas comerciales desleales, etc²³.

La estrategia estatal que desde el Ministerio competente en España ideó el programa para la reducción del desperdicio alimentario, se estructura en dos pilares fundamentales: aplicar la estrategia con criterios de transparencia, sostenibilidad y solidaridad, fomentar el diálogo y la coordinación entre los agentes de la cadena alimentaria y las Administraciones Públicas; y propiciar de una forma organizada, coordinada y estructurada un cambio real en las actitudes, procedimientos de trabajo y sistemas de gestión de todos los agentes de la cadena, que permita limitar las pérdidas y el desperdicio, así como reducir las presiones ambientales. A pesar de ello, por el momento en nuestro país sólo hemos conseguido que la Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente del Congreso de los Diputados apruebe por unanimidad una proposición no de ley para reducir el desperdicio alimentario consensuada a partir de las propuestas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista sobre medidas para luchar contra el desperdicio de alimentos; el Grupo Parlamentario Esquerra Republicana sobre la prohibición de tirar alimentos aptos para el consumo humano y la reducción del despilfarro alimentario; y el Grupo Parlamentario Ciudadanos sobre la disminución del desperdicio de alimentos en el sector de la distribución. Bienvenida sea esta toma de conciencia por parte de nuestros representantes políticos, pero lo cierto es que una propuesta no de ley resulta obviamente insuficiente si tenemos en cuenta la gravedad del problema

²³ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El desperdicio de alimentos en la Unión Europea: ¿un nuevo desafío para el Derecho agroalimentario?” *Unión Europea Aranzadi*, N° 1, 2015, págs. 27-52.

(no ocurre sin embargo así en otros países de nuestro entorno)²⁴.

Francia ha aprobado por unanimidad una ley que prohíbe a las grandes superficies tirar o destruir productos alimentarios aptos para el consumo humano. Establece la obligación legal de donar esa comida a las ONGs que asisten a personas en situación de necesidad y prevé sanciones en caso de incumplimiento. Por su parte, también Italia ha aprobado una ley contra el desperdicio de alimentos bautizada con el nombre de “Despilfarro cero”. Dicha ley facilita la donación de alimentos por parte de productores o propietarios de establecimientos a organizaciones no gubernamentales, permite que quienes acuden a restaurantes puedan llevarse la comida sobrante y prevé la disminución de impuestos para los productores y vendedores que donen los excedentes alimentarios (si bien es cierto que puede resultar cuestionable el hecho de que las donaciones se vinculen a algún tipo de rentabilidad económica para las empresas²⁵).

Cabe preguntarse si la solución es que cada Estado miembro regule libremente la lucha contra el desperdicio de alimentos o que éste sea objeto de una Directiva armonizando las correspondientes definiciones (por ejemplo, con fines estadísticos) o los objetivos que hay que alcanzar, pero deje amplia libertad a los Estados miembros por lo que se refiere a las campañas de concienciación, etc. De forma sintética, las declaraciones que figuran en el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones parecen referirse a una legislación de la Unión Europea al respecto: El Comité “considera que las iniciativas de la Comisión Europea en el ámbito de la eficiencia de los recursos y la economía circular brindan asimismo una buena oportunidad para emprender iniciativas y legislar en aras de una mejor sostenibilidad de la producción y el consumo alimentarios”; el Comité “pide a la Comisión Europea que actúe para establecer una terminología común y unas definiciones uniformes en el sector a escala europea y anima a participar e influir en el diálogo internacional, integrando además las percepciones y recomendaciones internacionales como parte de las actividades de la Unión Europea. Esto haría más fácil reconocer y comparar los problemas y tenerlos en cuenta en la propia legislación comunitaria y en la cooperación con los socios comerciales y de

²⁴ Sobre la Estrategia “Más alimentos, menos desperdicio. Programa para la reducción de las pérdidas y el desperdicio alimentario y la valorización de los alimentos desechados”. Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, 2013. Ver: CARRETERO GARCÍA, A., ¿Desechados por “feos”? Nueva plataforma europea contra las pérdidas y el desperdicio de alimentos. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 20/2016. <<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>> Fecha de consulta 15 de mayo de 2018.

²⁵ Op. cit.: CARRETERO GARCÍA, A., ¿Desechados por “feos”?...

desarrollo. Entre otros aspectos, la Unión Europea conforma un mercado interior único y cuenta con una política agrícola común. Así las cosas, se necesitan también unos conceptos, metodologías e indicadores comparables comunes. De este modo sería posible sentar unas bases comparables para la reducción y prevención de los residuos alimentarios tanto a nivel regional como entre las distintas regiones²⁶.

Se ha señalado que existen diferentes enfoques sobre el desperdicio alimentario: un enfoque dominante de la eficiencia económica; un enfoque tradicional del Derecho de los Bienes; y una última mirada, el enfoque moral que critica a los anteriores. Los mecanismos para combatir el desperdicio alimentario pasarían por la reparación sobre el fundamento del Abuso de derecho y la prevención sobre el fundamento de la gestión del riesgo. La magnitud del problema del desperdicio de alimentos obliga a reaccionar. Aunado a otras medidas, el Derecho cuenta con una serie de mecanismos que pueden contribuir a reducirlo. En este sentido, no es de extrañar que se recurra a ellos y que, a la imagen de la reciente legislación francesa, otras legislaciones evolucionen para combatir el despilfarro. Estas reformas conllevan una modificación indirecta del estatus jurídico del alimento. En efecto, el alimento que hasta ahora ha sido concebido como un bien mueble (cualquiera), comienza a ser concebido como un bien mueble que no es susceptible de un uso antojadizo que constituya “despilfarro”. Ello, por cuanto tal uso es antisocial y, en consecuencia, intolerable²⁷.

Quizá el tratamiento dado a un recurso como el agua en la legislación española prohibiendo el abuso del derecho en su utilización, ni su desperdicio o mal uso, podría valer para su extensión a los alimentos. En la ley de aguas actual, todos los usos (comunes y privativos) están sujetos a una explotación racional, pues la Ley no ampara el abuso del derecho en la utilización de las aguas, ni el desperdicio o mal uso de las mismas, cualquiera que sea el título que se alegue²⁸.

En los países de ingresos altos y medianos las pérdidas y el desperdicio son generados fundamentalmente por hábitos de consumo inadecuados. Tras

²⁶ GONZÁLEZ VAQUÉ, L., La legislación francesa e italiana sobre el desperdicio alimentario: ¿Un ejemplo a seguir por otros Estados miembros de la UE? *Revista Aranzadi Unión Europea* - 4, abril 2017, págs. 31-49. Pág. 18.

²⁷ MUÑOZ UREÑA, H. A., “La regulación del desperdicio alimentario y su consecuencia en el estatus jurídico del alimento”. En GONZÁLEZ VAQUÉ, L., (Dir.) *Lecciones de Derecho Alimentario 2015-2016*. Aranzadi, 2015. Páginas 377-392. Concretamente en la página 389.

²⁸ Art. 50.4 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. Publicado en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 2001.

analizar diversos estudios y experiencias internacionales, se considera que es fundamental acometer el problema de las pérdidas y el desperdicio con un concepto global de cadena alimentaria, pero teniendo en consideración las circunstancias específicas de cada una de sus fases: a. En la fase de producción primaria, b. En la fase de gestión, manipulación y almacenamiento y en el acondicionamiento o transformación (industria), c. En la fase de distribución (mayoristas y minoristas), d. En la fase de consumo (hogar y restauración) y e. Canales cortos de comercialización²⁹.

5. Diversidad normativa autonómica sobre los excedentes de la alimentación. Los casos de Andalucía, Cataluña y Murcia

El proyecto de Ley de Agricultura y Ganadería de Andalucía se autodenomina como *Ley social* en la cuestión que estamos estudiando. Da cabida a distintos órganos como el Consejo Asesor Agrario, el Consejo Agroalimentario Organizaciones agrarias, las cooperativas agroalimentarias, las organizaciones agrarias, los sindicatos y empresarios, así como otras consejerías, según el tema a tratar. El proyecto de ley tiene entre sus deberes la obligación de gestionar excedentes alimentarios con fines sociales y humanitarios por parte de determinadas superficies comerciales e industrias. Y otras medidas para la reducción del desperdicio alimentario. Obliga a la Administración de la Junta de Andalucía a impulsar y desarrollar reglamentariamente iniciativas dirigidas a favorecer la recuperación de los excedentes alimentarios, dando prioridad a la utilización humana.

Reglamentariamente se determinarán las condiciones y supuestos en los

²⁹ Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. 2014. Catálogo de iniciativas nacionales e internacionales sobre el desperdicio alimentario. Catálogo de Publicaciones de la Administración General del Estado: <http://publicacionesoficiales.boe.es/>

NIPO: 280-14-188-5 (Papel) NIPO: 280-14-189-0 (Línea) Depósito Legal: M-30527-201. En la actualidad, España ha formulado una Proposición no de ley en la XII Legislatura. Proposición no de Ley sobre la lucha contra el desperdicio alimentario. (161/000227). Presentado el 01/09/2016, calificado el 06/09/2016 Autor: Grupo Parlamentario Mixto. Situación actual: Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente Mesa-Acuerdo Comisión competente: Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Tramitación seguida por la iniciativa: Comisión de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente Publicación desde 06/09/2016 hasta 15/09/2016. Boletín Oficial del Congreso de los Diputados Núm. D-14 de 15/09/2016 Pág.: 274. Accesible:

<http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLIST&BASE=IW12&PIECE=IWC2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=7-7&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28DESPERDICIO+ALIMENTARIO%29.ALL

que las superficies comerciales, industrias agroalimentarias y demás operadores, tendrán la obligación de hacer entrega del excedente alimentario a organizaciones humanitarias para su redistribución, o bien destinarlo al compostaje o a cualquier otro uso que suponga una reutilización o que se integre en un proceso de economía circular. Asimismo, las industrias agroalimentarias deberán elaborar un plan, cuyo contenido y características se determinará reglamentariamente, para la reducción de desechos de productos alimenticios a lo largo de sus procesos de transformación. En todo caso, será responsabilidad de los operadores citados la entrega efectiva del excedente alimentario, haciéndose cargo del coste de su entrega a las organizaciones humanitarias, centros de compostaje u otros destinatarios para su reutilización o transformación, sin perjuicio de las ayudas públicas que se puedan establecer al efecto.

Entre las otras iniciativas de la Administración andaluza se encuentran el fomento del uso de los productos locales y regionales y los productos de temporada como materia prima en los servicios de restauración y en los comedores colectivos con el fin de acortar la cadena de producción y consumo, reduciendo las etapas de procesamiento y la generación de residuos en las diferentes fases. En este sentido se desarrollarán actuaciones en los ámbitos de ventas directas, cadenas de distribución cortas o mercados locales en los términos establecidos en el Título IX³⁰.

Cataluña por su parte, no tiene más que otra proposición de ley sobre el excedente alimentario. Dicha iniciativa ya fue presentada durante la pasada legislatura pero, con el final anticipado de la misma, había “decaído”, lo que comporta que tiene que volverse a tramitar en la presente. El texto presentado anteriormente fue aprobado por todos los grupos parlamentarios y se produjeron en comisión más de una cuarentena de comparecencias, lo que permitió nuevas incorporaciones fruto de las aportaciones de expertos, entidades y sectores productivos. Entre las novedades del nuevo texto destacan la obligación, por parte de todos los sectores que participan en la cadena alimentaria, de disponer de un plan estratégico de lucha contra el desperdicio que permita cuantificar y establecer las estrategias de reducción. Además, los establecimientos comerciales de más de 400 metros cuadrados no podrán destinar a residuo

³⁰ En el acceso al texto aprobado por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía se determina esa función social de la recuperación alimentaria: capítulo II, artículos 72: Recuperación alimentaria y 73: Otras iniciativas. Ver: <http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/normativa_en_elaboracion/16/10/Texto%20vesi%C3%B3n%20pdf.pdf> Texto consultado el 22 de mayo de 2018 en la web de la Junta de Andalucía, sobre el proyecto de ley de agricultura y ganadería de Andalucía. Consejo de Gobierno de 24 de abril 2018.

aquellos alimentos que hayan superado la fecha de consumo preferente, y las de grandes “caterings” tendrán que tener convenios con entidades sociales para cederles alimentos no consumidos³¹.

Sin embargo, la región catalana tiene otras normas que complementan con su tratamiento regulatorio el desperdicio de los alimentos. Así, la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña³²: “Las medidas que se adopten en materia de agricultura y ganadería deben ir encaminadas a reducir la vulnerabilidad, las emisiones de gases de efecto invernadero, el desperdicio alimentario y el consumo de recursos (...)”.

La región de Murcia, por el contrario, tiene una norma en vigor desde 2013 para el aprovechamiento de excedentes alimentarios³³. El preámbulo de la norma alude al contexto de la crisis económica que provocó la pobreza y la exclusión social de familias que no disponen de recursos económicos con los que hacer frente al pago de lo más básico para la supervivencia: los alimentos. En este contexto, se hace necesario que desde los poderes públicos se adopten medidas dirigidas a promover buenas prácticas que limiten el impacto económico, social y ambiental de dichas conductas, a través de políticas destinadas a limitar las pérdidas y la reducción de los excedentes alimentarios en la sociedad y en todos y cada uno de los eslabones de la cadena alimentaria, así como a favorecer la coordinación entre las distintas partes implicadas en el proceso, con objeto de que dichos excedentes o bien se reduzcan o se destinen a entidades del tercer sector. Por todo ello, junto al hecho de que la sociedad actual exige empresas con comportamientos responsables, procede introducir en el ordenamiento jurídico de la Región de Murcia, disposiciones encaminadas

³¹ El diario La Vanguardia de 11 de febrero de 2018 se hacía eco de la propuesta legislativa del Partido Socialista de Cataluña en el Parlament contra el desperdicio alimentario. Consulta realizada el 13 de mayo de 2018: <<http://www.lavanguardia.com/politica/20180211/44707656728/psc-propone-una-ley-en-parlament-contra-el-desperdicio-alimentario.html>> Además, la Agencia de Residuos de la Generalitat catalana ha incluido entre los documentos y recursos accesibles propuestas de prevención sobre el despilfarro, campañas de información como canales de difusión sobre el tema para una mayor sensibilización de la sociedad. <http://residus.gencat.cat/es/ambits_dactuacio/prevencio/malbaratament_alimentari/>

³² Artículo 14 de la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático. Comunidad Autónoma de Cataluña. BOE núm. 234, de 28 de septiembre de 2017.

³³ Ley 10/2013, de 18 de octubre, para el aprovechamiento de excedentes alimentarios y creación de la Red Solidaria para el Aprovechamiento de Alimentos. BOE núm. 268, de 8 de noviembre de 2013. Es de destacar que la disposición adicional segunda de la ley murciana deja abierta a la participación de voluntarios en la materia de la ley: “Considerando la importante labor que se viene desarrollando por parte del voluntariado en este ámbito, se impulsará su participación en las fases del proceso que se estime conveniente, a través del Portal del Voluntario de la Dirección General de Política Social. Publicada en el Boletín Oficial de la Región de Murcia número 247, de 24 de octubre de 2013”.

a promover y coordinar estas prácticas para conseguir los objetivos mencionados.

El objeto de la Ley es la creación de la Red Solidaria de Aprovechamiento de Alimentos, como mecanismo de coordinación, cooperación voluntaria, asesoramiento y seguimiento en el aprovechamiento de excedentes de alimentos de la cadena alimentaria, involucrando a todas las partes implicadas en el proceso, para que puedan ser destinados a personas que los necesiten con total garantía de seguridad alimentaria³⁴. Las entidades locales se incorporarán mediante acuerdo del órgano competente, comunicándolo a la Consejería competente en materia de Política Social. Las actuaciones que se desarrollen en el marco de la Red, se llevarán a cabo a través de los distintos niveles de la Administración Regional y Local, en coordinación con los entes adheridos.

6. El tratamiento de los excedentes alimentarios en el ámbito local

Los entes locales, no solo pueden actuar en el exterior, sino que tendrán que hacerlo en muchas ocasiones, cada vez más, en el ejercicio de sus competencias, aunque sometidos a las normas que obligan al Estado. Lo que implica que también habrán de seguir las obligaciones o recomendaciones, derivadas de las declaraciones internacionales, en los asuntos que les atañen. La Agenda 2030 se refiere al logro de objetivos y metas, más allá de los territorios de cada Estado, se refiere a actuaciones en el interior y en el exterior. Las metas se han de lograr, tanto dentro de los países desarrollados como en los países en desarrollo. Hay una sola finalidad, pero dos marcos territoriales de actuación³⁵.

Los ODS habrá que integrarlos en las políticas públicas, a nivel Estatal, autonómico y local. Para ello, por lo que se refiere a la Administración Local,

³⁴ Artículo 1 de la Ley

³⁵ GARCÍA MATÍES, R., “Las entidades locales y los objetivos de desarrollo sostenible. Algunas notas sobre la naturaleza jurídica de la Agenda 2030”. *Revista de estudios de la administración local y autonómica (REALA)*, Nueva Época – N°, enero-junio 2016. Págs. 96-105. La segunda actuación necesaria es, dotar suficientemente los presupuestos, tanto para las nuevas actividades, como para seguir atendiendo la Cooperación Internacional para el Desarrollo en el exterior. (...) Se trata de dos acciones complementarias, la primera es total, abarca a todas las actuaciones en el territorio de cada administración pública; la segunda, más allá de los recursos, supone orientar igualmente la ayuda a un territorio o territorios concretos en el exterior destinándola a acciones que contribuyan al logro de los ODS. Una y otra son complementarias, porque lo que se aborda con la declaración, es una agenda mundial, que se ha de lograr actuando en el interior de cada país y en el exterior.

habrá que establecer planes de actuación en cada municipio y en cada entidad local, para alinear el ejercicio de sus competencias al logro de los ODS. Pero no sólo eso, en algunos casos será necesario además reorientar las políticas e incluso establecer nuevas acciones, porque para el logro de los ODS, no basta con alinear lo que ya se está haciendo, además habrá que examinar si alguna meta u objetivo, que actualmente no forma parte de sus acciones, es posible abordarla en el marco de las competencias de las que se es titular y si ello es así añadir estas acciones a los planes de actuación. La implementación de los ODS supone orientar todas las políticas públicas que se ejerzan a la consecución de los ODS, de todos a la vez. Pero hay más, la implementación de los ODS, no es sólo tarea del sector público, es también tarea de la sociedad civil y ahí es donde los entes locales por su proximidad, habrán de llevar a cabo acciones tanto para su divulgación como para conseguir incorporar a todos al proceso.

En orden a la implementación de los ODS en ciudades y asentamientos humanos, la acción eficaz y decisiva para el desarrollo sostenible se produce en el nivel local en todas las ciudades. Aunque los gobiernos locales desempeñan un rol clave en la implementación de los ODS, se dispone de muy poco material orientativo sobre cómo adaptar los objetivos mundiales al plano local. Se procura cubrir este déficit de información con sugerencias para los dirigentes municipales, profesionales locales y diseñadores de políticas pueden para la utilización de los ODS en la planificación y el desarrollo in situ. Mientras que las políticas y los programas sostenibles son a menudo más difundidos en metrópolis y ciudades capitales, muchas pequeñas ciudades, y también municipios, están a la vanguardia en la implementación de políticas progresistas³⁶.

Por ejemplo, las normas son fundamentales. Para ello hay que dotarse de marcos normativos como conjunto de principios y objetivos a largo plazo que sirven de base para leyes y reglamentos, proporcionando orientación general en materia de planificación y desarrollo para un país/región o dentro de un sector de actividad. Estos marcos normativos son el andamiaje para la planificación del desarrollo y la regulación del mercado y desempeñan un papel decisivo en la creación de un entorno propicio o restrictivo para el logro de resultados sostenibles. Desde los modelos de producción y consumo más sostenibles hasta la distribución más equitativa de la riqueza, la agenda de desarrollo sostenible

³⁶ *Cómo implementar los ODS en las ciudades. Un manual introductorio para quienes trabajan en el ámbito del desarrollo urbano sostenible.* Este manual fue elaborado por Chaitanya Kanuri, Aromar Revi, Jessica Espey y Holger Kuhle, con aportes de la Red Temática Ciudades Sostenibles de la Red de Soluciones para el Desarrollo Sostenible SDSN, presidida por Aromar Revi, Cynthia Rosenzweig y Eugenie Birch. Pág. 86.

demanda cambios profundos en la forma en que la gente, las organizaciones y los gobiernos funcionan. Un entorno normativo propicio para el desarrollo sostenible crea las estructuras adecuadas de incentivos y sanciones para alinear los intereses personales de individuos y empresas con el bien común³⁷.

Un ejemplo práctico y real del ámbito local puede encontrarse en los resultados obtenidos sobre la vivienda, las smart cities, el patrimonio cultural y natural, el transporte y calidad del aire, las redes inteligentes en las ciudades, y las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático (de la ciudad, pero en particular, de los edificios), del seminario organizado por el Instituto Pascual Madoz de la Universidad Carlos III de Madrid³⁸.

En un país como España, con más de ocho mil municipios, las acciones, programas, planes a nivel local son numerosas. El Programa para la recuperación de alimentos frescos para personas sin recursos económicos en Reus tiene el objetivo de recuperar los alimentos que todavía son aptos para el consumo humano pero no comercializables, hacer su selección en un centro especial de trabajo y distribuirlos posteriormente a las personas con pocos recursos económicos, aportando así alimentos frescos a estas personas y minimizando la generación de residuos³⁹.

³⁷ Pág. 85.

³⁸ Seminario celebrado en el Instituto Pascual Madoz de la Universidad Carlos III de Madrid: “Ciudades y comunidades sostenibles. Retos para los ayuntamientos españoles en el cumplimiento de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas para el año 2030”. Getafe, (Madrid). 7 de marzo de 2017. Accesible en: <<http://www.institutopascualmadoz.es/ciudades-y-comunidades-sostenibles-retos-para-los-ayuntamientos-espanoles-en-el-cumplimiento-de-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible-de-las-naciones-unidas-para-el-ano-2030/>> Fecha de consulta: 14 de mayo de 2018.

³⁹ Páginas 425 y 426 del Anexo V del documento del Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente se encuentran las Fichas de Actuaciones Locales. Accesible en:

<http://www.mapama.gob.es/images/es/Anexo%20V_Fichas_Actuaciones_Locales_05062013_tcm30-193080.pdf> Fecha de consulta 29 de mayo de 2018. Programa para la gestión y aprovechamiento de excedentes alimentarios comerciales en Reus (Tarragona, Cataluña). Control de los Biorresiduos. Etapa: Diseño, producción, distribución/Consumo y uso. Programa de temporalidad continua, cuyo período de aplicación se inició en agosto de 2012 y cuyo promotor es el Ayuntamiento de Reus. Ejecución del programa a cargo del Taller Baix Camp. El 27 de agosto de 2012, Reus inició la implementación del proyecto de recuperación de alimentos frescos para personas sin recursos económicos a la ciudad. En total, se recuperaron, hasta el 30 de noviembre, 18.661 kg de alimentos frescos, que se han hecho llegar a 375 familias de la ciudad. El balance, por tanto, hasta el momento es positivo, por lo que el reto principal del programa es conseguir la implicación de más supermercados, para que el número de alimentos frescos repartidos aumente. Este programa tiene su origen en un proyecto que dos alumnos trabajaron en el marco de un máster en MBA (gestión y dirección de empresas) de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona (Cataluña).

7. Consideraciones conclusivas

La Agenda 2030 no está cerrada y es un documento o texto en progreso, en continuo cambio y evolución. Así se demuestra por la próxima reunión que se celebrará en pocos meses con el título “Transformación hacia sociedades sostenibles y resilientes”. Esta reunión política de alto nivel determinará el conjunto de objetivos a revisar en profundidad y, entre ellos está el ODS 12 para garantizar patrones o modelos de consumo y producción sostenibles⁴⁰.

La única manera de tener una política alimentaria o un sistema alimentario legitimado por los ciudadanos es con planes claros de actuación donde las instituciones puedan reinventarse a sí mismas mirando hacia la diversidad de su territorio, hacia la experimentación e innovación local.

Es determinante, por ejemplo, el escalón municipal, el Pacto de Milán por la gobernanza alimentaria municipal⁴¹ facilitó establecer sinergias a nivel local para poder desarrollar la política alimentaria, construirse sobre el ámbito rural bien enraizada, pero en permanente conexión con la ciudad. Las ciudades, por primera vez empiezan a considerar que tienen un nuevo ámbito competencial municipal que es la alimentación, hasta ahora situado dispersamente entre las diferentes áreas. Por primera vez entienden que todas ellas forman un cuerpo político-normativo municipal con coherencia.

La combinación de instrumentos internacionales supone aunar esfuerzos. La nueva agenda urbana de Naciones Unidas (Hábitat III) en unión con la Agenda 2030,⁴² permite explorar a la hora de implementar políticas públicas y, principalmente en el nivel local actuar más afinadamente para

⁴⁰ La próxima reunión del foro político de alto nivel sobre desarrollo sostenible en 2018 está convocada bajo los auspicios del Consejo Económico y Social y se celebrará del lunes 9 de julio al miércoles 18 de julio de 2018; incluida la reunión ministerial de tres días del foro desde el lunes 16 de julio hasta el miércoles 18 de julio de 2018.

⁴¹ Pacto de política alimentaria urbana de Milán de 15 de octubre de 2015. Tiene su origen en el 2014 cuando 40 ciudades que participaron en la Cumbre de Cambio Climático pensaron que las ciudades tenían mucho que hacer en esta dimensión. Una de las cuestiones en las que vieron que se podía avanzar, fundamentalmente, era en la de los sistemas alimentarios porque causaban grandes desperdicios y efectos importantes sobre el medio ambiente. A partir de ahí se crea un grupo de trabajo con estas ciudades con apoyo internacional por parte de FAO y después de un año se elabora un documento que tiene forma de tratado internacional con la virtualidad de que en vez de ser un tratado que firman los Estados, lo firman las ciudades y ayuntamientos. Fecha de consulta: 19 de mayo de 2018. Accesible en: <http://www.foodpolicymilano.org/wp-content/uploads/2015/10/Milan-Urban-Food-Policy-Pact_SPA.pdf>

⁴² La Nueva Agenda Urbana se aprobó en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible (Hábitat III) celebrada en Quito, Ecuador, el 20 de octubre de 2016. <<http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Spanish.pdf>> Última consulta: 24 de mayo de 2018.

cumplir con el objetivo agendado: la producción y el consumo sostenible y cumplir con una de sus metas que es la reducción del desperdicio alimentario.

8. Bibliografía

ALENZA GARCÍA, J. F., “El concepto jurídico de residuo y sus clases”. *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 38 (septiembre-diciembre), páginas 327-353. 2017.

CARRETERO GARCÍA, A., ¿Desechados por “feos”? Nueva plataforma europea contra las pérdidas y el desperdicio de alimentos. *Revista CESCO de Derecho de Consumo* N° 20/2016. <<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>>

DARNACULLETA GARDELLA, M. MERCÈ, “El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?” *Revista de Administración Pública*, núm. 199, Madrid, enero-abril (2016), págs. 11-50.

GARCÍA MATÍES, R., “Las entidades locales y los objetivos de desarrollo sostenible. Algunas notas sobre la naturaleza jurídica de la Agenda 2030”. *Revista de estudios de la administración local y autonómica (REALA)*, Nueva Época-Nº, enero-junio 2016. Págs. 96-105.

GÓMEZ GIL, C., Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): una revisión crítica. *Revista Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* N° 140 2017/18, pp. 107-118.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “El desperdicio de alimentos en la Unión Europea: ¿un nuevo desafío para el Derecho agroalimentario?” *Unión Europea Aranzadi*, N° 1, 2015, págs. 27-52.

GONZÁLEZ VAQUÉ, L., La legislación francesa e italiana sobre el desperdicio alimentario: ¿Un ejemplo a seguir por otros Estados miembros de la UE? *Revista Aranzadi Unión Europea* - 4, abril 2017, págs. 31-49.

KENNY, C. “¿Hemos perdido el rumbo? De los ODM a los ODS”. *Política exterior* Vol. 29, nº 163 enero-febrero 2015, págs. 80-91.

MANERO SALVADOR, A. y FERNÁNDEZ LIESA, C. R., (Directores), *Análisis y comentarios de los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas*. Aranzadi, 2017.

MUÑOZ UREÑA, H. A., “La regulación del desperdicio alimentario y su consecuencia en el estatus jurídico del alimento”. En GONZÁLEZ VAQUÉ, L., (Dir.) *Lecciones de Derecho Alimentario 2015-2016*. Aranzadi, 2015. Páginas 377-392.

NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Pack premium o pack básico. ¿Ordenamiento ambiental dual?” *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*. Año 2017, número 38 (septiembre-diciembre). págs. 297-325.

PAREJO ALFONSO, L., “La ordenación territorial y urbanística y el gobierno de la ciudad en el estado territorialmente descentralizado”. *Revista digital de Derecho administrativo* n° 7, segundo semestre/2012, pp. 63-88.

PAREJO NAVAJAS, T., “La ciudad compartida: ideas sobre la necesidad del desarrollo de políticas públicas para lograr un desarrollo sostenible de las ciudades en los países en vías en desarrollo (o en las más vulnerables), sobre la base del concepto de los bienes comunes (urbanos) y de la idea de economía colaborativa que subyace en la naturaleza de su gestión”. *WPS Review International on Sustainable Housing and Urban Renewal: RI-SHUR*, Número monográfico sobre gobernanza urbana. ISSN-e 2387-1768, N°. 4, 2016, págs. 145-153.

RAMOS, J., “La innovación social en la Unión Europea”. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, N°. 15 (diciembre 2017), 2017, págs. 75-84.

MATTEO MICHELETTI

Dottore di ricerca in Istituzioni e Organizzazioni. Cultore di Istituzioni di diritto pubblico nella
Facoltà di Scienze Politiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e Avvocato del
foro di Varese

m.micheletti@studiolegale-mm.it

**OSSERVAZIONI SUL MUTAMENTO DEL SIGNIFICATO
DELL'APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DEL DIRITTO
PRIVATO ALL'AZIONE AMMINISTRATIVA ALLA LUCE
DEI RECENTI SVILUPPI DEL DIRITTO PUBBLICO,
E SULLA SUA PROBLEMATICITÀ**

**NOTES ON INTERPRETATION OF PRIVATE LAW PRINCIPLES AS
PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE, UNDER PUBLIC
LAW'S RECENT PROCEEDINGS**

SINTESI

I recenti sviluppi del diritto pubblico impongono una rimeditazione del favore per l'applicazione dei principi del diritto privato all'azione amministrativa. Vi sono infatti aspetti della medesima che rimangono irriducibili ai principi del diritto privato (risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, quanto meno rispetto ad alcuni dei suoi profili; procedure di affidamento dei contratti pubblici; reclutamento del personale, ecc.). Pare venire meno quella che sembra essere la giustificazione più razionale dell'applicazione dei principi del diritto privato ai procedimenti amministrativi (e quindi all'azione amministrativa): manca un infatti sistema di valori che possa dirsi da tutti condiviso e viene pertanto meno l'individuazione dei principi del diritto privato come espressione necessaria della maniera più razionale di impostare i rapporti giuridici tra soggetti differenti. Il Giudice amministrativo ha una sensibilità diversa da quella del Giudice ordinario e quindi la sua applicazione del principio di diritto privato all'Amministrazione è filtrata attraverso tale sensibilità. Non è tanto l'applicazione dei principi del diritto privato che pare rilevare, quanto piuttosto che la disciplina scelta sia almeno razionale (privatistica o pubblicistica che sia).

ABSTRACT

Recent developments in Public Law requires to discuss general consensus on application of private Law Principles to the action of public bodies. Relevant aspects of public bodies' action reveal themselves as irreducible to the princi-

ples of private law (compensation for injuries to legitimate interest, at least for some profiles; awarding procedures for public procurements; personnel recruitment, etc.). It seems unwinding what appeared as the most rational topic for application of principles of private law to administrative procedures (and therefore to the action of Public bodies): there is no system of values shared by everyone, so it's also unwinding the identification of private law principles as the necessary expression of the most rational way of setting up legal relationships between different subjects. Administrative Courts have different sensitivity compared to Civil Courts' one: therefore, their application of private law principles to Public Bodies is filtered through this sensitivity. It seems not so much relevant the application of private law principles, rather than chosen legal framework is at least rational (private, or public).

PAROLE CHIAVE: diritto pubblico, diritto privato, azione amministrativa, conciliabilità, criticità.
KEYWORDS: public law, private law, public bodies action, compatibility, critical issues.

INDICE: 1. Introduzione – 2. Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di risarcimento del danno e loro valenza paradigmatica per il problema che si affronta – 3. L'interesse pubblico quale limite alla vera applicazione del diritto privato e le sue cause: a) la problematica dell'immanenza dell'interesse pubblico all'azione amministrativa; b) il crollo del contenuto reale della Carta costituzionale e l'insussistenza di un sistema di valori unanimemente condiviso; c) segue: il diritto amministrativo attuale come diritto "politico" – 4. Le conseguenze: il limitato significato dell'applicazione contingente dei principi del diritto privato al diritto amministrativo e la loro progressiva riduzione e distorsione ove abbiano ad intersecarsi con il diritto amministrativo "politico" – 5. Conclusioni

1. Introduzione

Il presente intervento¹ prende le mosse da alcuni recenti arresti giurisprudenziali in materia di risarcimento del danno.

Pare infatti che questa sia attualmente la materia in cui emergono più significative le criticità tra utilizzazione dei principi del diritto privato e regole che debbono connotare l'azione amministrativa, e che quindi sia un buon punto di partenza per le brevi osservazioni che si vogliono proporre.

La riflessione sulle modalità con cui si sta configurando la disciplina del risarcimento per lesione delle posizioni del soggetto a fronte dell'azione amministrativa illegittima è in grado – ad avviso di chi scrive – di fare emergere in

¹ Il presente testo è la trasposizione dell'intervento svolto al Convegno «*Principi del diritto privato e procedimento amministrativo*» organizzato dall'Associazione per lo Studio delle scienze amministrative di Fano, con il patrocinio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Urbino, il 25 e 26 giugno 2009, ed esso è aggiornato nella sostanza a tali date.

via paradigmatica la problematicità (ed in certi casi la criticità) dell'applicazione dei principi del diritto privato all'attività amministrativa.

Essa apre anche le porte all'interprete per estendere la sua visione di insieme su altri casi di criticità dell'applicazione (o trapianto) di cui si tratta, che portano a dubitare che vi sia un'irriducibilità – quantomeno nell'attuale momento storico – dei due sistemi tra loro.

La criticità di cui si tratta, a sua volta, appare dovuta ai recenti sviluppi che hanno conosciuto il diritto pubblico e le sue concezioni: in questo senso si cercherà di mostrare come la scelta dogmatica di applicare i principi di diritto privato all'attività dell'Amministrazione sembri perdere parte rilevante del suo significato.

Si tenterà conseguentemente di fornire uno spunto – compatibilmente con l'estensione di questo breve contributo – per tratteggiare quella che sembra la ragione della tendenziale incompatibilità/incomunicabilità tra diritto amministrativo e diritto privato (o – se si preferisce – dell'occasionalità e temporaneità del matrimonio tra azione amministrativa e principi del diritto privato), e quindi del ridimensionamento del significato evocato dall'applicazione di principi del diritto privato al diritto amministrativo (ed all'azione amministrativa).

2. Recenti sviluppi giurisprudenziali in materia di risarcimento del danno, e loro valenza paradigmatica per il problema che si affronta

Appare particolarmente significativo prendere le mosse di questo intervento dalla giurisprudenza recente in materia di risarcimento del danno.

Come è noto, la risarcibilità degli interessi legittimi è stata riconosciuta in via generale dalla sentenza delle Sezioni Unite Civili della Corte di Cassazione, 22 luglio 1999, n. 500², ciò che aveva portato a pensare finalmente ad

² Reperibile, ad es., in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, p. 1108, con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, *ivi*, p. 1126; nonché, senza pretesa di esaustività, F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro It.*, 1999, p. 3212; A. ROMANO, *Sono risarcibili; ma perché devo essere interessi legittimi?*, *ivi*, p. 3222; R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, *ivi*, p. 3201; SCODITTI E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, *ivi*, p. 3226; F.G. SCOCA, *Per un'amministrazione responsabile: Corte Cass., sez.un., 22 luglio 1999 n. 500*, in *Giur., cost.*, 1999, p. 4045; G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi: un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione*, *ivi*, p. 4062; F. SATTA, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, *ivi*, p. 3233; F.G. PIZZETTI, *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Corte di*

un'equiparazione della posizione soggettiva dell'interesse legittimo, con quella del diritto soggettivo³, e quindi ad un'Amministrazione sempre più paritaria⁴.

L'evoluzione è stata molto diversa quella che ci si attendeva, ed anzi il nuovo istituto – salvo qualche entusiasmo iniziale – anziché divenire strumento

Cassazione..., in *Giur.it.*, 1999, p. 1381 ; F. CAPRIGLIONE, *Danno ingiusto da interesse legittimo e responsabilità delle Amministrazioni di controllo del mercato finanziario*, ne *La nuova giur. civ. commentata*, 1999, p. 396; S. PATTI, *Lesione di interessi legittimi e clausola generale di responsabilità civile*, *ivi*, p. 382; G. VISINTINI, *Obiter dicta e nuove direttive delle sezioni unite in tema di danno ingiusto connesso alla lesione di interessi legittimi*, *ivi*, p. 386; M. BERTOLISSI, *Osservazioni a Cass. civ. Sez. Un. 22/7/1999 n. 500*, *ivi*, p. 370; G. ALPA, *Il révérement della Corte di Cassazione sulla responsabilità per la lesione di interessi legittimi*, *ivi*, p. 373; L.P. COMOGLIO, *Interessi legittimi risarcibili e pregiudizialità amministrativa*, *ivi*, p. 3226; G. ALPA, M. SANINO, P. STELLA RICHTER, *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, p. 427; M.R. MORELLI, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*, *ivi*, p. 2274; B. DELFINO, *La fine del dogma dell'irrisarcibilità dei danni per lesione di interessi legittimi: luci ed ombre di una svolta storica: nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500*, in *Foro Amm.*, 1999, p. 2007; V. CAIANIELLO, *Postilla in tema di riparto fra le giurisdizioni*, *ivi*, p. 2034; M.V. MORELLI, R. MORELLI PONTONI, *Innovazioni epocali, sostanziali e processuali, in tema di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Nuova Rass.*, 1999, p. 2409; V. GHERGHI, *Prospettive di tutela giurisdizionale: dopo la sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione 22 luglio 1999, n. 500*, *ivi*, p. 1800; L. LAVITOLA, *Le novità introdotte dalla sentenza n. 500/99 della Suprema Corte di Cassazione e cenni sui presupposti giuridico normativi e sui contrasti tra dottrina e giurisprudenza in materia di risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Riv. Amm. R.I.*, 1999, p. 741; S. TARULLO, *Le prospettive risarcitorie del danno 'ingiusto' cagionato dalla p.a. tra il d.lgs. n. 80/98 e la sentenza delle Sezioni Unite n. 500/99*, *ivi*, p. 597; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birman*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, p. 850; A. DI MAJO, V. MARICONDA, *Risarcibili per la Cassazione gli interessi legittimi. Cassazione civile 22 luglio 1999, n. 500/99/S.U.*, in *Corriere giuridico*, p. 1367; M. PROTTO, *Tutela risarcitoria. È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, p. 1067; V. PARISIO, *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della Cass., sez. un., civ. n. 500 del 1999*, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, p. 1239; G. FINUCCI, *Un brutto scivolone delle S.U. civili della Cassazione*, ne *Il Nuovo Diritto*, 1999, p. 691; S. INGRASSIA, *Risarcibilità degli interessi legittimi e principio dell'unicità della giurisdizione*, *ivi*, p. 813; F. BILE, *La sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 897; L.V. MOSCARINI, *La risarcibilità degli interessi legittimi: un problema tuttora aperto (Cassazione civile, sez.un., 22 luglio 1999, n. 500)*, in *Contratti*, 1999, p. 869; M. A. SANDULLI, *Dopo la sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite: appunti sulla tutela risarcitoria nei confronti della P.A. e sui suoi riflessi rispetto all'arbitrato*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2000, p. 47; A. LUMINOSO, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Dir. Pubblico*, 2000, p. 55; G. SORICELLI, *Appunti su una 'svolta epocale' in merito ad un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla pari dignità tra diritto soggettivo ed interesse legittimo: una decisione a futura memoria*, in *Foro Amm.*, 2000, p. 350; C. CARPINELLI, A.A. SALEMME, *Interesse legittimo e risarcimento del danno: questioni di riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, *ivi*, p. 2064; T. ALIBRANDI, *La sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite della Cassazione relativa alla risarcibilità degli interessi legittimi: continua il dibattito*, in *Giust. Civ.*, 2000, p. 199.

³ Financo ad ipotizzare, a quel punto, che la stessa figura dell'interesse legittimo avrebbe perduto di senso. V. anche G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il d.lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/1999 della Cassazione*, in *Diritto pubblico*, 2000, p. 1.

⁴ Si utilizza l'espressione «paritaria» nel senso impiegato ad es. sostanzialmente da G. CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, par. 8 e nota 125, in www.giustizia-amministrativa.it.

per scardinare la tradizionale concezione dell'interesse legittimo, ha subito piuttosto la vita propria di quest'ultimo.

2.1. Così – in maniera sostanzialmente monolitica – si è costruita una particolare causa di giustificazione del comportamento dannoso dell'Amministrazione, consistente nell'errore scusabile determinato dalla difficoltà interpretativa della norma (da poco entrata in vigore) che viene in considerazione, dall'eventuale contrasto giurisprudenziale su di essa, dalla complessità del fatto, dalla dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata⁵.

Non si può non notare la deviazione rispetto ai normali principi ed istituti civilistici, che non paiono conoscere la causa di giustificazione dell'errore scusabile, ma per i quali addirittura si sottolinea che tende a scomparire la rilevanza dell'elemento soggettivo, assorbito nella rilevanza della sola deviazione oggettiva da uno *standard* di comportamento dato individuato dal legislatore⁶.

2.2. Ulteriormente, si è poi recentemente giunti ad affermare (in ottica di abbandono della pregiudiziale amministrativa) che il termine di proposizione dell'azione di risarcimento del danno rileva ai fini della determinazione del *quantum debeat*, sino ad eventualmente azzerarlo, in asserita ottica di applicazione degli artt. 2056, comma 1, e 1227, comma 2, c.c.⁷: Cons. giust. Amm.,

⁵ V. ad es., ancora recentemente, TAR Veneto, Sez. I, 19 gennaio 2009, n. 87, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Toscana, Sez. II, 31 ottobre 2008, n. 2418, in *Foro Amm. TAR*, 2008, p. 2735; Cons. Stato, Sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5124, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 386, con nota di S. BAIONA, *Attività di smaltimento dei rifiuti e omessa procedura di valutazione di impatto ambientale (VIA): responsabilità della P.A. e rilevanza dell'errore scusabile*, ivi, p. 390, nonché di D. CAMICI, in *Riv. giur. ambiente*, 2009, p. 364; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 5 giugno 2008, n. 1651, in *Foro Amm. TAR*, 2008, p. 1847; Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, p. 697, con nota di M. MASSA, *Sulla responsabilità della Pubblica Amministrazione per danni causati dall'illegittima aggiudicazione di gara d'appalto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 204; TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 13 dicembre 2006, n. 14329, in *www.giustizia-amministrativa.it*, con nota di M. DIDONNA, *Buoni pasto e diritto comunitario*, in *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 773; TAR Piemonte, Sez. II, 22 maggio 2006, n. 2164, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 13 gennaio 2006, n. 6, in *Foro Amm. TAR*, 2006, p. 344; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 9 febbraio 2005, n. 104, in *Foro Amm. TAR*, 2005, p. 522; Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Dir. & Formazione*, 2004, p. 867, con note di M. PERIN, *L'attività provvedimentale e colpa della Pubblica amministrazione*, in *Diritto e Giustizia*, fasc. 21, 2004, p. 41, M. SPINOZZI, *Attività amministrativa ed imputabilità della condotta: l'errore scusabile si estende anche alla P.A.?*, in *Foro Amm. CDS*, 2004, p. 3455, B. DI VITO, *Responsabilità della Pubblica Amministrazione per diffusione di informazioni inesatte*, in *Corriere giuridico*, 2005, p. 253, M. TUOZZO, *La rilevanza dell'elemento soggettivo nella responsabilità civile della P.A.*, ne *La responsabilità civile*, 2005, p. 121, L. PRIMICERI, *La colpa nella lesione di un interesse legittimo*, ivi, p. 127, M. GRONDONA, *Interpretazione della legge, comunicazione di informazioni inesatte e responsabilità della P.A.*, in *Danno e Resp.*, 2005, p. 63.

⁶ V. in argomento, F. FRACCHIA, *L'elemento soggettivo nella responsabilità dell'Amministrazione*, in *Dir. Pubblico*, 2008, p. 449.

⁷ Tale norma – richiamata dalla prima – dispone che: «Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza».

Sez. giurisd., 23 settembre 2008, n. 780⁸.

Anche qui, pare a chi scrive che non si possa non notare una deviazione dai normali canoni: l'argomento viene infatti normalmente respinto dalla giurisprudenza civilistica, facendosi ricorso al più alla possibilità dell'altra parte di provocare la decisione del Giudice⁹. L'Amministrazione, tuttavia, non ha bisogno nemmeno di questo, potendo agire ordinariamente in via di autotutela¹⁰.

Le deviazioni di cui si tratta sembrano scontare un dato generale formalmente inespresso, e cioè che i risarcimenti del danno si devono soddisfare sul denaro pubblico: ciò normalmente significa – specie in un periodo di crisi economica aggravata dalla perdita del potere di manovra della moneta¹¹ – che le somme che vengono risarcite al privato, vengono poi di fatto tolte alla collettività, che si vedrà assicurati tendenzialmente minori servizi e prestazioni¹².

In questo quadro non può (né deve) stupire che la giurisprudenza utilizzi strumenti per ridurre i risarcimenti, sia pure con un intento pratico, più che dogmatico.

Ed in effetti la giurisprudenza costituzionale sostiene ormai da tempo

⁸ In *www.lexitalia.it*, 10/2008, con nota di E. FOLLIERI, *La decorrenza degli effetti nella estensione del giudicato a soggetti estranei alla lite*, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 349.

⁹ Nella materia civilistica, v., ad. Cass. Civ., Sez. lav., 10 dicembre 2007, n. 25743, in *Notiziario Giur. Lav.*, 2008, p. 202 (che fa riferimento anche alla sussistenza di poteri paritetici di limitare il danno: per quanto interessa questa esposizione essi sono ovviamente rappresentati dalla possibilità di agire in via di autotutela); Cass. civ., Sez. lav., 11 maggio 2005, n. 9898, in *Giust. Civ. mass.*, 2005, p. 5; Cass. civ., Sez. lav., 29 maggio 1995, n. 5993, in *Giust. Civ. Mass.*, 1995, p. 1101.

¹⁰ Un dovere dell'Amministrazione di agire in autotutela era stato ad es. ipotizzato da B. BISCHI nell'intervento al Convegno di Urbino del 2007 (l'intervento è stato successivamente pubblicato con il titolo, *La partecipazione al procedimento e la difesa delle posizioni dei soggetti abilitati nel diritto sostanziale*, in *Procedura, Procedimento, Processo. Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007*, Padova, 2010, p. 135); v. anche TAR Campania, Salerno, Sez. I, 5 ottobre 2007, n. 2058, in *Foro Amm. TAR*, 2007, p. 3208.

¹¹ Cfr. in via generale, in argomento, G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, CEDAM, 2003, p. 207.

¹² Sia consentito esprimere qui delle riserve nei confronti dell'operazione effettuata da Cass. SS.UU. 500/1999, cit., che ha condotto al riconoscimento della generale risarcibilità degli interessi legittimi. Chi scrive continua infatti a ritenere più funzionale il vecchio sistema in cui – a fronte della carenza del risarcimento del danno – il Giudice prendeva più seriamente in considerazione le attese dei privati consociati, che godevano (si parla di una decina di anni fa) di una giustizia complessivamente celere, la quale – con l'ampia concessione di misure cautelari – consentiva all'interessato sostanzialmente di accedere (sia pure in via interinale) al bene cui aspirava in un termine assolutamente rispettabile. La risarcibilità ha portato con sé la stretta sulla concessione delle misure cautelari (perlomeno, questa è la esperienza di chi scrive), poiché il pregiudizio non si ritiene più in questo caso tendenzialmente irreparabile, con effetti sostanzialmente devastanti quanto al tempo di conseguimento del bene della vita ove non si sia di fronte ad una controversia soggetta ad un rito speciale accelerato (sulla problematica delle varie tipologie di rito, v. anche A. TRAVI, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

che le esigenze di tutela della finanza pubblica possono porsi legittimamente quale limite nei confronti dei diritti, anche costituzionalmente garantiti¹³.

Già Cavour, del resto sottolineava che «*gli atti più importanti di governo sono quelli che si riferiscono al pubblico tesoro, e devono, quindi, dare ai contribuenti che sacrificano parte dei loro averi a pro' di uno Stato, l'assurgenza che quei denari si riscuotono legalmente e ricevono la loro destinazione*»¹⁴.

Pare quindi che con ciò si sia individuato un elemento generale – quello delle risorse con cui agisce l'Amministrazione – che tende a tratteggiare come problematica l'applicazione dei principi civilistici alla sua azione (in questo caso con riferimento al profilo della responsabilità per attività illegittima).

3. L'interesse pubblico quale limite alla vera applicazione del diritto privato e le sue cause:

a) la problematica dell'immanenza dell'interesse pubblico all'azione amministrativa

Si pone quindi l'interrogativo se i principi civilistici siano pienamente compatibili con le esigenze dell'agire amministrativo, oppure vi siano invece reali controindicazioni alla loro compiuta applicazione.

a.1) La risposta al quesito sembra dover essere negativa, poiché quando una parte è l'Amministrazione pubblica (od un soggetto ad essa assimilato) c'è sempre un *quid pluris* rispetto agli ordinari rapporti civilistici, dato dalla stretta

¹³ Cfr., ad es., Corte Cost., 7 luglio 2006, n. 279, con note di L. CASSETTI, *Lo sconto imposto ai produttori sul prezzo dei farmaci tra le misure di contenimento della spesa sanitaria: le incongruenze della 'copertura' dei disavanzi regionali*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2883; M. GONZO, *La sentenza della Corte Costituzionale n. 279 del 3 luglio 2006 ribadisce la ragionevolezza delle norme volte ad imporre uno sconto obbligatorio ai soli produttori di medicinali*, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2006, p. 981; M. LANDRESI, *Determinazione del prezzo di medicinali rimborsabili dal Servizio sanitario nazionale*, ne *Il Giudice di pace*, 2007, p. 285; Corte Cost., 26 maggio 2005, n. 200, con nota di M. MIGLIORANZA, *Sanità e principi fondamentali: la programmazione regionale*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, p. 2437; Corte Cost., 12 luglio 2002, n. 342; Corte Cost., 20 novembre 2000, n. 509; Corte Cost., 20 novembre 1998, n. 372, con nota di L. DANIELE, *Riduzione del trattamento pensionistico in caso di soppressione dell'ente datore di lavoro*, in *Riv. giur. scuola*, 1999, p. 289; Corte Cost., 23 dicembre 1997, n. 432; Corte Cost., 28 luglio 1995, n. 416, con nota di M. CAMMELLI, *La corte costituzionale condona (ma solo per questa volta) i vizi del condono edilizio*, ne *Le Regioni*, 1996, p. 281; Corte Cost., 10 giugno 1994, n. 240, con nota di L. ANGIELLO, *Integrazione al minimo pensionistico: brevi note sulla sentenza Corte cost. n.240/1994*, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, p. 1026. Le sentenze sono tutte reperibili in www.giurcost.org.

¹⁴ La citazione viene da A. BAX, *La Corte dei Conti. Le funzioni giurisdizionali e di controllo a seguito delle recenti riforme*, Napoli, Simone, 2000, p. 7.

inerenza a tutta l'azione amministrativa dell'*interesse pubblico*¹⁵.

Al di là di quello che si voglia poi sostenere, si reputa che chiunque abbia una qualche esperienza del processo amministrativo – specie se abbia rappresentato la parte privata – possa convenire che in esso si consuma sostanzialmente sempre una sorta di *synodus horrenda* (*id est*, c.d. processo del cadavere¹⁶).

Ed in effetti nonostante la valutazione dell'interesse pubblico dovrebbe essersi conclusa con l'adozione del provvedimento impugnato, ed anche in assenza di censura del ricorrente, la decisione del Giudice rimane sempre ispirata in parte dalla tutela sostanziale dell'interesse pubblico di cui esso tende comunque a farsi naturalmente tutore¹⁷.

Quindi, ove parte sia l'Amministrazione (ed il processo sia amministrativo), sempre questo fantasma aleggia, impedendo la piena applicazione dei principi civilistici, poiché essi da soli non garantiscono di raggiungere tutti quei risultati che pure si ritiene non debbano comunque venire meno nell'attuale momento storico.

a.2) Da altro canto, alcuni dei principi del diritto privato sono di tutt'altro che desiderabile applicazione al procedimento amministrativo¹⁸: si pensi solo alla formalizzazione della normativa sulla scelta del contraente privato della Pubblica amministrazione contenuta nel d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ed alle conseguenze di una riduzione delle modalità procedurali di scelta nell'ambito dei principi privatistici.

Ed anzi è semmai l'Amministrazione a domandare al suo consulente se in determinati casi non si possa addivenire all'affidamento diretto mediante

¹⁵ Si passi l'espressione impiegata in senso descrittivo e classico, attesi gli scopi che si intendono raggiungere con questa trattazione e che non richiedono approfondimenti sul punto di cui qui si discute. Sembra opinare che vi sia anche un'attività amministrativa non funzionalizzata al perseguimento del pubblico interesse CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, cit., par. 8 e nota 125. Si ritiene qui che tale tesi non possa essere condivisa: si conviene infatti con la dottrina che sottolinea, ad es., che nel nostro sistema (art. 41 Cost.), solo l'iniziativa economica privata gode di protezione costituzionale; non così invece quella pubblica, che gode di un riconoscimento di fatto: DI GASPARÉ, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, cit., p. 87.

¹⁶ Sul c.d. sinodo del cadavere, in ottica divulgativa, v. l'omonima voce in *wikipedia.org*: http://it.wikipedia.org/wiki/Sinodo_del_cadavere. In particolare, nel 897 il nuovo Papa fece riesumare il cadavere di quello precedente, affinché rispondesse di quelle che venivano asserite come sue malefatte, ed il processo così intentato si concluse con la condanna del predecessore. In seguito i processi contro persone decedute vennero vietati ed il vecchio Pontefice riabilitato.

¹⁷ Lo aveva onestamente riconosciuto al Convegno «*Il procedimento e le responsabilità*», organizzato dall'Università di Urbino, 8 – 9 maggio 2008, anche un Consigliere di TAR.

¹⁸ Dopotutto l'art. 2, comma 3, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, stabilisce che si applicano le norme della l. 7 agosto 1990, n. 241 alle procedure di appalto: con ciò riconoscendo che ci si trova davanti a veri e propri procedimenti amministrativi (cfr. anche V. ITALIA, *Art. 2*, in AA.VV., *Codice dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 39).

trattativa privata (principio civilistico di scelta del contraente), oppure a richiedere l'allargamento delle maglie dei regolamenti di acquisizione delle prestazioni in economia per farvi entrare maggiori prestazioni possibili.

Non si reputa che in questi casi ci sia da sperare nella sostituzione della disciplina pubblicistica, e delle sue garanzie, con i principi di libertà ed autonomia del diritto privato.

a.3) Si pensi ancora alla eventuale soppressione dei sistemi di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici, con applicazione dei principi civilistici di libertà di individuazione del contraente: sarebbe oggettivamente desiderabile?

a.4) L'interesse pubblico che aleggia (e deve aleggiare) continuamente sull'azione amministrativa, fa sì – ad es. – che alcuni concetti vengono mutuati nell'ordinamento dell'impiego pubblico privatizzato da quelli dell'ordinamento pubblicistico, come è dato evincere dalle opinioni correnti sul tipo di discrezionalità che caratterizza la progressione nella carriera dei dipendenti, che si finisce per configurare come la vecchia discrezionalità tecnica¹⁹.

E tutto questo semplicemente perché non si ritengono praticabili (ed accettabili) soluzioni diverse.

A contrario, in dottrina, sempre nel caso del pubblico impiego, è stato ancora ipotizzato che il recente proliferare del fenomeno del *mobbing* possa essere dipendente anche dalla sostituzione del regime del diritto pubblico con quello del diritto privato, poiché in questo modo è venuto meno il sindacato del Giudice amministrativo sull'eccesso di potere nella gestione del rapporto di lavoro, che consentiva di conformare immediatamente l'azione dell'Amministrazione e quindi all'interessato di conseguire il bene della vita cui realmente aspira, e cioè quello di poter svolgere la sua attività lavorativa in un ambiente che sia in grado realmente di consentirne lo sviluppo della personalità²⁰.

¹⁹ Le valutazioni della parte datoriale in materia di promozioni che implicino valutazioni discrezionali, alla luce dei principi giurisprudenziali attualmente disponibili, devono infatti ritenersi sindacabili solo se affette da manifesta iniquità o irragionevolezza (come ad es. in caso di assoluta carenza di motivazione): cfr. Cass. civ., Sez. lav., 1 agosto 2001, n. 10514 («...non è consentito al giudice di ingerirsi nella valutazione delle procedure attuative del bando di concorso, nella scelta dei criteri di selezione e nel merito dei giudizi espressi sui singoli candidati»); Cass. civ., Sez. lav., 3 ottobre 2006, n. 21297; Cass. civ., Sez. lav. 15 marzo 1996, n. 2167 (con nota di A. RIGANÒ, *Promozioni a scelta: tutela delle posizioni soggettive del lavoratore e risarcibilità della perdita di chance*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 792), tutte reperibili nella banca dati *De Jure*, www.dejure.giuffre.it (ora, www.insexplorer.it).

²⁰ In argomento, v. S. AGRIFOGLIO, *Il mobbing nel pubblico impiego*, in www.lexitalia.it, 10/2004.

Non sarà forse inutile rammentare che in passato la Corte Costituzionale aveva affermato che non si sarebbe potuto comunque privatizzare il rapporto di lavoro di coloro che

a.5) Appare ancora inutile qui ripercorrere la problematica relativa alle deviazioni della disciplina delle società a partecipazione pubblica da quella civilistica²¹, culminata ancora di recente con l'art. 18 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (conv. con l. 6 agosto 2008, n. 133), che ha imposto alle società a partecipazione pubblica totalitaria o di controllo di dotarsi di metodi di reclutamento conformi ai principi del pubblico impiego, o comunque dell'evidenza pubblica²².

E si potrebbe continuare ancora con ulteriori esempi.

b) il crollo del contenuto reale della Carta costituzionale e l'insussistenza di un sistema di valori unanimemente condiviso

Pare tuttavia che vi siano anche ragioni più profonde per indurre notevole cautela in merito alla trasposizione dei principi del diritto privato all'azione amministrativa.

Il diritto privato sembra venire in considerazione come desiderabile sostanzialmente per due ragioni:

a) esso sarebbe il diritto delle relazioni paritarie, contrapposto al diritto pubblico come diritto della supremazia²³;

b) lo stesso sarebbe il diritto «comune» dei soggetti dell'ordinamento²⁴,

erano chiamati all'esercizio di pubbliche potestà: Corte Cost., 5 maggio 1980, n. 68, in *Giur. Cost.*, 1980, I, p. 647; A. ROMANO, *Un (eterodosso) auspicio di una almeno parziale controriforma*, in AA.VV., *Annuario 2003 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 436.

²¹ Da ultimo v. in argomento M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²² Dispone in particolare la norma citata che «1. A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. 2. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità. 3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati».

In argomento v. anche C. TESSAROLO, *Le assunzioni del personale da parte delle società a partecipazione pubblica*, in www.pubblitecnica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=50:costantino-tessarolo-le-assunzioni-del-personale-da-parte-delle-societa-a-partecipazione-pubblica-&catid=89:notizie-home-page. La Corte dei Conti tende inoltre a ritenere che i principi di cui all'art. 7 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, siano linee guida anche per la regolamentazione del conferimento degli incarichi a soggetti esterni da parte delle società di cui si tratta: cfr. ad es. Corte conti, Sez. Reg. Controllo Emilia Romagna, delibera n. 113/2008 del 18 dicembre 2008, in www.corteconti.it.

²³ Sembra che si inserisca ancora recentemente in quest'ottica CARLOTTI, *La partecipazione procedimentale: Feliciano Benvenuti e la riforma della legge n. 241 del 1990*, cit.

²⁴ Cfr. anche F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, Giuffrè, 2004,

ed espressione di intima razionalità, contrapposto al diritto amministrativo come diritto del privilegio.

Sembra a chi scrive che i più recenti sviluppi del diritto pubblico pongano in discussione entrambi gli ordini di ragioni che dovrebbero giustificare l'ampia sottoposizione dell'azione della Pubblica amministrazione alla normativa (od ai principi) del diritto privato.

L'auspicio per l'applicazione del diritto privato all'azione amministrativa è in fondo espressione di una scelta valoriale, che vede in quest'ultimo una disciplina ragionevole e giusta per l'Amministrazione.

Il punto è tuttavia che – nell'attuale momento storico – sono venuti del tutto meno i parametri per potere definire una determinata scelta ragionevole e giusta.

Da tale punto di vista, appare significativo il discorso che è ormai corrente sulla portata delle disposizioni delle disposizioni costituzionali, e quindi sul diritto pubblico e sulle leggi di cui esso va alla fine a comporsi.

Si può infatti rilevare che sino alla fine degli anni '80 vi era ancora un certo rispetto per il testo della Carta fondamentale e si cercava di leggere i suoi enunciati in un sistema coerente, che desse a ciascuno la sua collocazione, fermi ovviamente gli spazi che – dallo stesso testo – venivano lasciati alle scelte politiche, poiché la politica è una delle forme di partecipazione dei cittadini all'organizzazione del Paese²⁵.

A partire dall'inizio degli anni '90²⁶ trovano tuttavia diffusione su scala massiccia le c.d. tecniche di bilanciamento degli interessi, che tendono a leggere tutte le disposizioni della Costituzione come principi, i quali confliggono, e che andrebbero volta a volta temperati tra loro sulla base di valutazioni di tipo casistico, senza la possibilità di generalizzazioni per via della natura largamente creativa dei giudizi operati²⁷.

p. 24, nota 42, con ampi richiami di bibliografia.

²⁵ In argomento, si veda V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, CEDAM, 1995. Per una lettura della Costituzione che cerca di trarre da essa il massimo significato, complessivamente nel rispetto del testo, v. ad es. G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale* ^{III}, Padova, CEDAM, 1994.

²⁶ Peraltro, la tecnica fa la sua comparsa almeno nel corso degli anni Settanta: cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 56.

²⁷ Senza nessuna pretesa di esaustività si vedano - ad es. - in argomento BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2001. Per dare una idea di quello che si intende, si veda la trattazione della materia costituzionale contenuta in R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli,

Successivamente, verosimilmente tra la fine degli anni '90 e gli inizi del nuovo secolo, accanto al pluralismo affermato di diritto si diffonde nella società²⁸ un pluralismo anche di fatto²⁹, portando sostanzialmente ad una attuale frammentazione della società medesima, in cui non esistono più valori condivisi da tutti i membri dell'ordinamento (od almeno dalla più parte di essi)³⁰.

Il discorso giuridico si sposta quindi dal riconoscimento di determinati valori nella legislazione, a quello su di una legislazione che è solo un compromesso⁽³¹⁾ temporaneo tra le forze politiche del momento (a loro volta espres-

2000.

²⁸ Verosimilmente sia per i fenomeni immigratori, che fanno sì che nuovi gruppi portatori di valori diversi da quelli tradizionali si stanziino sul territorio nazionale, sia per i crescenti fenomeni di secolarizzazione, e più in generale per il diffondersi di differenti sistemi assiologici (e quindi del c.d. relativismo): il fenomeno viene qui registrato come dato di fatto e non è compito di questo intervento individuarne compiutamente le ragioni.

²⁹ In argomento, si vedano ad es. AA.VV., *Pluralismo e libertà fondamentali*, a cura di M. RICCIARDI e C. DEL BÒ, Milano, Giuffrè, 2004, *passim*; A. MASTROPAOLO, *Democrazia, neodemocrazia, postdemocrazia* in *Dir. pubbl. Comparato ed europeo*, 2001, p. 1630; F. FRENI, *Biogiuridica e pluralismo etico-religioso. Questioni di bioetica, codici di comportamento e comitati etici*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 22; M. MICHELETTI, *La Corte costituzionale e la riserva alle donne di quote dei componenti delle commissioni di concorso: una questione da riproporre*, in *Foro Amm. CDS*, 2005, p. 1008; R. BOTTA, *Sentimento religioso e appartenenza confessionale*, in AA.VV., *Religione, cultura e diritto tra globale e locale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 52; F. RIMOLI, voce *Pluralismo*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXIII, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, p. 1. Peraltro il pluralismo, anche se in misura diversa, è sempre tendenzialmente presente nella società: v. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1992 (ma 1988), p. 68; si vedano pure in tale ottica, SANTI ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in *IDEM, Lo Stato moderno e la sua crisi*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 5, nonché la sostanziale teorizzazione del pluralismo contenuta in *IDEM, L'ordinamento giuridico*¹, Pisa, Tipografia Editrice Cav. Mariotti, 1917, *passim*.

³⁰ Anzi, secondo alcune dottrine più recenti – che si ritiene non vadano lontane dal vero per quella che è l'applicazione delle disposizioni costituzionali operata di fatto dalla Consulta (si pensi ad es. alla discussa configurazione del principio di sussidiarietà dato da Corte Cost., 1 ottobre 2003, n. 303, ne *Le Regioni*, 2004, p. 535, oppure alla giurisprudenza inventiva su quello che dovrebbe essere il contenuto dell'autonomia finanziaria costituzionalmente garantito agli enti territoriali, su cui – in ottica più benevola di quella di chi scrive – v. A. BRANCASI, *Osservazioni sull'autonomia finanziaria*, ne *Le Regioni*, 2004, p. 451; *IDEM, Continua l'inarrestabile cammino verso una concezione statalista del coordinamento finanziario*, *ivi*, 2008, p. 1232) – si è giunti ad affermare che la Costituzione non conterrebbe alcun sistema di principi organicamente identificabile, ma solo proposizioni tra loro sostanzialmente contraddittorie che potrebbero essere volta a volta attuate in maniera diversa dalle forze politiche al momento dominanti: v. R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni costituzionali*, 2007, p. 11.

³¹ Non si può menzionare la circostanza che fino a non molti anni fa una tale concezione del compromesso era considerata tutt'altro che rispettabile: v. G. BOGNETTI, *La Costituzione economica italiana*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 17 («A partire dagli anni Sessanta, attraverso ogni sorta di compromesso ideale e pratico, a prezzo di ogni cedimento sui principi, il partito dominante prima guadagnò a sé la cooperazione di un partito socialista che, dicendolo e non dicendolo, a pezzo a pezzo veniva abbandonando i dogmi della sua fede originaria (alla fine del tutto obliterata); poi affrontò l'osso più duro del partito comunista, cercando di fagocitare anch'esso. Alla fine degli anni Ottanta, dopo molteplici e contrastanti traversie, almeno a livello di sottogoverno la saldatura consociativa integrale era effettuata»).

sione³² dei gruppi sociali, o con i quali comunque devono fare i conti); tale compromesso sarebbe da raggiungersi il più possibile attraverso forme dialogiche e consensuali da canonizzare poi negli atti tipici previsti dall'ordinamento³³.

E vi è addirittura dottrina che ha individuato legami tra il tipo di maggioranze che sono al governo ed il tipo di sindacato che viene di volta in volta posto in essere dalla Corte costituzionale³⁴.

c) Segue: il diritto amministrativo attuale come diritto “politico”

Nel quadro descritto, pare a chi scrive che il diritto che attiene all'Amministrazione e alla sua azione finisca per caratterizzarsi – nell'attuale momento storico – come un diritto precipuamente “politico”, nel senso che anch'esso è l'espressione contingente dei «compromessi» delle forze politiche del momento.

Si riconosce del resto che lo stesso è ormai ben lungi dall'essere quell'espressione della ragione delle concezioni illuministiche, ma è piuttosto espressione delle contingenti forze politiche al potere³⁵.

Per quanto possibile per un diritto che è estremamente vasto e frammentato (oltre che soggetto a frequenti mutamenti), penetrano inoltre le letture per principi del medesimo (evidentemente prodromiche poi all'apertura a forme di bilanciamento a discapito del testo normativo)³⁶.

³² Più, o meno, fedele.

³³ Da ultimo, quale espressione di questa tipologia di discorso giuridico si veda – sia pure un settore specifico – S. STAMMATI, *Riflessioni minime in tema di laicità (della comunità e dello Stato). Un colloquio con alcuni colleghi*, in *Dir. Pubblico*, 2008, p. 341. Cfr. anche M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto*, Milano, Giuffrè, 2004. *Mutatis mutandis* si tratta della generalizzazione di quanto ha fatto la Corte costituzionale nel prefigurare forme di intesa che mutino – per specifiche fattispecie – la normale ripartizione delle competenze tra Enti territoriali, per allocarle ad un livello superiore, in applicazione – a suo avviso – di quella che dovrebbe essere la vera (?) nozione di sussidiarietà.

³⁴ V. P. PEDERZOLI, *La Corte costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 207 (spec. p. 247).

³⁵ Cfr. L.R. PERFETTI, *Principi costituzionali, istituti del diritto amministrativo ed interpretazione della norma*, in AA.VV., *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo. Annuario 2004*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 37. Sia consentito altresì a un richiamo a M. MICHELETTI, *I provvedimenti di amministrazione*, in AA.VV., *Corso di diritto amministrativo*, a cura di L.R. PERFETTI, Padova, CEDAM, 2006, p. 301.

³⁶ V. in argomento V. DOMENICHELLI, *Regolazione e interpretazione nel cambiamento del diritto amministrativo: verso un nuovo feudalesimo giuridico?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, p. 315, in cui si è sostanzialmente rilevato l'avvio della penetrazione delle tecniche di bilanciamento degli interessi anche nel diritto amministrativo, con le loro consuete devastanti conseguenze di annullamento della certezza del diritto e dell'impossibilità della generalizzazione (nonché della ricostruzione del sistema), per via della loro natura – alla fine – non interpretativa (v. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza*, cit., p. 310). Da questo punto di vista, quanto si è detto

Anche la Corte di Cassazione ha espressamente riconosciuto la natura creativa dell'interpretazione spiegata dal Giudice amministrativo (³⁷): il punto è che – venuto a mancare quell'insieme di valori condivisi che avrebbero potuto orientare il Giudice nelle operazioni di riformulazione del diritto di cui si tratta – non si comprende più alla luce di quali parametri possa mai essere condotta legittimamente una interpretazione così configurata³⁸.

4. Le conseguenze: il limitato significato dell'applicazione contingente dei principi del diritto privato al diritto amministrativo e la loro progressiva riduzione e distorsione ove abbiano ad intersecarsi con il diritto amministrativo “politico”

Alla luce di quanto sin qui si è illustrato, pare quindi che l'importanza dell'applicazione dei principi del diritto privato (o la sua auspicabilità) debba essere significativamente ridimensionata.

Si è visto sopra che vi sono aspetti dell'azione amministrativa che rimangono irriducibili ai principi del diritto privato (si pensi al risarcimento del danno da lesione dell'interesse legittimo, quanto meno rispetto ad alcuni dei suoi profili; alle procedure di affidamento dei contratti pubblici; al reclutamento del personale, ecc.).

all'inizio dell'intervento a proposito delle modalità con cui viene intesa la responsabilità dell'Amministrazione pubblica per attività provvedimento illegittima è esemplificativo di quanto si va illustrando (di per sé, anche l'affermazione della generale risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo contenuta in Cass. civ. 500/1999, cit., appare alla fine sostanzialmente apodittica, e priva di una vera motivazione rigorosa dal punto di vista logico).

³⁷ V., ad es., recentemente Cass. civ., SS.UU. 19 gennaio 2007, n. 1136, in *www.lexitalia.it*, 2/2007 (con note di F. GAVERINI, *Il controllo della corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex art. 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno e esterno della giurisdizione*, in *Foro Amm. CDS*, 2007, p. 82, e F. OLLA, *Il sindacato della Corte di cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e la interpretazione della legge*, in *Giust. Civ.*, 2008, p. 1548), in cui si parla apertamente di «un'attività interpretativa, che, come si riconosce dalle più recenti ed accreditate teorie post illuministiche, non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in opera creativa della volontà di legge nel caso concreto».

³⁸ Con ciò non si vuole nascondere che vi sono oscurità nei testi legislativi e che l'attività interpretativa non è completamente di carattere ricognitivo (v. anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, CEDAM, 1981, p. 25), tuttavia pare che ormai si sia passato il segno: di ogni testo sembra che si cerchi – con operazioni più o meno corrette – di destrutturate il significato complessivo e coerente, nonché l'impianto sistematico degli enunciati normativi, per potere ricorrere il più possibile ad operazioni interpretative di alto grado creativo (ma con una legittimazione che è ormai venuta meno, per il venir meno dell'insieme di valori di fondo unanimemente condivisi), e di fatto – spiace dirlo – ridurre i consociati non a cittadini, ma a sudditi privati di ogni strumento che consenta loro di rendere l'applicazione delle norme prevedibile (e quindi di orientare in maniera cosciente e responsabile la propria esistenza al conseguimento degli obiettivi che prediligono).

Più in generale, ad avviso di chi scrive, pare venire meno quella che sembra essere la giustificazione più razionale dell'applicazione dei principi del diritto privato ai procedimenti amministrativi (e quindi all'azione amministrativa).

Nel quadro che viene a delinearsi, in cui manca un sistema di valori che possa dirsi da tutti condiviso, viene per ciò stesso meno l'individuazione dei principi del diritto privato come espressione necessaria (presunta in certo senso *ex se*) della maniera più razionale di impostare i rapporti giuridici tra soggetti differenti.

La stessa applicazione dei principi di diritto privato all'azione amministrativa appare operazione contingente ed estemporanea, che tiene nella misura in cui non mutino le ragioni «politiche» che – nel compromesso del momento – hanno portato la norma privatistica ad essere ritenuta quella da applicare alla specifica azione o procedimento amministrativi che venivano in considerazione.

Da altro canto, il Giudice amministrativo – come si è anche visto sopra – ha una sensibilità diversa da quella del Giudice ordinario e quindi la sua applicazione del principio di diritto privato all'Amministrazione è sempre filtrata attraverso tale sensibilità³⁹.

Per le stesse ragioni, anzi, si deve probabilmente dire che il perfezionamento della fattispecie in via consensuale non dovrebbe ritenersi l'esito naturale del «dialogo» tra privato ed Amministrazione, quanto piuttosto ci si dovrebbe preoccupare comunque che vi sia sempre un mezzo amministrativo (da gestire in via unilaterale) che consenta di raggiungere lo scopo di interesse pubblico anche in caso di mancanza di accordo.

Ed ancora: non è tanto l'applicazione o meno dei principi del diritto privato che pare in questo momento rilevare, quanto piuttosto che la disciplina scelta sia almeno razionale⁴⁰ (privatistica o pubblicistica che sia). Anzi, un discorso giuridico casuistico come quello che si va diffondendo, dovrebbe semmai tendere a sfuggire alle generalizzazioni, poiché contrastanti con il tipo di operazioni ermeneutiche con cui opera.

³⁹ Sulle diverse sensibilità dei due Giudici, si ponga – ad es. – mente ai recenti contrasti in merito alla c.d. pregiudiziale amministrativa, su cui v. P. QUINTO, *Giustizia Amministrativa sotto tutela (Dalla «polifonia» dei toni allo scontro tra giurisdizioni)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁰ Con le problematiche che ovviamente si pongono con il tipo di discorso giuridico che sta venendo a prevalere, il quale rischia di ridurre la stessa scienza giuridica – che ha ad oggetto lo studio del diritto vigente – ad una forma di «politica»: se si afferma che gli enunciati costituzionali sono sostanzialmente vuoti (cfr. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, cit.), non si può poi legittimamente tentare di contrastare iniziative politiche che si ritengono sgradite con il richiamo all'unione sul testo della Carta fondamentale (cfr. IDEM, *Balilla al potere?*, in www.forumcostituzionale.it), poiché in questo modo non si fa altro che una scelta «politica».

5. Conclusioni

Riassumendo quanto sin qui si è succintamente tentato di illustrare, si può dire che sarebbe opportuna una nuova riflessione sul significato dell'applicazione dei principi del diritto privato ai procedimenti e – più comprensivamente – all'azione amministrativi.

Il diffondersi del pluralismo di fatto impedisce ormai di leggere senz'altro i principi privatistici come l'espressione più razionale e più paritaria dei rapporti giuridici, e quindi di considerare come sommamente desiderabile l'applicazione di essi anche all'azione dell'Amministrazione.

Viceversa, alla luce della frammentazione che così si determina, sarebbe forse il caso di pensare più ad un diritto che (privato, o pubblico che sia) risponda alle reali esigenze del rapporto (amministrativo) che si intende disciplinare.

Sarebbe forse altresì il caso di affrontare la problematica di una nuova legittimazione del diritto (pubblico) in un ordinamento pluralista, che non si riduca al mero compromesso estemporaneo tra le forze politiche al momento dominanti, ma che sia in grado di proporre soluzioni più convincenti (anche per chi giurista non è, ma vive nell'ordinamento) e di garantire chi non fa parte delle prime, o comunque – per qualunque ragione – non ne sia rappresentato.

NINO PAOLANTONIO

Professore ordinario di diritto amministrativo

Dipartimento di Diritto pubblico dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

nino.paolantonio@studioclarizia.com

Tipicità della determinazione amministrativa e fonti

TYPICALITY OF THE ADMINISTRATIVE DETERMINATION AND SOURCES OF LAW

SINTESI

“Crisi della legge” e “fuga del regolamento” sono sintagmi che ormai da decenni ricorrono nella letteratura dei cultori di diritto costituzionale. Da qualche tempo se ne occupa anche la dottrina specialistica del diritto amministrativo, soprattutto in ragione della attribuzione alla Autorità di Nazionale Anticorruzione di poteri sostanzialmente normativi la cui attribuzione è da alcuni considerata di dubbia liceità. In particolare, il problema delle linee guida vincolanti che ANAC ha il potere di adottare pone il dubbio se nella specie si tratti di regolamenti o atti amministrativi generali, categoria, quest'ultima, di incerta qualificazione. A questo problema è strettamente collegato il dibattito se ANAC sia o meno un'Autorità indipendente nel significato tecnico-giuridico dell'espressione. Lo scritto propende per escludere che le linee guida abbiano natura regolamentare e che ANAC sia un'autorità indipendente, ponendosi con atteggiamento critico nei confronti delle scelte legislative che hanno sovraccaricato ANAC di competenze regolatorie e di amministrazione attiva, fonte di confusione e di criticità nel circuito dialettico con il potere legislativo ed esecutivo.

ABSTRACT

“Crisis of the Law” and “flight of the Regulation” are syntagma recurring in literature of constitutional law scholars from decades. Now the doctrine of administrative law has also been dealing with it, above all because of the attribution to the National Anti-Corruption Authority of substantially legislative power whose attribution is considered by some to be of doubtful legality. In particular, the problem of the binding guidelines that ANAC has the power to adopt, raises the question of whether such guidelines are regulations or general administrative acts, the latter, being acts of uncertain qualification. This debate is closely linked to the debate whether ANAC is an independent Authority in the technical-legal meaning of expression. The paper proposes to exclude that the guidelines are of a regulatory nature and that ANAC is an independent au-

thority, placing itself critically towards the legislative choices that have overloaded ANAC with regulatory competences and active administration, a source of confusion and criticism in the relationships with legislative and executive power.

PAROLE CHIAVE: Fonti, Linee guida, Autorità indipendenti, tipicità, determinazione amministrativa

KEYWORDS: Sources, Guidelines, Independent Authorities, Tipicity, Administrative Determination

INDICE: 1. La scelta del tema – 2. Linee guida ANAC e pareri del Consiglio di Stato: un esempio dal quale muovere – 3. *Soft law* ed equivoci – 4. La potestà normativa delle Autorità indipendenti – 5. L'ANAC non è un'Autorità amministrativa indipendente – 6. Tecnorazia, globalizzazione e certezza delle regole

1. La scelta del tema

Ho scelto questo tema suggestionato dalla presentazione del tema del convegno: lo “scegliere” indagato nell'incontro di studi è (anche) «... *cogliere la determinazione amministrativa nel suo divenire seguendone le vicende, dalla sua scaturigine nella pre-determinazione normativa al suo dipanarsi nel procedimento*», scrivono gli organizzatori, e non si potrebbe essere più d'accordo. È il riferimento alla pre-determinazione normativa, allora, che stimola la riflessione scientifica e si accompagna ad alcune preoccupazioni degli operatori pratici su talune scelte assunte nella scorsa Legislatura in merito al rispetto della Costituzione nella regolazione di settori di straordinaria rilevanza sociale ed economica.

Mi pare doveroso, quindi, soffermarmi su di un tema che in Italia ha, negli ultimi tempi, affaticato studiosi e pratici; quel principio o criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, lett. t), della legge delega n. 11/2016, secondo cui il decreto delegato 50/2016, o nuovo codice dei contratti pubblici può prevedere l'attribuzione all'ANAC di «... poteri di ... adozione di *atti di indirizzo* quali *linee guida*, bandi-tipo, contratti-tipo ed *altri strumenti di regolamentazione flessibile*, anche *dotati di efficacia vincolante* e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa»¹.

¹ Oltre ai contributi che saranno citati più avanti, su ANAC e sulle sue funzioni possono consultarsi, anche per ulteriori approfondimenti bibliografici, i seguenti lavori: L. MAZZEO, L. DE PAULI, *Le linee guida dell'ANAC in tema di gravi illeciti professionali*, in *Urb. app.*, 2018, pp. 155 ss.; C. BENETAZZO, *I nuovi poteri 'regolatori' e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, n. 5/2018; M. GIORGIO, *Trasparenza e pubblicità*

Le parole hanno un peso, soprattutto quando la potestà legislativa primaria viene delegata al Governo in una organizzazione statuale, quale la nostra, fondata sulla democrazia parlamentare. La norma in esame non delega, almeno formalmente, il Governo ad attribuire ad ANAC potestà regolamentare, come non sarebbe stato legittimo in presenza del limite stabilito dall'art. 117, co. 6°, invariato anche nello sfortunato, recente d.d.l. di riforma costituzionale². Il che non esclude, come si cercherà di verificare, che tale attribuzione non sia stata comunque sostanzialmente conferita.

2. Linee guide ANAC e pareri del Consiglio di Stato: un esempio dal quale muovere.

Il parere del Consiglio di Stato sullo schema di codice aveva individuato tre diverse tipologie di atti attuativi delle norme delegate: a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'ANAC, previo parere delle competenti commissioni parlamentari; b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida; c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante³.

Pertanto, a seconda della nozione di fonte del diritto che s'intenda privilegiare, emergono dal codice ulteriori figure di attribuzione che non si prestano ad essere qualificate come atti-fonte e presentano spiccati caratteri di originalità; ma che per ragioni di spazio non è qui possibile indagare.

Per giungere a qualche considerazione di carattere teorico darò brevissi-

dei dati delle pubbliche amministrazioni, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 109 ss.; E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*, in *Federalismi.it*, n. 23/2017; G.A. GIUFFRÈ, *Le «nuove» dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC*, *ivi*, n. 2/2017; O.M. CAPUTO, *Linee guida, attribuzioni precontenziose e potere sanzionatorio dell'ANAC*, in *Urb. app.*, n. 2/2018, pp. 5 ss.; S. TUCCILLO, *Le raccomandazioni vincolanti dell'ANAC tra ambivalenze sistematiche e criticità applicative. (Riflessioni amargine del Regolamento ANAC sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici)*, in *Federalismi.it*, n. 6/2017; F. MARONE, *L'atipicità dei poteri di regolazione dell'Anac nelle linee guida sugli obblighi di trasparenza della p.a.*, in *Giorn. dir. amm.*, 2017, pp. 798 ss.; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in *Urb. app.*, 2017, pp. 763 ss.; F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Federalismi.it*, n. 25/2016; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, pp. 499 ss.; ID., *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione: «post fata resurgam»*, *ivi*, 2015, pp. 757 ss.

² Atto Senato n. 1429, XVII Legislatura: «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del Titolo V della parte II della Costituzione».

³ Cons. Stato, Comm. spec., 1° aprile 2016, n. 855.

ma menzione del parere del Consiglio di Stato sulle linee guida ANAC per l'iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house*. L'art. 192 del Codice prevede infatti che «l'iscrizione nell'elenco avviene a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri che l'Autorità definisce con proprio atto».

Ricordo subito che né la legge delega né il codice impongono il parere preventivo del Consiglio di Stato che ANAC, in verità in guisa affatto collaborativa, non ha mai mancato di richiedere, adeguandosi alle indicazioni del parere “stipite” n. 855/2016. Ebbene, il più recente parere reso sulle linee guida di cui s'è fatta ora menzione premette che l'art. 192 del codice attribuisce ad ANAC il potere di «... *dettare disposizioni vincolanti sulla tenuta dell'elenco, nell'esercizio di un potere che si traduce in atti che non sono regolamenti in senso proprio (art. 213, comma 2, del codice), ma atti di regolazione flessibile, di portata generale e con efficacia vincolante, come tali sottoposti alle garanzie procedurali e giustiziabili davanti agli organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'art. 120 del codice del processo amministrativo*»⁴. Ribadisce che l'elenco non ha natura costitutiva ma dichiarativa poiché - tra l'altro - la disciplina sui noti tre requisiti dell'*in house* (controllo analogo, attività dedicata, partecipazione pubblica qualificata) è autosufficiente siccome dettata all'art. 5 del codice (e, aggiungerei, prima, dagli artt. 12, par. 1, lett. c), direttiva 24/2014, 17, par. 1, lett. c), direttiva 23/2014, e 28, par. 1, lett. c), direttiva 25/2014), e quindi: (i) ammonisce ANAC sulla necessità che i parametri indicati nelle linee guida per accedere all'elenco siano espressamente qualificati come esemplificativi, altrimenti traducendosi «*in non consentiti precetti integrativi o modificativi delle elastiche regole fissate dalla legge*»; (ii) cassa alcune linee inerenti l'epifania del controllo analogo, avvertendo che «*le linee guida non devono suggerire alle amministrazioni aggiudicatrici deroghe al diritto societario non consentite dall'ordinamento*»; (iii) segnala severamente l'esigenza di eliminare la previsione secondo cui, dalla data di cancellazione della società *in house* dall'elenco che verrà, «i contratti già aggiudicati devono essere revocati e affidati con le procedure di evidenza pubblica previste dal Codice », e ciò perché: (a) «la disposizione ... non gode della necessaria copertura legislativa»; (b) la «fattispecie di revoca del contratto ivi prevista» è «atecnica e irrituale»; (c) «la “sorte” del contratto ... resta disciplinata dalle apposite norme in tema di risoluzione (art. 108 del codice), recesso (art. 109 del codice) e inefficacia (art. 121 c.p.a.)».

⁴ Cons. St., comm. spec., 1° febbraio 2017, n. 282.

Ce n'è abbastanza per spiegare l'intitolazione di questo scritto e per introdurci a qualche riflessione di carattere generale.

3. *Soft law* ed equivoci

Il primo compito dell'interprete è verificare se sia possibile leggere la disciplina vigente in senso costituzionalmente orientato.

In vista di tale obiettivo, sgombrerei subito il campo dalle suggestioni della c.d. *soft law*, pure evocate dalla legge delega, allorché fa riferimento a strumenti di regolazione flessibile, salvo aggiungere, con evidente contraddizione in termini, che tali strumenti possono avere anche efficacia vincolante. Se il legislatore delegante avesse inteso introdurre una fonte novella di *soft law* idonea a produrre effetti vincolanti saremmo di fronte al classico tratto di penna del procuratore von Kirchmann, che forse in questo caso non manderebbe al macero intere biblioteche, ma di certo qualche scaffale sì, non essendo la letteratura sulle relazioni tra *soft law* e sistema delle fonti particolarmente abbondante, ancorché non manchino importanti contributi (tutti piuttosto critici), sul tema⁵.

È noto che non v'è concordia tra costituzionalisti ed amministrativisti circa un aspetto teorico generalissimo di delicatezza ancor più estrema: se quello della tipicità delle fonti primarie e della atipicità di quelle secondarie è pacifico per tutti, per nulla affatto pacifico è il tema dei criteri distintivi tra fonti normative secondarie ed atti pubblici di altra natura. È evidente che l'opzione per l'una o l'altra soluzione condiziona la qualificazione degli atti dell'ANAC - ma il discorso varrebbe per qualunque altra autorità amministrativa nazionale extragovernativa - di cui stiamo parlando.

Ebbene, se il criterio privilegiato per operare la distinzione di cui ho detto è quello che tiene conto della generalità, della astrattezza e della innovatività, intesa questa come precettività, le conseguenze son quelle note secondo cui l'atto fonte dev'essere pubblicato, deve soggiacere alla regola *iura novit curia*, va

⁵ Per indicazioni accurate di letteratura, soprattutto costituzionalistica, sulla *soft law*, e senza alcuna pretesa di esaustività, si veda A. ALGOSTINO, *La soft law comunitaria e il diritto statale: conflitto fra ordinamenti o fine del conflitto democratico?*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, pp. 253 ss. Approccia il fenomeno nella visuale delle relazioni tra ordinamento generale ed ordinamento amministrativo M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, pp. 147 ss., dando atto che, in ambito nazionale, la *soft law* emerge giustappunto in settori regolati da autorità indipendenti (p. 159); della stessa A. v. anche ID., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Rivista della regolazione dei mercati.it*, n. 2/2016.

interpretato secondo le regole proprie del sistema delle fonti, è inderogabile dai singoli provvedimenti amministrativi, può dar adito a ricorso in Cassazione per violazione o scorretta applicazione di essi.

Un diverso approccio teorico ci dice che la differenza tra atti normativi e non normativi in diritto amministrativo sarebbe irrilevante poiché il regime predetto sarebbe in larga parte applicabile o comunque in certo modo sostituibile dalle peculiarità processuali di settore: si dice ad esempio che il principio *iura novit curia* non rilevarebbe poiché è onere del ricorrente indicare i motivi di ricorso nei quali sono a loro volta individuati i parametri normativi violati, non potendo il giudice individuare da sé il parametro normativo in base al quale operare il proprio sindacato⁶.

Probabilmente, conviene non confondere tra principio della domanda ed oneri connessi, da un lato, e principio *iura novit curia*, dall'altro. Quanto poi al regime dell'invalidità del provvedimento amministrativo, il fatto che esso sia annullabile sia per contrasto con un atto fonte che con un atto amministrativo generale - che, secondo taluno, sarebbe ascrivibile all'originale categoria delle fonti denominate terziarie, tipiche del diritto amministrativo⁷ - non esclude la rilevanza della qualificazione dell'atto fonte nello stesso processo: in punto, ad esempio, di disapplicabilità di esso ove in contrasto con le fonti sovraordinate o con il diritto europeo (è il caso dei regolamenti e della loro disapplicabilità in via incidentale).

Si insegna che sotto l'espressione "*soft law*" si annoverano «... strumenti, spesso informali (inviti, segnalazioni, comunicazioni, note informative, auspici, messaggi, ecc.), volti a influenzare i comportamenti delle autorità amministrative e degli amministratori. La *soft law* mette in discussione il principio di tipicità delle fonti e degli atti amministrativi con valenza regolatoria, che costituisce un'esplicazione del principio di legalità»⁸. Come questa crisi possa risolversi - e se ciò vada fatto - non si dice, salvo ridimensionare il problema osservando che la *soft law* presenta una "componente autoritativa-prescrittiva ... recessiva rispetto a quella per così dire persuasiva-sollecitatoria"⁹.

Tuttavia, negli atti adottati ed in quelli in corso di adozione da parte di ANAC, quale quello ricordato - di enorme rilevanza giuridica e pratica, poiché da esso discendono i presupposti per ottenere l'autorizzazione a sottrarre alla

⁶ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2017, III ed., pp. 73 ss.

⁷ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, in *Annuario Aipda 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, spec. pp. 235 ss.

⁸ M. CLARICH, *Manuale*, cit., p. 90.

⁹ M. CLARICH, *Op. loc. ult. cit.*

concorrenza commesse pubbliche per destinarle ad auspicata autoproduzione - non v'è alcunché di persuasivo o sollecitatorio, ma tutto di precettivo.

Parlare di *soft law* è quindi solo una questione di etichette; si potrebbe parlare di atti di indirizzo non vincolanti, di circolari normative, o anche di *soft law*: si tratta in ogni caso di atti amministrativi a contenuto generale, già noti alla giurisprudenza teorica e pratica, anche costituzionale, quale quella in materia di bandi-tipo.

Viceversa, di *soft law*, per gli atti di ANAC a contenuto precettivo, non è proprio il caso di parlare. Data questa conclusione *de jure condito* e *condendo*, il passo successivo è quello di verificare se l'attribuzione di una potestà normativa ad un'autorità nazionale sia di per sé illegittima; quesito al quale, anticipo, va data risposta indubbiamente negativa, anche se non incondizionata.

4. La potestà normativa delle Autorità indipendenti

La Corte costituzionale si è occupata di questi problemi in sede di ricorsi per pretesi conflitti di attribuzione¹⁰.

La (ex) Autorità per l'energia elettrica e il gas, secondo la Corte¹¹, pur operando «in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione» (art. 2, comma 5, l. 481/95), costituisce una «autorità nazionale» (art. 2, comma 6) riconducibile alla materia della organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali: per la Corte non vi è ragione per ritenere che tale posizione di indipendenza, ovvero il carattere «neutrale» che le Autorità di tale natura in linea di principio assumono rispetto agli interessi cui sono preposte, possano produrre alterazioni dei criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l'esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed enti locali¹². La peculiare collocazione dell'Autorità nell'apparato amministrativo dello Stato, quand'anche indotta da vincoli europei, in altri termini, non ne elide il carattere nazionale, il che impone sempre di accertare se le attribuzioni di cui detta Autorità gode, al fine di regolare e controllare il *settore di propria competenza*, siano compatibili con la sfera di competenza costituzionalmente riconosciuta alle Regioni (incidentalmente rilevo che il settore di competenza di ANAC è di ampiezza inusitata).

¹⁰ Un'accurata ricognizione della problematica in P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 143 ss.

¹¹ Sentenza n. 41 del 2013.

¹² Sentenza n. 32 del 1991.

Secondo la Corte, la legge statale può assegnare all'Autorità (nella specie per l'energia) le funzioni amministrative di cui lo Stato stesso è titolare; l'indipendenza dell'Autorità non costituisce un ostacolo a tanto. Cosa succede però se l'Autorità non è indipendente e ad essa la fonte primaria attribuisce una potestà normativa di attuazione?

Per la Corte la vecchia Autorità di vigilanza sui contratti pubblici era indubbiamente indipendente¹³; la Corte ha affermato che l'Autorità fosse «... un nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione»: ad iniziare dalle nomine dei componenti (5 membri nominati con determinazione adottata d'intesa dai Presidenti delle Camere) - che ANAC non possiede (v. art. 13, co. 3, d.lgs. 150/2009, c.d. decreto Brunetta, che istituisce la ex CIVIT)¹⁴.

La ex AVCP, peraltro, non possedeva poteri normativi, ma solo di vigilanza ed ispettivi; di essa la Corte diceva che «le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di *amministrazione attiva* o di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. Le attività rimesse all'Autorità assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici»; una realtà evidentemente assai diversa da quella odierna, dove si assiste ad una massiccia attribuzione ad ANAC di funzioni non solo di amministrazione attiva ma anche, per l'appunto, di normazione secondaria, laddove con questo aggettivo mi riferisco impropriamente, per comodità, alla normazione attuativa e di dettaglio, tipica del regolamento attuativo (che dovrebbe essere governativo).

Per la categoria più problematica, quella delle linee guida precettive, di certo non è risolutiva l'opzione compromissoria del Consiglio di Stato (pur lo devolvemente ispirata alla salvaguardia dell'impianto generale elaborato dal Governo), secondo cui le linee guida vincolanti avrebbero natura di atti di regolazione di un'autorità indipendente, poiché essa presuppone giustappunto che ANAC sia un'Autorità amministrativa indipendente con funzioni (anche) di re-

¹³ Sentenza n. 482 del 1995.

¹⁴ Il presidente e i componenti sono nominati, tenuto conto del principio delle pari opportunità di genere, con decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, previo parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza dei due terzi dei componenti. Il presidente è nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro della giustizia e il Ministro dell'interno; i componenti sono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione.

golazione. La conseguenza sarebbe che le linee guida (e gli atti ad esse assimilati) sarebbero riconducibili alla categoria degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, ossia ad atti amministrativi generali e, appunto, ‘di regolazione’¹⁵.

In verità, gli atti di regolazione non possono ascrivere alla pur multiforme categoria degli atti amministrativi generali, per i quali si pongono i noti problemi del *deficit* di partecipazione previsto dall'art. 13 della l. 241, disciplina che trova invece applicazione, per costante giurisprudenza, agli atti di regolazione in generale; non a caso quelli di ANAC sono stati tutti sino ad oggi sistematicamente sottoposti a consultazione pubblica preventiva (oltre che ad analisi AIR e VIR); ma si badi, sottoporre queste bozze alla pubblica consultazione non consente di escludere che, in concreto, possa trattarsi di fonti sostanzialmente regolamentari¹⁶.

¹⁵ Secondo il parere n. 855/2016 del Consiglio di Stato (§ II.g.5), «*il riconoscimento per tali provvedimenti di una vera e propria natura normativa extra ordinem - pure proposta da taluno - suscita non poche perplessità di tipo sistematico e ordinamentale, soprattutto in assenza di un fondamento chiaro per un'innovazione così diretta del nostro sistema delle fonti*». *Contra*, v. G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 273 ss., secondo cui: (i) «a regolazione è una categoria polisemica» (p. 286); (ii) «[...] non è certo decisivo l'argomento addotto dal Consiglio di Stato per cui tale qualificazione consente di inverare le garanzie procedurali e di qualità della regolazione che caratterizzano l'esercizio del potere regolatorio delle autorità indipendenti, dato che tali garanzie sono espressamente previste dall'art. 213» - del d.lgs. n. 50/2016, n.d.r. - «per ogni atto di regolazione [...]» (pp. 29-297); (iii) anche le linee guida vincolanti, infine, possiederebbero i caratteri della astrattezza e della innovatività, ed anche riguardo ad esse i destinatari sarebbero indeterminabili *a priori* ed *a posteriori* (p. 298). Critico nei confronti della ricostruzione del Consiglio di Stato anche M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2016, p. 441: «[...] le linee guida hanno sì un'efficacia di carattere generale, ma in quanto atti con carattere astratto. In sostanza, sono un'esplicazione del potere normativo delle amministrazioni pubbliche, attribuito per legge; ciò che nel caso è pacifico, visto l'art. 1, comma 1, lett. t), legge delega n. 11/2016 [...]»; l'A., inoltre, ascrive al novero delle cc.dd. fonti atipiche le linee guida vincolanti: «Ove le linee guida abbiano carattere vincolante *erga omnes*, con previsioni di carattere astratto, si devono ascrivere al genere degli atti regolamentari (per ora atipici) delle autorità amministrative, attribuiti per legge (nel caso la L. n. 11/2016). In breve, non atti amministrativi, ancorché generali; ma atti di regolamentazione. La questione è determinata essenzialmente dal carattere vincolante o meno delle linee guida di volta in volta previste dal Codice ed utilizzate da ANAC e dal MIT. Se sono vincolanti, le linee guida sono atti di regolamentazione amministrativa; con tutto quello che ne consegue. Altrimenti sono “atti amministrativi di indirizzo” che - come le direttive amministrative (nel diritto nazionale) e gran parte delle comunicazioni della Commissione europea (nel diritto UE) - indicano obiettivi alle amministrazioni di riferimento, le quali possono motivatamente discostarsene», *ivi* e p. 442. Sugli atti amministrativi generali si vedano M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, pp. 53 ss., spec. pp. 56 ss., e, prima, G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000, *passim*.

¹⁶ Colloca i regolamenti delle autorità indipendenti tra gli «atti normativi problematicamente rientranti nel c.d. livello primario» delle fonti del diritto F. MODUGNO, *Le fonti del diritto*, in *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Torino, Giappichelli, II ed., 2015, p. 166, osservando che, se da un lato è «[...] indiscutibile la mancanza di un fondamento anche indiretto di tali atti nella Costituzione», dall'altro «[...] le leggi istitutive delle Autorità tendono

Alla base della lettura del parere del Consiglio di Stato e della buona prassi di ANAC potrebbe essere il timore di dover constatare che ad un'autorità per nulla affatto indipendente è stato attribuito un potere regolamentare, con la conseguenza che, dovendo tale autorità ricondursi all'apparato organizzativo dello Stato, l'interprete dovrà porsi il problema della compatibilità di tale previsione con l'art. 117, co. 6°: l'attribuzione di potestà normativa di secondo grado non può che avere, appunto, natura regolamentare, salvo che non sia la legge, con formule variamente criticate dalla dottrina poiché elusive dei vincoli costituzionali e di legge ordinaria, ad escludere espressamente siffatta natura¹⁷.

Ritengo sia questa la ragione per cui in passato il Consiglio di Stato abbia riconosciuto addirittura una potestà regolamentare delle autorità indipendenti *sui generis*, osservando che, a fronte degli evidenti rischi di deroga al generale principio di legalità, la configurazione, in certi casi, di una maggiore discrezionalità delle autorità indipendenti anche nell'esercizio delle funzioni normative loro proprie risulterebbe «... coerente col loro ruolo, che non è solo quello di eseguire e dare attuazione, ma *regolare e quindi anche regolamentare* in conformità alle esigenze che via via si pongono nel settore di afferenza», sicché sarebbe «... ragionevole ammettere, in via generale, la configurabilità anche di questo tipo di regolamenti», occorrendo peraltro «... accertare, caso per caso, la sussistenza della condizione che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge e che nella stessa legge istitutiva dell'autorità, o comunque in altra fonte primaria

a porsi, sotto questo aspetto, come leggi di carattere organizzatorio, come norme sulla normazione, attribuendo alle Autorità un potere regolamentare o comunque il compito di promuovere la formazione di regole da parte dei soggetti attivi nei settori interessati [...]». In relazione specifica ad ANAC, di recente, in tal senso, V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza penale della loro violazione*, in *Urb. app.*, n. 2/2018, p. 148: «[...] esistono buoni argomenti per inquadrare le linee guida vincolanti tra gli atti soggettivamente amministrativi e oggettivamente normativi e, per tale via, assimilarli ai regolamenti. Nella consapevolezza che il *deficit* di democraticità dell'ANAC è certamente elemento ostativo ad una piena equiparazione delle linee guida vincolanti ai regolamenti, va tuttavia rilevato che da tempo la dottrina, nella materia delle fonti, riconosce uno spazio sempre crescente al criterio della competenza a discapito di quello gerarchico che grosso modo si basava sulla legittimazione democratica. Peraltro la natura autenticamente regolamentare trova conforto sia nelle previsioni di cui all'art. 213, comma 2, codice - nella parte in cui stabilisce un vero e proprio procedimento per l'adozione delle linee guida, individua le modalità di pubblicazione».

¹⁷ M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, n. 10-2016: «La soluzione accolta dal Consiglio di Stato, nondimeno, va contestualizzata nello sforzo che la giurisprudenza costituzionale e amministrativa sta mettendo in atto per arginare la c.d. fuga dal regolamento, ossia la diffusione di atti ministeriali che, pur avendo contenuto generale e astratto, sono privi di esplicita qualificazione regolamentare (o di rinvio alla disciplina dei regolamenti) o denominati espressamente dalla legge "decreti di natura non regolamentare". La previsione di atti di questo genere mira infatti ad eludere il riparto delle competenze in materia regolamentare, previsto all'art. 117, comma 6 Cost., e il procedimento di formazione dei regolamenti di cui all'art. 17, l. n. 400/1988».

(anche di livello comunitario), siano rinvenibili *i criteri di fondo* per l'esercizio del potere normativo dell'autorità di regolazione»¹⁸. In questo senso, di recente, si è espresso il Consiglio di Stato a proposito dello schema di regolamento con il quale ANAC, ai sensi dell'art. 211 del Codice, «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», ossia quelli di (i) «agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto», e di (ii) emettere un parere motivato nei confronti di una stazione appaltante se ritiene che questa «... abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni», parere nel quale essa ANAC «indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati» e che, se non osservato, legittima l'Autorità a ricorrere al Giudice ai sensi dell'art. 120, c.p.a.¹⁹

Questo parere, lungi dal risolvere i problemi della titolarità della potestà normativa delle *authorities*, viceversa li aggrava notevolmente poiché costringe l'interprete ad andare alla ricerca di quei “criteri di fondo” che escludano il rischio maggiormente paventato dagli operatori nell'ampio e ricco settore della contrattualistica pubblica²⁰: quello di una eccessiva discrezionalità di ANAC nel

¹⁸ Cons. Stato, sez. cons. atti norm., 14 febbraio 2005 n. 11603, in *www.astrid-online.it*. Concorde, in letteratura, L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. mercati*, n. 2/2016, p. 74: «Gli atti definiti dal Codice come atti di regolamentazione flessibile a carattere vincolante possono allora essere ricondotti alla categoria degli atti di regolazione delle autorità indipendenti: una categoria di atti ormai sufficientemente definita dalle norme, dall'esperienza e, *last but not least*, dalla giurisprudenza, per poterne trarre alcuni tratti caratteristici, come la sottoposizione a procedure di consultazione, la necessità di analisi di impatto, la sindacabilità».

¹⁹ «[...] alle Autorità indipendenti in generale, e a quelle di regolazione nello specifico, il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge, potere strettamente connesso all'elemento di indipendenza che le connota e che consente loro di esercitare direttamente i compiti di regolazione e controllo dei settori alla cui salvaguardia sono preposti»: così Cons. Stato, Comm. spec., 26 aprile 2018, n. 445.

²⁰ Osserva C. DEODATO, in *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2016, p. 13: «mentre [...] gli atti di regolazione rispondono all'esigenza di affidare a un'autorità indipendente dal Governo l'introduzione di regole perlopiù tecniche (tariffe, prezzi di accesso alla rete dell'*incumbent*, ripartizione di risorse scarse, determinazione tecnica dei contenuti delle transazioni commerciali) in segmenti di mercato circoscritti nei quali l'Esecutivo, per mezzo delle società partecipate, conserva un interesse (diretto o indiretto) che ne sconsiglia qualsivoglia intervento normativo, le linee guida dell'ANAC, al contrario, non presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità, né intervengono in un mercato che esige una regolazione autonoma dal Governo», proprio perché recano norme generali ed astratte; l'A. critica la scelta del Legislatore delegante e delegato (di affidare una potestà sostanzialmente regolamentare ad un Ente, quale ANAC, privo di investitura e legittimazione democratica) fondando il proprio ragionamento sul presupposto che le fonti sub-primarie siano tipiche; *contra*, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC*, cit., p. 293: «[...] il sistema delle fonti è chiuso solo a livello di fonti legislative e costituzionali e [...] pertanto non si pone alcun problema di ammissibilità dell'esercizio della potestà regolamentare

definire alcuni contenuti delle linee guida, cui corrisponde, in ragione della nota quanto oggi ancor più incomprensibile esclusione del dovere di motivazione degli atti amministrativi normativi ed a contenuto generale, una restrizione del sindacato giudiziario (con la difficoltà aggiuntiva che i non obbligatori pareri del Consiglio di Stato contribuiscono evidentemente a ridurre gli auspici di un sindacato giurisdizionale con esito vittorioso)²¹.

5. L'ANAC non è un'Autorità amministrativa indipendente

Si vede bene quindi come il problema della collocazione nel sistema delle fonti degli atti attuativi delle norme codicistiche si ponga sotto una veste nuova, che mette in discussione la stessa codificazione di settore: i circa cinquanta provvedimenti normativi attuativi del Codice sono troppi e troppo diversi l'uno dall'altro; lo scopo di riordinare i testi normativi in modo razionale e di agile applicazione è palesemente negletto in presenza di una siffatta congerie di provvedimenti attuativi che lo stesso Consiglio di Stato suggerisce addirittura di raccogliere a loro volta in testi unici (dell'ANAC) dando origine ad un sistema di codificazione, per così dire, “a matrioska”, con serio pregiudizio del principio di certezza del diritto e di legalità (entrambi principi del diritto globale, secondo la più accreditata dottrina *in thema*), con i quali deve fare comunque i conti il principio di atipicità delle fonti secondarie²². E il *deficit* di certezza contrasta sempre con una attendibile predeterminazione normativa.

da parte di enti pubblici non territoriali [...]; si tratta di un potere non garantito, ma neppure vietato dalla Costituzione».

²¹ Particolarmente attento a questo profilo si mostra C. DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del giudice amministrativo*. Il caso delle linee guida dell'ANAC, in *Federalismi.it*, n. 2/2017, secondo cui, proprio perché dette linee guida vengono comunemente ascritte al novero degli atti di c.d. normazione secondaria, «[...] resta necessaria una verifica giurisdizionale della coerenza del contenuto precettivo da essi prodotto con la causa della potestà regolatoria esercitata, soprattutto per quegli atti (quali le linee guida dell'ANAC) che provengono da un'autorità non legittimata dal circuito della rappresentanza democratica» (p. 26).

²² Scrive F. SORRENTINO, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Annuario Aipda 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 11, che alle «[...] Autorità regolatorie [...], per opposte ragioni, la politica, da un lato, e l'amministrazione, dall'altro, sono ben liete di trasferire le loro responsabilità (rispettivamente, politiche e amministrative) con ulteriore offuscamento del principio di legalità: da una parte perché tali Autorità non hanno alcuna legittimazione democratica [...], pur adottando norme che solo per prassi consideriamo secondarie, dall'altra perché i provvedimenti che esse emettono, connotandosi per la loro amplissima discrezionalità (sia pure tecnica), pur non sfuggendo al sindacato del giudice amministrativo, vi sono però sottoposti 'a maglie larghe' [...]». Nello stesso volume, sul problema dell'atipicità delle fonti di diritto amministrativo v. anche B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, *ivi*, pp. 53 ss., e M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti del diritto amministrativo*, *cit.*, pp. 193 ss.

In tale contesto, mi pare che qualificare ANAC come autorità indipendente sia errato oltre che inutile. Secondo parte della dottrina essa sarebbe un'autorità "atipica" poiché avrebbe «... assunto un ruolo preponderante in un settore tipico della responsabilità politico-governativa, quale non può non essere ritenuto quello della prevenzione e del contrasto – attraverso misure amministrative – alla corruzione» e per «... l'attribuzione di poteri autonomi al Presidente dell'Autorità – mentre la collegialità è caratteristica delle autorità indipendenti preordinata a garantire imparzialità e ponderatezza delle decisioni»²³.

Nel mentre la seconda osservazione è opinabile, essendo l'indipendenza di giudizio e di valutazione requisito del titolare dell'organo, indipendentemente dalla struttura di esso, la prima è condivisibile, e da sola evidenzia come ANAC non sia qualificabile come autorità indipendente punto.

ANAC, invero, cumula funzioni di *hard regulation* con funzioni di amministrazione attiva, il che la rende quanto mai dipendente dalle influenze dell'esecutivo, escludendo il primo ed irrinunciabile requisito delle autorità che vogliano qualificarsi come indipendenti. In tal senso, la dottrina tende inoltre ad escludere che il "mercato" dei contratti pubblici abbia natura di mercato regolato, che probabilmente non richiede neppure l'intervento di un'Autorità indipendente, non prevista né dalle direttive recepite con il Codice del 2016 né nell'esperienza maggioritaria dei paesi europei²⁴.

Il tutto in assenza di criteri o direttive predeterminati dal Legislatore, ed in materia estranea al territorio dei cc.dd. regolamenti indipendenti di cui all'art. 17, co. 1, lett. c) della l. 400/88. E peraltro, la già segnalata esclusione di ANAC dal novero delle cc.dd. autorità indipendenti impedisce di invocare la

²³ N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche. L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *giustamm.it*, n. 5-2016. ID., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, *ivi*, n. 6/2016. Ascrive ANAC al novero delle amministrazioni indipendenti O.M. CAPUTO, *Linee guida*, cit., p. 6 e letteratura *ivi* citata. Sul punto, P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, cit., pp. 54 ss.

²⁴ L. TORCHIA, Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, p. 607: «Nel caso del mercato dei contratti pubblici le regole sono rivolte, infatti, prioritariamente e prevalentemente ad amministrazioni pubbliche e i soggetti regolati, vigilati, controllati e comunque destinatari dell'esercizio dei poteri dell'Anac sono appunto prima di tutto e prevalentemente le amministrazioni e non i soggetti o comunque gli operatori privati. Emerge, così, una questione ancora più generale: è necessaria una regolazione autonoma dal governo - una regolazione indipendente - per il mercato dei contratti pubblici?»; nel segno di quanto si accenna nel testo, la A. indica altresì la «[...] natura composita della missione dell'Anac, nella quale non è chiaro se la vigilanza sui contratti pubblici sia strumentale e finalizzata alla lotta alla corruzione o se, invece sia la prevenzione della corruzione ad essere strumentale al buon funzionamento del mercato dei contratti pubblici [...]», *ivi* e p. 608. Per una recente analisi comparata delle Autorità indipendenti nel contesto europeo si veda lo studio ricostruttivo di C. BENETAZZO, *I nuovi poteri "regolatori" e di precontenzioso dell'ANAC*, cit., pp. 3-21.

isolata giurisprudenza secondo cui queste potrebbero adottare regolamenti “autonomi” (o indipendenti)²⁵.

Mi pare che addirittura dubbi di legittimità - come osservato in alcuni commenti²⁶ - emergano talora sui poteri di *hard* o *strong regulation*. Un esempio. L'art. 84 del d.lgs. n. 50/2016, al co. 12°, prevede che «entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta dell'ANAC, sentite le competenti Commissioni parlamentari, vengono individuate modalità di qualificazione, anche alternative o sperimentali da parte di stazioni appaltanti ritenute particolarmente qualificate ai sensi dell'articolo 38, per migliorare l'effettività delle verifiche e conseguentemente la qualità e la moralità delle prestazioni degli operatori economici, se del caso attraverso un graduale superamento del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici».

Questa norma, che vede ANAC impegnata nel delicato ruolo di amministrazione proponente, evoca dubbi di legittimità costituzionale per le ragioni che, con sintesi obbligata, mi limito ad enumerare: in primo luogo perché non attua alcun principio o criterio direttivo della legge di delega, con violazione dell'art. 76; in secondo luogo perché introduce una disciplina alternativa che segue un *iter* di formazione diverso dal sistema di qualificazione di cui all'art. 83 del codice, idoneo a creare disparità di trattamento tra operatori economici, ponendo a rischio anche la certezza del diritto, con violazione dell'art. 3; in terzo luogo perché viola il principio di buon andamento imponendo con decreto di natura regolamentare regole di qualificazione aggravate per alcune stazioni appaltanti solo perché più qualificate, spogliandole di ogni discrezionalità in merito ed anzi imponendo ad esse oneri non previsti dalla legge delega né dal codice, ma solo da un regolamento ministeriale, con il rischio che tali compiti vengano conferiti alle stazioni appaltanti di dimensioni più ragguardevoli, o magari alle centrali di committenza: ne potrebbe conseguire la restrizione della partecipazione a pochi operatori economici, con violazione dell'art. 117, co. 1 e

²⁵ «Le Autorità indipendenti possono adottare regolamenti “autonomi” (o indipendenti, secondo la tradizionale terminologia riferita alle attribuzioni regolamentari del Governo), in ragione della configurazione, in certi casi, di una maggiore discrezionalità di detti organismi anche nell'esercizio delle loro funzioni normative; soluzione di cui è stata attestata la coerenza col loro ruolo, che non è solo quello di eseguire e dare attuazione, ma regolare e quindi anche regolamentare, in conformità alle esigenze che di volta in volta si presentano nel settore di afferenza, anche e soprattutto sulla base del dato dell'esperienza e della prassi, l'azione di quanti vi operano»: così, Tar Lazio, sez. I, 18 giugno 2007, n. 5522.

²⁶ M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti*, cit., p. 443: «A meno che non si provi - la prospettiva è stimolante - a contestare la vincolatività delle linee guida che così si autoproclamano, tramite un'eccezione di incostituzionalità della legge delega (art. 1, comma 1, lett. t) che ha attribuito ad autorità amministrative un potere normativo “anche vincolante”, fonte di restrizioni e sanzioni, senza averne definito per niente condizioni e limiti»; in violazione, quindi, dell'art. 76 Cost.

del principio di non discriminarietà, essendo oscura la ragione per cui debbano esistere sistemi di qualificazione «alternativi».

6. Tecnorazia, globalizzazione e certezza delle regole

È tempo di tirare le fila del discorso.

Secondo la Corte costituzionale il controllo di legittimità sulla delega legislativa deve essere svolto attraverso un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli concernenti, rispettivamente, la norma delegante (al fine di individuarne l'esatto contenuto, nel quadro dei principi e criteri direttivi e del contesto in cui questi si collocano, nonché delle ragioni e finalità della medesima) e la norma delegata, da interpretare nel significato compatibile con i principi ed i criteri direttivi della delega²⁷.

Nel nostro caso, la locuzione di cui alla norma delegante «anche dotati di efficacia vincolante», che si accompagna contraddittoriamente al sintagma «strumenti di regolamentazione flessibile» (di significato sconosciuto quale che sia l'opzione privilegiata per l'approccio allo studio delle fonti), non può a mio avviso interpretarsi nel senso che ANAC, come qualunque altra Autorità nazionale, possa adottare atti di normazione sub-primaria aventi efficacia generale ed astratta, alla stessa stregua di regolamenti governativi e/o ministeriali. Se così è, esclusa la natura di autorità indipendente in capo ad ANAC, e ricondotta impropriamente all'apparato organizzativo dello Stato (di cui, come detto, non condivide peraltro il regime di responsabilità), non può non trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 17, co. 3, l. 400/88.

Sarebbe stato allora quanto mai opportuno che il c.d. correttivo al codice dei contratti pubblici si fosse fatto carico di chiarire questi interrogativi soppendo alla proliferazione di atti normativi, anche al fine di evitare ritardi che hanno trasformato la disciplina transitoria in disciplina a regime.

L'onere di pubblicazione che il Governo, accogliendo sul punto un'indicazione resa dal Consiglio di Stato, ha imposto ad ANAC col comma 17° dell'art. 213 non pare davvero idoneo a risolvere il problema della successione delle direttive o linee-guida nel tempo, né quello della sovrapposizione di materie, né quello, ancor più grave, dei rapporti con le competenze degli enti territoriali, e neppure quello, fondante, della insopprimibile unità del sistema di

²⁷ *Ex plurimis*: sentenze n. 272 del 2012, n. 230 del 2010, n. 98 del 2008, nn. 340 e 170 del 2007.

gerarchia delle fonti, non espressione di *regulation* né *hard* né *soft*, ma correttamente latrice della volontà democratica delle rappresentanze civili.

Pertanto, se un atto precettivo a contenuto generale va qualificato come regolamento (ministeriale o interministeriale) su di esso va acquisito il parere del Consiglio di Stato; se si tratta di atto precettivo generale di competenza di un'autorità amministrativa nazionale, e quindi extra-governativa, va individuata la sua fonte e la legittimità di essa. In questo secondo caso, se la fonte difetta o è invalida, l'invalidità si trasmette agli atti delegati ed a quelli attuativi. A questo dualismo, almeno *de lege condita*, non vi sono alternative.

Quanto ad ANAC, devo registrare che nella gran parte dei casi la delega, interpretata alla stregua degli insegnamenti della Consulta, non legittima le norme attributive di potere che fanno di essa un'autorità - come detto - tutt'altro che indipendente²⁸. I detrattori - tra i quali non è chi scrive - potrebbero qualificarla come un vero e proprio ente che, oltre a vigilare e sanzionare, norma (peraltro talora errando, come s'è visto raccontando del parere sull'*in house*, *supra* sub § 2), e norma su fattispecie che poi essa stessa controlla, il tutto senza legittimazione democratica, con una dubbia copertura di legge ed in nome di obiettivi senz'altro commendevoli, ma estranei alle tre direttive del 2014 ed alla stessa legge delega.

ANAC partecipa alle decisioni normative che dovrebbero a mio avviso essere appannaggio delle sole fonti subprimarie regolate dalla legge 400 del 1988 o, in alternativa, dovrebbero configurarsi come vera *soft regulation*, senza carattere di precettività, con efficacia di *moral suasion*, senza finalità attuative o specifiche di norme primarie, pubblicizzate e condivise preventivamente da *lobbies* (la vera urgenza sta a mio avviso nel varare una buona legge *in thema*, ovviando ad un endemico ritardo tutto italiano) e *stakeholders*, senza che questa iniziativa sia lasciata al buon senso ed alla discrezionalità della stessa Autorità, con il solo controllo preventivo, non obbligatorio né vincolante, rappresentato dai pareri del Consiglio di Stato²⁹.

²⁸ Al momento di scrivere risulta di assai recente pubblicazione un'ordinanza di rimessione di una questione di legittimità costituzionale da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - probabilmente destinata a far discutere - che autogiustifica la propria legittimazione a tanto in quanto «[...] autorità amministrativa indipendente rientrante nel *genus* delle autorità di garanzia, che svolge funzioni analoghe a quelle giurisdizionali, consistenti nella riconduzione di atti e fatti nell'ambito delle fattispecie astratte previste dalla legge antitrust, con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico [...]»: A.G.C.M., ord. 3 maggio 2018, nel proc. n. 1803.

²⁹ Una buona legge sulle *lobbies* - or è dal 1976 che se ne tenta un'approvazione, con oltre 50 tentativi abortiti - e sulla consultazione con le rappresentanze - rigorosamente legittimate e qualificate - dei vari *stakeholders* potrebbe ovviare a quel fenomeno degenerativo

Anche il costante richiamo a passaggi consultivi presso le commissioni parlamentari (introdotto con l'approvazione definitiva del decreto legislativo), è a mio avviso insufficiente, non tanto perché, come è stato rilevato, le commissioni concorrono alla produzione normativa del solo Governo, rendendo i loro pareri ad esso e non ad autorità diverse e prive di rilievo costituzionale³⁰, ma perché anche questo passaggio è frutto di una previsione atipica che non vale da sola a risolvere il problema del *deficit* di responsabilità politica scaturente dal *deficit* di legittimazione democratica di un'autorità estranea all'apparato di Governo.

Ecco perché nel testo della Commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita nella XIII legislatura (c.d. "Bicamerale D'Alema") le autorità "di garanzia" assumevano dignità costituzionale³¹: sia per dotarle di un meccanismo di responsabilità politica che ne faceva degli organi di rilevanza costituzionale, sia (probabilmente) per sottrarre le decisioni al controllo giurisdizionale, controllo che viceversa è nella specie scontato e che il codice dei contratti e la legge di delega ribadiscono espressamente.

Potrebbe non essere peregrino immaginare che un tale modello di *governance* rischia di far prevalere gli interessi economici più forti e meglio organizzati in danno di quelli più deboli e meno influenti che, al contrario, resterebbero più garantiti, secondo la logica dello Stato liberale di diritto, da una regolazione politicamente e costituzionalmente responsabile.

Non si tratta, in realtà, di una novità. Che la impunita sostituzione della

che in dottrina si è ravvisato «[...] nella dinamica pluralista, a seguito della quale l'espressione democratica di interessi plurali viene sostituita dalla pressione corporativa, che interviene sulla produzione delle fonti in modo imprevedibile e disordinato, aumentando di molto il loro livello di complicazione»: così M. BOMBARDELLI, *La semplificazione delle fonti e i suoi riflessi sul diritto amministrativo*, in *Annuario Aipda 2015. Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, p. 137. Il più recente d.d.l. sul *lobbying* è il C.4765, «Disciplina dell'attività di rappresentanza di interessi particolari nelle relazioni istituzionali e presso i decisori pubblici», presentato alla Camera dei Deputati il 1° dicembre 2017 ed ormai decaduto con l'esaurirsi della XVII Legislatura.

³⁰ C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC*, cit., p. 18.

³¹ Art. 109 del progetto di legge costituzionale intitolato: «Revisione della parte seconda della Costituzione» - A.C. n. 3931-A - A.S. n. 2583-A: «Per l'esercizio di funzioni di garanzia o di vigilanza in materia di diritti e libertà garantiti dalla Costituzione la legge può istituire apposite Autorità. Il Senato della Repubblica elegge a maggioranza dei tre quinti dei suoi componenti i titolari delle Autorità di garanzia e di vigilanza. La legge ne stabilisce la durata del mandato, i requisiti di eleggibilità e le condizioni di indipendenza. Le Autorità riferiscono alle Camere sui risultati dell'attività svolta». La relazione dell'On. Boato, sul punto, suonava così: «[...] il nuovo articolo 109, collocato nella sezione II («Autorità di garanzia e organi ausiliari») del nuovo titolo V della seconda parte della Costituzione, determina in primo luogo *la definizione costituzionale delle autorità indipendenti* nei termini di "autorità di garanzia e di vigilanza"» (corsivo mio).

tecnocrazia alla democrazia sia fonte di impoverimento delle classi deboli, con conseguenze economiche globali nefaste, è stato dimostrato scientificamente da Joseph Stiglitz decenni or sono, puntandosi l'indice contro le tre istituzioni internazionali ancor oggi laudate da studi monografici nostrani (FMI, Banca mondiale e WTO) ed addotte a modello per i regolatori nazionali³².

Mi auguro che questo scritto non appaia un *paper* su ANAC, volendo proporsi come una breve e certamente incompleta disamina di problemi di stretto diritto positivo su materie di interesse generale assai rilevante.

In questo auspicio mi sentirei confortato dalle parole del Presidente del Consiglio di Stato che, nella relazione pronunciata in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2017, ha elogiato «*la prassi instaurata dall'ANAC di richiedere, sistematicamente, il parere dell'Istituto in relazione alle molteplici linee guida da emanare in attuazione del nuovo Codice dei contratti pubblici. ... La prassi assume un particolare rilievo poiché il parere non è obbligatorio, ma è richiesto in una logica di collaborazione istituzionale*»³³.

Non c'è dubbio che questa forma di collaborazione tra istituzioni vada sempre salutata con favore, soprattutto se idonea a dissipare le incertezze evocate nella relazione. Rimane sempre problematico intendersi su alcuni concetti di fondo che potrebbero, per qualche irriducibile romantico tradizionalista, sembrare inappaganti: non mi riferisco soltanto a notazioni di ordine giuridico.

L'elogio della globalizzazione dell'ordine giuridico pare, non da ieri o ieri l'altro - di certo non solo a far data dall'insediamento nelle funzioni dell'attuale Presidente degli Stati Uniti -, incontrare serie difficoltà a radicarsi nell'ordine concettuale dei giuristi e dei filosofi postmoderni³⁴. I nazionalissimi, buoni o cat-

³² J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, trad. it. di *Globalization and Its Discontents*, Torino, Einaudi, 2003, spec. pp. 3-51, e comunque *passim*.

³³ A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017. Relazione del Presidente Alessandro Pajno*, in www.giustizia-amministrativa.it, p. 17.

³⁴ Sulle relazioni tra globalizzazione e fenomeni giuridici di diritto pubblico si veda S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, Einaudi, 2009. ID., *C'è un ordine nello spazio giuridico globale?*, in *Pol. dir.*, 2010, pp. 137 ss., spec. p. 146: «... lo spazio globale costituisce una nuova arena per contestare il potere esecutivo statale ed ampliare la gamma dei diritti assicurati ai cittadini nei confronti dei loro Stati di appartenenza ...». Si riconosce che i principi di trasparenza, partecipazione, motivazione e ragionevolezza sono patrimonio del diritto amministrativo globale: G. DELLA CANANEA, *I pubblici poteri nello spazio giuridico globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, p. 31; M. CONTICELLI, *Presentazione*, in S. Cassese – M. Conticelli (a cura di), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 15; G. DELLA CANANEA, *Dai vecchi ai nuovi principi generali del diritto: il due process of law*, in G. della Cananea (a cura di), *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 11 ss., spec. pp. 28 ss. D'obbligo è consultare S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Bari, Laterza, 2003, ove a p. 13: «i poteri pubblici internazionali, sovra e ultra statali esercitano un'autorità legittima non tanto perché gli Stati abbiano dato loro un

tivi che possano apparire, paiono da un lato erompere in un rinnovato afflato di chiusura, materiale ed ideale, dei propri confini, e da un lato diametralmente opposto ergersi a baluardo dei diritti in applicazione non dell'ordine globale, ma delle Costituzioni nazionali democratiche. In questo processo l'Italia e l'ordinamento italiano non sono e non sono mai stati secondi ad alcuno, grazie anche alla infaticabile opera costruttiva della giurisprudenza tutta.

Dice bene, quindi, il Presidente del Consiglio di Stato quando osserva che «la fiducia è un potente strumento di riduzione dell'incertezza ed è, per ciò solo, un fondamentale fattore di coesione»³⁵; sarei meno d'accordo con la notazione che «poiché non ci si fida gli uni degli altri, si cerca di sostituire la cooperazione con la coazione, imposta appunto attraverso le regole»³⁶: se le regole sono condivise, e patrimonio comune, non credo che i depositari della fiducia debbano sentirsi in qualche modo *coatti* da esse ma, semmai, da queste stesse regole garantiti nell'esecuzione della loro missione di cooperazione e di servizio pubblico.

consenso, quanto perché essi agiscono secondo il diritto rispettando il due process of law» e ID., *Chi governa il mondo?*, Bologna, Il Mulino, 2013.

³⁵ A. PAJNO, *Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017*, cit., p. 7.

³⁶ A. PAJNO, Op. cit., p. 8.

GEROLAMO TACCOGNA
Professore aggregato di diritto amministrativo
presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova
g.taccogna@unige.it

Applicabilità dei principi del diritto privato al procedimento amministrativo?

APPLICABILITY OF THE PRINCIPLES OF PRIVATE LAW TO THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE?

SINTESI

Possono intendersi come principi giuridici, tanto determinati valori, quanto regole di carattere generale. All'apparenza, stando anche alle norme, ciascun settore del diritto, e fra questi sia il diritto amministrativo sia il diritto privato, hanno propri principi. A ben vedere, però, può accadere che questi siano null'altro che aspetti o specificazioni di principi ancor più generali, propri dell'intero ordinamento giuridico. Vi è certamente lo spazio per sostenere che non sia esclusa in linea di principio la possibilità di fare riferimento, per la disciplina del procedimento amministrativo, a principi tratti dal settore del diritto privato. Ma non senza verificare se tali principi siano compatibili o pienamente compatibili con l'ordinamento amministrativo. Il risultato di tali valutazioni sembra essere quello per cui l'eventuale circolazione di un principio, dall'ambito privatistico a quello amministrativo, con gli eventuali opportuni adeguamenti, risulta possibile in special modo, se il principio stesso si lascia in realtà ricondurre ad una dimensione più ampia, tale da poter apparire come un principio generale dell'intero ordinamento giuridico. Peraltro, a fronte della forte modernizzazione cui è stato sottoposto il diritto amministrativo da una serie di riforme, si direbbe che esso abbia ormai in sé le potenzialità per rispondere alle sfide dell'epoca contemporanea, purché sia correttamente applicato nella pratica, senza la necessità di un suo superamento verso la prospettiva privatistica.

ABSTRACT

Legal principles can be as well legally set values as general rules. It seems – also taking into the due consideration the various statutes – that every branch of law, including administrative law and civil law, has its own principles. Looking closer, we can say that in some cases such sectoral principles are actually aspects of more general principles that rule the whole legal system. It can be argued, that also with regard to administrative proceedings some principles of civil law can be referred to, but in any case, it's necessary to verify whether such principles are compatible or fully compatible with administrative law. The

result of such considerations seems to be that the potential flow of a principle from civil law to administrative law should be possible, with adjustments if needed, especially if the examined principle has a wider range such that it can be traced back to a general principle of the whole legal system. However, our administrative law had a great development due to many recent reforms, and it thus seems to have acquired the necessary resources to face the current challenges, provided that it's correctly implemented in everyday practice, without being necessarily overcome towards a civil law perspective.

PAROLE CHIAVE: principi, privato, amministrativo, trasposizione, compatibilità

KEYWORDS. Principles, Private, Administrative, Transposition, Compatibility

INDICE: 1. Principi e settori dell'ordinamento giuridico – 2. Possibilità di utilizzare principi e modelli (apparentemente) privatistici anche a proposito del procedimento amministrativo – 3. Esempi – 4. Limiti – 5. Esempi – 6. Trasposizione dei principi e ruolo del giudice. Opportunità di un atteggiamento prudente – 7. Ragioni per non ritenere imprescindibile un ampio ricorso al diritto privato

«Il diritto privato contiene parecchi ... principi di portata generale, applicabili in ogni ramo del diritto e scritti soltanto nel Codice civile perché questo rappresenta il sistema legislativo più antico e più completo»
G. Zanobini

1. Principi generali e settori dell'ordinamento giuridico

Attorno ai principi del diritto si è sviluppato un ampio e ricco dibattito dal quale emergono posizioni che li identificano in chiave “valoriale” (principi, cioè, intesi come valori, ai quali la legge deve corrispondere) ed altre che li considerano dal punto di vista strutturale (principi come regole dotate di una certa generalità e suscettibili, fra l'altro, di orientare l'interpretazione di altre regole e/o di fornire indicazioni per il superamento di lacune o antinomie)¹.

Nel diritto amministrativo, ed in particolare a proposito del procedimento, si possono scorgere entrambe le prospettive: dai valori dell'imparzialità e del buon andamento, di cui all'art. 97 cost., si passa a regole generali come quelle

¹ In merito si vedano, ad esempio, S. BARTOLE, *Principi generali del diritto*, in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, Giuffrè, 1986, p. 494 e G. OPPO, *Sui principi generali del diritto privato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1991, I, p. 475.

indicate nel primo articolo della legge 7 agosto 1990, n. 241 (economicità, efficacia, trasparenza, ecc.) ed in articoli successivi della stessa legge (si pensi all'obbligo di conclusione del procedimento mediante un provvedimento espresso, di cui all'art. 2, co. II, al principio di partecipazione, ricavabile dagli artt. 7 ss.), nonché alle regole affermatesi per via eminentemente giurisprudenziale (proporzionalità, buona fede, leale collaborazione, ecc.).

Si può dunque affermare che il diritto amministrativo ed il procedimento amministrativo abbiano i "loro" propri principi, tanto se intesi nel senso di valori-chiave da realizzare, quanto se considerati nel senso di (conseguenti) regole generali di riferimento.

Tuttavia, è evidente come alcuni dei principi suscettibili di essere considerati propri del diritto amministrativo siano in realtà riconducibili a più generali principi, che stanno alla base dell'intero ordinamento giuridico (democrazia, principio personalistico, uguaglianza, solidarietà).

Lo stesso accade con riguardo ai principi del diritto privato. Qui, però, dato il maggiore sviluppo storico e sistematico della disciplina nel codice civile, l'espressa enunciazione positiva di regole generali e suscettibili di essere qualificate alla stregua di principi, apparentemente settoriali ma a loro volta identificabili, in realtà, come (espressioni di) principi generali dell'ordinamento, è più diffusa.

È dunque vero che la suddivisione del diritto in settori si accompagna al fatto che questi sono dotati di propri principi generali,² ma ciò non significa che non vi siano principi ancor più generali, idonei a manifestarsi trasversalmente rispetto ai consueti confini dei settori, dando sostanza alla prospettiva dell'unitarietà, al fondo, dell'ordinamento giuridico³.

² Cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 401.

³ Lo stesso G. TARELLO, *L'interpretazione, cit.*, p. 400, pur riconoscendo la sussistenza di principi generali dei singoli settori del diritto, ben si guarda dall'assolutizzare la distinzione tra i settori. La dicotomia tra pubblico e privato viene con ciò inquadrata dall'Autore nell'ambito della tecnica generale di interpretazione del diritto mediante classificazioni dicotomiche, alle quali si ricorre per isolare un campo sentito come "speciale" rispetto ad un altro. Così la distinzione tra i settori solo apparentemente è di campo, ma nella sostanza si risolve in quella tra norma(tiva) speciale e norma(tiva) non speciale o comune, con la conseguenza per cui, quando una materia cessa di essere sentita come speciale (o, può aggiungersi, nei limiti in cui ciò non accade all'interno di una materia), vengono meno le ragioni di distinguere a proposito dell'interpretazione e cessa il ricorso alla dicotomia. Donde, secondo Tarello, la possibilità di screditare un atteggiamento dottrinale incentrato su di una "grande dicotomia", nella quale le tecniche del diritto pubblico derogherebbero o costituirebbero eccezioni alle regole che valgono nel diritto privato.

2. Possibilità di utilizzare principi e modelli (apparentemente) propri del diritto privato anche a proposito del procedimento amministrativo

In epoca relativamente recentemente si è sviluppato un dibattito in ordine a note proposte di modifica costituzionale e legislativa che, seppure con diverse impostazioni e sfumature, volevano imporre all'amministrazione l'uso generalizzato del diritto privato⁴ (e che, come noto, non sono state approvate)

Una consistente parte della dottrina amministrativistica ha reagito, rimarcando le differenze che intercorrono fra i due ordini e l'inaccettabilità di una siffatta proposta⁵.

Le considerazioni seguenti sono dedicate ad un'idea diversa e più raffinata, che è quella di mantenere il diritto amministrativo come strumentario operativo delle p.a. per il perseguimento del pubblico interesse, nella sua fondamentale manifestazione data dal procedimento, tuttavia con "innesti" privatistici; che peraltro riguarderebbero non solo principi (essendo oltretutto incerti i confini di tale nozione), ma anche, più in generale, modelli e regole.

Lo scenario è diverso rispetto a quello dischiuso dalle predette proposte di riforma perché non comporta uno "snaturamento" o comunque una complessiva trasformazione dell'azione amministrativa, bensì unicamente un'integrazione delle sue regole relative al procedimento, seppure con la particolarità che questa è tratta da un altro settore ordinamentale.

Temi ulteriori (sebbene connessi), e non suscettibili di essere qui trattati, sono quelli del rapporto generale della p.a., per un verso, e degli atti amministrativi, per altro verso, con il diritto privato,⁶ nonché del (crescente) ruolo del

⁴ In merito cfr., ad esempio, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. Pubbl.*, 2003, pp. 405 ss.

⁵ Si vedano, ad esempio, F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. Amm.*, 1999, p. 661, e F. MERUSI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica alla luce degli studi di Salvatore Romano*, *ivi*, p. 649.

⁶ Un importante aspetto del tema riguardante il rapporto tra la disciplina dell'atto amministrativo e quella del diritto privato è dato dall'individuazione, a fronte delle scarse previsioni contenute nell'art. 21-septies della l. n. 241/1990, degli esatti contorni dei casi di nullità del provvedimento e, soprattutto, del regime di tale nullità. In merito, e con specifiche riflessioni circa la possibilità di ricorrere al regime privatistico della nullità del contratto e gli eventuali adeguamenti di esso, si può vedere B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, p. 1657; un più deciso inquadramento "privatistico" della nullità si ha, invece, in Cons. stato, ad. pl., 5 marzo 1992, n. 5, in *Foro it.*, 1993, III, p. 29, con nota di S. CASSESE, *Un nuovo orientamento del giudice amministrativo sul pubblico impiego*. D'altra parte, ancora a proposito del provvedimento amministrativo, un altro aspetto della possibile "interferenza" dei principi e modelli privatistici è dato dalla tematica dei cd. elementi accidentali, tra cui in particolare la condizione (codificata nel diritto dei contratti e non in quello amministrativo), che potrebbe essere utilizzata per consentire il rilascio di provvedimenti in carenza

consenso degli amministrati rispetto all'attività amministrativa⁷.

A ben vedere, individuato nei descritti termini, l'oggetto dell'indagine non è completamente nuovo. La dottrina, nel quadro di studi generali sul rapporto fra pubblico e privato nel diritto amministrativo, ha già dato conto – adesivamente – di casi nei quali la giurisprudenza applica regole civilistiche al fine di integrare la disciplina degli istituti pubblicistici, con specifico rilievo anche nell'ambito della tematica del procedimento⁸.

Il diritto amministrativo non è considerato un ordine concettuale autonomo e contrapposto a quello privato; piuttosto si valorizza l'unitarietà dell'ordinamento giuridico, la quale consente di configurare intrecci e sovrapposizioni fra i due ordini⁹.

In ultima analisi una siffatta concezione appare del resto giustificata anche dal generalissimo principio di uguaglianza.

Inoltre il diritto positivo fornisce chiare indicazioni nello stesso senso: così, ad esempio, l'art. 11, co. II, della l. n. 241/1990, secondo cui agli accordi tra p.a. e privati (sul contenuto discrezionale di emanandi provvedimenti o, addirittura, sostitutivi) si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili.

Nella parte il cui richiama i principi civilistici la norma può essere intesa come ricognitiva della suddetta possibile combinazione ed integrazione della disciplina giuridico-amministrativa del procedimento con quella privata¹⁰.

Non sembrano dunque esservi ostacoli di principio al “trapianto” di materiali privatistici nella disciplina del procedimento amministrativo, salvo quan-

delle condizioni di legge, tuttavia senza immediata efficacia e con clausole che consentono l'assunzione di quest'ultima solo al (successivo) completarsi della fattispecie legittimante (in merito all'atto amministrativo condizionato si veda, ad esempio, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo – Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 846 ss., con ulteriori riferimenti).

⁷ A tale riguardo possono vedersi, tra i molti contributi, quelli di S. A. FREGO LUPPI, *Il principio di consensualità nell'agire amministrativo alla luce della legislazione e della giurisprudenza più recenti*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 691 ss.; G. MANFREDI, *La nuova disciplina degli accordi tra amministrazione e privati e le privatizzazioni dell'attività amministrati va*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2007, pp. 332 ss.; G. SCIULLO, *Profili degli accordi fra amministrazioni pubbliche e privati*, in *Dir. Amm.*, 2007, p. 805.

⁸ Si veda, ad esempio, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 99; ulteriori riferimenti si rinvergono in S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico*, cit., pp. 410 s..

⁹ Così, ancora, G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato*, cit., p. VIII e p. 98.

¹⁰ La lettura dell'art. 11, co. II, della l. n. 241/1990 indicata nel testo presuppone una concezione fondamentalmente pubblicistica degli accordi, come è quella sostenuta ad esempio da G. SCIULLO, *Profili*, cit., ma consente di sfumarne i contorni in modo tale da consentire di cogliere tutte le potenzialità insite nel modello consensualistico in esame. In dottrina si incontra anche la posizione contraria (tesi privatistica), ad esempio con G. MANFREDI, *La nuova disciplina*, cit..

to ci si appresta a dire in ordine ai limiti di tale operazione (rispetto ai quali torna utile l'ultima parte dell'art. 11, co. II, con la clausola di "compatibilità" che vi è contenuta).

Non depone in contrario, rispetto alla tesi che si sta esponendo, l'art. 1, co. I-*bis* della stessa l. n. 241/1990, a tenore del quale la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente. Qui, infatti, si sottrae semplicemente una parte dell'attività amministrativa (intesa in senso lato) alla disciplina del procedimento e del provvedimento, senza nulla togliere in ordine al modo di essere di quest'ultima disciplina e delle sue possibili combinazioni il diritto privato, laddove essa è invece applicabile¹¹.

3. Esempi

Alcuni esempi del richiamato fenomeno di innesto di principi e modelli privatistici nel corpo delle regole pubblicistiche relative al procedimento possono contribuire a chiarire l'analisi.

Si pensi, innanzitutto, all'impiego del modello dell'inadempimento all'obbligo di provvedere, cui si connette l'azione prevista dall'art. 21-bis l. 6 dicembre 1971, n. 1034; oppure ai riferimenti al principio di buona fede emerso a proposito dello stesso obbligo (di provvedere)¹².

Oppure si consideri l'orientamento giurisprudenziale che, sulla base della l. n. 241/1990, riconosce la sussistenza di un rapporto giuridico fra amministrazione e cittadino, in occasione del procedimento, seppure nella forma di un rapporto "senza obbligo primario di prestazione"¹³ ma con obblighi di protezione a carico della p.a. da adempiere secondo correttezza e buona fede.

Tale orientamento si è manifestato principalmente in tema di responsabilità per lesione di interessi legittimi – senza, peraltro, avere completamente con-

¹¹ Tale interpretazione dell'art. 1, co. I-*bis*, anche in rapporto alla disciplina degli accordi contenuta nell'art. 11, è suggerita, ad esempio, da G. SCIULLO, *Profili, cit.*, pp. 815 ss.

¹² Si veda, ad esempio, Cons. St., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 1514 in *Giorn. dir. Amm.*, 2007, p. 839, con nota di C. LACAVA, *Occorre una disposizione di legge per ricorrere all'in house ? Il caso Zetema*.

¹³ In dottrina la concezione e costruzione di un rapporto tra p.a. ed amministrato, che si instaura in occasione dell'esercizio del potere pubblico, è stata recentemente proposta ed ampiamente analizzata da M. PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano 2008. Peraltro appare interessante l'inquadramento di tale rapporto, ad opera dell'Autore, che lo riconduce alla figura di teoria generale del rapporto giuridico, piuttosto che al modello civilistico del rapporto giuridico obbligatorio.

vinto¹⁴ – ma se ne rinviene traccia anche a proposito degli istituti propriamente procedurali come è la comunicazione di avvio, che è stata ritenuta doverosa pure nell’ambito di un subprocedimento di revisione dell’aggiudicazione provvisoria di un servizio, proprio in base alla teoria del “contatto sociale” ed all’obbligo di buona fede che ne viene fatto scaturire, in questo caso a carico dell’amministrazione-autorità¹⁵.

Ancora, può aversi riguardo alle regole generali, espresse nel codice civile, riguardanti il computo dei termini (artt. 1187 e 2963), che si utilizzano anche con riguardo al procedimento amministrativo.

In aderenza all’idea dell’estrazione di principi e modelli dal diritto privato, ma in realtà entro un più profondo quadro caratterizzato dal ricorso alla figura di teoria generale data dal rapporto giuridico, si colloca anche l’ipotesi dottrinale che, valorizzando l’idea di un cd. rapporto amministrativo (multipolare), il quale viene configurato allorquando l’amministrazione esercita un potere, prospetta che possa configurarsi «l’accettazione da parte del privato dei contributi messi in opera nel procedimento dall’amministrazione e dagli altri partecipanti ..., attraverso una sorta di preclusione che deriva dalla mancata contestazione, secondo una logica che richiama lo schema contrattuale dell’incontro tra proposta e accettazione»¹⁶.

Tutti questi esempi fanno peraltro intendere come i principi e modelli privatistici più agevolmente utilizzabili (ed in concreto utilizzati) a proposito del procedimento amministrativo tendano in realtà a non essere strettamente ed esclusivamente privatistici ma, a ben vedere, espressioni di principi generali dell’ordinamento o di modelli di teoria generale.

4. Limiti

Quanto ai limiti da porre all’utilizzo di principi e/o modelli privatistici

¹⁴ Si vedano, ad esempio, Cass., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 e la relativa annotazione di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentoale dell’amministrazione: la Cassazione effettua un’ulteriore (ultima ?) svolta*, in *Foro It.*, 2003, I, pp. 78 ss.

¹⁵ Cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. II, 30 maggio 2005, n. 953, in motivazione. Più in generale, circa il ruolo del principio di buona fede nel diritto amministrativo, è d’obbligo il richiamo di F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico – dagli anni «Trenta» all’«alternanza»*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹⁶ Così M. PROTTO, *Il rapporto*, cit., p. 180. Nello stesso senso l’Autore ricorda un orientamento giurisprudenziale secondo cui al privato che, notiziato dell’avvio del procedimento di esproprio di alcuni suoi terreni, ometta di segnalare all’ente espropriante l’esistenza di soluzioni alternative che consentirebbero di localizzare altrove l’opera pubblica con minore sacrificio della proprietà privata, resterebbe preclusa la possibilità di far valere il vizio di eccesso di potere sotto il profilo dell’omessa valutazione di soluzioni alternative (op. cit., p. 201, con riferimento a Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 19 febbraio 1998, n. 156).

nell'ambito del procedimento amministrativo, occorre innanzitutto che essi siano stati attendibilmente individuati come tali (val la pena di ricordare, con la Corte di Cassazione, che «il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni»¹⁷).

Inoltre la trasposizione nel campo pubblicistico richiede una sorta di “filtratura” dei materiali privatistici, in modo tale da consentire l'eventuale applicazione, nel procedimento, soltanto di quelli compatibili con l'ambiente amministrativo ed i suoi valori fondamentali. Ancora una volta torna utile l'art. 11, co. II, della l. n. 241/1990 che (dopo avere riconosciuto l'applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni agli accordi procedurali tra p.a. e privati, di cui si è già detto), ha posto la nota clausola di compatibilità, sicché quei principi si applicano soltanto se ed in quanto compatibili.

La precisazione che ne limita l'operare secondo la compatibilità conferma come il riferimento a principi extrasettoriali, sebbene da non escludere in radice, richieda quantomeno un vaglio, sotto il profilo dell'idoneità di quei principi ad adattarsi anche nell'ambiente pubblicistico ed ai suoi valori fondamentali.

Entro questo limite – da valutarsi sia in astratto sia in concreto – può accogliersi la nozione di “polivalenza” delle norme evocata in dottrina¹⁸.

Frequentemente l'esito dell'indicata operazione di “filtratura” è peraltro quello di recepire un principio privatistico, ma con qualche adattamento ritenuto necessario.¹⁹ Anche questo elemento indica come, normalmente, ci si trovi di fronte a principi o modelli non già meramente privatistici, bensì generali dell'ordinamento e/o di teoria generale del diritto, suscettibili di “declinazioni” diverse nel settore privato ed in quello amministrativo (salvo che si abbia, più semplicemente, un principio amministrativistico nato da un paradigma privatistico).

¹⁷ Cass., Sez.Un., 19 dicembre 2007, n. 26725. Già G. ZANOBINI, *Dell'errore di fatto negli atti amministrativi*, ora in *Scritti vari di Diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 219 (da cui è tratta anche la citazione di apertura del presente contributo) aveva ammonito al rigore con riguardo all'individuazione dei principi generali del diritto, sottolineando come, affinché una disposizione rientri in questa categoria, è necessario, oltre all'identità sostanziale delle situazioni giuridiche nel diritto civile e negli altri campi, che in questi ultimi tali situazioni non siano disciplinate con norme apposite o particolari.

¹⁸ Cfr. M. PROTTO, *Il rapporto*, cit., p. 22 s.

¹⁹ In ordine a tale fenomeno, con riguardo alla disciplina del provvedimento, e della relativa nullità, si veda B. GILIBERTI, *Profili*, cit., pp. 1670 ss..

5. Esempi

Si pensi, ad esempio, al principio (apparentemente privatistico, ma in realtà più generale) di buona fede ed al principio pretorio di leale collaborazione tra p.a. e privati nel procedimento²⁰. In proposito sono rinvenibili pronunce giurisprudenziali secondo cui, nell'ambito del rapporto non meramente contrattuale-privatistico fra amministrato e p.a., si avrebbe a carico del privato un'amplificazione dell'ordinario dovere di diligenza e correttezza esigibile nei rapporti obbligatori, sicché la (doverosa) leale collaborazione (amministrativistica) si rivelerebbe più intensa della semplice buona fede privatistica²¹.

In altri casi la richiamata "filtratura" conduce invece propriamente ad una valutazione di inadeguatezza della prospettiva di diritto privato, rispetto ad un particolare contesto pubblicistico, sicché la prima (quantunque magari non insuscettibile in astratto di trasposizione) viene concretamente rigettata nel singolo caso; così, ad esempio, è talvolta accaduto per la salvaguardia della pienezza del potere pubblico, indipendentemente da possibili ragioni di affidamento dell'amministrato (quando queste si sono rivelate riconducibili a fatti formalmente irrilevanti nella dinamica procedimentale)²².

Vi sono, ovviamente, anche principi civilistici in assoluto non idonei all'impiego nel diritto amministrativo. Si pensi, ad esempio, a quello per cui (in linea generale) la violazione, nella fase precontrattuale, di norme comportamentali di carattere imperativo, dettate con lo specifico fine di influenzare le determinazioni volontarie dei contraenti in ordine alla conclusione del contratto, non comporta la nullità di esso (casomai l'annullabilità, in presenza dei relativi presupposti), data la distinzione che viene osservata fra le regole di comportamento dei contraenti e quelle di validità dei contratti,²³ quantunque le prime siano dettate anche

²⁰ Sul punto sia consentito rinviare a G. TACCOGNA, *Il principio di leale collaborazione nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm - C.d.S.*, 2008, 1313.

²¹ Così, ad esempio, Tar Campania, sez. I, 6 dicembre 2002, n. 7845, in *Giur. Merito*, 2004, p. 614 con nota di F. ANCORA, *La spesa sanitaria tra programmazione preventiva e provvedimenti contingenti*.

²² Cfr. Tar Lombardia, sez. Brescia, 11 agosto 2004, n. 891. Il caso riguardava un privato che aveva presentato un progetto alla soprintendenza per i beni architettonici ed il paesaggio, per ottenere un'autorizzazione paesistica, dopo avere intrattenuto preventivamente colloqui informali con un funzionario ed avere ottenuto dal medesimo osservazioni in ordine al progetto stesso. Recepite tali osservazioni, ed ottenuta l'autorizzazione, l'interessato ha poi visto annullato il titolo dalla soprintendenza. Il Tar, nel decidere la conseguente controversia, ha ritenuto che l'attività del funzionario rappresentasse in tal caso un mero contributo collaborativo informale, non suscettibile di dare vita ad alcun affidamento tutelabile in ordine all'esito del procedimento autorizzativo.

²³ In tema può vedersi la già citata Cass., sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. It.*, 2008, p. 347, con nota G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle sezioni unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*.

con il fine di influire sui contenuti dei secondi. Nel sistema pubblicistico, per contro, la violazione delle norme regolanti il procedimento – sul “farsi” dell’atto amministrativo e quindi preordinate ad influenzarne il contenuto – conduce senz’altro all’illegittimità dell’atto per violazione di legge (ad eccezione del caso in cui sia dimostrato dalla p.a. che l’atto stesso non avrebbe comunque potuto essere diverso). Nei due sistemi, privatistico e pubblicistico, risulta dunque tendenzialmente diverso il rapporto fra le regole inerenti alla condotta delle “parti” nella formazione degli atti e quelle sulla validità degli atti stessi.

6. Trasposizione dei principi e ruolo del giudice. Occorre prudenza

La descritta operazione selettiva e di “filtratura” comporta ciò che è assai noto in tema di principi giuridici, ossia l’assunzione da parte dell’interprete – in particolare del giudice – di un ruolo almeno in parte creativo e non meramente applicativo della legge;²⁴ con i vantaggi e gli svantaggi che vi si connettono.

Questa considerazione è utile anche per ragionare intorno all’ampiezza con cui il fenomeno in esame dovrebbe ammettersi.

L’impostazione dell’analisi risente necessariamente in modo sensibile dell’idea di fondo che si vuole assumere circa il ruolo del giudice nell’interpretazione della legge.

Notoriamente il giudice non può essere mero applicatore di essa ed è chiamato a processi ermeneutici caratterizzati anche da un inevitabile tasso di creatività; tuttavia l’ampiezza che questa componente può legittimamente assumere non è pacifica²⁵.

In generale la “scala” delle possibili applicazioni dei principi va dal semplice richiamo di essi come spiegazione della *ratio* di norme di per sé chiare, ad una più intensa funzione orientativa nell’interpretazione di norme (ad esempio sotto forma di interpretazione anche fortemente estensiva²⁶), fino al superamento di lacune/antinomie e/o alla vera e propria creazione di norme non scritte nella legge (o addirittura *contra legem*).

Per tradizione il giudice amministrativo si riserva un notevole spazio di manovra rispetto alle leggi amministrative, anche per le caratteristiche frequente-

²⁴ In tema si veda G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 103 e pp. 123 ss.

²⁵ Si veda ancora G. SALA, *Potere*, cit., p. 150 s.

²⁶ Si pensi al già richiamato esempio dato dalla pronuncia giurisprudenziale che ha estensivamente interpretato l’obbligo di comunicare l’avvio del procedimento, alla luce della teoria del contatto sociale e dell’obbligo di buona fede; si veda la nota 15

mente assunte da queste ultime, di episodicità, non sistematicità, rapida obsolescenza, ecc..

In questo quadro, dato che, invece, le regole sul procedimento sono di diretta derivazione costituzionale, si sono formate, almeno in parte, attraverso una lunga elaborazione giurisprudenziale, che addirittura ha fatto da guida al legislatore, sono codificate sistematicamente e mostrano caratteri di tendenziale stabilità (non smentita dalle recenti modifiche), appare preferibile non riconoscere al giudice un'eccessiva libertà nell'importazione di principi puramente privatistici con riguardo al procedimento amministrativo.

La "filtratura" dei principi privatistici dovrebbe dunque garantirne – come in effetti sembra essere fino ad ora avvenuto, secondo quanto rivelano gli esempi di cui sopra – l'aderenza all'impianto generale della legge n. 241/1990 ed ai principi amministrativistici che in essa sono codificati, nonché l'osservanza delle varie norme della stessa legge.

Il che equivale a ripetere che, in realtà, si prestano particolarmente all'innesto i principi i quali, sebbene codificati nel diritto privato, sono in realtà espressione di valori e/o regole più generali dell'ordinamento considerato nel suo complesso.

7. Ragioni per non ritenere imprescindibile un ampio ricorso al diritto privato per la disciplina del procedimento amministrativo

Questa conclusione potrebbe scontentare i sostenitori della necessità di un maggiore spazio per i modelli privatistici nell'azione dei pubblici poteri. Più in generale, essa suggerisce di riflettere sulle loro ragioni, ossia sulla necessità/opportunità dei "trapianti" di cui si tratta.

In proposito pare utile sottolineare il fatto che i principi e le regole del diritto amministrativo si sono fortemente evoluti negli ultimi anni.

Ragione per cui, se applicati in modo corretto e ragionevole, consentono oggi di corrispondere ad avvertite esigenze per le quali si potrebbe essere tentati di guardare al diritto privato *tout court*. Si pensi, ad esempio, ad esigenze come: il ripudio dell'autoritarismo e del burocratismo; una più decisa caratterizzazione dell'attività amministrativa (tutta quanta) come servizio prestato agli amministrati; un'attenuazione dell'unilateralità dell'agire pubblico; la promozione di flessibilità ed efficienza, con focalizzazione sui risultati.

In altri termini, se questi esiti si direbbero ormai alla portata, anche solo grazie ad una corretta applicazione della moderna disciplina del procedimento

amministrativo, la ricerca di forme di contaminazione di essa con il diritto privato sembra perdere gran parte della propria ragion d'essere.

Senza poi contare che anche nell'impresa privata, operante in "puro" regime di diritto privato, sono ormai d'uso forme di procedimentalizzazione delle attività e dei processi, ad esempio nell'ambito dei sistemi di certificazione della qualità e dei sistemi di *audit* (anche a tacere di quelle imposte pubblicisticamente, seppure non dal diritto amministrativo, come avviene con il d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 sulla cd. responsabilità penale delle società).

In sostanza, dopo l'evoluzione degli ultimi anni, lo strumentario giuridico-amministrativo ben si presta, oggi, ad assurgere a garanzia, al tempo stesso, della funzionalizzazione dei pubblici poteri, della qualità degli atti dell'amministrazione e, più in generale, dei risultati della sua attività ed altresì dell'imparzialità e della tutela del cittadino.

Naturalmente dei principi e delle regole del diritto amministrativo – ivi comprese quelle inerenti alla conduzione del procedimento, con gli eventuali innesti di principi e modelli privatistici, nei limiti di cui sopra – occorre saper fare buon governo, affinché le predette esigenze siano soddisfatte, ma ciò rimanda al diverso tema della necessità di innalzare il livello medio di professionalità degli operatori delle pubbliche amministrazioni e di dotarli di adeguate risorse per il loro agire.

Appare difficile fugare l'impressione che ad un evidente processo di perfezionamento e modernizzazione del diritto amministrativo odierno, che lo porta inevitabilmente anche ad una maggiore complessità, da parte di un ristretto novero di studiosi e giudici, non faccia riscontro, in parallelo, un processo altrettanto rapido ed incisivo di aggiornamento degli altri "operatori", in special modo nell'ambito degli apparati amministrativi.

In questa situazione non sembra potersi escludere che i presunti difetti del diritto amministrativo, che secondo alcuni renderebbero preferibile l'utilizzo di quello privato, siano in realtà difetti dell'applicazione pratica di un diritto amministrativo che, fortemente modernizzatosi *in books*, forse non ha ancora raggiunto lo stesso grado di sviluppo *in action*.

DIRK UWER

AND MICHAEL SCHRAMM

Partner Professor in the Public Law Department of Hengeler Mueller,
Associate Professor in the the Public Law Department of Hengeler Mueller
dirk.uwer@hengeler.com, michael.schramm@hengeler.com

**THE TRANSPOSITION OF THE CSR DIRECTIVE
INTO GERMAN COMMERCIAL LAW.
THE PROMOTION OF CORPORATE SOCIAL
RESPONSIBILITY BY MEANS OF NON-FINANCIAL
CORPORATE REPORTING**

ABSTRACT

Through the “Act to Strengthen the Non-financial Reporting by Corporations in their Management and Group Management Reports” (*Gesetz zur Stärkung der nichtfinanziellen Berichterstattung der Unternehmen in ihren Lage- und Konzernlageberichten*) (CSR Directive Transposition Act, CSR-RUG) of 11 April 2017¹, the German Bundestag implemented Directive 2014/95/EU (“CSR Directive”)² into German law. Following the European impetus, the CSR-RUG enriches the traditional repertoire of forms of action under environmental law by a further instrument. Already the regulatory context gives an idea of its atypical nature: The centrepiece of the CSR-RUG is the amendment of and addition to the Third Book of the German Commercial Code (*Handelsgesetzbuch*, “HGB”), which deals with the “trading books” of undertakings, i.e., accounting and reporting requirements. Since the reporting year 2017, large capital market-oriented corporations must report extensively within the framework of their annual management reports on their activities and effects in certain areas of “Corporate Social Responsibility”. This also includes environmental matters. The transparency and publicity this entails is intended to generate positive stimuli for more responsible, sustained and not least of all environmentally friendly entrepreneurial action. Following a brief presentation of the European legal bases and their implementation in Germany (1.), we will classify the provisions within the underlying concept of Corporate Social Responsibility (2.) and analyse and systemise the governance effects of non-financial reporting (3.). A few remarks on selected aspects of the chosen approach and its implementation (4.) as well as an outlook summarising our conclusions (5.) will

¹ Federal Law Gazette, Part I 2017, 802 et seq.

² Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, OJ EU No. L 330, p. 1.

complete this article. By detailing the German approach to transposing the CSR Directive, this paper intends to provide an example of the challenges member state legislators face when complying with modern governance concepts such as Corporate Social Responsibility by way of non-financial reporting obligations.

KEYWORDS: Corporate Social Responsibility; Environmental Protection, Directive 2014/95/EU, CSR-RUG, Instrument of Environment Law.

SUMMARY: 1. Subject matter and content of non-financial reporting – 1.1 Background in European law – 1.2 Implementation by the CSR-RUG – 2. Background: Corporate Social Responsibility and environmental protection – 2. 1. Idea of Corporate Social Responsibility – 2.2. Environmental protection as a central concern of Corporate Social Responsibility – 3. Non-financial reporting duties as a novel governance instrument of environmental law – 3.1. (Desired) effect of non-financial reporting duties – 3.2. Inclusion in the instrumental systematics of environmental law – 4. Points of criticism and open questions – 4.1. Inadequate definitiveness of the statutory provision – 4.2. Unclear requirements as to the “policies” for environmental and social issues – 4. 3. Connection of the reporting duty to the business relevance – 5. Summary and outlook

1. Subject Matter and Content of non-Financial Reporting

1. 1. Background in European law

The initiative to achieve ecological, social and other non-commercial goals by way of corporate reporting originated in Brussels. The Commission announced by way of a Communication in the year 2011 that it intended to strengthen the social responsibility of undertakings³. As the method of choice, it identified among others the disclosure of social and ecological information on the business activities of large undertakings⁴.

A prominent result of this programmatic goal is the CSR Directive⁵. The CSR Directive amends Directive 2013/34/EU (“Accounting Directive”)⁶ and

³ Communication of the Commission of 25 October 2011, A new EU Strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility (CSR), COM(2011) 681 final.

⁴ Communication of the Commission of 25 October 2011, A new EU Strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility (CSR), COM(2011) 681 final, p. 14.

⁵ Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, OJ EU No. L 330, p. 1.

⁶ Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on the annual financial statements, consolidated financial statements and related reports of certain types of undertakings, amending Directive 2006/43/EC of the European Parliament

requires the member states to expand existing reporting duties of large undertakings by «a non-financial statement containing information [...], necessary for an understanding of the undertaking's development, performance, position and impact of its activity, relating to, as a minimum, environmental, social and employee matters, respect for human rights, anti-corruption and bribery matters» (art. 19a Accounting Directive). What is to be understood by this in view of environmental issues is explained in Recital 7 CSR Directive:

«Where undertakings are required to prepare a non-financial statement, that statement should contain, as regards environmental matters, details of the current and foreseeable impacts of the undertaking's operations on the environment and, as appropriate, health and safety, the use of renewable and/or non-renewable energy, green-house gas emissions, water use and air pollution».

With a view to the “relevant, useful and comparable disclosure of non-financial information by undertakings”, the Commission published non-binding guidelines in accordance with art. 2 CSR Directive to further the practical implementation of the new reporting duties (“CSR Guidelines”)⁷.

1.2. Implementation by the CSR-RUG

The detailed provisions of the CSR Directive leave only little leeway for the member states' transposition into national law. Thus, the new secs. 289b to 289e as well as secs. 315b to 315d HGB, implementing the non-financial reporting duties into the German commercial and corporate law, largely constitute an “identical” transposition which may serve to exemplify the goals and mechanisms of the CSR Directive:⁸

a) Undertakings subject to the obligations

The extended reporting duties, which apply for the first time to fiscal years beginning after 31 December 2016, are limited according to sec. 289b para. 1 HGB to corporations, cooperatives as well as limited liability commercial partnerships within the meaning of sec. 264a HGB, which cumula-

and of the Council and repealing Council Directives 78/660/EEC and 83/349/EEC, OJ EU No. L 182, p. 19.

⁷ Communication of the Commission of 5 July 2017, Guidelines on non-financial reporting (methodology for reporting non-financial information), OJ EU No. C 215, p. 1); see in more detail *Mock*, *Der Betrieb* 2017, 2144 et seq.

⁸ Regarding the deviations of certain points from the minimum standards of the Directive as well as the following on the whole, see *Kajüter*, *Der Betrieb* 2017, 617 et seq.; *Seibt*, *Der Betrieb* 2016, 2707 et seq.

tively (i) qualify as “large” within the meaning of sec. 267 para. 3 sentence 1 HGB (i.e. fulfil at least two of the following criteria: balance-sheet sum of € 20,000,000, annual sales of € 40,000,000, on annual average 250 employees), (ii) are capital market-oriented within the meaning of sec. 264d HGB (use of an organized market for their own securities), (iii) and employ more than 500 people on average per year. Large credit institutions and insurance companies are obliged to perform non-financial reporting regardless of their capital market orientation⁹. At the beginning of the year 2018, 522 German corporations were obliged to report, more than half of which being banks and insurance companies¹⁰.

The German legislator refrained from extending the scope of application of the reporting duty beyond the CSR Directive to corporations below these thresholds in order to spare small and medium-sized enterprises the additional administrative and financial burdens imposed by the reporting duty¹¹.

Consistent with the systematic structure of the HGB, secs. 289b et seq. HGB apply only to the (individual) management report of a corporation. Sections 315b et seq. HGB transfer the duties to the group management reports of parent companies. Section 289b para. 2 HGB therefore exempts subsidiaries which are included in the group management report of the parent company¹².
b) Form and subject matter of the reporting duty.

Non-financial reporting relates within the regulatory system and formally to the management report, which constitutes a separate reporting instrument apart from the annual financial statements (sec. 264 HGB). The management report contains information on the course of business as well as the expected developments, including significant opportunities and risks (sec. 289 HGB)¹³.

⁹ *Kirsch*, in: Hofbauer/Kupsch (eds.), Rechnungslegung, 89. Akt. 2018, § 289b rec. 16 et seq.; *Lerchenmüller*, in: Beck’scher Onlinekommentar HGB, Häublein/Hoffmann/Theinert, 19th ed. 2018, § 289b, rec. 6.

¹⁰ Börsen-Zeitung No. 63 of 20 March 2018, p. 1.

¹¹ As stated in the reasons for the government draft, Parliamentary Document 18/9982, p. 44; regarding the relevance of the CSR for small and medium-sized enterprises, see *Fischer/Neubeck*, in: HGB-Jahresabschluss, 14th ed. 2018, TEIL 1 Systematischer Wegweiser, rec. 263.

¹² The requirements of secs. 315b et seq. HGB correspond to those in secs. 289b et seq. HGB, so that the following will for reasons of readability refer only to the (individual) management report and the respective provisions. The same applies to art. 19a and 29a Accounting Directive. Unless expressly stated otherwise, the explanations apply likewise to the group management report. The term “corporation” refers in the following both to an individual company obliged to report and to a group obliged to report.

¹³ Regarding the functions of the management report in general, see *Tesch*, Nichtfinanzielle Leistungsindikatoren im Lagebericht, in: Freidank/Müller/Wulf (eds.), Controlling und Rechnungslegung, p. 301 (302).

Corporations affected by the CSR-RUG can either “scatter” their “non-financial statement” (sec. 289c HGB) over the management report, assigned according to topic, or bundle it in a separate section. According to sec. 289b para. 3 No. 2 HGB an entirely separate “non-financial report” is also admissible, provided it is published together with the management report in the Federal Gazette (sec. 325 HGB) or on the website of the company within four months of the balance sheet date, and the management report refers to it¹⁴.

The non-financial statement must, according to sec. 289c para. 2 HGB, contain information at least on the following five topics: environmental, employee and social issues, respect for human rights, and anti-corruption issues. To more precisely specify the environmental aspects of relevance in the statement, sec. 289c para. 2 No. 1 HGB refers by way of example to the items named in Recital 7 CSR Directive quoted above (green-house gas emissions, water use, air pollution, the use of energy, biological diversity)¹⁵. The CSR Guidelines further extend the catalogue of possible environmental goals: material disclosures on pollution prevention and control; environmental impact from energy use; direct and indirect atmospheric emissions; use and protection of natural resources (e.g. water, land); waste management; environmental impacts from transportation or from the use and disposal of products and services; development of green products and services¹⁶.

c) Required disclosures

The necessary content of the non-financial declaration is determined by sec. 289c para. 3 HGB. According to this provision, information is to be disclosed on the aspects named in para. 2 which — in accordance with art. 19a Accounting Directive as amended by the CSR Directive — fulfil a two-tier relevance criterion, (i) mainly those necessary to understand the course of business, the business results or the situation of the company *as well as* (ii) to understand the effects on the non-financial aspects. In detail, a non-exhaustive (“including”) list names the following:

1. description of the policies pursued by the corporation and due diligence processes implemented,
2. outcome of those policies,
3. the principal risks related to those matters of the corporation’s

¹⁴ In detail *Mock*, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (eds.), Bilanzrecht, § 289b, rec. 53 et seq.

¹⁵ The German legislator names in the reasons for the law the aspects of health, environmental safety, ground pollution as well as the global environmental and climate goals, Parliamentary Document 18/9982, p. 47.

¹⁶ CSR Guidelines, point 4.6.

operations which are likely to cause adverse impacts on the non-financial aspects named in para. 2, and how the corporation manages these risks,

4. the principal risks linked to the corporation's operations, its products and services which are very likely to cause adverse impacts on the aspects named in para. 2, insofar as the information is significant and the reporting on these risks is proportionate, and how the corporation manages those risks,

5. the most significant non-financial performance indicators relevant to the business activities,

6. references to and explanations of amounts reported in the annual financial statements, to the extent necessary to understand.

Sec. 289d HGB provides that corporations required to report may be guided entirely or partly by already existing "frameworks" for voluntary self-commitment when drafting the non-financial statement¹⁷. These could be, for example, the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, the GRI G4 Sustainability Reporting Guidelines, the European environmental management and audit system EMAS or the Global Compact of the United Nations¹⁸. The corporation must state whether it applied such framework and, if so, why it did not do so. The use of a framework, however, does not suspend the duty to discuss all aspects necessary under sec. 289c para. 3 HGB where these are not (completely) covered by the respective framework¹⁹. In this case, the non-financial statement must provide additional information going beyond the framework concerned. The CSR Guidelines give examples of environmentally relevant "performance indicators" to be taken into consideration: Overall energy performance and improvements in energy performance; energy consumption from non-renewable sources and energy intensity; green-house gas emissions and emissions of other pollutants; extraction of natural resources; impacts and dependences on natural capital and biodiversity; waste management²⁰.

The mandatory content of the non-financial statement reveals a hybrid nature already laid out in the CSR Directive: On the one hand, the non-financial statement is not completely independent from the business information and accounting function of the reporting system under commercial law.

¹⁷ See in detail *Paetzmann* in: Haufe (ed.), HGB Bilanz Kommentar, 8th ed. 2017, § 289d, rec. 1 et seq.

¹⁸ See Parliamentary Document 18/9982, p. 52; see also CSR Guidelines, point 1, 19.

¹⁹ Parliamentary Document 18/9982, p. 52 et seq.; for more details concerning EMAS see III.2.b) below.

²⁰ CSR Guidelines, point 4.6.

Because of the link to the course of business, the business result or the situation of the company which follows from sec. 289 para. 3 HGB, impacts on the matters outside the company named in sec. 289c para. 2 HGB are only a necessary condition, but not sufficient to trigger the reporting duty. Specifically: If business operations have a massive negative impact on environmental aspects, but the information about this is not also necessary to understand the course of business, the business results or the situation of the company, such information need not be included in the non-financial statement, as the unambiguous wording of the law makes clear. However, the reasons for the law point out that, given the interaction between the business situation and environmental impacts, both relevance criteria will typically be fulfilled simultaneously²¹.

If that is the case, sec. 289c para. 3 HGB on the other hand triggers a comprehensive duty to report which is precisely not limited to directly financially relevant information but instead—as the non-exhaustive list shows—requires extensive information on the impacts outside the company on the aspects named in sec. 289c para. 2 HGB²². This represents the crucial difference from sec. 289 para. 3 HGB, which already required large corporations (sec. 267 para. 3 HGB) to also include “non-financial performance indicators” in the analyses of the course of business and the situation of the company. This expressly comprises information on environmental aspects, but only if, in spite of their “non-financial” nature, they can have a major influence on the financial result or the financial status of the corporation concerned²³. In contrast, the extended reporting duty leads to a change of perspective: Whereas the focus so far was on the risks for the company arising from the social environment, the question now also is what dangers emanate from the business operations to issues outside the company, including environmental issues²⁴.

²¹ Parliamentary Document 18/9982, p. 49; see also IV.3. below with regard to the link to the course of business, the business results or the situation of the company.

²² In depth *Winkeljohann/Schäfer* in: Grottel et al. (eds.), *Beck'scher Bilanz-Kommentar*, 11th ed. 2018, § 289c, rec. 30 et seq.

²³ *Lange*, in: *Münchener Kommentar HGB*, 3rd ed. 2013, § 289 rec. 129 with further references; *Schaefer/Schröder*, *Die Wirtschaftsprüfung* 2013, 1084 (1087). In view of environmental issues, this may according to a recommendation of the Commission include the recognition, measurement and disclosure of environmentally caused expenditures, liabilities and risks as well as related assets; Recommendation of the Commission of 30 May 2001 on the consideration of environmental aspects in the annual financial statements and the management report of undertakings: Recognition, measurement and disclosure, C(2001) 1495, OJ EC No. L 156, p. 33.

²⁴ Cf. *Regierer/Beckmann*, *Börsen-Zeitung* vom 7 April 2017, p. 10. Although the performance indicators will in the future also be a part of the non-financial statement according to sec. 289c para. 3 No. 5 HGB they will only be one aspect among many.

Section 289c para. 4 HGB adds a duty to explain to the mandatory information: If a corporation pursues no “policy” in relation to one or several reportable matters, it must explain this “clearly and with reasons”²⁵. A similar *comply-or-explain* mechanism is already known from art. 20 Accounting Directive and in Germany, for example, the German Corporate Governance Code (sec. 161 German Stock Corporation Act, *Aktiengesetz*).

Finally, a “protective clause”²⁶ is contained in sec. 289e para. 1 HGB. To avert a “substantial disadvantage”, corporations may refrain from disclosing information required in principle to be disclosed, provided certain extraordinary conditions are fulfilled. It is a prerequisite that these are future developments or issues in respect of which “negotiations are being conducted”. This narrow exception²⁷ is apparently intended to avoid negotiation processes of existential significance to the company being undermined by the reporting duty. As soon as the danger of a substantial disadvantage no longer exists, the suppressed information is to be included in the following non-financial statement (sec. 289e para. 2 HGB). Whether this provision will have any practical significance is yet to be seen.

d) Audit and sanctions

The traditional management report within the meaning of sec. 289 HGB must be audited by the certified auditor in particular as to whether it is consistent with the annual financial statements as well as the findings made in the audit and on the whole accurately presents the situation of the corporation. Sec. 317 para. 2 sentence 4 HGB extends the audit duty to the non-financial information, but only to a limited extent: The auditor must determine the formally accurate presentation of a non-financial statement or, as the case may be, a separate non-financial report together with the management report²⁸. The German legislator refrained in this respect from exercising a right to choose, contained in the CSR Directive, to also require a substantive audit of the contents of the non-financial statement (art. 19a para. 6 Accounting Directive).

²⁵ In contrast, according to the reasons given for the law, the absence of a “due diligence process”, which is also named in sec. 289c para. 3 No. 1 HGB, does not suffice to trigger the duty to explain, provided the company required to report does have a policy, Parliamentary Document 18/9982, p. 52.

²⁶ *Winkeljohann/Schäfer* in: Grottel et al. (eds.), Beck'scher Bilanz-Kommentar, 11th ed. 2018, § 289e, rec. 1; *Kajüter*, Der Betrieb 2017, 617 (623).

²⁷ Parliamentary Document 18/9982, p. 53.

²⁸ Regarding the scope of the auditor's competence: *Mehring/Hartke/Pieper*, Die Wirtschaftsprüfung 2018, 494 (494 et seq.); *Seidler*, Der Betriebsberater 2018, 1067; *Kälberer*, Zeitschrift für Bilanzierung, Rechnungswesen und Controlling 2018, 194 (198) with further references.

However, if a company required to report voluntarily includes the non-financial information in the substantive audit, the audit results must also be published in accordance with sec. 289 para. 4 HGB²⁹.

There is, however, an interrelation between this apparent relief and the auditing duty of the Supervisory Board according to sec. 171 AktG, which now expressly extends to the non-financial parts of the report. Whereas the Supervisory Board may in principle rely on the auditor's audit opinion in view of the annual financial statements³⁰, this possibility does not exist for the unaudited non-financial information. Sec. 111 para. 2 AktG therefore gives the Supervisory Board the authority to commission an additional substantive audit of the non-financial disclosures. In view of the severe criminal and administrative sanctions in case of untrue reporting (sec. 331 et seq. HGB)³¹, this right should be widely used.

2. Background: Corporate Social Responsibility and Environmental Protection

2. 1. Idea of Corporate Social Responsibility

The introduction of non-financial reporting duties is a cornerstone of the strategy forcefully pursued at the European level to induce undertakings to act “responsibly”. Although the notion of Corporate Social Responsibility increasingly enters the stage in the (economic) policy and legal debate, a generally accepted definition has not emerged³². And this may well not be necessary at all: It is a concept more than a distinctive and subsumable legal term³³. In its Communication from the year 2011 already mentioned above, the Commission describes Corporate Social Responsibility as “the responsibility of enterprises

²⁹ The duty to publish applies according to art. 2, 4 CRS-RUG for the first time to statements regarding fiscal years beginning after 31 December 2018, see for this the report of the Committee for Law and Consumer Protection, Parliamentary Document 18/11450, p. 50.

³⁰ See only *Hoffmann-Becking*, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, Vol. 4, 4th ed. 2015, § 45 rec. 15 with further references.

³¹ For details, see *Seibt*, *Der Betrieb* 2016, 2707 (2714).

³² *Schneider*, in: *Schneider/Schmidpeter* (eds.), *Corporate Social Responsibility. Verantwortungsvolle Unternehmensführung in Theorie und Praxis*, 2nd ed. 2015, p. 21 (23).

³³ Illustrative *Klene*, *Wertpapiermitteilungen* (*Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*) 2018, 308.

for their *impacts* on society”³⁴ and thus provides a suitable starting point (if environmental issues in an anthropocentric sense are understood also as a “social” issue). That the keyword (“impacts”) reappears in the central provisions of the CSR Directive and the CSR-RUG is hardly surprising before this backdrop.

There is agreement that an enterprise which is “responsible” within the meaning of Corporate Social Responsibility will not be guided in its actions exclusively by profit maximization but will instead also be aware of the consequences of its business operations for matters of public interest and for parties frequently referred to as “stakeholders” (shareholders, employees, customers, investors etc.) and will consider these in its business decisions³⁵. The undertaking is viewed as an actor integrated in civil society not only with legal commitments but also social ones³⁶.

What goes with this is that behavioural rules for Corporate Social Responsibility are basically legally non-binding; the concept is not an originally legal one, but has its origins in the social, communications and economic sciences³⁷. Especially responsible entrepreneurial action goes by definition beyond the fulfilment of the legal “minimum standard”: Anyone who merely complies with the requirements of a permit to operate a plant under emission control law cannot claim to have any special sense of responsibility, but at best to be in compliance³⁸. In contrast, the installation of an additional pollutant filter which is not legally required can demonstrate actually practiced Corporate Social Responsibility. All the same, “juridification tendencies” are apparent, in particular induced at the European level with the CSR Directive being a prime example³⁹.

³⁴ Communication of the Commission of 25 October 2011, A new EU strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility of the undertakings (CSR), COM(2011) 681 final, p. 6 (emphasis added).

³⁵ Green Paper of the European Commission of 18 July 2001, Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility, COM(2001) 366 final, para. 24; *Kirsch*, in: Hofbauer/Kupsch (eds.), Rechnungslegung, 89. Akt. 2018, § 289b rec. 1; *Schneider*, in: Schneider/Schmidpeter (eds.), Corporate Social Responsibility. Verantwortungsvolle Unternehmensführung in Theorie und Praxis, 2nd ed. 2015, p. 21 (24).

³⁶ This is intended to be expressed by the also very common term of “Good Corporate Citizenship”, cf. *Spießhofer*, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler (eds.), Corporate Compliance, 3rd ed. 2016, § 11 rec. 1 et seq.

³⁷ *Grützner/Jakob*, in: Grützner/Jakob (eds.), Compliance von A-Z, 2nd ed., 2015, Stichwort: „Corporate Social Responsibility“; *Klene*, Wertpapiermitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht) 7/2018, 308.

³⁸ For the relationship between Compliance and Corporate Social Responsibility see: *Spießhofer*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2018, 441 (442 et seq.).

³⁹ *Schneider*, in: idem/Schmidpeter (ed.), Corporate Social Responsibility. Verantwortungsvolle Unternehmensführung in Theorie und Praxis, 2nd ed. 2015, p. 21 (24 et seq.);

But, as will be shown in more detail later, the substantive requirements of Corporate Social Responsibility remain of a non-binding, persuasive nature⁴⁰.

2. 2. Environmental Protection as a Central Concern of Corporate Social Responsibility

The protection of the environment was and is one of the central concerns and fields of application of Corporate Social Responsibility⁴¹. The call for responsible action is particularly obvious where “hard” external restrictions through legislation or market rules do not lead to optimal results. The consumption of natural resources for the purposes of entrepreneurial activity causes economically negative externalities⁴². The costs involved in this are borne (partly) by the general public and are not (fully) reflected in the price paid by the customers of a company for its goods or services. Price mechanisms fail in this respect as a limiting factor.

Without state intervention, such a market failure threatens to result in the overexploitation of natural resources⁴³. The spectrum of legal measures for the protection of the environment and the volume of environmental laws, which has been growing inexorably for decades, are accordingly vast. The established instruments of environmental law reach from regulatory prohibitions to informal agreements⁴⁴. But legally binding requirements of environmental law are always the result of a political compromise between environmental protection and free (economic) development, and the legal expression of a weighing of conflicting positions based on fundamental rights, which must be balanced by the legislator and the executive. On a case-by-case basis this potentially allows great scope for the reduction of environmental pollution through entrepreneurial action. This is the point where environmentally conscious Corporate Social Responsibility begins.

Spießhofer, in: Hauschka/Moosmayer/Lösler (eds.), *Corporate Compliance*, 3rd ed. 2016, § 11 rec. 2 et seq.; a “gradual” changing of the law through Corporate Social Responsibility is attested by *Altemeier*, *Anwaltsblatt* 2015, 950 (950).

⁴⁰ See III. below.

⁴¹ See for example the empirical analysis by *Zülch/Kretzmann*, *Der Betrieb* 2016, 677 (680).

⁴² See for example *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5th ed. 2013, p. 81, 594 et seq. Regarding the connection between external effects and Corporate Social Responsibility, see also *Schreyögg*, *Die Aktiengesellschaft* 2009, 757 (762).

⁴³ Fundamentally: *Hardin*, *Science* 162 [1968], p. 1243 et seq. (“tragedy of the commons”).

⁴⁴ Details in II.2 below.

This applies, in particular, to international companies and groups which operate also in countries and regions where far less rigorous environmental standards apply than in Europe. To counteract the deficits founded in this, appeals have been made to undertakings already for some time to consider environmental and social issues throughout the world to a special extent going beyond their obligations and to impose respective obligations upon their business partners. A well-known example is the Global Compact of the United Nations from the year 1999 which companies can accede to in order to commit to protective and preventive environmental standards, among other things. This tradition is continued by the CSR Directive and the CSR-RUG by according a prominent role to environmental issues⁴⁵.

3. Non-financial Reporting Duties as a Novel Governance Instrument of Environmental Law

3. 1. (Desired) Effect of non-Financial Reporting Duties

By incorporating environmental and social issues into the annual management reports of large capital market-oriented corporations, the European Union pursues an ambitious goal: It is said to be no less than a disclosure duty that is *«vital for managing change towards a sustainable global economy by combining long-term profitability with social justice and environmental protection»*⁴⁶. Measured by this, the novelties practically hidden in the German Commercial Code from the perspective of environmental law appear quite nondescript. Accordingly, their mode of action is rather subtle:

a) Indirect influence through information

The starting point of the Directive and the transposing law is the realisation that consumers, investors and other “stakeholders” of an undertaking consider not only the “hard” corporate key figures when taking consumption and investment decisions, but increasingly also “soft” non-financial factors, more particularly the environmental impacts of an undertaking⁴⁷. Already in the year 2001, in a Green Paper on Corporate Social Responsibility, the Commission developed the *triple bottom line* concept according to which *«the overall performance of a company should be measured based on its combined contribution to economic*

⁴⁵ See I.2. above.

⁴⁶ Recital 3 CSR Directive.

⁴⁷ Recital 3 CSR Directive; Parliamentary Document. 18/9982, p. 1.

*prosperity, environmental quality and social capital*⁴⁸. Investors, too, increasingly determine the “true” value of an undertaking in a combination of financial and non-financial factors⁴⁹.

This development is the expression of an evolving environmental awareness and explains why many large undertakings already today publish voluntary “sustainability reports” or similar statements on ecological and social issues, in addition to the obligatory financial reports⁵⁰. These undertakings frequently commit to the observance of the frameworks referred to as guidance in art. 19a para. 1 subpara. 5 Accounting Directive and sec. 289d HGB⁵¹. But the necessity or meaningfulness of a legal obligation to provide non-financial reports is not yet explained by this. If customers and investors in any case demand information on Corporate Social Responsibility and base their commercial decisions on that, undertakings would be forced already by the laws of the market to meet these demands and to use their Corporate Social Responsibility as a «value added instruments»⁵². Apparently both the European and the German legislator see a further need to catch up here.

For this, they chose the path via form to content: The CSR Directive and the transposing laws of the member states do not create any substantive environmental obligations. The undertakings being addressed are not forced to adjust their environmentally relevant business activities, but are only indirectly induced to do so: Anybody would hesitate greatly to attest “serious negative impacts” on the environment from one’s own business. But sec. 289c para. 3 No. 3 HGB now requires this to be done if it is objectively the case and the relevance thresholds are exceeded⁵³. Undertakings will make strenuous efforts—this is at least the apparent belief of the Union and national legisla-

⁴⁸ Green Paper of the European Commission of 18 July 2001, Promoting a European framework for Corporate Social Responsibility, COM(2001) 366 final, p. 30; see also *Fleischer*, in: Hommelhof/Hopt/Werder (eds.), *Handbuch Corporate Governance*, 2nd ed., 2009, 185 (205); *Velte*, *Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung* 2017, 325 (325 et seq.) with further references.

⁴⁹ Empirical study by *Gutsche/Gratwohl/Fauser*, *Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung* 2015, 455 et seq. as well as *Gutsche/Gratwohl/Schulz*, *Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht* 2017, 332 (345).

⁵⁰ Communication of the European Commission of 25 October 2011, a new EU strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility COM(2011) 681 final, p. 14; See for example the report “Unternehmerische Verantwortung Bericht 2016” of Deutsche Bank AG, available at <https://cr-bericht.db.com/2016/de/index.html> (last accessed on 11 May 2018).

⁵¹ See I.2.c) above; specifically for EMAS certification also III.2.b) below.

⁵² *Zühlch/Kretzmann*, *Der Betrieb* 2016, 677 (681).

⁵³ Necessity in order to understand the course of business, the business results or the situation of the company as well as the impacts on environmental and social issues (sec. 289c para. 3 HGB); see I.2.c) above.

tors—to avoid such self-denunciation. Even stakeholders who have so far not focused on the aspects of Corporate Social Responsibility will possibly turn away from a company if negative side effects of its business activities become evident in this way. Some investors are even (self-)committed to participate only in corporations with sustainable business operations⁵⁴.

This indirect effect puts a price tag on inadequate Corporate Social Responsibility which management must take into account in taking business decisions. Efforts to protect the environment which prevent a disadvantageous non-financial statement thereby become comparatively advantageous and thus easier to justify as an entrepreneurial measure. Through this—actual or even only anticipated—reaction of third parties to the non-financial reports, they become an information and market based governance instrument.

This effect is reinforced—at least in the legislator’s intention⁵⁵—by the *comply-or-explain* mechanism in sec. 289c para. 4 HGB, according to which corporations required to report must explain if and why they do not pursue any “policy” in view of environmental and other aspects of Corporate Social Responsibility⁵⁶. Again, the HGB imposes no obligation to implement such policies. But surely no company will want to suffer the ignominy of declaring that it has no “policy” for its actions in relation to environmental and social issues. In view of the criminal and administrative sanctions in secs. 331 et seq. HGB, the untruthful failure to disclose reportable environmental impacts or claiming to have an environmental policy that in actual fact does not exist is in any case not viable in the long term.

b) Dynamisation through periodisation

In addition, there is the periodicity of corporate reporting, which invites a comparison between reporting periods. As in the case of the annual financial statements, the stakeholders will typically want to observe a positive development compared to the previous year’s report. Corporations required to report are therefore compelled to improve not only their business results but also their “environmental balance sheet” compared to the previous year by removing liabilities and reporting new initiatives and successes. In this way, the re-

⁵⁴ A prominent example is the Norwegian state pension fund, which is obliged under the guidelines of the Norwegian Finance Ministry to give up participations in case (among others) of serious environmental damage due to the investment object; the English version of the guidelines is available at https://www.regjeringen.no/contentassets/7c9a364d2d1c474f8220965065695a4a/guidelines_observation_exclusion2016.pdf (last accessed on 11 May 2018).

⁵⁵ Regarding the possibly limited effectivity see IV.2 below.

⁵⁶ See I.2.c) above.

porting duty can generate a continuously dynamic process for the realisation of environmentally and socially comparable entrepreneurship⁵⁷.

c) Indirect extraterritorial effect

For undertakings that operate internationally, which is typically the case for the “large” and “capital market-oriented” companies and groups required to report, the reporting duty can additionally lead to an extraterritorial radiating effect of European social and environmental standards⁵⁸. Whereas the reach of substantive legal requirements generally ends at the national borders because of the principle of territoriality in public international law⁵⁹, the undertakings required to report are also obliged to accurately describe the environmental consequences of their business activities in third countries, including the chain of supply (to the extent reasonable). Whatever may be admissible under local environmental law can at the same time constitute a reportable “serious negative effect” within the meaning of sec. 289c para. 3 no. 3 HGB. To avoid this statement a corporation affected by this must “export” the European standards.

If the legislative expectations are fulfilled, the CSR Directive will lead through the backdoor of commercial law to a higher degree of responsible business management, not least of all with regard to environmental issues.

3. 2. Inclusion in the Instrumental Systematics of Environmental Law

The legislator and the administration permanently face a *regulatory* or *instrumental choice*⁶⁰. For the achievement of a constitutionally, legally and/or politically determined goal, a virtually unlimited number of regulatory and enforcement mechanisms is available and can be used alternatively or combined with each other as an “instrumental mix”⁶¹. The traditional prohibitory law, proto-

⁵⁷ The possibility of a “*virtuous circle*”, i.e. the opposite of a vicious circle, is also described by Häfner/Kiesel/Wirthmann, Zeitschrift für Umweltpolitik und Umweltrecht 2017, 299 as well as Zülch/Kretzmann, Der Betrieb 2016, 677 (681).

⁵⁸ This idea is also suggested in the reasons for the law, Parliamentary Document 18/9982, p. 1.

⁵⁹ See only Herdegen, Völkerrecht, 15th ed. 2016, § 26 rec. 4 et seq.

⁶⁰ Regarding the concept of *regulatory choice*, see Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, p. 591 et seq.; see also *idem.*, in: Müller/Schuppert, Corporate Governance im Wandel, 2011, p. 17 (23).

⁶¹ For details see Michael, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (eds.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Vol. II, 2nd ed. 2012, § 41.

typically enforced by administrative order, is but one tool among many⁶².

At least in German administrative law, environmental law has established itself as a traditional venue for legislative and administrative creativity and is therefore characterized more than any other legal field by an instrumental variety and diversity⁶³. Apart from the conventional “command-and-control” instruments, steering taxes with financial effects⁶⁴, market-based *cap-and-trade* systems⁶⁵, cooperative forms of action⁶⁶ and information activities of authorities⁶⁷ now exist. In contrast, corporate reporting has so far not been a part of this. This raises the question of how this new instrument relates to the known forms of action of environmental law, i.e. in which compartment of environmental law “toolbox” it has found its place.

a) Non-financial reporting as a “soft” regulatory approach

Different models for the characterization and categorization of regulatory strategies are discussed in the legislative and administrative sciences. A first rough localization of the duty to disclose non-financial reports is made possible for example by a scale developed by the OECD, which groups the forms of state intervention in a total of eight gradations from *free market* to *command-and-control regulation*⁶⁸. This includes the category of *mandatory information disclosure (to enhance consumer choice)*, which corresponds with the information-based functioning of non-financial reporting described in III.1. (insofar as further stakeholders are added to consumers, especially investors). This is the second most liberal form of intervention on the OECD scale.

On the four-stage⁶⁹ scale proposed by *Hoffmann/Riem*, ranging from “imperative government regulation” to “private self-regulation”, the reporting duty

⁶² For the background of the so-called governance approach, see for example *Vofskuhle*, *Verwaltungsarchiv* 92 (2001), 184 (194 et seq.); *Schulze-Fielitz*, in: idem (ed.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, *Deutsche Verwaltung-Beiheft* 7, p. 11 (43 et seq.); *Bumke*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (eds.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, p. 73 (103 et seq.).

⁶³ Thus, the description and systemization of the instruments of environmental law in *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 4th ed. 2016, § 5, occupies no less than 1.800 paragraphs.

⁶⁴ E.g. the taxation of fossile energy carriers in accordance with the German Energy Tax Law.

⁶⁵ E.g. the European emissions trading scheme.

⁶⁶ E.g. remediation agreements in accordance with sec. 13 para. 4 Federal Soil Protection Act.

⁶⁷ E.g. the location register in accordance with sec. 16a para 1, 4 Law on Genetically Modified Organisms.

⁶⁸ Presented and commented on by *Schuppert*, *Governance und Rechtsetzung*, 2011, p. 128 et seq.

⁶⁹ *Hoffmann-Riem*, in: idem./Schmidt-Aßmann (eds.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, p. 261 (300 et seq.).

also appears near the liberal end, namely in the category “government induced self-regulation”. This is characterized by the fact that only a legal framework is created within which societal forces ideally achieve the desired regulatory aim themselves⁷⁰. That is done here through the legal reporting duty, which provides an incentive system intended to motivate the undertaking in an interaction with other actors to raise environmental and social standards without any requirements being specified by the authorities.

This influencing effect also allows the obligation to provide non-financial reports to be interpreted as a form of so-called *nudging*. This concept, which is inspired by behavioural economics and is currently being controversially discussed, describes governance mechanisms which achieve regulatory goals merely through skilfully conceived stimuli and incentives without having to resort to orders and coercive action, which interfere to a greater extent and require stronger justification⁷¹. Governmental nudging does not directly restrict the objective freedom of the party affected, but instead provides an external impetus to influence the conduct of the party in its (actual or presumed)⁷² own interest⁷³. Especially in the mind of the European Commission, according to which undertakings themselves benefit at least in the medium term from efforts for Corporate Social Responsibility⁷⁴, the enforced self-reflection by way of the extended reporting duty constitutes precisely such “decision-making assistance”⁷⁵.

b) Non-financial reporting compared to conventional instruments of environmental law

The classification of non-financial reporting duties as an information and market-based form of influencing regulation allows a systematizing comparison with the known instruments of environmental law, which share certain features

⁷⁰ Detailed description and definition for example by *Eijfert*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (eds.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Vol. I, 2nd ed. 2012, § 19 rec. 52.

⁷¹ Fundamentally *Thaler/Sunstein*, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, 2nd ed., 2009, in particular p. 74 et seq.; introduction from the perspective of administrative law in *G. Kirchhof*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2015, 136 et seq.; in view of the CSR-URG also *Seibt*, *Der Betrieb* 2016, 2707 (2708).

⁷² Because of the pedagogical characteristics of the approach of *nudging*, *Thaler/Sunstein* themselves coined the term of “libertarian paternalism”.

⁷³ Examples in *G. Kirchhof*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2015, 136 (136).

⁷⁴ See III.1 above.

⁷⁵ However, whether the legislator and the administration are able and called upon to help private individuals and undertakings to take “better” decisions is disputed. The status of the discussion about “freedom and dirigisme”, see for example *Smeddinck*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2014, 245 (246).

with the duty to provide non-financial reports. The atypical guise of commercial law itself does not rule out structural parallels with the form and effect of the established forms of action. At the same time, contrasting with other instruments can sharpen the eye for the characteristic features of non-financial reporting.

EMAS certification

Looking for such parallels, one first comes across the European *eco-management and audit scheme* EMAS. Its current version, based on Regulation (EC) No. 1221/2009 (“EMAS III”)⁷⁶, EMAS gives undertakings and other organizations the possibility to submit to a comprehensive monitoring and reporting system for environmental impacts and to have its implementation certified by an external environmental auditor. A central building block of EMAS is the so-called environmental statement in which the EMAS-certified organisation prepares and publishes the environmentally relevant company information (art. 4 para. 1 d EMAS III). The necessary contents also include, according to art. 2 No. 18 EMAS III, information on environmental policies and environmental management systems, environmental aspects and impacts and on environmental programs and goals. This shows clear overlaps with the list in sec. 289c para. 3 HGB. The EMAS environmental statement is thus also one of the international frameworks referred to in the CSR Directive, CSR Guidelines and the CSR-RUG, which corporations can use as guidance for the preparation of their non-financial statement (art. 19a para. 4 Accounting Directive; point 1, 19 CSR Guidelines, sec. 289d HGB)⁷⁷.

Accordingly, the mode of action of the EMAS that is hoped for is similar to that of non-financial reporting: The Commission expects EMAS certification to «*encourage companies voluntarily to set up site or company-wide environmental management and audit systems that promote continuous environmental performance improvements*»⁷⁸. EMAS can thus be considered, with respect to environmental disclosures, as a model for the duty to provide non-financial reports.

However, a closer look reveals structural differences. Foremost among them, the EMAS certification with the accompanying environmental statement

⁷⁶ Regulation (EC) No. 1221/2009 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 allowing voluntary participation by organizations in a Community eco-management and audit scheme and repealing regulation (EC) No. 761/2001 and Commission decisions 2001/681/EC and 2006/193/EC, OJ EU No. L 342, p. 1.

⁷⁷ See also Recital 9 CSR Directive and Parliamentary Document 18/9982, p. 52.

⁷⁸ Green Paper of the Commission of 18 July 2001, European framework for Corporate Social Responsibility, COM(2001) 366 final, para. 40; in depth regarding the functioning of “regulated self-regulation” through EMAS *Leijer*, Das europäische Umweltmanagementsystem EMAS als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung, p. 85 et seq.

is legally entirely non-binding. The facultative EMAS certification is merely “rewarded” through partial deregulation, in addition to possible reputational gains, for example in the form of facilitations in the permit proceedings under emission control law in accordance with sec. 58e of the German Federal Emissions Control Act. In contrast, the special feature of the non-financial reporting introduced through the CSR Directive consists precisely of the binding nature for the undertakings within its scope of application.

Elsewhere, the EMAS certification goes beyond the duty to provide non-financial reports: It is not limited to the informative environmental statement but also sets substantive standards, for example for setting up an internal environmental management (art. 4 para. 1 b EMAS III) and for continuous improvements beyond the legal minimum standard (art. 2 No. 1, art. 18 para. 2 c EMAS III). If an undertaking fails to satisfy these requirements, the certification fails likewise. Reporting for the purposes of commercial law is purely information-based; from a legal point of view it is either “right” or “wrong”, but never inadequate in substance.

The parallelism with the EMAS certification consequently exists primarily in the form of the statement on environmental issues and in the basic approach of creating indirect incentives for environmentally friendly action (also) through the transparency of the environmental impacts of business activities.

Governmental information activity

The duty to provide non-financial reports shares its information-based mechanism with the various manifestations of governmental information activities. Public institutions can influence the consumption and investment behaviour of third parties through tips and recommendations, thereby indirectly controlling and influencing the environmentally relevant conduct of undertakings. The recommendation when purchasing electrical devices to check their energy efficiency⁷⁹ is intended for example to induce consumers to choose economical products – and inversely to motivate producers to offer more such models.

As in the case of the non-financial statement, the persuasive effect on the market players here occurs only indirectly, namely through the actual or anticipated reaction of third parties to the information (consumers, investors, other stakeholders). Binding requirements are imposed neither upon the parties directly addressed nor upon the parties indirectly affected⁸⁰. However, a struc-

⁷⁹ Example in *Kloepfer*, Umweltrecht, 4th ed. 2016, § 5 rec. 1304 (footnote 1500 there).

⁸⁰ But it does not follow from this that such informative action has as a matter of principle no intervening character. In depth with regard to the requirements of the (basic) law, in particular before the background of the prerogative of the law, see *Schoch*, Die Schwierigkeiten

tural difference from non-financial reporting does exist in terms of the author of the information. The undertakings subject to a reporting duty themselves provide information, albeit on the basis and within the framework of a legal requirement, about their major environmental impacts and the policies relating thereto, whereas governmental information activity is characterized by the triangle consisting of the informing entity, the mediator being addressed and the indirect (“actual”) subject of regulation. The undertaking required to report therefore itself controls, within the legal framework, whether and how to take an influence on the content of the information by adjusting its environmental policies. The party exposed to governmental information activities, in contrast, typically has no influence on the contents of the communication. Moreover, the reporting duty technically follows directly from the law, whereas informative activities represent an act of administrative enforcement.

Information and labelling duties

The characteristic of non-financial reporting obligations that the issuer of the information is at the same time the subject matter of the regulation is shared with the governance instrument of environment-related information and labelling duties⁸¹. Thus, for example, the producers of certain electrical devices are obliged under the German Energy Consumption Disclosure Ordinance (*Energieverbrauchs-kennzeichnungsverordnung*) to indicate the energy efficiency of their products in a standardized format. Here, too, market players are thus obliged to make a “self-declaration” in order to enable in particular consumers to make purchase decisions on the basis of environmentally relevant information and preferences. This is entirely consistent with the fundamental mechanism of non-financial reporting, so that the greatest structural parallels exist with such environment-related information and labelling duties.

But the crucial difference is the reference object of the information. Labelling duties are product-related, whereas the obligatory disclosures of environmental impacts according to secs. 289b et seq. HGB comprise the entire company or group required to report. This global view is immanent in the basic approach of Corporate Social Responsibility which understands the undertaking in its entirety as a social actor⁸².

The comparison with established instruments of environmental law thus

des BVerfG mit der Bewältigung staatlichen Informationshandelns, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2011, 193 et seq.

⁸¹ Regarding this category in general, see for example *Kloepfer*, *Umweltrecht*, 4th ed. 2016, § 5 rec. 458.

⁸² For this, see already II. above.

highlights partial commonalities, but on the whole confirms the novelty of the governance approach in the framework of corporate reporting in accordance with commercial law. The basic principle of indirect behavioural influencing through information is, however, well known and comprehensively researched⁸³. Therefore, in the future analysis of the legal and factual effects of non-financial reporting, reference will have to be made partly to the findings developed in the case law and the literature with regard to these related forms of action. A simple transfer of familiar patterns would, however, ignore the special features of non-financial reporting as a company-related information-mediated and market-based governance instrument.

4. Points of Criticism and Open Questions

Whether the duty to report on environmental and social issues will prove to be an efficient and suitable means to enhance responsible entrepreneurial action will have to be observed in future reporting periods. The management reports already published for the fiscal year 2017 do not allow any final evaluation in this respect, in particular as the dynamisation effect⁸⁴ described above can begin to occur no earlier than in the next reporting period. It therefore remains to be seen whether the desired persuasive effects will outweigh the expenditures for the company-wide generation and aggregation of information, and whether the stakeholders will in actual fact sensibly react as expected to non-financial disclosures. It is therefore to be welcomed that the CSR Directive provides in art. 3 for an evaluation of the results by 6 December 2018.

At this point and at this time we will therefore only briefly discuss some of the aspects raised by the CSR Directive and the CSR-RUG.

4. 1. Inadequate Definitiveness of the Statutory Provision

According to sec. 289c para. 2, 3 no. 4 HGB, which transposes art. 19a para. 1 Accounting Directive into national law, a corporation subject to the duty of non-financial reporting must disclose information regarding, among other matters, environmental issues, provided that is *necessary* to understand the *course of business* of the company as well as the effects of the business activities, in-

⁸³ For example *Kloepfer*, Staatliche Informationen als Lenkungsmittel, 1998, p. 14 et seq.; *Hochbuth*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, 30 (30).

⁸⁴ See III. 1.b) above.

cluding the *principal risks involved* in the business activities which *very probably* have or will have *serious negative effects*, insofar as the information *is material* and the reports as well as the *handling* of these risks by the company is *proportionate*. This accumulation of vague legal terms throws doubt on the operability of the prohibitions. The fact that the criterion of “materiality” is a well-established concept in corporate reporting hardly alleviates the situation in this respect, as non-financial reporting concerns the materiality of the effects on matters of Corporate Social Responsibility and not the materiality for the course of business of the company⁸⁵. The lack of definitiveness of the provisions was thus also emphatically criticized in the German legislative process⁸⁶.

Especially in view of the fines and criminal penalties provided for in secs. 331 et seq. HGB and the rule of law principle of *nulla poena sine lege (stricta)* (art. 49 of the Charter of Fundamental Rights, art. 103 para. 2 of the German basic law), this legislative technique is questionable, even where the use of indeterminate legal terms is not entirely avoidable in the necessary abstract description of reportable information. Certain practical guidance can be provided by the CSR Guidelines, which can be expected to shape the interpretation and application of the new provisions. However, because of their formally non-binding nature, the CSR Guidelines cannot determine the objective normative content of sec. 289b et seq. HGB as well as the accessory criminal and administrative penal provisions. The CSR Guidelines even expressly point out that one cannot legally rely on compliance with them⁸⁷. All the same, consistent orientation by the CSR Guidelines should significantly minimize any risk of sanctions: On the one hand, it is to be expected that the courts will also be guided by the interpretation offered by the Commission when they apply the law, and on the other hand, the *bona fide* observance of “official” interpretations can have an exonerating effect under German criminal law⁸⁸.

A further consequence of the provisions’ ambiguity should be that the corporations concerned will for the purpose of risk minimization also have the non-financial statement audited in substance, either within the framework of

⁸⁵ As proposed, however, by *Fink/Schmidt*, *Der Betrieb* 2015, 2157 (2163); regarding the “change of perspective” of non-financial reporting, see also *Hinze/Freidank*, *ZfU* 2018, 21 (42) with further references.

⁸⁶ Statement No. 19/2016 of the German Lawyers Association on the government draft act to strengthen non-financial reporting by corporations in their management and group management reports, p. 11.

⁸⁷ CSR Guidelines, point 1; regarding the non-binding nature, see also *Mock*, *Der Betrieb* 2018, 2144 (2145 et seq.).

⁸⁸ Regarding these effects of formally non-binding statements, see *Schramm*, *Einseitiges informelles Verwaltungshandeln im Regulierungsrecht*, p. 109 et seq. and 106 et seq.

the annual financial statements by the auditor (cf. sec. 289b para. 4 HGB) or subsequently by order of the Supervisory Board (sec. 111 para. 2 AktG)⁸⁹.

4. 2. Unclear Requirements as to the “Policies” for Environmental and Social Issues

The room for interpretation the new provision provide has another effect: As an important element of the intended persuasive effect through reporting, the *comply-or-explain* mechanism of sec. 289c para. 4 HGB was identified. Under this provision, a corporation within the scope of the non-financial reporting obligations must explain when and why it pursues no special policy for handling the impacts of its business activities on the environmental and social issues named in sec. 289c para. 2 HGB⁹⁰. The CSR Directive and the CSR-RUG do not specify what requirements a “policy” must satisfy in order to suspend the duty to explain pursuant to sec. 289c para. 4 HGB. The reasons for the law merely state that these are *«explanations regarding the goals defined by the corporation in respect of a non-financial aspect, what measures it wants to take in that respect and the time period for this, how management is involved in these measures, and what processes [...] it wants to carry out»*⁹¹. The CSR Directive simply takes the meaning of the term for granted and the CSR Guidelines also remain quite vague on this point: For example, it is said that undertakings can disclose information on who in their organization is responsible for monitoring a specific concept or on strategies for the reduction of hazardous chemicals⁹².

Given the terminological openness of the CSR Directive and the CSR-RUG, undertakings should easily be exposed to the suspicion that, in anticipation of the reporting duty, some ineffective form of process has been installed in order to be able to refer to a policy. Such formal “sham policies” are not intended by the reporting duty⁹³, but can hardly be prevented through the nebu-

⁸⁹ For this, see I.2.d) above. It is telling that the provision of sec. 111 para. 2 AktG was only subsequently inserted into the CSR-RUG as a reaction to criticism of the proposed legislation, in this respect see *Kajüter*, *Der Betrieb* 2017, 617 (624).

⁹⁰ For this, see I.2.c) above.

⁹¹ Parliamentary Document. 18/9982, p. 49.

⁹² CRS Guidelines, point 4.2.

⁹³ See *Kajüter*, *Der Betrieb* 2017, 617 (621), whose assessment that the development and adjustment of policies only for the purposes of reporting is *per se* contrary to the legislative intention, is, however, not convincing. Where a policy is effective in terms of the minimization of disadvantageous impacts of the business activities, that achieves precisely the intended steering effect of the reporting duty. This fails only in case of purely formal sham policies for the purpose of evading the obligation to make an explanatory statement in accordance with sec. 289c para. 4 HGB.

lous term “policy”. Given this fact, the *comply-or-explain* may not be able to fully be effective as intended and of allowing “greenwashing” with little substance⁹⁴.

4.3. Connection of the Reporting Duty to the Business Relevance

As already explained⁹⁵, the core concern and the essential novelty of the CSR Directive and the CSR-RUG compared to the earlier reporting regime consists of the extension of corporate reporting to the consequences of business activities for external environmental and social issues. In accordance with this objective, the list of reportable aspects named as examples in sec. 289c para. 3 HGB mostly contains impacts of the business activities outside the corporation and only quite incidentally relates to financial reporting through the «*most significant non-financial indicators*» (No. 5) and the possibility of referring to «*amounts disclosed in the annual financial statements*» (No. 6).

Before this backdrop, it is surprising that, according to the filter in sec. 289c para. 3 HGB information is reportable only if that is necessary to understand the course of business, the business results or the situation of the company. This relevance criterion (partly) takes up the wording of art. 19 para. 1 subpara. 3 Accounting Directive (sec. 289 para. 3 HGB) which, however, as a provision regulating the management report, has as its subject matter precisely the performance indicators of significance to the business activities and thus any impacts within the undertaking⁹⁶.

The connection to the course, result and situation of the business in sec. 289c para. 3 HGB can therefore be understood as a concession to the traditional reporting regime. But in view of the goals of non-financial reporting on Corporate Social Responsibility, this restriction is not convincing: If stakeholders of a corporation are to be enabled to gain the most complete picture possible of the relevant impacts of the business operations on environmental and social issues, then this must logically also comprise impacts which, although significant, are not necessary to understand the course and results of the business or the business situation.

Whether and to what extent undertakings will actually exclude relevant issues from their non-financial reporting on the ground that these are supposedly not necessary to understand the course, results or situation of the business

⁹⁴For this, *Hinze/Freidank*, *Zeitschrift für Umweltpolitik & Umweltrecht* 2018, 21 (42) with further references.

⁹⁵ See III.1 above.

⁹⁶ Regarding the content of the management report, see I.2.c) above.

remains to be seen in the actual reporting practice. However, such a manner of proceeding should rarely be risk-free, as particularly significant environmental impacts will typically be relevant also to the understanding of the business, as already mentioned⁹⁷. This, however, does not close the apparently intended gap in the non-financial reporting.

5. Summary and Outlook

The extension of the annual management report through the additional requirements introduced by the CSR Directive and the CSR-RUG, which comprises a non-financial statement on aspects of Corporate Social Responsibility, is a novel kind of governance instrument to achieve environmental and social goals. The obligation of large capital market-oriented corporations to disclose the impacts of their business operations on matters outside the company to shareholders, customers, investors and other stakeholders is intended to provide an indirect incentive for “more responsible” business policies.

Such comparably subtle instruments of indirect governance are common and familiar especially in the field of environmental law. However, in terms of its concrete form and (desired) mode of action, the reporting duty is a novelty, not least of all because of its incorporation into corporate law.

The wording of the provisions of the CSR Directive and the CSR-RUG reveals drafting deficiencies in view of the accumulation of indeterminate legal terms which can at best be rudimentarily compensated for in the legal practice by way of the CSR Guidelines of the Commission. Moreover, the exclusion of impacts, the knowledge of which is not necessary to understand the course of business, the business results or the situation of the corporation, contradicts the purpose of non-financial reporting.

Whether the desired persuasive effects can be achieved by means of corporate reporting and will in particular justify the extra expenditures for the companies and groups concerned will transpire in the coming business years, in particular through a comparison of successive management reports. First empirical studies have so far shown greatly divergent results; only in few cases a detailed and transparent overview could be confirmed⁹⁸. Nonetheless, the innovative regulatory approach deserves further observation and support, ideally in a fruitful dialogue between environmental and corporate law.

⁹⁷ See I.2.c) above.

⁹⁸ Analysis of a great number of the DAX 30 undertakings first required to report (for the area of human rights) by *Wiedmann/Greubel*, *Der Betriebsberater* 2018, 1027, 1028.

III

OPINIONI E RECENSIONI

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

SUL VALORE NORMATIVO DELLA PERSONA. APPUNTI SU ALDO MORO GIURISTA NEL QUARANTENNALE DELL'OMICIDIO

INDICE: 1. Attualità di Aldo Moro giurista – 2. Cenno biografico – 2.1. Tre profili di metodo – 2.2. Tre profili di forma – 2.3. Tre profili circa il diritto e l'autorità – 3. Indicazioni per il presente

1. Attualità di Aldo Moro giurista

Il rapimento e l'omicidio di Aldo Moro hanno segnato un confine nella storia repubblicana, interrompendo un percorso di trasformazione istituzionale ed aprendo, di fatto, la crisi delle istituzioni nate dalla Costituzione e dalla fondazione della Repubblica.

È comprensibile, quindi, che il ricordo di quegli eventi drammatici abbia attratto, anche nel loro quarantennale, quasi interamente l'attenzione ed il dibattito pubblico, pur piuttosto limitato. Tuttavia, proprio il rincorrersi delle teorie sul rapimento e l'omicidio, sulle responsabilità ed i complotti, ha finito progressivamente per scolorire il profilo del loro protagonista, per far dimenticare il lascito intellettuale, politico ed umano di Aldo Moro.

In questa stagione, così povera di maestri, di intellettuali e di uomini delle istituzioni in grado di orientare ed ispirare la costruzione del futuro, invece, sembra urgente riprendere i tratti essenziali del pensiero e dell'azione di Aldo Moro. Poiché in Moro l'intellettuale e lo studioso, il politico e il cristiano, sono inestricabilmente collegati da una potente figura umana (FORMIGONI, 2016; MASTROGREGORI, 2016; MORO [R.], MEZZANA, 2014; CRAVERI, 2012; GOTOR, 2011; PERFETTI [F.], UNGARI, 2011; CAMPANINI, 1982; FONTANA, 1978; COPPOLA, 1976), anche solo metterne in luce un profilo consente di non trascurare la globalità del suo lascito e trarvi indicazioni per il presente.

In questa sede ci si vorrebbe limitare ad osservare il giurista Aldo Moro e, tuttavia, anche solo attraverso questo profilo non sembra difficile cogliere tratti generali del suo pensiero e, quindi, indicazioni per l'oggi. Naturalmente,

non si intende qui entrare nel merito delle questioni trattate negli scritti giuridici di Moro – non è questo lo scopo di queste pagine. Piuttosto, dallo studio delle sue opere si intendono trarre elementi di riflessione utili per il presente. Ci si limiterà, quindi, a nove sintetiche sottolineature, suddivise in tre aree di osservazione (premettendo un brevissimo cenno biografico, giacché non è lecito presumere siano note alcune informazioni rilevanti).

2. Cenno biografico

Aldo Moro è stato professore universitario di diritto penale e di filosofia del diritto. Come giurista, poi, ha fornito un contributo straordinariamente importante alla stesura della Costituzione.

Il suo percorso di studioso muove dal diritto penale – studiato sempre sul versante della teoria generale – per dedicarsi alla filosofia del diritto e tornare alla disciplina di partenza. Laureato nel 1938 in diritto penale, ha iniziato subito la sua carriera accademica. Nel 1940 ebbe l'incarico di filosofia del diritto nell'Università di Bari (che tenne fino al 1944) e le sue lezioni furono raccolte in dispense con il titolo *Lo Stato*, cui seguirono quelle dedicate a *Il diritto*, oggi raccolte in un unico volume (MORO, 2006). Insegnò anche storia delle dottrine politiche, filosofia morale e storia e politica coloniale. Ottenuta nel 1942 la supplenza di diritto penale (sostituendo Giovanni Leone, futuro Presidente della Repubblica), ottenne la docenza nel concorso bandito dall'Università di Urbino nel 1947, sicché fu nominato professore straordinario nella facoltà di giurisprudenza di Bari, divenendo professore ordinario nel 1951. Successivamente, passò alla facoltà di scienze politiche dell'Università La Sapienza di Roma, ove insegnò diritto e procedura penale fino al giorno del rapimento.

I suoi primi libri sono di grande rilievo (ed ancor oggi oggetto di estrema attenzione da parte degli specialisti). Dedicati al rapporto tra lo Stato e l'autore del reato, *La capacità giuridica penale* (MORO, 1939), *La subiezione della norma penale* (MORO, 1942) e *L'antigiuridicità penale* (MORO, 1947), presentano una singolare attenzione verso i soggetti della vicenda penale ed uno straordinario rigore sistematico (VASSALLI, 1982 [B]); allo stesso modo il libro, non più giovanile, su *Unità e pluralità di reati. Principi* (MORO, 1951); solo sporadici sono i suoi interventi successivi, assorbito ormai dagli impegni istituzionali ed autore, invece, di testi di natura politica – tant'è che le lezioni di diritto penale sono state pubblicate postume (MORO, 2005).

2.1 Tre profili di metodo

Come s'è detto, non è questa la sede per riprendere i contenuti giuridici delle opere di Aldo Moro, poiché lo scopo è trarvi materiali utili per la costruzione dell'oggi. Le prime tre sottolineature sono da dedicare al metodo.

a) **La persona in concreto come fine del diritto e delle istituzioni.**

La persona, colta nella sua vita materiale e reale, è l'unico elemento di costruzione del diritto e delle istituzioni nel pensiero di Aldo Moro.

Non si può non pensare subito (DE SIERVO, 1982) all'art. 2 Costituzione (*«La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale»*), che tanto deve alla mano di Aldo Moro (POMBENI, 1979): i diritti inviolabili sono riconosciuti, non creati dalla Costituzione, sicché esistono indipendentemente dall'autorità dell'ordinamento e dello Stato; essi si aprono – secondo la nota immagine della piramide rovesciata – dal singolo fino alla comunità internazionale (sicché – art. 11 Costituzione – non lo Stato o l'ordinamento ma “l'Italia” consente *«limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»*). La persona è colta come fonte e misura dei diritti. È l'essere umano vivente ad aprirsi ad una serie di relazioni che costruiscono l'autorità e l'ordinamento nella direzione della pace e della giustizia.

Quest'idea è già tutta – e radicalmente – presente nell'elaborazione teorica di Aldo Moro giurista. Nelle lezioni di filosofia del diritto (MORO, 2006; GAROFALO, 1979) si nega che il fondamento del diritto possa risiedere nell'utilità del singolo (295) o nella convenienza sociale ed individuale (297), facendolo divenire, invece, strumento per la “pienezza” (così vicina a quello svolgersi della personalità di cui all'art. 2 Costituzione). Non si tratta di una persona astratta, ma dell'essere concretamente vivente, con i suoi bisogni ed aspirazioni reali. È la vita il fondamento del diritto e dello Stato in Aldo Moro e la pienezza è *«energia esplicata in aderenza ad una intima verità che ne rappresenta la ragion d'essere»* (267) – e, singolarissimo per un giurista, *«l'amore è appunto energia conscia, slancio vitale»* ed *«ha in sé come implicito il concetto di una legittimazione, che non può non derivare da altro appunto che dalla verità che esso realizza»* (ivi). Fondare il diritto e l'autorità nella pienezza della vita e, ultimativamente, nell'amore è quanto meno singolare per un giurista e spiega più profondamente la radice dell'art. 2 Costituzione (PISICCHIO, 2012) – e il carattere radicalmente anti-autoritaria del sistema, sicché è interamente ribaltato il disegno classico (che ancora spiega i no-

stri sistemi fondati sullo Stato di diritto) per il quale *auctoritas non veritas facit legem*. Proprio la radice del diritto nella persona umana in concreto impedisce di ascrivere Moro ad una corrente interpretativa definita – essendovi elementi storicistici dell'idealismo cattolico (RUFFILLI, 1981), spunti crociani, tratti di liberalismo garantista, giusnaturalismo, pluralismo e progressismo (BOBBIO, 1982). Tuttavia, Moro giurista appare non ideologico (TORRESI, 2014) ed utilizza le diverse impostazioni di fondo per la costruzione di un quadro che ne assume gli elementi ritenuti utili.

La persona viva in concreto, nelle sue relazioni ed aspettative di pienezza è anche la radice dell'intera elaborazione penalistica. Pur risentendo della stagione in cui è stato scritto, il libro *La subiettivazione della norma penale* (MORO, 1942, da 45 a 64) è coerente nel vedere nell'interesse protetto dal diritto penale non quello dello Stato all'osservanza della legge, quanto quello della società colta nella sua interezza (sicché la pena sarà solo fatto valere da organi dello Stato, agendo l'interesse della società) e proprio nella protezione della collettività si spiega il *quid* di tutela in più del diritto penale rispetto a quella assicurata da altre tecniche giuridiche. La centralità del soggetto (CONTENTO, 1998) si chiarisce in *L'antigiuridicità penale* (MORO, 1947, 7) sicché quanto alla tutela penale «siamo chiamati a considerare gli interessi della vita sociale ai quali appunto il diritto appresta tutela, facendosi concreto nei soggetti che ne sono portatori». Quest'impianto è ancora più evidente nelle *Lezioni* tenute all'Università di Roma (MORO, 2005, *passim*): contrariamente all'unanime impostazione penalistica, che ricostruisce la materia alla luce della struttura del reato (sulla quale, comunque, MORO, 1951, *passim*), il sistema è costruito a partire dalla funzione della pena (95 – 163) e dalla protezione delle situazioni concrete di vita (sicché l'evento penalmente rilevante è «un frammento della vita sociale, è un avvenimento umano, è l'esplicazione dell'energia creativa propria dell'uomo» – 167 – che si confronta con l'energia che promana dalla norma giuridica che lo qualifica alla luce «dei giudizi e delle volontà dei soggetti che compongono la società» – 177). È chiaro allora che la funzione della pena è solo quella di restituire a dignità sociale il condannato (e su questo punto è essenziale il dibattito in Costituente, proprio tra Moro e Bettiol, intorno all'art. 27 Costituzione – per una complessiva considerazione del tema EUSEBI, 1998; BETTIOL, 1982; VASSALLI, 1982) e la norma penale garantisce «una situazione, un aspetto, un momento della vita sociale, un bene degli uomini, un valore della umanità» (MORO, 2005, 189).

La protezione del diritto penale, quindi, non persegue un interesse dello Stato – come si pensava quasi unanimemente – giacché l'interesse dello Stato è solo quello a proteggere l'interesse della persona alla vita o ad un suo aspetto

(MORO, 2005, 202); ne consegue che l'intero diritto penale è costruito sui suoi attori (la vittima, il delinquente e la sua capacità di delinquere).

b) Moro giurista anti-autoritario.

Proprio la concezione di fondo del diritto e dello Stato e delle loro funzioni, fanno di Aldo Moro un giurista – per quanto non esplicitamente – radicalmente anti-autoritario. In una stagione nella quale non sembrava lecito dubitare né del fatto che la capacità punitiva dello Stato è affermazione della sua sovranità, né della funzione retributiva (male della pena per il male del reato) della pena, Aldo Moro pone l'intero sistema a garanzia della persona e della sua capacità di realizzare sé stessa nella vita reale.

L'autorità non è funzionale ad astratti fini pubblici, alla sovranità dell'ordinamento, al primato della legge o alla libertà intesa come massimizzazione dei propri fini egoistici; il diritto è relazione tra persone concrete alla luce di valori storicamente definiti e mutabili, è esercizio concreto dell'autorità ma interamente funzionale alla realizzazione personale, è energia (della vita, della norma, del potere) che serve a conseguire risultati. L'autorità è del tutto funzionale alla persona.

c) Il diritto incarnato nella storia.

Proprio per queste ragioni, l'autorità e la legge (MORO, 2006) non hanno mai caratteri necessitati, ontologici. Si tratta di strumenti destinati ad essere usati nella relazione sociale tra uomini concreti. Come tali non sono mai punti di partenza, mutano nel tempo, non sono autorità in quanto tali cui richiamarsi nel discorso pubblico, ma concreti elementi di una relazione. In una stagione di costruzioni teoriche astratte (positivismo, normativismo, etc.), Aldo Moro guarda sempre alla vita, alla persona, alle relazioni sociali nel loro dinamismo. Non serve altro ancoraggio immutabile se non la fedeltà all'umanità.

2.2. Tre profili di forma

La lettura di Moro giurista sfata molti miti sulla complessità – ai limiti dell'incomprensione – del suo pensiero, sulla sua titubanza, attitudine alla mediazione (le “convergenze parallele”, per richiamare una frase mai pronunciata ma divenuta paradigmatica – MARTINAZZOLI, 1982, GUERZONI, 2008).

a) Chiarezza senza semplificazione

Il linguaggio di Moro è sempre terribilmente chiaro, identifica le idee che critica e gli argomenti che sostengono le sue con nettezza, frasi brevissime e

implacabili. Nulla è semplificato, non vi sono amputazioni. E, tuttavia, nulla è superfluo, le idee sono densissime, i libri brevi, le parole usate per definire scelte con precisione estrema, nulla manca e, tuttavia, lo scopo è quello di identificare con precisione il problema, le ragioni degli altri, le proprie. Si tratta di un linguaggio densissimo, ma altrettanto estremamente chiaro. Il pensiero è altrettanto implacabile e pulito. Moro, che mostra una cultura giuridica internazionale inusuale per l'epoca, riesce a raccogliere tutti gli elementi del problema senza amputarlo, ad ordinare le soluzioni in pagine brevi e dense, a criticarle in poche battute mostrandone l'insufficienza senza mai lo scopo di demolirle, ma per trovarne elementi per la costruzione di idee nuove.

b) Definire ed indicare

Così come non v'è incertezza nel pensiero, il linguaggio è anch'esso chiarissimo. Ha, però, l'ansia di non perdere ricchezza e possibilità, così definisce con precisione ed argomenta con un largo uso di sinonimi. Si legge chiarissima l'ambizione di far capire, di non perdere ricchezza nella definizione, di trattenerne i possibili significati ulteriori, le vie lungo le quali evolvere ancora. Si tratta di un linguaggio non diverso da quello utilizzato in Assemblea Costituente (DAMELE, 2016) ed utile a creare concetti in grado di evolvere con il tempo, di divenire materiale per ulteriori costruzioni. Il diritto è sempre un esercizio aperto, democratico fin nel linguaggio.

c) Sintesi in un'idea nuova e non mediazione.

Le monografie di diritto penale di Aldo Moro (particolarmente, MORO, 1942; ID., 1947; ID., 1951) sono straordinariamente chiare nell'indicare un metodo di confronto e dialogo. Aldo Moro mostra una capacità non comune di identificare tutti i profili rilevanti del problema e sintetizzare intorno ad essi le diverse interpretazioni datane dai giuristi europei. Le tesi diverse dalla sua sono considerate con precisione, a non volerne perdere nulla. Sono criticate in tratti essenziali, manifestando sempre obiezioni insuperabili, che colgono la tesi al centro e lasciano senza replica. Tuttavia, in questi sguardi diversi al problema, vengono sempre indicati gli elementi utili, i pregi, gli aspetti che vengono posti nella giusta luce, gli elementi di comprensione da non disperdere.

La tesi di Aldo Moro non è mai una mediazione tra quelle già presenti, ma deriva proprio da questo lavoro di critica attenta: individuati gli aspetti essenziali del problema attraverso la discussione delle idee maturate intorno ad esso, Aldo Moro propone sempre soluzioni originali che mostrano una propria implacabile coerenza proprio perché risolvono tutti i nodi problematici essen-

ziali; intorno a questa soluzione nuova, Moro recupera le idee che ha criticato, mettendo in luce come – intorno alla soluzione nuova ch'egli prospetta – anch'esse possano trovare una permanente utilità, per il fatto di fornire argomenti, risolvere aspetti specifici, vedere risolte alcune loro contraddizioni.

La soluzione di Moro non è mai intermedia, è sempre in grado di trascendere la dialettica presente e proporre una sintesi che si colloca in un punto di comprensione più alto. Il dialogo è essenziale, non solo per dar conto delle opinioni degli altri, criticarle e giustificare la propria; piuttosto, è come se lo studioso sia messo in grado di capire l'essenza del problema solo confrontandosi con le indagini di chi l'ha preceduto, se possa capire profondamente solo poggiandosi sul discorso degli altri. Ed in questo metodo sono ineluttabili la critica – perché si deve risolvere ciò che per il momento ha trovato soluzioni che si scoprono inadeguate – ed il dialogo – perché solo attraverso la discussione si scopre una soluzione più adeguata, perché le interpretazioni che si contestano contengono una porzione di verità che deve essere recuperata, perché la sintesi nuova e più profonda deve consentire di ricondurre ad essa anche il pensiero che con essa viene superato.

2.3. Tre profili circa il diritto e l'autorità

Come è facile capire, non è possibile riepilogare il pensiero penalistico di Aldo Moro in poche frasi. Tuttavia, allo scopo che ci si propone sembrano sufficienti tre richiami, alla funzione della pena, del diritto e delle istituzioni, per trarre indicazioni preziose per il presente.

a) Sulla funzione della pena.

Moro, come s'è accennato, è stato protagonista del dibattito in Assemblea Costituente sull'art. 27, in particolare trovando le ragioni per far prevalere il principio secondo il quale «*Le pene (..) devono tendere alla rieducazione del condannato*».

Si deve ricordare come da un punto di vista teorico, siano state date tre diverse spiegazioni della teoria della pena: quella retributiva, sicché essa è male che restituisce il male fatto dal condannato; quella preventiva, in ragione della quale la pena serve a difendere la società, infliggendo un patimento che ha le funzioni di intimidire chi voglia delinquere e assicurare la società; quella – appunto – risocializzante, per la quale punire significa restituire alla società il delinquente rieducato (EUSEBI, 1998). Quest'ultima idea, consacrata dalla nostra Costituzione, è certamente minoritaria in filosofia e nella scienza giuridica.

È interessante richiamare le ragioni per le quali Moro è stato sostenitore di quest'ultima idea. Non si tratta di un intuibile moralismo cattolico o dell'ottimismo della redenzione. Piuttosto, la sua radice è nell'idea di libertà. Certamente recludere un individuo per assicurare ed intimidire, significa strumentalizzare la vita del detenuto a scopi che non riguardano immediatamente la sua vita o la vicenda criminale di cui è stato parte. Allo stesso modo, la pena come vendetta (o retribuzione) difetta, se non altro, del criterio di commisurazione (come misurare, infatti, il dolore che è necessario infliggere per "ripagare" quello che il reo ha cagionato). Ma in Moro il tema è più profondo. La pena è il risultato dell'applicazione del diritto, è l'ordine che si ristabilisce dopo il disordine del delitto. In questi termini, *«la pena, con le sue limitazioni, è il segno del bene che riprende il suo dominio nella vita umana e sociale»* (MORO, 2005, 102). Le concezioni della pena dirette *«alla profilassi delle caratteristiche di pericolosità sociale del soggetto»*, non si concentrano sul disvalore della singola vicenda criminosa, sul dolore cagionato alla vittima, avendo a mente, piuttosto, la protezione di valori astratti (la legalità, l'autorità dello Stato e della sua legge penale) o collettivi (la difesa sociale, il valore di intimidazione). Per Moro le concezioni della pena diverse dalla sua si sondano solo su idee – quella del bene e del male, nel caso della teoria retributiva, quella della non libertà dell'uomo che agisce criminalmente quella preventiva. Ad essere centrale, invece, è il rispetto del criminale come uomo libero, capace di volere le sue azioni e di commettere il reato; la pena *«è ancorata (..) all'idea della libertà e responsabilità della persona»* (ivi, 106). Se il delitto è *«un atto di libertà»* (ivi, 108), l'uomo che lo commette non cessa di essere una persona ed è quindi inaccettabile che venga punito per rispettare un'idea (il bene e il male) ovvero divenendo uno strumento (di intimidazione per altri che vogliano commettere delitti e che saranno dissuasi dall'asprezza della sua pena ovvero per la società, che si sentirà protetta vedendolo così sacrificato). L'uomo che delinque continua ad essere una persona, è libero e deve essere rispettato. Quindi la pena dovrà essere diretta a restituire alla convivenza il delinquente, rieducandolo, trattandolo da uomo libero che può liberamente ritrovare le ragioni della convivenza al posto di quelle che lo avevano condotto al crimine. In questo quadro, la pena di morte (vale a dire quella che poi Moro avrebbe subito) è *«una vergogna inimmaginabile»* è *«un atto di cancellazione del bene»* (ivi, 115).

b) Sulla funzione dello Stato.

Per Moro, ancora in epoca pienamente fascista, il compito dello Stato è semplicemente quello di porre in essere le attività che possano determinare la

«*compiuta realizzazione dei fini dell'uomo*», anzi, lo Stato stesso non è se non svolgimento dei fini delle persone (MORO, 2006, 83). Non si può non cogliere l'elemento di novità del fondamento dello Stato nella massimizzazione della realizzazione della persona umana, in un'epoca ancora largamente dominata dallo Stato etico fascista. Anzi, esso è espressamente criticato perché lo Stato etico assume sé stesso come fine – ovvero fini etici – per via della «*estraneità allo Stato della persona*» (ivi, 82). Poiché è la persona che fonda il diritto e l'autorità, se questa resta ad essi estranea la loro autorità è priva di fondamento. Maggiore vicinanza mostra allo Stato di diritto ma perché questa concezione dello Stato consente la libertà e, per suo tramite, svolge «*il suo processo vitale, in attuazione di fini umani*» (ivi, 82).

La persona, quindi, ed i suoi fini di autorealizzazione e pienezza è il fine unico del potere e delle istituzioni. Vi si anticipano i toni del suo fondamentale discorso del 13 marzo 1947 all'Assemblea costituente, (Camera, 1070, 368) nel quale osserva che «*senza che diventi sociale, la democrazia non può essere neppure umana, finalizzata all'uomo cioè con tutte le sue risorse e le sue esigenze. Se essa resta strettamente politica, angustamente politica, questo raccordo con l'uomo, ch'è per il cristiano ragione essenziale di accettazione, diventa estremamente difficile ed, ove pure risultasse stabilito, si rivelerebbe effimero e poco costruttivo*».

Se lo Stato deve essere funzione della persona umana («*sta di fatto che la persona umana, la famiglia, le altre libere formazioni sociali, quando si siano svolte sia pure con il concorso della società, hanno una loro consistenza e non c'è politica di Stato veramente libero e democratico che possa prescindere da questo problema fondamentale e delicatissimo di stabilire, fra le personalità e le formazioni sociali, da un lato, lo Stato dall'altro, dei confini, delle zone di rispetto, dei raccordi*» – ivi) il tema fondamentale diviene quello del collegamento concreto tra la persona e lo Stato che le è funzionale: «*Ed io insisto, onorevoli colleghi, su questo punto: quello dei raccordi da stabilire, perché, quando noi parliamo di autonomia della persona umana, evidentemente non pensiamo alla persona isolata nel suo egoismo e chiusa nel suo mondo. Non intendiamo (..) di attribuire ad esse un'autonomia che rappresenti uno splendido isolamento. Vogliamo dei collegamenti, vogliamo che queste realtà convergano, pur nel reciproco rispetto, nella necessaria solidarietà sociale*» (ivi).

La libertà non si garantisce per sé sola, ma anche perché ne vengano garantite le libertà degli altri e lo Stato sia ad esse funzionale. Uno schema chiaro, essenziale, destinato ad animare tutta la sua riflessione: chi legga le sue opere giuridiche oppure le lettere dalla prigionia, troverà il ricorrere dell'idea che fondamento dell'ordine giuridico è la persona nelle sue relazioni sociali e che le autorità (come si direbbe oggi, multilivello) che la sovrastano sono sua emanazione, proiezione del bisogno fondamentale di vedere soddisfatte le proprie prete-

se mentre anche quelle degli altri trovano medesimo soddisfacimento (MORO, 1953).

c) Funzione della società.

Nell'opera più propriamente penalistica di Aldo Moro è facile imbattersi in una quasi confusione tra persona e società. Trattandosi di ragionamenti e prosa sempre estremamente precisi, la sovrapposizione potrebbe colpire. Essa si chiarisce se si guarda all'idea di società delle sue opere giovanili. In *Lo Stato. Il diritto* è già molto chiaro il metodo di svelare i nodi profondi delle teorie con cui ci si confronta (la società come somma d'individui – il cui difetto è quello di intendere l'individuo in modo astratto, privo delle sue relazioni – ovvero come organismo – il cui torto è quello di soggiogare la persona all'autorità, sicché non a caso si trattava delle teorie imperanti nella metà del Novecento, quando il pensiero di Moro viene proposto) e di superarle in una tesi più comprensiva (MORO, 2005, 257). L'idea della società, non è distante dall'approccio del personalismo e, tuttavia, segna un tratto originale. Nell'elaborazione di Moro la società appare come moltitudine (nella prospettiva della somma d'individui) che si trasforma per via della necessità della relazione tra le persone; attraverso la relazione la società raggiunge piuttosto l'universalità, perché la relazione stessa è per l'essere umano attraverso «*un difficile processo di realizzazione di sé medesimo, l'attuazione della più profonda verità della sua natura*» (MORO, 2005, 252). L'universalità, quindi, si realizza anche attraverso la commissione del male, che è tuttavia parte del «*processo di vita*» come «*incessante risoluzione di un problema di adeguamento dello spirito umano a sé stesso e quindi un continuo ricercare e fare la propria verità*» (MORO, 2005, 253). Il fine della società, quindi, «*è lo stesso per cui vivono e lottano gli individui*» (MORO, 2005, 254), vale a dire l'incessante realizzarsi dell'uomo attraverso l'esperienza sociale. Tra persona e società, quindi, c'è una relazione materiale ed ideale – diversa da quanto appare negli approcci sociologici, psicologici o economici – sicché l'una e l'altra si costruiscono reciprocamente nella realizzazione (nel senso proprio, del rendere reale) di un'unità che non è somma di singoli, né assorbimento in organismi che annullano l'individuo. L'unità, infatti, non è raggiunta attraverso la costruzione di un contenitore comune, ma per via della necessità dell'una all'altra, sicché non v'è persona se non entro le sue relazioni né società che sia altro dal farsi di quelle relazioni verso il fine dell'autorealizzazione (per cui «*il molteplice diventa uno e l'uno, a sua volta, vive nel molteplice*» – MORO, 2005, 257). Se il fine della società viene così spiegato, ne deriva anche il suo concetto: essa rappresenta «*la necessaria porzione universale di tutti gli individui*» (MORO, 2005, 259).

3. Indicazioni per il presente

Sembra limitante della ricchezza del pensiero di Moro, fornire, in pochissimi tratti, le ragioni della sua attualità e per larghi tratti della nostra necessità di tornarvi per avere indicazioni per il presente.

Certo, alcuni elementi riescono immediatamente evidenti. La fragilità delle nostre società contemporanee, non può non essere interessata all'idea della costruzione delle forme di convivenza attraverso la necessità della relazione per il singolo e della coincidenza del vivere comune con la costruzione delle condizioni per la piena autorealizzazione della persona nella sua vita concreta. La relazione tra persona e poteri (interessando qui più quelli privati e globali, rispetto a quelli pubblici e nazionali – tale è la loro crisi e ridotta rilevanza) ne riesce straordinariamente illuminata.

La debolezza straordinaria dell'autorità pubblica nel nostro tempo non può non trovare nella funzionalizzazione del potere alla realizzazione dei fini autonomi della persona e nel radicamento in essi le ragioni per rafforzare la democrazia e legittimarsi.

La crisi del diritto come regola razionale di convivenza non può non cercare nell'idea che anch'esso è funzionale solo alle ragioni dell'autorealizzazione della persona un fondamento solido che non lo renda strumentale solo alle ragioni dell'economia e del mercato; più ancora, l'idea che la pena si regga sul rispetto della libertà (della libera decisione di delinquere e di quella altrettanto libera di rientrare nella società), impone ai poteri ed al diritto di avvertire il bisogno di concretezza e di vita che impegna la loro azione.

Quanto al nostro dibattito pubblico ed al lavoro degli intellettuali – entrambi, al momento, di qualità straordinariamente bassa rispetto al passato – la costruzione della propria idea attraverso (e non contro) quella altrui, la ricerca di un punto nuovo e più comprensivo ove ricollocare il buono delle idee che si sono discusse e contrastate, la ricerca della chiarezza senza semplificazione (che è sempre amputazione della realtà o delle idee altrui), sono tratti del lavoro di comprensione del presente e di governo attraverso il pensiero che appaiono evidentemente urgenti.

La funzionalizzazione dell'autorità e del diritto alla persona viva in concreto, nelle sue relazioni e con la sua ricerca di pienezza ed autorealizzazione, chiamano insieme la responsabilità dei singoli – nelle loro relazioni –, delle comunità e delle istituzioni ad una responsabilità che appare così trascurata da rendere ragione di alcune delle significative inadeguatezze, sofferenze e storture del presente.

RIFERIMENTI

I) Opere di Aldo Moro

A. MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, Cedam, 1939

A. MORO, *La subiettivazione della norma penale*, Bari-Città di Castello, Luigi Macrì editore, 1942.

A. MORO, *L'antigiuridicità penale*, Palermo, Priulla, 1947.

A. MORO, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, Cedam, 1951

A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, Bari, Cacucci, 2005.

A. MORO, *Lo Stato. Il diritto* (lezioni degli anni accademici 1942-43 e 1944-45), Bari, Cacucci, 2006.

II) Altre opere citate (in ordine cronologico di pubblicazione).

G. FORMIGONI, *Aldo Moro. Lo statista e il suo dramma*, Bologna, Il Mulino, 2016.

M. MASTROGREGORI, *Moro*, Salerno Editore, Roma, 2016.

G. DAMELE, *The Bearable Ambiguity of the Constitutional Text. Arguing, Bargaining and Persuading in The Italian Constituent Assembly*, in D. MOHAMMED, M. LEWIŃSKI (eds.), *Argumentation and Reasoned Action Proceedings of the 1st European Conference on Argumentation*, College Publications, 2016

R. MORO, D. MEZZANA, *Una vita, un Paese. Aldo Moro e l'Italia del Novecento*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2014

T. TORRESI, *Aldo Moro nei suoi scritti giovanili: radici e prospettive di una cultura politica*, in R. MORO, D. MEZZANA, *Una vita, un Paese. Aldo Moro e l'Italia del Novecento, cit.*, 2014.

P. PISICCHIO, *Pluralismo e personalismo nella Costituzione italiana. Il contributo di Aldo Moro*, Bari, Cacucci, 2012

P. CRAVERI, *Moro, Aldo*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, vol. LXXVII, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, pp. 16-29

F. PERFETTI, A. UNGARI (a cura di), *Aldo Moro nell'Italia contemporanea*, Le Lettere, Firenze, 2011

M. GOTOR, *Il memoriale della Repubblica. Gli scritti di A. M. dalla prigionia e l'anatomia del potere italiano*, Torino, Einaudi, 2011.

C. GUERZONI, *Aldo Moro*, Palermo, Sellerio, 2008, pp. 224.

L. EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, Giuffrè, 1989.

G. BETTIOL, M. MARTINAZZOLI, F. TRITTO, G. VASSALLI, *Aldo Moro e il problema della pena*, Bologna, Il Mulino, 1982

G. VASSALLI, *Le funzioni della pena nel pensiero di Aldo Moro*, in G. BETTIOL, M. MARTINAZZOLI, F. TRITTO, G. VASSALLI, *Aldo Moro e il problema della pena, cit.*, 55-65.

G. BETTIOL, *La concezione della pena in Aldo Moro*, in G. BETTIOL, M. MARTINAZZOLI, F. TRITTO, G. VASSALLI, *Aldo Moro e il problema della pena*, cit., 69-80.

P. SCARAMOZZINO (a cura di) in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, Milano, Giuffrè, 1982

U. DE SIERVO, *Il contributo alla Costituente*, in P. SCARAMOZZINO (a cura di) in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, cit., 79-121.

N. BOBBIO, *Diritto e stato negli scritti giovanili*, P. SCARAMOZZINO (a cura di) in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, cit., 1-22.

G. VASSALLI, *L'opera penalistica*, P. SCARAMOZZINO (a cura di) in *Cultura e politica nell'esperienza di Aldo Moro*, cit., 23-39. [B]

G. CAMPANINI, *Aldo Moro. Cultura e impegno politico*, Roma, Il Poligono, 1982

R. RUFFILLI, *Religione, diritto e politica negli anni Quaranta: Aldo Moro*, in *Il Politico*, XLVI (1981), pp. 5-40.

N. BOBBIO, *Diritto e Stato nell'opera giovanile di Aldo Moro*, in *Il Politico*, XLV (1980), pp. 7-26

G. CONTENTO, *Il volto umano del diritto penale di Aldo Moro*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1998, 1151.

P. POMBENI, *Il gruppo dossettiano e il fondamento della democrazia italiana*, Bologna, Il Mulino, 1979

M.R. GAROFALO, *Aldo Moro: il diritto e lo Stato. Proposta di lettura delle lezioni di filosofia del diritto*, in *Studium*, 1979, 678-683

S. FONTANA, *Il pensiero giuridico di Aldo Moro*, in *Civitas*, XXIX (1978), pp. 41-62

A. COPPOLA, *Moro*, Milano, Feltrinelli, 1976.

CAMERA DEI DEPUTATI – SEGRETARIATO GENERALE, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Roma, 1970, Vol. I.

A. MORO, *Le funzioni sociali dello Stato*, in *Funzioni e ordinamento dello Stato moderno*, in *Quaderni di Iustitia*, n.2, 1953, 44.

DONATO VESE

Dottore di Ricerca (Ph.D.) presso la Scuola Universitaria Superiore IUSS Pavia
Professore a contratto presso il Dipartimento di Beni Ambientali e Culturali dell'Università
Statale di Milano
donato.vese@iusspavia.it; donato.vese@unimi.it

APPUNTI SUL METODO DI FELICIANO BENVENUTI

INDICE: Introduzione – 1. Il diritto come ordinamento della realtà sociale nel metodo di Feliciano Benvenuti – 2. La libertà della persona al centro del metodo di Feliciano Benvenuti – 3. Il metodo nel “disegno” benvenutiano: dinamicità, paritarietà e imparzialità – 4. Il metodo di Benvenuti e l’elaborazione di una teoria della funzione amministrativa – 4.1. L’influsso del metodo filosofico: Kelsen, Husserl, Rickert e Mach – 4.2. L’amministrazione oggettivata e l’influsso del metodo sociologico – 4.3. La visione costituzionale dell’amministrazione e la costituzionalizzazione del procedimento – 5. Il metodo giuridico nell’ultimo Benvenuti

Introduzione

Se Massimo Severo Giannini¹ aveva espresso insoddisfazione per le problematiche, piuttosto che per il metodo in senso stretto nell’ambito degli studi di diritto amministrativo, accogliendo la lezione esposta da Santi Romano nei *Principii*, Feliciano Benvenuti «ha proposto di lasciare alla *scienza del diritto amministrativo* lo studio delle teorie e dei principi col metodo giuridico [...] e di creare un *diritto della pubblica amministrazione*, “concreto, pratico, ...casistico”, che ponga a proprio oggetto l’intero fenomeno dell’amministrazione come appare storicamente condizionata ed esistente, con i suoi reali presupposti e le sue reali esigenze, con le sue possibilità e le sue difficoltà, con i suoi scopi e i suoi risultati»².

Rileggendo e interpretando i suoi lavori e quelli dei principali studiosi che si sono occupati del suo pensiero, nelle notazioni che seguono si cercherà di cogliere alcuni aspetti del metodo giuridico di uno dei più originali Maestri ita-

¹ M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, 1940, poi ripubblicato con aggiunte in *Quad. fior.*, 1973, p. 261 (da cui si cita). Giannini osservava che l’inadeguatezza riscontrata in tale ramo del diritto non era determinata da «un’intrinseca insufficienza dei metodi e della tecnica della scienza stessa, né da fondamentali errori d’impostazione o di costruzione delle sue nozioni, ma semplicemente da un’insufficienza di problematica».

² S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, p. 170, che cita F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Jus*, 1956, p. 149 (corsivo dell’A.).

liani del diritto amministrativo.

In tale prospettiva si è ritenuto di osservare il metodo benvenutiano suddividendolo idealmente in cinque parti che pongono al centro dell'attenzione alcuni temi tra i quali: *i*) la teoria del diritto come ordinamento della realtà sociale; *ii*) la libertà della persona come centro di gravità del diritto amministrativo; *iii*) la dinamicità, la paritarietà e l'imparzialità del procedimento amministrativo; *iv*) l'elaborazione di una teoria della funzione amministrativa a partire dall'influsso della filosofia e della sociologia; *v*) la visione costituzionale dell'amministrazione.

1. Il diritto come ordinamento della realtà sociale nel metodo di Feliciano Benvenuti

Nelle sue opere Benvenuti dà conto di riconoscere come la scienza giuridica si sia progressivamente allontanata dalla realtà del fenomeno amministrativo³ provocando, assieme al moltiplicarsi di ricerche di teoria generale, e con queste l'elaborazione di una parte generale del diritto amministrativo i cui risultati sono validi ben oltre l'amministrazione pubblica (solo per citarne alcuni, ottenuti dallo stesso Benvenuti, nel campo della teoria generale del procedimento⁴, dell'organizzazione⁵, dell'eccesso di potere⁶, del sindacato giudiziario⁷),

³ Secondo G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti, Atti del Convegno*, Venezia, 11 dicembre 1999, Padova, Cedam, 2001, p. 5 ss., ma in part. 8, è autentico merito di Benvenuti quello di aver saputo «collegare la fedeltà verso un sistema dato, ed acquisito in quanto tale, con la ricezione della realtà di fatto per alimentare in definitiva di nuova linfa quegli stessi istituti e animarli con nuovi contenuti o nuovi intrecci».

⁴ Di cui egli è peraltro indubbiamente artefice. In tal senso, per la teoria del procedimento amministrativo come luogo di inesauribile confronto tra amministrazione, persone e interessati in condizione di paritarietà, si v. F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, Cedam, 1975, p. 807, poi in *Scritti giuridici*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3223 ss.

Per la teorizzazione della funzione nella distinzione tra procedimento e processo, e specificamente tra funzione in senso obiettivo – ossia quale momento della trasformazione del potere in atto subiettivo come meccanismo d'imputazione – si v. la prolusione padovana poi confluita in F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1117 ss.

Il contributo dell'A., tuttavia, è ben più vasto e si può, senza pretesa di esaustività, completare con F. BENVENUTI, *L'attività amministrativa e la sua disciplina generale*, in *Atti del convivium regionale di studi giuridici*, Trento, 28 giugno 1957, Trento, 1958, 49 ss.; poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1509 ss.; ID., *Die italienische Verwaltung und der Entwurf eines Gesetzes über das Verwaltungsverfahren*, in *Verwaltungsarchiv*, 1958, pp. 1 ss.; poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1695 ss.; ID., *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento (quasi una conclusione*

anche uno sfasamento tra gli ulteriori sviluppi del fenomeno amministrativo nella storia e quegli stessi sviluppi nella scienza giuridica che ha portato questa seconda ad essere ormai inadeguata non solo a trattare l'intero effettivo campo della pubblica amministrazione, ma addirittura anche solo a comprendere i mutamenti in alcuni dei suoi istituti⁸.

A proposito della scienza giuridica, egli avvertiva l'esigenza di ambientare il fenomeno giuridico nella realtà sociale⁹. Pur riconoscendo nel diritto un fenomeno con una propria autonomia e in grado di autoalimentarsi, sicché è possibile farlo oggetto di studio particolare – ossia prescindendo dallo studio della realtà circostante – onde scoprirne i modi di manifestazione in un dato

autobiografica), in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 1723 ss.; poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 4381 ss.

⁵ Su cui si v. la prolusione tenuta all'Università Cattolica nel 1956 poi confluita in F. BENVENUTI, *Pubblica Amministrazione e diritto amministrativo*, cit., 149 ss., nonché in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1571 ss., ove, tra gli altri, è approfondito il tema della distinzione tra diritto come scienza e diritto come istituzione. Ma si v. pure ID., *L'organizzazione impropria della Pubblica Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 968 ss., ove viene ripresa la tesi di S. ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranalletti*, Padova, Cedam, 1930, pp. 431 ss., ora in ID., *Scritti scelti*, vol. II, Milano, 1950, pp. 299 ss., sul quale, in senso critico, cfr. M.S. GIANNINI, *Organi di mera erogazione e organizzazione impropria (a proposito degli enti di patronato)*, in *Riv. giur. prev. soc.*, 1959, pp. 3 ss., ora in ID., *Scritti*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 705 ss.

⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 1 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 991 ss.

⁷ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, Cedam, 1953, pp. 1 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. I, pp. 9 ss.; ma prima si v. ID., *Inefficienza e caducazione degli atti amministrativi*, in *Giur. cass. civ.*, 1950, pp. 915 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1051; ID., *Conflitto di attribuzione e regolamento di giurisdizione nel giudizio amministrativo*, in *Giur. it.*, 1950, pp. 1 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1037; ID., *Struttura del processo amministrativo e decadenza per il mancato deposito dell'atto impugnato*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1951, p. 1257, poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, p. 1091; ID., *L'onere del principio di prova nel processo amministrativo*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1952, pp. 776 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1103.

Per le opere successive alla monografia del 1953 si v. ID., *Sull'ammissibilità di ricorsi c.d. interruttivi nel contenzioso dei Tributi Locali*, in *Giust. fin.*, 1956, pp. 7 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. II, pp. 1439; ID., *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Il foro amm.*, 1982, pp. 532 ss.; ID., *Diritto sostanziale e diritto processuale: un caso clinico con una morale*, in *Il foro amm.*, 1980, pp. 1903 ss.; poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. IV, pp. 3615 ss.; ID., *Evoluzioni nel processo amministrativo*, in *Jus*, 1982, pp. 36 ss., (dalla relazione al Convegno celebrativo del 150 anniversario della fondazione di Consiglio di Stato, Torino, 27-29 novembre 1980), poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. IV, pp. 3673 ss.; ID., *La sospensione nel processo amministrativo*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 1987, pp. 1 ss., (dalla relazione tenuta al convegno "Il giudizio cautelare amministrativo: aspetti e prospettive", Brescia, 4 maggio 1985); ID., *Nuovi indirizzi nel processo amministrativo*, in *Dir. ec.*, 1998, pp. 523 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 4517 ss.; ID., *La giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica in Amm. contab. Stato ed enti pubbl.*, 1998, 169-172, (dall'intervento all'omonimo convegno tenutosi a Siena il 13-14 giugno 1997).

⁸ F. BENVENUTI, *Pubblica amministrazione*, cit., p. 155.

⁹ F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo. Parte generale*, Padova, Cedam, 1987, p.

8.

momento, Benvenuti osservava come il diritto fosse anche un fenomeno sociale, che, in quanto tale, trova la sua stessa ragione di esistere nella società in cui si manifesta e nella quale pone un ordinamento. Di ciò egli era ben consapevole tanto che nel suo metodo accoglieva l'idea secondo la quale, assieme alle esigenze del sistema giuridico, il diritto deve soddisfare le esigenze del sistema sociale in cui esso vive.

In questa prospettiva è agevole notare come gli *Appunti* benvenutiani si snodino attorno al concetto che egli ha di diritto e di metodo del diritto quale fenomeno sociale. «Si chiama dunque diritto (obiettivo), nell'ambito di una Società quell'insieme di regole che *ordinano* in modo uniforme la *libertà* e l'*autorità*, disciplinando le loro manifestazioni e i loro rapporti»¹⁰. Vi è, dunque, la consapevolezza che solo se le posizioni di libertà sono eguali per tutti, esse possono dirsi effettivamente appartenenti ad ognuno dei consociati, di modo che l'autorità non si ponga d'ostacolo alla libertà di ognuno.

Il sistema che permette la coesistenza della libertà con l'autorità – dei diritti pubblici soggettivi con la sovranità – è rappresentato da ciò che viene definito un sistema uniforme; e poiché l'uniformità esclude l'arbitrarietà, un sistema uniforme, secondo Benvenuti, è per forza di cose un sistema ordinato. Sicché «questo ordine uniforme, o, se lo si guarda dal lato dinamico, questo *ordinamento uniformatore* è [e non può che essere] il *diritto*»¹¹.

Nel diritto le regole, poiché ordinano uniformemente libertà e autorità disciplinando le loro manifestazioni e i loro rapporti, hanno quale loro intrinseca caratteristica la bilateralità, ossia l'essere dirette a regolare le relazioni tra almeno due soggetti: sta in ciò, secondo la riflessione benvenutiana, la naturale conseguenza del fatto che il diritto sia essenzialmente un fenomeno sociale¹².

2. La libertà della persona al centro del metodo di Feliciano Benvenuti

Si è osservato in dottrina¹³ come in Benvenuti il diritto sia ordinamento, anche nel senso di «insieme di collegamenti razionali, ordine e coerenza complessiva del sistema»¹⁴.

¹⁰ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 6 (corsivi aggiunti).

¹¹ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.* (primo corsivo aggiunto).

¹² F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 7.

¹³ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 108.

¹⁴ Su cui cfr. S. CASSESE, *Cultura e politica*, *cit.*, pp. 134-135. «Mentre il *Corso* di Giannini è importante per gli orientamenti di fondo e per l'analisi ricchissima dei temi, negli *Appunti* di

Si tratta di un carattere non marginale per le implicazioni che ne derivano sul versante del metodo giuridico benvenutiano, perché pone in rilievo l'idea che il diritto «sia sempre e comunque ideazione dei giuristi e non solo dell'autorità»¹⁵. In quest'ottica, secondo Benvenuti, l'autorità potrà produrre leggi o sentenze, provvedimenti o decreti, ma l'ordinamento è e resta sempre una creazione teorica, «responsabilità dell'intellettuale»¹⁶. Entro tale orizzonte si colloca l'idea di fondo che è costituita dalla libertà della persona nei confronti dell'autorità e che costituisce, in fondo, il tema attorno a cui ruotano tutte le principali opere di Benvenuti¹⁷, caratterizzando profondamente anche il suo metodo.

È sulla centralità della libertà della persona che viene capovolto il paradigma della relazione tra libertà e autorità, rispetto alla tradizione¹⁸. È sulla libertà l'ultimo libro di Benvenuti¹⁹. Sebbene vi abbia dedicato una lunga e prolifica attività di studioso del diritto pubblico e amministrativo²⁰ è solo con il

Benvenuti domina l'impegno volto verso l'architettura, il *disegno* complessivo» (corsivo aggiunto). È emblematico come circa vent'anni dopo, Benvenuti intitolerà il suo manuale di diritto amministrativo *Disegno dell'amministrazione italiana*.

¹⁵ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 108.

¹⁶ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.* Benvenuti sottolinea non di rado quest'aspetto della scienza giuridica. In particolare, egli afferma come la scienza, e in particolare la scienza giuridica, rappresenti un continuo tentativo di raggiungere verità e certezze che dipendono, però, solo dalle scelte e, perciò, dalle posizioni e, nel diritto, da quella che egli chiama «etica dell'osservatore».

¹⁷ È evidente come l'intera produzione scientifica di Benvenuti si incentri sul tema della libertà della persona. Non vi sono argomenti che egli ha trattato in cui può dirsi che non si sia misurato con la libertà dell'individuo: con la partecipazione e il procedimento, con la democratizzazione delle strutture burocratiche, con una nuova idea della legislazione, con il regionalismo, con il diritto paritario, con la demarchia, infine, allorché la situazione dell'autorità era tale da non sembrare più utile mutarla in tutto o in parte – apparendo la necessità di aprire vie alla libertà che potevano prescindere dall'autorità stessa – con l'autoamministrazione.

¹⁸ Su cui si v. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 103, il quale aggiunge: «la libertà è insieme anima e conseguenza giuridica necessitata della concezione costituzionalmente orientata del rapporto amministrativo».

¹⁹ Su cui, tra tutti, si v. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, in *Jus*, 2008, pp. 323 ss., ma sul punto spec. pp. 328-329. «La riflessione sull'amministrazione come parte dell'organizzazione sociale approda così coerentemente alla previsione di uno statuto del cittadino, del nuovo cittadino, portatore insieme di diritti di libertà e doveri di solidarietà, investito di una capacità in proprio di provvedere in forma singola o associata alla cura di finalità di interesse generale: guardando a un compiuto espandersi del principio democratico che investa insieme istituzioni e società e che Egli sintetizza nella nozione di “demarchia”». Da ultimo, si v. G. PASTORI, *L'insegnamento di un maestro*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, pp. 143 ss.

²⁰ È singolare come prima di tale opera Benvenuti non senta mai il bisogno di trattare direttamente della libertà. La sua opera generale, gli *Appunti di diritto amministrativo*, segna il momento del capovolgimento e si avvia l'edificazione dell'intero diritto amministrativo dalle posizioni soggettive delle persone. Ma, in esso, è presente un'informazione saggiamente sintetica delle diverse posizioni soggettive e il fondamento del discorso nelle norme

*Nuovo cittadino*²¹ che viene fatto oggetto diretto di trattazione l'argomento della libertà, come è evidente già dal sottotitolo: *tra libertà garantita e libertà attiva*²².

Va detto che, come tutti i frutti della sua ricerca, l'opera è maturata in maniera graduale, per certi versi forse anche in modo involontario come è confessato dallo stesso Benvenuti nella *Presentazione* dell'opera²³, ma senz'altro essa è stata oggetto di una lunga meditazione²⁴. Un'autobiografia, ma anche un'autocritica – come lo stesso Benvenuti ammette²⁵ – che ripercorre le tappe salienti e gli approdi dei suoi scritti e che allo stesso tempo ne fa cogliere meglio il metodo.

Pur aderendo come giurista alle tesi neopositivistiche²⁶ ed accogliendo la concezione che guarda al diritto come «natura creata dall'uomo» e quindi come campo da studiare con le stesse «metodiche di una scienza naturale»²⁷, vi è la consapevolezza che il diritto, anche quello amministrativo, come ogni fatto naturale, non possa fare a meno di adottare un punto di vista che relativizzi la co-

stituzionali sulle pretese individuali. Nell'*Ordinamento repubblicano*, non vi è nemmeno un cenno all'argomento. Nelle grandi opere sulla funzione, sulla partecipazione procedimentale, sull'amministrazione obiettivata, non si avverte la necessità di discuterne. Si sostituisce l'anima dell'esteso e possente edificio concettuale del diritto amministrativo e il potere lascia il posto alla libertà. Appare ormai evidente che, capovolto il rapporto autorità/libertà, non è più il potere a reggere la struttura, ma la libertà delle persone. Eppure, come si diceva, non la si definisce: «la libertà è un fatto; essa è oggetto della riflessione di diversi saperi; al giurista spetta misurare il rilievo giuridico» (cfr. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 105).

²¹ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, poi in *Scritti giuridici, cit.*, vol. I, pp. 869 ss.

²² Ossia dalla «libertà garantita» nei confronti delle istituzioni alla «libertà attiva» capace di farsi strumento essa stessa di amministrazione e capace di operare responsabilmente per finalità di interesse generale. Sul punto cfr. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo, cit.*, p. 329, nonché U. ALLEGRETTI, *La verità è nell'assunto. Stato e istituzioni nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti, cit.*, pp. 51 ss., ma spec. pp. 63-65.

²³ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, in *Scritti giuridici, cit.*, vol. I, pp. 873. «Quando ho iniziato a scrivere queste pagine non pensavo né di farne un libro né di farne un'autobiografia [...] benché mi fossi posto come obiettivo quello di scrivere soltanto un'introduzione a una rielaborazione di due miei contributi. Si fa riferimento, in particolare, a *L'Ordinamento repubblicano* e agli *Appunti di diritto amministrativo*.

²⁴ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 874. «Le idee che qui sono esposte non sono il frutto di una invenzione improvvisa ma la somma di una serie di assaggi che, sulla base di una intima immutata persuasione, hanno cercato di scoprire quanto di nuovo scaturendo dal vecchio».

²⁵ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 875. Un'autocritica, perché «nella grande disputa che si svolge attraverso i secoli tra la razionalità e l'irrazionalità della conoscenza, sono stato sempre portato verso il bisogno di *certezze*, pur se temperato dalla consapevolezza del *dubbio*» (corsivi aggiunti).

²⁶ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 874, dove è lo stesso A. ad affermare che da interprete-tecnico «ader[ì] all'inizio alle tesi neopositivistiche accettando una concezione del diritto come [...] campo da studiare con le stesse metodiche di una scienza naturale».

²⁷ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.* «Mi convinsi, allora, che il diritto come “natura” doveva essere studiato attraverso elementi tratti dal suo interno, escludendo ogni *inframmettenza* di *interessi finalistici* che non potevano non turbare l'*esatta* comprensione» (corsivi aggiunti).

noscenza: l'aver accolto il punto di vista della persona e della posizione fondamentale di libertà a questa spettante, nel riformulare i rapporti fra la persona e l'autorità²⁸, così da poter proporre poi una ricostruzione di tali rapporti nei termini diversi, se non addirittura antitetici, rispetto a quelli che ci aveva consegnato il diritto amministrativo tradizionale, in ciò si può dire che vi è già una precisa scelta di metodo, la quale poi sarà alla base di tutta la lunga attività di studioso e di cultore del diritto pubblico e amministrativo.

Come si è osservato in dottrina²⁹, la libertà in Benvenuti può essere colta anche quale metodo storico in funzione della tutela della libertà c.d. attiva della persona.

In tal senso lo storicismo benvenutiano appare di grande attualità per il fatto che disvela la marcata relatività che esiste nelle modalità di configurazione del potere pubblico. Se è evidente, infatti, che la libertà è soprattutto un concetto storicamente determinato e in permanente confronto con il potere³⁰, il monito che Benvenuti lancia è allora nel senso di mettere in dubbio anche quei principi giuridici fondamentali che pretendono di rappresentare le invarianti del rapporto giuridico pubblicistico.

Ciò è chiaramente affermato quando, sul significato della libertà attiva, viene ribadito come «non sia per nulla appagante postulare la necessità del riconoscimento di questa nuova libertà se poi la stessa non fosse collocata nell'ambito della storia, o, meglio, nell'ambito di quella evoluzione dello Stato contemporaneo dove ogni affermazione di libertà è stata espressa mediante precetti giuridici»³¹.

3. Il metodo nel “disegno” benvenutiano: dinamicità, paritarietà e imparzialità

Per rintracciare ancora il metodo benvenutiano occorre rileggere alcuni passi del *Disegno dell'amministrazione italiana*³².

²⁸ Sul punto cfr. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, cit., p. 324.

²⁹ In tal senso si v. B. SORDI, *Istituzioni e storia*, in *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., pp. 39 ss., ma spec. pp. 46 ss., il quale, nel sottolineare la grande attualità dello storicismo di Benvenuti, spiega come non vi siano invarianti nel suo pensiero al di là dei valori della libertà, individuale e collettiva.

³⁰ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., pp. 104, che spiega come Benvenuti, capovolgendo l'idea tradizionale della relazione libertà/autorità, tesse il «filo di un'idea libertaria», la quale resta pur sempre minoritaria nel nostro Paese.

³¹ Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit., pp. 912.

³² F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive*, Padova, Cedam, 1996.

Il titolo dell'opera è già di per sé significativo. Non si ha in mente né un *Corso*, né un *Manuale*, né tanto meno un *Trattato*, ma un «*Disegno*» perché esso cerca di far comprendere il fenomeno dell'Amministrazione nelle sue linee sia positive che prospettive utilizzando, per così dire, il chiaroscuro che nel disegno serve a dare la dimensione globale della cosa rappresentata»³³.

Consapevole della tradizionale concezione dell'amministrazione come rappresentazione statica e «bidimensionale» – vale a dire di un'amministrazione posta nello spazio assegnatole dal diritto costituzionale e dal diritto suo proprio – Benvenuti offre una rappresentazione dinamica e «tridimensionale» di amministrazione, colta cioè anche nel suo tempo (passato presente futuro), che allarga lo spazio a quel diritto delle persone che viene generalmente sacrificato di fronte alla forza dell'autorità³⁴.

Tenere presente il tempo, in Benvenuti, significa scorgere quelle «linee positive» che sono componenti del fenomeno amministrativo – come è per il rapporto tra libertà e autorità, tra autoamministrazione e burocrazia, tra diritti di partecipazione all'esercizio della funzione amministrativa e poteri d'impero esercitati unilateralmente, infine tra politica e amministrazione – e tentare di tracciarne «le prospettive»³⁵.

Di concezione statica si parla soprattutto in riferimento al tradizionale modo di concepire il procedimento amministrativo. È noto come in passato le persone non avessero alcun accesso alla funzione amministrativa, tanto che il provvedimento che le riguardava veniva adottato dai vari enti e organi e senza il loro consenso. In altre parole l'amministrazione procedeva in vista dell'adozione dell'atto finale sulla base di apporti esclusivamente interni, spettando ad essa soltanto l'esercizio della funzione.

Benvenuti avvertiva come l'esercizio della funzione amministrativa avesse completamente ignorato i destinatari della stessa, connotando il procedimento per una spiccata staticità nei confronti delle persone, alle quali, ove i prov-

³³ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 1.

³⁴ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.* Sull'argomento della forza da parte dell'autorità pubblica si v. L.R. PERFETTI, *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello Stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, 1, pp. 3-43 (consultabile in *open access* al link <http://ojs.uniurb.it/index.php/pea/article/view/1250/1148>). Secondo l'A., che, nello scritto fa ampio uso del metodo della comparazione con altri ordinamenti e con altre scienze, 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 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.

³⁵ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, *cit.*, p. 2.

vedimenti adottati fondamentalmente *inaudita altera parte* dall'amministrazione avessero leso le loro prerogative, non restava che la via dei ricorsi sia in sede amministrativa che in sede giurisdizionale (secondo ciò che egli definisce «libertà passiva»³⁶).

Alla visione statica del procedimento, già in tempi non sospetti³⁷, Benvenuti ne contrapponeva una dinamica, per avvalorare i risultati conseguiti sul versante della teoria generale.

Se il procedimento non viene concepito in modo statico, ma viene valorizzata al suo interno la posizione della persona nei confronti dell'amministrazione, ciò che consegue è che l'autorità muta non solo il suo atteggiamento di fronte al potere, ma addirittura la sua stessa posizione nell'ambito dell'ordinamento. Il fatto di ascoltare gli interessi coinvolti, prima di decidere, tende a porre l'amministrazione su di un livello paritario con la persona e, dunque, a fare dell'attività amministrativa un'attività necessariamente e non solo teleologicamente imparziale³⁸, secondo il principio dell'art. 97 Cost.

La necessaria presenza del procedimento se da un lato postula l'imparzialità dell'amministrazione, dall'altro postula anche un rapporto di paritarietà tra questa e la persona. Occorre precisare che i valori sottesi a queste due espressioni, imparzialità e paritarietà, non si pongono sullo stesso piano. Ciò perché se si guarda alla posizione di paritarietà della persona, si deve escludere che essa abbia una specularità rispetto all'imparzialità dell'amministrazione. Se la paritarietà significa possibilità di partecipare all'esercizio della funzione, tale possibilità non può essere configurata come un dovere pubblico, essendo la collaborazione della persona rimessa ad una sua insindacabile valutazione. Viceversa l'imparzialità ha nel nostro ordinamento un valore permanente e inderogabile: l'amministrazione, in virtù del principio dell'art. 97 Cost., non può non essere imparziale poiché ciò costituisce prima

³⁶ F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino, cit., passim*.

³⁷ Basti pensare che il saggio "Funzione amministrativa, procedimento, processo" risale al 1952, mentre il saggio "Per un diritto amministrativo paritario" è del 1974, rispettivamente quaranta e venti anni prima dell'introduzione della legge sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990).

³⁸ In questo senso si profila la qualità dell'amministrazione come soggetto imparziale, ossia come soggetto che non deve essere l'unico conduttore della funzione ma deve riconoscere a ciascun altro coinvolto nel procedimento la propria parte. Benvenuti spiega anche come l'enormità del numero degli atti amministrativi che vengono portati all'esame dei giudici è dimostrazione eloquente di tale situazione, cui va aggiungendosi l'atteggiamento, ormai quasi connaturato dei cittadini, di aggirare l'autorità ponendo in essere comportamenti se non eversivi, almeno evasivi.

ancora che un dovere, una componente essenziale del suo agire³⁹.

Come si può vedere quelle del *Disegno* benvenutiano non sono linee fisse e immutabili, tracciate una volta per tutte. Sono invece linee che scorrono continuamente lungo il corso dell'intera trattazione, quali risultati, sì del diritto positivo, ma che tengono sempre in considerazione la realtà sociale, il dato fenomenico, il mondo circostante e con essi le altre scienze che se ne occupano. Tant'è che il continuo emergere dei dati della realtà conferisce all'opera un andamento per così dire spezzato e, appunto, tridimensionale come è di ogni rappresentazione prospettica e non istantanea.

Di qui la consapevolezza che «ogni aspetto della cultura contemporanea è fatto di continue acquisizioni che [...] rappresentano il presupposto delle successive [...]». Ciò è vero nell'opera delle scienze naturali e in quella delle scienze morali». Sicché apparirà superfluo aggiungere che l'intera opera benvenutiana, nell'ottica di formulare un metodo del diritto amministrativo per quanto possibile aperto al dialogo con gli altri saperi, non deve essere vista come un risultato definitivo, ma come «un tentativo e, appunto, un *disegno*»⁴⁰.

4. Il metodo di Benvenuti e l'elaborazione di una teoria della funzione amministrativa

4.1. L'influsso del metodo filosofico: Kelsen, Husserl, Rickert e Mach

Appare utile, ora, mettere in rilievo i principali punti di contatto fra il metodo di Feliciano Benvenuti e quello di alcuni filosofi nella elaborazione della sua teoria della funzione amministrativa⁴¹.

Con la teoria della funzione⁴², nel segno di un continuo e vivace confronto con la filosofia, Benvenuti offre un'impostazione originale che avvalora in termini giuridici il processo di trasformazione del potere conferito all'amministrazione dall'ordinamento giuridico, in una decisione concreta de-

³⁹ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 240-242, dove si aggiunge che l'imparzialità ha un valore sostanziale sia per quanto riguarda la configurazione del soggetto, sia per quanto concerne la validità dei suoi atti.

⁴⁰ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 3.

⁴¹ Se ne dà ampiamente conto in L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., *passim*, ma spec. pp. 109-117, ove l'A. mette in luce come la teoria benvenutiana della funzione vada colta anche in relazione alla sua profonda sensibilità per l'indagine filosofica.

⁴² G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 10, secondo il quale Benvenuti è tornato ripetutamente sulla sua teoria della funzione, «eleggendo questo concetto a punto centrale della propria riflessione».

stinata ad imporsi ai destinatari con la particolare efficacia giuridica dell'esecutorietà⁴³.

Va detto, anzitutto, che l'avvento della teoria della funzione in senso giuridico non è da ricollegarsi necessariamente alla distinzione metodologica tra strutturalismo di impostazione kelseniana⁴⁴ e funzionalismo⁴⁵, in voga nel Novecento e che ha avuto una forte eco anche nell'ambito del diritto amministrativo⁴⁶. Senonché è invece evidente come la teoria della funzione – con cui viene spiegato il procedimento e la sua relazione con il processo – sia essenzialmente ispirata all'impianto kelseniano. Ciò che non può mettersi in dubbio è che l'elaborazione della teoria della funzione in termini giuridici resta pur sempre debitrice dell'impianto normativista, soprattutto con riguardo al rilievo «forma-

⁴³ In questi termini cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 108. Negli *Appunti di diritto amministrativo*, cit., p. 85, Benvenuti spiega come «è attività giuridica la trasformazione di un potere giuridico, ipotizzato in una norma, in un atto, ossia in una concreta modificazione della realtà per effetto dell'applicazione di quel potere». Sul punto si v. ancora G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 10, secondo il quale la funzione in Benvenuti è «attività di mezzo tra la norma e l'atto».

⁴⁴ Sul punto cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 33 ss. L'A. spiega come storicamente lo scarso interesse per il problema della funzione sociale nella teoria generale del diritto sia da collegarsi proprio al rilievo che i grandi teorici della scienza giuridica Jhering e Kelsen hanno dato al diritto come strumento specifico, la cui specificità non derivava dai fini cui serve ma dal modo con cui i fini, quali che siano, vengono perseguiti e raggiunti. In tal senso, da una parte, deponeva la nota affermazione di H. Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig-Wien, Deuticke, 1934, tr. it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 2000, p. 72, secondo cui la dottrina pura del diritto «non [deve] considera[re] lo scopo che viene perseguito e raggiunto per mezzo dell'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo», dall'altra, l'influsso di Jhering, il quale, nonostante il titolo della sua opera, *Lo scopo nel diritto*, concentrava tutta l'attenzione non sul fine ma sullo strumento, cioè sulla coazione e sulla organizzazione di essa.

Nella stessa direzione cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, with a Poscript edited by P.A. BULLOCH e J. RAZ, Oxford, Clarendon, 1961, tr. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002.

⁴⁵ In tal senso le impostazioni (neo)giusnaturalista, positivista, libertaria, su cui si v. L. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1977, tr. it. (par.) *I diritti presi sul serio*, Bologna, Il Mulino, 1982, (ma in senso contrario cfr. R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974, tr. it. *Anarchia, stato e utopia*, Milano, Il Saggiatore, 2000; J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon, 1980, tr. it. *Legge naturale e diritti naturali*, Torino, Giappichelli, 1996) e i suoi aggiornamenti, fra cui cfr. J. RAZ, *The Concept of a Legal System: an introduction to the theory of legal system*, Oxford, Clarendon, 1970, tr. it. *Il concetto di sistema giuridico un'introduzione alla teoria del sistema giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1977, che hanno posto in evidenza la validità degli elementi funzionalisti.

⁴⁶ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 53, spiega come l'avvento dello strutturalismo abbia offuscato nel panorama europeo le teorie pluraliste. Su quest'ultime per il diritto amministrativo, fra tutti, si v. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946, e ora anche A. ROMANO, *L'«ultimo» Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 2013.

le, sostanziale e materiale [...] dei diversi regimi di efficacia della decisione»⁴⁷.

Un profilo di maggior contatto fra il metodo benvenutiano e l'impostazione normativista va ravvisato nella relazione che lega il funzionamento della *Grundnorm* kelseniana alla spiegazione del potere come energia giuridica in Benvenuti⁴⁸. Come la *Grundnorm* ha infatti la funzione di conferire validità alle norme, nel senso di assegnare ad esse un'energia giuridica di cui sarebbero altrimenti prive, così il potere conferisce validità alla decisione amministrativa in Benvenuti; sicché si è di fronte a due tipi analoghi di trasformazione: dalla sovranità dell'ordinamento alla validità dell'ordinamento per Kelsen e dal potere alla decisione amministrativa per Benvenuti⁴⁹.

Una certa influenza sul metodo di Benvenuti ha esercitato la fenomenologia di Edmund Husserl⁵⁰, con riguardo soprattutto al rapporto tra giudizio e significato con cui si è aperta una breccia, per la ricostruzione in termini giuridici della funzione, alla teoria dell'intenzionalità e con essa alla distinzione tra atto mentale e fenomeno. Di qui, sul piano teorico della ricostruzione della funzione, è parso ragionevole ricollegare alla distinzione tra atto mentale e fenomeno la distinzione tra potere e provvedimento, conferendo alla funzione una natura trasformativa in qualche modo necessaria.

Come dichiarato dallo stesso Benvenuti⁵¹ e come messo in luce dalla dottrina⁵², particolare importanza per l'elaborazione della sua teoria della funzione hanno avuto anche Rickert⁵³ e soprattutto Mach⁵⁴. E ciò per due ordini di motivi: il primo per l'indicazione della funzione come rapporto di trasformazione tra dominio e codominio; il secondo per l'indicazione circa le "sensazioni" come mezzo di creazione e percezione della realtà che mette in rilievo il concetto di funzione come correlazione di fenomeni rispetto al tipico rapporto di causalità⁵⁵.

⁴⁷ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 110.

⁴⁸ Per quest'idea si v. L.R. PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 111.

⁴⁹ L.R. PERFETTI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁰ Su cui, tra le altre, si v. E. HUSSERL, *Logische Untersuchungen. Erster Theil. Prolegomena zur reinen Logik*, Halle, Niemeyer, 1910; ID., *Die reine Phänomenologie, ihr Forschungsgebiet und ihre Methode*, in *Tijdschrift voor Philosophie*, 1976, 38, p. 363; ID., *Erste Philosophie (1923-24). Zweiter Teil: Theorie der phänomenologischen Reduktion*, Haag, Nijhoff, 1956.

⁵¹ F. BENVENUTI, *Il diritto, scienza umana*, in *Jus*, XXX, 1983, pp. 3 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. IV, pp. 3797 ss, ma sul punto in part. p. 3800.

⁵² Si v. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 111; G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 9.

⁵³ Anche se, come vedremo, l'influsso delle tesi di Rickert su Benvenuti è più evidente e gioca un ruolo importante sull'argomento dell'«amministrazione oggettivata».

⁵⁴ E. MACH, *Erkenntnis und Irrtum. Skizzen zur Psychologie der Forschung*, Leipzig, Barth, 1905, tr. it. *Conoscenza ed errore: abbozzi per una psicologia della ricerca*, Torino, Einaudi, 1982.

⁵⁵ Cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 111.

La teoria sulla funzione e l'annessa epurazione del momento finalistico, se da un lato fanno emergere la distanza dell'impostazione benvenutiana⁵⁶ da quell'idea di Santi Romano⁵⁷ del potere come cura in concreto dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione e con l'elaborazione della funzione in ragione del suo contenuto, dall'altro ne fanno meglio cogliere l'adesione all'impostazione di Kelsen.

Vero è che nella teoria romaniana, come osservato in dottrina⁵⁸, elemento costitutivo del concetto di potere è il fine che gli è connaturato e il suo tratto peculiare è costituito dal perseguimento degli interessi oggettivi tutelati dallo Stato e quelli stessi che in lui si impersonano⁵⁹. In Romano il potere è quindi costruito come il momento in cui, avvalendosi della capacità giuridica, il soggetto afferma di poterla esprimere in una data direzione e con un determinato fine⁶⁰.

Appare chiaro, per quanto sinora visto, che il metodo di Benvenuti si allontana da quello romaniano cui la dottrina italiana del diritto pubblico era stata legata⁶¹.

4.2. L'amministrazione oggettivata e l'influsso del metodo sociologico

Sempre nell'ambito della teoria della funzione, va osservato ora come la presenza degli interessi delle persone nel procedimento amministrativo coinvolga la posizione dell'amministrazione, che così, tramite il contraddittorio, scende sullo stesso terreno dell'altra parte e ne diviene compartecipe. Più precisamente, secondo Benvenuti, nella concezione "partecipata"⁶² del procedimen-

⁵⁶ F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., vol. II, pp. 991 ss.

⁵⁷ Il riferimento è a S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano, Giuffrè, rist. inalt., 1953, pp. 172 ss.

⁵⁸ Cfr. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 115. L'A. sottolinea l'importanza, pur nella disputa tra oggettività e purezza della scienza giuridica da un lato ed istituzionismo e rilievo dei fini dall'altro, del ruolo che giocano le varie concezioni della sovranità «per qualunque costruzione teorica del potere e delle pretese delle persone nei confronti di questo». Sull'argomento si v. anche ID., *Per una sistematica dell'equità in diritto amministrativo. Principi istituzionali e regole della relazione tra società ed autorità*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, p. 653.

⁵⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., passim.

⁶⁰ S. ROMANO, *Poteri, potestà*, cit., pp. 180 ss.

⁶¹ F. BENVENUTI, *Funzione. I) Teoria generale*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, 1989, p. 2.

⁶² Su cui si v. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, cit., in part. pp. 327 ss. Secondo l'A., Benvenuti ha dimostrato come i principi e le regole del procedimento si traducano in altrettanti obblighi dell'amministrazione e corrispondenti diritti

to la persona entra in un rapporto “attivo” con l’amministrazione attraverso l’esercizio di poteri di co-determinazione, divenendo parte attiva del rapporto giuridico pubblico e non rimanendo più parte passiva.

A tal proposito Benvenuti, rifacendosi anche ai principi di sociologia dell’amministrazione, sottolinea come la partecipazione della persona all’azione amministrativa abbia lo scopo di eliminare molti casi di errore nell’esercizio della funzione e, conseguentemente, di diminuire le possibilità che l’amministrazione ponga in essere degli atti illegittimi. In tal senso è ragionevole ritenere che il coinvolgimento della persona nell’esercizio della funzione, facendo innalzare il livello di attenzione sul procedimento, abbassi il numero di errori da parte dei funzionari dell’amministrazione insieme ai costi (economicità dell’azione)⁶³. Parimenti è ragionevole ritenere che si verifichi un miglioramento del contenuto delle decisioni amministrative come conseguenza del fatto che la partecipazione della persona apporta tutti quei dati e quelle informazioni di solito non possedute dalla pubblica amministrazione.

Il fenomeno della partecipazione procedimentale fa abbassare anche il numero dei ricorsi giurisdizionali da parte dei soggetti danneggiati dagli atti illegittimi dell’amministrazione⁶⁴, facendo così aumentare l’efficienza dell’azione amministrativa. La maggiore inclusione della persona all’interno del procedimento, in sostanza, agirebbe da stimolo per il miglioramento della funzione in termini di risultato.

Visto sotto questa nuova luce, il procedimento non permetterebbe più un esercizio puramente “soggettivo” dell’attività amministrativa⁶⁵, consentendo invece di avvicinarsi all’ideale di una “amministrazione oggettivata”, formula

degli interessati in ordine al fedele svolgimento dell’amministrazione e al conseguimento in modo sollecito, rapido e semplice dei risultati (atti o prestazioni).

Il che ben si ricollega alla connotazione di base dell’amministrazione come funzione di organizzazione e integrazione sociale finalizzata a provvedere, secondo gli scopi obiettivati dalla Costituzione e dalle leggi, ad aspettative e interessi sostanziali delle persone singole e associate.

Il procedimento, così configurato, esprime quindi il riconoscimento nei confronti delle persone singole e associate di una posizione di «coamministranti», è il primo e principale modo a cui Benvenuti guarda per realizzare una vera associazione di queste per l’amministrare. Ma ciò potrà tradursi, come poi è avvenuto, anche nella previsione e nell’utilizzo non solo di modalità partecipative, ma anche di modalità contrattuali per il perseguimento degli scopi cui l’amministrazione è ordinata.

⁶³ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell’amministrazione italiana*, cit., p. 233. È risaputo, infatti, «che difficilmente i funzionari riconoscono di errare [...] mentre l’apporto del terzo pone il funzionario in condizione di conoscere e, quindi, di riconoscere l’eventuale errore».

⁶⁴ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 243.

⁶⁵ Sul procedimento come mezzo di oggettivazione dell’attività amministrativa si v. M. BELLAVISTA, *Oggettività giuridica dell’agire pubblico*, Padova, Cedam, 2001, spec. pp. 110 ss.

con la quale si intende fare riferimento non tanto al fatto che l'esercizio della funzione sfocia in un atto più vicino alla verità materiale, bensì al risultato del confronto tra gli interessi e i loro portatori con conseguente «desoggettivizzazione della decisione»⁶⁶.

In relazione alla verità materiale va detto che ad essa si perviene in ambedue i casi di applicazione del potere, vale a dire sia in quello dell'interpretazione della norma che in quello dell'interpretazione dei fatti. Secondo Benvenuti è pacifico che l'interpretazione della norma debba essere "obiettiva", risultando altrimenti viziata per eccesso di potere sotto la forma dello sviamento. Tuttavia sono proprio gli altri casi di eccesso di potere per vizio della funzione⁶⁷ il cui ricorrere può essere eliminato per effetto degli apporti procedurali degli interessati a giustificare l'interpretazione oggettiva delle norme. Si pensi in tal senso ai casi di diversità di trattamento, di contraddittorietà con altri atti o di manifesta illogicità o, in misura maggiore, ai vizi per manifesta inopportunità, senza tralasciare i casi nei quali i vizi di un atto amministrativo attengano all'opportunità sotto il profilo del merito.

Come si può vedere ciò che rileva sotto i profili analizzati è il fatto che questi siano accomunati dallo sviluppo dialettico che contraddistingue il dinamismo attuativo della funzione. Tale sviluppo dialettico viene ad esplicarsi nel procedimento in base al principio del contraddittorio che, in ragione di ciò, assume un valore sostanziale e non meramente formale, obbligando l'amministrazione a prendere in esame, anche qui oggettivamente, tutti gli apporti procedurali del soggetto interessato⁶⁸.

Quello appena visto non è l'unico vantaggio derivante dal ruolo che la persona riveste nella visione dinamica e paritaria del procedimento. Ad essere rilevanti sono pure le conseguenze che si ottengono nel campo della scienza politica (o, come egli dice, «dell'educazione politica»)⁶⁹. Una volta resa consapevole non solo dei propri diritti e doveri, ma anche dei propri poteri, la persona finirà infatti per assumere condotte inevitabilmente più responsabili nei confronti dello Stato; allo stesso tempo il potere politico, e naturalmente quello amministrativo, si troveranno a dover adottare un atteggiamento che tenga in maggior conto le richieste delle persone.

⁶⁶ Cfr. F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 243, ove l'A. riconosce pure che il potenziamento della fase partecipativa può portare ad un aggravamento dell'attività dell'amministrazione la quale è costretta ad una continua dialettica con l'amministrato.

⁶⁷ Su cui il rinvio è anche a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, cit., vol. II, pp. 991 ss.

⁶⁸ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 244.

⁶⁹ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 234.

In relazione all'argomento dell'amministrazione oggettivata è dato rintracciare un certo influsso che altri saperi, come la filosofia e soprattutto la sociologia, hanno avuto sul pensiero e sull'opera di Feliciano Benvenuti.

Particolare importanza sul versante metodologico ha avuto l'impostazione weberiana. E ciò, a ben vedere, getta una luce nuova sulla incondizionata adesione di Benvenuti alla visione kelseniana del diritto, se si pensa che proprio il giurista austriaco si avvale dell'opera di Max Weber⁷⁰, oltre che per proporre una netta distinzione tra scienza giuridica e sociologia (in particolare in *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* del 1922 e in *General Theory of Law and State* del 1945).

Nell'amministrazione oggettivata l'influenza weberiana si osserva particolarmente sul versante metodologico dove opera nella prospettiva dell'oggettività, vale a dire come possibilità del sapere di acquisire una validità intersoggettiva astraendosi dalla conoscenza soggettiva. Vero è che viene recepita la distinzione fra la possibilità di discernere il giudizio di valore come presa di posizione valutativa e il riferimento ai valori come punto di vista da cui muovere l'indagine.

In tal senso si comprende l'avalutatività che tale impostazione postula, nel senso della costruzione dei valori come criteri di orientamento e non come criteri di giudizio. Tuttavia l'oggettività e l'avalutatività non si pongono in contrasto con l'obiettivazione né tantomeno estromettono l'utilizzo dei valori stessi, non essendovi, in questa prospettiva, contrasto fra oggettività e obiettivazione; sicché può dirsi che l'amministrazione è oggettivata e, tuttavia, è anche funzionale, obiettivata alla protezione di valori, primariamente delle libertà, senza divenire valutativa o ideologica⁷¹.

Sul piano del metodo, infine, una certa influenza hanno anche le tesi di Rickert⁷² e la filosofia dei valori. In queste posizioni vengono ricercate dinami-

⁷⁰ In particolare, si v. M. WEBER, *Die «Objektivität» sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, vol. XIX, 1904, pp. 22-87, tr. it. *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi 1958; ID., *Der Sinn der "Wertfreiheit" der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1917, p. 1922; tr. it., *Il significato della "avalutabilità" delle scienze sociologiche ed economiche* in ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Torino, Einaudi, 1958; ID., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, tr. it. *Economia e società*, Milano, Edizioni di Comunità, 1961.

⁷¹ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 118, che aggiunge: «ciò [...] perché la spiegazione causale viene contenuta sempre nel perimetro del dato normativo ed il punto di vista che obietta l'amministrare è anch'esso sancito dall'ordinamento obiettivo».

⁷² Cfr. H. RICKERT, *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, Eine logische Einleitung in die historischen Wissenschaften*, Tübingen, Mohr, 1896-1902, tr. it. *I limiti dell'elaborazione con-*

che che si basano su valori normativi che apportano oggettività alla decisione, sempre nel segno dell'avalutatività di tali valori ma anche di una dialetticità delle posizioni.

Come è stato notato in dottrina⁷³, in definitiva, l'analisi logico-giuridica con cui si mette da parte l'approccio soggettivistico al potere amministrativo e che spiana la strada alla formula dell'amministrazione oggettivata connota il metodo giuridico di Benvenuti.

4.3. La visione costituzionale dell'amministrazione e la costituzionalizzazione del procedimento

La teoria della funzione trova il suo principale punto di riferimento nella Costituzione repubblicana e si intreccia con la concezione che Benvenuti ha di procedimento quale forma di cooperazione delle persone all'esercizio dell'attività amministrativa, in vista dell'assolvimento dei diritti garantiti dall'ordinamento.

Come si è rilevato in dottrina⁷⁴, Benvenuti offre una nuova visione del procedimento amministrativo, che prende le mosse dall'analisi del nuovo ordinamento democratico tracciato dalla Costituzione repubblicana, quale ordinamento che raccoglie al suo interno istituzioni e organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3 Cost.) e in cui l'amministrazione si situa al crocevia fra istituzioni e società per concorrere a realizzare i principi di libertà, eguaglianza e solidarietà che sono alla base dell'intero impianto costituzionale.

È quella benvenutiana una rinnovata visione costituzionale dell'amministrazione, in quanto quest'ultima non è più contraddistinta dalla manifestazione di autorità da parte delle istituzioni di governo nel perseguimento di interessi di cui queste sono portatrici in contrapposizione agli interessi individuali e collettivi.

L'amministrazione trova prima di tutto il suo ancoraggio nelle finalità, nei compiti individuati dalla Costituzione per l'intera organizzazione politica, economica e sociale: appare principalmente nel suo profilo di attività per la cura di scopi obiettivati nella Costituzione e poi nelle leggi. È vista dunque come

cettuale scientifico-naturale: un'introduzione logica alle scienze storiche, Torino, Utet, 1955; ID., *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft*, Freiburg i. B., Leipzig und Tübingen, Mohr, 1899, tr. it. *Il fondamento delle scienze della cultura*, Ravenna, Longo, 1986.

⁷³ Cfr. B. SORDI, *Feliciano Benvenuti: il pensiero e il metodo*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 841 ss., ma sul punto in part. p. 847.

⁷⁴ Cfr. G. PASTORI, *Feliciano Benvenuti e il diritto amministrativo del nuovo secolo*, cit., p. 325.

funzione dell'ordinamento che nella sua stessa finalizzazione a scopi di interesse generale trova il suo primo tratto distintivo.

È un'amministrazione pubblica pensata in senso obiettivo: non è più l'amministrazione dello Stato o di questa o di quell'altra istituzione, ma è l'insieme delle attività (sia di regolazione che di prestazione) che concorrono a realizzare quei fini che, d'altro canto, formano l'oggetto di altrettanti diritti e doveri delle persone (come si ricava da tutta la prima parte della Costituzione). Di qui l'accentuazione del profilo finalistico più che dei profili strumentali, attinenti ai poteri o agli strumenti di cui l'attività amministrativa può valersi e in particolare del carattere autoritativo o meno degli stessi, e la messa in rilievo che l'amministrazione è ordinata all'adempimento di diritti e doveri individuali e collettivi in funzione dell'organizzazione e dell'integrazione sociale⁷⁵.

Entro tale rinnovata visione costituzionale dell'amministrazione, secondo Benvenuti⁷⁶ il procedimento contribuisce alla democratizzazione dello Stato nel momento in cui la formula della sovranità popolare (art. 1 Cost.) si traduce non solo nella partecipazione delle persone all'esercizio della funzione amministrativa c.d. particolare, ossia finalizzata alla formazione dei provvedimenti amministrativi, ma anche nella partecipazione delle persone all'esercizio della funzione amministrativa generale.

In quest'accezione la partecipazione che Benvenuti prospetta non è limitata alla tutela degli interessi particolari o di gruppo, per come questi emergono all'esito di ogni singolo procedimento, ma si sostanzia nel concorso dei singoli alla formazione degli atti amministrativi generali: vale a dire progetti, piani, bilanci e tutti gli altri atti di programmazione amministrativa⁷⁷ con cui la persona può sentirsi effettivamente "parte attiva" dell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese (art. 3, comma 2 Cost.).

Ed è a tale concezione che Benvenuti fa riferimento quando parla di

⁷⁵ Cfr. G. PASTORI, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ Cfr. F. BENVENUTI, *La Costituzione fra attuazione e revisione: lo Stato in una società pluralistica*, in *Dir. soc.*, 1983, pp. 5 ss., poi in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 3805 ss. Si tratta dello scritto che Benvenuti aveva presentato come relazione al XXXIII Convegno di studio dei giuristi cattolici (Roma, dicembre 1982).

⁷⁷ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 256 ss. Va detto, come lo stesso Benvenuti chiarisce, che i programmi sono una categoria generale le cui principali tipologie sono rappresentate dai progetti, dai piani e dai bilanci. Il bilancio è una manifestazione di volontà con cui la pubblica amministrazione impegna una propria attività futura. Il piano, a sua volta, è una manifestazione di volontà con cui la pubblica amministrazione impegna una propria attività futura, di carattere prevalentemente giuridico, in relazione ad attività proprie o dei cittadini (si pensi ai piani urbanistici). Infine, i progetti (o piani esecutivi) sono manifestazione di volontà con cui la pubblica amministrazione impegna un proprio comportamento futuro di carattere prevalentemente materiale o tecnico.

«amministrazione oggettivata»⁷⁸ per indicare questa volta un modello di amministrazione che sostituisce all'interesse pubblico – che in genere viene soddisfatto dalla sola amministrazione in senso soggettivo – l'interesse della collettività.

Nell'amministrazione benvenutiana il confronto fra gli interessi delle persone non avviene perché l'amministrazione considera e pondera questi alla luce dell'interesse pubblico, ma piuttosto è proprio l'interesse pubblico a costituire la risultante «del concorrere di una serie di vettori che si intrecciano nel confronto democratico che dà luogo alla decisione»⁷⁹.

Secondo Benvenuti la partecipazione collettiva⁸⁰, che si realizza nei procedimenti di programmazione, è quella che assolve meglio il principio democratico, poiché si pone ad un livello superiore rispetto al livello esecutivo che è proprio del procedimento amministrativo nel quale si formano i provvedimenti⁸¹.

La disciplina della pianificazione territoriale, quale importante tipologia della programmazione amministrativa, è un esempio fra i tanti che gli scritti benvenutiani propongono per affermare l'importanza della partecipazione collettiva alla funzione pubblica⁸².

⁷⁸ F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1978, pp. 6 ss., ora in *Scritti giuridici, cit.*, vol. IV, pp. 3467 ss., ma spec. p. 3477, in cui l'A. sostiene che l'obiettivazione dell'amministrazione non significa soltanto attribuzione di una diversa caratteristica all'azione amministrativa, non significa soltanto un divenire dell'azione di programmazione, come non significa soltanto partecipazione del cittadino al procedimento di attuazione della funzione, ma significa anche un profondo mutamento nello stesso modo di essere strutturale dell'amministrazione, intesa come insieme degli enti nei quali si stempera il potere esecutivo.

Sul tema dell'obiettivazione dell'amministrazione, con particolare riferimento ai profili di diritto costituzionale, si v. anche ID., *Ancora per un'amministrazione obiettivata. Conclusioni*, in *Studi economico-giuridici*, vol. XLIX 1978-1979, 1980, t. III, pp. 209 ss., ora in *Scritti giuridici, cit.*, vol. IV, pp. 3583 ss. e in part. il par. 6, pp. 3587-3589.

⁷⁹ L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione, cit.*, p. 122, che aggiunge come proprio l'amministrazione oggettivata non può che essere «partecipata e paritaria»; anzi, è oggettivata se e solo se è paritaria e partecipata.

⁸⁰ F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, 1987, pp. 277 ss., ora in *Scritti giuridici, cit.*, vol. V, pp. 3926 ss., ma in part. pp. 3940-3943, ove l'A. prospetta la partecipazione collettiva come elemento essenziale per la trasformazione dello Stato democratico in «Stato ugualmente democratico». Quest'ultimo per compiersi ha bisogno di cambiamenti sia nell'amministrazione statale, dove Benvenuti suggerisce il superamento dello stretto sistema della burocrazia gerarchizzata attraverso più ampi spazi di autonomia degli uffici. Nell'amministrazione economica, dove occorre trovare nuovi modi per coniugare la presenza dei privati con le strutture statali. Nell'amministrazione locale, dove bisogna potenziare l'intervento degli amministratori nella scelta e nel controllo dell'attività degli amministratori.

⁸¹ In questo senso si v. F. TRIMARCHI BANFI, *Metodo e merito in Feliciano Benvenuti*, in *Dir. pubbl.*, 2011, pp. 169 ss., ma sul punto spec. pp. 173-174.

⁸² F. BENVENUTI, *Pianificazione territoriale e momento procedimentale partecipativo*, in *Studi in onore di Gustavo Romanelli*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 153 ss., poi in *Scritti giuridici, cit.*, vol. V, pp. 4433 ss., in cui l'A. avanza un proprio modello di pianificazione territoriale (su cui v. 4438-4441) basato sulla valorizzazione del momento partecipativo dei privati al piano urbanistico.

In quest'ottica la pianificazione, considerata una prima forma di espressione del modo d'essere del territorio come bene collettivo, non può essere concepita come espressione di un potere pubblico inteso a soddisfare solo un interesse individuale, ma va intesa come «disciplina della necessità di convivenza, come soddisfazione delle tendenze di conservazione e di sviluppo della comunità»⁸³, quindi anche come interesse generale.

Dal punto di vista metodologico, va detto che l'oggettivazione dell'attività amministrativa non è da ricondursi ad una soluzione di tipo dogmatico, ma è invece la risposta alla crisi della soggettività statale. L'oggettivazione, d'altra parte, non può essere declinata neppure in funzione logica o ermeneutica. In questa prospettiva l'oggettività è piuttosto il frutto dell'utilizzazione di strumenti interni al sistema.

In ciò emerge l'importanza che assume la programmazione, intesa in prospettiva normativa, come adozione di una legge generale che indichi modelli di comportamento astratti in ragione dei risultati che si vogliono ottenere nell'interesse pubblico⁸⁴. La programmazione e con essa la proceduralizzazione dell'adozione delle decisioni normative si pongono in risposta alla crisi della legge come momento di «razionalità oggettiva»⁸⁵.

In tale prospettiva la soggettività viene superata a beneficio di un'amministrazione che agisce nell'ambito della programmazione nella quale finisce per perdere ogni carattere soggettivistico e si avvia verso un modello di amministrazione che agisce per attribuire compiti e prefissare risultati per la collettività⁸⁶.

5. Il metodo giuridico nell'ultimo Benvenuti

Il metodo giuridico di Feliciano Benvenuti predilige la perfezione delle geometrie ed è tutt'altro che puramente “statico”, anzi al contrario è, come si è

⁸³ F. BENVENUTI, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, pp. 135 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, p. 3945, ma sul punto in part. p. 3948. La stessa è idea è espressa anche in ID., *La Regione e il governo del territorio*, in *Atti del Convegno “La Regione e il governo del territorio”*, Milano 27 maggio 1972, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 85 ss., ora in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 2993 ss., ma in part. p. 2995.

⁸⁴ Cfr. F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit., vol. IV, pp. 3467 ss.

⁸⁵ Cfr. S. ROMANO, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Scritti minori*, vol. I, cit., pp. 217-243.

⁸⁶ F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, cit., vol. IV, pp. 3467 ss.

cercato di dire, “dinamico” e “dialettico”, aperto ad una pluralità di sentieri⁸⁷.

In tal senso è stato osservato come il metodo giuridico rappresenti «fecondo *humus* [per] Benvenuti [che] ha affrontato una cospicua varietà di temi, trattati con eccezionale penetrazione e persino entusiastica ansia di costruzione»⁸⁸.

Nella sua opera non vi è la pretesa che il diritto possa esaurire la complessità dei fenomeni sociali e istituzionali, anzi vi è la consapevolezza della validità del contributo che le altre scienze possono offrire per arricchire la realtà giuridica.

L'apertura ai saperi non giuridici è testimoniata dal metodo benvenutiano per lo studio del processo amministrativo. L'indagine sull'*Istruzione nel processo amministrativo* è condotta tenendo sempre presenti i dati che possono ricavarsi dall'esterno del fenomeno processuale. Secondo Benvenuti, se si pone a mente che la questione fondamentale di ogni scienza processuale è quella di qualificare la struttura di un processo, è facile intuire come «nessuna scienza processuale p[ossa] pervenire a risolvere tale questione partendo soltanto dai dati processuali»⁸⁹. Tali dati rappresentano un dato che deve essere qualificato secondo un criterio e perciò nei confronti di un ordinamento più ampio di quello cui lo stesso dà luogo⁹⁰.

Per Benvenuti, in altre parole, l'indagine si deve svolgere sul presupposto che un istituto giuridico non dipenda soltanto dalle leggi positive che lo riguardano, ma anche dalla sua stessa effettività, vale a dire «dall'insieme dei rapporti che in fatto concorrono a renderlo vivo ed esistente»⁹¹.

Altro criterio metodologico va ravvisato in quello che egli definisce «principio di relatività giuridica»⁹², secondo il quale l'interprete non può operare una ricostruzione di un fenomeno giuridico ponendosi ad esaminare l'oggetto da un solo punto di vista, ma deve necessariamente osservarlo da più angoli

⁸⁷ B. SORDI, *Feliciano Benvenuti: il pensiero e il metodo*, cit., pp. 843-844, che aggiunge: «un metodo che rifugge dall'astrattezza e dalla impossibile ricerca de “il vero immutabile eterno”», citando, in parte, dalla prolusione di Benvenuti al corso di diritto amministrativo tenuta il 19 maggio 1956 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano e pubblicata in *Jus*, 1957, pp. 149 ss., poi anche in *Storia amministrazione costituzione. Annale dell'Isap*, 2002, 10, p. 18.

⁸⁸ G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., p. 8.

⁸⁹ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., vol. I, p. 20.

⁹⁰ F. BENVENUTI, *op. loc. ult. cit.*

⁹¹ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 410. Secondo l'A., nella elaborazione di un istituto fatta dall'interprete è più importante, sull'interpretazione, l'influsso di ciò che è in fatto l'istituto, di quanto non sia determinante l'influsso della legge che concerne l'istituto sulla individuazione dello stesso.

⁹² F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 411.

prospettici. Così l'istituto dell'istruzione processuale si presta ad essere esaminato, nella prospettiva tracciata da Benvenuti, sia come momento del processo rispetto agli altri momenti (le varie realtà processuali ed extraprocessuali che da esso hanno origine o che in esso hanno rilievo) e allo stesso processo, sia come rapporto tra i vari aspetti, formali e sostanziali, in cui esso si risolve.

Particolare attenzione va posta anche sull'ultimo dei criteri metodologici di cui Benvenuti si vale nell'opera sull'*Istruzione nel processo amministrativo*. Si tratta del criterio che egli chiama «principio di indeterminazione giuridica»⁹³. Con tale principio, si allude al fatto che il fenomeno giuridico possa essere considerato un'entità formalmente definita, avente in sé le ragioni di struttura e, quindi, che le sue linee di sviluppo possano dirsi fundamentalmente indipendenti dalla direzione che a quel fenomeno è impressa rispetto ad altri fenomeni. Ciò vuol dire, più esattamente, che il fenomeno giuridico può essere determinato indipendentemente dalla considerazione degli scopi che con esso si vogliono raggiungere da altri punti di vista (politico, sociologico, economico ecc.).

Secondo Benvenuti, mentre sotto l'aspetto politico, sociale o economico la direzione del fenomeno giuridico è corrispondente al punto di vista adottato, nell'ambito del diritto la direzione del fenomeno giuridico è irrilevante e pur tuttavia, quale esso sia, sono costanti i suoi fondamentali principi di struttura. La validità di tale assunto viene saggiata nella parte dell'opera sull'istruzione processuale in cui, discutendo del rapporto tra tipo e struttura del processo, da un lato, e scopo del processo amministrativo, dall'altro, viene affermata l'irrilevanza della considerazione degli scopi che si intendono perseguire col processo amministrativo.

Dall'esposizione del principio di indeterminazione – come metodo di ricerca applicato all'argomento dell'istruzione processuale – sembrerebbe emergere una presa di posizione a favore solo di quelle tesi normativiste – evidentemente di matrice kelseniana – che presuppongono l'eliminazione di ogni elemento spurio dal campo proprio della *scientia iuris* e che si caratterizzano per la loro avalutatività.

Secondo tali tesi il modo d'essere della scienza giuridica è quello dello studio e quindi della ricostruzione della sua essenza ontologica, cioè del diritto in sé, considerato come insieme di elementi normativi conosciuti mediante l'uso di reagenti quali possono essere i principi che l'osservatore ritiene di poter ricavare dall'ordinamento stesso.

Si tratta, in altre parole, di una dottrina che esclude ogni funzionalismo,

⁹³ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, pp. 411-412.

dal momento che non considera lo scopo che viene perseguito e raggiunto dall'ordinamento giuridico, ma considera solo l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo⁹⁴.

Sicché, in quest'ottica, si è rilevato⁹⁵ come il metodo in Benvenuti finisca per essere «contrassegnato essenzialmente da una fedeltà al sistema giuridico al di là di ogni impulso a stabilire contatti differenti con gli altri saperi, così come poteva essere con la scienza dell'amministrazione e con la sociologia, campi nei quali egli pure si trovò a cercare altre parallele “verità” sullo Stato e sull'amministrazione»⁹⁶. Così «la ricerca dello scopo nel sistema ed in mezzo ai suoi istituti consentiva dunque di raggiungere ugualmente “la natura” e non occorre, anzi non era lecito aprire varchi verso altre conoscenze e verso altri sistemi scientifici»⁹⁷.

In realtà l'adesione di Benvenuti a tali tesi e a simili concezioni metodologiche⁹⁸, per certi aspetti influenzata negli scritti d'esordio⁹⁹ dalla vicinanza alla scuola patavina di Donati, va riconsiderata – come si è tentato di fare sin qui – alla luce dell'intera opera dello studioso e particolarmente alla luce dell'ultimo Benvenuti.

Va osservato, a tal riguardo, come egli abbia maturato una concezione, e con essa un metodo del diritto amministrativo, ben più ampi rispetto alle originarie posizioni. In questo senso depone la riconsiderazione della validità di una *scientia iuris* che si fondi solo su di un metodo c.d. puro, ossia ritenendo come esclusivamente validi elementi del proprio sistema.

⁹⁴ Così N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, cit., p. 33.

⁹⁵ In questi termini si v. G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., pp. 5 ss., che parla propriamente di «fedeltà ad un rigore logico tutto interno al sistema fissato su principi accolti come fondamentali».

⁹⁶ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 5.

⁹⁷ G. BERTI, *op. ult. cit.*, p. 7, che ricollega tale impostazione metodologica benvenutiana di stampo positivistico all'influsso esercitato sul giurista dalla scuola patavina di diritto pubblico di Donato Donati (soprattutto dall'opera di questi, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Giuffrè, 1910), cui apparteneva anche Enrico Guicciardi con il quale Benvenuti si era laureato.

⁹⁸ Per la «caducità delle geometrie kelseniane» nel pensiero di Benvenuti si v. L.R. PERFETTI, *L'azione amministrativa tra libertà e funzione*, cit., p. 136, e per lo sviluppo della tesi spec. pp. 139-141, ove l'A. spiega come l'adesione di Benvenuti al normativismo finisce per mostrare alcune contraddizioni soprattutto in relazione alla natura obiettivata della funzione e alla funzionalizzazione del provvedimento al perseguimento dell'interesse funzionale protetto dalla norma.

Secondo l'A. è soprattutto «l'intero radicamento del sistema nella libertà, e nella sua costituzionalizzazione come regola del rapporto tra il cittadino e l'autorità» a far cadere la coerenza dell'impianto benvenutiano con le geometrie di una teoria normativista avalutativa.

⁹⁹ La monografia sull'istruzione nel processo amministrativo è la prima ed è del 1953.

Secondo Benvenuti proprio il progresso del metodo delle scienze naturali e le acquisizioni più recenti dell'epistemologia convincono che un tale metodo puro derivato dai soli elementi interni al sistema non possa più essere accettato come valido strumento per la comprensione e la rappresentazione della realtà data¹⁰⁰. Ed è singolare come tale rimeditazione sul metodo nel *Disegno dell'amministrazione italiana* avvenga proprio rifacendosi a quel principio di indeterminazione¹⁰¹ che egli ebbe ad usare nell'*Istruzione nel processo amministrativo*, ma che questa volta egli utilizza nell'accezione notoriamente formulata dal fisico Heisenberg¹⁰².

Il noto principio di indeterminazione¹⁰³ servì a spiegare come nelle scienze naturali l'intervento dell'osservatore sull'oggetto osservato invalidasse l'osservazione stessa, dimostrando come la realtà non fosse mai completamente individuabile in una rappresentazione astratta e univoca.

Preso atto che il principio di indeterminazione implica la ineliminabilità del momento e dell'intervento dell'osservatore e l'incertezza nella comprensione della realtà di ogni fenomeno naturale osservato, Benvenuti riconosce come ciò avvenga anche nella scienza del diritto amministrativo, «dove una ricostruzione *pura e priva* di intrusioni e quindi di valori (quelli dell'osservatore della società e del tempo a cui egli appartiene) non sarebbe più ammissibile»¹⁰⁴. Così, richiamando la concezione popperiana¹⁰⁵ – secondo cui la scienza è vera nei li-

¹⁰⁰ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 485 ss., ma spec. p. 490.

¹⁰¹ Su cui si 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, pp. 803 ss., ma in part. p. 821, nonché la nota 31.

L'A. spiega l'influenza che ha avuto il principio di indeterminazione dal quale «deriva che l'assunzione del punto di partenza per la conoscenza dell'oggetto dipende in buona parte dalla posizione dello stesso che ne faccia l'osservatore».

¹⁰² W. HEISENBERG, *Über den anschaulichen Inhalt der quantentheoretischen Kinematik und Mechanik*, in *Zeitschrift für Physik*, 1927, 43, 3-4, pp. 172-198 (del quale si può leggere la traduzione italiana di S. BOFFI, *Il contenuto intuitivo della cinematica e della meccanica nella teoria quantistica* in *Il principio di indeterminazione*, Quaderni dell'Università degli Studi di Pavia, 2009, consultabile al link <http://www2.pv.infn.it/~boffi/Werner.pdf>).

¹⁰³ L'elaborazione del principio di indeterminazione in seno alla fisica teorica della prima metà del Novecento, in base al quale due soluzioni contraddittorie possono essere entrambe valide in funzione della posizione dell'«osservatore», ha messo in crisi uno dei capisaldi del metodo scientifico e ha inciso in profondità anche su tutte le scienze che invece del principio di non contraddizione sembravano aver fatto un postulato di sistema. In tal senso cfr. A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, pp. 691 ss., ma in part. p. 695, nota 10.

¹⁰⁴ F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, p. 491 (corsivi aggiunti).

¹⁰⁵ Cfr. K.R. POPPER, *Conjectures and refutations: the growth of scientific knowledge*, London, Routledge and Kegan Paul, 1963, tr. it. *Congetture e confutazioni: lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 341 ss. Tale idea di conoscenza sovverte il concetto stesso di razionalità, tradizionalmente intesa come lo strumento in grado di provare l'autenticità e la

miti entro cui è possibile verificare l'attendibilità dei suoi principi¹⁰⁶ – e, soprattutto, la tesi kuhniana¹⁰⁷ Benvenuti afferma: «la verità è sempre un fatto dell'uomo e non della natura, sia quella che forma oggetto delle scienze naturali, sia quella che forma oggetto delle scienze morali e, tra esse, il diritto»¹⁰⁸.

In tale prospettiva Benvenuti applicava all'analisi dell'ordinamento am-

validità delle teorie formulate. Per l'epistemologo, essendo le teorie solo «tentativi» di risoluzione dei problemi osservati (p. 341, in cui l'A. chiarisce come «ogni teoria razionale, non importa se scientifica o filosofica, è tale nella misura in cui cerca di risolvere determinati problemi»), la loro razionalità può consistere soltanto nella possibilità delle stesse di essere discusse.

Popper parla di «discussione razionale, cioè la discussione critica nella ricerca degli errori, con la seria intenzione di eliminarne quanti più possiamo, al fine di avvicinarci alla verità» (p. 393).

In questi termini Popper descrive l'aspetto fondamentale del suo «razionalismo critico», in base al quale «vi è un solo elemento di razionalità nei nostri tentativi rivolti a conoscere il mondo: si tratta dell'esame critico delle teorie» (p. 262).

La conoscenza può progredire solamente attraverso decisioni volte a stabilire se e in che misura le argomentazioni critiche siano valide, tali da accogliere o respingere una determinata teoria. D'altra parte, tali decisioni saranno sempre soggette a revisioni, perché «nulla deve essere considerato esente da critica: neppure questo stesso principio del metodo critico» (cfr. ID. *The Open Society and its Enemies*, London, Routledge and Paul Kegan, 1966, tr. it. *La società aperta e i suoi nemici*, II, Roma, Armando, 1974, p. 501).

¹⁰⁶ Come è noto, la validità di una teoria o di una ipotesi viene assicurata, secondo Popper, dal superamento di tutti i tentativi di falsificazione, di modo che la scienza si presenterebbe come un processo di «prova di errore» in continuo divenire. Sicché la scienza non porterebbe alla verità, ma ad una approssimazione successiva alla verità stessa.

Sul punto cfr. la prolusione tenuta da Benvenuti all'Università La Sapienza in occasione della presentazione degli Studi in onore di Vittorio Bachelet pubblicata in F. BENVENUTI, *Il ruolo dell'Amministrazione nello Stato democratico contemporaneo*, in *Jus*, XXXIV, 1987, pp. 277 ss., poi anche in G. MARONGIU, G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 13 ss., e infine in *Scritti giuridici*, cit., vol. V, pp. 3927 ss., ma in part. p. 3929 (da cui si cita).

¹⁰⁷ T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, tr. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, Einaudi, 1978, p. 76. Kuhn intende la storia della scienza come una successione di scoperte e invenzioni che «comincia[no] con la presa di coscienza di una anomalia, ossia col riconoscimento che la natura ha in un certo modo violato le aspettative suscitate dal paradigma che regola la scienza normale; continua poi con una esplorazione, più o meno estesa, dell'area dell'anomalia, e termina solo quando la teoria paradigmatica è stata riadattata, in modo che ciò che appariva anomalo diventi ciò che ci si aspetta».

Nella storia della scienza si procede dunque ad una continua sostituzione di vecchi sistemi, non più in grado di spiegare le nuove scoperte, con rinnovati «paradigmi» che rivoluzionano il sapere scientifico.

Proseguendo nella sua indagine epistemologica e opponendosi ad una concezione puramente teleologica di scienza, Kuhn avanza la questione se sia «veramente d'aiuto immaginare che esista qualche completa, oggettiva, vera spiegazione della natura e che la misura appropriata della conquista scientifica è la misura in cui essa si avvicina a questo scopo finale» (p. 205).

¹⁰⁸ F. BENVENUTI, *Il disegno dell'amministrazione italiana*, cit., p. 491. Anche il diritto subirebbe l'influenza dei valori propri e cioè dell'ottica epistemologica e temporale dell'osservatore.

ministrativo la teoria kuhniana dei paradigmi scientifici, rivelando come nel nostro ordinamento coesistessero ancora istituti espressione di diversi paradigmi storici ovvero di diverse concezioni dell'amministrazione, dell'organizzazione sociale e dell'organizzazione politico-istituzionale e come quindi si dovesse sempre verificare se fossero ancora attuali i paradigmi a cui i diversi istituti si rifacevano e, in caso negativo, si dovesse provvedere a sostituire gli istituti espressione di paradigmi non più attuali¹⁰⁹.

Ciò, conclude Benvenuti, vale a maggior ragione per il diritto, dal momento che esso, come ordinamento, «trae la sua esistenza e la sua validità dalla società il cui modo di essere è continuamente e *asistematicamente* in movimento». E affermava come «chi si limitasse ad una *pura esegesi* degli ordinamenti non farebbe opera di giurista [...] ma solo eserciterebbe una *tecnica* che, per quanto raffinata, non può considerarsi mai idonea alla comprensione e attuazione di un sistema che è generale»¹¹⁰.

Si può concludere con queste parole di Berti: «[...] alla fine della sua ricerca e quasi della sua vita Feliciano Benvenuti coglie la fallacia della rappresentazione del diritto in chiave di *logica pura* [...]. Vi è una grandezza in tutto ciò [...]. L'ultima opera esprime dunque l'aporia e la contraddizione e ingrandisce la figura del pensatore, finalmente caduto in preda alla potenza del dubbio»¹¹¹.

¹⁰⁹ G. PASTORI, *L'insegnamento di un maestro*, cit., pp. 144-145.

¹¹⁰ F. BENVENUTI, *Il disegno dell'amministrazione italiana*, cit., pp. 491-492.

¹¹¹ G. BERTI, *La scienza del diritto amministrativo nel pensiero di Feliciano Benvenuti*, cit., pp. 16-17 (corsivi aggiunti).

GIANLUCA ROMAGNOLI

Professore associato di diritto dell'economia presso l'Università degli Studi di Padova
romagnoli@crslaw.it

CONDIZIONAMENTI PUBBLICISTICI AL FUNZIONAMENTO DELLE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA (D. LGS. N. 175/2016)

INDICE: 1. La rilevanza sistematica del rinvio al codice civile contenuto nel d. lgs n. 175/2016 – 2. L'idea - risalente - di una differenza ontologica (articolata) tra socio pubblico e socio privato – 3. L'area "variabilmente elastica" delle società a controllo pubblico – 4. Una prima forma di condizionamento pubblicistico. L'eterodeterminazione delle scelte "operative" sociali – 5. Alcune prescrizioni "organizzative" specifiche, in ragione della natura dei soci – 6. Il controllo giudiziario - 7. Alcune prescrizioni comportamentali relative al socio e loro ricadute sul rapporto associativo

1. La rilevanza sistematica del rinvio al codice civile contenuto nel d. legis. 175/2016

L'art. 1, comma 3, d. legis. 19 agosto 2016 n. 175 «*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*» (TUSP), contiene un ampio rinvio alla normativa civilistica. Dunque, quelle finalità scolpite dalla legge delega (art. 18, comma 1, l. 7 agosto 2015, n. 124) – chiarezza della disciplina, semplificazione normativa, tutela e promozione della concorrenza – dovrebbero trovare soddisfazione tramite l'impiego delle disposizioni di portata generale. L'opera di "normalizzazione" di tale "fenomeno" verrebbe così realizzata tramite la fissazione di prescrizioni a carattere subsettoriale che dovrebbero – secondo una logica di proporzionalità – introdurre adattamenti quanto più circoscritti, avendo riguardo alla natura dei soci, senza però intaccare il regime complessivo dei modelli organizzativi delle società di cui lo stesso decreto consente l'impiego (s.p.a., s.r.l. – anche consortili – e società cooperative).

In una prospettiva ricostruttiva d'insieme, nelle intenzioni del legislatore, il fenomeno della partecipazione pubblica non dovrebbe condurre all'individuazione di modelli organizzativi peculiari – o subcategorie all'interno dei modelli – coerentemente con il testo, secondo cui «*per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del presente decreto, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali del diritto privato*».

Ulteriormente, prescindendo dalla disposizione sul *in house* (art. 16) - che positivizza la figura della società organo - se ne dovrebbe ricavare che le eventuali problematiche interpretative e/o operative indotte dalla lettura del TUSP andrebbero risolte sulla base delle linee del codice civile, indicato come il contenitore della disciplina “general/residuale”.

Anticipo subito che dubito dell’ipotesi interpretativa sopra sintetizzata. Ho, infatti, l’impressione che il documento normativo contenga delle significative deviazioni dal diritto c.d. comune che ne rendono difficile una riconciliazione. In altri termini, mi sembra che le diverse prescrizioni speciali veicolino delle forme di condizionamento pubblicistico delle regole di funzionamento delle società che ne alterano profondamente i “caratteri”.

2. L’idea - risalente - di una differenza ontologica (articolata) tra socio pubblico e socio privato

L’impressione che il TUSP delinei un microsistema speciale – parzialmente permeabile ai principi del codice civile – sembra confermata non solo dal contenuto del decreto ma, prima, dagli stessi criteri di delegazione, nella parte in cui prescrivevano al Governo d’adottare una normativa finalizzata alla riduzione e razionalizzazione delle partecipazioni pubbliche, in coerenza con i principi di efficienza, efficacia, economicità, restringendo l’assunzione od il mantenimento della presenza delle P.A. nel capitale solo nei limiti in cui quella immobilizzazione ricada «(...) *entro il perimetro dei compiti istituzionali o di ambiti strategici per la tutela di interessi pubblici rilevanti*» (art. 18, comma 1, lett. b).

Coerentemente con quelle finalità, il TUSP introduce una serie di “limitazioni” a carico dei soci che, per la loro entità ed ambito di applicazione, paiono incidere sul funzionamento dell’ente partecipato. D’altronde, già l’approvazione d’una normativa che vuol rendere “permeabile” la società – intesa come organizzazione – alle esigenze personali dei soci si pone in termini di specialità rispetto al regime di c.d. diritto comune. Quest’ultimo, infatti, non attribuisce al sottoscrittore del capitale sociale la facoltà di subordinare la propria permanenza nell’ente alla convenienza e congruenza delle sue finalità, riconoscendogli una facoltà generalizzata di recesso nel caso in cui non ne sia possibile l’alienazione. La differenza è evidente se si ricorda che il diritto comune riconosce un limitato numero di ipotesi di recesso individuale, ponendo a carico del socio di s.p.a. ed s.r.l. il rischio di rimanere “prigioniero” dell’investimento nel caso in cui non riesca a reperire un acquirente.

Il generale favore per il socio pubblico che traspare dal TUSP, peraltro, si contraddistingue per la sua tendenziale sistematicità, in apparente controtendenza rispetto all'opposto atteggiamento dalla sia pur episodica, specifica legislazione recente. Si deve ricordare – a prescindere dall'esclusione dell'impiego dell'ente commerciale per finalità speculative (cfr art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 233) – come anche le norme, astrattamente di favore, dello stesso codice civile contenessero delle restrizioni non agevolmente spiegabili con lo “pseudoprinzipio” della riserva delle decisioni a chi ha investito nell'ente associativo.

Tanto si trae dalla disposizione che prevede la possibilità per gli statuti delle s.p.a. di attribuire al socio pubblico la nomina e la revoca extrassembleare di componenti degli organi sociali (art. 2449 cod. civ.). Questa, infatti, contempla un limite obiettivo prescrivendo che l'ampiezza di tale facoltà debba essere «(...) *proporzionale alla partecipazione al capitale sociale*».

Per favorire la “circolazione del capitale sociale – ed in qualche modo limitare forme di non discriminazione tra azionisti pubblici e privati – viene introdotto un vincolo “disarmonico” rispetto a quell'apertura all'autonomia privata che era una delle parti portante della novella del 2003 che, tra l'altro, ha abilitato gli statuti di s.p.a. a prevedere anche azioni prive di diritto di voto e, per quel che interessa, che non consentono di concorrere nella nomina degli organi sociali.

3. L'area “variabilmente elastica” delle società a controllo pubblico

Espressione di un generale condizionamento giustificato dalla natura pubblica dei soci – e, dunque, una divaricazione dalla normativa del codice civile (e da quella derivata) – può essere indicato nel regime – a connotazione “abulatoria” - dei presupposti dell'applicazione della disciplina del TUSP.

Se si guarda alle disposizioni del TUSP, ci si accorge che il legislatore, per tutelare i diversi interessi pubblici – od assicurare quelle che dovrebbero essere le priorità indicati dalla legge delega – rinuncia alla individuazione di criteri di “discrettivi secchi” poggiandosi sul parametro dato dalla sussistenza di una situazione di “controllo” nella sua più lata accezione.

Il decreto, nella logica della massima inclusione - od in una prospettiva antielusiva – non rende rilevanti solo le posizioni di dominio stabili, aritmeticamente riconoscibili (ad esempio, maggioranza del capitale sociale). Invero, per il TUSP si ha controllo pubblico in ipotesi eterogenee, stante il richiamo integrale dell'art. 1, lett. m), alla definizione posta alla lett. b) per cui è tale «la

situazione descritta nell'art. 2359 cod. civ.» nonché ogni altra ipotesi in cui, norme di legge, clausole statutarie o patti parasociali, richiedano l'unanimità per l'assunzione delle «(...) decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale».

All'evidenza l'area d'estensione della disciplina risulta mutevole. E', in primo luogo, variabile il perimetro delle "decisioni strategiche", la cui individuazione è rimessa alla sensibilità dell'interprete. È, in secondo luogo, variabile nel tempo la ricostruzione della situazione di controllo da influenza dominante. Tale fattispecie, risalente nel diritto societario, poggia su d'una valutazione della situazione materiale di uno specifico contesto, che, appunto, conduce all'affermazione dell'esistenza di una situazione di controllo di fatto in capo ad un socio, nei termini dell'art. 2359, comma 1, n. 2, cod. civ. Si reputa, invero, che sussista quella posizione di potere quando chi non detiene la maggioranza aritmetica dei voti in assemblea ordinaria, comunque, in ragione del diverso attivismo degli altri soci, dispone di una percentuale di capitale minore che – alla luce delle pregresse "serie storiche" – sarà di per sé ragionevolmente sufficiente per far approvare le successive decisioni collegiali.

Se non ci si inganna, il TUSP adotta una soluzione discutibile per l'elevata instabilità del suo sistema di riferimento o delle coordinate applicative, le quali non possono essere neppure parzialmente giustificate o compensate dagli obiettivi di sfoltimento delle partecipazioni pubbliche e del contenimento della spesa poiché il subsistema consegnatoci dal d. legis. 175/2016 sembra operare lungo linee incompatibili con la logica e la tecnica del diritto societario.

La normativa speciale in tema di società – ad esempio bancarie o quotate in mercati regolamentati – generalmente fa discendere dai rapporti di forza tra i soci degli obblighi a carico degli stessi che non impattano, se non eccezionalmente, su singoli aspetti del funzionamento dell'organizzazione (cfr art. 24, d. legis. 1° settembre 1993, n. 385). Qui, invece, in ragione di quell'asserita superiorità degli interessi pubblici che permeano il decreto legislativo, si ancorano le regole di funzionamento ai rapporti di forza tra i soci con la conseguenza che al mutare dei secondi mutano anche le prime. Così lo scioglimento di un patto di sindacato tra P.A. socie potrebbe far venir meno l'applicabilità della disciplina speciale o, al contrario, l'emersione in sede giudiziale di un patto parasociale occulto potrebbe rendere, a posteriori, applicabile una disciplina diversa da quella seguita.

Il tutto con buona pace di quella stabilità che dovrebbe garantire una normativa che ordina la costituzione ed il funzionamento di organizzazioni a carattere reale – quali sono le società – concepite come enti desinati a sviluppa-

re iniziative economiche di durata grazie alla definizione di rapporti e relazione tipizzate ed aventi un nucleo incompressibile costante.

4. Una prima forma di condizionamento pubblicistico. L'eterodeterminazione delle scelte "operative" sociali

Scendendo nel particolare, una prima forma di condizionamento pubblicistico può essere individuata nelle disposizioni che - per garantire la correttezza, efficienza ed economicità della gestione - "espropriano" i soci di quel loro potere che si sostanzia nella prerogativa di valutare tanto l'adeguatezza del modello organizzativo quanto le relative scelte compiute dagli amministratori.

Le soluzioni operative, infatti, vengono orientate da atti esterni di indirizzo che molto ricordano le direttive impartite dal ministro delle partecipazioni statali agli enti di gestione (l. 22 dicembre 1958, n. 1589). I sottoscrittori del capitale sociale - così come gli stessi organi sociali - sono sottoposti ad un vincolo - sia pur non puntualissimo - che, comunque, opera una compressione non riscontrabile nel diritto comune.

Il TUSP (art. 15, comma 2), infatti, prevede che una struttura dedicata del Ministero dell'economia e delle finanze *«fornisce orientamenti e indicazioni in materia di applicazione del presente decreto e del decreto legislativo 11 novembre 2003, n. 333 e promuove le migliori pratiche presso le società a partecipazione pubblica (...)»*.

Sembra, peraltro, ragionevole immaginare che quella forma di condizionamento contemplata dal decreto sia ben più profonda di quanto possa apparire. Infatti, se è vero che le indicazioni ministeriali prescrivono senza obbligare, difficilmente le stesse saranno disattese. Pare improbabile che gli azionisti pubblici, così come gli organi delle società partecipate dai primi, le disattendano, assumendo un atteggiamento critico rispetto ad apprezzamenti formulati da una struttura specialistica del MEF, dicastero deputato alla gestione di tutte le partecipazioni dello Stato.

Ulteriormente, sembra ancora più improbabile che chi dubita della bontà degli orientamenti e indicazioni ministeriali, si voglia assumere l'onere di dimostrazione della loro inadeguatezza e/o inopportunità di ciò che è stato raccomandato. Se, infatti, le raccomandazioni sono espressione di un potere non vincolante, ciò non di meno, rilevano poiché il loro destinatario - per andare esente da un'eventuale censura - deve dar ragione della superiorità della diversa condotta attuata rispetto a quella indicatagli.

Il panorama dei vincoli non sembra, peraltro, esaurito dovendosi, quanto

meno, far menzione di un altro “fattore”. Una seconda, non indifferente variabile di condizionamento – apprezzabile in termini di compressione dell’elasticità decisionale – sembra ravvisabile nella soggezione delle società a partecipazione pubblica qualificata alle indicazioni di ANAC, con conseguente “ossificazione” di una serie di determinazioni che esulano le scelte in merito alle politiche relative al personale (art. 19). Si deve, infatti, ricordare che una recente decisione della Conferenza unificata Stato Regioni ha disposto l’estensione della c.d. disciplina anticorruzione a tutte le società a controllo pubblico. Dunque, ancora una volta, modalità ed opportunità di scelte imprenditoriali, si dovranno misurare con una variabile sconosciuta al diritto privato.

5. Alcune prescrizioni “organizzative” specifiche, in ragione della natura dei soci

Proseguendo, la normativa d’interesse contiene non poche disposizioni specifiche che fanno discendere dalla natura della maggioranza dei soci talune, non secondarie, limitazioni organizzative e gestionali.

Postulando la particolare avversione delle P.A. al rischio d’impresa, si prevede che le partecipate debbono predisporre specifici programmi di valutazione del rischio aziendale (art. 6, comma 2). Dunque, la formalizzazione dell’analisi dei rischi viene richiesta non già in ragione del tipo di attività ma in ragione della natura della compagine sociale. In considerazione di quella, quindi, si impone un’attività continuativa poiché alla fase di predisposizione, necessariamente, deve seguire quella di verifica, tesa a riscontrare nel tempo la correttezza dell’analisi e l’adeguatezza dei presidi procedurali ivi indicati.

La diversità dal diritto comune risulta particolarmente evidente se si pensa, ad esempio, alla disciplina bancaria. In quella l’adozione d’una articolata serie di presidi di prevenzione e valutazione del rischio è posta in funzione della stabilità e funzionalità dell’impresa e, più in generale, del sistema creditizio (art. 5, d. legis. 385/1993) ma non certo in funzione del socio che, concorrendo ad un’iniziativa aleatoria comune, sa di poter perdere quanto conferito.

Sempre in una logica di “prevenzione/efficienza” il TUSP disegna le società a controllo pubblico come enti a struttura tendenzialmente complessa, caratterizzanti per una organizzazione più articolata rispetto a quella minima richiesta dal codice civile.

In primo luogo, gli statuti delle s.r.l. dominate dalle P.A. devono sempre prevedere la nomina dell’organo di controllo o di un revisore mentre nelle

s.p.a. è legislativamente vietato l'affidamento della revisione dei conti al collegio sindacale, prescrivendosi, così, la necessità del duplice ordine di presidi di "regolarità".

In secondo luogo, agli amministratori è richiesto (art. 6, comma 3) di valutare *«l'opportunità di integrare, in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta, gli strumenti di governo societario»*. In particolare, avendo riguardo alle specificità del caso, l'organo gestorio dovrà considerare l'implementazione procedurale operativa tramite: a) l'adozione di regolamenti interni volti a *«garantire la conformità dell'attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale»* nonché quelle relative alla proprietà industriale; b) l'istituzione d'un adeguato ufficio di controllo interno che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrandone tempestivamente le richieste nonché chiamato ad elaborare e trasmettere periodicamente al secondo specifiche *«relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione»*; c) la predisposizione di codici di condotta propri o l'adesione a codici di condotta di categoria *«aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società»*; d) *«programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea»*.

La natura pubblica – e le finalità non speculative – dei soci pubblici, in forza di una sorta di relazione osmotica, superano il "diaframma" costituito dall'organizzazione societaria, per "contaminare" i criteri d'esercizio d'impresa, orientandola verso condotte massimamente corrette suscettibili di un controllo svolto, congiuntamente, tanto da una struttura interna che dall'organo di controllo statutario. Verifiche – è da sottolineare – che se non trascendono il confine della legalità affidata al collegio sindacale, lambiscono l'area del c.d. merito della gestione.

Il controllo di efficienza e regolarità della gestione svolto dal collegio sindacale, nel sistema tradizionale, potrebbe tradursi, invero, in indicazioni di carattere operativo quando la conduzione dell'impresa sociale non paia in grado di contemperare pienamente quei molteplici, eterogenei (forse inconciliabili) interessi oltre che dei soci della categoria allargata degli *stakeholders*, che si vorrebbero parimenti tutelati dalla disciplina speciale. È, se si vuole, la stessa strumentalità dell'informazione rispetto alla funzione di vigilanza delineata dal TUSP che fa sospettare l'erosione dell'autonomia gestionale dell'organo amministrativo, in tesi, abilitato – nei limiti del lecito – a compiere le scelte ritenute le più opportune per l'utile esercizio dell'impresa sociale.

Ancora, è la valorizzazione della natura pubblica dei soci – indicativa del-

la “permeabilità” dell’organizzazione associativa - che porta alla definizione di disposizioni che impongono, in modo tendenzialmente rigoroso, l’oculato impiego di risorse scarse quando si prospettano “situazioni di difficoltà” dell’impresa.

L’azionista pubblico non può, in principio, intervenire puramente e semplicemente al ripianamento delle perdite ed alla contemporanea sottoscrizione d’un aumento di capitale (art. 14, comma 5) e, comunque, deve scontare, indirettamente, gli effetti negativi dell’andamento dell’impresa comune. Si dispone, infatti, che le amministrazioni locali in regime di c.d. contabilità finanziaria, *«accantonano nell’anno successivo in un apposito fondo vincolato un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione»* (art. 21, comma 1).

Nella medesima prospettiva di permeabilità si possono leggere quei significativi condizionamenti alle scelte gestionali relative alle c.d. risorse umane previste per i casi di partecipazione pubblica maggioritaria.

A fronte di quella situazione proprietaria, infatti, si dispone che il reclutamento del personale deve essere improntato ai criteri e principi di trasparenza ed imparzialità, anche di derivazione UE, nonché al rispetto dell’art. 35, d. legis. 30 marzo 2001, n. 165, recante le *«Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche»* (19, comma 2).

È da evidenziare, peraltro, come l’organo gestorio venga ulteriormente limitato dalle decisioni dei soci pubblici per quanto concerne le scelte relative all’impiego di quel fattore di produzione. Infatti, alle P.A. socie è attribuito un generale potere di definizione delle linee relative alla politica del personale. Alle seconde spetta la prerogativa di fissare, con propri provvedimenti *«obiettivi specifici, annuali e pluriennali, sul complesso delle spese di funzionamento, ivi comprese quelle per il personale delle società controllate, anche attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale»*, avendo riguardo al più ampio quadro delle prescrizioni normative del TUSP e di quelle di settore (art. 19, comma 5). Prerogativa, assolutamente, pregnante, la quale deve essere attuata dalle società partecipate, con conseguenti ricadute sul rapporto fiduciario corrente con i loro amministratori. L’eventuale inosservanza delle richiamate indicazioni dei soci, infatti, ben potrebbe integrare, quanto meno, quella giusta causa di revoca che consente una risoluzione anticipata dell’incarico senza “costi” per la società (art. 2383, comma 3, cod. civ.). E, si sottolinea, è fuor dubbio che si tratti d’un obbligo assai stringente degli amministratori, sol si considera che il TUSP espressamente menziona il loro dovere di garantire il concreto perseguimento degli obiettivi individuati dai soci, trasferendone le indicazioni anche sul piano

della contrattazione aziendale (art. 19, comma 6).

La contaminazione o condizionamento derivante dalla presenza di una maggioranza pubblica risulta, ancora, confermata da una disposizione relativa al personale. A parziale “compensazione” dell’interferenza della P.A. si prevede la possibilità, condizionata, di un riassorbimento dei dipendenti legati da un rapporto di lavoro privato a tempo indeterminato, se quella situazione d’impiego sia stata conseguenza di una scelta dei soci di esternalizzare funzioni che, in un secondo momento, ritengono opportuno “reinternalizzare” (art. 19, comma 8). Si ammette, infatti, un “ritorno” – senza concorso - del personale formalmente privato “nei ranghi pubblici” nel limite dei posti vacanti nelle dotazioni organiche delle amministrazioni interessate e sempre che ciò sia compatibile con il quadro generale regolatorio delle stesse.

6. Il controllo giudiziario sulle società pubbliche

Una ulteriore forma di condizionamento - e deviazione dal regime ordinario - si può rinvenire nella disposizione dedicata al controllo giudiziario (art. 13).

Nelle società a controllo pubblico – costituite in qualunque forma ammessa - si prevede una generalizzata applicazione dell’istituto della denuncia al Tribunale (*ex* art. 2409 cod. civ.), contemplato dalla disciplina delle s.p.a. Il TUSP, infatti, dispone che ciascuna amministrazione, socia *«indipendentemente dall’entità della partecipazione di cui è titolare è legittimata a presentare denuncia di gravi irregolarità»*.

La particolare natura del socio conduce a riconoscerli una forma di tutela esterna che prescinde dalla percentuale del capitale sottoscritto e dall’esistenza di diverse forme di correzione di eventuali condotte censurabili degli amministratori. Si prevede, appunto, senza alcun filtro “quantitativo” ed anche in aggiunta rispetto a quelle più incisive forme di reazione proprie della disciplina legale delle s.r.l. (art. 2476 cod. civ.), la garanzia di penetrante un controllo da parte del giudice ordinario.

Giudice, peraltro, ragionevolmente abilitato a fare “qualche cosa di più” rispetto a quanto previsto dal codice civile. Infatti – diversamente dal diritto comune che ancora il controllo al compimento di gravi irregolarità foriere di un danno anche potenzialmente significativo alla società od ad una o più controllate (art. 2409, comma 1, cod. civ.) – si sottopongono al suo vaglio anche quelle condotte che, più semplicemente, si sostanziano in violazioni di tipo formale di

prescrizioni normative. Mi sembrano indicative del più “ampio spettro del ricorso” al Tribunale talune specifiche indicazioni rinvenibili nel provvedimento d’interesse. Per il TUSP, invero, costituiscono ipotesi tipizzate di gravi irregolarità sia la violazione della disciplina “limitativa” della costituzione di lavoro dipendente (art. 25, comma 6) che la mancata adozione di “adeguati provvedimenti” (art. 14, comma 3) in caso di emersione della esistenza di anche uno solo di quegli elementi di “pericolo” indicati nei piani e programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale (*ex* art. 6, comma 2).

Se non ci si inganna, la preoccupazione per la conservazione del valore della immobilizzazione finanziaria, si traduce in una ridefinizione di un istituto originariamente concepito per consentire ai titolari di partecipazioni qualificate di attivarsi a fronte di situazioni in grado di compromettere la stabilità e continuità dell’impresa sociale.

7. Alcune prescrizioni comportamentali al socio e loro ricadute sul rapporto associativo

Da ultimo, sembrano espressione di un altro profilo di specialità delle società a controllo pubblico le disposizioni sulla c.d. razionalizzazione delle partecipazioni, che pongono delle prescrizioni “comportamentali” a carico dei soci, gravide di ricadute sulla sostanza del rapporto associativo.

Per soddisfare quella finalità di semplificazione e razionalizzazione degli investimenti delle P.A., nel loro complesso, si subordina la presenza e persistenza della partecipazione delle prime nel capitale sociale all’esito d’una peculiare, periodica, valutazione di convenienza soggettiva, destinata a riflettersi sulla stabilità della stessa compagine associativa. Una considerazione obiettiva o d’insieme delle peculiari prescrizioni porta, dunque, ad una conclusione paradossale rispetto al generale principio secondo cui il socio che reputa una partecipazione non più in linea con il proprio interesse o propensione all’investimento, salvo situazioni tassative – di stretta interpretazione – non ha la possibilità di recedere se non riesce a vendere la propria immobilizzazione.

Dunque, la lettura “in controluce” delle disposizioni sulla c.d. razionalizzazione può verosimilmente condurre a concludere che l’ente commerciale a partecipazione pubblica maggioritaria genera per le P.A. aderenti un vincolo assimilabile a quello che si instaurerebbe tra chi è parte di una società a tempo indeterminato. Infatti, il loro vincolo di adesione all’ente lucrativo viene ad avere una connotazione instabile – come anticipato - per l’ampia possibilità rico-

nosciuta di liquidazione della propria quota nell'ipotesi in cui non ne risulti praticabile l'alienazione.

Tanto si trae dalle indicazioni dei documenti normativi che vogliono garantire l'attuazione sostanziale del principio di stretta strumentalità della partecipazione rispetto alle finalità istituzionali delle P.A. aderenti. Per il TUSP le P.A. devono dotarsi di piani di razionalizzazione – corredati da una relazione tecnica – in cui sono indicate sia le partecipazioni non coerenti con i limiti posti dalla fonte primaria che le modalità della loro dismissione, da realizzarsi, si dice, anche seguendo le indicazioni fornite dalle disposizioni del codice civile (art. 20 e 24).

Pure in quest'ipotesi ci si trova però innanzi ad un'eccezione particolarmente ampia. Infatti, il mancato adeguamento, l'impossibilità della cessione onerosa o la realizzazione di altro evento di portata riduttiva (ad esempio, fusione tra società) non si pone quale elemento ostativo rispetto al programma di "sfoltimento". Si prevede, invero, che la mancata cessione venga "controbilanciata" in altro modo (art. 24, comma 6). Fallita ogni ipotesi, al socio pubblico la società deve liquidare la partecipazione «(...) *in danaro in base ai criteri stabiliti all'art. 2437-ter, secondo comma e seguendo il procedimento di cui all'art. 2437-quater del codice civile*».

Pertanto, gli amministratori, nell'ordine dovranno: determinare il valore della partecipazione, avendo riguardo alla consistenza patrimoniale della società, alle sue prospettive reddituali nonché all'eventuale valore di mercato della stessa; rimborsare ai recedenti le partecipazioni sulla base dei valori predeterminati, impiegando eventuali riserve disponibili o parte del capitale sociale, previa riduzione di quest'ultimo.

L'esigenza di liquidazione – e dunque il favore per il socio pubblico – prevale sulla contraria esigenza di conservazione dell'ente lucrativo che caratterizza, quanto meno, il diritto delle società di capitali a tempo indeterminato. Ciò poiché, in ultima analisi, l'eventuale liquidazione della società, per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale previsto per il singolo modello, dipende sostanzialmente da una valutazione soggettiva, opinabile che si vuole periodicamente reiterata dalla P.A. Non è, infatti, mai sufficientemente evidenziato che quel processo "d'indebolimento" dell'organizzazione associativa trova il suo presupposto nel giudizio di stretta strumentalità e necessità contenuto nella relazione ricognitiva dello stato delle partecipazioni detenute dalle diverse P.A. socie. In una relazione "ricognitiva" che può contenere un giudizio positivo – mantenimento – o negativo – alienazione – che è la sintesi di una valutazione opinabile compiuta sulla base di parametri normativi generici, quali: i) la "in-

coerenza/incoerenza” dei fini della società rispetto a quelli della P.A. socia (art. 20, comma 2, lett. a); *ii*) l’eventuale coincidenza sostanziale delle attività svolte dalla società partecipata rispetto ad altre di ulteriori enti di cui è socia la medesima P.A., stante il divieto di detenzione di quote od azioni di enti che svolgono attività analoghe o simili (art. 20, comma 2, lett. c); *iii*) la necessità di contenimento dei costi di funzionamento (art. 20, comma 2, lett. f).

VITTORIO DOMENICHELLI

Professore ordinario di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze politiche,
giuridiche e internazionali dell'Università degli Studi di Padova

vittorio.domenicelli@unipd.it

LE SOCIETÀ PUBBLICHE: PROSPETTIVE, ELASTICITÀ DEI MODELLI E RESPONSABILITÀ

“Società pubblica” è una locuzione forse impropria, ma esprime con efficacia un fenomeno, quello delle società a controllo pubblico o a partecipazione pubblica, non coincidente appieno con quello più generale (e risalente) delle “partecipazioni pubbliche” (riferendosi il primo al soggetto, il secondo all’oggetto), anche se i due fenomeni vengono spesso confusi dal legislatore, in un flusso di interventi normativi e di modifiche, spesso frutto di contingenze politiche e non di un disegno coerente.

Fenomeni che già il codice civile del 1942 conosceva inserendo le società con partecipazione dello Stato o di enti pubblici all’interno della disciplina generale delle società, ma con norme speciali o derogatorie (essenzialmente, soltanto) per la nomina o la revoca di amministratori e sindaci (artt. 2449-2450).

Le deroghe alla ordinaria disciplina delle società divennero, tuttavia, via via più frequenti a seguito della progressiva conquista da parte del modello societario del “piccolo mondo antico” delle aziende pubbliche (municipalizzate o statali che fossero).

Il modello della società di capitali, favorito dal legislatore a partire dagli anni '90 soprattutto per la gestione dei servizi pubblici locali, avrebbe dovuto introdurre, soprattutto - con l'autonomia della società e dell'attività economica da essa gestita - i principi imprenditoriali di efficienza e di responsabilità, sottoponendo la *mala gestio* e le perdite alle usuali sanzioni previste dal diritto commerciale, dall'azione di responsabilità verso gli amministratori fino al fallimento della società (istituto inapplicabile agli enti pubblici economici che pur svolgevano attività di impresa). Ma è noto che gli enti locali utilizzarono questa autonomia soprattutto per sottrarsi alle regole amministrative (di trasparenza e par condicio) che disciplinano le spese e le assunzioni degli enti pubblici oltre che per nominare amministratori delle società esponenti politici locali, spesso senza alcuna preparazione aziendale.

Così alimentando un “capitalismo municipale”, spesso velleitario e av-

venturoso, anche se non mancano esempi di creazione di notevoli realtà imprenditoriali.

Le deroghe più vistose al regime del diritto societario ordinario vengono a formarsi, anche in via giurisprudenziale, soprattutto nelle c.d. *società in house*, soggetti totalmente partecipati dall'ente o dagli enti pubblici, affidatari in via diretta (in house) di importanti servizi pubblici; ma che pagano in termini di libertà imprenditoriale quanto hanno ottenuto dai loro soci pubblici (il monopolio dei servizi nel territorio di competenza degli enti) non potendo operare al di fuori di quei confini.

Le società *in house* vengono così qualificate dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato come società “di diritto speciale”, o addirittura “organi indiretti” degli enti pubblici-soci, anche se il legislatore ha sempre cercato di mantenere le società a partecipazione pubblica nell'ambito del regime comune, là dove non sia esplicitamente derogato. Ma, ovviamente, dovendo riconoscere che il vantaggio competitivo rappresentato dall'affidamento diretto della gestione di un servizio pubblico, e dunque la riserva di un mercato ottenuto senza alcuna gara, non può non essere “compensato” in negativo da limitazioni della loro libertà commerciale.

E, ancora, non può non sottolinearsi la difficile coesistenza fra le forme di manifestazione di volontà negoziale delle società e quelle derivanti dalla natura pubblica dei soci le cui determinazioni sono tipizzate e procedimentalizzate; e, poi, fra la logica dell'impresa (il profitto) e quella dell'amministrazione (il bene della collettività), fra gli interessi della società e quelli dei soci pubblici; etc...

Il legislatore ha tentato, peraltro, da tempo, di frenare il torrentizio fenomeno delle migliaia di società partecipate dagli enti locali, che si sono venute a creare soprattutto nel corso degli anni 1990-2010! A partire dalla legge finanziaria (L. 24/12/2007 n. 244/2007, art. 3 co. 27 e ss.) viene introdotto il principio della “stretta necessità” quale condizione per l'acquisto o il mantenimento della partecipazione pubblica e l'obbligo della dismissione in caso di mancanza.

Obbligo reiterato sempre nel corso degli anni successivi, anche se ancora senza risultati risolutivi.

Con il T.U. 175/2016, cui è dedicato il nostro convegno, vengono riorordinate e coordinate le diverse disposizioni legislative vigenti, in attuazione della delega disposta con la L. 124/2015. Ma, nel contempo, da un lato, vengono distinti i diversi tipi di “società pubbliche”, a seconda delle attività svolte, del loro affidamento diretto o con gara da parte dei soci pubblici, della quotazione o meno in mercati regolamentati; dall'altro, vengono disciplinate le condizioni

per la costituzione di società da parte degli enti pubblici, per l'assunzione e il mantenimento di partecipazioni societarie, essenzialmente collegando tali condizioni ai compiti "istituzionali" delle amministrazioni al fine di "contenere" tale modello per la sola gestione dei servizi di interesse economico generale.

In questo quadro generale, il T.U. ha disciplinato anche il regime delle responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione (regime notoriamente incerto fra responsabilità civile ed erariale) nel quadro dei principi della legge delega secondo cui il T.U. avrebbe dovuto eliminare le sovrapposizioni fra istituti pubblicistici e privatistici "ispirati alle medesime esigenze di disciplina e controllo".

Vedremo in che misura questo obiettivo è stato raggiunto.

Altre regole sono state introdotte dal T.U. per la "razionalizzazione" del sistema, individuando i criteri per la scelta del modello societario o per la "internalizzazione" delle attività, ovvero l'ipotesi di obbligatoria liquidazione delle partecipazioni e/o delle società.

A tutto ciò è dedicato il nostro convegno anche se non di tutto ciò potremo approfonditamente occuparci nel tempo di un pomeriggio. Ma sono certo che le capacità dei relatori sapranno condurci nel mosaico di questa disciplina che ancora necessita di tanti chiarimenti, anche in sede applicativa, fornendoci le chiavi di lettura per comprendere i fondamentali del sistema delle società pubbliche, se di "sistema" possiamo veramente parlare.

MASSIMILIANO BELLAVISTA

Professore associato presso il Dipartimento di Scienze politiche e internazionali
dell'Università degli Studi di Siena

massimiliano.bellavista@unisi.it

**RECENSIONE A FLAMINIA APERIO BELLA, TRA
PROCEDIMENTO E PROCESSO. CONTRIBUTO ALLO
STUDIO DELLE TUTELE NEI CONFRONTI DELLA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

Il libro che qui si recensisce tocca un nervo scoperto del diritto amministrativo, ossia quello del rapporto fra procedimento (*rectius* procedura o rito sostanziale) e processo giurisdizionale.

Non serve qui ricordare, con puntualità, le vicende che hanno riguardato il tema del procedimento a partire dalla genesi del diritto amministrativo moderno, ossia dalle riforme napoleoniche.

È sufficiente soffermare l'attenzione sui due motivi principali che hanno determinato gran parte dell'ostilità della dottrina italiana, nei due secoli passati, alla semplice idea che l'attività amministrativa potesse, da un lato, essere esercitata nella forma del procedimento e, dall'altro lato, che questo potesse essere configurato alla stregua del processo.

Il primo motivo è di ordine, per così dire, politico – istituzionale e attiene al forzato congedo dalla *iurisdictio* imposto con le riforme napoleoniche; il secondo motivo è di matrice culturale e riguarda l'emancipazione della funzione amministrativa da quella più propriamente giurisdizionale.

Ambedue hanno contribuito a determinare delle vere e proprie forme di precomprensione ostili all'idea stessa di procedimento; in questo senso, si arrivò addirittura a negarne l'esistenza giuridica, a dispetto dello stesso dato normativo ovvero della norma contenuta nell'art. 3 dell'All. E, della legge di abolizione del contenzioso amministrativo. Il tutto nel preteso ossequio formale al principio della separazione dei poteri.

Proprio da qui, ossia dal principio della separazione dei poteri, l'Autrice aggredisce il tema. E dimostra, non solo, che tale principio non è ostile al procedimento, ma anche che la configurazione dello stesso al modello del processo, alla fine, non pone in crisi siffatto principio.

Non è un caso, come bene è evidenziato nel testo, che l'ultimo dei grandi

concettualisti della dottrina italiana, cioè Aldo Mazzini Sandulli, sia stato il primo a dare una sede scientifica al procedimento amministrativo.

Da lì, poi, sono partite ulteriori indagini e successive elaborazioni teoriche che, con l'andare del tempo, hanno riportato il procedimento all'interno del perimetro del processo.

Per molto tempo, la scienza giuridica italiana ha preferito sottolineare le differenze fra l'opera di Sandulli e quelle successive della scuola benvenutiana e di Mario Nigro.

L'Autrice, però e a ragione, ha aggirato il problema e ha dimostrato l'esistenza di uno stesso filo conduttore fra il procedimento di Sandulli e quello teorizzato, prima, da Feliciano Benvenuti e successivamente da Giorgio Berti, Giorgio Pastori e Mario Nigro.

Non si tratta di incedere in sincretismi o in atteggiamenti eclettici, ma di uscire dalle eccessive strettoie del tecnicismo giuridico (e prima ancora della pandettistica), come ebbe modo di sottolineare (proprio sul tema della processualizzazione del procedimento) Elio Fazzalari, illustre esponente della dottrina processualciviltistica (il cui apporto è ben evidenziato nel libro che si va a recensire), ma si deve considerare che il filo rosso che attraversa le teorie sul procedimento dei ricordati autori è dato dall'esigenza di tutela della persona nei confronti del potere amministrativo.

E qui sorge un ulteriore problema: quella parte della dottrina, ostile alla processualizzazione del procedimento, ha sempre fatto forza sulla necessità dell'esistenza di un sistema a tutela asimmetrico, proprio per non svuotare di contenuto quella (la tutela?) giurisdizionale.

L'Autrice dimostra che questo è un falso problema, giacché non si devono confondere i profili strutturali con quelli funzionali del procedimento.

Dal punto di vista strutturale il procedimento è procedura o rito e quindi rientra nel perimetro del processo; da quello funzionale il procedimento, ancorché procedura o rito, si allontana dal processo giurisdizionale, poiché l'amministrazione guarda al futuro, nell'elaborare la regola del caso concreto, mentre la giurisdizione guarda al passato (ad eccezione di quella di merito), nel verificare la correttezza della regola formata dalla p.a.

D'altro canto, la procedura non è fine a sé stessa (come non lo è il processo giurisdizionale), essa è, invero, strumentale a qualcos'altro. E ciò altro non sono che i diritti fondamentali della persona, i quali si declinano, volta per volta, nelle diverse situazioni giuridiche sostanziali.

La semplice affermazione dell'esistenza giuridica di un diritto fondamentale (e della corrispondente situazione giuridica) di per sé non è sufficiente a ga-

rantirlo se l'ordinamento non pone adeguati strumenti di garanzia.

In questo senso, negare che il procedimento sia procedura o rito significa affermare l'esistenza della sola tutela giurisdizionale o, con altro modo di dire, che l'effettività di tali diritti sarebbe concentrata nel solo momento giurisdizionale; con l'inevitabile corollario che l'ordinamento concederebbe tutela solo in caso di patologia, rimettendo la fisiologia alla signoria (per non dire all'arbitrio) del potere amministrativo.

Tale conclusione non solo non è accettabile, ma è al tempo stesso antistorica, inattuale e contraria all'ordinamento giuridico vigente.

La stessa vicenda che ha riguardato la legge sul procedimento amministrativo (come è evidente nel testo), quanto meno a partire dalle riforme della legge 241/90 che si sono succedute dal 2005 in avanti, dimostra il contrario.

Semmai, anche in questo caso, si deve tenere presente la distinzione fra la tutela sostanziale e quella giurisdizionale, la quale non è sul piano strutturale (ove la procedura e il processo giurisdizionale si accomunano), ma è su quello funzionale come sottolinea l'Autrice.

La stessa, in quest'ottica, chiude il cerchio nel momento in cui incentra l'analisi sul significato, storicamente formato, del contenuto dell'art. 6 della Convenzione EDU.

Nel libro è dedicato, poi, ampio spazio al terreno grigio che si frappone fra il procedimento e il processo.

Vi è, difatti, un'esauriente ricostruzione dei sistemi di soluzione dei conflitti insorti, fra persona e amministrazione, prima del processo (dall'autotutela, alla giustizia amministrativa, all'arbitrato ecc.).

In maniera rigorosa, l'Autrice guarda all'esperienza germanica e, tramite il metodo della comparazione (che dimostra di saper padroneggiare), ricostruisce la categoria dell'ADR in maniera originale e proficua.

Per fare ciò, la stessa non limita l'indagine al solo terreno della procedura, ma, come è necessario, direziona l'attenzione anche a quello del contratto pubblico. Tema questo assai spinoso (visti gli esuberanti poteri dell'ANAC), ma declinato nel libro con sicurezza e originalità; lo stesso inquadramento giuridico del parere precontenzioso dell'ANAC ne è una prova.

Infine, una considerazione sull'atteggiamento dell'Autrice nell'avvicinarsi al tema. Nell'introduzione, ella, con timidezza e modestia, asserisce di non poter dare conto con precisione dei risultati a cui la scienza è pervenuta nel tempo.

Ebbene l'imponente apparato bibliografico e quello altrettanto imponente delle note, sempre ragionate, dimostrano l'esatto contrario.

FRANCESCO ROTA

Ricercatore di Diritto amministrativo presso il Dipartimento di Diritto, Economia, Management e Metodi quantitativi dell'Università del Sannio di Benevento

franrota@unisannio.it

LA GESTIONE DEL RISCHIO NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE: INTERVENTI SPECIFICI E QUALITÀ DELL'AMMINISTRAZIONE

RISK MANAGEMENT AND FIGHT TO BRIBERY: SPECIFIC INTER- VENTIONS AND GOOD ADMINISTRATION

SINTESI

Negli ultimi anni, anche in virtù dell'impulso di organismi sovranazionali, si sono affermate misure preventive di contrasto alla corruzione. La loro introduzione nel sistema italiano genera una complessità amministrativa che può contribuire a peggiorare la qualità dell'amministrazione e a creare in definitiva un contesto favorevole alla diffusione di fenomeni corruttivi.

ABSTRACT

The introduction of measures to prevent bribery in Italy has generated an administrative complexity and could have an adverse impact on good administration. So, these measures could contribute to create a favourable environment for bribery.

INDICE: 1. Premesse – 2. Il contrasto alla corruzione in Italia tra gestione del rischio ed interventi emergenziali – 3. Imprevedibilità delle decisioni, duplicazione dei decisori e rischio di “fuga dalla decisione” – 4. Il contrasto alla corruzione: il ruolo dei cittadini – 5. Conclusioni

1. Premesse

Un margine di rischio è sempre insito nelle decisioni e nell'attività amministrativa ma, a volte, è anche necessario individuare la risposta più opportuna di fronte al rischio che si possano verificare situazioni dannose, pericolose o catastrofiche.

La risposta tradizionale del diritto pubblico a queste eventualità consiste nel fronteggiare gli eventi inaspettati con misure eccezionali ex post che consentano di superare le emergenze come possibile, senza prevedere misure amministrative preventive specifiche.

Negli ultimi anni i limiti di un approccio basato solo sul ricorso a misure emergenziali sono emersi e a tali misure si sono affiancate misure di *risk management* tese a prevenire le emergenze¹.

L'efficienza di un sistema nei confronti del rischio è connessa all'individuazione di un giusto equilibrio tra misure preventive e misure successive previste per fronteggiarlo, tra gestione del rischio ed emergenza.

Senza voler guardare ad altro, sembrano evidenti gli effetti che un eccessivo ricorso all'emergenza può comportare in termini di conculcazione di diritti e, allo stesso tempo, sembrano evidenti i costi di un eccessivo ricorso alla prevenzione².

Negli ultimi anni si è verificato un allargamento della nozione di emergenza intesa come situazione eccezionale che consente di ricorrere a discipline derogatorie³. L'emergenza porta peraltro con sé tutti i limiti della percezione che si ha delle dimensioni di un certo rischio e delle conseguenze del verificarsi di un determinato evento. Peraltro è impossibile eliminare il rischio: l'obiettivo più ambizioso è una gestione ottimale delle situazioni di rischio⁴.

La gestione del rischio può essere letta come una specificazione del principio di precauzione che deve essere sempre bilanciata con altri principi, primo fra tutti quello di proporzionalità.

Le decisioni pubbliche connesse al “se” e al “come” intervenire per ridurre il rischio o per ridurre gli effetti del verificarsi di un evento eccezionale sono il risultato di una valutazione politica e giuridica che ha come base studi e risultati provenienti da scienze non giuridiche. Per decidere quali rischi regolare è dunque necessario adottare un approccio interdisciplinare e i limiti delle scienze su cui ci si basa rischiano di ripercuotersi sulle decisioni stesse.

Per predisporre una disciplina del rischio che sia equilibrata è dunque necessario basarsi su dati affidabili ma, a volte, si riscontrano problemi di misurabilità e il diritto amministrativo incontra le scienze “incerte”.

Spesso le decisioni sono prese con un importante ruolo della percezione

¹ M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard. Elementi per una teoria dell'azione amministrativa attraverso i casi del terrorismo e dell'ambiente*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010;

² Si veda ancora M. SIMONCINI, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, cit.

³ M. BROCCA, *L'altra amministrazione. Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Editoriale Scientifica, 2012

⁴ Sui rischi della sicurezza percepita sia consentito il rinvio a F. ROTA, *Ordine pubblico e sicurezza*, Editoriale scientifica, 2012. Sul punto v. anche G. TROPEA, *Sicurezza e sussidiarietà*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.

che si ha di una situazione e con grandi difficoltà si riescono ad ottenere misurazioni attendibili. Ed è quanto avviene proprio nel caso del contrasto alla corruzione⁵.

Il ruolo della percezione e la sua importanza non devono però essere trascurati: la percezione può diventare prima convinzione, poi condotta e, alla fine, può ispirare il futuro. La percezione e la dipendenza dall'illegalità possono frustrare le politiche pubbliche⁶.

La percezione di un'elevata presenza di fenomeni corruttivi in un paese presenta una serie di effetti negativi quali un legame significativo con la densità e la complessità dei procedimenti amministrativi, la fuga degli operatori economici virtuosi e l'attrazione di operatori inclini alla corruzione, dando vita ad un circolo vizioso che porta all'affermazione di una cavillosità amministrativa che rappresenta un fertile substrato per l'inefficienza e la corruzione e alla tendenziale scomparsa dal mercato di operatori virtuosi⁷.

Peraltro gli effetti della corruzione possono essere molteplici e profondi e possono minare le basi di un sistema democratico: «*Corruption undermines citizens' confidence in democratic institutions and the rule of law, it hurts the European economy and deprives States from much-needed tax revenues*»⁸.

2. Il contrasto alla corruzione in Italia tra gestione del rischio e interventi emergenziali

Il sistema italiano di contrasto alla corruzione è dovuto alla maturazione della consapevolezza di una forte criticità dovuta al posizionamento dell'Italia in una serie di classifiche internazionali stilate sulla base della misurazione della presenza di fenomeni corruttivi nei diversi paesi. Del resto sin dal 2003, con la convenzione di Merida, è emersa con forza l'esigenza di contrastare la corruzione con politiche preventive⁹.

La pressione internazionale è diventata motore (o giustificazione) di un intervento del legislatore e in Italia si è compresa l'importanza di un intervento

⁵ Per una panoramica delle difficoltà di misurazione della corruzione e delle potenzialità degli strumenti esistenti cfr. M. GNALDI, B. PONTI (a cura di), *Misurare la corruzione oggi*, Franco Angeli, 2018.

⁶ F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in www.federalismi.it, 2015;

⁷ Per una sintetica analisi degli effetti perversi della corruzione v. A. VANNUCCI, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in Mattarella, Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione*, Giappichelli, 2013, 48 ss.

⁸ Cecilia Malmström, *EU Anti-Corruption Report*, 2014

⁹ N. PARISI, *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it, 2017

rapido ed efficiente che consentisse di rispondere a quella che veniva percepita come una situazione emergenziale.

L'Italia, seguendo i suggerimenti del Gruppo di lavoro OCSE sulla corruzione¹⁰ e della commissione europea, ha introdotto misure preventive di contrasto alla corruzione che si sono affiancate alle misure repressive di tipo penale già presenti nel nostro paese. Lo scopo dell'intervento era migliorare il posizionamento del nostro paese nelle valutazioni internazionali, incidendo così sulla percezione della corruzione, prevenire la corruzione con un approccio "risk based", sviluppando modelli di "compliance" e introducendo strumenti di soft law secondo le indicazioni del GRECO¹¹.

L'approccio basato sulla gestione del rischio richiede che ogni amministrazione rifletta sui rischi di corruzione connessi alla propria specifica attività con una strategia in due fasi. La prima fase è una fase di valutazione del rischio che serve a verificare l'esistenza del rischio e ad identificarne i fattori; la seconda fase è una fase di riduzione e gestione del rischio attraverso la individuazione di misure utili a gestire e a ridurre la possibilità che si possano verificare episodi di corruzione.

La corruzione viene solitamente vista come un fenomeno multiforme ma solitamente basato su modelli che si ripetono nelle forme e nei contenuti e richiede dunque una strategia diversificata.

Questo approccio è frutto di una nuova idea di corruzione che non è connessa esclusivamente alle fattispecie penali o dolose e include anche la cattiva amministrazione¹².

In questa prospettiva la corruzione è frutto di disfunzioni frequenti e il suo contrasto richiede azioni generali¹³.

La cattiva amministrazione è infatti connessa all'illegalità e alla distorsione dell'interesse pubblico¹⁴.

¹⁰ Si veda ad esempio, OCSE, *Trust in Government Ethics Measures in OECD Countries*, 2000, <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994450.pdf>

¹¹ M. MONTANARI, *La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione europea del Working Group on Bribery dell'OCSE e del GRECO concernenti il nostro Paese*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; L. Salazar, *Contrasto alla corruzione e processi internazionali di mutua valutazione: l'Italia davanti ai suoi giudici*, in *Cass. pen.*, 2012, 4270 ss.

¹² M. ARNONE, S. BORLINI, *Corruption. Economic Analysis and International Law*, Cheltenham, UK, E. Elgar, 2014, 314

¹³ M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in *La legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2013

¹⁴ N. Parisi, *Verso l'emersione di un modello internazionale di prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it, 2017

3. Imprevedibilità delle decisioni, duplicazione dei decisori e rischio di “fuga dalla decisione”

La linearità del discorso inizia ad inclinarsi però se si considera che in qualche misura in questo approccio la cattiva amministrazione rischia di essere causa ma anche effetto delle misure di contrasto alla corruzione.

L'OCSE ritiene che le misure suggerite consentano «*to modernise the public service in general, and in particular to make the regulations more stringent, to ensure transparency in the administration and in financing political parties, to promote openness of government information and in financing political parties, to promote openness of government information and freedom of the media and to improve international cooperation in the such efforts*»¹⁵ ma in un contesto, come quello italiano, in cui le regole sono complesse e poco chiare i dipendenti pubblici rischiano di commettere errori con maggiore facilità e sembrano moltiplicarsi le ipotesi di incertezza.

Ad esempio se si considera il rapporto tra riparametrazione e anomalia dell'offerta nelle gare con offerta economicamente più vantaggiosa, la giurisprudenza tradizionalmente tendeva a distinguere la funzione della riparametrazione da quella della anomalia, in quanto la prima servirebbe a garantire l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi stabiliti nel caso concreto per la valutazione dell'offerta e la seconda a garantire l'adequatezza dell'offerta e in definitiva la possibilità di soddisfare l'interesse pubblico. Conseguenza di questa impostazione era che l'anomalia dell'offerta dovesse essere valutata sui valori non riparametrati. L'ANAC però con le linee guida 2/2016, è intervenuta sul punto affermando che l'anomalia dovesse essere valutata sui valori riparametrati. La giurisprudenza sul punto si presenta ora divisa con conseguente incertezza applicativa¹⁶.

Così, la limitata qualità della regolazione finisce con il lasciare alla discrezione dell'interprete l'individuazione della condotta concreta con un doppio effetto negativo: da un lato si afferma l'incertezza del diritto aprendo la strada a prassi differenziate e, dall'altro, il decisore onesto non si sente tutelato e quello disonesto ha un margine di manovra che può usare a proprio vantaggio.

In questa situazione spesso si assiste a fughe dalla decisione o al ricorso a forme di amministrazione difensiva che rendono ancora più complicate e farraginose le procedure, pur muovendosi in un percorso di apparente legalità

¹⁵ OCSE, *Trust in Government Ethics Measures in OECD Countries*, 2000, <https://www.oecd.org/gov/ethics/48994450.pdf>

¹⁶ Per l'orientamento favorevole all'interpretazione dell'ANAC v. Tar Campania, Napoli, Sent. n. 941 del 2018; per l'orientamento contrario v. Tar Toscana, Sent. n. 426 del 2018.

formale. Nel primo caso si rischia l'impasse; nel secondo caso l'attività amministrativa subisce ritardi a causa della richiesta di pareri, valutazioni e di altri atti che consentano di declinare o ridurre la responsabilità della scelta.

Così la moltiplicazione delle fonti con una sovra-regolamentazione e una scarsa chiarezza sul valore stesso delle diverse tipologie di fonti¹⁷ (leggi, regolamenti, linee guida e direttive anac) e la moltiplicazione dei decisori (giudici, autorità indipendenti), in un contesto come quello italiano in cui già la giurisprudenza è spesso ondivaga¹⁸, rischiano di diventare a loro volta causa di cattiva amministrazione.

4. Il contrasto alla corruzione: il ruolo dei cittadini

La mancata trasparenza dei processi decisionali probabilmente contribuisce ad agevolare la corruzione e genera sfiducia nelle istituzioni pubbliche e nei meccanismi di legittimazione democratica. In un contesto caratterizzato dalla presenza di cattiva amministrazione e corruzione i diritti rischiano di diventare privilegi e la mancanza di fiducia nel valore del merito contribuisce alla diffusione della corruzione e rende progressivamente i cittadini sudditi¹⁹.

Una delle difficoltà del contrasto alla corruzione è la sua diffusione. Così l'*accountability*, l'integrità, l'etica pubblica, la trasparenza contribuiscono a contrastare in modo sistematico la corruzione.

Per questo è necessario che i cittadini abbiano la consapevolezza del disvalore della corruzione e abbiano un atteggiamento attivo, sovrintendendo alle attività pubbliche. La trasparenza ha in questa prospettiva un enorme valore ma, più che i singoli cittadini, sono le organizzazioni di cittadini a poter svolgere realmente questo tipo di ruolo.

5. Conclusioni

L'implementazione di misure amministrative di contrasto alla corruzione, in Italia, ha avuto il merito di introdurre misure di prevenzione ma ha un impatto negativo sulla complessità dell'amministrazione e sulla certezza delle re-

¹⁷ Si pensi ad esempio alla vicenda del valore delle linee guida ANAC e delle affermazioni sul punto da parte dei pareri del Consiglio di Stato

¹⁸ Il tema della certezza del diritto è sempre più sentito tanto da aver portato l'AIPDA a dedicarvi il convegno nazionale del 2014 i cui atti sono raccolti nel volume AA.VV., *L'incertezza delle regole*, Editoriale Scientifica, 2015. Più recentemente e in modo specifico in tema di valore del precedente giudiziario, v. A. De Siano, *Precedente giudiziario e decisioni della P. A.*, ESI, 2018

¹⁹ F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in www.federalismi.it, 2015;

gole che governano il corretto esercizio dei pubblici poteri. La situazione è resa più complessa dal sottodimensionamento delle risorse impiegate per implementare questo processo (la riforma è stata dichiarata come “a costo zero” e l’ANAC acquisisce compiti crescenti con un personale sottodimensionato e probabilmente non sempre adeguatamente qualificato).

Il modo in cui le misure di contrasto alla corruzione vengono interpretate dalle amministrazioni rappresenta un’altra faccia del problema: l’attività di predisposizione dei piani viene spesso vista come un mero adempimento, non ha alla propria base un’adeguata riflessione sulle caratteristiche del singolo ente e non mira al raggiungimento di un risultato effettivo. Peraltro in presenza di una corruzione sistemica, quale quella che sembra essere presente in Italia, alcune misure quali la rotazione degli incarichi hanno un’efficacia limitata o nulla. L’implementazione delle procedure di predisposizione e aggiornamento dei piani sembra richiedere alle amministrazioni uno sforzo non proporzionato agli effetti che tali strumenti producono.

Allo stesso tempo l’ingiustificato allargamento dell’emergenza come presupposto per l’applicazione di regimi giuridici derogatori fino a coinvolgere situazioni non emergenziali (si pensi ad esempio al caso dei grandi eventi) contribuisce ad ampliare il novero dei casi di cattiva amministrazione²⁰.

Resta inoltre il problema della corruzione politica e quello della relazione tra politica e amministrazione, con l’individuazione di obiettivi che spesso non consentono un controllo reale sui risultati della dirigenza con un impatto negativo sulle performance²¹.

In questo modo il sistema di contrasto alla corruzione contribuisce ad un’incertezza che produce cattiva amministrazione. La cattiva amministrazione è causa di corruzione. Siamo in presenza di Uroboro con la peculiarità che un sistema che ha introdotto una nozione di corruzione connessa alla cattiva amministrazione finisce con l’essere a sua volta causa di cattiva amministrazione (corruzione?).

Da quanto affermato sembra emergere che il contrasto alla corruzione richieda, più che misure emergenziali, l’efficienza dell’amministrazione e dunque qualità della regolazione, efficienza dell’amministrazione, corretto espletamento dei concorsi pubblici. Come sconfiggere l’Uroboro? In definitiva le misure preventive previste dalla disciplina di contrasto alla corruzione possono

²⁰ M. BROCCA, *L’altra amministrazione*, cit.

²¹ Sia consentito il rinvio a M. CERBONE, V. ESPOSITO, F. ROTA, *Considerazioni conclusive* in R. Mercurio, A. Zoppoli (a cura di), *Politica e amministrazione nelle autonomie locali. La comunicazione nel ciclo direzionale integrato*, Editoriale Scientifica, 2009

essere utili ma solo nella misura in cui riescono ad essere un fattore di buona amministrazione e non di isteria del sistema. Non è semplice intervenire ma qualcosa si può fare. In primo luogo rafforzando l'etica nei cittadini e nei funzionari pubblici²². Certo, è difficile: l'etica è un concetto astratto ma è possibile migliorare il rapporto di fiducia dei cittadini nelle istituzioni democratiche e il valore del diritto e del merito migliorando la qualità della regolazione e dell'amministrazione.

²² Sul punto il legislatore ha cercato di intervenire con il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Si veda sul punto E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2013

Finito di stampare nel mese di luglio 2018