UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

TESI DI DOTTORATO IN DIRITTO AMMINISTRATIVO
XX CICLO

COORDINATORE: CHIAR.MO PROF. PAOLO CARNEVALE

L'ATTIVITÀ AUTORITATIVA DELLA P.A.: NOZIONE E TRATTI DISTINTIVI

TUTOR: CHIAR.MA PROF.SSA
MARIA ALESSANDRA SANDULLI

DOTTORANDA: DOTT.SSA
MARTINA SINISI

ANNO ACCADEMICO: 2007- 2008

INDICE SOMMARIO

Introduzione …….. *pag. 2*

PARTE PRIMA

POTERE AMMINISTRATIVO E AZIONE AMMINISTRATIVA

TITOLO I

CAPITOLO UNICO

IL POTERE AMMINISTRATIVO

1. *Esercizio del potere amministrativo e principio di legalità* …….. *pag. 5*
2. *Contenuto del potere amministrativo* ……... *pag.14*

   2 a) Segue*: l'unilateralità e negoziabilità dell'azione amministrativa* .....*pag. 19*

   2 b) Segue*: l'imparzialità della funzione amministrativa* ……..….. *pag. 23*

   2 c) Segue*: la doverosità dell'azione amministrativa* ..... *pag. 24*

TITOLO II

LA FUNZIONE PUBBLICA

CAPITOLO PRIMO

AZIONE AMMINISTRATIVA E PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO: AUTORITATIVITÀ E IMPERATIVITÀ

Sezione I

ATTO E PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. *La teoria dell'atto e il provvedimento amministrativo …….. pag. 29*
2. *Atti di imperio e atti di gestione: cenni ……pag. 33*
3. *Efficacia dell'atto amministrativo ……..… pag. 34*
   3. *a) l'esecutorietà ……...… pag. 37*
   3. *b) l'esecutività ……..pag. 39*
4. *La discrezionalità nei diversi sistemi giuridici: alcuni modelli a confronto per uno spunto ricostruttivo del concetto di autoritatività.....pag. 40*

Sezione II

LE CONNOTAZIONI DEL POTERE PUBBLICO.

1. *Provvedimento amministrativo: espressione del momento autoritativo della funzione pubblica?..... pag. 45*
2. *Effetti dell'imperatività del provvedimento: degradazione dei diritti, esecutività e inoppugnabilità. Alcune riflessioni…….pag. 49*

CAPITOLO SECONDO

ATTIVITÀ AUTORITATIVA E ATTIVITÀ ESECUTIVA DELLA P.A.

1. *Possibile criterio di distinzione: atti amministrativi discrezionali e atti vincolati. Critica……...…….….pag. 52*
2. *Gli atti paritetici ……..…….….pag. 53*
3. *Attività amministrativa "di confine": esemplificazioni …… pag. 58*
   3. *a) La d.i.a. ……...….. pag. 58*
   3. *b) Gli accordi …..……..…… pag. 65*

3. *c) I comportamenti e i "quasi comportamenti" della p.A. Rinvio..... pag. 72*

3. *c) (segue): Il silenzio significativo: una delle forme di esercizio della potestà pubblica?.....pag. 76*

4. *Gli atti a contenuto favorevole.....……..…… pag. 77*

5. *Gli atti ad autoritatività cd "attenuata". Rinvio. ……pag. 78*

CAPITOLO TERZO

ATTIVITÀ NON AUTORITATIVA DELLA P.A.

1. *La previsione del nuovo art. 1, l. 241/1990 ……..…pag. 81*

1. *a) atti disciplinati dal diritto privato salva diversa previsione di legge……...pag. 85*

1. *b) Il comma 1 bis: limite al potere amministrativo autoritativo?.....pag. 86*

TITOLO III

ESPRESSIONE ED EFFETTI DELL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO

CAPITOLO PRIMO

L'AUTOTUTELA COME POTENZIAMENTO DEL MOMENTO AUTORITATIVO

1. *La riedizione del potere pubblico: i procedimenti di secondo grado……..… pag. 90*

2. *Il problema dell'incidenza del potere pubblico sulle situazioni giuridiche consolidate: legittimo affidamento e diritti quesiti……..pag. 94*

3. *Momento valutativo e giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico: ius poenitendi e sopravvenienze……...pag. 100*

4. *Annullamento d'ufficio……..…pag. 105*

5. *Revoca*……*pag. 109*
5.*a) La "positivizzazione" del potere di revoca e il rinvio ai principi di diritto comunitario*……*pag. 115*
6. *Il recesso: potere o facoltà? la disciplina degli accordi e la revoca del provvedimento. La tutela indennitaria*..……..… *pag. 117*
7. Autotutela pubblica e privata a confronto…….....*pag. 121*

CAPITOLO SECONDO
INCIDENZA SULLE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

1. *Atti unilaterali* …… *pag. 125*
2. *Effetti rispetto ai terzi* …….. *pag 126*
3. *Atti consensuali* ..... *pag. 131*

PARTE SECONDA
CAPITOLO UNICO
FORME DI TUTELA

1. *I criteri guida offerti dalla sentenza n. 204 del 2004* ……..…..*pag. 136*
2. *Potere amministrativo in astratto e in concreto*…….……..…*pag. 139*
3. *La tutela avverso i "comportamenti" illegittimi e i "quasi-comportamenti" della p.A. La vicenda della requisizione* ……*pag 141*

PARTE TERZA
CAPITOLO UNICO
SOGGETTI TERZI LA CUI ATTIVITÀ PARTECIPA ALL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO

1. *L'esternalizzazione delle potestà pubblicistiche……..… pag 149*
2. *Gli atti "sostanzialmente" amministrativi: l'attività amministrativa di soggetti privati…….. pag 154*
3. Soft law, *regolazione e atti ad autoritatività attenuata..... pag 157*
4. *I poteri impliciti.....pag 165*
5. *Gli impegni antitrust……..……... pag 170*

Conclusioni *……pag. 176*
Bibliografia *…… pag. 177*

Introduzione

Lo studio della "rifrazione" dell'attività amministrativa nelle diverse forme attraverso cui essa viene esercitata (atti autoritativi, atti paritetici, provvedimenti cosiddetti ad autoritatività "attenuata", la cui efficacia è sospensivamente o risolutivamente condizionata, soprattutto con riferimento agli atti posti in essere da soggetti terzi) trae spunto dal nuovo comma 1 bis dell'art. 1 della novellata l. 241 del 1990 e passa attraverso l'analisi dell'esercizio del potere amministrativo conformemente al principio di legalità e attraverso l'individuazione del contenuto della potestà pubblica e la valutazione della "negoziabilità" dell'azione amministrativa.

Il primo ambito di riflessione che viene in rilievo attiene all'incidenza del potere pubblico sulla sfera giuridica dei privati, nonché alla qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive, alla possibilità di coniugare il potere pubblico con il legittimo affidamento ingenerato nel destinatario di un precedente provvedimento amministrativo. Segue l'indagine sulla facoltà eventualmente riconosciuta alla pubblica amministrazione di esercitare il potere tramite atti provvedimentali non aventi carattere autoritativo (difficilmente sostenibile al di fuori delle rare ipotesi degli atti paritetici) e, se del caso, all'individuazione di un criterio distintivo tra atti autoritativi e atti non autoritativi emanati nell'esercizio delle facoltà attinenti alle potestà pubblicistiche e agli strumenti di tutela apprestati.

L'aspetto che risulta inevitabilmente privilegiato nel presente lavoro è quello relativo all'analisi della esatta configurazione del potere pubblico, così come elaborata dalle teorie nazionali dell'atto e del provvedimento amministrativo, alla luce del nuovo rinvio ai principi di diritto comunitario, con particolare riferimento al profilo del legittimo affidamento; che assume specifico interesse e pregio soprattutto nell'ambito dei procedimenti di secondo grado.

L'analisi del potere amministrativo si focalizza necessariamente su quella "zona grigia" caratterizzata dai provvedimenti quali atti vincolati, d.i.a., accordi, "quasi-comportamenti" etc, nonché degli atti provenienti da soggetti terzi, variamente definiti dalla dottrina.

In tale prospettiva e in vista della tutela giudiziale azionabile, acquista un rinnovato interesse l'excursus casistico e soprattutto le numerose vicende quali quelle relative alla tematica della requisizione, che continuano a impegnare il Consiglio di Stato.

PARTE PRIMA

POTERE PUBBLICO E AZIONE AMMINISTRATIVA

TITOLO I
CAPITOLO UNICO
IL POTERE PUBBLICO

IL POTERE PUBBLICO

SOMMARIO: *1. Esercizio del potere amministrativo e principio di legalità. 2. Contenuto del potere pubblico. 2. a)* Segue: *l' unilateralità e la negoziabilità dell'azione amministrativa. 2. b)* Segue: *l'imparzialità della funzione amministrativa. 2. c)* Segue: *la doverosità della funzione amministrativa.*

1. ESERCIZIO DEL POTERE AMMINISTRATIVO E PRINCIPIO DI LEGALITA'.

Per lo studio del potere amministrativo e preliminarmente all'analisi dei suoi tratti caratterizzanti, appare dovuto il rinvio alla fonte che lo attribuisce e lo legittima[1].

Per comprendere cosa si debba intendere per *potestà pubblica* e quale sia il suo esatto contenuto, è infatti opportuno partire dai limiti entro i quali essa può essere esercitata.

Il principio di legalità viene in tal senso in aiuto, nel tentativo di delineare i confini entro cui poter parlare di esercizio (legittimo) del potere amministrativo[2], e ciò in quanto, al contempo, la legge è fonte attributiva del potere e limite allo stesso.

Indipendentemente dal fatto che il principio di legalità sia inteso solo come regola di "distribuzione" del potere o contenga piuttosto anche una prescrizione

---

[1] Per un inquadramento generale U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane: legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale,* Milano, 1946; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; N. ZANARDI, *Becaria e Rousseau, ovvero principio di legalità e totalitarismo alle origini dello stato contemporaneo,* Milano, 1973; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione,* Milano, 1982; S. COGNETTI, *Principio di legalità e norma indeterminata,* Perugia, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza,* Milano, 1990; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa,* Napoli, 2000; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti,* Milano, 2001; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità,* Giappichelli, 2001; S. PENSABENE LIONTI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa: estratto (dagli) atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003: "Principio di legalità e amministrazione di risultati",* Torino, 2003; M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003,* Torino, 2004.

[2] Non può non citarsi la semplicità con cui M.S. GIANNINI, in *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano, 2000, 261, definisce il principio di legalità, affermando che esso sta a significare che «*l'atto autoritativo di un pubblico potere deve avere come supporto una norma, la quale ne regoli il possibile contenuto e gli effetti giuridici* ».

relativa alle modalità di esercizio del medesimo, è sempre nell'ambito di esso e dei suoi corollari che si devono muovere i primi passi per individuare i caratteri propri del potere pubblico.

Si pensi ai noti principi di *tipicità* e *nominatività* dei provvedimenti amministrativi[3], che indicano proprio la predeterminazione normativa sia delle tipologie provvedimentali che dei loro possibili contenuti, individuati di volta in volta in forma più o meno flessibile[4].

I provvedimenti amministrativi sono tipologicamente previsti dalla legge e a ciascuno di essi l'ordinamento attribuisce una determinata funzione che coincide con la realizzazione dello specifico interesse pubblico alla cui tutela il provvedimento è preposto. Ciò evidentemente anche, e soprattutto, in considerazione del fatto che i caratteri propri del provvedimento amministrativo, quali l'imperatività e l'esecutorità, implicano una incidenza in molti casi sfavorevole del medesimo sulle situazioni soggettive dei destinatari dell'atto.

Ne discende la tassatività e nominatività dei provvedimenti amministrativi[5].

---

[3] Si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2007; M.S. GIANNINI, *op. cit.* Mentre nei rapporti tra privati la legge segna i limiti entro i quali è data possibilità di agire, qualora l'Amministrazione agisca come autorità, la legge regola, e dunque vincola, ogni elemento dell'azione; M.S. GIANNINI, *(voce) Atto amministrativo, Enc. Dir.,* Milano, 1959. Così l'Autore: «*il principio di tipicità, impedendo alla amministrazione la più importante risorsa del privato, e cioè il negozio misto e innominato, contiene ciascun provvedimento entro misure ridotte. E quindi fa sì che l'autorità, nel volere l'oggetto del provvedimento e nel regolarne il contenuto, non possa decampare dalle indicazioni che riceve dalla norma*». Si veda anche A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1989, 616 ss. "*La regola della tipicità dei provvedimenti amministrativi è sempre stata un principio generale del diritto italiano; ma ora essa si aggancia ai principi espressamente enunciati nella Costituzione. Per i provvedimenti destinati ad incidere sfavorevolmente nella sfera giuridica dei destinatari il principio di legalità esige infatti che questi ultimi siano garantiti dall'esistenza di un certo limite formale oltre che dall'esistenza di limiti sostanziali imposti all'azione dell'Amministrazione. Per i rimanenti provvedimenti e, tra gli altri, per quelli destinati a disporre in modo favorevole ai destinatari, la regola della tipicità discende invece dalle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Quanto si è detto importa anche lòa nominatività dei provvedimenti amministrativi: a ciascun interesse pubblico particolare da realizzare corrisponde un tipo di atto perfettamente definito dalla legge. L'azione amministrativa autoritativa si estrinseca attraverso schemi tipici tassativi , scientificamente determinabili (e classificabili) in base all'ordinamento, i quali sono i vari tipi – le varie figure – di provvedimenti*".

[4] Per un inquadramento generale sulla facoltà dell'Amministrazione di interferire nella sfera dei diritti dei privati, nonché sui limiti all'esercizio delle sue potestà, si veda A.M. SANDULLI, *In tema di forme degli atti amministrativi e di competenza a giudicare degli atti posti in essere in forma diversa da quella prescritta,* in *Giur. It.,* 1952, I, 593, ora in *Scritti giuridici,* III, Napoli, 1990, 183 ss; Id., *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi,* ivi, 251 ss; Id. *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1989, 616 ss.

[5] Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo, cit.,* 616, secondo cui: "*l'azione amministrativa autoritativa si estrinseca cioè attraverso schemi tipici tassativi, scientificamente*

Ciò significa in primo luogo che i provvedimenti amministrativi, in quanto espressione di un potere, devono necessariamente cercare e trovare la propria legittimazione in una fonte esterna, non essendo immaginabile un potere (legittimo) autodeterminato.

La necessità di tale riconoscimento deriva tanto più dal fatto che l'azione amministrativa – almeno nella sua accezione tradizionale - si caratterizza per la sua "forza", cui consegue la capacità di imporsi sulle singole sfere dei consociati che di volta in volta "incontrano" e fronteggiano l'operato della p.A.. Ed è proprio avendo riguardo all'attitudine a incidere sulle situazioni soggettive private che sembra ragionevole ritenere che il potere dall'amministrazione, comprensivo della capacità di portare coattivamente ad esecuzione detti provvedimenti, debba incontrare determinati limiti oltre a quelli imposti dal vincolo di scopo.

Il principio di legalità crea perciò una sorta di obbligo di verifica della congruità dell'esercizio del potere; esso cioè impone la *raffrontabilità dell'atto con la previa normativa*[6].

In realtà, a ben vedere, questa non è l'unica funzione del principio di legalità, che ha una portata assai più ampia: esso esprime l'esigenza che *qualsivoglia potere pubblico,* e non dunque solo quello amministrativo, sia assoggettato alla legge (oltre che agli atti normativi secondari e ai principi generali non scritti)[7].

---

determinabili (e classificabili) in base all'ordinamento, i quali sono i vari tipi – le varie figure – dei provvedimenti (...). Ognuno di essi è individuato da un particolare contenuto - il quale non è e non può essere altro voluto se non in relazione a certi particolari oggetti, se non nelle circostanze previste dall'ordinamento, se non in funzione dell'interesse o degli interessi pubblici specifici ai quali l'ordinamento lo vuole preordinato (il che vale a differenziare nettamente i provvedimenti amministrativi dagli atti negoziali di diritto civile, i quali – espressione tipica dell'autonomia privata – non sono in alcun modo vincolati nei fini da perseguire)". L'illustre Autore rileva quali criteri di classificazione: il contenuto del provvedimento, il tipo di modificazione giuridica che esso è in grado di produrre (provvedimenti costitutivi, modificativi ed estintivi di status), l'interesse che il provvedimento è volto a tutelare etc.

[6] Cfr. V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»,* in *Giur. Cost.,* 1962, 130.

[7] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2006, 42. A tal proposito occorre sicuramente menzionare i principi di diritto comunitario (quale quello dell'*affidamento*, che rileva soprattutto nel riesercizio del potere, implicando una forte considerazione della posizione del cittadino e, correlativamente, una significativa limitazione dei poteri della p.A.), che hanno trovato formale ingresso nell'ordinamento grazie alla nuova formulazione dell'art. 1, l. 241/1990, che li ha espressamente recepiti. Non può più dunque parlarsi di una occasionale e sporadica influenza esercitata dal diritto comunitario sul diritto amministrativo interno, bensì di una vera e propria "comunitarizzazione". Ciò segna una evidente discontinuità "storica", se si pensa che il diritto amministrativo nasce come diritto "statale". Peraltro, accanto all'influenza diretta esercitata dal diritto comunitario sui diritti nazionali, è rilevabile anche una influenza, per così dire, "indiretta" o "indotta";

L'importanza di questa specificazione è tanto maggiore quanto più articolato è il modello amministrativo che si assume come riferimento (per tutti, si veda l'esercizio di funzioni amministrative da parte di soggetti terzi, di cui si dirà).

In merito a quest'ultima osservazione occorre se non altro dar conto della possibilità, prospettata da alcuni, che alla crisi del diritto nella società pluralista corrisponda il venir meno, o meglio, un differente modo di atteggiarsi del principio di legalità e, conseguentemente, dell'esercizio del potere amministrativo.

Il rilievo non è di secondaria importanza se si pensa all'influenza tra l'ampiezza del principio di legalità e gli ambiti di esercizio del potere (che subiranno un brusco ridimensionamento a fronte di una interpretazione estensiva di tale principio).

Deve darsi atto del fatto che recentemente l'azione amministrativa ha assunto una forte caratterizzazione in senso discrezionale.

Se ciò è vero, occorre prendere atto anche del mutato rapporto tra provvedimento amministrativo e legge, laddove il compito del primo era in origine esclusivamente quello di ricondurre il caso concreto alla fattispecie normativa astratta.

La legge dunque individuava univocamente l'orientamento che l'attività amministrativa avrebbe dovuto seguire.

Al contrario, così come raffigurato oggi, il potere amministrativo sembra piuttosto voler rappresentare il luogo di definizione dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento, l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale[8].

---

si tratta dei numerosi casi in cui il legislatore o la giurisprudenza aderiscono a schemi concettuali ovvero a soluzioni proprie del diritto comunitario, senza che sussista un vincolo di diritto in tal senso. Si veda su tale punto: S. CASSESE, *La Signoria comunitaria sul diritto amministrativo,* in *Riv. it.dir. pub.com.,* 2002, 295.

[8] Si veda l'analisi di M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano, 2000, 265 ss. Ricordando il dibattito che si sviluppò in ordine all'attività discrezionale, riassume così: a) la discrezionalità amministrativa *è l'ambito libero delle potestà amministrative in quanto siano funzionalizzate: se e in quanto dette potestà siano volte alla cura di un interesse pubblico, esse sono funzione, e perciò rilevanti in tutto il loro svolgersi;* b) *l'interesse pubblico a cui la potestà è funzionalizzata costituisce per essa l'interesse primario, onde la cura di esso è canone di comportamento dell'autorità attribuita alla potestà;* c) in quanto ponderazione complessa*, la discrezionalità amministrativa è insieme giudizio di volontà o, più esattamente scelta.* Sul variare storico del concetto di discrezionalità amministrativa, cfr. A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa,* in *Enc. Dir.*

Certo è che, almeno in prima battuta, il limite negativo imposto dal principio di legalità costituisce una garanzia avverso il possibile abuso di potere.

A questo scopo, per lo più deterrente e di carattere primario, se ne aggiungono altri, parimenti rlevanti.

E' noto che ciò che si impone tramite la legittimazione democratica è un parziale sacrificio dell'interesse di ciascuno in vista della realizzazione del maggior interesse della collettività.

Così ad esempio la proprietà privata, piena ed esclusiva, può subire limitazioni e vincoli per ragioni di interesse pubblico oppure è possibile decadere da una concessione già assentita per modifica sopravvenuta della normativa, che risulti incompatibile con il titolo assentito, o, ancora, può derogarsi al principio del legittimo affidamento con conseguente esposizione del privato, destinatario di un provvedimento favorevole, ad atti di autotutela amministrativa e dunque all'annullamento o alla revoca di un provvedimento costitutivo di un diritto soggettivo[9].

Gli esempi sono innumerevoli. Si pensi alla possibilità riconosciuta alla p.A. di imporre vincoli indiretti sui beni al fine di tutelarne l'interesse culturale[10].

In merito, si veda l'art. 47, d.lg. 42/2004 dispone che *il provvedimento contenente le prescrizioni di tutela indiretta è notificato al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo degli immobili* e, trascritto nei registri immobiliari, ha *efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore.*

Il provvedimento dunque acquista efficacia attraverso la notifica e, una volta trascritto, è opponibile ai terzi, salva la facoltà di farne oggetto di ricorso. Ciò significa che il provvedimento di per sé esplica i propri effetti, limitativi della sfera giuridica, non solo del privato ma anche di eventuali successivi acquirenti, e che tali effetti possono essere inibiti solo tramite la proposizione di un ricorso amministrativo.

---

[9] Sul limite all'incidenza dell'azione amministrativa nel caso di provvedimenti che abbiano consolidato i propri effetti in capo al privato, sia consentito rinviare a quanto verrà detto.

[10] Sul potere di autotutela del Sindaco nei riguardi dei beni del patrimonio comunale indisponibile e sui poteri di imperio di intervento immediato, sia per proteggere il bene da turbative, sia per eliminare le situazioni di contrasto con le esigenze di pubblico interesse, si veda Cons. Stato, sez. V, sentenza 6 dicembre 2007 n. 6259, in *www.lexitalia.it.*

Da ciò si può desumere che l'unico limite all'esercizio del potere è la corrispondenza con il fine pubblico (ovvero con l'interesse pubblico *specifico*) previsto dalla legge e sotteso all'intera azione amministrativa[11].

A questo punto risulta evidente il rapporto di inferenza tra il principio di legalità e il potere pubblico: il primo costituisce il parametro per valutare la corrispondenza dell'attività amministrativa alle prescrizioni normative, perciò, laddove la legge retrocede nell'individuazione dei contenuti di detta attività si arresta inevitabilmente anche il vincolo prescrittivo ad essa afferente.

Avallando tale impostazione si dovrebbe concludere, in virtù della consueta bipartizione (*rectius:* tripartizione), per un passaggio dalla legalità di tipo sostanziale a quella di tipo formale, se non addirittura alla legalità cd *debolissima* (cosiddetta *preferenza della legge),* per cui il principio di legalità viene considerato in termini di mera non contraddittorietà dell'atto alla legge.

Ciò corrisponde all'idea di una amministrazione che può fare *tutto ciò che non le sia impedito dalla legge,* ferma restando l'originaria attribuzione di potere.

Mentre il principio di legalità inteso nella sua accezione di *conformità formale* richiede soltanto uno specifico fondamento legislativo dell'azione amministrativa, con il riferimento alla *conformità sostanziale* si intende la necessità che la p.A. agisca non solo entro i limiti fissati dalla legge, ma in conformità con la disciplina sostanziale da essa posta[12].

---

[11] Sulla tipicità del potere amministrativo, proprio il relazione all'interesse pubblico di volta in volta affidato alle cure della p.A., cfr. G. CORSO, *cit.,* 166. La deroga al regime comune, giustificato dalla presenza di interessi *superindividuali*, richiede che il potere si esprima in provvedimenti tipici, indicati dalla legge. Ancora una volta non può ritenersi derogato il principio della tipicità per il fatto che la p.A., realizzando con il privato un accordo sostitutivo del provvedimento, introduca clausole che esulino dalla fattispecie tipica. Ciò in ragione del fatto che il consenso del privato costituisce valido titolo di rinuncia alle garanzie poste nel suo interesse. Si veda anche M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarietà nella funzione amministrativa,* Milano, 2005. L'Autrice definisce gli atti amministrativi *strumenti dell'azione dei pubblici poteri*, sia in virtù del rilievo funzionale che la legge assegna al provvedimento, sia in ragione della prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi privati che ad esso si oppongono.

[12] Secondo L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo,* I, Bologna, 2005, 68, il principio di legalità può assumere estensione e intensità variabili: nei confronti di una attività amministrativa esso può avere valenza *bilaterale-formale* (ciò implica che ogni manifestazione di tale attività deve essere autorizzata dalla legge ma senza tuttavia la necessità di una disciplina dettagliata); oppure una valenza *bilaterale –sostanziale* (e cioè non ogni aspetto dell'attività considerata deve trovare fondamento nella legge ma questa deve dettarne una regolamentazione esaustiva); ovvero *trilaterale- formale* (è necessaria una previsione legislativa solo

Una precisazione. Anche nell'ambito della legalità sostanziale, nonostante il legislatore indirizzi la p.A. con criteri obiettivi e non generici, permane ovviamente la discrezionalità nella scelta dell'*an* e del *quomodo* relativi all'esercizio della funzione amministrativa.

L'incidenza del principio di legalità sulla determinazione dei limiti imposti all'esercizio del potere, che risulta più evidente nella accezione di "conformità sostanziale", determina una variazione del modello di condotta della publica amministrazione e della *misura* della relativa azione.

Vero è però anche l'inverso, ossia, una modificazione delle modalità di esercizio del potere amministrativo, espresso in chiave *partecipata* o consensuale, in cui i fini e le modalità dell'azione amministrativa vengono individuati attraverso forme di concertazione con altri soggetti pubblici e privati, implica, ove possibile, una lettura orientata del vincolo legislativo.

Ad oggi, il principio di legalità nella sua accezione di legalità sostanziale appare a tutti gli effetti inadeguato rispetto al nuovo volto dell'azione amministrativa.

Si pensi alla teoria del c.d. *organo indiretto*[13], elaborata negli anni '90 e subito oggetto di critica da parte del Consiglio di Stato[14] che si orientò in senso opposto al principio secondo cui un'Amministrazione, in assenza di una espressa previsione legislativa – e tramite un mero provvedimento concessorio - potesse trasferire a soggetti privati poteri pubblici tipici, con la conseguenza che la mera qualifica di "concessionario di lavori pubblici" non avrebbe potuto valere *ex se* a conferire agli atti da questo emanati la natura di provvedimenti amministrativi.

---

per la parte di attività incidente su situazioni tutelate del cittadino); o *trilaterale-sostanziale* (l'autorizzazione a incidere su situazioni private disciplina a tutto tondo il potere conferito).

[13] In forza di tale teoria, che traeva origine dal problema concernente la natura giuridica degli atti adottati dai soggetti concessionari di lavori pubblici, tale concessione veniva intesa alla stregua di un provvedimento amministrativo in virtù del quale l'Amministrazione trasferiva in capo al concessionario privato le proprie funzioni e potestà pubblicistiche, cosicché l'attività da questi svolta, in quanto organo indiretto dell'amministrazione concedente, sarebbe stata equiparata all'attività amministrativa in senso obiettivo.

[14] *Ex multis,* si segnalano: Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, in *Foro amm.*, 1995, 984; Cons. Stato, 20 maggio 1995, n. 498, in *Foro amm.,* 1995, 1010; Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in *Foro amm.,* 1996, 3321; Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 1998, n. 1267, in *Foro amm.,* 1998, 2397; Cons. Stato, 27 ottobre, 1998, n. 1478, in *Foro amm.,* 1998, 2748; Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, in *Foro amm.,* 1999, 1225; Cons. Stato, 10 aprile 2000, n. 2078, in *Foro amm.,* 2000, 1280.

Si raggiunse tale conclusione proprio sulla base del principio di legalità di cui all'art. 97 Cost., in forza del quale l'unica fonte del potere amministrativo è la legge e pertanto solo a quest'ultima spetta la facoltà di attribuire potestà di carattere autoritativo.

Ancora, si pensi oggi ai rapporti intercorrenti tra concessionario e terzo.

E' pacifico che i poteri esercitati nell'ambito di tali rapporti, qualora non siano riferibili al rapporto originario, e dunque a un atto di carattere autoritativo del concedente, debbano intendersi a tutti gli effetti assimilabili a rapporti di natura privata[15].

In merito all'esercizio del potere va detto che i parametri di congruità ai quali l'attività amministrativa deve fare riferimento sono più ampi della legge intesa in senso formale, tanto che si parla di *legittimità* oltre che di legalità; ciò per indicare la conformità del provvedimento e dell'azione amministrativa a criteri ulteriori e diversi dalla legge, ancorché ad essa collegati[16].

Non si può dimenticare inoltre che l'"esatta misura" del principio di legalità è funzionale anche alla definizione della sfera soggettiva, nonché all'individuazione delle forme di tutela della medesima, proprio in ragione del fatto che la sua proiezione più diretta è costituita dal principio di *giustiziabilità,* ovvero di *azionabilità,* desumibile dagli artt. 24 e 113 Cost., il quale assicura la tutela dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi ai provvedimenti adottati dalla p.A.

L'autorevole voce di M.S. Giannini riteneva che il principio di legalità potesse essere ricondotto alla sola attività amministrativa che si esprime in atti aventi carattere autoritativo, che si oppongano cioè a una situazione giuridica del privato «*su cui incidono con effetto di estinzione o di limitazione»,* mentre «*là*

---

[15] A favore dell'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative a pretese che trovano il proprio fondamento nel rapporto tra concessionario e terzo, purchè l'Amministrazione concedente resti totalmente estranea a tale rapporto, non potendosi perciò ravvisare alcun collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo, si vedano: C. Cass, Sez. Un., 21 ottobre 2005, n. 20339; C. Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9233; C. Cass, Sez. Un., 7 agosto 2001, n. 10890; C. Cass, Sez. Un., 23 luglio 2001, n. 10013; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 8946/2007.

[16] Si tratta di norme regolamentari, statutarie, di regole non scritte etc, cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* 2006, 45. L'inclusione delle regole non scritte tra i parametri di conformità dell'azione amministrativa consente di estendere tale principio sia ai parametri oggettivi di raffronto dell'azione amministrativa sia alla predeterminazione di un vincolo di scopo.

dove l'attività amministrativa non esprime tale momento dialettico, il principio non ha ragione di essere applicato».

Il riferimento alla legalità è operato anche dalla legge 241/1990 che, nell'enunciare i principi generali dell'attività amministrativa, statuisce all'art. 1 la predeterminazione legislativa dei fini, oltre che il rispetto dei criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza; principi cui sono soggetti anche i privati preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1, comma 1 *ter*).

E' opportuno introdurre la distinzione tra funzione amministrativa e attività amministrativa in riferimento all'applicazione del principio di legalità[17].

Solo la prima infatti è soggetta al principio di legalità inteso in senso formale, a differenza dell'esercizio del potere, che soggiace al principio di legalità sostanziale.

A questo punto occorre verificare se nell'ambito dell'attività amministrativa possa dirsi costantemente presente il potere pubblico; se cioè ogni manifestazione dell'operato della p.A. debba necessariamente vestirsi del carattere dell'*autorità* o se piuttosto esista anche un attività amministrativa che possa dirsi *non autoritativa*[18].

---

[17] F. MODUGNO, (voce) *Funzione amministrativa, Enc. Dir*., XVIII, Milano, 1958; M.S. GIANNINI, (voce) *Attività amministrativa, ivi,* III, F.G. SCOCA, (voce) *Attività amministrativa, ivi,* Aggiornamento, 2002. La funzione indica l'adempimento di un compito. Ciò che rileva a definire il contenuto della funzione non è dunque il soggetto titolare dell'ufficio deputato a svolgere una determinata attività, bensì il collegamento di tale attività con l'ufficio. L'uso del termine funzione indica perciò la sostituibilità di un soggetto con un altro per il conseguimento della medesima attività (*deputatio ad finem).* Il significato del termine funzione consiste dunque nell'indicazione di una attività globalmente rilevante: attività attribuita ad un *munus,* a un *officium*, ad un ente (pubblico o privato), prefigurata nel contenuto e nello scopo, alla quale accede una potestà. Con "attività amministrativa" si indica invece "*una categoria dell'agire di un operatore giuridico, per il solo fatto di avere per contenuto l'amministrare".* Si vedano anche F. BENVENUTI, voce *Funzione,* in *Enc. Giur. Treccani,* vol. XIV, Roma, 1989; G. ZANOBINI, voce *Amministrazione pubblica,* in *Enc. del dir.,* II, Milano, 1958; G. MIELE, voce *Funzione pubblica,*in *Nss. Dig. It.,*VII, Torino, 1961; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico,* in AA.VV., *Diritto amministrativo,* Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, voce *Funzioni amministrative,* in *Diz. Dir. pubbl.,* III, Milano, 2006, 2631; M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione,* Milano, 1966.

[18] Riprende in parte il dubbio di Ranelletti di cosa possa dirsi pubblico (O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto,* in *Scritti giuridici scelti,* Napoli, 1992). L'Autore rileva le difficoltà di definire le sfumature dell'aggettivo "pubblico" riferito al campo del diritto ("*Noi parliamo di diritto pubblico in contrapposto a diritto privato; di persona giuridica pubblica in antitesi a persona giuridica privata; di funzione pubblica e di funzionario pubblico; di amministrazione pubblica in contrapposizione a quella privata (...). Qual è il significato del qualificativo "pubblico"? Include esso un concettounico? E vi è un elemento che possa dirsi caratteristico di tale concetto? Questo è il problema".* Dalla sua analisi emerge che: "*Una prima comune categoria è formata ad quegli enti che hanno come loro attributo essenziale un potere d'impero, cioè un diritto subiettivo all'impero o*

Nell'ambito di indagine vengono in rilievo il fenomeno dell'esternalizzazione dell'attività amministrativa, ovvero della "capacità amministrativa" di soggetti terzi (si pensi al settore sei servizi pubblici) e quello della cd *regolazione*[19].

L'autonomia privata non è condizionabile solo *ab externo* da parte dell'Amministrazione in senso stretto, ma anche attraverso l'operato delle *Autorithies*, che rappresentano un vero e proprio intervento pubblico nell'economia.

E' più che legittimo chiedersi, nell'ambito del tema di indagine dell'autoritatività, se l'attività esercitata da tali Autorità abbia o meno quel carattere spiccatamente imperativo, classificabile come tale secondo le categorie generali elaborate da Otto Mayer, Zanobini etc.

Propendendo per una risposta positiva, dovrebbe ritenersi che tale attività soggiaccia a una serie di vincoli, primo dei quali proprio quello (legislativo) di conferimento, genericamente posto a presidio di ogni forma di manifestazione della potestà pubblica.

Dovrebbe dunque indagarsi in primo luogo sulla legittimità dell'attribuzione di un potere normativo in capo ai predetti soggetti.

Per quanto riguarda il complesso fenomeno della regolazione, di cui si dirà più avanti, esso è stato per lo più interpretato alla stregua di una attività amministrativa "*sostitutiva"* di negozi giuridici privati[20].

Il mercato e la tutela dei principi concorrenziali non sono cioè più demandati *tout court* alla piena autonomia delle parti private, cui si affiancano perciò nuovi soggetti, pubblici, a presidio dei principi di stabilità del mercato e di effettività della concorrenza.

Questo dovrebbe essere il quadro di riferimento in cui collocare le *Authorities,* dotate di ampi poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori, i cui atti andrebbero classificati come *atti sostanzialmente amministrativi*, in quanto emessi da una sorta di *longa manus* della p.A.

---

all'esercizio di questo sui propri membri. In ogni collettività organizzata ad unità per raggiungere determinati scopi occorre una volontà o potere superiore direttivo, che ordinando ed eseguendo il proprio comando, diriga e contenga l'azione dei membri".

[19] Per una trattazione più dettagliata sia consentito rinviare alla seconda parte della presente trattazione.

[20] Si veda F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità,* Bologna, 2007, 68.

Al di là dell'individuazione dei soggetti terzi aventi "capacità amministrativa", deve darsi conto del secondo limite posto all'esercizio del potere amministrativo, ovvero la disciplina degli atti di natura *non autoritativa,* per i quali la legge stabilisce espressamente che l'Amministrazione *agisce secondo le norme di diritto privato.*

Tale secondo limite, a differenza del precedente, pertiene al contenuto del potere stesso e si ricollega alla più complessa questione, sopra prospettata, relativa alla possibilità che non tutta l'attività amministrativa debba configurarsi come attività avente carattere autoritativo.

2. CONTENUTO DEL POTERE AMMINISTRATIVO.

E' stato autorevolmente sostenuto che il potere pubblico è *titolare di potestà pubblicistiche*[21], ovvero che consente ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi, per così dire, di *prerogative che esorbitano dal diritto comune*[22].

Dalla significativa definizione data dall'Avv. Generale Mayars, si possono prendere le mosse per la caratterizzazione del potere.

Essa, a prima vista, ci dà almeno due indicazioni da non poco conto: 1) il potere pubblico non trova la propria disciplina nel diritto comune; 2) *esorbita* da esso.

---

[21] M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 260 ss, secondo cui: «*se al luogo delle "libertà" vanno poste le situazioni giuridiche soggettive, al luogo dell' "autorità" vanno poste, più semplicemente le potestà pubbliche*». Sul complesso nodo problematico che involge la nozione di potere pubblico, l'autorevole voce gianniniana ci dice, con estrema semplicità, che «*il potere pubblico è titolare di potestà; il provvedimento con cui si esercitano le potestà produce effetti giuridici che, in termini generali, possono dirsi di recessione della situazione giuridica del soggetto passivo. Varia la specie e l'intensità della recessione; si va da fattispecie astratte nelle quali la situazione soggettiva di cui è titolare il soggetto si estingue (espropriazione, confisca), a quelle nelle quali è trasferita ad altro soggetto (trasferimenti coattivi), o subisce l'amputazione di facoltà più o meno essenziali (imposizione di servitù pubblica, divieti relativi alla circolazione di beni), o è sottoposta ad un regime autoritativo scelto dall'autorità, che si sostituisce alla scelta del soggetto o la elimina totalmente (autorizzazioni ad attività, pianificazioni territoriali o economiche, discipline autoritative di negozi interprivati), o si aggrega l'imposizione di obblighi personali o patrimoniali stabiliti dall'autorità (ordini di polizia, imposizioni tributarie), oppure di obblighi di comportamenti strumentali (ordini di denunciare, di registrare), e così via secondo criteri che possono talora giungere ad alta sofisticazione*».

[22] Fu l'Avvocato Generale *Mayars* che per primo qualificò, nella causa *Reynes* (21 giugno 1974, C-2/74), il potere pubblico come l'incarnazione della potestà sovrana dello Stato, tale da consentire ai soggetti investiti di poteri pubblici la possibilità di avvalersi di *prerogative, privilegi e poteri coercitivi* a cui i privati devono sottomettersi.

Ciò significa che la posizione dell'Amministrazione nei rapporti con gli amministrati, necessita di istituti giuridici propri cui far riferimento che, seppure ispirati alle categorie generali del diritto, devono far fronte all'evidente carattere di specialità della parte coinvolta, tanto da giustificare l'attribuzione di *prerogative che esorbitano il diritto comune*, senza che si possa configurare un abuso di diritto.

La terza indicazione che si può trarre e che sembra essere implicita nella stessa definizione riguarda l'ampiezza della sfera di esercizio del potere pubblico.

Il fatto cioè che non si menzioni la possibilità di ricondurre alcuni rapporti pubblici al diritto comune, sembra implicare la necessaria autoritarietà di *tutta* l'attività amministrativa.

In realtà questa è una falsa indicazione che, come vedremo, non risolve il problema circa la possibilità o l'impossibilità di dare una configurazione unitaria all'attività amministrativa (si parla infatti solo di *potere pubblico*, senza alcuna specificazione in merito alle ipotesi in cui esso possa venir meno seppur in presenza di una funzione amministrativa residuale).

Può individuarsi anche una quarta indicazione, di cui si è già dato conto con riferimento al fenomeno della regolazione, ovvero la possibilità che l'Amministrazione non sia l'unica titolare di *potestà pubblicistiche,* ben potendo esse appartenere a soggetti terzi ("*che ne sono investiti"*).

Dunque iniziamo dal principio, ovvero dal tentativo di dare una definizione del potere pubblico quanto più aderente possibile alla realtà dei fatti, con l'aiuto dei tratti ora enunciati, a prima vista sommariamente corrispondenti al contenuto del potere stesso.

Esso è stato variamente definito, per lo più in via riflessa rispetto ai tratti caratterizzanti i provvedimenti amministrativi, come potere di tipo *coercitivo, autoritativo* o *imperativo.*

Si è detto cioè che, se il frutto dell'esercizio del potere è un provvedimento dotato di tali caratteri, essi non possono che esser stati "trasmessi" dallo stesso potere che così si è manifestato.

Il primo rinvio che appare dovuto è quello al carattere dell'unilateralità, che abbiamo visto essere implicito nel potere stesso e che connota genericamente tutti gli atti in qualche modo riconducibili a rapporti di supremazia.

L'unilateralità, come spesso è stata definita, è la facoltà di incidere sulla sfera giuridica privata indipendentemente dal consenso del destinatario del provvedimento.

E' indubbio che tale forza possa sussistere solo in virtù dell'attribuzione, da parte dell'ordinamento, di un *potere* a un determinato soggetto.

Ciò spiega anche come si arrivi a parlare di quelle prerogative *esorbitanti* dal diritto comune che caratterizzano, secondo Mayars, il potere pubblico.

E' facile comprendere come, dall'unilateralità che contraddistingue il potere "superindividuale" amministrativo all'imperatività del provvedimento il passo sia effettivamente molto breve[23].

E' evidente che un atto che non necessita del consenso del destinatario per trovare attuazione, ben potendo autoimporsi, ha un indubbio carattere imperativo.

Si badi, si sta parlando tanto di atti favorevoli quanto (e soprattutto) di atti a contenuto sfavorevole per il destinatario.

Anche il diritto comune conosce infatti fattispecie unilaterali, ma che non hanno alcun carattere coercitivo nei confronti dei terzi, ponendo viceversa il vincolo a carico del solo proponente.

Anzitutto, l'imperatività acquista il significato che le è proprio dal confronto con l'efficacia (per usare parole autorevoli, essa è garantita dalla *disgiunzione tra validità ed efficacia*)[24].

Potremmo dunque dire che il profilo dell'efficacia costituisce un *quid pluris,* una sorta di valore aggiunto del provvedimento stesso che deriva dal suo "*essere un atto di diritto pubblico*"[25].

---

[23] B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo,* Padova, 2000, 211 ss.
[24] M.S. GIANNINI, *op. cit.,* 316.

Gli atti amministrativi, o quelli sostanzialmente tali –salve le eventuali deroghe di cui si dirà – hanno un proprio vigore, che si concreta nella particolare forza del provvedimento[26] (*imperativo*), cui si affianca la potestà di imporne l'osservanza (immediata esecutorietà)[27].

Per ciò che attiene all'imperatività si può dunque concludere affermando che essa è il carattere più ovvio che connota l'esercizio di qualunque tipo di potere e perciò non può ritenersi da sola sufficiente a circoscrivere l'ambito di esercizio del potere pubblico.

Qualcosa forse può ancora aggiungersi. Si badi, essa non implica né il carattere della permanenza né quello dell'immutabilità; il provvedimento viceversa si conforma costantemente al mutare degli obiettivi di interesse generale perseguiti dall'azione amministrativa (si pensi alla necessità di disporre atti di secondo grado al variare delle ragioni di interesse pubblico che hanno condotto all'adozione di un determinato provvedimento)[28].

Da quanto detto emergono due ulteriori caratteri del provvedimento e, in via mediata, anche del potere pubblico, direttamente connessi all'imperatività, ovvero la sua coercibilità, cioè il suo carattere esecutorio e l'inesauribilità del potere stesso.

Non avrebbe del resto senso immaginare un potere che non possa essere portato ad esecuzione. Si badi, l'esecuzione è però implicita nel potere stesso, a differenza dei diritti soggettivi che pure possono trovare soddisfazione ma solo tramite il ricorso all'autorità giudiziaria.

Da qui la conferma alla definizione di *potere che esorbita dal diritto comune;* prerogativa e privilegio dell'azione pubblica.

---

[25] B.G. MATTARELLA, *cit.,* 181 ss.

[26] Forza che M.S. GIANNINI pone a spiegazione di due fenomeni tipici del provvedimento amministrativo: l'intangibilità da parte del giudice ordinario e l'inoppugnabilità.

[27] M.S. GIANNINI, *op. cit.,* 316, che definisce l'imperatività come «*la produzione unilaterale di effetti giuridici a realizzabilità immediata e diretta. Il provvedimento costituisce, modifica ed estingue situazioni giuridiche soggettive altrui non solo senza il concorso o la collaborazione del soggetto a cui si dirige, ma anche contro la di lui volontà*».

[28] L'espressione più evidente è l'esercizio dei poteri di autotutela (*rectius:* amministrazione attiva), per la cui trattazione sia consentito rinviare ai paragrafi successivi.

I tratti fino ad ora individuati inducono a confermare la particolare qualità di cui sembra beneficiare l'azione amministrativa (tutta o almeno parte di essa), ovvero l'autoritatività[29].

Ciò è tanto vero se si pensa alla configurazione che si è soliti dare del rapporto tra Amministrazione e amministrati in chiave di rapporto autorità-libertà, in opposizione a qualunque schema contrattuale vigente in una dialettica paritaria[30].

Si vedrà come le manifestazioni dell'autoritaritatività amministrativa sono essenzialmente due: l'imperatività - i cui aspetti applicativi coinvolgono l'incidenza unilaterale su situazioni soggettive, nonché i profili dell'esecutività, dell'esecutorità e dell'inoppugnabilità - e l'autotutela,[31].

---

[29] M.S. GIANNINI, in *Lezioni di diritto amministrativo,* Milano, 1950, 417 ss, afferma che "*I provvedimenti amministrativi efficaci, non illeciti e validi, acquistano una proprietà che si denomina autorità di provvedimento amministrativo", "l'imperatività si deve ritenere un carattere proprio di tutti gli atti pubblici (o meglio, di quelli che comportano anche un minimo di potere dispositivo) una particolare forza che essi possiedono, automaticamente"*. Il rapporto tra "autorità" e "imperatività" è inizialmente di coincidenza, successivamente di genere a specie, ma alla questione l'Autore non sembra attribuire gran rilievo. Si veda per altro verso il problema dei provvedimenti favorevoli al destinatario (quali concessioni, autorizzazioni etc), che è stato da alcuni risolto con la considerazione per cui, pur essendo tali provvedimenti ampliativi, essi riflettono la limitazione di una preesistente situazione soggettiva del privato. Da tale considerazione Giannini trae la conseguenza che, anche nei provvedimenti concessori l'amministrazione attua il momento autoritativo e ciò in ragione del fatto che anche l'attribuzione ad un privato di un beneficio particolare comporta l'incisione nella libertà degli altri. Ciononostante non può sfuggire l'evidente contrasto con la nozione stretta di imperatività come incidenza sfavorevole sulle situazioni soggettive dei privati. Cfr. anche F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività,* in *www.giustamm.it*, in cui l'Autore individua due nuclei intorno ai quali ruota il concetto di autoritatività: a) la capacità del provvedimento di modificare le situazioni giuridiche private, e dunque innovare il preesistente assetto degli interessi; b) il coinvolgimento dei soggetti destinatari della decisione, il cui consenso non è richiesto affinché si produca l'effetto innovativo. L'incertezza sul contenuto del potere cd *autoritativo* desta alcune perplessità anche sulla possibilità di incentrare la distinzione tra discipline pubblicistiche e discipline privatistiche sulla la dicotomia tra atto autoritativo e atto non autoritativo, da sempre ritenuta incerta. Si vedano sul punto F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis,* in (a cura di) F. LIGUORI, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005,* Bologna, 2007; A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?,* in *Foro amm. TAR,* suppl. al n. 6/05, 19; V. ITALIA, *Commento al comma 1 bis,* in *L'azione amministrativa,* a cura di V. ITALIA, Milano, 2005, 76 ss; B. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa,* in *Giorn. Dir. amm.,* 2004, 979 ss.

[30] E ciò anche quando il diritto amministrativo inizia a perdere, per l'autorevole M.S. GIANNINI, la sua connotazione originaria, fortemente autoritativa, per aprirsi a forme dialogate e procedimentali.

[31] Secondo F.G. SCOCA, mentre l'autorità del provvedimento consiste nella sua idoneità a modificare situazioni giuridiche altrui senza necessità dell'altrui consenso, l'imperatività si manifesta in modo pregnante soltanto nella vicenda descritta come degradazione e affievolimento dei diritti soggettivi e cioè soltanto con riferimento alle modificazioni di segno negativo tipiche dei provvedimenti ablatori. L'autotutela, secondo la celebre definizione gianniniana, è *il nome della potestà attribuita all'autorità amministrativa, per cui questa ha la possibilità di realizzare unilateralmente, e se necessario*

Con ciò non si vuole affatto estendere *de plano* tali caratteristiche a tutta l'azione amministrativa, senza prima soffermarsi sulla questione con alcune opportune riflessioni del caso[32].

2. a) *SEGUE*: L'UNILATERALITÀ E LA NEGOZIABILITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA.

A differenza dei rapporti tra soggetti privati, in cui è ravvisabile un fondamento contrattuale del potere, nei rapporti di diritto pubblico l'Amministrazione dispone di poteri che non hanno un fondamento contrattuale, bensì legislativo[33].

L'azione amministrativa è esercitata secondo i principi rigorosamente enunciati dall'art. 1, l. 241/1990, ampliati con l'introduzione del comma *1 bis*, riferito all'attività *non autoritativa* della p.A.

Si è detto come l'unilateralità sia il primo tratto riferibile all'attività amministrativa, ma tale circostanza non esclude per ciò solo la possibilità che esista una parte dell'azione amministrativa che, pur perseguendo in via unilaterale un interesse pubblico, esuli dal campo dell'esercizio di un potere autoritativo (ovviamente al di fuori delle indubbie ipotesi in cui la p.A. agisce *iure privatorum*).

C'è dunque da chiedersi se il tradizionale carattere dell'unilateralità possa essere minato dalla circostanza per cui il nuovo *agere* amministrativo si caratterizza *anche* per l'adozione di moduli contrattuali.

La premessa necessaria è che il potere della p.A. deve sempre e comunque esplicarsi nel rispetto dei principi di legalità e di imparzialità (oltre che naturalmente di salvaguardia del terzo), tanto che si parla di autonomia negoziale "limitata" in quanto i fini dell'azione devono necessariamente

---

coattivamente, le situazioni di vantaggio che col provvedimento nascono a favore dell'Amministrazione, in *Diritto amministrativo, cit.,* 280.

[32] Lo stesso M.S. GIANNINI , nelle sue *Lezioni,* 1950, 78 ss, ci dice che «*non tutta l'attività amministrativa è manifestazione del momento di autorità*» e che «*se essa avesse carattere solamente imperativo, ne resteremmo tutti soffocati*».

[33] Si veda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo,* Torino, 2006. L'Autore rileva come "il *contratto significa consenso";* l'interesse pubblico non potrebbe essere soddisfatto con un contratto quando la parte che dovrebbe concorrere rifiuta di prestare il proprio consenso.

essere predeterminati dalla legge -e dunque non sono disponibili dalla p.A.- e perseguiti secondo canoni di doverosità e continuità[34].

L'agire secondo norme di diritto privato non sembra perciò implicare una rinuncia all'*agire funzionale* della p.A., tanto da aver meritato l'appellativo di *attività privata di interesse pubblico*[35].

L'articolo 1 della legge 241/90, nell'indicare il nucleo essenziale per la definizione dei principi guida dell'azione amministrativa, prevede al comma 1 che l'Amministrazione debba agire conformandosi ai fini individuati dalla legge, avendo riguardo ai principi di *economicità, efficacia, pubblicità,* e secondo i *principi dell'ordinamento comunitario.*

Il comma 1 *bis,* come introdotto dalla novella del 2005 dispone successivamente che la p.A., nell'adozione di atti di natura non autoritativa, *agisce secondo norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.*

A questo punto si svolgono alcune brevi considerazioni per comprendere la scelta del legislatore di collocare all'interno dell'art. 1 l'ipotesi di attività amministrativa *secondo il diritto privato.*

Tale norma può essere indifferentemente interpretata sia come disposizione volta a introdurre in via generalizzata la possibilità per la p.A. (nonché per i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, di cui al comma 1 *ter*) di ricorrere a strumenti di diritto privato nella cura dell'interesse pubblico alternativamente al modello provvedimentale, sia come facoltà di rivisitazione degli istituti amministrativi in chiave civilistica laddove la scelta tra provvedimento e contratto non sia possibile[36].

---

[34] Si vedano: F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo,* Torino, 1960, ora in *Scritti giuridici,* Padova, 2002, 103 ss; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo,* Padova, 1959; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa,* Padova, 1965; L. MONFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativi della p.A.,* in *www.giustamm.it.* Per un opportuno approfondimento sulla doverosità, si rinvia a quanto si dirà *infra,* § 2.c).

[35] S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di Gordio,* in *Cons. Stato, II, 2004, 1647 ss.* Si veda anche U. DI BENEDETTO, *Attività non autoritativi della p.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?,* relazione al Convegno di Sperlonga, 21-22 ottobre 2005, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

[36] L. MONFERRANTE, *op. cit.*

A fronte della rivisitazione dell'azione amministrativa in chiave "consensuale", si deve perciò indagare su quanto rimanga della connotazione del provvedimento amministrativo inteso come *determinazione autoritativa*[37].

Per quanto attiene all'unilateralità, ovvero alla capacità di incidere su situazioni soggettive indipendentemente dal consenso del destinatario[38], si è variamente argomentato per lo più in riferimento agli atti discrezionali, residuando viceversa alcuni dubbi per ciò che attiene alla tipologia degli atti vincolati.

Mentre si è concordi nel ritenere che gli atti discrezionali sfavorevoli sono espressione dell'incidenza del potere amministrativo sulle sfere giuridiche dei consociati, tale incidenza è stata spesso esclusa per i provvedimenti ampliativi[39].

In realtà il beneficio recato al privato da autorizzazioni, concessioni e altri atti ampliativi della sfera giuridica, non sembra poter legittimamente attrarre tali atti nella categoria degli atti non autoritativi e ciò soprattutto avendo riguardo agli effetti che tali atti, seppur favorevoli per il destinatario, esplicano nei confronti dei terzi.

A sostegno di quanto detto si è fatto riferimento, in un'ottica economica, al potere amministrativo in chiave di *allocazione di utilità giuridiche*, con funzione distributiva sia dei sacrifici che delle utilità, per cui gli stessi provvedimenti attributivi di un vantaggio a un determinato soggetto imprimerebbero un sacrificio di pari grado della sfera giuridica dei terzi (si pensi al caso di esclusione dal godimento di beni pubblici già dati in concessione)[40].

---

[37] M.S. GIANNINI, *(voce) Atto amministrativo,* in *Enc. dir.,* IV, 1959; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri,* in (a cura di) U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza,* Rimini, 1987, II, 777 ss.

[38] Si ricorda il tentativo di costruzione unitaria della "teoria dei diritti pubblici soggettivi", tesa a descrivere il legame tra cittadino e potere pubblico in chiave di diritto soggettivo-obbligo; nonché la concezione dell'interesse legittimo come riflesso dell'interesse pubblico, la cui protezione era pertanto accordata solo in via indiretta e riflessa.

[39] Per opportuni approfondimenti si rinvia al Titolo secondo, capitolo secondo, § 4.

[40] M.S. GIANNINI, *op. cit.;* F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento,* in *Dir. amm.,* 1995, 1 ss. *Contra* D. SORACE, C. MARZUOLI, *Concessioni*

Per quanto invece attiene ai provvedimenti vincolati, l'opinione di chi ritiene che essi non siano espressione del potere autoritativo della p.A., si fonda sul fatto che non vi sarebbe spendita di autorità laddove l'Amministrazione non esercita alcun potere di scelta poiché in tal caso la forza del provvedimento è riferibile alla legge e non viceversa imputabile al potere amministrativo[41]. Viene così differenziato il potere effettivo di scelta (spettante alla legge nel caso di atti vincolati), centro di imputazione dell'autorità, dal potere di mera riproduzione dell'effetto (binomio potere costitutivo-potere determinante)[42].

A tal proposito sarebbe peraltro opportuno distinguere tra gli atti a presupposti totalmente vincolanti e quelli in cui sussiste un, seppur minimo, potere discrezionale della p.A., senza peraltro dimenticare che l'imperatività del provvedimento intesa come forza con la quale esso si impone nella sfera giuridica dei privati, dovrebbe prescindere dal contenuto discrezionale o vincolato, rappresentando piuttosto un connotato estrinseco dell'atto.

2. b) L' IMPARZIALITÀ DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA.

L'attività amministrativa, come prescritto in Costituzione all'art. 97, deve svolgersi secondo imparzialità e in ossequio al principio del buon andamento, oltre che in osservanza delle disposizioni di diritto comunitario, secondo la nuova formulazione dell'art 1, l. 241/1990.

Tali principi, che hanno per lungo tempo suscitato alcune perplessità in ordine alla possibilità di essere ricondotti ad unità, rientrano tra quei limiti all'esercizio del potere pubblico, voluti per garantirne la legittimità

Mentre il *buon andamento*, secondo il costante insegnamento di scienza dell'amministrazione, equivale all'efficienza, l'*imparzialità*,

---

amministrative (voce), Dig. disc. pubb., Torino, 1988, III; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri,* Milano, 1984; A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*

[41] In passato la dottrina ha indicato nell'assenza di autoritatività, che caratterizzerebbe l'attività vincolata, il criterio distintivo tra la nozione di atto amministrativo (forma tipica dell'agire vincolato) e quella di provvedimento amministrativo (caratterizzante l'agire discrezionale). Sul punto, sia consentito rinviare al Titolo secondo, capitolo secondo, § 1.

[42] Si veda A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del Consiglio dei ministri,* in *Giur. compl. Cass. civ,* 1949, I, 894 ss, ora in *Scritti giuridici,* III, Napoli, 1990, 93 ss; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo,* Milano, 1996, 116 ss.

originariamente usata per connotare la neutralità della p.A., indica piuttosto la necessità che essa nell'adozione dei propri atti ponderi tutti gli interessi legislativamente tutelati[43].

Non a caso il maggior numero di manifestazioni del principio di imparzialità si rinviene nel procedimento amministrativo (il contraddittorio, la completezza dell'attività istruttoria, la motivazione e la pubblicità degli atti etc).

Tale nozione assume pertanto ad oggi una connotazione per lo più positiva e dinamica volta a descrivere le modalità di esercizio dell'azione amministrativa, ovvero un comportamento attivo finalizzato alla realizzazione di un determinato assetto dei rapporti.

L'imparzialità, che qui rileva maggiormente sotto il profilo dell'attività amministrativa anziché sotto il diverso profilo dell'organizzazione, si lega fuor d'ogni dubbio ai cd *autolimiti*, ovvero quell'insieme di modalità e criteri predeterminati e autoimposti cui le Amministrazioni devono attenersi nell'esercizio del proprio potere discrezionale per consentire una costante verifica di rispondenza tra le scelte operate e i criteri fissati[44].

Viceversa, laddove l'attività di scelta dovesse tener conto della *congruità delle valutazioni finali,* si verterebbe nell'ipotesi di "parzialità", cioè di un *ingiustificato pregiudizio o una indebita interferenza di alcuni interessi*[45].

Per quel che qui rileva, deve dirsi che l'obbligo di imparzialità aiuta a connotare il concetto dell'efficacia dell'azione amministrativa, e in particolare quello della idoneità a conseguire gli obiettivi preposti, con evidenti riflessi anche sul buon andamento[46].

---

[43] Ovvero l'*obbligo di tener presente in una corretta valutazione comparativa di tutti gli interessi legislativamente tutelati che sono investiti dall'agire amministrativo e di effettuare le conseguenti scelte in base ai criteri previsti dalla legge nonché ai criteri di ragionevolezza e di parità di trattamento,* così L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo, cit.,* 528.

[44] Cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2006, 47 ss.

[45] E. CASETTA, *cit.,* 49.

[46] Il principio del buon andamento si avvicina al *diritto ad una buona amministrazione* previsto dalla Carta di Nizza (art. 41), nonostante esso configuri un diritto, ovvero una pretesa azionabile dal

2. c) LA DOVEROSITÀ DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA.

Un'altra considerazione da cui non può prescindersi è quella per cui l'Amministrazione impronta notoriamente la propria azione al *dovere* di perseguire l'interesse pubblico[47].

Lo studio del principio di doverosità rileva perciò per l'incidenza che la valorizzazione di tale profilo ha necessariamente sullo svolgimento della funzione amministrativa e dunque sull'esercizio del potere pubblico[48].

E cioè, poiché la realizzazione del fine pubblico come obiettivo primario dell'azione della p.A. ha plasmato il potere, rendendolo limitato e funzionalizzato, ai fini di uno studio sulle forme di potere pubblico si impone una preliminare valutazione dei rapporti che intercorrono tra *potere* e *dovere*; se cioè si deve configurare l'attività amministrativa in chiave prioritariamente potestativa o piuttosto doverosa[49].

---

cittadino mentre la Costituzione invoca il principio del buon andamento (art. 97) esclusivamente in virtù del legame che esso ha con l'interesse pubblico. Sul punto si vedano A. CELOTTO, a cura di, *Processo costituente europeo e diritti fondamentali,* Torino, 2004 e M.A. SANDULLI,I, *Buona amministrazione e costituzione europea, ivi.*

[47] Tanto che si ritiene che il fondamento dell'autoritatività dell'atto amministrativo deve porsi *non tanto nella potestà di sovranità dello Stato quanto nell'asservimento della p.A. agli interessi della collettività,* così Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 1990, n. 435, in *Juris data,* Giuffrè.

[48] Sul principio di doverosità si vedano A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione,* Giuffrè, 2005; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione,* Torino, 2005, secondo cui la doverosità è causa, oltre che scopo della potestà pubblica. Solo recuperando la posizione del dovere quale *prius logico* del potere, la potestà risulta vincolata, per così dire, da due estremi: "*l'amministrazione più che detentrice di un potere vincolato nel fine è obbligata da un dovere eventualmente potestativo nel mezzo".* Solo con lo Stato di diritto, e dunque con l'avvento dei principi di separazione dei poteri e di legalità, si ha l'effettivo riconoscimento del principio di doverosità, garantito dalla circostanza per cui i fini pubblici vengono definiti da un potere diverso di quello chiamato a realizzare i medesimi. Al vincolo di indisponibilità così creato conseguono limitazioni più o meno ampie nell'esercizio del potere. Si veda anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo,* Torino, 2006, 168. Nella maggior parte dei casi l'esercizi del potere amministrativo appare essere *doveroso.* Così l'art. 2, l. 241/1990 statuisce che «*ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso*». Il dovere di attivarsi è pertanto imposto dalla legge o consegue (almeno nella maggior parte dei casi) all'istanza del privato (si pensi ai numerosi casi di autorizzazione, concessione, abilitazione etc), rimanendo del tutto marginali i casi in cui la p.A., pur non essendo tenuta a iniziare un procedimento, decida di avviarlo (si pensi agli atti di secondo grado).

[49] Nelle concezioni assolutistiche del potere pubblico il sovrano non rispondeva del proprio operato in ragione di un dovere nei confronti del suddito. Molto distante da una concezione doverosa, il potere sovrano, assoluto e perpetuo, anche quando concepito come *ius promovendo salutem publicam,* trovava un proprio limite solo ed esclusivamente nelle leggi divine e naturali. L'unico vincolo riconosciuto era quello per cui «*il principe deve al suddito giustizia, tutela e protezione.. (Bodin).*

Indubbiamente il binomio dovere-potere esprime una priorità logica, essendo la potestà il mezzo per l'adempimento delle funzioni cui un soggetto è preposto.

Ma vediamo ora i riflessi pratici, ovvero le conseguenze che la preminenza del potere sul dovere può avere sulle forme di manifestazione della potestà pubblica.

Non vi è dubbio che una esasperazione del carattere dell'autoritatività porterebbe a una contrazione della sfera della doverosità e viceversa.

E' vero dunque che la doverosità, che sia intesa quale *prius* logico o piuttosto come un mero attributo della potestà pubblica, incide necessariamente sulla configurazione di quest'ultima.

Un soggetto titolare del potere può perciò avere la facoltà o il dovere di esercitarlo; in tal caso le norme possono vincolarne la direzione o la modalità di esercizio.

Ebbene, deve forse primariamente ricordarsi che l'autoritatività non rende la p.A. un soggetto estraneo a qualsiasi vincolo, tanto meno a quelli di scopo.

Il carattere della supremazia non va tanto riferito all'Amministrazione in sé (non sussistendo più un rapporto di "sudditanza" tra p.A. e amministrati), quanto piuttosto all'interesse pubblico, da considerare perciò appartenente all'ordinamento[50].

In vista di tale interesse la p.A. soggiace a vincoli imposti dalla legge nonché a vincoli di ragionevolezza[51].

Non a caso la finalizzazione all'interesse collettivo vincola spesso il titolare del potere anche nella scelta relativa alle modalità del suo esercizio,

---

[50] Per una riflessione sull'interesse pubblico, si veda M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990,* in *www.giustamm.it.* E' proprio in ragione del perseguimento dell'interesse pubblico che vengono predisposte le forme di intervento dei pubblici poteri. Neppure il ricorso a strumenti di tipo consensuale o privatistico pare poter porre in discussione il carattere indisponibile dell'interesse pubblico. La sua appartenenza all'ordinamento inteso in senso collettivo, rende possibile che per la tutela del medesimo possano agire non solo soggetti pubblici ma anche soggetti privati (e ciò spiega anche il ricorso a un diritto privato "speciale").

[51] A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa,* Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo,* Milano, 1998.

oltre che ad un equo bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito e gli interessi privati latistanti. Ciò è in linea con il costante insegnamento per cui la soddisfazione dell'interesse primario deve avvenire con il minor sacrificio di quelli secondari (come nei casi dei limiti posti all'espropriazione o alla revoca di un provvedimento costitutivo di diritti).

Si pensi alla doverosità cd *procedimentale,* ovvero al dovere di procedere e di provvedere che grava in capo alla p.A. ai sensi dell'art. 2, l. 241/1990.

L'esercizio della potestà pubblica attraverso l'attivazione di un procedimento volto all'adozione di un provvedimento espresso, spesso limitativo della sfera giuridica di taluni soggetti, impone di ragguagliare l'interesse perseguito a quello ad esso contrapposto, in primo luogo tramite la previsione di una serie di garanzie partecipative quali l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, la motivazione del provvedimento etc[52].

Ancora, si pensi al silenzio dell'amministrazione, contro il quale è data al privato la possibilità di messa in mora e di eventuale ricorso, oppure al settore dei servizi e all'attività contrattuale della p.A., in cui la dimensione della doverosità dell'azione amministrativa acquista maggiore concretezza.

Al di là delle varie manifestazioni del principio di doverosità ciò che rileva è la sua strumentalità, ossia il vincolo di scopo cui esso è preordinato.

Sembra dunque doversi concludere per l'imprescindibilità del legame tra potestà e doverosità, nonché per l'impossibilità di individuare una priorità logica di una rispetto all'altra perchè entrambe sono connotazioni di una azione funzionalizzata nei confronti della quale assumono una funzione servente reciproca.

---

[52] Cfr. G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali,* in (a cura di) U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza,* Rimini, 1987.

TITOLO II
LA FUNZIONE PUBBLICA

CAPITOLO PRIMO
AZIONE AMMINISTRATIVA E PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO: AUTORITATIVITÀ E IMPERATIVITÀ

Sezione I

ATTO E PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO

SOMMARIO: *1. La teoria dell'atto e del provvedimento amministrativo. 2. Atti di imperio e atti di gestione: cenni. 3. Efficacia dell'atto amministrativo. 3 a) l'esecutorietà. 3 b) l'esecutività. . 4. La discrezionalità nei diversi sistemi giuridici: alcuni modelli a confronto per uno spunto ricostruttivo del concetto di autoritatività.*

1. LA TEORIA DELL'ATTO E DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO[53].

La teoria dell'atto amministrativo nasce dal cambiamento nel metodo di studio dei sistemi giuridici, dall'allargamento dei confini del diritto amministrativo, dal mutamento dei riferimenti culturali e, più in generale, da tutti quei fenomeni che nell'Ottocento hanno avuto riflessi anche sul piano giuridico.

Fin quando l'atto amministrativo non era riconducibile al novero dei concetti giuridici ma si limitava a descrivere dichiarazioni di volontà o di

[53] Si ricorda la qualificazione data da Giannini al provvedimento amministrativo, definito *imperativo* a differenza dell'autorità dell'atto che enuncia la volontà della legge nel caso concreto. Per alcuni aspetti essa è più forte perché, dice l'Autore, *il provvedimento amministrativo produce un'immutazione delle situazioni giuridiche soggettive che storicamente si trova dinanzi allorché viene adottato, per cui le estingue, le modifica, le sostituisce con altre, le trasferisce, in una parole, produce l'avverarsi di eventi di nascita, modificazione, ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce.* In ordine al rapporto tra atto e provvedimento amministrativo, sia consentito usare spiegarlo con il rinvio ad autorevoli parole, per cui *il provvedimento amministrativo nasce dalla costola dell'atto amministrativo* (F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento, Dir. amm.,* 1995. Alla figura del provvedimento deve peraltro essere riconosciuto il pregio di aver superato molte dispute generate intorno alla figura dell'atto amministrativo, sui caratteri, sugli elementi e sulle classificazioni (si pensi a quella tra atti negoziali e atti non negoziali). Viceversa il provvedimento amministrativo si qualifica sia in relazione alla propria funzione che al ruolo che esso assume nel procedimento.

scienza, unilaterali o bilaterali, nonché i meri comportamenti, la distinzione tra atti di imperio e atti di gestione[54] era finalizzata a precisare l'ambito di applicazione delle norme relative alla competenza e ai poteri del giudice ordinario.

Gli impulsi venuti dallo sviluppo della scienza giuridica e dalle nuove norme processuali hanno indotto implicitamente a "procedimentalizzare" l'attività amministrativa, vista come un processo decisionale sequenziale[55].

Ancora oggi l'atto amministrativo, pur nelle sue molteplici qualificazioni (si vedano G. Jellinek, Otto Mayer etc), rappresenta l'espressione che caratterizza qualunque forma di potere pubblico[56].

La rinnovata attenzione prestata al provvedimento amministrativo, che già nasceva come strumento primario per l'affermazione del diritto amministrativo e della sua specialità, consentì allo stesso di assumere caratteristiche peculiari quali l'unilateralità, l'esecutorietà e l'esecutività, di cui si è già accennato[57].

Il potere pubblico dunque, sotto forma di atti unilaterali, esecutori ed esecutivi, ha fatto pensare per lungo tempo che la situazione del privato risultasse necessariamente cedevole dinanzi a tale autorità.

Tale deduzione era dovuta alla convinzione che l'esercizio del potere pubblico avrebbe comportato una compressione della sfera delle libertà individuali, sicchè solo dalla recessione del momento autoritativo sarebbe derivato un effetto "espansivo" a favore della situazione giuridica soggettiva del privato[58].

---

[54] Per opportuni approfondimenti sulla tematica della distinzione tra atti di imperio e atti di gestione, si rinvia al §§ 2.
[55] Per una ricostruzione storica dettagliata, cfr. B.G. MATTARELLA, *op.cit.,* 73 ss.
[56] La differenza tra la costruzione francese e quella tedesca risiedeva proprio nel fatto che in quest'ultima la nozione di atto amministrativo era posta al centro dell'intero sistema di diritto amministrativo; posizione che valse all'atto amministrativo un frequente accostamento con gli altri atti aventi natura autoritativa (quali la legge e la sentenza). Mayer recepì tale indirizzo, identificando l'atto amministrativo nell'espressione della supremazia dell'Amministrazione.
[57] Si veda M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo, Enc. Dir.,* IV, 157.
[58] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* Milano, 1993, 228.

La fase "provvedimentale" dell'azione amministrativa è stata indubbiamente valorizzata con la successiva codificazione del procedimento amministrativo, avvenuta con la legge 241/1990 e s.m.[59].

Pur in presenza di queste nuove caratteristiche dell'azione amministrativa, essa sembra però non abbandonare, almeno nella sostanza, la sua originaria connotazione.

Una amministrazione *concertata* non è una amministrazione la cui attività è "meno autoritativa".

Si pensi agli interventi sui beni pubblici, di cui all'art. 24 del Codice dei Beni culturali, che disciplina la possibilità che gli interventi da eseguire da parte delle amministrazioni dello Stato (delle regioni o di altri enti pubblici territoriali) sui beni culturali possa avvenire tramite autorizzazione espressa nell'ambito di *accordi* tra il Ministero e il soggetto pubblico interessato.

Nonostante l'esplicita valorizzazione degli strumenti di esercizio del potere in forma concordata tra i soggetti istituzionali, si ritiene che la modalità concertata costituisca una applicazione dei principi generali che presidiano l'azione amministrativa nel quadro di una semplificazione, ma che tale *modus agendi* nulla toglie alla forza e al vigore dell'atto risultante[60].

La fungibilità tra strumenti di diritto pubblico e strumenti di diritto privato sembra perciò indicare piuttosto una nuova categoria di *vesti* che si affiancano a quelle tradizionali, il cui contenuto è tuttavia pariordinato a quello disposto con forma provvedimentale.

La sostanza del provvedimento, ovvero la capacità di imporsi su situazioni soggettive, rimane invariata anche laddove il privato (o il pubblico stesso, come nella precedente ipotesi) decida di stipulare un accordo,

---

[59] Si vedano le disposizioni sulla partecipazione del privato, quelle in tema di autotutela, la positivizzazione non solo dei principi generali, da sempre riconosciuti fonte integrativa dell'azione amministrativa, ma anche a quelli comunitari, ormai recepiti tramite la previsione di cui all'art. 1, etc.

[60] Il processo di semplificazione amministrativa è passato attraverso una serie di interventi normativi quali: l'art. 48 della legge 5 agosto 1978, n. 457 (norme per l'edilizia residenziale), che realizza uno snellimento delle procedure per l'esecuzione di opere di manutenzione straordinaria; la legge n. 94 del 1982, che introduceva un regime semplificato per il rilascio della concessione edilizia; l'art. 26 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, che consente l'esecuzione di qualsivoglia opera interna con la mera presentazione di una relazione tecnica asseverata, e altri interventi che hanno contribuito a snellire le procedure per il rilascio di titoli abilitativi, con l'unico scopo di deflazionare i procedimenti edilizi. Si veda il nuovo T.U. in materia di edilizia.

sostitutivo di detto provvedimento, qualora tale accordo realizzi due obiettivi: far venir meno il presupposto per l'esercizio del potere in via unilaterale e realizzare un interesse pubblico ultroneo rispetto a quello che si realizzerebbe *comunque* tramite l'adozione della forma provvedimentale qualora il privato non acconsentisse a "patteggiare" con l'Amministrazione.

Il provvedimento dunque, o l'accordo stipulato in funzione sostitutiva, laddove realizzato, mantiene il suo carattere tipico dovuto all'appartenenza a un diritto per così dire *speciale.*

Si pensi alle convenzioni di lottizzazione, con le quali si ammette il negoziato nell'esercizio del potere pubblico, tanto da esser considerate veri e propri contratti ad oggetto pubblico inseriti in un procedimento amministrativo a carattere pianificatorio.

Viene da domandarsi in proposito se il contratto di diritto pubblico sia equiparabile al negozio giuridico privato e, in caso di risposta negativa, quale sia la sua collocazione nelle categorie generali del diritto e la sua disciplina; ovvero se esista piuttosto una sorta di diritto comune *attenuato*.

Sotto tale profilo vengono inevitabilmente all'attenzione sia la facoltà di recesso di cui gode la p.A. in tema di accordi, che è spesso assimilata a una revoca della volontà pubblica espressa nell'accordo stesso.[61]

2. ATTI DI IMPERIO E ATTI DI GESTIONE: CENNI.

Le radici della distinzione tra le diverse tipologie di atti, che ebbe tanta fortuna prima in Francia e successivamente in Italia, sono state spesso ravvisate nel pensiero di grandi teorici quali Grozio, De Luca e Wolff e, più

[61] Si pensi al potere di revoca dell'incarico dirigenziale ai sensi della legge 15 luglio 2002, n. 145, nonostante la contrattualizzazione del rapporto di lavoro, solo recentemente dichiarato incostituzionale con sentenza della Corte Cost. del 23 marzo 2007, n. 103, in *www.lexitalia.it.,* con note di G. VIRGA, *Breve storia di un trapianto con crisi finale di rigetto* e L. OLIVIERI, *Revirement della Consulta sullo spoil system: per la prima volta se ne rileva l'incostituzionalità. Quello che la sentenza non dice.* Sul tema, si veda anche N. DURANTE, *L'adozione di atti di natura non autoritativi, con elettivo riferimento alla tematica del conferimento e della revoca dell'incarico di funzione dirigenziale nell'ambito del rapporto di lavoro con l'amministrazione dello Stato,* Seminario su *Modifiche ed integrazioni alla legge 241 del 1990,* Salerno, 5 maggio 2005. L'opinione sullo *spoil system* aveva indotto la dottrina a qualificare a ragion veduta il conferimento dell'incarico dirigenziale quale esercizio di un potere amministrativo autoritativi, preordinato alla provvista del personale da collocare nella struttura burocratica e, come tale, soggetto alle regole del diritto pubblico.

specificamente, nella partizione che ad essi fa riferimento, all'interno degli atti emanati dal principe, tra quelli adottati *ut actus communitatis* e quelli emanati *ut actus partis.*

In Francia la distinzione tra atti di imperio e atti di gestione servì da spartiacque tra le competenze giurisdizionali, segnando il divieto di ingerenza negli affari amministrativi imposto ai giudici.

Tale rigidità si attenuò nel corso del tempo e la predetta partizione andò a segnare il limite di operatività del giudice ordinario, nonché del *Conseil d'Etat,* cui tra l'altro fu attribuita la competenza a pronunciarsi sulle *décision* emanate dalle autorità amministrative.

La logica sottesa è quella secondo cui l'atto di imperio, in quanto piena espressione dell'esercizio del potere, incontrerebbe necessariamente un interesse legittimo; al contrario dell'atto di gestione che si oppone a un diritto soggettivo[62].

L'Italia assimilò tale distinzione ma con contorni più sfumati perché al criterio di supremazia si affiancò quello del *fine pubblico dell'atto.*

L'*atto di autorità* costituisce dunque il precedente storico dell'attuale atto amministrativo.

Pur tralasciando le successive tesi, affermatesi anche con l'ambizione di segnare un valido criterio di riparto tra le giurisdizioni (si pensi alla distinzione tra norme di azione e norme di relazione), deve darsi conto del fatto che in Italia l'atto amministrativo fin dalla sua prima configurazione fu caratterizzato sia dalla particolare efficacia, consistente nella capacità di incidere unilateralmente sulle situazioni soggettive dei privati (cd

[62] Si veda per tutti, C. Cass., Sez. un., 18 novembre 1989, n. 4941, in *Notiziario giurisprudenza lav.,* 1989, 753, secondo cui «*con riguardo ai rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici economici la discrezionalità del datore di lavoro assume i caratteri del potere discrezionale pubblico (con la conseguente non configurabilità di posizioni soggettive dei lavoratori tutelabili davanti al giudice ordinario) quando si esplichi in atti di imperio e di supremazia intesi a disciplinare, in via generale ed astratta, l'organizzazione degli uffici, i ruoli o le mansioni del personale, e non anche quando si traduca in atti di gestione di un singolo o di singoli rapporti di lavoro, nel qual caso detta discrezionalità rimane soggetta alla disciplina del giudice ordinario, attenendo ad una successiva valutazione di merito, che non incide sulla competenza giurisdizionale di tale giudice, la questione se la posizione soggettiva fatta valere dal lavoratore in relazione agli atti di gestione predetti abbia consistenza di diritto soggettivo*».

degradazione), sia dall'idoneità a spostare la competenza a dirimere le relative controversie.

L'eredità dell'atto di imperio, ovvero quella che oggi viene definita imperatività del provvedimento, certamente non più riferibile a una supremazia regia caratterizzante la fonte di emanazione, fa tuttavia ancora parte della concezione di una azione amministrativa autoritativa, e pure concertata, in cui la sovraordinazione si rinviene nell'interesse pubblico più che nella Amministrazione in sé.

3. EFFICACIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO.

Riassumendo quanto detto, possiamo affermare che il provvedimento amministrativo è un provvedimento per così dire "direzionato", preordinato al soddisfacimento di interessi pubblici e dotato di una particolare forza, di cui sono espressione i caratteri dell'unilateralità cui si aggiunge la particolare efficacia per cui esso mantiene la propria forza tipica anche nell'ipotesi in cui risulti essere viziato e fino a una pronuncia giurisdizionale o al suo annullamento in autotutela, alla stregua di un provvedimento perfettamente valido (cd. modo dell'equiparazione) [63].

Nello stesso regime dell'annullabilità – pur rimanendo una modalità di reazione all'illegittimo esercizio del potere, costruita in forma di correttivo al medesimo potere - è stato ravvisato un vantaggio della p.A. per il privilegio che esso assegna all'azione amministrativa[64].

---

[63] Si veda F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento,* in *Dir. amm.,* 1995, 12. Il *modo della equiparazione* non è altro che «*la conseguenza del regime della invalidità tipico del provvedimento amministrativo: la cd. degradazione si riconnette semplicemente alla efficacia che anche al provvedimento invalido(annullabile) è riconosciuta fino alla pronuncia (amministrativa o giurisdizionale) del suo annullamento».* Si veda inoltre M.S. GIANNINI, *Forza ed effetti dei provvedimenti,* in *Diritto amministrativo,* Milano, 1993, 275.

[64] Si veda F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento,* in *Dir. amm.,* 1995, 8. L'Autore mostra che, costruito il provvedimento come atto di esercizio di un potere unilaterale, di norma caratterizzato dalla discrezionalità, si spiega altresì la disciplina della validità oltre che quella dell'efficacia. Secondo l'Autore, non rilevando la centralità del profilo funzionale nella figura del provvedimento, si chiarisce il fatto che vengono privilegiati i vizi funzionali rispetto a quelli strutturali della fattispecie. Nella disciplina della validità non rileva cioè il giudizio di liceità/illiceità, bensì quello di legittimità/illegittimità. Ciò distanzia il provvedimento amministrativo dal negozio giuridico privato, il cui regime di invalidità è incentrato sul difetto (o sul vizio) degli elementi strutturali.

Validità ed efficacia sono due distinti attributi, indipendenti l'uno dall'altro, del provvedimento amministrativo, ed è proprio nell'efficacia, ancor prima che nella validità, che risiede l'autorità tipica del provvedimento amministrativo[65].

Non a caso l'inefficacia è stata autorevolmente definita come *il non acquisto di efficacia per non avveramento del fatto giuridico da cui conseguirebbe l'efficacia del provvedimento*[66].

Ciò significa che l'efficacia del provvedimento costituisce il principio di ordine generale che può subire deroghe solo ed esclusivamente in determinate circostanze[67].

Vi sono addirittura dei casi in cui il profilo dell'efficacia è addirittura potenziato, come avviene nelle ordinanze contingibili e urgenti che, esprimendo un provvedimento necessitato, accentuano determinati aspetti propri del provvedimento stesso per cui consentono l'imposizione di obblighi di fare a carico di soggetti privati, purchè ovviamente la situazione di "pericolo" non sia fronteggiabile mediante gli ordinari strumenti di amministrazione.

L'Amministrazione cioè, sulla base di una valutazione di opportunità, può ricorrere a provvedimenti di carattere "speciale"[68].

Peraltro tali provvedimenti hanno avuto un raggio di applicazione sempre crescente, per far pronte a circostanze di ogni tipo; si pensi alla casistica, estremamente varia, che va dalla loro utilizzazione per far fronte all'interruzione del servizio pubblico di trasposto dei soggetti disabili *da* e *per*

---

[65] Lo stesso M.S. Giannini individua tra gli effetti della disgiunzione fra validità ed efficacia i seguenti: a) *rendere effettiva l'imperatività del provvedimento; b) permettere che taluni provvedimenti i quali sarebbero invalidi, giusta una rigorosa applicazione dei principi, possano invece essere salvati in quanto sostanzialmente conformi al pubblico interesse; c) permettere il controllo immediato del provvedimento emesso, sospendendone medio tempore l'efficacia.*

[66] M.S. GIANNINI, *op. cit.,* 276.

[67] Si veda N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della legge 241/1990, www.giutamm.it,* 2005, 3. Secondo l'A. l'attività di esecuzione dei provvedimenti è ascrivibile all'ambito dell'autotutela intesa nella sua accezione ampia. Tale constatazione nasce anche dal confronto con altri ordinamenti. Si pensi all'esperienza tedesca, la cui disciplina contempla un articolata tipologia di fattispecie esecutive e in cui l'azione amministrativa è graduata secondo livelli che tengono conto della natura (fungibile o infungibile) e del contenuto dell'obbligo.

[68] Si veda A.M. SANDULLI, *Scritti giuridici,* Jovene, 1990.

i centri di riabilitazione -in ragione della potenziale lesività della situazione, soprattutto per coloro che sarebbero esposti alla lesione della propria integrità fisica-[69], alle ipotesi in cui tali ordinanze hanno la veste di formale diffida rivolta al locatario di un appartamento a porre sistemi di insonorizzazione per eliminare emissioni provenienti da un pianoforte durante le esercitazioni eseguite[70].

Peraltro in tale ultima vicenda si è confermato l'orientamento giurisprudenziale che nega la necessità di una previa comunicazione dell'inizio del procedimento nel caso di ordinanze contingibili e urgenti, sia per la necessità di un intervento tempestivo, sia per l'assenza di disposizioni che prevedano un contraddittorio tra gli interessati (nel caso specifico nel procedimento di accertamento dell'intensità del rumore).

Dunque ci troviamo di fronte a provvedimenti che l'Amministrazione, in situazioni contingenti e previa una valutazione di opportunità e urgenza, ha la facoltà di adottare e, attraverso i quali, alla ricorrenza dei relativi presupposti, può ordinare l'esecuzione di un *facere* necessitato e non realizzabile in altro modo, superando così i limiti normalmente imposti allo stesso potere mediante l'adozione di atti ad efficacia, per così dire, oltremodo *rafforzata*[71].

3 a) L'ESECUTORIETÀ.

Con tale termine si indica comunemente non solo l'idoneità del provvedimento amministrativo a produrre automaticamente i propri effetti (si pensi ai provvedimenti ablatori), ma soprattutto la sua attitudine ad essere eseguito tramite la possibilità di esercitare concretamente e in via diretta il potere coercitivo nei confronti dei destinatari del provvedimento in modo tale

---

[69] T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, sentenza 11 maggio 2007, n. 1331, in *www.giustamm.it.*

[70] T.A.R. Basilicata, Potenza, 19 maggio 2004, n. 331, in *www.giustamm.it*.

[71] Si pensi al caso dell'ordine del Sindaco di eseguire interventi di manutenzione e riparazione sulla rete fognaria e idrica su un'area oggetto di precedente convenzione di lottizzazione con un privato (T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 11 febbraio 2004, n. 297). Si veda anche Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6366, in *www.lexitalia.it*; Id., sez. IV, 24 marzo 2006, n. 1537, *ivi;* Id. 5 settembre 2005, *ivi*; Id. sez. V, 8 maggio 2007, n. 2109, *ivi;* CGA, 2 marzo 2007, n. 97, *ivi;* T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 15 gennaio 2007, n. 273, *ivi;* T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 14 febbraio 2007, n. 1352, *ivi;* T.A.R. Veneto, sez. III, 30 novembre 2007 n. 3807, *ivi.*

che, a fronte del rifiuto del privato di cooperare per la realizzazione del fine, l'amministrazione può comunque conseguire il risultato pratico voluto[72].

Non a caso nelle prime teorie ricostruttive relative al tema dell'esecutorità dell'atto amministrativo, l'elemento legittimante venne ravvisato nella supremazia dell'amministrazione, da intendersi strettamente connessa al carattere imperativo dei suoi atti, fino a sintetizzare in esso il regime giuridico dell'atto amministrativo.

L'esecutorietà, che trova tradizionalmente il proprio fondamento nella presunzione di legittimità degli atti amministrativi per cui essi si presumono conformi a legge fin quando non intervenga un altro atto che, dichiarandoli illegittimi, li annulli, esprime il potere pubblico in virtù del nesso di causalità funzionale intercorrente tra atto e rapporto amministrativo[73].

Ciò implica su un piano pratico che, al di fuori delle ipotesi di annullamento d'ufficio, l'onere della prova grava sempre sul privato che voglia vedere caducato il provvedimento illegittimo.

Non vale a sminuire il carattere dell'esecutorietà neppure la previsione *expressis verbis* delle ipotesi di nullità degli atti amministrativi per difetto dei caratteri strutturali che, secondo alcuni avvicinerebbero invece l'atto amministrativo alla categoria generale dell'atto giuridico, affievolendone la natura imperativa[74].

---

[72] Si veda A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione,* in *Riv. trim. dir. pubb.,* 1964, 822: "*l'Amministrazione può assicurare l'osservanza coi mezzi coattivi che sono messi a sua disposizione per conseguire gli obiettivi posti a base dei doveri di diritto pubblico di cui essa è custode"*. L'Autore tuttavia chiarisce che la coercizione amministrativa non si identifica né con l'esecutorietà degli atti amministrativi, né con l'esecuzione forzata amministrativa. Quest'ultima viene in rilievo solo allorquando occorre tradurre la realtà giuridica in realtà di fatto; in modo tale che gli originari obblighi di *dare, facere e pati* diventino un *pati debere.* L'esecuzione forzata presuppone cioè la trasgressione di un obbligo e costituisce la misura per garantire l'esecuzione di detto obbligo. In sostanza l'esecutorietà indica quello che Orlando definiva come "diritto di coercizione" dello Stato, volto a garantire l'adempimento degli ordine dell'autorità attraverso la "coazione fisica esterna sulla persona o sui beni dei sudditi".

[73] Si veda G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo,* Padova, 2005, 21. L'Autore definisce il rapporto amministrativo una *conseguenza necessitata* di quella *auctoritas* che viene unanimemente riconosciuta nel comando giuridico contenuto nell'atto amministrativo inteso come *norma speciale*. L'atto assume, secondo l'Autore, la *funzione di disciplina del rapporto amministrativo, disciplina autoritativa espressa dall'amministrazione mediante la scelta, variamente discrezionale, del modo in cui curare nel caso concreto il pubblico interesse.*

[74] In tal senso cfr. P. FORTE, *Appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma*

Si pensi al nuovo regime dei vizi formali di cui all'art. 21 *octies,* in forza del quale non è annullabile un provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti *qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.* Il provvedimento amministrativo non è *comunque* annullabile per mancata comunicazione d'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato.

La decisione amministrativa è connotata da elementi strutturali peculiari che si giustificano in ragione della funzione esercitata, ovvero la cura di interessi alieni.

E' proprio il duplice aspetto descritto di atto giuridico rivolto all'esercizio di una funzione pubblica, che richiede una gradazione del regime di invalidità, per cui l'utilizzazione di concetti di stampo civilistico non induce ad una rivisitazione dei provvedimenti amministrativi, semmai a una loro conformazione alle peculiarità del rapporto.

3 b) L'ESECUTIVITÀ.

L'esecutività, nell'indicare la facoltà del provvedimento efficace di produrre immediatamente i suoi effetti, rappresenta, nell'indagine sul potere, una potenzialità ulteriore rispetto all'efficacia.

L'art. 21 *quater,* comma1, l. 241/90, enuncia un principio generale in virtù del quale «*i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo*».

La prima deroga è però prospettata dal secondo comma del medesimo articolo, che prevede la possibilità che l'efficacia ovvero l'esecuzione del

---

della legge sul procedimento, Torino, 2005. Secondo l'Autore l'atto amministrativo, rimanendo una decisione su interessi alieni, nell'esercizio cioè di una funzione, *ha bisogno dell'eccesso di potere come vizio di invalidità e dell'incompetenza come vizio a tutela della legalità organizzativa, ma con la previsione della nullità diventa sempre più atto giuridico, strumento più giuridico e meno politico di assetto degli interessi.*

provvedimento amministrativo possa essere sospesa, «*per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario*».

La natura eccezionale di tale sospensione è peraltro confermata dalla previsione che il relativo termine venga indicato in maniera espressa nell'atto con cui essa è disposta.

Non può tralasciarsi a tal fine l'esame della normativa dettata in tema di provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati[75].

L'art. 21 *bis* della legge sul procedimento amministrativo dispone che il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati *acquista efficacia* nei confronti del destinatario con la comunicazione allo stesso; esso tuttavia, purché non si tratti di provvedimento avente carattere sanzionatorio, *può contenere una motivata clausola di immediata efficacia*, mentre i provvedimenti limitativi della sfera giuridica privata aventi carattere cautelare ed urgente *sono immediatamente efficaci*.

A rigore normativo l'efficacia di tali provvedimenti limitativi sembrano avere carattere recettizio.

Gli atti recettizi operano però solo dopo essere stati portati a conoscenza del destinatario; ciò implicherebbe una sorta di condizione sospensiva implicita per l'esplicarsi dell'efficacia piena del provvedimento amministrativo.

A questo punto è opportuna una specificazione.

Occorre distinguere tra atti nei quali la comunicazione, seppur necessaria, rappresenta un momento successivo e non indispensabile ai fini della completezza del provvedimento (si pensi all'accertamento di violazione) e atti, propriamente recettizi, in cui la comunicazione assume una valenza costitutiva rispetto all'effetto giuridico che si produce.

In ragione di tale partizione, non dovrebbero a rigore considerarsi recettizi quegli atti che, ancor prima della loro comunicazione, devono intendersi completi (l'imposizione di vincoli, il decreto di esproprio, i

[75] Si veda A. ANASTASI, *L'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati,* in *www.giustizia-amministrativa.it.*

procedimenti autorizzatori etc), per i quali cioè la comunicazione assume valore esterno al processo di formazione dell'atto[76].

Le prospettazioni sono state tra le più varie ma per lo più tutte riconducibili alla considerazione della comunicazione alla stregua di una condizione sospensiva, infatti, se non si ritiene che la comunicazione sia parte integrante, segmento costitutivo, della fattispecie provvedimentale (perché smentito da più esempi), essa deve necessariamente qualificarsi come momento integrativo dell'efficacia, con conseguente assegnazione al provvedimento, anteriormente alla sua comunicazione, di una *efficacia recettizia imperfetta*[77].

4. LA DISCREZIONALITÀ NEI DIVERSI SISTEMI GIURIDICI: ALCUNI MODELLI A CONFRONTO PER UNO SPUNTO RICOSTRUTTIVO DEL CONCETTO DI AUTORITATIVITÀ.

La manifestazione più immediata del potere amministrativo è la sua espressione in forma discrezionale, che, non a caso, ha portato alcuni a ravvisare proprio in essa il tratto fondante della distinzione tra poteri amministrativi autoritativi e attività non autoritativa della p.A.[78].

Ciò anche in considerazione del fatto che, mentre l'imperatività caratterizza indistintamente tutti i poteri dello Stato, e dunque anche quelli legislativo e giudiziario, la discrezionalità connota unicamente l'attività amministrativa.

---

[76] Si ricordano le autorevoli opinioni di A.M. SANDULLI, secondo cui la comunicazione è una mera operazione rispetto all'atto che ne costituisce l'oggetto, e di M.S. GIANNINI, che lo definisce alla stregua di un procedimento dichiarativo, per così dire integrativo dell'efficacia.

[77] L'efficacia *ex nunc* e non *ex tunc*, come invece prevede la regola generale della retroattività della condizione di cui all'art. 1360 c.c., si spiega, nel primo caso per il fatto che essa è derogata dalla norma specifica sugli atti amministrativi limitativi della sfera privata; nel secondo caso perchè essa risulterebbe inapplicabile, trattandosi di *condicio iuris* e non *condicio facti.*

[78]Secondo P. LAZZARA, in *Autorità indipendenti e discrezionalità,* Padova, 2002, ciò che caratterizza il diritto amministrativo non sarebbe il "potere giuridicamente autoritativo", bensì il concetto stesso di discrezionalità. L'Autore distingue l'attività amministrativa in: a) attività autoritativa, in cui la p.A. esercita un potere di supremazia; b) attività consensuale, in cui è equiparata ai privati nel compimento di atti negoziali; c) neutra, quando si avvicina alla funzione arbitrale propria del potere giudiziario (tripartizione che ricalca quella proposta da A. SANDULLI, in *La proporzionalità dell'azione amministrativa,* Padova, 1998).

Non a caso per lungo tempo la discrezionalità ha significato l'esistenza di uno spazio di insindacabilità all'interno dell'azione amministrativa, con evidenti conseguenze sotto il profilo della tutela giurisdizionale[79].

Da qui la primaria necessità della configurazione di quello che sembra essere un connotato fisiologico dell'attività amministrativa, nonché degli aspetti ad esso connessi.

E' opportuno adottare come punto di partenza il confronto tra il sistema giuridico nazionale e alcune esperienze estere, con particolare riferimento al sistema tedesco e quello austriaco..

Quanto al primo dei due, il legislatore tedesco non ha mai definito la discrezionalità, se non in negativo con riferimento ai suoi vizi[80].

Questo perché, quando l'Amministrazione può scegliere, il cittadino non ha il diritto di ottenere il bene cui aspira, ma solo un generico "diritto al corretto esercizio della discrezionalità".

In questi termini è evidente il rapporto tra il potere, esercitato nella forma di attività amministrativa discrezionale, e il diritto del singolo.

Nel modello tedesco il fondamento del potere riservato all'amministrazione è rintracciabile nell'art. 20 del *Grundgesetz* tedesco che,

---

[79] O. BACHOF, *Burteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff in Verwltungsrecht,* in *JZ,* 1955. L'Autore fu il primo a parlare di "autonomo spazio di valutazione" per indicare uno spazio amministrativo decisionale sottratto al sindacato giurisdizionale. Detta costruzione ha avuto diverse ramificazioni. Ad essa pure è ascrivibile la teoria di Wolff (in J. WOLFF, O. BACHOF, R. STOBER, *Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11, Aufl., Műnchen,* 2000; 31) che parla di "prerogativa di valutazione" in riferimento a concetti giuridici indeterminati (tradizionalmente collocati dalla dottrina tedesca nell'ambito della fattispecie normativa, cfr. C.H. ULE, *Verwaltungsprozeβrecht, Műnchen,* 1987, 9) con forte valenza politica - il chè avviene soprattutto nelle leggi di pianificazione o di programmazione- la cui attuazione viene per lo più demandata al governo. Al contrario della dottrina, la giurisprudenza è sempre stata incline ad affermare la piena sindacabilità dei concetti giuridici indeterminati.

[80] La dottrina tedesca ha elaborato una tripartizione di tali vizi della discrezionalità, riferendo i primi due all'inosservanza dei limiti di legge e l'ultimo al mancato rispetto del vincolo del fine. I primi due attengono rispettivamente: 1) alla violazione "per difetto" dei limiti posti dal legislatore mediante un esercizio insufficiente del potere discrezionale; b)il superamento dei limiti del potere discrezionale quando l'amministrazione, violando i limiti esterni del dettato normativo, conferisce al provvedimento un contenuto diverso o ulteriore da quello previsto dalla norma, o in violazione del principio di proporzionalità. La terza categoria si concreta invece nell'uso scorretto, o peggio, nell'abuso del potere discrezionale.

affermando il primato della legge, prescrive la legittimazione normativa del potere e degli atti della p.a.[81]

La discrezionalità amministrativa sarebbe dunque costituita dallo spazio residuo tra i principi e le barriere giuridiche che il legislatore ha volutamente introdotto[82].

Si badi, tale spazio, prima assai ristretto sotto il profilo del sindacato giurisdizionale, in Germania ha assunto una estensione maggiore nel corso degli anni anche in considerazione dei poteri di integrazione normativa della p.A., ossia la facoltà riconosciuta a quest'ultima di emanare prescrizioni amministrative in attuazione di disposizioni normative, non sindacabili da parte del giudice amministrativo.

Non si può dimenticare che il tema della discrezionalità si lega inevitabilmente a quello del silenzio e, in misura maggiore, al tipo di sindacato ammesso nel relativo giudizio.

Senza soffermarci su tale sindacato, va detto che l'ordinamento tedesco, seppur privo di un apposito rimedio avverso il silenzio opposto dalla p.A. alla istanza privata volta all'adozione di un provvedimento, prevede una sorta di "azione di adempimento"[83].

---

[81] L'art. 20, c.3, così recita: "*Il potere legislativo è vincolato dall'ordine costituzionale, il potere esecutivo e giudiziario sono vincolati dalla legge e dal diritto".* Dunque sia i tribunali che la p.A. non sono tenuti a rispettare esclusivamente la disciplina positiva, ma anche i principi immanenti all'ordinamento giuridico.

[82] Si è soliti dividere tra barriere interne ed esterne. Mentre tra le prime devono essere annoverati i principi generali fondamentali cui deve conformarsi l'azione amministrativa, le seconde impongono la stretta osservanza del dettato legislativo (si parla a tal proposito di *pflichtgemäßes Ermessen,* che evidenzai la doverosità dei pubblici poteri). Sulla sindacabilità dell'operato della p.A. da parte del giudice, si vedano già le pronunce del Tribunale costituzionae *BVerfG* 83, 130 del 27/11/1990 e 17/4/1991. La Corte ha distinto tra la sussunzione di un fatto sotto un concetto giuridico indeterminato, espressione di un processo interpretativo e attuativo della legge (*kognitives Ermessen)* e la discrezionalità (*volitives Ermessen)*, ritenendo che sia pienamente estensibile il sindacato giurisdizionale, anche nella seconda ipotesi, in presenza di interessi particolarmente rilevanti. La teoria della discrezionalità amministrativa è stata rivalutata agli inizi degli anni 70 con la cd. *teoria dell'essenzialità,* secondo cui solo le decisioni fondamentali per la società civile andavano lasciate alla disciplina legislativa. Nell'ordinamento tedesco sussiste anche una forma peculiare di discrezionalità, cd "pianificatoria", che si caratterizza quantitativamente per la minore incisività dei vincoli normativi e, qualitativamente, per il perseguimento di obiettivi implicanti un particolare sforzo di creatività da parte dell'amministrazione e il contemperamento di numerosi interessi variegati. In tal caso oggetto del sindacato giurisdizionale è la giustificazione dell'attività pianificatoria (una importante componente del sindacato è pertanto l'analisi prognostica dell'attività amministrativa).

[83] Cd. *Verpflichtungsklage.* Essa nasce dall'azione di annullamento e, solo successivamente al secondo conflitto mondiale, ha assunto una propria fisionomia. Detta azione è stata concepita per

Il sistema austriaco, molto simile a quello tedesco, se ne differenzia parzialmente per una previsione più esplicita del concetto di discrezionalità.

A tal proposito, nell'art. 130, c. 2 della Costituzione si legge che "*non si ha illegittimità se la legislazione prescinde da una disciplina vincolante del comportamento dell'autorità amministrativa, lasciando all'autorità l'autonoma determinazione di tale comportamento e l'autorità ha fatto uso di tale libera discrezionalità ai sensi della legge"*[84].

E' interessante notare come un eventuale sviluppo interpretativo delle ragioni sottese alla norma potrebbe essere "speso" anche in ambito nazionale come argomentazione a sostegno dell'ammissibilità dei poteri impliciti in parte già riconosciuti all'Amministrazione[85].

A differenza dell'ordinamento tedesco, in cui il concetto di discrezionalità è stato per lo più il frutto di una elaborazione dottrinaria e di quello austriaco, in cui è possibile ravvisare uno spiraglio legislativo, in Italia esso ha le proprie origini nella casistica giurisprudenziale[86].

In tutti i sistemi giuridici menzionati dunque, tale concetto è presupposto, in forma più o meno esplicita, dalla legislazione ma non espressamente spiegato da essa.

---

offrire agli amministrati un rimedio efficace nei confronti dei provvedimenti negativi o del silenzio dell'amministrazione, integrando così la gamma dei mezzi di tutela giurisdizionale apprestati per garantire in positivo la protezione degli interessi azionati in giudizio avverso l'illegittimo diniego o l'inerzia della p.A. Il diritto processuale tedesco presenta la ripartizione, conosciuta dall'ordinamento nazionale, tra azioni costitutive, azioni di accertamento me azioni di condanna o di prestazione. All'interno di questa divisione esistono innumerevoli "sottotipi", stante l'atipicità delle azioni giudiziarie. L'azione principale nel processo amministrativo, nell'ordinamento tedesco come in quello nazionale, è quella di annullamento in ragione del carattere per lo più impugnatorio del processo. Al fianco di essa, il legislatore tedesco ha posto quella di adempimento, che rientra nello spettro delle azioni di prestazione con effetti costitutivi (risolvendosi nell'annullamento del diniego opposto dall'Amministrazione all'istanza del privato).

[84] Alcuni hanno ravvisato dal tenore letterale della disposizione legislativa (secondo cui "*prescinde)* la volontarietà del legislatore di omettere l'imposizione di una normativa vincolante. La flessibilità interpretativa della predetta disposizione ha indotto altri ad equipararla a un "*cavallo di Troia dello Stato di diritto*" (così A. KOBZINA, *Rechtsstat, Demokratie und Freiheit,* in *JB,* 1966, p. 588, 589).

[85] Per una opportuna trattazione dei poteri impliciti, si rinvia alla parte terza, § 5.

[86] Anche lo sviluppo dei due istituti non è del tutto simile. Mentre nell'ordinamento tedesco viene contrapposta la discrezionalità libera (e quindi il merito amministrativo) all'area della legittimità (rappresentata da concetti giuridici indeterminati), in italiana qualificazione primaria verte sul binomio discrezionalità pura-discrezionalità tecnica. Le conseguenze di una diversa costruzione si risentono ovviamente sia in termini di vizi denunciabili che di tipologia di sindacato. Un'altra differenziazione è data proprio dal carattere quasi esclusivamente "impugnatorio" che connota la reazione dell'ordinamento italiano avverso il vizio di eccesso di potere, direttamente conseguente ad una utilizzazione "abusivo" del potere discrezionale.

Il rapporto tra il potere pubblico e la fonte di attribuzione rileva ancor più nello studio dei limiti posti a detto potere.

La discrezionalità, presupposta dalle disposizioni legislative, è stata ricostruita per lo più sulla considerazione del fatto che la p.A., nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi, agisce in funzione di un interesse primario, indicato dalla norma attributiva del potere.

Spetta infatti alla pubblica amministrazione integrare la legge laddove questa non operi una descrizione esaustiva ma si limiti ad imporre vincoli esterni all'azione amministrativa nel perseguimento del pubblico interesse.

In considerazione di quanto schematicamente detto, si nota una contrapposizione tra il modello nazionale e quelli esteri (tedesco e austriaco), in cui la tendenza è piuttosto volta a limitare il potere discrezionale condizionandolo al dato normativo secondo una stretta interpretazione del principio di legalità; l'ordinamento tedesco e quello austriaco sono infatti caratterizzati da un approccio positivista, estraneo all'ordinamento nazionale, che ricordano il modello kelseniano[87], cui consegue una interpretazione per lo più rigida del sistema delle fonti.

[87] Ci si riferisce all'aspetto del "gradualismo normativo". Si veda H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato.*

Sezione II

LE CONNOTAZIONI DEL POTERE PUBBLICO.

SOMMARIO: *1. Provvedimento amministrativo: espressione del momento autoritativo della funzione pubblica? 2. Effetti dell'imperatività del provvedimento: degradazione dei diritti, esecutività e inoppugnabilità. Alcune riflessioni.*

1. PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO: ESPRESSIONE DEL MOMENTO AUTORITATIVO DELLA FUNZIONE PUBBLICA?

Nel delineare la natura e i caratteri del provvedimento amministrativo, occorre però domandarsi se ogni provvedimento gode della autoritarietà delineata oppure se, vuoi per la natura vincolata, vuoi per la veste privatistica, ve ne siano alcuni che esulano dal novero degli atti cd *autoritativi.*

Per quanto riguarda la forma degli atti occorre una breve premessa.

Si pensi alla d.i.a., strumento di semplificazione dell'azione amministrativa ormai diffusissimo, da alcuni classificato come atto pubblico, da altri come atto privato in virtù della forma sostitutiva degli atti di autorizzazione, licenza, permesso o nulla osta, nonché dalla preferenza assegnata proprio alla dichiarazione resa dell'interessato qualora il rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e della sussistenza dei presupposti di legge (o di atti amministrativi)[88].

Presentata tale dichiarazione e decorsi trenta giorni senza alcun intervento in opposizione dell'amministrazione, detta attività si considera

[88] Sulla d.i.a. come atto privato, si veda tra le più recenti T.A.R. Lombardia, Milano, II, 14.04.07 n. 1775, in *www.giustizia-amministrativa.it.* In dottrina si vedano, M. FILIPPI, *La nuova d.i.a. e gli incerti confini con il silenzio-assenso, www.giustamm.it,* 6, 2005; M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività,* in *Riv. Giur. edil.,* 2004, 3; G. LAVITOLA, *Denuncia di inizio attività,* Padova, 2003; AAVV., a cura di V. ITALIA e A. ROMANO, *La denuncia di inizio attività edilizia nel Testo Unico sull'edilizia,* in *Enti locali,* Milano, 2003; . LAIS, *Il permesso di costruire e la denuncia di inizio attività nel nuovo testo unico dell'edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380),* in *www.giustamm.it;* F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività*, in *www.giustamm.it* ; S. SCARLATELLI, *Autorizzazione edilizia e denuncia di inizio attività in una prospettiva evolutiva, www.giustamm.it;* V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali,* in *Dir. amm.,* 2, 2003. Per opportuni approfondimenti sul punto, si rinvia, *infra,* capitolo secondo, § 3.a).

assentita, salvo comunque il potere dell'amministrazione competente di assumere, in ogni tempo, determinazioni in via di autotutela[89].

Questa clausola di salvezza sembra voler raffigurare l'istituto della denuncia di inizio attività quale mero strumento di semplificazione e non piuttosto quale mezzo per sottrarre all'amministrazione le attività che le sono proprie, la cui permanenza è fatta salva in primo luogo tramite il controllo in ordine alla sussistenza dei presupposti e, in seconda istanza, attraverso un potere (il cui esercizio è caratterizzato dall'illimitatezza temporale) di *revisione*.

Ancora, si pensi al sistema di certificazione di qualità.

L'istituzione di società organismi di attestazione (S.O.A.) e la dilagante operatività del sistema di certificazioni di qualità, attraverso le quali le imprese operanti in settori peculiari vengono certificate da organismi formalmente privati cui è stato conferito il potere di rilasciare attestazioni, è sicuramente improntato alla medesima *ratio* semplificativa cui sono state rivolte tutte le più recenti riforme del sistema amministrativo[90].

---

[89] Art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241.

[90] Sul nuovo volto della p.A., si vedano, fra i tanti, AA.VV. , a cura di F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005,* Milano, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996; P. CARPENTIERI, *Autorità e consenso nell'azione amministrativa*, in *www.giustamm.it*; V. CERULLI IRELLI, *Brevi considerazioni sugli effetti della nuova disciplina sull'azione amministrativa in ambito processuale, www.astrid-online.it,* 13, 2005*;* ID., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali,* in *Dir. amm.,* 2, 2003; ID., *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*", in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006; ID, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241, www.astrid-online.it,* 4, 2005; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; CLEMENTE DI SAN LUCA, *La persistente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la l. 15/2005 e la sua effettiva consistenza,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005; G. DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della P.A., www.dottrinaediritto.ipsoa.it, 4, 2005;* U. DI BENEDETTO, *Attività non autoritativa della P.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?*, Relazione al Convegno di Sperlonga 21-22 ottobre 2005, in G.CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*", Torino, 2005; M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti,* Milano, 1996; V. ITALIA, *Legge 11 febbraio 2005, n. 15, «modifiche ed integrazioni della legge 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa»,* in A.A.V.V., *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990 n. 241, modificata dalla l. 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35,* Milano, 2005; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa, edizione scientifiche italiane,* Napoli, 2000; F. MASTRAGOSTINO, *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della della p.A. (Considerazioni sull'art. 1, comma 1 bis della legge 241/1990 e ss.mm.),* in

Anche in tal caso ciò che rileva è la progressiva procedimentalizzazione finalizzata al conseguimento degli obiettivi prefissati in sede di pianificazione delle risorse.

Tale procedimentalizzazione interessa i soggetti privati, designati però dalla stessa Amministrazione a perseguire fini pubblici, ed è in quest'ottica che ad essi vengono attribuite potestà di natura spiccatamente pubblicistica quali l'attività di certificazione.

Altro problema è poi quello che attiene alle forme di esercizio del potere – questa volta sotto un profilo oggettivo - ovvero all'esercizio del potere vincolato, nel qual caso taluni hanno ritenuto di escludere la possibilità di configurare un atto di autorità sul presupposto per cui sarebbe la stessa legge ad imporsi e non la p.A., relegata a coprire un ruolo meramente esecutivo della *voluntas legis*[91].

In realtà sembra esserci un equivoco di fondo.

Deve anzitutto considerarsi che, al di là della "misura di discrezionalità consentita", la p.A. esercita la propria azione, sia *sub specie* di attività vincolata che discrezionale.

Peraltro, se si considera come autoritativo un atto che incide sulla sfera giuridica altrui[92], prescindendo dal consenso del titolare della situazione giuridica incisa, indubbiamente anche gli atti vincolati sembrano poter essere annoverati tra gli atti autoritativi.

La particolare forza dell'atto deriva dal fine cui esse è preordinato, oltre che dalla fonte di attribuzione del potere (ovvero la legge sia per gli atti discrezionali che per quelli vincolati).

Tanto il provvedimento vincolato quanto quello discrezionale sono infatti in grado di esplicare l'efficacia propria dei provvedimenti amministrativi.

---

www.lexitalia.it; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'attività amministrativa e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico,* Napoli, 1988; P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione,* Padova, 2005.

[91] Per un opportuno approfondimento si rinvia, *infra,* capitolo secondo, § 1.

[92] Si ricorda a tal proposito, A.M.SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo, cit.,* 613, che riferisce l'attributo dell'autoritarietà "*prima di tutto alla possibilità di produrre unilateralmente nella sfera giuridica di altri soggetti le modificazioni giuridiche previste dalle proprie statuizioni*".

Appare peraltro superabile anche il falso argomento per cui solo gli atti sfavorevoli godrebbero di tale forza.

Il fatto che l'efficacia del provvedimento risieda per lo più nella capacità di imporsi *indipendentemente* dal consenso del destinatario, sta a significare soltanto che tali atti sono dotati della medesima forza a prescindere dalla prestazione del consenso, o meglio, sicuramente un atto favorevole non incontrerà alcuna opposizione nella propria esecuzione, ma ciò implica esclusivamente che non venga in rilievo il carattere dell'esecutorietà, non anche che detto carattere non sussista affatto.

A conferma di ciò vi è poi la considerazione per cui qualunque atto, seppur favorevole, può implicare il sacrificio della sfera giuridica di un terzo.

Il fatto che un atto imponga un vincolo in capo al destinatario o a terzi vale a conferire a tale atto una forza peculiare rispetto a qualunque atto negoziale, indipendentemente dal suo contenuto[93].

Perciò, tanto il potere determinante (potere sostanziale, effettivo di scelta) quanto quello costitutivo, di produzione dell'effetto sono contenuti del potere pubblico.

Non può pertanto trovare accoglimento, senza obiezioni, la partizione tra atto amministrativo che sia espressione del potere vincolato e provvedimento amministrativo che nasce dallo "sfogo" della discrezionalità amministrativa, come indice della presenza -o dell'assenza- di autoritatività.

Lo stesso Consiglio di Stato si è così espresso: «*il fondamento dell'autoritatività dell'atto amministrativo deve porsi non tanto nella potestà*

[93] Si veda F.G. SCOCA, *cit.,* 32 ss. L'Autore critica l'impostazione che nega agli atti vincolati la possibilità di ascrivere il carattere dell'autoritatività in virtù di due considerazioni. In primo luogo deve osservarsi che, qualora vi sia una norma che configuri come dovuto il comportamento di un soggetto, non può per ciò solo ritenersi sussistere in altro soggetto un diritto a ottenere tale comportamento in quanto si tratta di vicende logicamente separate, ciascuna caratterizzata da fatti costitutivi propri. Le vicende possono cioè essere collegate o meno: nel primo caso il comportamento sarà *obbligatorio*; nel secondo esso sarà invece *dovuto.* Il secondo argomento addotto dall'Autore si rivolge al contenuto del potere, non potendo esso essere definito solo come potere di scelta tra soluzioni diverse o potere decisionale sul conflitto di interessi, potendo bensì comprendere anche il *potere di dare seguito effettivo alle scelte,* di rendere cioè giuridicamente operanti le decisioni. Vi sono cioè due distinti contenuti del potere: da un lato il potere di figurare l'effetto, dall'altro quello di costituirlo realizzando l'assetto di interessi prefigurato. L'atto amministrativo pertanto, anche laddove la disciplina degli interessi sia interamente contenuta nella legge, può rimanere atto indispensabile per la costituzione dell'effetto.

di sovranità dello Stato quanto nell'asservimento della p.A. agli interessi della collettività»[94].

Ebbene l'azione amministrativa si conforma al pubblico interesse tanto nell'esercizio in modalità vincolata quanto in quella discrezionale, sussistendo in entrambi i caso una comunanza di scopo.

2. EFFETTI DELL'IMPERATIVITÀ DEL PROVVEDIMENTO: DEGRADAZIONE DEI DIRITTI, ESECUTIVITÀ E INOPPUGNABILITÀ. ALCUNE RIFLESSIONI.

Il primo degli effetti che esplica un atto *autoritativo* è quello, per così dire esterno ed immediato, sulla posizione del privato interessato dal provvedimento.

Non di poco conto è la problematica relativa all'individuazione della posizione giuridica soggettiva che si oppone al potere e che rileva peraltro anche sotto il diverso profilo delle tutele giudiziali azionabili[95].

In primo luogo occorrerebbe fare chiarezza sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo; se cioè essa corrisponda (o sia inclusa) nella maggiore partizione diritto privato-diritto pubblico, o se deve piuttosto ritenersi che possa prescindersi da una corrispondenza biunivoca tra i predetti termini del rapporto, anche in virtù della caratterizzazione in termini di inscindibilità tra le posizioni giuridiche che la stessa Corte ha qualificato come *nodo gordiano*[96].

---

[94] Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 1990, n. 435, in *Juris data,* Giuffrè.

[95] Si veda A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive),* in *www.giustamm.it.*

[96] Ci si riferisce alla celebre pronuncia della Corte Costituzionale, n. 204 del 2004, secondo cui «*tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive –e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria e amministrativa – è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura , che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo».* Sulla ricostruzione delle posizioni di diritto soggettivo e interesse legittimo, si rinvia a M. NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna, 2005 e E. CANNADA BARTOLI, *Affievolimento,* Milano, 1958.

Non aiuta certo la previsione secondo cui la giurisdizione esclusiva, caratterizzata dall'esercizio di una attività autoritativa, sarebbe terreno di incontro tra le diverse posizioni giuridiche soggettive.

Non è neppure indicativa la possibilità in concreto che la posizione giuridica del privato in alcune ipotesi si collochi per così dire a metà strada tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo.

Ed invero, in tema di sovvenzioni da parte della p.A., la posizione del privato nella fase successiva all'emanazione del provvedimento attributivo del beneficio può assumere una diversa configurazione: di interesse legittimo nel raffronto con il potere amministrativo di ritirare in via di autotutela il provvedimento attributivo del beneficio per i suoi vizi di legittimità ovvero per il suo contrasto con il pubblico interesse; di diritto soggettivo sia nei riguardi della concreta erogazione del beneficio, sia della susseguente conservazione della disponibilità della somma percepita di fronte alla contraria posizione assunta dalla p.A. con provvedimenti di revoca, decadenza etc., adottati in funzione dell'asserita inosservanza., da parte del beneficiario, della disciplina che regola il rapporto[97].

Si pensi agli effetti degli atti amministrativi illegittimi.

C'è da chiedersi se l'effetto "degradante" esplicato dall'esercizio del potere pubblico sulla sfera privata non faccia venire in rilievo come meri comportamenti gli effetti che si sono *medio tempore* prodotti in esecuzione di atti espressione di una posizione di autorità e cadutati per effetto di una pronuncia giudiziale di annullamento.

In particolare occorre domandarsi quale sia la posizione giuridica che si configura dinanzi a tale situazione o a fronte dell'attività vincolata della p.A.

E' evidente che la risposta ad un simile quesito consente di indirizzare i mezzi di tutela apprestati dall'ordinamento e dunque di delineare i poteri cognitori che caratterizzano le varie tipologie di giudizio.

---

[97] Tar Sardegna, 21 novembre 2006, n. 2415; Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3446; Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2002, n. 19891; Cons. Stato, sez. V, 27 marzo 2000, n. 1765; Tar Sardegna, 1 febbraio 2002, n. 98; Cass., SU, 12 febbraio 1999, n. 57.

Se si ha riguardo ai caratteri dell'esecutività e dell'inoppugnabilità, che come si è detto concorrono a delineare i provvedimenti amministrativi, sembra che si debba necessariamente rifluire sempre e comunque nella sfera degli interessi legittimi.

Ciò tuttavia è escluso sia in ordine a quanto detto in merito all'attività vincolata, sia in virtù dell'esistenza della giurisdizione esclusiva, cui è connaturata proprio la presenza di diritti.

Ancor più dopo la celebre sentenza 204, la giurisdizione esclusiva è diventata il terreno di incontro tra diritti soggettivi e potere pubblico.

CAPITOLO SECONDO
ATTIVITÀ AUTORITATIVA E ATTIVITÀ ESECUTIVA DELLA P.A.

SOMMARIO: 1. Possibile criterio di distinzione: atti amministrativi discrezionali e atti vincolati. Critica. 2. Gli atti paritetici. 3. Attività amministrativa "di confine": esemplificazioni. 3. *a) La d.i.a.* 3. *b) Gli accordi.* 3. *c) I comportamenti e i "quasi-comportamenti" della p.A. Rinvio. 3) c) (segue): Il silenzio significativo: una delle forme di esercizio della potestà pubblica? 4. Gli atti a contenuto favorevole. 5. Gli atti ad autoritatività c.d. «attenuata».Rinvio.*

1. POSSIBILE CRITERIO DI DISTINZIONE: ATTI AMMINISTRATIVI DISCREZIONALI E ATTI VINCOLATI. CRITICA.

Il primo ostacolo da affrontare nella ricostruzione del concetto di potestà pubblica, nonché dei suoi limiti, è quello relativo alla possibilità di individuare il discrimine tra il potere autoritativo e il potere che tale non è, nel carattere discrezionale o vincolato del provvedimento amministrativo. Ciò porterebbe indubbiamente dei vantaggi sotto il profilo ricostruttivo perché creerebbe uno spartiacque sufficientemente certo e senza dubbio agevole nell'ambito dell'attività amministrativa.

Se si ritiene che il potere pubblico si caratterizzi per la definizione discrezionale del proprio contenuto, la categoria degli atti vincolati, in quanto finalizzata a dare attuazione a disposizioni legislative già definite nei contenuti, esula dall'ambito di indagine dei provvedimenti autoritativi[98].

[98] Si veda sul punto F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis, cit,* 20 ss. L'Autore, interpretando il testo dell'art. 11 come una equazione fra l'oggetto pubblico e la discrezionalità amministrativa, riconduce al novero degli atti autoritativi tutti quegli atti che contengono scelte relative all'assetto di interessi pubblici, ovvero ogni scelta *discrezionale ("salvo che la legge non disponga diversamente attribuendo a fattispecie vincolate carattere provvedimentale riservato").* Si veda anche L. IANNOTTA, *L'adozione di atti autoritativi secondo il diritto privato,* in (a cura di) G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento",* Torino, 2005, secondo cui l'*autorità* (da *auctoritas*) emerge dalla corrispondenza alla radice *augeo* (aumentare aggiungere), pertanto deve

Se viceversa la differenza si riscontra sul piano degli effetti e l'atto *autoritativo* viene inteso come atto dotato di particolare forza e capacità di imporsi, deve ritenersi che l'atto vincolato sia anch'esso un atto autoritativo.

Se così fosse potrebbe dirsi che l'attività vincolata non fa parte dell'attività autoritativa, ammettendosi perciò che non tutta l'attività amministrativa si caratterizza per essere autoritativa.

Senz'altro un esempio di *potere* è quello che consente di muoversi con ampia discrezionalità sull' *an,* sul *quomodo* e sul *quando* ma non può ritenersi che un potere sia contraddistinto solo dal libero esercizio o dalla libera definizione dei suoi contenuti[99].

Si è detto che il potere, oltre che per le modalità del suo esercizio, si caratterizza anche per il profilo dell'efficacia perchè un provvedimento può dirsi imperativo quando, pur se non concordato con il destinatario (avente dunque carattere unilaterale), ha la capacità di imporsi e la forza per essere eseguito in assenza della cooperazione necessaria.

L'obiettivo del provvedimento può comunque essere realizzato.

Il potere pubblico pertanto è equamente ripartito sia sotto il profilo dell'autonomia sostanziale, sia sotto il diverso profilo dell'efficacia e nessuno dei due predetti aspetti può dirsi prevalente sull'altro, né quindi risolutivo ai fini dell'individuazione di un criterio di definizione certa dell'autoritatività.

2. GLI ATTI PARITETICI.

---

ritenersi che, nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi, l'Amministrazione *completi* la fattispecie disciplinata dalla legge.

[99] Si veda, in tema di imposizione di vincolo archeologico, Cons. Stato, sez. VI, 111/2007. Ancora, sul confine tra attività amministrativa vincolata e attività amministrativa discrezionale, si veda Cons. Stato, Sez. IV, 18 dicembre 2006, n. 7589, sulla conferma del mandato dei componenti dell'ufficio del Garante del contribuente della Regione Emilia Romagna. Nonostante debba riconoscersi che la scelta sia vincolata dal legislatore nel duplice senso dell'elencazione delle categorie professionali dalle quali attingere la selezione dei componenti e dalla codificazione dei requisiti che consentono il rinnovo, resta per i profili diversi da questi, una attività ampiamente discrezionale e cioè soggetta ai soli limiti immanenti al corretto uso delle potestà di nomina.

La categoria degli atti paritetici (almeno di quelli presupposti totalmente vincolanti) è l'unica che realisticamente e in maniera quasi concorde, è stata ascritta all'attività amministrativa non autoritativa[100].

Gli atti paritetici sono infatti una categoria residuale con cui la p.A., tenuta per legge a un obbligo posto a suo carico, riconducibile a un rapporto di diritto pubblico di natura patrimoniale, individua il contenuto di tale obbligo (per lo più consistente nella determinazione di stipendi, assegni, emolumenti etc) in base ad una attività meramente accertativa.

Non si tratta perciò di provvedimenti da portare ad esecuzione, né di atti che implicano il sacrificio di soggetti terzi; sembra perciò mancare a tutti gli effetti ogni possibile caratterizzazione in senso autoritativo di tali atti.

Deve però in primo luogo aversi riguardo al momento in cui si determinano i criteri per l'attribuzione delle sovvenzioni; solo così si potrà distinguere tra attività (meramente accertativa) di determinazione espressa per legge e attività di esercizio del potere[101].

Avendo riguardo alla posizione giuridica del privato che ottiene un finanziamento pubblico, la si descrive spesso come una situazione *a metà strada* tra il diritto soggettivo e l'interesse legittimo[102].

---

[100] Si veda A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo, cit.,* 632 (" *…atti amministrativi i quali, pur consistendo in manifestazioni di volontà inerenti all'esercizio di un potere pubblico e dotate di una propria autonomia funzionale che le mette in grado di operare immediatamente e direttamente nei rapporti esterni (…), non rivestono tuttavia carattere autoritativo (infatti non sono in grado di alterare autoritativamente le posizioni giuridiche de soggetti particolari, i quali perciò hanno la possibilità di far valere nei loro confronti difese analoghe a quelle esercitabili nei confronti degli atti di diritto comune… si riscontrano in alcuni dei casi in cui l'Amministrazione, tenuta tassativamente per legge ad un certo comportamento nei confronti di altri soggetti in relazione a un dato rapporto di diritto pubblico di natura patrimoniale…ha tuttavia il potere -non autoritativo- di far luogo essa stessa, unilateralmente – direttamente o a mezzo di un altro organo….- alla definizione del rapporto, e quindi alla determinazione dell'entità dei propri obblighi e dei correlativi diritti altrui)..*".

[101] Si veda A. POLICE, *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, cit.*

[102] Si veda TAR Sardegna, 21 novembre 2006 n. 2415, in cui il Collegio ha ritenuto che in materia di sovvenzioni da parte della Pubblica amministrazione, la posizione del privato nella fase procedimentale successiva al provvedimento attributivo del beneficio può assumere una diversa configurazione giuridica: di interesse legittimo, nei riguardi del potere della p.A. di ritirare in via di autotutela il provvedimento attributivo del beneficio per i suoi vizi di legittimità ovvero per il suo contrasto con il pubblico interesse; di diritto soggettivo sia nei riguardi della concreta erogazione del beneficio, sia della susseguente conservazione della disponibilità della somma percepita, di fronte alla contraria posizione assunta dalla p.A. con provvedimenti variamente definiti assunti in funzione dell'asserito inadempimento, da parte del beneficiario, della disciplina che regola il rapporto.

Ciò rileva ai fini della tutela, tanto più se si pensa che spesso nei contrasti su determinazioni paritetiche trovano la propria fonte pretese di tipo patrimoniale.

Si veda la recente vicenda relativa alla revoca di contributi erogati *ex* d.l. 22 ottobre 1992, n. 415, convertito con l. n. 488 del 1992, per fatto imputabile al beneficiario, che riconosce la giurisdizione del giudice ordinario, a prescindere dall'accertamento se detti finanziamenti erano stati concessi in via provvisoria o definitiva[103].

Tale orientamento conferma il principio secondo cui "*il destinatario di finanziamenti o sovvenzioni pubbliche vanta, nei confronti dell'Autorità concedente, una posizione tanto di interesse legittimo (rispetto al potere dell'Amministrazione di agire in via di autotutela, annullando i provvedimenti di attribuzione di benefici per vizi di legittimità, quale ad esempio la mancanza di un requisito necessario per ottenere il finanziamento, ovvero revocandoli per contrasto originario con l'interesse pubblico) quanto di diritto soggettivo (relativamente alla concreta erogazione delle somme di denaro oggetto del finanziamento e alla conservazione degli importi a tale titolo già riscossi o da riscuotere), con la conseguenza che il giudice ordinario è competente a conoscere le controversie instaurate per ottenere gli importi dovuti o per contrastare l'Amministrazione che, servendosi degli istituti della revoca, della decadenza o della risoluzione, abbia ritirato il finanziamento o la sovvenzione definitivamente concessi, adducendo l'inadempimento da parte del beneficiario, degli obblighi imposti dalla legge o dagli atti concessivi del contributo*"[104].

---

[103] TAR Lazio, Roma, sez. III ter, 29 gennaio 2008, n. 645.

[104] C. Cass., SU, 8 gennaio 2007, n. 117; Id., 12 febbraio 1999, n. 57; Id., 7 luglio 1988, n. 4480; Id., 28 maggio 1986, n. 3600; Cons. St., Sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7659; Id. , sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7384; Id. 1 aprile 2004, n. 1822; Id., sez. VI, 3 novembre 2003, n. 6826; Id., 20 giugno, 2003, n. 7659; Id., 9 maggio 2002, n. 2539. Nel caso citato il giudice non ha ritenuto rilevante la distinzione tra il caso in cui il contributo revocato sia stato erogato in via provvisoria (ipotesi in cui si riconosceva in capo al beneficiario un interesse legittimo alla sua conservazione e, quindi, la giurisdizione del giudice amministrativo a risolvere la relativa controversia e quello in cui il contributo sia stato corrisposto in via definitiva, nel qual caso il beneficiario era ritenuto titolare di un vero e proprio diritto soggettivo tutelabile innanzi al giudice ordinario.

Ancora, si pensi alla ricostruzione economica delle carriere dei pubblici dipendenti; essa si fonda su un riscontro meramente fattuale volto alla verifica della corrispondenza di dati che l'Amministrazione acquisisce dall'esterno.

Il tema delle sovvenzioni rileva peraltro sotto il profilo della loro eventuale revoca, nonché delle posizioni soggettive che possono configurarsi a fronte di essa.

Una recente sentenza del T.A.R. Puglia, avente ad oggetto una controversia su sovvenzioni e contributi, e sulla revoca dei medesimi, erogati dalla p.A. in favore delle imprese produttive – sovvenzioni per l'imprenditoria femminile-, ha affermato che il potere di ritiro della sovvenzione concessa, riconosciuto in capo alla p.A. per l'ipotesi di inadempimento o inosservanza degli obblighi assunti dal beneficiario, non può essere configurato alla stregua di un potere di diritto privato speciale, ma deve essere qualificato come una potestà *pubblicistica di carattere sanzionatorio-ripristinatorio rientrante nell'ampio concetto di autotutela*, conferita alla p.A. nel prevalente interesse pubblico, finalizzata a tutelare il medesimo interesse di settore istituzionalmente curato con i provvedimenti di erogazione delle risorse finanziarie pubbliche[105].

La vicenda traeva origine dall'impugnazione di una delibera dell'Assessorato allo sviluppo economico con la quale erano state revocate le agevolazioni finanziarie concesse a una impresa tramite l'erogazione (provvisoria) di un contributo in conto capitale.

In tale circostanza il T.A.R. non solo ha qualificato come *potestà pubblicistica* (sia pure vincolata) il potere di ritiro di cui dispone la p.A. in caso di inosservanza degli obblighi assunti, ma ha altresì affermato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia in oggetto, «*nonostante l'esistenza di un acclarato orientamento giurisprudenziale che riconduce le controversie relative alla fase procedurale dell'ammissione alle sovvenzioni/finanziamenti in favore di un soggetto privato da parte della p.A.*

[105] T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 6 marzo 2007, n. 798.

alla cognizione del g.a. e quelle concernenti i provvedimenti di revoca, risoluzione e decadenza inerenti al beneficio concesso al g.o., trattandosi di situazioni connesse a una posizione di vero e proprio diritto soggettivo alla conservazione delle somme erogate».

Il T.A.R. ha ritenuto, in altra circostanza, che si verte nell'ipotesi di attività paritetica, con conseguente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, qualora la controversia investe la revisione dei prezzi in un contratto di durata[106].

La vicenda aveva ad oggetto un contratto d'appalto per lavori di manutenzione dell'impianto di pubblica illuminazione, impugnato dal ricorrente per il riconoscimento del diritto alla revisione del canone in base agli indici Istat e per l'aumento del prezzo originariamente pattuito in misura proporzionale all'incremento dei punti luce.

Il ricorso conteneva perciò due distinte domande: l'una riconducibile all'emanazione di un atto paritetico della p.A. e l'altra (aumento del corrispettivo per l'ampliamento del numero dei punti luce) riferibile a posizioni paritetiche negoziali, che come tale esulano dalla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo perché la cognizione si riferisce a posizioni aventi natura e consistenza di diritto soggettivo, perciò demandate all'autorità giudiziaria ordinaria.

Per ciò che attiene alla domanda di incremento su base Istat del canone originariamente convenuto, il ricorrente invocava, nel silenzio del contratto sul punto, la previsione di cui all'art. 6, comma 4, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (e s.m.), in virtù del quale "*tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa debbono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili della acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui al comma 6",* che si riferisce alla previsione degli indici Istat quale strumento offerto alle Amministrazioni per l'individuazione del miglio prezzo di mercato.

[106] T.A.R. Campania, Sez. I, 18 aprile 2007, n. 4075, in www.giustizia-amministrativa.it.

La giurisprudenza ha ritenuto tale norma "imperativa", destinata a prevalere su eventuali clausole negoziali difformi e ad integrare il contenuto dell'accordo pattizio *ex* art. 1339 c.c.

L'adeguamento secondo tali indici vincola l'operato dell'Amministrazione a parametri statistici ai quali ancorare le valutazioni.

3. ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA "DI CONFINE": ESEMPLIFICAZIONI.

Tra l'attività amministrativa autoritativa e quella che tale carattere non vanta (che sino ad ora si è ritenuta esaurirsi negli atti paritetici) esistono figure per così dire di confine, la cui natura è ad oggi -per provenienza, forma o effetti- discussa e variamente qualificata.

Spesso si è confuso tra l'effetto favorevole e il carattere autoritario, per una presunta incompatibilità di tali aspetti.

Sotto questo profilo, nell'attività "di confine" potrebbero annoverarsi gli atti a contenuto favorevole per il destinatario, seppur con le dovute precisazioni.

Ad aggravare la situazione c'è stato poi l'intervenuto art. 1,comma 1 *bis,* l. 241/90, di cui si parlerà più ampiamente *infra*, che ha formalizzato la possibilità per la p.A. di utilizzare *strumenti di diritto privato*.

Ciò comporta quanto meno l'esigenza di analizzare alcuni istituti di semplificazione confrontando la loro natura e la loro funzione con gli strumenti pubblici fino ad oggi utilizzati.

3. a) LA D.I.A.

L'istituto, nonostante la rivisitazione normativa intervenuta nel 2005, rimane di incerta natura, a metà strada tra l'atto pubblico e quello privato[107].

[107] Tra i numerosi contributi si vedano: M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività,* in *Riv. Giur. ed.,* 2004, 3, 121; M. FILIPPI, *La nuova d.i.a. e gli incerti confini con il silenzio-assenso,* in *Giustizia amm*., 2005, 6*;* W. GIULIETTI, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un istituto in trasformazione,* in *Giust. Amm.,* 2005, 3; N. LAIS, *Il permesso di costruire e la denuncia di inizio attività nel nuovo testo unico dell'edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, 380), www.giustamm.it*.

Il fatto che il denunciante che si trovi nella situazione descritta dalla norma di riferimento e che pertanto vanti il diritto di iniziare l'attività, potrebbe far pensare a un depotenziamento del ruolo della p.A., esercente non più una potestà di carattere autoritativo, bensì un mero controllo successivo sulla vicenda, attuato non tramite atti autorizzatori ma con provvedimenti di natura inibitoria.

Avendo riguardo a ciò, la d.i.a. è stata da alcuni ricondotta all'ambito di liberalizzazione delle attività private[108].

L'eliminazione del provvedimento autorizzatorio e il riconoscimento della facoltà del privato di dare impulso al procedimento anche senza la partecipazione, se non successiva, dell'Amministrazione ha portato alcuni Autori a considerare tale atto nella disponibilità del privato istante, la cui posizione soggettiva si sarebbe dovuta caratterizzare in un duplice modo: come diritto, sorto con la presentazione della denuncia, e al contempo parificato a un interesse legittimo, se posto in correlazione con i poteri di controllo, inibizione e repressione della p.A[109].

L'eventuale configurazione della denuncia in questione in termini di fattispecie complessa ben potrebbe giustificare un intervento postumo della p.A., in assenza del quale si avranno i normali effetti di stabilizzazionedell'atto, salvi i poteri repressivi che permangono in capo alla p.A..

Del resto ciò sarebbe pienamente conforme alla natura di *titolo* abilitativo tacito[110], quasi a significare che il potere sussiste, seppure nella forma di una partecipazione successiva ed eventuale che si affianca a una istanza privata.

Se così fosse, la d.i.a. configurerebbe un atto soggettivamente ma non anche oggettivamente privato.

---

[108] Per tutti, V. CERULLI IRELLI.

[109] Non a caso tale ambivalenza di posizioni è stata definita da alcuni in termini di *diritto soggettivo a regime amministrativo* (E. BOSCOLO) , di *diritto soggettivo sottoposto ad accertamento amministrativo* (L.N. FERRARA) o di *diritto potestativo sostanziale* in relazione al potere del denunciante di dare giuridica rilevanza al fatto (W. GIULIETTI).

[110] C. Cost., sentenza 303/2003.

In caso contrario la cognizione in ordine a un'eventuale controversia sarebbe preclusa di fatto al giudice amministrativo.

Anche dalle forme di tutela apprestate al terzo possono desumersi alcune indicazioni sulla natura della denuncia di inizio attività[111].

E' pur vero che la denuncia non è autonomamente impugnabile ma il terzo controinteressato, leso dall'intervento, può agire in caso di inerzia dell'Amministrazione sollecitata all'esercizio dei poteri inibitori, repressivi e ripristinatori che detiene, avverso il silenzio dalla stessa serbato[112].

---

[111] Contro la configurazione della d.i.a. come provvedimento amministrativo (in senso sostanziale), si veda Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Liguria, sentenza 22 gennaio 2003, n. 113, *ivi,*; T.A.R. Abruzzo, sez. Pescara, sentenza 23 gennaio 2003, n. 197, *ivi.* In giurisprudenza si distinguono tre orientamenti: a) secondo un primo orientamento la d.i.a. costituisce un atto soggettivamente e oggettivamente privato che, in presenza di determinate condizioni e all'esito di una fattispecie a formazione complessa, attribuisce al privato una legittimazione *ex lege* allo svolgimento di una determinata attività, che sarebbe così liberalizzata; secondo questo primo orientamento, pertanto, colui che si oppone all'intervento autorizzato tramite d.i.a., una volta decorso il termine senza l'esercizio del potere inibitorio, e nella persistenza del generale potere repressivo degli abusi edilizi, sarebbe legittimato a chiedere al Comune di porre in essere i provvedimenti sanzionatori previsti, facendo ricorso, in caso di inerzia, alla procedura del silenzio-rifiuto (Cons. St., sez. IV, 22 luglio 2205, n. 3916); b) secondo un'altra tesi la d.i.a. si tradurrebbe direttamente nell'autorizzazione implicita all'effettuazione dell'attività in virtù di una valutazione legale tipica, con la conseguenza che i terzi potrebbero agire innanzi al giudice per chiedere l'adempimento delle prestazioni che la p.A. avrebbe omesso di svolgere (TAR Lombardia, Brescia, 1 giugno 2001, n. 397) o l'annullamento della determinazione formatasi in forma tacita (Cons. St., VI, 10 giugno 2003, n. 3265; Id., 20 gennaio 2003, n. 172) o comunque per contestare la realizzabilità dell'intervento (Cons. St., VI, 16 marzo 2005 n. 1093); c) secondo un ulteriore indirizzo, il terzo sarebbe legittimato (entro il termine di decadenza) all'instaurazione di un giudizio di cognizione, tendente ad ottenere l'accertamento della insussistenza dei requisiti e dei presupposti previsti dalla legge per il legittimo inizio dei lavori a seguito di d.i.a. (TAR Liguria, sez. I, 22 gennaio 2003 n. 113)..

[112] A favore della qualificazione alla stregua di un atto privato, non impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, in cui la tutela del terzo passa attraverso il rito speciale disciplinato dall'art. 21 bis della legge 1034/1971 in ragione del fatto che la norma sulla d.i.a. non prende in considerazione la posizione del terzo per qualificarla in senso legittimante, si veda T.A.R. Lazio, Latina, 73/2007, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Collegio ritiene di dover seguire la tesi sviluppata dal T.A.R. Abruzzo, Pescara, con decisione 1 settembre 2005, n. 494, che qualifica la d.i.a. come atto abilitativi tacito. A favore di tale prospettazione, il Collegio adduce i seguenti argomenti. Un primo elemento viene desunto dagli artt. 38, comma 2 *bis* e 39, comma 5 *bis*, del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, sconfessando in tal modo l'opposto orientamento per cui non potrebbe assegnarsi rilevanza decisiva a tali disposizioni poiché riguardano le ipotesi di d.i.a. cosiddetta alternativa al permesso di costruire. La novella del 2005 valorizza il principio di legalità e di autoresponsabilità, fissa il carattere sostitutivo della d.i.a. rispetto al provvedimento, aggiunge al potere inibitorio quello di autotutela e individua come ambito naturale di cognizione delle relative controversie la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. E' evidente che di per sé il solo meccanismo sostitutivo non è sufficiente a configurare l'istituto esclusivamente in chiave privatistica. Posto quindi che può convenirsi con una ricostruzione in termini di legittimazione *ex lege*, sul piano della produzione degli effetti rilevano anche le vicende ubblicisticamente connotate e connesse al potere inibitorio e di autotutela. L'iniziativa insita nella d.i.a. perciò non sostituisce da sola il provvedimento, concorrendo ad un tale effetto anche le vicende connesse al potere inibitorio. Si veda anche M.A. SANDULLI, *op. cit.*

La situazione in cui si trova il dichiarante è stata variamente argomentata in chiave di interesse legittimo pretensivo, sino a decorrenza del termine decadenziale assegnato all'Amministrazione per l'esercizio del potere inibitorio (viceversa si sarebbe potuto configurare alla stregua di un diritto sospensivamente o risolutivamente condizionato all'intervento della p.A., rispettivamente nel termine di trenta giorni ovvero a decorrenza di esso)[113].

La d.i.a. è certamente uno strumento di semplificazione dell'azione amministrativa; si pensi al largo utilizzo che ne è stato fatto ad esempio in materia edilizia alternativamente al permesso di costruire, per interventi di nuova costruzione, inseriti in piani attuativi o di diretta esecuzione di strumenti urbanistici generali etc, con facoltà delle Regioni di ampliare ulteriormente o ridurre l'ambito degli interventi sottoposti alla d.i.a. piuttosto che in termini di istanza oggettivamente privata.

Essa costituisce una dichiarazione di intenti; un atto con cui il privato rende noto alla p.A. che intende eseguire l'intervento denunciato.

A questo punto, se si trattasse di un atto negoziale, dovrebbe ipotizzarsi un unico possibile risvolto: la p.A. potrebbe decidere di aderire, anche tacitamente per decorso del termine. Ma ciò non spiegherebbe la possibilità di un intervento postumo, sia in ragione della necessaria certezza dei rapporti giuridici, sia in virtù della presunta parità delle parti, per cui non vi può essere un intervento unilaterale in un arco temporale non definito, volto a modificare la situazione giuridica della parte che ad essa si oppone.

---

[113] Per una riflessione sui due opposti orientamenti si vedano, a titolo indicativo, Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2005, n. 3916, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Cons. Stato, sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948, in *www.lexitalia.it.* Con la prima il Collegio ha sostenuto l'impossibilità che la d.i.a. diventasse atto amministrativo, escludendo pertanto l'impugnabilità tanto della d.i.a. quanto degli effetti da essa prodotti, nonché affermando l'inammissibilità di un ricorso avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione. Nell'arco temporale in cui è data alla p.A. la possibilità di far leva sui propri potere inibitori, il terzo non dispone di alcuna posizione legittimante; in seguito invece egli, in quanto titolare di un interesse legittimo, potrà attivare l'esercizio di misure repressive mettendo in mora la p.A. Con la seconda pronuncia indicata, il Consiglio di Stato afferma a chiare lettere che l'unico rimedio esperibile da parte del soggetto che si ritenga eso da una denuncia di inizio attività nei riguardi della quale l'Amministrazione non abbia esercitato alcuna potestà repressiva, consiste nel rivolgere una formale istanza all'Amministrazione e nell'impugnare l'eventuale silenzio-rifiuto su di essa formatosi. Il Collegio ritiene che, nei rapporti tra denunciante e amministrazione, la denuncia di inizio attività assuma la veste di atto di parte che, pur in assenza di un quadro normativo di vera e propria liberalizzazione dell'attività, consente al privato di intraprendere una attività in correlazione all'inutile decorso di un termine.

Esso sembra perciò configurare piuttosto un titolo sostitutivo a contenuto vincolato, formatosi in assenza di un potere esplicito dell'Amministrazione, il cui intervento è tuttavia reso possibile, seppur successivamente e solo eventualmente, tramite l'esercizio dei poteri a contenuto oppositivo.

Ancora qualche considerazione.

E' prevista la possibilità che l'Amministrazione agisca in autotutela; ebbene, senza voler sindacare la scelta del rinvio agli art. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, si conferisce ad essa la possibilità di esercitare, senza limiti di tempo, i propri poteri repressivi.

Inoltre il nuovo testo dell'art. 19, l. 241/1990, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie concernenti l'oggetto, la procedura e gli effetti della d.i.a.

Una lettura congiunta della citata disposizione e della celebre sentenza della Corte Cost. n. 204/04 porta a concludere che la dichiarazione di inizio attività (come del resto gli accordi, di cui si dirà) è ricollegabile, seppur in via mediata, all'esercizio della potestà amministrativa.

Si noti peraltro che nel caso di d.i.a. edilizia, l'art. 22 del TU[114], al comma 7 dispone che «*è comunque salva la facoltà dell'interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire per la realizzazione degli interventi di cui ai commi 1 e 2, senza obbligo del pagamento del contributo di costruzione (...)*».

Tale articolo, in ossequio al dibattuto *diritto al provvedimento,* stabilisce l'alternatività in materia di d.i.a. edilizia; cioè la facoltà per il privato di rinunciare alla d.i.a. "pretendendo" il rilascio di un titolo tradizionale[115].

Altra questione è poi quella relativa all'accertamento del fatto complesso; laddove cioè la p.A. esercita nella verifica dei presupposti il

[114] D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Sul punto si veda M. FILIPPI, *La nuova d.i.a, cit,* 1323 e M.A. SANDULLI, *op. cit,* Id, *Testo Unico dell'edilizia, (D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 modificato con D.lg. 27 dicembre 2002 n. 31),* Milano, 2004.

[115] Sul punto si veda M. FILIPPI, *La nuova d.i.a, cit,* 1323 e M.A. SANDULLI, *op. cit,* Id, *Testo Unico dell'edilizia, (D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 modificato con D.lg. 27 dicembre 2002 n. 31),* Milano, 2004. .

proprio potere discrezionale, seppure in misura minima (nel caso cioè in cui il fatto presenti profili di opinabilità).

Indipendentemente dalle costruzioni elaborate (in termini di deprovvedimentalizzazione delle attività; autoamministrazione dei privati etc) non sembra giustificabile, né troverebbe alcun concreto riscontro nei fatti, l'ipotesi di una sostituzione soggettiva del privato all'Amministrazione.

La permanenza di un "regime amministrativo" è dimostrata dall'impossibilità di configurare un diritto incondizionato del privato all'esercizio di tali attività e dal fatto che esse non si presentino come attività liberamente disponibili, tanto più che se la denuncia determinasse l'acquisto in capo al privato della legittimazione allo svolgimento dell'attività, si dovrebbe escludere ogni possibile interferenza *sine die* dell'Amministrazione.

Sembra al contrario inscindibile la correlazione tra i due momenti: quello che pertiene all'acquisto della legittimazione, che si potrebbe definire di iniziativa, avente carattere privato, e quello che attiene all'avvio del procedimento di verifica, nonché alla ricognizione da parte dell'Amministrazione[116].

Non pare neppure che si possa risolvere il problema aderendo alla teoria dei cosiddetti *diritti soggettivi a regime amministrativo.*

Il diritto soggettivo è per natura pieno, tutelabile *erga omnes* e non subordinato a riconoscimenti né soggetto a compressioni da parte del potere amministrativo; dire invece che un diritto è comunque soggetto al controllo dell'Amministrazione significa ammettere la facoltà della p.A. di incidere sulla posizione, seppur qualificata, del privato.

---

[116] Sulla natura provvedimentale della d.i.a., si veda Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550, secondo cui "*la d.i.a. non è uno strumento di liberalizzazione dell'attività, come da molti sostenuto, ma rappresenta una semplificazione procedimentale, che consente al privato di conseguire un titolo abilitativi a seguito del decorso di un termine (30 giorni) dalla presentazione della denuncia; la liberalizzazione di determinate attività economiche è cosa diversa e presuppone che non sia necessaria la formazione di un titolo abilitativo. Nel caso della d.i.a., con il decorso del termine si forma una autorizzazione implicita di natura provvedimantale, che può essere contestata dal terzo entro l'ordinario termine di decadenza di sessanta giorni, decorrenti dalla comunicazione al terzo del perfezionamento della d.i.a. o dall'avvenuta conoscenza del consenso (implicito) all'intervento oggetto di d.i.a.).*

Nella costruzione dei diritti soggettivi a regime amministrativo si dice che tali diritti sarebbero strutturati secondo una duplicità di vedute: dal lato attivo essi si sostanziano nella possibilità per il privato di dare libero sfogo alle facoltà che discendono dalla titolarità del diritto stesso, mentre nel lato passivo sarebbero compresi l'onere di presentare la denuncia e la subordinazione al successivo potere di controllo esercitato dalla p.A[117].

Dunque la denuncia, più che un potere attribuito al privato in funziona sostitutiva del potere autorizzatorio, sembra essere una prosecuzione del potere pubblico, con modalità di esercizio semplificate cui corrisponde però l'equivalenza degli effetti.

Con il meccanismo della denuncia, l'intervento pubblico è solo postergato al momento in cui l'autorità amministrativa esercita i poteri di controllo che gli sono propri, momento al quale si aggiunge peraltro la possibilità per la p.A. di intervenire decorso il termine di trenta giorni, in via di autotutela.

Del resto l'esercizio del potere di controllo è una delle manifestazioni della potestà pubblica[118].

L'interposizione pubblica perciò non solo persiste ma continua ad essere determinante per il conseguimento del risultato voluto dal privato.

Si ritiene quindi di poter ravvisare l'esercizio del potere pubblico anche in un atto formalmente privato quale la denuncia di inizio attività non essendo la mera veste di denuncia di parte un elemento indiziario sufficiente a fondare la certezza della sua configurazione quale atto privato. Ciò tanto più se l'atto, nato come atto di parte, può successivamente subire l'interferenza del pubblico potere, cui rimane soggetto oltre il limite previsto per il controllo dei requisiti.

---

[117] Si veda W. GIULIETTI, *cit,* 751, in cui l'Autore esplicita l'orientamento secondo cui la denuncia costituirebbe un onere implicito nel diritto soggettivo del privato, potendosi pertanto distinguere tre fasi della fattispecie contenuta nell'art. 19: a) il momento genetico del diritto a ricorrere dei presupposti e dei requisiti previsti dalla legge; b) la proposizione della denuncia; c) la fase pubblicistica del controllo.

[118] G. BERTI, L. TUMIATI, *voce Controllo, Enc. Dir.,*X, 298, Milano, 1962 *;* G. D'AURIA, *voce Controllo, Diz. Dir. pubbl,* 2006, 1427.

Deve peraltro accennarsi alla possibilità, prospettata da alcuni Autori, di ricondurre la d.i.a. al novero degli atti cd. *ad autoritatività attenuata* (o *autoritatività eventuale*), di cui si darà conto nel seguito del presente lavoro, e cioè di tutti quei fenomeni accomunati da una "graduazione dell'imperatività" per concorrenza del potere privato[119].

3. b) GLI ACCORDI.

Il rapporto che intercorre tra la formula consensuale e il potere non è sempre ascrivibile a una relazione di contrapposizione, ed invero spesso coinvolge atti posti all'estremo confine dell'esercizio di una potestà pubblica, di cui ne assorbono pur tuttavia il contenuto.

Il presupposto dell'indagine è evidentemente la natura "pubblica" dell'accordo *de quo.*

A conferma si pensi alla posizione giuridica fondata da detti accordi, alla configurabilità di un diritto soggettivo alla adozione del provvedimento conforme al contenuto dell'accordo integrativo, alla possibilità per la p.A. di raggiungere il medesimo scopo per via provvedimentale, ai presupposti per la stipula di detti accordi, alla natura dei relativi vizi e, infine, alla disciplina giuridica del recesso.

Tramite il contenuto dell'accordo il privato, per così dire, "dispone" del potere pubblico, partecipando al suo esercizio[120].

---

[119] Sul puntosi vedano G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa,* Milano, 1967, I; V. SPEGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati,* Napoli, 1964; ora in *Opere giuridiche,* Napoli, 2001; F. LIGUORI, *cit.*

[120] Sulla possibilità di ricorrere agli accordi anche nel caso di procedimenti finalizzati all'adozione di provvedimenti di natura sostanzialmente vincolata (nel caso di specie, autorizzazioni in materia edilizia), si veda Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, in *www.lexitalia.it*. Con tale decisione, il Collegio ha sottolineato la sussistenza, anche nell'attività vincolata, di fasi in cui l'Amministrazione deve esercitare poteri chiaramente discrezionali, quanto meno sotto il profilo tecnico, attinenti al *quantum*, al *quomodo* e al *quando* degli adempimenti da eseguire; anche in tali ipotesi quindi risulterebbe pienamente configurabile la stipulazione di un apposito accordo procedimentale ai sensi dell'art. 11 della legge 241 del 1990, costituendo l'accordo uno strumento di semplificazione, idoneo a far conseguire a tutte le parti una utilità ulteriore rispetto a quella che sarebbe consentita dal provvedimento finale. Peraltro la formazione di un accordo sostitutivo del provvedimento non preclude all'Amministrazione il successivo esercizio di poteri autoritativi, per ragioni di pubblico interesse, essendo peraltro espressamente prevista anche la possibilità per l'Amministrazione di recedere unilateralmente per motivi di pubblico interesse e salva la corresponsione di un indennizzo. In dottrina, sulla capacità di disciplinare fenomeni giuridici nuovi e sul favore riscontrato in giurisprudenza come categoria generale idonea a ricomprendere istituti

Al contrario, sulla natura del potere esercitato dall'Amministrazione con la stipula degli accordi, ovvero se si tratti di esercizio del potere amministrativo discrezionale o piuttosto di esercizio bilaterale del potere di autonomia privata *ex* art. 1322 c.c., trovano spazio alcune riflessioni[121].

---

giuridici preesistenti, fornendo un fondamento razionale e sistematico, oltre che una più chiara e compiuta disciplina, si veda S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente,* Torino, 2007, 14. La disciplina degli accordi è stata vista come il primo riconoscimento normativo del contratto di diritto pubblico, categoria che da tempo è oggetto di dibattito dottrinale (si vedano E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici,* in *Arch, dir. pubb.,* 1936; M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo,* Padova, 1936; G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo,* II, Milano, 1988; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere,* Bologna, 1984; A. AMORTH, *Scritti giuridici,* Milano, 1999; V. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative,* Padova, 1965; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche,* Milano, 1984; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* Milano, 1992; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi,* in *Dig. Disc. Pubbl.,* Torino, 1993; M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative,* Napoli, 1981; G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi,* in *Enc. Giur.*, Milano, 1988). Deve tuttavia ricordarsi che, in più occasioni, la Corte di Giustizia ha posto significativi limiti all'attività consensuale o negoziale dei pubblici poteri, rimarcando l'infungibilità dello strumento pubblicistico, tanto a garanzia di diritti sociali che della dimensione della libertà d'impresa che è data dalla possibilità di competere concorrenzialmente sul mercato. Si veda a tal proposito C.G.C.E., sez. VI, sentenza 12 luglio 2001, in causa C-399/98, in *Corr. Giur.,* 2002, 176. Tale decisione ha stabilito che i principi di diritto comunitario ostano alla normativa nazionale in materia urbanistica che, al di fuori delle procedure previste dalla direttiva appalti, consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato, la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, quando il valore superi la soglia comunitaria. Sul punto e, in particolare, sulla non equipollenza tra accordi e provvedimenti amministrativi, si veda G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi,* in *www.giustamm.it.*

[121] Tra gli Autori che accedono ad una ricostruzione contrattuale degli accordi, visti come esercizio del potere amministrativo discrezionale, si vedano E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, 70 ss e V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo,* III, Torino, 1994, 125 ss; contro, ovvero per una ricostruzione in termini di esercizio del potere di autonomia privata della pubblica amministrazione, N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali,* in *Cons. Stato,* 2000, II, p. 793 ss e G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa,* Torino, 2001, 94 ss. Si vedano inoltre CGA, 4.11.1995 n. 336, in *Cons. Stato,* 1995, I, 1607; Cons. Stato, VI, 20 gennaio 2000 n. 264, in *Riv. Trim. app.,* 2000, 523; Cons. Stato, IV, 9.11.2004 n. 7254, in *Cons. Stato,* 2004, I, 2332; Cons. Stato, IV, 22.06.2004 n. 7180, in *Cons. Stato,* 2004, I, 2324, in cui, in una ipotesi di impugnazione di un protocollo aggiuntivo ad un patto territoriale che prevedeva la riduzione di un finanziamento precedentemente stanziato, nel negare la possibilità di contestare il contenuto del patto aggiuntivo, stante il suo carattere vincolante, il Collegio ha precisato che potrebbe ipotizzarsi una impugnativa del contratto d'area per errore del privato ma non anche una impugnativa fondata su pretesi errori della p.A. e della banca concessionaria, come avverrebbe nel caso in cui ci si trovasse dinanzi all'impugnativa di un provvedimento amministrativo; ciò poiché in tema di accordi la disciplina codicistica (1425 ss c.c.) sostituirebbe integralmente quella dell'annullabilità propria del provvedimento amministrativo. Tali interpretazioni, secondo cui l'accordo esaurirebbe il potere discrezionale della p.A. per consumazione la discrezionalità amministrativa, qualificano come "pattizia" o "paritetica" la natura del recesso.

Certo è che se essi fossero solo atti di espressione di autonomia cui l'ordinamento giuridico assegna un riconoscimento, non si potrebbe parlare di partecipazione del privato alla composizione degli interessi pubblici.

Se di potere si parla, deve aversi riguardo pur sempre ad una attività di carattere autoritativo. Non a caso la p.A. stipula detti accordi in vista di un miglior soddisfacimento del pubblico interesse.

Alla base della disciplina degli accordi tra pubbliche amministrazioni e privati vi è infatti la consapevolezza da parte dell'ordinamento dell'opportunità di "fare spazio" ad istituti che consentano di avvalersi della disponibilità del privato ad offrire un volontario appoggio alla realizzazione dell'interesse pubblico.

Detta disponibilità è destinata a manifestarsi sia quando il privato si dichiara pronto a offrire il sostegno a interessi pubblici che senza il suo apporto rimarrebbero del tutto inappagati, sia quando, sul punto di venir investito da un provvedimento unilaterale di per sé pregiudizievole, il privato proponga all'Amministrazione procedente di assumere su di sè gli oneri occorrenti per il passaggio ad un assetto alternativo, allo stesso tempo vantaggioso per il privato e capace di realizzare più proficuamente quello stesso interesse pubblico che la p.A. avrebbe altrimenti realizzato in via unilaterale.

Nel primo caso rientra il fenomeno delle sponsorizzazioni e del *project financing* che conducono il privato, confidando rispettivamente nel corrispettivo di vantaggiose ricadute d'immagine e nei redditi della futura gestione, a sostenere interventi pubblici.

Si pensi invece, nella seconda ipotesi, alle fattispecie nelle quali il privato, per evitare ad esempio la perdita per esproprio di immobili di sua proprietà in favore della realizzazione di una opera pubblica, si dichiari disponibile ad offrire gratuitamente altri terreni contigui per la realizzazione del medesimo progetto che avrebbe in tal modo caratteristiche strutturali e funzionali di maggior livello.

In tal modo si consegue una relazione sinergica tesa a realizzare contemporaneamente entrambi gli interessi: pubblico e privato.

La valutazione di pertinenza dell'accordo allo scopo di interesse pubblico e le medesime ragioni di opportunità che inducono la p.A. alla stipula di detto accordo non recedono dinanzi al profilo causale del negozio giuridico.

Residua al contrario un margine di discrezionalità nel decidere se adottare o meno l'accordo; se cioè l'interesse pubblico possa concretamente trovare attuazione tramite l'utilizzazione dell'apporto del privato[122].

Viceversa, coloro che sostengono la natura privata dell'accordo fondano la propria riflessione sul fatto che laddove vi è il consenso del destinatario degli effetti non potrebbe essere ravvisato il carattere autoritativo dell'atto[123].

Su tale profilo si consenta di rinviare a quanto si dirà successivamente in tema di atti favorevoli e di terzi eventualmente incisi dall'esercizio del potere.

Tale argomento non può ritenersi decisivo, dovendo viceversa aversi riguardo alla disciplina che governa tali accordi.

La stessa Corte Costituzionale li ha qualificati come una *forma indiretta del potere amministrativo*[124].

L'accordo pertanto, presupponendo l'esistenza di del potere autoritativo, pur senza costituirne una modalità di esercizio diretto, consente di radicare la giurisdizione (*sub specie* di giurisdizione esclusiva) in capo al giudice amministrativo[125].

---

[122] Rimane peraltro parte della giurisprudenza che riconosce, in tema di evidenza pubblica, la natura contrattuale all'accordo che segue il provvedimento di aggiudicazione, nonostante l'evidente funzionalizzazione del rapporto contrattuale alla realizzazione dell'obiettivo di interesse pubblico individuato nella delibera a contrarre.

[123] Contro, si veda Cons. Stato, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 6344, in cui si stabilisce che la formazione di un accordo sostitutivo del provvedimento *ex* art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 "*non preclude all'Amministrazione il successivo esercizio di poteri autoritativi, per ragioni di pubblico interesse, essendo tra l'altro espressamente prevista anche la possibilità per l'Amministrazione di recesso unilaterale, per motivi di pubblico interesse, salvo eventuale indennizzo, in base a quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 11 cit.*".

[124] Ci si riferisce alla celebre sentenza 204/2004 che, nel ridefinire in senso restrittivo i confini della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha espressamente fatto salvi, assegnandoli a quest'ultimo, la controversie inerenti agli accordi.

[125] Per quanto attiene ai vizi dovrebbe distinguersi tra quelli propri dell'accordo e quelli che inficiano la determinazione che lo precede.

Si tralasciano da questo angolo visuale gli accordi endoprocedimentali, il cui contenuto viene trasfuso in un provvedimento amministrativo, che si pone come determinazione consequenziale e attuativa dell'accordo.

Tanto gli accordi, quanto le altre figure quali la cessione volontaria di beni espropriandi[126], le convenzioni concessive di beni etc[127] sono state

---

[126] Ex art. 45 del d.P.R. 327/01. Peralto non è affatto pacifico che la cessione volontaria di beni sia ascrivibile al novero degli accordi di cui al predetto art. 11, l. 241/1990. Si ricorda a tal proposito F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, pt. II, in *Foro amm.,* 1997, secondo cui il richiamo a tale istituto "*sembra cadere del tutto fuori luogo*" e ciò in virtù di un duplice ordine di ragioni. In primo luogo l'Autore ravvisa nella cessione volontaria un ordinario contratto di compravendita, in seguito al quale il procedimento espropriativi si esaurisce "*non per effetto di una disposizione delle parti che lo assuma a proprio oggetto, ma semplicemente per effetto del trasferimento e della conseguente impossibilità di disporre l'espropriazione a favore di chi sia già divenuto proprietario*". Un secondo aspetto, sottolineato dall'A., è quello per cui la cessione volontaria non viene conclusa tra l'amministrazione e il possibile destinatario del provvedimento finale (come disposto dall'art. 11), bensì "*tra il soggetto espropriante e l'espropriando*". Tale opinione in realtà è rimasta isolata e le numerose pronunce giurisprudenziali hanno viceversa confermato che l'accordo concluso tra le parti rientra tra i negozi di diritto pubblico, soggetti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, così come disposto dall'art. 11 (a titolo meramente esemplificativo, si vedano Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2005, n. 4735, in *Urb. e App.,* 2006, 331, con nota di M. DE PALMA; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 18 luglio 2007, n. 688; già C. Cass., S.U., n. 9130/94, secondo cui "*l'accordo con cui l'espropriante e l'espropriando, dopo l'inizio del procedimento espropriativi, convengono il trasferimento della proprietà del bene e fissano amichevolmente la misura dell'indennità, costituisce un contratto di diritto pubblico, che si inserisce nella procedura ablatoria e produce effetti traslativi analoghi a quelli del decreto d'espropriazione, con la conseguenza che tale contratto, sottratto alla disciplina di diritto privato, lungi dal caducare i precedenti atti del procedimento, trova in essi la propria ragione d'essere, essendo stato concluso a causa ed in funzione dell'espropriazione in corso e si pone come atto integrativo e conclusivo del p procedimento ablatorio, rendendo superflua solo l'emanazione del decreto di espropriazione di cui tiene luogo*").

[127] La materia in cui il citato art. 11 è stato utilizzato più frequentemente è senz'altro quella delle convenzioni urbanistiche. Da tempo ormai si ritiene pacificamente che le convenzioni di lottizzazione rientrino nella fattispecie da esso indicata. Per ciò che attiene agli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento in favore dell'amministrazione per ottenere l'adempimento di quanto promesso dal privato nella convenzione di lottizzazione, essi sono tutti i mezzi contrattuali previsti dal diritto civile. Più problematica appare invece l'ipotesi che ad essi si possano affiancare forme di autotutela amministrativa. Si veda su tale punto Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 1991 n. 300 e, nello stesso senso, T.A.R. Marche, Ancona, sez. I, 3 marzo 2004, n. 98: Cons. Stato, sez. IV, 2 novembre 1998, n. 1412, in *Riv. giur. edil.,* 1999, 495. Con la prima decisione il Collegio ha affermato che "*la coercibilità pubblicistica degli obblighi di lottizzazione richiede un fondamento specifico"* ed individua tale fondamento nell'applicazione in via analogica della disposizione dell'art. 20 della l. 1150 del 1942, che costituisce un rimedio aggiuntivo rispetto alle ordinarie azioni contrattuali. Più particolare appare invece l'individuazione dello strumentario messo a disposizione del privato a fronte dell'inadempimento della p.a. In tal caso occorre distinguere tra il mancato compimento di atti negoziali imposti dalla convenzione (in tal caso sono previsti i consueti rimedi civilisti, ipotizzando addirittura il ricorso all'art. 2932 c.c.) e la mancata emanazione dei provvedimenti amministrativi promessi in convenzione. In quest'ultima ipotesi il rimedio riconosciuto dalla giurisprudenza consiste nel ricorso con rito speciale contro il silenzio-inadempimento, con eventuale nomina da parte del g.a. di un commissario *ad acta.*

riportate da parte della dottrina alla nozione di *contratto di diritto pubblico*, intendendosi per tale quel contratto «*caratterizzato e condizionato dalla compresenza di profili pubblicistici quali – a seconda dei casi- il radicamento in un procedimento amministrativo ovvero la rilevanza della sopravvenuta modifica (o modificata valutazione) del pubblico interesse*»[128].

La questione semmai sorge laddove la disciplina convenzionale regolatrice del rapporto tra privato e pubblica Amministrazione offra in via esclusiva l'intero assetto, senza necessità di interventi di carattere formalmente autoritativo (cd. accordi sostitutivi del provvedimento)[129].

Anzitutto devono individuarsi i seguenti tratti caratterizzanti la disciplina degli accordi.

In primo luogo gli accordi, anche quando non vengono trasfusi in provvedimenti, sono soggetti ai medesimi controlli previsti per questi ultimi.

Per di più la norma prevede che essi vengano assoggettati alla disciplina codicistica in materia di obbligazioni e contratti, seppur con i dovuti temperamenti.

Tale richiamo risulta "frenato" dal fatto che esso non concerne le prescrizioni nella loro totalità ma solo i principi posti alla base, peraltro a

---

[128] Cfr. S. PENSABENE LIONTI, *op. cit.,* 16. In giurisprudenza, a titolo indicativo, sulla categoria del contratto di diritto pubblico, si vedano, per le cessioni volontarie, C. Cass., sez. I, 11 marzo 2006, n. 5390; Id., 17 marzo 2006, n. 6003; Id., S.U., 4 novembre 1994, n. 9130, Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2005, n. 4735; per le convenzioni urbanistiche, Cons. Stato, sez. V, n. 1327/00, C. Cass., 3 febbraio 1994, n. 1125. Non sembra invece riferire l'applicazione dell'accordo di cui all'art. 11, l. 241 del 1990 alla tradizionale categoria del contratto di diritto pubblico, la Sez. IV del Consiglio di Stato, che con decisione n. 264 del 2000 ha ricondotto all'art. 11 la previsione di un accordo concluso tra il gruppo Eridania e il Ministero dell'Agricoltura con cui, a fronte della volontà dell'Eridania di chiudere lo zuccherificio di Rignano Garganico e di attuare una riconversione industriale, l'Eridania si impegnava a consentire l'integrazione delle quote di altre società saccarifere operanti nel meridione.

[129] Il fatto che gli accordi sostitutivi potessero operare solo, anteriormente alla riforma, nei soli *casi previsti dalla legge*, è probabilmente da ricondurre a un equivoco incorso in occasione dell'elaborazione del disegno di legge. Si pensò infatti che l'accordo sostitutivo fosse rivolto ad offrire un assetto alternativo retto da norme di diritto comune. Su questo presupposto, nella preoccupazione che potesse riconoscersi alla discrezionalità amministrativa la possibilità di decidere in ogni momento il passaggio dal regime pubblicistico a quello di diritto privato, fu inserito nell'art. 11 un inciso rivolto a consentire l'operatività degli accordi sostitutivi (e dunque il passaggio dal regime pubblicistico a quello di diritto privato)nei soli casi previsti dalla legge. Deve tuttavia rilevarsi che gli accordi sostitutivi partecipano degli stessi caratteri di quelli endoprocedimentali, salvo il fatto estrinseco della loro non ricezione in atti amministrativi. Non avrebbe avuto perciò alcuna logica una norma che avesse disposto per gli accordi endoprocedimentali spazio in ogni ambito dell'attività amministrativa e la contestuale previsione della limitata operatività di quelli sostitutivi. In entrambi i casi gli accordi trovano luogo se la natura degli interessi pubblici in causa lo consente.

condizione che non risultino dettate prescrizioni (anche patrizie) di diverso tenore e che i principi civilistici non si manifestino incompatibili con i caratteri della disciplina speciale.

Con riferimento ad ipotesi di sopravvenienza di ragioni di pubblico interesse ostative alla prosecuzione del rapporto, si riconosce all'amministrazione la facoltà di recedere unilateralmente, salva la corresponsione di un indennizzo.

Come accennato, è peraltro prevista in tema di accordi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Per quanto riguarda poi le possibili ipotesi di inadempienza, va detto che per contrastare l'inottemperanza del privato devono ritenersi esperibili da parte della p.A. sia le azioni rivolte a conseguire la prestazione promessa sia la risoluzione dell'accordo (entrambe accompagnate dalla richiesta di risarcimento dei danni).

E' evidente che, nel caso in cui gli accordi prendano il posto di atti unilaterali dell'Amministrazione risulta più proficuo, per ridurre gli effetti pregiudizievoli del comportamento del privato, l'azione di risoluzione piuttosto che quella di esatto adempimento.

In tal caso infatti la p.A. farà venir meno l'assetto concordato *recuperando gli originari poteri unilaterali.*

Per le stesse ragioni deve invece escludersi il potere (e l'opportunità) del privato, nel caso in cui l'Amministrazione si renda inadempiente, di esperire una azione di risoluzione nel caso di accordi volti a ridurre l'incidenza dell'atto unilaterale; in tal caso infatti il privato rimarrebbe esposto alla originaria situazione di assetto a sé pregiudizievole che l'accordo aveva neutralizzato.

Altrettanto difficile appare orientarsi nella possibilità di ammettere la facoltà del privato di esperire l'azione di inadempimento nei confronti dell'Amministrazione.

Si è detto che gli accordi hanno l'effetto di rendere "disponibile" attraverso un atto consensuale il potere amministrativo, rimuovendo il limite legale che ne impedisce ogni forma di negoziabilità.

In realtà si può parlare solo impropriamente di una forma di negoziazione del potere amministrativo in quanto gli effetti si producono solo laddove l'amministrazione reputi opportuno addivenire alla conclusione di un accordo sia vantaggioso per la realizzazione dell'interesse pubblico.

Ciò lo si desume sia dalle forme di tutela apprestate al terzo sia dalla libera determinazione rimessa all'Amministrazione in ordine alla conclusione di un accordo, senza possibilità per il privato di influire su tale scelta e senza perciò alcuna giustiziabilità nel caso di una eventuale decisione negativa.

L'Amministrazione dunque è pienamente libera di autodeterminarsi alla stipula dell'accordo, tanto da poter rifiutare la proposta avanzata dal privato e, qualora decida di aderire, gode di un diritto di recesso *ad nutum*[130].

3.*c)* I COMPORTAMENTI E I "QUASI-COMPORTAMENTI" DELLA P.A. RINVIO.

Dopo la pronuncia della Corte (204/04) non residuano più dubbi in merito all'impossibilità di attrarre i comportamenti della p.A. alle modalità di esercizio del potere pubblico.

Essi sono stati formalmente espunti dall'ambito di cognizione del giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva proprio per l'assenza di momenti indicativi dell'esplicazione del pubblico potere[131].

Se la nozione di comportamento è certa, rimangono tuttavia da definire quelli che potrebbero essere indicati come "*quasi-comportamenti",* ovvero quella zona grigia entro la quale spesso si muove la p.A., per lo più riferibile alle ipotesi di sopravvenuta carenza di potere che talvolta vengono ricondotte dalla giurisprudenza a veri e propri comportamenti, mentre altre volte vengono invece associate a forme di esercizio di un potere.

---

[130] Tale diritto di recesso può esser desunto, secondo parte della giurisprudenza, anche per *facta concludentia* dall'adozione di altri atti incompatibili con la persistenza del vincolo contrattuale, come nel caso di variante al piano regolatore in presenza di una convenzione di lottizzazione precedentemente stipulata.

[131] Si vedano C. Cost. 204/04, confermata dalla 191/2006, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 53, comma 1, del d.lgs 8 giugno 2001, n. 325, trasfuso nel d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai "*comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati*", non esclude i *comportamenti non riconducibili, nemmeno mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere.*

Il punto di partenza è necessariamente la qualificazione dei "comportamenti".

Il Consiglio di Stato afferma che essi "*devono assumersi riferiti non già ad attività materiali della p.A. sorrette dall'esplicazione del potere (sia pure manifestatosi attraverso l'adozione di atti illegittimi), quanto piuttosto a contegni posti in essere dalla parte pubblica (sia pure funzionali al perseguimento dell'interesse pubblico), collocatisi al di fuori della esplicazione del potere*" [132].

Dunque solo le attività amministrative che non sono in alcun modo riferibili ad un provvedimento esulano dall'ambito dell'esercizio del potere pubblico, ma non anche i casi in cui un esercizio, seppur illegittimo, del potere sia in qualche modo ravvisabile.

Sussiste perciò la giurisdizione del g.o. solo quando il comportamento della p.A. *risulti privo di ogni interferenza con un atto autoritativo*[133].

Si pensi alla nota contrapposizione tra occupazione acquisitiva, che presuppone l'esistenza e l'esercizio di un potere pubblico, e occupazione usurpativa, classico esempio di *comportamento* della p.A[134].

Nelle più recenti decisioni alcuni dubbi sono stati avanzati in ordine alla possibile equiparazione tra i comportamenti sopra descritti e gli atti nulli o annullabili incidenti su diritti soggettivi.

Ne deriva la persistente incertezza sulla sede in cui proporre l'azione riparatoria del danno cagionato.

Un tipico caso in cui è stata ravvisata l'esistenza di un potere pubblico (in contrapposizione alle ipotesi comportamentali sopra descritte) è quello dell'annullamento di un atto della procedura espropriativa, con conseguente caducazione degli atti successivi.

---

[132] Cons. Stato, Ad. Pl., 16 novembre 2005, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[133] T.A.R. Abruzzo, Pescara, sentenza 67/2007, avente ad oggetto una controversia che verteva sulla richiesta di annullamento di un decreto regionale di autorizzazione provvisoria per la costituzione di una cabina elettrica e del relativo decreto di occupazione d'urgenza; rispettivamente, il primo perché, avendo efficacia di dichiarazione di pubblica utilità, avrebbe dovuto contenere l'indicazione dei termini per l'inizio e il compimento dell'espropriazione e dei lavori, il secondo in quanto provvedimento consequenziale.

[134] Si veda T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 8 novembre 2006, n. 1968 in tema di occupazione di un fondo a seguito di dichiarazione di pubblica utilità e di esecuzione dell'opera senza che sia intervenuto il decreto di esproprio o altro atto idoneo a produrre l'effetto traslativo della proprietà (in opposizione all'ipotesi di mancanza *ab inizio* della dichiarazione di pubblica utilità e, secondo alcuni, anche in quella di annullamento con efficacia *ex tunc* della dichiarazione inizialmente esistente ovvero di sua inefficacia per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera pubblica).

Non vi è dubbio infatti che l'annullamento giurisdizionale di un atto della procedura espropriativa faccia venir meno il potere *ab origine* conferito alla p.A. per l'esecuzione di detta procedura.

Al di là delle conseguenze che un atto invalido produce sugli atti posti in essere, deve ritenersi che il potere pubblico non venga meno solo per un vizio di legittimità di un atto appartenente alla medesima sequenza procedimentale.

In tema di procedura espropriativa deve menzionarsi il meccanismo dell'acquisizione sanante.

L'art. 43 del TU approvato con r.d. n. 327 del 2001 consente all'amministrazione che utilizza un bene immobile modificato in assenza di un provvedimento valido ed efficace, di disporre –valutati gli interessi in conflitto- l'acquisizione, nell'interesse pubblico, del bene al suo patrimonio indisponibile, salvo disporre equo ristoro economico in favore del proprietario per la perdita del bene subito[135].

Esso sembra pertanto costituire l'esercizio di un vero e proprio potere amministrativo di carattere ablatorio avente ad oggetto l'acquisizione al patrimonio indisponibile dell'ente dell'immobile utilizzato per scopi di interesse pubblico, salva la corresponsione del risarcimento dei danni subiti in favore del proprietario.

---

[135] Si veda Cons. Stato, Ad. Pl., 29 aprile 2005, n. 2, in virtù della quale, in caso di annullamento in sede giurisdizionale degli atti inerenti alla procedura di espropriazione per pubblica utilità (dichiarazione di pubblica utilità e occupazione d'urgenza), il proprietario dell'area può chiedere la restituzione del bene piuttosto che il risarcimento del danno per equivalente monetario, anche se l'area è stata irrversibilmente trasformata a seguito della realizzazione dell'opera pubblica; deve infatti ritenersi, conformemente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che non costituisce impedimento alla restituzione dell'area illegittimamente espropriata il fatto della realizzazione dell'opera pubblica; e ciò indipendentemente dalle modalità – occupazione appropriativa o usurpativa – di acquisizione del terreno, dovendo anzi ritenersi che, in tale ottica, la stessa distinzione tra occupazione appropriativa e usurpativa non assume più rilevanza. In caso di illegittimità della procedura espropriativa e di realizzazione dell'opera pubblica, l'unico rimedio riconosciuto dall'ordinamento alla p.A. per evitare la restituzione dell'area è l'emanazione di un (legittimo) provvedimento di acquisizione "sanante" ex art. 43 T.U. sulle espropriazioni per p.u., approvato con d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, in assenza del quale l'Amministrazione non può addurre l'intervenuta realizzazione dell'opera pubblica quale causa di impossibilità oggettiva e quindi come impedimento alla restituzione; l'avvenuta realizzazione dell'opera pubblica non costituisce infatti causa di impossibilità oggettiva alla restituzione dell'area, in quanto mero fatto, occorrendo all'uopo un provvedimento formale di acquisizione dell'area, ai sensi dell'art. 43, comma 1, del T.U. sulle espropriazioni, fondato sulla "valutazione degli interessi in conflitto" e con il riconoscimento al privato del ristoro del danno. Da ultimo, sull'inapplicablicabilità in via retroattiva dell'art. 43, anche ai fini della determinazione della giurisdizione, si veda C. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26732.

Dalla norma riferita risulta che l'Amministrazione dispone oggi di un apposito congegno di carattere autoritativo per apprestare un titolo giustificativo, seppure postumo, per l'acquisizione del bene[136].

Al di fuori dei comportamenti della p.A., vi sono dunque "contegni" in cui è possibile, almeno a monte, ravvisare l'esercizio di un potere pubblico e che perciò sono demandati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione del fatto che in essi è possibile individuare un "momento" di autorità.

Le vicende che spesso hanno portato a decisioni contrastanti riguardano per lo più la possibilità o meno di ravvisare l'esercizio di un potere in presenza di un atto nullo[137].

Non può non darsi menzione della recente Adunanza Plenaria[138] che si è pronunciata sull'appartenenza o meno alla giurisdizione del giudice amministrativo di una controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un provvedimento di requisizione in uso di un immobile da destinare al temporaneo soddisfacimento di una situazione di emergenza abitativa, con destinazione degli alloggi a temporanea abitazione di nuclei familiari investiti da provvedimenti di sfratto esecutivo.

Il Consiglio di Stato, in tale circostanza ha ritenuto appartenere alla giurisdizione del giudice amministrativo, contrariamente alla giurisprudenza sino a quel momento dominante, la cognizione della controversia relativa al provvedimento di requisizione in virtù del fatto che la condotta successiva alla scadenza del termine

---

[136] Ciò ha indotto alcuni ad escludere che l'accessione invertita possa trovare ancora oggi cittadinanza nel nostro ordinamento laddove l'Amministrazione debba necessariamente apprestare il provvedimento ablatorio di cui all'art. 43 cit. per acquisire il bene al suo patrimonio (viceversa si sarebbe in presenza di una *res* che ha formato oggetto di indebito impossessamento da parte dell'amministrazione di cui il privato può richiedere la reintegrazione in forma specifica o nella via del risarcimento del danno).

[137] L'equivoco spesso e volentieri è nato dal fatto che sia stato ricondotto alla categoria degli atti nulli e non piuttosto di quelli annullabili il provvedimento oggetto di impugnazione. Alcuni anni fa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (26 marzo 2003, n. 4, in *Dir. proc. amm.,* 2003, con nota di A. D'ATTI, *Il "diritto europeo" e la questione della cd. " pregiudizialità amministrativa")* ha ribadito con fermezza la propria posizione, per cui "*l'atto dichiarativo di pubblica utilità, privo dei termini di inizio e di fine dei lavori, è annullabile e non nullo. In questi termini non può parlarsi di carenza di potere in concreto, con la conseguenza che l'atto deve essere impugnato nei termini non potendosene invocare successivamente la disapplicazione da parte del giudice amministrativo*".

[138] Cons. Stato, Ad. Pl., 10/2007, in *www.giustizia-amministrativa.it,* alla quale è seguita la n. 12.

"*trova occasione, collegamento e sviluppo nel medesimo provvedimento*" illegittimo, esercizio del potere amministrativo[139].

3.c) (*segue*): IL SILENZIO SIGNIFICATIVO: UNA DELLE FORME DI ESERCIZIO DELLA POTESTÀ PUBBLICA?

Prescindendo dall'ipotesi di inerzia della p.A. che, seppur sollecitata, non esercita il proprio potere e ciò in palese violazione del principio di doverosità che caratterizza l'azione amministrativa, come tale illegittma, si deve piuttosto avere riguardo alle diverse ipotesi in cui al silenzio dell'Amministrazione interpellata venga riconosciuta comunque una valenza provvedimentale[140].

In capo alla p.A. grava il generico obbligo di concludere ogni procedimento con un provvedimento espresso; tale obbligo sancisce un vero e proprio diritto del privato alla conclusione del procedimento.

Originariamente i casi in cui veniva ammessa una deroga all'adozione di un atto formale conclusivo del procedimento (casi nei quali le funzioni del provvedimento venivano legittimamente integrate da un comportamento inerte della p.A.) erano tassativamente previsti dalla legge e in tali casi il silenzio assumeva valore legale tipico.

Con il decreto sulla competitività (35/05) il silenzio assenso, da regola residuale, assume una portata generale a fronte delle ipotesi tassativamente previste in cui opera il silenzio rifiuto (ambiente, sicurezza, immigrazione, patrimonio culturale e paesaggistico, salute e pubblica incolumità) per le quali si richiede l'adozione di un formale provvedimento amministrativo pena l'integrazione del silenzio inadempimento.

---

[139] Per una opportuna analisi della vicenda e per una riflessione più approfondita, si rinvia alla parte seconda, § 3.

[140] Si noti come anche nel caso di silenzio rifiuto la pretesa del privato possa essere tutelata attraverso la possibilità di azionare la relativa procedura di inadempimento in considerazione del fatto che si verte nell'ipotesi in cui è riscontrabile l'inadempimento da parte dell'autorità del preciso obbligo di provvedere sull'istanza con la quale il privato tende a sollecitare l'esercizio del pubblico potere e dunque l'emanazione di uno specifico provvedimento avente carattere autoritativo. E' evidente che per attivare il ricorso avverso il silenzio serbato dall'Amministrazione è determinante che esso riguardi l'esercizio di una potestà amministrativa e che la posizione del privato che assume essere rimasto leso si configuri alla stregua di un interesse legittimo in quanto la diversa posizione di diritto soggettivo può essere tutelata in via diretta. Si veda a tal proposito Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1 del 9.1.2002; T.A.R. Basilicata, Potenza, 8 giugno 2006 n. 540.

Le ipotesi nelle quali al silenzio assenso è consentito operare sono quelle di regola a basso tasso di discrezionalità se non addirittura contrassegnate da fattispecie vincolate.

Qualora non venga comunicato all'interessato il provvedimento entro il termine nel quale l'Amministrazione avrebbe dovuto pronunciarsi sull'istanza, l'ordinamento riconosce sopraggiunto per *fictio iuris* un provvedimento, favorevole all'interessato, con conversione in atto fittizio del progetto presentato.

E' da escludere pertanto che il silenzio rifiuto e il silenzio assenso possano essere ricondotti tra i "comportamenti" di cui si è detto, dovendo piuttosto assegnarsi a tali fattispecie valenza di atto autoritativo, seppur fittizio, alla stregua di un provvedimento amministrativo vero e proprio, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Per di più tale equiparazione avviene in assenza di tutte le quelle garanzie partecipative procedimentali che presiedono alla formazione del provvedimento esplicito.

Assumendo valore legale tipico, il silenzio viene equiparato di fatto a un provvedimento anche dunque sotto il profilo degli effetti e, prima ancora, sotto il profilo della presunzione di legittimità che governa gli atti amministrativi e che impone la loro necessaria impugnazione per farne valere la legittimità.

4. GLI ATTI A CONTENUTO FAVOREVOLE.

Il consenso del destinatario quale discrimine tra atti a carattere autoritativo e atti non aventi tale carattere implica l'adozione di una concezione restrittiva e piuttosto limitata alla dialettica autorità-libertà.

Se è pur vero che il potere di emanare un atto favorevole può non concretarsi in un potere vero e proprio nei confronti del beneficiario dell'atto, esso può senz'altro andare ad incidere sulle situazioni giuridiche di soggetti terzi[141].

[141] Si pensi alla dottrina economica della allocazione delle utilità giuridiche della comunità. In tale contesto l'esercizio del potere pubblico discrezionale esercita una funzione allocativa di sacrifici e utilità tra i membri della collettività. In presenza di utilità giuridiche pubbliche limitate la loro attribuzione in godimento ad alcuni in via esclusiva presuppone un corrispondente sacrificio in capo a quanti si vedono privati della possibilità di fruire della medesima utilità, sicchè i provvedimenti in senso lato accrescitivi o ampliativi dispiegano di regola un effetto autoritativo nei confronti dei terzi esclusi dal relativo godimento.

Si pensi alla concessione di beni pubblici in favore di un soggetto e della corrispondente esclusione degli altri soggetti dal godimento dei medesimi beni.

E' evidente che in tal caso si parla di effetti *riflessi* nei confronti dei terzi.

In tutti i casi in cui il provvedimento è destinato a produrre un qualche effetto pregiudizievole nei confronti dei terzi o dei diretti destinatari degli effetti dell'atto, la determinazione amministrativa deve essere qualificata come autoritativa e dovrà pertanto escludersi la possibilità di impiegare in via alternativa gli strumenti di diritto privato in quanto tendenzialmente ispirato al principio della irrilevanza degli effetti del negozio nei confronti dei terzi.

Si consideri anche l'altra categoria di atti a contenuto favorevole, le autorizzazioni.

A volte i provvedimenti che autorizzano l'esercizio del diritto assentito sono potenzialmente suscettibili di determinare limitazione di diritti concorrenti o di interessi di terzi.

Ad ogni modo, anche laddove la verifica di conformità dell'attività assentita all'interesse pubblico non incida nella sfera dei terzi (si pensi alle autorizzazioni di polizia, al permesso di soggiorno etc), l'effetto costitutivo rimane comunque nella piena ed esclusiva disponibilità della p.A. (si pensi all'esito negativo della verifica; in tal caso la determinazione amministrativa torna a rivestirsi di autoritatività per rifiuto del rilascio di un titolo giuridico legittimante l'esercizio di un determinato diritto).

E' pertanto forviante il tentativo di incardinare la partizione fra atti amministrativi autoritativi e atti amministrativi non autoritativi sul criterio del contenuto favorevole dell'atto.

Il potere pubblico può infatti conseguire un risultato non in contrasto con l'interesse del destinatario del provvedimento ma piuttosto opporsi, in via mediata, agli interessi di altri soggetti della collettività, esplicando su questi la forza che gli è propria.

5. GLI ATTI AD AUTORITATIVITÀ C.D. «ATTENUATA». RINVIO.

Tra le nuove forme in cui si manifesta l'attività amministrativa, occupano un posto di preminente importanza ai fini dello studio del potere pubblico quegli atti che

si caratterizzano perché hanno un grado di imperatività che potrebbe dirsi minore o eventuale, dunque non assoluta ma piuttosto condizionata[142].

Tale ambito, di creazione dottrinaria, non è di semplice individuazione e può dirsi per lo più coincidente con quella "zona grigia", in precedenza indicata, comprensiva delle manifestazioni "attenuate" di potere pubblico.

Quando il potere pubblico *incontra* le esigenze dei privati e si modella su di esse, vi è spazio per un atto la cui efficacia imperativa risulta attutita rispetto a quella tipica provvedimantale.

In tal senso potrebbe dirsi che tale categoria si riferisce ad atti la cui efficacia risulta sospensivamente condizionata.

Si analizzeranno *infra* alcuni atti della Consob che corrispondono a poteri non assoluti ma "condizionati" (più che attenuati), quali quelli in tema di conferimento e revoca dell'incarico alle società di gestione (ax art 159 T.U.F.), per cui la Consob può provvedere d'ufficio al conferimento dell'incarico quando questo non è deliberato dalle società di gestione. In tal caso il potere della Consob potrebbe dirsi "sospensivamente condizionato" all'esercizio del medesimo potere da parte della società (con facoltà di surroga in caso di inerzia di quest'ultima).

Analoga considerazione può valere per i poteri conferiti ex art. 64[143].

Le ipotesi di potestà pubblica, per così dire *affievolita* rilevano ancor più nel nuovo modello di amministrazione, in cui spesso i poteri pubblici sono delegati a soggetti non propriamente amministrativi, con la funzione, sempre più frequente, di contemperare gli obiettivi pubblici con gli interessi privati[144].

---

[142] Si veda, sui sistemi di incentivi economici, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati,* Napoli, 1964, in *Opere giuridiche,* Napoli, 2001, 350; sulla teoria della autoritatività attenuata o "eventuale", G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa,* Milano, 1967; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche,* Milano, 1984. Si parla di autoritatività eventuale per indicare quegli atti nei quali l'intervento dell'amministrazione non è *ab origine* connotato dal carattere della esclusività e insostituibilità.

[143] Per un aanalisi dettagliata di ciascuna ipotesi, si rinvia alla parte terza, § 4.

[144] Per un opportuno approfondimento del fenomeno dell'esternalizzazione delle potestà pubblicistiche, si rinvia alla parte terza, § 1.

Lo studio degli atti ad autoritatività cd "attenuata" è imposto non solo dall'esigenza di una analisi delle varie forme di potere, finalizzata alla ricostruzione della relativa nozione, bensì anche a spiegare fenomeni di recente formazione[145].

[145] L'attività pubblica che è stata definita "attenuata" congloba i fenomeni della regolazione, della possibile incidenza di provvedimenti amministrativi su rapporti intercorrenti tra privati e la casistica di *soft law*, per la quale si rinvia alla parte terza, § 4,

CAPITOLO TERZO
ATTIVITÀ NON AUTORITATIVA DELLA P.A.

SOMMARIO: 1. La previsione del nuovo comma 1 bis dell'art. 1, l. 241/1990. 1.a) atti disciplinati dal diritto privato salva diversa previsione di legge. 1. b) il comma 1 bis: limite al potere amministrativo autoritativo?

1. LA PREVISIONE DEL NUOVO COMMA 1 *BIS* DELL'ART. 1, L. 241/1990.

L'unico dato formale offerto dal legislatore in ordine alla disciplina dell'attività amministrativa, autoritativa e non, è l'art. 1 della legge 241 del 1990 così come modificato dalle ultime novelle[146], a seguito delle quali, il comma 1 *bis*, recita: "*La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"*.

Nell'inversione del rapporto di specialità, per cui la regola comune sembra essere quella per cui l'amministrazione agisce secondo norme di diritto privato, *salvo che legge disponga diversamente,* è stato ravvisata l'intenzione del legislatore di *privatizzare* l'azione amministrativa, assoggettandola alle norme di diritto comune.

Se la predetta disposizione fosse realmente intesa come la manifestazione più evidente del mutato *modus agendi* della p.A., non si potrebbero tralasciare i riflessi che essa avrebbe sulla sfera di esercizio del potere pubblico, che ne risulterebbe a dir poco menomata.

Per introdurre una riflessione sui rapporti tra diritto pubblico e diritto privato nell'esercizio dell'azione amministrativa, si deve osservare in primo luogo che l'articolo *de quo* cade sotto la rubrica "*principi generali dell'attività amministrativa*".

[146] L. 11 febbraio 2005, n. 15 e d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con l. 14 maggio 2005, n. 80.

Dunque la norma si colloca nell'ambito per eccellenza deputato all'esercizio di un potere: l'azione amministrativa e il relativo procedimento.

Essa però, con riferimento all'attività *non autoritativa,* statuisce che la p.A. agisce "*secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*"[147].

Al di là della capacità di agire *iure privatorum*, cui però non sembra volersi riferire la norma il questione, essa codifica il principio per cui nell'esercizio di attività non autoritativa (non meglio identificata) la p.A. agisce con strumenti di diritto privato[148].

Da ciò conseguono due possibili percorsi interpretativi. I più entusiasti hanno declamato la portata fortemente innovativa della previsione normativa, esaltando la presunta volontà del legislatore di spogliare la p.A. della propria veste di autorità e dei poteri unilaterali ad essa connessi (*salvo che la legge non disponga diversamente*).

In realtà così si confonde il mezzo con gli effetti da esso prodotti.

La pubblica amministrazione continua a perseguire interessi pubblici, ma con forme negoziali, che quasi mai valgono a sottrarle la potestà impositiva (così ad esempio nelle convenzioni urbanistiche e negli accordi in generale etc).

Se si ha riguardo alla coercibilità che caratterizza anche i nuovi strumenti sembra più ragionevole supporre che la disposizione di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, l. 241del 1990 abbia piuttosto voluto esternare il principio ormai consolidato della capacità della p.A. di ricorrere a moduli consensuali.

Si dirà meglio di seguito sulla individuazione dell'attività non autoritativa della p.A[149].

---

[147] Nel progetto Cerulli si parlava invece di "poteri amministrativi conferiti dalla legge o dai regolamenti". In tal caso la differenza tra diritto amministrativo e diritto privato avrebbe piuttosto riguardato l'applicabilità o la non applicabilità del principio di legalità. Si vedano V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa,* in *www.giustamm.it* e M. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa,* in *www.giustamm.it.*

[148] Sulla interpretazione della portata del comma 1 *bis,* si vedano, tra i tanti, L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato,* in (a cura di) G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma delle legge sul procedimento",* Torino, 2005. L'Autore riconduce al novero dei poteri *esecutivi* il potere che si manifesta in atti non autoritativi in quanto manifestazioni di volontà inerenti all'esercizio di un potere e dotati di una propria autonomia funzionale che li rende capaci di incidere unilateralmente e direttamente nella sfera giuridica altrui.

[149] Si rinvia al cap. secondo, § 2, relativo agli atti paritetici.

Il primo *imput* dato dalla norma attiene all'ambito soggettivo di applicazione della medesima.

Essa si riferisce alla "*pubblica amministrazione"* ma il comma 1 *ter* del medesimo articolo stabilisce che "*I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1".*

Dunque, da una parte si stabilisce che i privati esercenti attività amministrative sono soggetti al rispetto dei principi generali in tema di azione amministrativa, dall'altra non si chiarisce se per amministrazioni debbano intendersi, ai fini dell'applicazione del comma 1 *bis*, anche i soggetti da essa equiparati.

Una cosa sembra essere certa, oltre che confermata dalla previsione di cui si è detto (per cui sarebbe irragionevole applicare i principi dell'attività amministrativa a privati esercenti dette funzioni senza ritenere i medesimi valevoli per la stessa p.A. che agisse nell'interesse pubblico secondo "*atti di natura non autoritativa*"): quando la p.A. è astrattamente dotata di un potere di tipo autoritativo, connesso al fine perseguito, tale potere non verrà meno per il suo esercizio attraverso moduli consensuali.

A tal proposito è indicativa la posizione assunta dal T.A.R. in occasione di una controversia avente ad oggetto l'urbanistica concordata nell'edilizia economica popolare, ovvero l'attuazione di piani di zona attraverso un intervento misto ad opera del privato proprietario e dei soggetti assegnatari delle aree.[150]

Il Collegio ha colto l'occasione offerta dalla predetta vicenda per offrire una interpretazione della portata del comma 1 *bis*, del predetto art. 1, l. 241/90.

Si tratterebbe di una anticipazione dell'art. 11 della medesima legge, per cui "*in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell'art. 10, l'amministrazione procedente può concludere, senza pregiudizio dei diritti dei terzi, e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*".

Il Collegio ha espressamente confermato che l'art. 1, comma 1 *bis*, l. 241 del 1990 è una disposizione che, "*anche alla luce dei principi enunciati dalla sentenza*

[150] T.A.R. Veneto, Sez. II, 515/07, in www.giustizia-amministrativa.it., nello stesso senso, T.A.R. Veneto, Sez. II, 520/07 e 521/07.

della Corte Costituzionale n. 204/2004, conferma solo ed esclusivamente la libertà di scelta del mezzo per l'azione pubblica".

Al posto cioè del provvedimento le Amministrazioni pubbliche possono ora adottare –in via generale e non più solo nei casi determinati dalla legge- accordi pubblici sostitutivi.

Si parla cioè di "*agire autoritativo quando l'amministrazione utilizza un provvedimento amministrativo, mentre si parla di agire di diritto pubblico non autoritativo quando l'amministrazione agisce, pur sempre dotata di un potere di diritto pubblico, ma senza utilizzare il modulo provvedimentale*".

Ciò vale a dire che, se la pubblica amministrazione pur essendo astrattamente dotata di un potere autoritativo per il soddisfacimento di un interesse pubblico non adotta un provvedimento amministrativo, l'uso di atti formalmente privatistici non vale a negare l'esistenza di un rapporto pubblico.

A ben vedere il Collegio sottolinea che "*ciò vale a caratterizzare in termini più paritari il rapporto tra autorità e privato ma non a mutare la natura delle posizioni giuridiche soggettive*".

Gli accordi sostitutivi del provvedimento infatti si fondano su una preesistente disparità di posizioni, in quanto espressione "mediata" di potere pubblico, che non viene meno bensì permane nonostante la veste negoziale assunta.

E' significativo che nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1 *bis* e 11, l. 241 del 1990, il T.A.R. abbia ravvisato la volontà di introdurre nel nostro ordinamento una disposizione analoga a quella contenuta nell'art. 54 della legge federale tedesca sul procedimento amministrativo del 1976 che recita: "*un rapporto giuridico di diritto pubblico può essere costituito, modificato o estinto da un contratto in quanto non sia vietato da disposizioni di legge*" e che "*l'autorità può, invece di emanare un atto amministrativo, concludere un contratto di diritto pubblico con colui che potrebbe essere destinatario dell'atto amministrativo"*.

Del resto, come già sottolineato, la stessa rubrica dell'art. 1 si riferisce espressamente ai principi dell'*attività amministrativa* e tale attività, seppur esercitata con moduli consensuali, che si affiancano ai tradizionali mezzi autoritativi, rimane pur sempre espressione della "dotazione" pubblica.

1.a) ATTI DISCIPLINATI DAL DIRITTO PRIVATO SALVA DIVERSA PREVISIONE DI LEGGE.

Il comma 1 *bis* ha generalizzato a tal punto la facoltà della p.A. di svolgere una attività amministrativa "secondo il diritto privato", da indurre molti a leggere tale disposizione come il passaggio da un sistema di diritto amministrativo a uno di tipo civile, che ravvisa cioè nell'uso di strumenti privati non più l'eccezione ma la regola generale[151].

Si rende però necessaria una specificazione.

Si è già chiarita la distinzione tra autonomia privata, che non ricorre laddove l'attività della p.A. risulti comunque funzionalizzata al perseguimento di un interesse pubblico, e l'utilizzazione di moduli consensuali nell'esercizio del potere, in cui l'azione amministrativa permane orientata al perseguimento di bisogni di carattere collettivo[152].

Siamo al di fuori del campo "negoziale" e in presenza di quella parte dell'attività amministrativa che richiede un "diritto comune speciale".

La questione attiene dunque all'esercizio del potere in forma mediata ed è stata affrontata dalla C. Costituzionale con sentenza n. 204 del 2004, ai fini dell'individuazione del giudice competente a conoscere delle controversie nascenti da tali rapporti, che non può evidentemente prescindere da una verifica in concreto della sussistenza di un potere.

---

[151] Si veda F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis,* in (a cura di) F. LIGUORI, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005,* Bologna, 2007.

[152] A tal proposito si rende necessaria una breve digressione sui lavori parlamentari e sui diversi disegni di legge, non approvati, che si sono succeduti. Il d.d.l. n. 1281 del 2003, riprendendo i lavori parlamentari che originariamente prevedevano che "*salvo che la legge disponga diversamente, le amministrazioni pubbliche agiscono secondo il diritto privato*", ha disposto che "*per la realizzazione dei propri fini istituzionali le amministrazioni pubbliche agiscono utilizzando strumenti del diritto pubblico o privato. Le leggi e i regolamenti disciplinano, in entrambi i casi, i procedimenti per l'esercizio dei poteri amministrativi".* Anche in tal caso era mantenuta ferma la funzionalizzazione degli strumenti, di diritto pubblico o privato che fossero, nel perseguimento dei fini istituzionali delle amministrazioni pubbliche. Viene cioè mantenuto costante il riferimento alla fungibilità dei due strumenti che, seppur eterogenei, sono funzionalmente idonei alla soddisfazione dei fini istituzionali cui le amministrazioni sono preposte. A favore di tale tesi vi è anche il carattere imperativo della norma, per cui l'amministrazione *agisce,* il che connota un potere-dovere e non una mera facoltà. Un secolo fa Cammeo scriveva che il diritto amministrativo è diritto dell'amministrazione non nel senso che occorre comando, esercizio del potere di imperio, ma nel senso della disuguaglianza istituzionale della p.A. rispetto al privato dovuta alla superiorità dell'interesse pubblico rispetto a quello privato.

Dunque si tratta di capire se il comma 1 *bis* consacri il modulo paritario o se esso sia piuttosto riferibile allo schema degli atti unilaterali - seppure con una composizione negoziale degli interessi coinvolti - adottati dall'amministrazione come soggetto pubblico nell'esercizio del un potere amministrativo[153].

1. b) IL COMMA 1 *BIS*: LIMITE AL POTERE AMMINISTRATIVO AUTORITATIVO?

E' opportuno svolgere ancora qualche riflessione sulla possibilità che il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 1 definisca in negativo il campo di esercizio dell'attività autoritativa[154].

La disposizione si limita a ribadire l'utilizzabilità del diritto privato come strumento meramente ulteriore ed attuativo delle scelte pubblicistiche, che rimangono tuttavia indisponibili (così come avviene nel caso di cui all'art. 11 della medesima legge)[155].

Dunque sembra proprio che le modifiche legislative non abbiano portato a una contrazione della sfera pubblica, tutt'altro[156].

E' ormai pacifico il principio per cui "*l'interesse pubblico di cui l'amministrazione è portatrice può essere perseguito mediante l'uso di moduli di diritto comune qualora siano congrui rispetto agli obiettivi prestabiliti*"[157].

---

[153] Si veda A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?,* in *Foro amm. TAR,* Supplemento, VI, 2005. L'Autore individua tre livelli sui quali si riflettono i cambiamenti delle disposizioni, e precisamente: a) rapporti non disciplinati in modo specifico dal diritto pubblico pur se ad esso attinenti (ad esempio l'utilizzo di beni demaniali per finalità diverse da quelle specificamente indicate nell'atto di concessione; in tali ipotesi in mancanza di una disciplina specifica si applicherebbe il diritto privato); b) scelte della pubblica amministrazione; c) rilettura globale degli istituti del diritto amministrativo, al fine di individuare ciò che deve necessariamente essere soggetto al diritto amministrativo.

[154] Sul punto si veda il contributo di L. IANNOTTA, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato,* in *www.giustamm.it*, in cui l'Autore individua una vasta casistica di atti non aventi natura autoritativa.

[155] Sul punto si vedano, G. GRECO, *Commento all'art. 11,* in *L'azione amministrativa,* a cura di V. ITALIA, Milano, 2005; E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la legge 15 del 2005,* in *Riforma della legge 241 e processo amministrativo, cit,* 27 ss.

[156] Si veda A. POLICE, *L'adozione degli atti autoritativi secondo il diritto privato, cit.* Secondo l'Autore il comma 1 *bis* è in realtà un "*fuor d'opera (...) non voluto ma necessitato dalla evoluzione che questa norma ha avuto nel continuo rimaneggiamento che essa ha subito* ". Si veda anche A. TRAVI, *op. cit.,* in cui l'Autore rileva che il senso del comma 1 bis non può essere quello di dettare un cambio di indirizzo rispetto alla espansione dell'attività amministrativa poiché ciò sarebbe possibile solo in virtù di un interevento legislativo su determinati settori.

L'art. 1 indica semplicemente l'interscambiabilità, nell'esercizio dell'attività amministrativa, della forma provvedimentale con quella negoziale, che non soggiace proprio per tale motivo alla disciplina di diritto privato "comune".

Quando infatti il ricorso al diritto privato avviene ad opera di una pubblica amministrazione come scelta alternativa all'uso del potere, esso subisce necessariamente l'influenza del diritto pubblico, diventando una sorta di diritto privato *speciale* (o per difetto parziale dell'elemento volontaristico in quanto la p.A. potrebbe comunque conseguire l'interesse voluto con un provvedimento meno favorevole per il privato, che solo in ragione di ciò decide di dar corso all'accordo, o per disparità tra le parti nei casi in cui è stabilità un regime nettamente favorevole per la p.A) .

Mentre l'attività negoziale "pura" viene disciplinata interamente dal diritto privato, quella "sostitutiva", che rimane pur sempre pubblica, è soggetta ad apposita disciplina, diretta a valorizzare i profili di rilievo pubblicistico[158].

La modifica legislativa è perciò ben lontana dall'accogliere una consacrazione del modello contrattuale.

Nel progetto Cerulli si parlava di "*poteri amministrativi conferiti dalla legge o dai regolamenti*", per cui la differenza tra diritto amministrativo e diritto privato riguardava l'applicabilità o la non applicabilità del principio di legalità.

Il diritto privato doveva cioè applicarsi all'amministrazione salvi i casi suddetti; ciò in virtù della presunzione di esistenza di una attività amministrativa che, pur perseguendo fini pubblici, non costituisce esercizio di potere e perciò non rimarrebbe subordinata al principio di legalità, bensì soggetta alla disciplina di diritto privato.

La nuova formulazione non tiene evidentemente conto di tale partizione.

---

[157] T.A.R. Lombardia, Milano, n. 99 del 2005, intervenuta peraltro già prima della pubblicazione della novella legislativa.

[158] Si pensi alle difficoltà e alle resistenze incontrate da alcuni istituti civilistici (quali la responsabilità precontrattuale *ex* artt. 1337-1338 c.c.; la disciplina sulle clausole vessatorie, di cui agli artt. 1341 ss c.c., oggi recepita nel codice del consumo etc) a trovare ingresso all'interno di moduli negoziali in cui fosse parte una p.A. Ancora, si pensi all'esasperazione del modello di "specialità" del diritto "amministrativo-privato", che ha portato all'elaborazione di alcune categorie di riferimento quali quella delle obbligazioni pubbliche e del contratto di diritto pubblico.

Lo stesso articolo riconosce peraltro ai privati la facoltà di esercitare attività amministrative, come tali procedimentalizzate, alla stregua delle pubbliche amministrazioni.

Da un lato quindi il comma 1 *bis* riferisce dell'attività non autoritativa, dall'altro il successivo comma amplia, con un inciso volto ad estendere soggettivamente la possibilità di esercitare i poteri pubblici, la sfera deputata all'azione amministrativa, di talché i privati preposti all'esercizio di detta azione, sono soggetti al rispetto dei principi generali di cui al comma 1 dello stesso articolo[159].

L'art. 22 della l. 241 del 1990, in tema di diritto d'accesso, definisce (alla lett. *e*)) in termini abbastanza ampi il concetto di pubblica amministrazione, includendovi "*tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario*"[160].

Il senso è quello di affermare l'esistenza di una serie di garanzie procedimentali che la legge comunque assicura anche qualora siano soggetti privati ad esercitare funzioni amministrative, oltre che evidentemente quello di tener conto dell'avvenuta estensione in via di fatto del numero dei soggetti preposti alla realizzazione di obiettivi pubblici[161].

---

[159] Tale previsione deve peraltro essere coniugata con quella di cui all'art. 29 della medesima legge, per cui le sue disposizioni: "*si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali e, per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa, a tutte le amministrazioni pubbliche".*

[160] Peraltro, il fatto che il diritto d'accesso venga configurato al comma 1 come diritto e al comma 2 quale "*principio generale dell'attività amministrativa*", rivolto a "*favorire la partecipazione*" e ad assicurare "*l'imparzialità e la trasparenza*" dell'azione amministrativa, implica la necessità che esso si aggiunga a quelli enunciati dall'art. 1, comma 1 *ter*, l. 241/90. Si veda in proposito TAR Lazio, sez. III ter, 23 aprile 2007, n. 3521, sulla configurazione di Trenitalia come gestore di servizio pubblico e, in quanto tale, società soggetta alla disciplina sull'accesso, senza che possa rilevare la natura pubblicistica o privatistica della disciplina sostanziale degli atti di cui si chiede l'ostensione. Sui "privilegi" dell'amministrazione, nonché sui vincoli e sulle garanzie procedimentali, si veda F. LIGUORI (a cura di), *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005, cit.*

[161] Si pensi alle garanzie partecipative, al diritto ad una conclusione tempestiva del procedimento, al diritto di accesso, al diritto ad una decisione motivate etc.

TITOLO III

ESPRESSIONE ED EFFETTI DELL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO

CAPITOLO PRIMO
L'AUTOTUTELA COME POTENZIAMENTO DEL MOMENTO AUTORITATIVO

SOMMARIO: *1. La riedizione del potere pubblico: i procedimenti di secondo grado. 2. Il problema dell'incidenza del potere pubblico sulle situazioni giuridiche consolidate: legittimo affidamento e diritti quesiti. 3. Momento valutativo e giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico: ius poenitendi e sopravvenienze. 4. Annullamento d'ufficio. 5. Revoca. 5.a) La "positivizzazione" del potere di revoca e il rinvio ai principi di diritto comunitario. 6. Il recesso: potere o facoltà? la disciplina degli accordi e la revoca del provvedimento. La tutela indennitaria. 7. La tutela indennitaria. 8. Autotutela pubblica e privata a confronto.*

1. LA RIEDIZIONE DEL POTERE PUBBLICO: I PROCEDIMENTI DI SECONDO GRADO.

L'analisi del potere pubblico è inestricabilmente connessa alla nozione di autotutela amministrativa o *amministrazione attiva*, che dir si voglia.

I provvedimenti cosiddetti di secondo grado appartengono storicamente alla teoria generale del diritto e si inseriscono tra le fila delle facoltà inerenti al riesercizio del potere[162].

Che l'Amministrazione goda di un "super potere" che ammette l'esercizio, in seconda istanza, del medesimo o di altro potere da cui promana l'atto di primo grado, è cosa ormai certa[163].

---

[162] Sul fondamento del potere esercitato in seconda istanza le posizioni assunte dalla dottrina sono essenzialmente due: la prima configura tale potere alla stregua di una manifestazione del medesimo *potere* in forza del quale è stato emanato l'atto da annullare o revocare, cioè in chiave di riesercizio (si vedano A.M. SANDULLI, G. CORSO, A. AZZENA, A. CONTIERI), mentre un altro indirizzo lo configura come potere autonomo, con il conseguente problema della fonte di legittimazione (S. CASSESE, M.S. GIANNINI). Un terzo orientamento, relativo al potere di revoca, aveva individuato il suo fondamento nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1 e 11, l. 241/1990 (M. IMMORDINO).

[163] Sulla riconducibilità del potere di revoca alle manifestazioni delle potestà generali che l'Amministrazione possiede per dare ordine alla propria attività, che si esplica al fine di adeguare

Il fondamento di detto potere deve rinvenirsi nell'attribuzione di una potestà connessa all'esercizio della funzione amministrativa (e, più genericamente dunque, al *potere pubblico* anche qualora esso sia esercitato da soggetti terzi che partecipano all'esercizio della funzione pubblica, titolari dunque di *potestà amministrative* in senso sostanziale).

I tratti distintivi che caratterizzano i procedimenti di riesame suggeriscono di indicare i medesimi come misure rafforzative ulteriori rispetto ai normali effetti che conseguono al potere esercitato in prima istanza dall'Amministrazione (riconducibile per lo più all'esecutorietà del provvedimento), che si esplicano sempre nel rispetto della legittima attribuzione della fonte di tale potere e dunque del principio di legalità che sorregge l'azione amministrativa nel suo intero raggio.

La ragione giustificativa di un conferimento tale da consentire ad un potere esercitato in via unilaterale di incidere legittimamente su un assetto di interessi già prefigurato dalla stessa p.A. è evidentemente legata al fine perseguito[164].

L'autotutela designa sia il *potere* dell'autorità amministrativa di soddisfare da sé le proprie pretese (autotutela esecutiva), sia il *potere* della stessa autorità di riesaminare i propri atti (autotutela decisoria)[165].

Facciamo un passo indietro. Per valutare in concreto quale sia il contenuto del legittimo esercizio del potere di *autotutela*, si deve avere riguardo anche ai rapporti che intercorrono tra l'annullamento d'ufficio e la revoca da

---

permanentemente e congruamente situazioni giuridiche originate da precedenti atti a quello che è l'interesse pubblico attuale, mediante l'eliminazione con efficacia *ex nunc* della precedente determinazione, cfr. P. SALVATORE, *Revoca degli atti, Enc. Giur. Treccani,* Roma, 1991. L'Autore illustra la possibilità di configurare tale potestà come potestà di carattere generale con la quale la P.A., in piena autonomia e con procedimenti endogeni, adegua la sua azione al soddisfacimento delle ragioni di pubblico interesse al quale è preordinata la sua attività. Derivando da una attribuzione generica, implicita nell'uso del potere stesso, l'esercizio della facoltà di revoca non richiede la sua espressa previsione nelle singole disposizioni che disciplinano di volta in volta gli atti da revocare. Essa rimane pertanto concettualmente e concretamente autonoma rispetto alla potestà in base alla quale è stato adottato l'atto da revocare.

[164] Sull'istituto, si vedano le seguenti voci enciclopediche: G. CORAGGIO, *Autotutela* (*voce*), *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991; G. CORSO, *(voce) Autotutela (dir. Amm.),* in *Diz. Dir. pubb., (a cura di)* S. CASSESE, Milano, 2006; P. SALVATORE*, (voce) Revoca degli atti*, *Enc. Giur. Treccani,* Roma, 1991; per un raffronto con il diritto civile, L. BIGLIAZZI GERI, *(voce) Autotutela (dir. civ.), Enc. Giur. Treccani,* Roma, 1991.

[165] Così, G. CORSO, *op. cit.*; F.BENVENUTI , *Autotutela, Enc. Dir.,*Milano, 1958, 541.

una parte e le situazioni soggettive su cui essi incidono dall'altra, oltre che al loro confronto con gli altri poteri dello Stato.

Sotto quest'ultimo profilo, va detto che la potestà pubblica, riconosciuta all'autorità amministrativa è stata spesso accostata ai provvedimenti giurisdizionali e legislativi, dai quali a ben vedere sembra piuttosto distante, tanto più oggi che si parla di attività amministrativa consensuale, di moduli e forme privatistiche, di "potere dialogato", espressioni volte a indicare la (com)presenza del privato nell'esercizio di alcune funzioni amministrative primarie [166].

Non si può peraltro sottovalutare il passaggio segnato dal recente e poco chiaro comma 1 *bis* dell'art. 1, legge 241/1990, che ha creato molte aspettative, inducendo i più entusiasti a ritenere che tale previsione normativa fosse il vessillo per la p.A. di una nuova azione amministrativa "consensuale" *salvo che la legge disponga diversamente.*

In realtà la norma nulla dice in più di quanto già accadeva in passato, né scioglie alcun dubbio in ordine a quali atti debbano essere sottratti alla sua applicazione perché atti aventi carattere *autoritativo*.

Dunque, se nulla aggiunge di nuovo e nulla toglie a quanto già avveniva, si potrebbe concludere per il carattere residuale e meramente enunciativo della previsione legislativa *de qua*.

Ciò non significa ovviamente asserire l'immodificabilità del potere amministrativo e delle forme di esercizio del medesimo, quanto piuttosto suggerire l'analisi del suo cambiamento attraverso lo studio delle nuove modalità di esercizio della funzione pubblica, non senza chiedersi, per ciascuna di esse, se al di là delle forme di volta in volta assunte la sostanza dell'azione amministrativa cambi realmente o se piuttosto si tratti sempre di esercizio di un potere al cospetto del quale il privato destinatario del provvedimento continui a trovarsi in posizione di evidente disparità.

---

[166] Si rinvia a B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, in cui spiega come la connotazione del provvedimento amministrativo in termini di imperatività dello stesso consenta una riflessione sul parallelismo delle tre funzioni pubbliche per eccellenza: la legislazione, la giurisdizione e l'amministrazione. Ed è sicuramente al carattere imperativo del provvedimento amministrativo che va associata la potestà di revoca, che ne rafforza ulteriormente il contenuto.

In questo quadro va analizzato il riesercizio del potere.

La p.A. gode di un potere generale, esperibile senza alcun limite temporale, che le conferisce la facoltà di tornare su provvedimenti emanati, in assenza di vizi dei medesimi, disponendone la revoca o l'annullamento sulla base della sola mutata valutazione di opportunità.

Ella non è di contro tenuta a dal corso all'eventuale istanza di un privato, presentata in tal senso, volta ad ottenere la revoca o il riesame di un provvedimento divenuto inoppugnabile[167],.

Tale potere si correla ad un principio di continuità dell'azione amministrativa, avente lo scopo di assicurare che gli interessi pubblici siano correttamente ed adeguatamente curati, tale da consentire alla p.A. di rivedere in ogni momento i propri atti, non solo sotto il profilo della legittimità ma anche sotto il diverso profilo dell'opportunità[168].

La necessità di garantire l'effettività dell'azione amministrativa giustifica sicuramente un ampio potere di riesame in capo alla p.A., discrezionale sotto i profili dell'*an,* del *quid* e del *quando*.

---

[167] In merito alle posizioni della dottrina sul punto, cfr. M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *op. cit.,* 5210. Una questione un po' più complessa è invece rappresentata dal caso di decisioni cd. "pluristrutturate". E' questo il caso in cui, in riforma della sentenza del TAR, il Consiglio di Stato, con decisione 3 marzo 2006 n. 1023, ha ritenuto che non sussistesse alcun obbligo per la p.A. di pronunciarsi su una istanza volta a ottenere il ritiro di un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile, avanzata da una Amministrazione partecipante alla Conferenza di servizi indetta per l'adozione di detto provvedimento. Nel primo grado di giudizio invece il TAR, pur aderendo al tradizionale orientamento per cui non sussiste alcun obbligo di pronuncia in merito a provvedimenti divenuti inoppugnabili qualora si intenda ottenere il loro ritiro in autotutela, aveva evidenziato l'impossibilità dell'esposto principio di operare quando la richiesta di autotutela provenga da un soggetto titolare di interessi pubblici che sia intervenuto nel procedimento di primo grado e che si faccia successivamente portatore, anche in sede di autotutela, dei medesimi interessi. Ciò dunque soprattutto nel caso in cui si sia svolta una Conferenza di servizi decisoria, ipotesi in cui, per il principio di leale collaborazione, deve ritenersi ammissibile –secondo il TAR- che una delle Amministrazioni partecipanti alla conferenza possa far valere il proprio ripensamento su un eventuale assenso precedentemente prestato, non potendo assumere autonomamente una decisione capace di produrre gli effetti del ritiro del provvedimento di primo grado, alla cui adozione ha partecipato in sede di Conferenza (*Cons. Stato, 3 marzo 2006, n. 1023,* in *Juris data,* Giuffrè).

[168] Si veda l'ipotesi dell'annullamento d'ufficio. La nuova formulazione della legge n. 241 del 1990 dispone, all'art. 21 *nonies*, per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, la limitazione di un "termine ragionevole", previsione che appare tuttavia più stilistica che concreta per la vaghezza del tenore della formulazione e dunque la dubbia utilizzabilità come criterio per valutare la legittimità dell'operato dell'Amministrazione. Indubbiamente le ipotesi di revoca e di annullamento d'ufficio sono estremamente dissimili. Tuttavia, la loro unificazione sotto la categoria generale dell'autotutela impone spesso di procedere in parallelo nell'esame dei due istituti. La previsione di un termine ragionevole sarebbe stata opportuna anche nell'ipotesi di revoca *jus poenitendi*.

2. IL PROBLEMA DELL'INCIDENZA DEL POTERE PUBBLICO SULLE SITUAZIONI GIURIDICHE CONSOLIDATE: LEGITTIMO AFFIDAMENTO E DIRITTI QUESITI.

In primo luogo occorre individuare gli esatti confini entro cui il potere di autotutela può essere esercitato, con particolare riferimento alla possibilità che esso subisca alcune limitazioni a causa della presenza di situazioni giuridiche che si siano consolidate nel tempo.

Come si comprenderà meglio di seguito, il *potere* spesso travolge diritti ormai acquisiti – si vedrà in quali termini e con quali tutele – e può pertanto vantare una forza tale da trovare un autovincolo solo nella sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale che giustifichi il procedimento di secondo grado; un interesse che deve essere tanto forte da sorreggere la scelta di revocare o annullare un provvedimento che abbia consolidato in capo al destinatario una posizione giuridica soggettiva[169].

L'"ultrattività" del potere amministrativo comporta che esso non si esaurisce con il suo primo atto di esercizio. Tale caratteristica del potere pubblico costituisce il fondamento degli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio.

---

[169] Prima della novella del 2005, dottrina e giurisprudenza copiose si sono occupate del tema delle posizioni favorevoli nascenti dall'atto revocato. Taluni hanno configurato la tutela dell'affidamento come proiezione del principio di imparzialità (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa,* Padova, 1965, 865), altri Autori invece hanno ricondotto l'affidamento al principio di buona fede (F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino,* Milano, 1970). Per un ampliamento della questione si permetta di rinviare al § 2. In giurisprudenza, si veda Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2346, secondo cui: «*l'annullamento d'ufficio di un atto amministrativo illegittimo, salvo alcuni casi espressamente previsti, costituisce una facoltà discrezionale nell'esercizio della quale l'amministrazione procedente deve tenere in considerazione non solo l'interesse pubblico alla rimozione degli effetti prodotti dall'atto illegittimo ma anche la situazione del privato che abbia beneficiato di tale illegittimità nonché, in senso più ampio, anche delle situazioni di terzi che abbiano fatto affidamento sulla presunzione di legittimità dell'atto medesimo; pertanto, stante la natura discrezionale di tale potere, la p.A., deve prendere in considerazione la possibilità di conservare la situazione giuridica originata dall'atto in tutti i casi in cui sia possibile correggere o integrare aspetti e momenti del procedimento senza andare a pregiudicare l'interesse pubblico sostanziale».* Si veda anche T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 29 maggio 2007, n. 705, secondo cui: «*l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di un atto illegittimo presuppone (oltre al motivato riscontro delle ragioni della originaria illegittimità) – avuto riguardo alla sua natura ordinariamente discrezionale, non derogata se non in eccezionali e discusse eventualità – la ponderazione comparativa dei configgenti interessi coinvolti dalla rideterminazione amministrativa, vale a dire dell'interesse pubblico sotteso, da apprezzarsi nella sua concretezza e attualità e degli interessi del privato inciso e degli eventuali controinteressati, la cui consistenza si commisura al grado di affidamento generato dalla pregressa decisione amministrativa e si incrementa in correlazione al decorso del tempo e al contributo causale del privato alla originaria scelta* contra legem».

Ci si deve però domandare se ogni interesse pubblico sia così forte da poter essere ritenuto prioritario rispetto alle esigenze nel frattempo maturate dai privati cittadini.

Per dare una risposta alla precedente domanda occorre anzitutto ricordare gli enunciati tratti caratterizzanti il provvedimento amministrativo[170].

Indubbiamente il provvedimento amministrativo, quale espressione della potestà autoritativa esercitata dalla p.A., assorbe i contenuti di specialità di un atto che nasce in una posizione sovraordinata rispetto agli interessi privati cui esso si oppone.

Si pensi alla stessa previsione di cui all'art. 21 *bis*, l. 241/1990 che dispone, in deroga al principio generale per cui il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati – non avente carattere sanzionatorio - acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la *comunicazione* allo stesso, l'ipotesi per cui tale provvedimento possa contenere tuttavia una motivata *clausola di immediata efficacia.*

Tuttavia il potere deve essere necessariamente raffrontato alle eventuali situazioni sopravvenute che si sono create *medio tempore* proprio sulla base del provvedimento che si intende annullare o revocare.

L'imperatività come tratto descrittivo primario del provvedimento amministrativo sembra a prima vista ostacolare, se non escludere del tutto, la possibilità di coniugare il contenuto e gli effetti di un atto provvedimentale con la tutela dell'"affidamento" che il privato nutre nell'atto oggetto di revisione[171].

Peraltro la previsione di un indennizzo nelle ipotesi di esercizio del potere di autotutela introduce anche un altro dubbio in ordine agli effetti di esso

---

[170] M.S: GIANNINI, *op. cit.,* A.M. SANDULLI, *op. cit.,* S. CASSESE, *op. cit.,* L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo: concetto, classificazione, validità. La revocabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1917.

[171] Sull'affidamento si veda F. MERUSI, *op. cit*. In giurisprudenza non sembra potersi ravvisare una precisa configurazione dell'affidamento come vera e propria posizione giuridica soggettiva tutelabile *ex se,* venendo piuttosto generalmente invocata una situazione per lo più connessa ai principi fondamentali dell'ordinamento ("*essa appare una legittima proiezione dell'efficacia del rapporto amministrativo sottostante",* S. ANTONIAZZI, in *La tutela del legittimo affidamento, cit.,* 127. Secondo l'Autrice è opportuno distinguere le posizionio di diritto soggettivo dallo "*stato di affidamento come situazione soggettiva preliminare, che in genere si manifesta in attesa del legittimo verificarsi o consolidarsi di una posizione favorevole (...). In questo senso è possibile individuare come limite alla concreta revocabilità del provvedimento l'esistenza di uno stato di affidamento dei privati destinatari nella persistenza di posizioni consolidate"*).

in ragione della divergenza tra i destinatari dell'indennizzo (la legge parla a tal proposito esclusivamente di "*soggetti direttamente interessati*") e i soggetti che sono indirettamente incisi dal provvedimento di revoca[172].

In passato si riteneva che la p.A., in assenza di una espressa previsione che le conferisse tale potere, fosse incapace di incidere sulle situazioni già definite, nella misura in cui tali situazioni fossero state di diritto soggettivo[173].

Pertanto, a fronte di una posizione soggettiva di diritto, gran parte della dottrina riteneva che tale consistenza granitica ben avrebbe potuto giustificare l'intangibilità di tale situazione.

L'intervento del potere pubblico nelle forme del riesercizio era perciò ammesso fintanto che al cospetto dell'interesse pubblico potesse essere ravvisata una posizione intrinsecamente più debole.

Tale riflessione non coglie però l'incidenza che l'esercizio del potere pubblico ha realmente nella maggior pare dei casi[174].

---

[172] Si pensi al caso di revoca di una licenza di commercio. Evidentemente il destinatario del provvedimento di revoca è solo il commerciante ma tale provvedimento incide inevitabilmente sui rapporti contrattuali già sorti con altri soggetti, (quali fornitori, etc), che vedranno compromessi i medesimi in ragione del postumo intervento dell'amministrazione.

[173] Tale convinzione era peraltro rafforzata dai dubbi in ordine al fondamento del potere di revoca. Ci si chiedeva cioè se fosse ammissibile il sacrificio della posizione del privato di fronte a un potere non previsto da norma alcuna, ovvero se i diritti sorti dal provvedimento originario non dovessero essere considerati piuttosto come un limite al potere di revoca, limite superabile solo in presenza di una espressa previsione normativa. Si pensi alla storica partizione tra norme di azione e norme di relazione, nonché alla configurazione della posizione del privato che venga in contatto con la P.A. in termini di diritti suscettibili di affievolimento per l'incidenza dell'azione amministrativa, che si esplica per l'appunto attraverso l'adozione di un provvedimento con efficacia degradante. Si veda M. NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna, 2005.

[174] L'idea originaria era quella per cui al cospetto del potere autoriatativo potessero configurarsi solo interessi legittimi perché solo la consistenza di detta situazione – e non anche di quella ben più forte del diritto soggettivo - avrebbe potuto consentire una incidenza tale del potere pubblico sulla situazione vantata dal privato (si veda Cass., 1917/90, 8586/91, 2857/92, 10800/94, 5520/96, 9478/97). La dottrina tradizionale peraltro (si veda M.S. GIANNINI) ammetteva l'esercizio dello *ius poenitendi* soltanto per i provvedimenti di primo grado che non avessero ancora prodotto i loro effetti; ciò in virtù dell'operatività del principio per cui prima che l'atto abbia prodotto i propri effetti, la dichiarazione è sempre disponibile per il suo autore. Tale impostazione nasceva come reazione alla teoria della irretrattabilità degli atti giuridici, fondata sulla rigida concezione della imperatività del provvedimento, la cui forza veniva percepita come suscettibile di imporsi al suo stesso autore.,In tema di legittimo affidamento, si veda TAR Lazio, sez. III, 22 novembre 2006, in cui il Collegio opera una ricostruzione dei criteri di bilanciamento tra interesse pubblico e legittimo affidamento, così pronunciandosi: «*Rileva il Collegio che la questione involgente il principio del "legittimo affidamento" debba essere distinta in relazione ai differenti profili riguardanti, da un lato, gli effetti dell'applicazione del principio rispetto al concreto atto posto in essere dalla Amministrazione (affidamento in ordine al mantenimento delle conseguenze favorevoli dell'atto) e, dall'altro, il complessivo comportamento tenuto dalla Amministrazione (buona fede e correttezza nelle trattative).*

E' affermazione comune quella secondo cui il "legittimo affidamento" viene a realizzarsi in tutte le ipotesi nelle quali una situazione giuridica favorevole al soggetto viene a creare un determinato grado di stabilità nella sfera giuridica del destinatario. Il principio di "legittimo affidamento", rileva in particolare nella giurisprudenza comunitaria quale tutela dell'interesse privato e si traduce nella affermazione secondo cui una situazione di vantaggio - assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa - non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo della posizione acquisita (da ultimo si veda, in materia di "Aiuto di Stato" la pronuncia della II Sez. della Corte di Giustizia nelle cause riunite C-182/03 e C-217/03). Sulla base di tali presupposti, quindi, la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici tendono a prevalere, in determinati casi, sul principio di legalità; atti dell'autorità - seppure illegittimi - possono, cioè, aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico. Precedentemente alla modifica operata dalla l. n. 15/2005 la giurisprudenza aveva individuato alcune particolari ipotesi di lesione dell'affidamento:

a) nei casi in cui l'Amministrazione, concluso un accordo con il privato - si pensi alla materia delle autorizzazioni allo svolgimento di attività bancaria o assicurativa - preliminare all'adozione di un provvedimento avesse poi rifiutato il rilascio del provvedimento stesso;

b) alle ipotesi di revoca di provvedimenti concessori richiedenti, per lo svolgimento di servizi pubblici, la costruzione di impianti di elevato costo ammortizzabili nel corso di più anni;

c) ai casi di lottizzazione convenzionata allorquando l'Amministrazione, nonostante l'approvazione del piano di lottizzazione, avesse apportato varianti o adottato nuovi strumenti urbanistici in contrasto con esso;

d) ad alcune ipotesi di ripetizione dell'indebito da parte della Amministrazione.

Il principio del "legittimo affidamento", che era stato inserito nel progetto di modifica della l. n. 241/1990, è stato poi espunto quale criterio generale. E' rimasto un riferimento a tale principio nel disposto dell'art. 21 nonies L. n. 241/1990 così come introdotto dalla L. n. 15/2005 laddove si afferma che "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21 octies puo' essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. E' fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole"; allo stesso modo deve ritenersi con riguardo al disposto dell'art. 21 quinquies della L. n. 214/1990 così come introdotto dalla L. n. 15/2005 che dispone che "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo". La previsione specifica in merito alla tutela dell'affidamento dell'interessato (obbligo dell'Amministrazione di indennizzare il pregiudizio subito dal privato) in relazione all'esercizio del potere di revoca da parte della Amministrazione non elimina, tuttavia, la necessità che la stessa Amministrazione - nell'ambito della fase formativa del contratto - operi secondo i canoni di correttezza e buona fede. In tale ambito, allora, la causa efficiente della tutela della parte contraente non appare essere più tanto la situazione oggettiva rispetto alla quale può assumere rilievo l'erronea percezione del soggetto privato (affidamento legittimo), quanto, piuttosto, la condotta soggettiva della controparte (violazione della buona fede). Sulla base di tale prospettazione, quindi, il Collegio non può che ritenere infondata la censura dedotta dalla ricorrente e relativa all'inadeguata valutazione del legittimo affidamento rispetto al provvedimento di revoca oggetto di impugnazione. La valutazione dell'interesse pubblico alla revoca del provvedimento di aggiudicazione, infatti, non può essere incisa dalla situazione oggettiva di affidamento in capo al soggetto privato e, pertanto, non può ritenersi la illegittimità della revoca in relazione alla dedotta supremazia del principio di affidamento. Sulla base delle considerazioni sopra esplicitate il Collegio ritiene la legittimità dell'operato della Amministrazione relativamente al provvedimento di revoca oggetto di impugnazione in via principale. La legittimità dell'atto di revoca, tuttavia, non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento della stessa Amministrazione con riguardo al rispetto del dovere di buona fede e correttezza nell'ambito

Se il diritto fosse una posizione intangibile, non potrebbe ammettersi l'ultrattività del potere, che dovrebbe viceversa ritenersi consumato in presenza di situazioni aventi la concretezza di diritto soggettivo.

Al contrario, è ormai pacifica la considerazione per cui la sussistenza di un diritto quesito[175] non costituisce in assoluto una preclusione per un nuovo intervento amministrativo.

La regola della intangibilità e della conservazione delle situazioni giuridiche originate da atti precedentemente emessi subisce infatti notevoli incrinature in relazione al principio di corrispondenza, in ogni momento, dell'azione amministrativa al pubblico interesse.

L'ordinamento appresta perciò al privato destinatario del provvedimento emesso in via di autotutela, alcuni strumenti per far fronte ad una situazione che privilegia l'interesse pubblico sopravvenuto[176].

Prima di tutto occorre una specificazione.

Il *legittimo affidamento* del privato diventa una posizione qualificata laddove esso si leghi inestricabilmente al consolidamento degli effetti esplicati

---

del procedimento formativo della volontà negoziale (si veda anche T.A.R. Lecce, 8 luglio 2004, n. 4921 "E' configurabile la responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione che, dopo aver bandito una gara d' appalto e dopo la sua aggiudicazione provvisoria, ne ritiri d' ufficio gli atti con inescusabile ritardo sulla base della loro manifesta non conformità alla legge e ai principi della logica e della buona amministrazione, con ciò evidenziando superficialità e negligenza della condotta. La violazione da parte della Pubblica amministrazione dei doveri di cui agli artt. 1337 e 1338 cod. civ. danno luogo a responsabilità extracontrattuale, con la conseguenza che il debito relativo al conseguente risarcimento danni deve ritenersi di valore e non di valuta e come tale soggetto a rivalutazione monetaria e ad interessi legali"; T.A.R. Pescara, 6 luglio 2001, n. 609; T.A.R. Milano, 9 marzo 2000, n. 1869). Come già rilevato, infatti, l'espressa previsione della necessità di indennizzare il privato in ordine ad eventuali pregiudizi subiti in conseguenza della emanazione di provvedimenti di revoca di precedenti atti amministrativi, non elimina la possibile responsabilità per violazione del principio di buona fede nell'ambito delle trattative che conducono alla conclusione del contratto (...) ».

[175]. Si vedano G.U. RESCIGNO, voce *Disposizioni transitorie,* in *Enc. Dir.,* XIII, Milano, 1964, 222 e G. GROTTANELLI DE SANTI, *Diritto transitorio,* in *Enc. Giur.,* Roma, 1989. La nozione di diritto quesito non è stata chiarita dalla dottrina che ha sostenuto interpretazioni diverse quali quella di limite invalicabile per le leggi retroattive oppure di mero principio interpretativo. La teoria dei diritti quesiti è stata però sottoposta a critiche per l'esclusivo riferimento ai diritti soggettivi patrimoniali, nonché per l'impossibilità di delineare una definizione unitaria. Un diritto si configura come "quesito", "*quando derivi da un fatto idoneo a produrlo sulla base di una legge del tempo in cui tale fatto si è compiuto, mentre l'occasione per farlo valere è successiva all'entrata in vigoredi una nuova legge*" (definizione ripresa da S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione,* Torino, 2005),

[176] Sulla diversa posizione in cui si trovano l'amministrazione e il privato nel nostro ordinamento, nonostante la diffusione dei moduli operativi consensuali, si veda G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo, Dir. amm.,* 2002, 4.

dal provvedimento, sussistendo viceversa una mera *aspettativa* al verificarsi di detti eventi, nella fase anteriore all'emissione del provvedimento stesso.

Esso viene cioè a realizzarsi in tutte le ipotesi in cui una situazione giuridica favorevole al soggetto viene a creare un determinato grado di stabilità nella sfera giuridica del destinatario, per cui una situazione di vantaggio non può essere successivamente rimossa, salvo l'indennizzo della posizione acquisita[177].

La legittimità dell'azione amministrativa, unitamente al principio di buona fede e al decorso del tempo possono infatti ragionevolmente indurre il privato ad adagiarsi su una posizione ben più concreta di una mera aspettativa di fatto[178].

Per l'individuazione in concreto dei vincoli all'esercizio del potere di autotutela non è indicativa neppure la previsione di un indennizzo, la cui natura è peraltro dubbia.

Se infatti esso si considerasse come misura della riparazione integrale del sacrificio dei privati interessati dal provvedimento di revoca, e dunque un ristoro economico pari all'intero ammontare della perdita subita (somma tra danno emergente e lucro cessante) - interpretazione peraltro esclusa con la riforma intervenuta ad opera della legge 248 del 2006- si legittimerebbe la mera

---

[177] Si veda, in ambito comunitario, CGCE, cause riunite C-182/03 e C-217/03, in *www.curia.eu.int.*

[178] La posizione più tradizionale negava l'applicabilità del criterio della buona fede oggettiva sulla base delle seguenti considerazioni, successivamente superate:si rifiutava l'idea che una clausola generale quale quella di buona fede potesse assumere qualche rilievo soprattutto per il potere, fin troppo ampio, che sarebbe spettato all'interprete in sede di applicazione di detto principio. Tale posizione tende per lo più a ricondurre e sovrapporre la buona fede in diritto amministrativo con la nozione di interesse pubblico (GUICCIARDI). Tale interpretazione è stata successivamente criticata da F. MERUSI, *Buona fede e affidamento, cit.,* in ragione del fatto che l'interesse pubblico viene interpretato non come interesse identificato da una norma ma come principio integratore della disciplina amministrativa e dunque come clausola generale non codificata. Secondo altra autorevole opinione (U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa,* Padova, 1965, 280), non solo non vi è alcun ostacolo all'applicabilità della buona fede, ma ciò è coerente con la natura stessa dell'amministrazione imparziale; la buona fede sarebbe dunque riconducibile al principio costituzionale dell'imparzialità con riferimento all'attività di riesame, di modifica e di realizzazione delle scelte precedentemente adottate. Al contrario, M.S. GIANNINI (*Diritto amministrativo,* Milano, 1993, 35) si dimostrava restio ad introdurre istituti e regole improntati a rapporti paritari, tipicamente privatistici. Mentre infatti nel diritto privato il principio di buona fede riguarderebbe interessi comunque superiori che trascendono la volontà delle parti, nel diritto amministrativo il principio sembra più coincidere con lo stesso interesse pubblico perseguito. Successivamente lo stesso Giannini riconosceva la rilevanza del principio di buona fede e di quello dell'affidamento, così come elaborati dalla giurisprudenza, da intendersi in senso oggettivo sia per i comportamenti di diritto pubblico che per quelli di diritto privato. Più recentemente è stato fatto riferimento al principio cd dell'autolimite (P.M. VIPIANA, *L'autolimite della pubblica amministrazione*, Milano, 1990, 154), che si avvicina al principio di buona fede e si caratterizza per la fissazione *ex ante* dei criteri decisionali .

conversione dell'interesse del privato nel suo equivalente economico, con una utilizzazione peraltro impropria del termine indennizzo che indicherebbe solo la riconducibilità della misura riparatoria ad una attività della p.A. conforme a diritto.

Viceversa, ritenendo che l'indennizzo non possa equivalere al risarcimento del danno subito per effetto della revoca del provvedimento, permarrebbe in capo al destinatario l'interesse la mantenimento del provvedimento originario a sé favorevole[179].

3. MOMENTO VALUTATIVO E GIUDIZIO DI PREVALENZA DELL'INTERESSE PUBBLICO: *IUS POENITENDI* E SOPRAVVENIENZE.

Il riesercizio del potere pubblico è giustificato sia nel caso di sopravvenienze (*sopravvenuti motivi di interesse pubblico* e *mutamento della situazione di fatto*), laddove cioè la p.A. conservi un *potere* autoritativo discrezionale e di controllo sul permanere dei requisiti che giustificano l'opportunità dell'esercizio dell'azione, che per *ius poenitendi*[180].

L'art. 21 *quinquies* enuncia infatti, tra le cause di riesercizio del potere, "*sopravvenuti motivi di pubblico interesse, ovvero …mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*".

---

[179] Su questa seconda ipotesi, di un indennizzo inferiore alla misura del risarcimento, si veda la possibilità prospettata da alcuni Autori di calcolarlo secondo formule variabili . Per tutti, M. IMMORDINO, *Articolo 21- quinquies, cit., 515-516*.

[180] Sul piano dei presupposti l'art. 21-*quinquies* individua tre ipotesi: a) la sopravvenienza di motivi di interesse pubblico; b) il mutamento della situazione di fatto; c) la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Qualche problema sussiste nel definire e circoscrivere l'ultimo presupposto, ovvero la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, con esclusione di un mutamento delle circostanze di fatto in base alle quali era stato emanato il provvedimento di primo grado, si veda G. LIGUGNANA, *Vecchie e nuove questioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo, www.giustamm.it*. La disposizione infatti appare suscettibile di due diverse interpretazioni. Il termine "*nuova valutazione*" potrebbe intendere un rinnovato apprezzamento di interessi che, seppur fossero stati presenti e dunque ponderati in primo grado, abbiano modificato il proprio peso o la propria rilevanza. A tale interpretazione se ne contrappone quella, meno restrittiva, che ammette anche un mero riesame di fatti e interessi immodificati nel tempo. Tale ultima interpretazione sancirebbe l'ingresso dello *ius poenitendi* tra i motivi di revoca. Sulla tripartizione dei presupposti, va segnalata la posizione di M. IMMORDINO, *op. cit.,* p. 501, che si ritiene di condividere, secondo cui l'interesse pubblico sopravvenuto non sarebbe una ipotesi autonoma ma andrebbe accorpata con le circostanze di fatto sopravvenute, dal momento che in ogni caso l'esercizio del potere di revoca è legato al mutamento del pubblico interesse da apprezzarsi con riferimento alla variazione della circostanze di fatto.

Deve fin d'ora sottolinearsi che nella disciplina della revoca non è previsto alcun termine per l'esercizio delle relative facoltà, neppure nel caso in cui essa intervenga per *ius poenitendi* [181].

Avendo riguardo alle situazioni private che a tale potere si oppongono, la previsione normativa nulla dice se non che, qualora la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, sull'amministrazione grava l'*obbligo di provvedere al loro indennizzo*.

Ciò sembrerebbe implicare la necessaria soccombenza di ogni interesse privato (e quindi anche di ogni diritto) di fronte a una valutazione, del tutto discrezionale (accentuata nelle ipotesi di revoca per *ius poenitendi*) della p.A.

Dunque in prima battuta occorre definire i limiti di tale potere e, in secondo luogo, dare un senso alla previsione di un indennizzo.

La valutazione circa l'assenza di una attuale rispondenza dell'atto revocando alle esigenze pubbliche è rimessa alla p.A. e avviene sulla base di indici presuntivi ricavati da una nuova valutazione degli elementi posti a fondamento dell'atto al momento della sua adozione e dalla constatazione dell'insussistenza delle ragioni di opportunità che avevano sostenuto il provvedimento all'atto della sua emanazione.

---

[181] Una brevissima parentesi sulla previsione della ragionevolezza del termine nell'annullamento d'ufficio e sulle conseguenze, in ordine all'affidamento, della sua mancata previsione nell'ipotesi di revoca. La dottrina passata ha evidenziato più dubbi in ordine a tale canone, che potrebbe decorrere sia dall'adozione dell'atto, sia dal momento in cui si è verificato il presupposto dell'annullamento (ovvero quando la P.A. sia venuta a conoscenza dell'illegittimità del provvedimento), ritenendo che detta "ragionevolezza" non possa esser valutata solo avendo riguardo alla congruità dell'arco temporale decorso dall'emanazione del provvedimento da revocare, dovendo piuttosto aversi riguardo all'uso –per così dire – che il destinatario del provvedimento ha fatto dello stesso, oltre che del tempo trascorso. Per ciò che invece attiene alla revoca e all'affidamento ingenerato nel privato, quello che si intende tutelare è la situazione del beneficiario del provvedimento che si vuole successivamente revocare. A tal fine particolare attenzione meritano le conseguenze che in concreto quel provvedimento ha prodotto (dalla sua emanazione al momento in cui si intende disporne la revoca) affinché l'interesse del privato possa sembrare meritevole di tutela a fronte di un altrettanto meritevole interesse pubblico che imporrebbe la revoca del provvedimento *de quo*. Viceversa sarebbe difficile sostenere la prevalenza del principio dell'affidamento, che risulterebbe privo di qualsiasi contenuto, riducendosi ad un mero affidamento psicologico, qualora la situazione di fatto non si sia modificata a seguito dell'emanazione del provvedimento. Dunque, se non si può ritenere opportuno né auspicabile un intervento demolitorio da parte dell'Amministrazione, non può dirsi lo stesso qualora il tempo trascorso non abbia modificato la situazione preesistente (né dunque consolidato tale modificazione). Sull'opportunità di prevedere un termine *ragionevole* nell'ipotesi di revoca per *jus poenitendi*, si veda S. TARULLO, *op. cit.,* 242 ss; M. IMMORDINO, *op. cit.*

Nel comune esercizio dei poteri di autotutela si chiede alla p.A., oggi anche in virtù del rinvio espresso ai principi di diritto comunitario, di tenere in considerazione l'"affidamento delle parti" destinatarie del provvedimento soggetto a riesame oltre che del tempo trascorso dalla sua adozione.[182]

Nulla si dice però in merito al modo e alla misura in cui essa debba tenerne conto.

L'intento è abbastanza chiaro: cercare di porre un freno, ancorchè estremamente generico, all'esercizio di tale potere la cui determinazione è rimessa, paradossalmente, alla stessa Autorità agente.

L'individuazione dei connotati che l'interesse pubblico deve poter vantare per essere considerato tale da giustificare la rimozione dell'atto non è sempre agevole.

Pur non volendo mettere in dubbio i caratteri della *concretezza* e della *attualità,* essi risultano criteri troppo generici, soprattutto in ragione dell'accennata differenza tra le due tipologie di circostanze che giustificano la revoca, ovvero la revoca per sopravvenienze e la revoca *jus poenitendi,* all'interno delle quali sarebbe opportuno operare una differenziazione.

La seconda ipotesi crea, rispetto alle sopravvenienze, maggiori difficoltà poiché il momento valutativo del nuovo interesse che si ritiene prevalere sulla conservazione del provvedimento implica l'uso di un potere maggiormente

---

[182] Il principio del legittimo affidamento ha preso piede anche grazie alle previsioni comunitarie di un rapporto di equa proporzione tra l'interesse pubblico di cui la P.A. deve avere cura, e in virtù del quale agisce, e l'interesse privato che viene sacrificato. Già Romagnoli si era posto il problema dello scontro tra potere amministrativo e diritto soggettivo, che lo aveva affrontato in riferimento al diritto di proprietà. L'inviolabilità della proprietà, fino ad allora indiscussa, si scontrava con l'intangibilità dell'atto amministrativo, aprendo la strada all'idea che la prima dovesse recedere di fronte all'interesse pubblico. Sul punto e sui rapporti tra affidamento e buona fede, si veda già, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico,, cit.*. Nei confronti delle aspettative generate da un comportamento, si possono immaginare due modalità di concretizzazione del principio di buona fede: a) "la buona fede come obbligo di non contraddizione fra l'atto e il precedente comportamento, secondo una applicazione del brocardo *non venire contra factum proprium";* b) la buona fede come obbligo di correttezza, che implica una ponderazione degli interessi in gioco. Solo la prima interpretazione implica un filo diretto tra l'individuazione dell'affidamento e tutela della situazione giuridica soggettiva attraverso il principio di buona fede, implicando invece la seconda una valutazione in ordine alla ponderazione degli interessi. Nella letteratura tedesca successiva agli anni settanta si tende a respingere la connessione fra il principio di buona fede e la tutela dell'affidamento, che avrebbe una valenza autonoma e sarebbe riconducibile ad una logica diversa da quella che informa il principio di buona fede intesa in senso oggettivo e legata piuttosto all'esigenza che in uno Stato di diritto viga la certezza nei rapporti giuridici.

discrezionale, che raddoppierebbe il dislivello tra privato e pubblica Amministrazione.

Il privato dovrebbe soggiacere: (i) alla originaria emanazione del provvedimento; (ii) a una nuova valutazione dell'interesse pubblico; (iii) alla revoca del provvedimento laddove venisse ravvisato un interesse contrario a quello che impone di mantenerlo in vita.

La valutazione dell'*opportunità* della revoca del provvedimento muove da un giudizio di bilanciamento tra la necessità di garantire la certezza dei rapporti giuridici dando normale corso agli effetti propri di un provvedimento legittimo ma poggiante su un interesse ormai secondario e la diversa necessità di accordare prevalenza all'interesse sopravvenuto rispetto alle situazioni che si siano *medio tempore* create.

Occorre pertanto individuare con certezza quali sono i parametri per valutare la preminenza delle sopravvenienze rispetto alla situazione privata ormai consolidata.

Si è detto che occorre anzitutto far riferimento al decorso del tempo[183] e all'efficacia che quel provvedimento abbia avuto, cioè all'aver visto consolidarsi o meno i propri effetti[184].

A questo punto si pone però il problema di trovare il modo per conciliare l'esercizio del potere di revoca con i principi di buon andamento, coerenza delle scelte amministrative, affidamento e certezza del diritto, ovvero con quei principi comunitari che hanno trovato ingresso nel nostro ordinamento[185].

---

[183] Il decorso del tempo ha creato non poche incertezze, non risultandone univoca l'interpretazione, se debba cioè trattarsi del decorso del lasso temporale dall'emanazione del provvedimento, dal consolidamento dei suoi effetti o piuttosto dalla sopravvenienza del nuovo interesse che giustifica l'intervento.

[184] I riferimenti giurisprudenziali al decorso del tempo non implicano mai preclusioni vere e proprie, bensì si rimettono all'uso che di tale parametro fa la stessa amministrazione, non aggiungendo nulla di nuovo alla generica previsione legislativa. Si vedano per tutti: TAR Veneto, sez. III, 31 agosto 2000, n. 1506, che così si esprime: *«(...) è doveroso per la P.A. che provvede a distanza di tempo dare il giusto peso a tale elemento»*; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 26 luglio 1984, n. 266; T.A.R. Sardegna, 20 dicembre 1978, n. 441.

[185] Il richiamo al principio della certezza del diritto è inevitabile e deve intendersi come prevedibilità e stabilità delle conseguenze giuridiche. Esso deve peraltro essere considerato alla luce del principio di eguaglianza, nel rispetto dei rapporti costituiti da chi fece affidamento sulla vigenza della legge o sulla legittimità del provvedimento. La certezza del diritto tuttavia non comporta l'immodificabilità assoluta dei precetti legislativi nel corso del tempo; si deve quindi parlare in termini di comparazione di interessi, di bilanciamento di valore e di "esigenze di tollerabilità del mutamento" (così A.

Se il decorso del tempo non è un elemento sufficiente a precludere l'esercizio di un potere connotato dal carattere della ultrattività, esso deve coniugarsi con il secondo requisito che ricorre nella interpretazione della norma ovvero la valutazione degli effetti esplicati, consolidati in capo al destinatario del provvedimento[186].

Certo è che, anche a credere che tale parametro pretenda di essere risolutivo, non può non darsi atto del fatto che la legge nulla dispone in merito alle modalità di valutazione di tale circostanza, vincolando viceversa l'uso del potere esclusivamente a *sopravvenuti motivi di pubblico interesse*, al *mutamento della situazione di fatto* e alla *nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.*

Quanto detto sembra peraltro essere confermato dalla previsione di un obbligo di indennizzo quando la revoca dell'atto potrebbe comportare pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, implicitamente escludendo la possibilità che il potere si arresti dinanzi a situazioni private consolidate.

Deve inoltre sottolinearsi che laddove il legislatore è voluto intervenire, nelle diverse discipline di settore, ponendo alcuni limiti all'esercizio del potere pubblico, lo ha fatto prevalentemente fissando un termine che però, altrettanto spesso, non è stato previsto come integralmente preclusivo.

A tal proposito è forse il caso di sottolineare come sia necessaria una diversificazione della disciplina tra revoca per mutamento delle circostanza, cui certamente non può apporsi alcun vincolo temporale, e revoca *ius poenitendi*, che invece sarebbe opportuno subordinare almeno a un termine ragionevole per garantire la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici.

PREDIERI, *Certezza ed innovazione: la tutela dell'affidamento,* in *La certezza del diritto, un valore da ritrovare,* Atti del convegno di Firenze, 2-3 ottobre 1992, Milano, 1993, 36). Sulla certezza del diritto si vedano M. CORSALE, voce *Certezza del diritto,* in *Enc. Giur. VI,* Roma, 1988, 1; L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto,* in *Dig. Disc. Priv.,* II, Torino, 1988, 275.

[186] Tra le espressioni di volta in volta utilizzate dalla giurisprudenza si legge: «*considerevole lasso di tempo tra il rilascio e l'annullamento della concessione*», sopravanzato dall'ulteriore osservazione «se nell'arco di tempo il concessionario abbia intrapreso –o addirittura completato – la prevista attività edilizia (Cons. Stato, sez. IV, 14 luglio 1997, n. 709); «*breve lasso di tempo (...) senza che l'edificazione sia stata ultimata*» (Cons. Stato, sez. IV, 7 maggio 1997, n. 211); «*il potere di annullamento è messo in relazione al fatto che le opere, a suo tempo assentite, siano state ultimate o siano in stato di avanzata realizzazione*» (CGA, 8 maggio 1997, n. 98).

Le brevi considerazioni finora svolte non sono dunque valse, se non su un piano di astratta teoria generale, ad enunciare i criteri guida per l'esercizio del potere valutativo rimesso alla p.A. nell'adozione di un *contrarius actus* conformemente al mutamento della situazione di fatto.

Cioè si dice, la p.A. può agire revocando un provvedimento laddove vi sia stato un mutamento delle circostanze di fatto e dunque vi sia un nuovo interesse pubblico sotteso al provvedimento, con la considerazione che tale interesse è peraltro valutato dalla stessa p.A.

Resta pertanto da verificare in che misura tale potere pubblico è in grado di incidere unilateralmente e sulla base di una valutazione meramente discrezionale della posizione maturata dal privato, inibendo la produzione di effetti ulteriori del provvedimento soggetto a revoca.

4. ANNULLAMENTO D'UFFICIO.

L'annullamento d'ufficio nasce come privilegio dell'amministrazione, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento francese, spagnolo e tedesco, in cui l'annullabilità d'ufficio, così come la revocabilità, di un atto amministrativo che abbia prodotto effetti favorevoli al destinatario costituisce piuttosto l'eccezione ai principi generali vigenti in materia[187].

Attualmente gli strumenti di autotutela sono visti come mezzi di difesa dell'interesse pubblico (alla stessa nozione di autotutela parte della dottrina ha

[187] Si veda, ancora na volta, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, cit.*, 142, che individua come tratti caratterizzanti l'annullamento d'ufficio i seguenti: "a) il potere di annullare i propri atti viziati è fondato su di un tradizionale "privilegio" della pubblica amministrazione; b) nel nostro ordinamento l'attività di annullamento rientra nella funzione amministrativa e non, come accade in altri ordinamenti, in una funzione para-giurisdizionale (…); c) l'interesse curato dalla pubblica amministrazione nell'esercizio del potere di annullamento non è il ripristino della legittimità violata, ma l'interesse individuato dalla norma in base alla quale è stato emesso l'atto viziato; d) nel caso di atti amministrativi favorevoli viziati l'eventuale affidamento, generato nel destinatario dalla prolungata inerzia dell'amministrazione di fronte all'atto viziato, deve essere valutato dall'amministrazione secondo buona fede; e) il principio di buona fede che regola l'esercizio del potere di annullamento impone all'amministrazione una necessaria ponderazione, regolata dal principio logico di proporzionalità fra l'interesse dell'amministrazione all'annullamento (…) e l'interesse rappresentato dalla situazione di vantaggio generatasi a favore del destinatario dell'atto".

preferito quella di amministrazione attiva, che indica proprio la finalizzazione dell'azione amministrativa al conseguimento dell'interesse pubblico)[188].

L'annullamento d'ufficio è, tra i vari mezzi di autotutela, quello che maggiormente si lega al principio di legalità, avendo come presupposto l'illegittimità dell'atto annullato.

Il rapporto, di convergenza, tra autotutela e principio di legalità assume un rilievo diverso tra l'ordinamento statale e quello comunitario, rendendosi più forte in quest'ultimo.

In materia di autotutela infatti il diritto comunitario è più restrittivo di quello statale: esso ammette il ritiro per ragioni di illegittimità ma non anche per ragioni di opportunità (o almeno non di regola)[189].

L'elemento del ripristino della legalità è rafforzato rispetto al perseguimento di un interesse pubblico specifico.

---

[188] Sugli sviluppi del rapporto legalità-autotutela, si veda B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa,* 53° Convegno degli Studi Amministrativi di Varenna, Settembre 2007. L'Autore rileva come l'autotutela amministrativa conservi il duplice volto di garante della legalità e di privilegio dell'amministrazione, nonché la circostanza per cui nel diritto nazionale l'autotutela amministrativa possa costituire un fattore di uniformità del diritto in ambito nazionale e un presidio della legalità nei confronti dell'autonomia degli enti e uffici pubblici.

[189] La normativa comunitaria non conosce peraltro la distinzione tra annullamento e revoca, ma indica genericamente il *ritiro* dell'atto. Sulla possibilità di ritirare atti divenuti inoppugnabili a livello nazionale, si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Dàmaso Ruiz-Jarabo Colomer, in cause riunite C-392/04 e C-422/04. La vicenda atteneva alla interpretazione di alcuni articoli della direttiva CE 97/13, avente ad oggetto la liberalizzazione del mercato delle comunicazioni elettroniche. L'oggetto della questione era rappresentato dalla possibilità di riesaminare gli avvisi di liquidazione per la concessione di licenze nel settore dei servizi di telecomunicazioni divenuti definitivi, nello stato tedesco, per decorso del termine di impugnazione. Sul riesame degli atti, l'Avvocato generale, avendo riguardo alla disciplina nazionale, distingue fra tre istituti disciplinati dalla legge tedesca sul procedimento (Verwaltungsverfahrensgesetz, del 25 maggio 1976). Il primo, di cui all'art. 51, attiene alla "riapertura del procedimento" su istanza dell'interessato e mira all'annullamento o alla modifica di un atto per cause sopravvenute (costituisce perciò una revisione *striato sensu)*. Gli altri due istituti si differenziano per il carattere legittimo o illegittimo della risoluzione analizzata. Il secondo, di cui all'art. 49, ne prevede la "revoca", neutro il terzo, disciplinato dall'art. 48, il "ritiro", sul presupposto che "*un atto amministrativo illegittimo può, anche dopo esser divenuto inoppugnabile, essere ritirato in tutto o in parte con effetto per il futuro o per il passato".* La controversia si fonda sulla possibilità di revocare, "per illegittimità comunitaria", gli avvisi di liquidazione irregolari, anche se non più impugnabili. Nelle conclusioni dell'Avvocato Generale segue una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza sul tema e sul principio della certezza del diritto. Tale principio, ritiene l'Avv. Generale, può diventare un ostacolo per l'uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario; perciò a tale principio non può essere attribuita valenza generale. Il limite della certezza del diritto assume perciò una valenza e una connotazione spiccatamente soggettiva. L'avvocato conclude per cui per il dovere degli Stati membri di riesaminare, all'occorrenza, gli atti amministrativi applicando gli strumenti offerti dai rispettivi ordinamenti, avendo la possibilità di eseguire un nuovo controllo degli atti amministrativi irricorribili ove presentino alcune anomalie.

Si pensi ai casi in cui la Corte ha affermato l'obbligo per l'autorità nazionale di "revocare", in forza del diritto comunitario, la concessione di un aiuto concesso illegittimamente o comunque incompatibile con i principi comunitari[190].

Sia la Corte di Giustizia che la Cedu tendono però in linea di massima a negare la possibilità di revocare gli atti legittimi; ciò per il *favor* manifestato per il legittimo affidamento e al fine di garantire la certezza dei rapporti giuridici.

La commistione tra i diversi ordinamenti, nazionali e comunitario, trova però alcuni ostacoli tra cui quello della assenza di una piena corrispondenza tra gli istituti.

Si pensi alla "revoca" comunitaria, che si avvicina più al controllo di legittimità di cui all'art. 230 (ex 173) del Trattato, e dunque al nostro annullamento d'ufficio, che non all'omonimo istituto nazionale.

Occorre in proposito sottolineare che la logica comunitaria si fonda, a differenza di quella nazionale, piuttosto sul principio generale e onnicomprensivo del *ritiro* dell'atto e non invece sulla distinzione tra annullamento e revoca. E tale ritiro, cui raramente si ricorre, è fondato su ragioni di legittimità e non di mera opportunità[191].

Il ricorso all'annullamento d'ufficio presuppone in primo luogo l'illegittimità del provvedimento amministrativo, oltre che la sua inopportunità.

La normativa non ha previsto però i criteri che si devono utilizzare per la comparazione degli interessi configgenti, né per la esatta determinazione di ciò che deve intendersi alla stregua di "termine ragionevole", oltre il quale è precluso l'annullamento del provvedimento[192].

---

[190] Si vedano C. giust. CE, 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan* e, di recente, T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2049, che richiama C. giust. CE, causa C-453/2000, *Kühne e Keitz*.

[191] Sulla "revoca" comunitaria, si vedano le decisioni *Algera* (C. giust. CE, 12 luglio 1957), *SNUPAT (*C. giust. CE, 17 luglio 1959) e *Hoogovens* (C. giust. CE, 19 settembre 1985, cause riunite 172/83 e 226/83).

[192] La giurisprudenza unanime ritiene insufficiente, ai fini dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, l'illegittimità dell'atto, proprio in virtù del necessario riguardo che deve aversi per le posizioni giuridiche consolidatesi *medio tempore*. Le circostanze che giustificano il ricorso all'annullamento d'ufficio sono, oltre ovviamente all'esistenza giuridica del provvedimento, la ricorrenza di uno dei vizi di legittimità del provvedimento e la sussistenza di ragioni di interesse pubblico. La concomitanza delle condizioni indicate non giustifica di per sé il ricorso

Gli unici elementi indicativi appaiono l'art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990 e l'art. 1, comma 136 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria per il 2005), nonché la Direttiva del Ministero della funzione pubblica del 17 ottobre 2005.

L'esclusivo limite imposto alle p.a. sembra essere la valutazione dell'entità del danno cagionato agli interessati (che deve essere *il minor danno possibile* agli interessi coinvolti e *solo se strettamente necessario*).

Anche il Ministero della Funzione pubblica, nella direttiva citata, ha voluto limitare fortemente l'esercizio del potere di ritiro della p.a., riconoscendo piena dignità giuridica alle posizioni del privato che potrebbero essere compresse da un uso improprio dell'azione amministrativa.

A tal proposito soccorre il principio di proporzionalità, di derivazione comunitaria, in aggiunta a quelli che governano l'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1 della l. 241 del 1990[193].

5. REVOCA.

Da sempre nella ricerca del contenuto e della legittimazione del potere di revoca, l'attenzione è stata rivolta sia ai limiti idonei a circoscrivere la portata applicativa di detto potere, sia ai requisiti di legittimità del medesimo[194].

---

all'annullamento se questo non sia sorretto da una adeguata comparazione tra l'interesse pubblico e quelli privati, destinati ad essere conculcati. Interessante sul punto è la sentenza del TAR Campania, Napoli, Sez. I, 2 novembre 2006, n. 6431. La vicenda investiva un provvedimento di ritiro, in sede di autotutela, di una concessione per la costruzione e la gestione di un ospedale affidata mediante la procedura di *project financing.* Con tale pronuncia, contrariamente all'indirizzo maggioritario, il TAR ha ritenuto soddisfatto il requisito della sussistenza dell'interesse pubblico per la mera enunciazione dello stesso. In realtà i provvedimenti di secondo grado soggiacciono a vincoli ben più stringenti, che impongono un gravoso onere motivazionale in ordine alla valutazione e alla sussistenza del pubblico interesse.

[193] Sul punto, si veda A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa,* Padova, 1988.

[194] Si veda M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento,* Torino, 1999, p. 14, in cui si individuano come limiti idonei a circoscrivere la portata applicativa del potere di revoca: il carattere vincolato dell'atto, il contenuto dell'atto, l'essere l'atto manifestazione della cd. discrezionalità tecnica, il carattere paragiurisdizionale della decisione amministrativa, indisponibilità degli effetti, esaurimento degli effetti, necessità di uno specifico provvedimento per rimuovere gli effetti del precedente provvedimento, situazioni soggettive di vantaggio nate dall'atto revocando etc. Nella seconda categoria invece rientrerebbero le situazioni giuridiche soggettive favorevoli; l'esigenza che l'interesse pubblico sotteso al provvedimento di revoca mostri i caratteri della concretezza e dell'attualità etc.

Nell'ambito di uno schema ricostruttivo dell'istituto va sicuramente premessa una brevissima riflessione in ordine all'inquadramento del procedimento di revoca all'interno della categoria classica dell'autotutela o piuttosto in quella indicata come potere di amministrazione attiva.

Si è detto che la revoca viene annoverata tra le figure che tradizionalmente si inseriscono nelle classiche forme significative dell'autotutela decisoria, insieme all'annullamento d'ufficio[195].

Tuttavia la dottrina più recente parla di *potere di amministrazione attiva*, anziché di *potere di autotutela* in virtù della finalizzazione dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, che giustifica l'inesauribilità di detto potere.

A ben vedere tale *querelle* sulla natura giuridica del potere di revoca (e più in generale sul potere d riesame) è in realtà un falso problema che poggia su un equivoco ovvero su un mero formalismo terminologico[196].

Il fatto che l'Amministrazione "non tuteli sé stessa"[197], come è stato più volte detto, ma che piuttosto conformi costantemente la propria azione all'interesse pubblico attuale, anche attraverso il riesercizio del medesimo potere, non sembra poter vanificare una categoria generale del diritto, quella dell'autotutela

Se infatti il presupposto per il legittimo esercizio dell'azione amministrativa è sempre e comunque il perseguimento di un interesse pubblico, le due categorie, nonché i poteri a ciascuna connessi, sembrano di fatto sovrapporsi[198].

---

[195] Qualche perplessità tuttavia residua in merito alla collocazione della revoca nella categoria dell'autotutela in quanto non tutti i procedimenti di revisione possono dirsi espressione del potere di autotutela (si pensi alla variante di un PRG).

[196] Sulle argomentazioni espresse a favore e su quelle contrarie, si veda S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005, 237.

[197] Cfr. M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *(voce) Revoca del provvedimento amministrativo,* in S. CASSESE (a cura di), *Diz. Dir. pubb.,* Milano, 2006, 5203.

[198] Già negli anni '90 un'autorevole dottrina (G. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo,* Padova, 1996, p. 397), riconducendo i poteri di riesame alla categoria dogmatica dell'autotutela, affermava che l'amministrazione "*perviene alla consapevolezza di meglio soddisfare l'interesse specifico perseguito con l'esercizio della funzione attiva*".

Ciò, si badi, lungi dall'affermare l'identità tra autotutela pubblica e autotutela privata.

La funzione amministrativa cd *attiva* sembra perciò più duplicare che non soppiantare la categoria dogmatiche tradizionale dell'autotutela che pure rende la revoca strumento per la continua verifica dell'adeguatezza dei risultati raggiunti, ancorandola all'efficacia dell'azione amministrativa.[199].

Si è detto che l'autotutela amministrativa deve essere ricondotta al *potere* pubblico, senza con ciò voler pretendere di rievocare la figura dell'"*atto di imperio*" che caratterizzò tutta la cultura ottocentesca[200].

Detto potere costituisce indubbiamente una prerogativa pubblicistica che nasce in virtù di una assegnazione operata dalla legge in via generale[201].

E' stato detto che i poteri pubblici consentono ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi, per così dire, di *prerogative che esorbitano dal diritto comune*[202].

---

[199] S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici,* ivi, 237. Sul punto si veda anche G. DI FIORE, *Il riesame del provvedimento,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005, 229. Contro la qualificazione in chiave di autotutela del procedimento di revoca, la dottrina offriva sostanzialmente due argomentazioni: una di carattere terminologico, a nostro avviso facilmente superabile in quanto generata da un equivoco di fondo, per cui la p.A. nei procedimenti di riesame non tutelerebbe se stessa ma eserciterebbe piuttosto la funzione già esercitata con il primo provvedimento e un secondo argomento, di carattere dogmatico, stante l'insussistenza di un solido fondamento normativo del potere di autotutela anteriormente alla codificazione del potere di revoca avvenuta con l'art. 21 *quinquies.*

[200] Si veda U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi,* in *Studi senesi*, 1901-1902, ora in *Studi di diritto pubblico,* vol. I, Padova, 1976; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di imperio e di gestione,* in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento,* vol. I, Milano, 1905, ora in *Scritti giuridici scelti,* vol. III – *Gli atti amministrativi,* Napoli, 1992. Si ricorda come la cultura giuridica preesistente allo Stato liberale faceva discendere la facoltà di coercizione del potere amministrativo direttamente dalla sua interpretazione come potere sovrano. Tale concezione risentiva evidentemente di un clima storico in cui la potestà statale costituiva la massima espressione del senso di identificazione nazionale. E' fuor d'ogni dubbio tuttavia l'inammissibilità di una siffatta interpretazione del potere, se si pensa che tanto il potere legislativo, quanto gli altri poteri dello Stato no dispongono generalmente di una immediata possibilità di coercizione.

[201] Si vedano F. PAPPARELLA, *Revoca (dir. amm.), Enc. Dir.,* XL, Milano, 1989; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi,* Milano, 1956. La stessa opinione è concordemente condivisa dalla giurisprudenza, che qualifica il potere di revoca come potere di carattere generale, esercitatile anche in assenza di una espressa previsione legislativa, purchè si verta nell'ipotesi di provvedimento costituenti esercizio di amministrazione attiva, ancora efficaci.

[202] Fu l'Avv. Generale *Mayars* che per primo qualificò, nella causa *Reynes* (21 giugno 1974, C-2/74), il potere pubblico come l'incarnazione della potestà sovrana dello Stato, tale da consentire ai soggetti

Il potere di revoca, rafforzativo del predetto potere pubblico, è un potere costitutivo volto ad incidere sulla efficacia e sull'esecutorietà del provvedimento amministrativo oggetto di revoca[203].

Nessun limite all'esercizio di tale forma di potere può peraltro ravvisarsi nel carattere negoziale che l'azione pubblica talvolta assume al ricorrere di determinate circostanze, in quanto anche la volontà pubblica che trova espressione negli accordi con i privati può essere oggetto di annullamento[204].

Del resto né la qualificazione formale degli atti, né la soggettività pubblica costituiscono validi limiti all'esercizio del potere pubblico, che ben può sussistere tanto in presenza di un accordo sostitutivo del provvedimento quanto nell'ipotesi in cui la funzione pubblica venga esercitata da soggetti che *partecipano* all'esercizio del medesimo potere, non essendo escluso che un soggetto terzo rispetto alla P.A., esercente alcune funzioni amministrative, possa svolgere contemporaneamente attività economiche e funzioni pubbliche[205] .

---

investiti di tali poteri di avvalersi di *prerogative*, *privilegi* e *poteri coercitivi* a cui i privati devono sottomettersi.

[203] Sul potere amministrativo si ricordano gli studi di A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione, Riv. Trim. dir. pubb.,* 1964, che rileva come la possibilità di realizzare coattivamente le statuizioni di un provvedimento amministrativo rappresenta (solo) uno degli aspetti sotto cui il problema della coazione amministrativa può presentarsi (oltre l'analisi del campo degli obblighi di non fare e del potere di realizzazione delle misure coattive *in rem* e *in personam*). Il principio dell'esecutorietà dei provvedimenti amministrativi sta a significare che l'Amministrazione è costantemente assistita da una garanzia: quella di potere in ogni momento assicurare l'osservanza degli obiettivi posti a fondamento dei doveri di diritto pubblico, attraverso i mezzi coattivi che sono le sono stati messi a disposizione. Tuttavia non può non ricordarsi che il problema della coercizione amministrativa non si identifica con quello dell'esecutorietà in quanto tale ultimo potere sussiste indipendentemente dalla fonte, legislativa o provvedimentale, del dovere. Sul punto, si veda anche U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi,* in *Studi senesi*, 1901-1902, ora in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1976.

[204] Si veda Cons. Stato, IV, 6 novembre 1998, n. 1448, in *Foro amm.* 1998, 3004. Gli esempi delle forme di esercizio del potere pubblico in via, per così dire, implicita, sono innumerevoli. Nonostante le innumerevoli riforme intese a garantire la partecipazione del privato all'esercizio della funzione amministrativa, poche in effetti sono i casi in cui tale partecipazione si risolve in una pariordinazione dei due soggetti (per lo più esclusivamente nell'adozione di atti paritetici). Ciò anche laddove la funzione amministrativa si lega maggiormente alla fase imprenditoriale Si pensi alla contrattualistica della P.A., alla fase di presentazione delle offerte, in cui l'Amministrazione aggiudicatrice individua dettagliatamente la disciplina attraverso il bando e il capitolato d'oneri, lasciando al privato solo la possibilità di presentare una offerta economica; si pensi alla delibera a contrarre come strumento di procedimentalizzazione della gara pubblica, ancora, alla procedura di *project financing* , disciplinata dal codice de Lise,in cui l'apporto del privato acquisisce sicuramente uno spazio più ampio (essendo rimessa al privato stesso la progettazione), ma rimane sempre subordinato al riconoscimento (e alla formale approvazione) di tale facoltà da parte del *potere pubblico*, cui spetta l'ultima parola.

[205] Sul problema della possibilità che un soggetto privato possa adottare atti amministrativi, sottoposti dunque alla relativa disciplina sostanziale e processuale, si vedano le autorevoli voci di M.S. GIANNINI,

Il riconoscimento di alcuni atti come sostanzialmente autoritativi è stato implicitamente rafforzato anche dall'ormai celebre sentenza della Corte Cost. n. 204/04, che ha confermato la competenza del giudice amministrativo a conoscere, in via esclusiva, delle controversie nascenti dai medesimi accordi[206].

Dunque neppure l'utilizzazione del modulo consensuale vale a privare la p.A. – che non agisca *iure privatorum* – del potere connesso con l'esercizio delle sue funzioni.

Il provvedimento amministrativo, sia esso formalmente tale o solo sostanzialmente così inteso, è sempre caratterizzato dalla facoltà della p.A. di perseguire in via unilaterale l'interesse pubblico che viene di volta in volta in rilievo, con il corrispondente e concomitante potere di incidere unidirezionalmente sulle situazioni giuridiche private contrapposte[207].

Atto amministrativo, in *Enc. Dir.,* IV, 1959 e di A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1989. La prima apertura al riconoscimento della possibilità che i soggetti privati potessero porre in essere atti a tutti gli effetti qualificabili come "amministrativi", è avvenuta con la sentenza della Cassazione, SU, 29 dicembre 1990, n. 12220, attraverso la teoria dell'*organo indiretto*. Tale teoria, di elaborazione giurisprudenziale, considera i concessionari di servizi e lavori, quali organi indiretti della P.A. Sul punto si rinvia anche a F. DE LEONARDIS, *Il concetto di organo indiretto, verso nuove ipotesi di applicazione dell'esercizio privato di pubbliche funzioni,* in *Dir. amm.,* 1995, 3. Si veda la stessa nozione di "pubblica amministrazione" nel diritto comunitario, che comprende l'insieme dei soggetti la cui attività *partecipa all'esercizio del potere pubblico*. Nelle conclusioni dell'Avv. Generale *Dàmaso Ruiz-jarabo Colomer*, causa C-292/05, nel ricordare la relazione *Schlosser*, si ricorda che nell'ordinamento giuridico degli Stati membri originari, lo Stato in quanto tale o gli enti con finalità pubbliche, come i comuni o le province, possono comparire in due diversi modi nei rapporti giuridici, a seconda che siano assoggettati alle norme del diritto pubblico o privato, considerandosi gli atti di diritto pubblico alla stregua di emanazioni del potere sovrano in quanto espressione di una potestà pubblica di imperio.

[206] Sulla analogia funzionale tra revoca e recesso unilaterale della p.A. negli accordi, sia consentito rinviare, *infra,* § 6.

[207] Si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2007. L'Autore esprime a chiare lettere la connotazione autoritativa del potere amministrativo, da sempre rivolto esclusivamente alla cura degli interessi pubblici, indipendentemente dalla natura favorevole o sfavorevole degli effetti che esso è in grado di produrre. Così inteso, il carattere dell'autoritatività ricorre anche nelle ipotesi in cui la produzione dell'effetto sia subordinata al consenso del destinatario. Contro, V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*", *op. cit* L'Autore infatti ritiene non autoritativi gli atti che, essendo ampliativi della sfera giuridica dei destinatari, sono in grado di produrre effetti solo subordinatamente al consenso dei medesimi. Tuttavia, se è vero che a fondamento dell'autoritatività deve ritenersi esserci, come è stato detto, l'unilateralità della gestione dell'interesse pubblico, essa indubbiamente ricorre anche nei provvedimenti a carattere ampliativi della sfera giuridica dei privati. Altro discorso è la circostanza per cui il potere esercitato della P.A. non sia comunque privo di limiti legali, oltre l'interesse pubblico. Si pensi ai principi di *tipicità* e *nominatività* riferibili ai provvedimenti amministrativi. Sul punto, E. CASETTA, *cit.,* 497, che individua nella "tipicità" la predefinizione delle tipologie di vicende giuridiche che possono essere prodotte dall'amministrazione e nella "nominatività" la predeterminazione degli elementi del potere che può essere legittimamente esercitato per produrre quegli effetti.

Se quanto detto è vero, l'autoritatività risulta essere il comune denominatore dei provvedimenti amministrativi, salvi gli atti paritetici[208].

In quest'ottica il potere di revoca è senz'altro un potere generale, compreso in quello esercitato in primo grado, tanto che si parla di *ontologica inesauribilità del potere,* stante la *continua ricerca dell'interesse pubblico concreto*[209].

Esso è dunque ragionevolmente configurabile come una nuova espressione di autoritatività connessa al potere esercitato nello svolgimento di una funzione pubblica (si pensi anche agli atti sostanzialmente amministrativi, di cui si è detto, agli atti emanati dalle Autorità indipendenti etc.)[210].

Tale ulteriore potestà consente allo stesso organo, o ad altro previsto dalla legge, di intervenire sul proprio operato ponendo in essere un "*contrarius actus",* salve le formalità prescritte per la (ri)adozione di un (nuovo) provvedimento (si pensi alle tutele apprestate in tal senso, dall'obbligo di motivazione, in ragione della necessaria ed adeguata giustificazione causale che deve esser fornita per la compressione degli ambiti di libertà degli amministrati a seguito dell'esercizio del potere pubblico, nonchè alla necessità di comunicare l'avvio del procedimento di revoca, anche in virtù del parallelismo tra tutela e autotutela)[211].

---

[208] Contro, V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*

[209] Così G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La persistente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la l. 15/2005 e la sua effettiva consistenza,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005. Sul carattere generale del potere di revoca, ormai positivizzato, e sulla possibilità che esso costituisca una attribuzione per così dire "implicita" del potere stesso e dunque possa essere esercitato anche al di fuori di una espressa previsione legislativa, si era già espressa gran parte della dottrina e giurisprudenza (già T.A.R. Lombardia, Milano, 17 luglio 1982, n. 490). Con la riforma della legge sul procedimento è stato dato un fondamento normativo (tanto) al potere di revoca (quanto a quello di annullamento).

[210] Le stesse Autorità, in ragione dei settori di interesse che costruiscono oggetto del loro operato, sono vincolate ai medesimi principi generali in tema di revoca dei provvedimenti amministrativi; la considerazione pertanto di tutti gli interessi coinvolti, sia collettivi che privati, e la motivazione del relativo provvedimento. Si veda, nell'ambito dell'energia elettrica, in tema di modifica di un regime tariffario speciale, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 27 maggio 2005, n. 1146, in *Juris Data,*Giuffrè, 2005.

[211] L'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, di cui al nuovo art. 21 *octies,* pone non pochi problemi in ordine alla sua applicazione al procedimento di revoca. Si veda M. IMMORDINO, A. CONTIERI, *L'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca,* in *Studi in onore di V. Spagnolo Vigorita,* in corso di pubblicazione. In primo luogo occorre verificare la riconducibilità o meno della comunicazione di avvio del procedimento ai cd. limiti all'esercizio legittimo del potere di

Tale potere è capace di incidere tanto sul presupposto "soggettivo" dell'affidamento, cioè sulla situazione di fiducia che un provvedimento ormai stabile ingenera nel destinatario, quanto su quello "oggettivo", ovvero sulla legittima aspettativa del privato che la p.A. si comporti in ogni caso secondo correttezza[212].

5. *a*) LA "POSITIVIZZAZIONE" DEL POTERE DI REVOCA E IL RINVIO AI PRINCIPI DI DIRITTO COMUNITARIO.

Il fondamento del potere di revoca, come si è accennato, è stato di volta in volta individuato nei principi di efficacia e di buon andamento dell'azione amministrativa.

La ricerca ha tuttavia perso interesse con l'esplicita previsione normativa di tale potere.

Con la novella del 2005 infatti, sia il potere di revoca che quello di annullamento d'ufficio hanno finalmente trovato una esplicita previsione normativa.

---

revoca e dunque la conseguente inapplicabilità a tali procedimenti della disposizione di cui al comma 2 dell'art. 21 *octies*. Gli Autori ritengono, avallati dalla giurisprudenza, che la comunicazione d'avvio sia una condizione di legittimità del procedimento di revoca. Tale rigore è giustificato dalla considerazione del carattere discrezionale della scelta amministrativa di revocare il provvedimento sulla base della comparazione degli interessi contrapposti. Meriterebbe peraltro forse menzione la distinzione tra revoca per sopravvenienza e revoca *jus poenitendi,* cui si è già accennato, suscitando senz'altro più dubbi l'ipotesi di revoca legata a sopravvenute esigenze di interesse pubblico, non legate alla sopravvenienza di nuove circostanze, e per ciò stesso caratterizzata da un elevato grado di discrezionalità. Sono fatte salve le cd. *revoche improprie* (ovvero ipotesi di decadenza, rimozione e atti sanzionatori).

[212] Sul punto, molto chiaro è il contributo di G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo, Dir. amm.,* 4, 2002. Ovviamente il decorso del tempo può aver creato situazioni più o meno stabili, si pensi all'ipotesi di revoca di autorizzazioni o di altri atti costitutivi. Ebbene in tal caso i privati che vedranno revocare il provvedimento autorizzatorio (ad esempio all'esercizio di una attività imprenditoriale) saranno maggiormente penalizzati dal provvedimento di revoca. Altro discorso è poi quello relativo all'individuazione dei soggetti interessati dal secondo atto e come tali titolari del diritto all'indennizzo. Nel caso di esercizio di una attività commerciale è infatti di tutta evidenza il fatto che il diretto destinatario sia solo il soggetto autorizzato ma altrettanto evidente è che la chiusura dell'esercizio inciderà anche su tutti i soggetti terzo con cui il primo intratteneva rapporti inerenti l'esercizio commerciale. Si veda anche lo studio di M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino,1999. Per uno studio sul potere di revoca sia consentito rinviare anche a M. SINISI, *Il "potere" di revoca,* in *Dir. amm.,* 2007, 3.

Per lungo tempo la discussione sul potere di revoca ha impegnato la dottrina che si è mossa tra i principi generali dell'azione amministrativa per individuarne il fondamento[213].

Al fine di legittimare l'amministrazione cosiddetta di risultati, si è fatto ricorso al principio costituzionale di buon andamento, oltre che a quello di efficienza di cui all'art. 1, l. 241/90[214].

Tuttavia il rinvio a detti principi generali appariva comunque inidoneo a soddisfare l'esigenza di dare un fondamento normativo a ciascun potere autoritativo, imposta dal principio di legalità.

Con la previsione dell'art. 21 *quinquies* convergono i principi di efficacia e proporzionalità dell'azione amministrativa con il principio di legalità.

Deve peraltro darsi atto del riconoscimento dei principi comunitari operato dall'art. 1, l. 241/90 e s.m., cui espressamente esso rinvia nell'individuazione dei criteri generali dell'attività amministrativa.

In tal modo trovano formalmente ingresso nel nostro ordinamento i principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto, entrambi correttivi indispensabili all'esercizio dell'azione amministrativa.

L'azione amministrativa e dunque per ciò che si è detto anche il *potere* di revoca, si conforma così ai principi comunitari, in ossequio al principio del *diritto ad una buona amministrazione,* che maggiormente rilevano, come si vedrà, in sede di bilanciamento tra i valori del legittimo affidamento maturato dal destinatario del provvedimento revocando e l'interesse pubblico sopravvenuto[215].

---

[213] Da sempre è stata minoritaria quella parte della dottrina che ha ritenuto tassativo il potere di revoca, legando la revocabilità di un provvedimento solo ove questa fosse espressamente prevista ad una norma di legge. Si veda S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi, in Studi in memoria di Vittorio Bachelet, II. Amministrazione e garanzie,* 1987, 663. Il problema nasceva dall'esigenza di conciliare il principio che impone all'Amministrazione un continuo e costante adeguamento della propria azione al mutato interesse pubblico, con il principio di legalità quale strumento di tutela delle posizioni giuridiche dei privati.

[214] Si veda M. IMMORDINO, *op. cit.,* 83.

[215] Sul punto cfr. L. FERRARA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento ,* Torino, 2005, 54. L'Autore analizza l'intervento comunitario alla luce della tripartizione classica dei principi fondamentali, ovvero: a) principi assiomatici, ovvero *principi generali connessi alla presenza di un ordine legale*; b) principi strutturali, ovvero *derivati dalle caratteristiche proprie dell'ordine legale comunitario;* c)

6. IL RECESSO: POTERE O FACOLTÀ? LA DISCIPLINA DEGLI ACCORDI E LA REVOCA DEL PROVVEDIMENTO. LA TUTELA INDENNITARIA.

L'analisi del potere pubblico non può prescindere da un cenno alla disciplina degli accordi, di sui si è detto in precedenza, con particolare riferimento alle ipotesi di recesso di cui all'art. 11, comma 4, l. 241/1990.

Non a caso parte della dottrina, anteriormente alla "positivizzazione" del potere di revoca, rinveniva il fondamento di detto potere nel combinato disposto degli artt. 1 e 11, l. 241/90[216].

Anche il recesso viene infatti configurato come un vero e proprio *potere,* ciò a dispetto dell'ordinamento civile, in cui assume i tratti caratteristici delle facoltà.

A differenza di quanto disposto dall'art. 1372 c.c., infatti il recesso previsto in tema di accordi *ex* art. 11, l. 241/90, non risponde all'esigenza di far prevalere al volontà di entrambe le parti di disporre dei propri interesse, bensì a quella di garantire la realizzazione dell'interesse pubblico individuato dalla legge[217].

Ciò consegue alla configurazione dell'accordo in chiave pubblicistica.

Nonostante la forma, è palese che l'accordo procedimentale non esplicita quell'assetto di interessi che normalmente consegue all'incontro tra due volontà paritetiche; esso è piuttosto espressione, ancora una volta, della cura dell'interesse pubblico.

L'esistenza di una specifica previsione normativa sul recesso dagli accordi per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, quale è l'art. 11, comma 4, l. 241 del 1990, sembrerebbe a prima vista consentire di superare la

---

principi comuni, ovvero richiamati in quanto presenti nei singoli Stati membri, svelandone l'inadeguatezza a spiegare il fenomeno di integrazione normativa comunitaria.

[216] Si veda M. IMMORDINO, .

[217] M. INTERLANDI, *op. cit.,* 324.

tradizionale problematicità delle questioni relative al fondamento e alle caratteristiche del potere di revoca della pubblica amministrazione[218].

In realtà così non è. In tale prospettiva diventano ancor più significative le recenti riforme legislative che hanno visto avvicinarsi la disciplina della revoca e quella del recesso dagli accordi di cui all'art. 11, l. 241 del 1990.

L'omogeneità tra i due istituti aveva da tempo indotto l'opinione maggioritaria a considerare il recesso alla stregua di una forma di manifestazione del provvedimento amministrativo di revoca.

Al di là del fondamento che, come si è visto, oggi è normativo, l'istituto della revoca e quello del recesso sono accomunati anche dalla previsione di un indennizzo.

Analogicamente a quanto già disposto per il recesso infatti, qualora la revoca del provvedimento comporti un pregiudizio in danno del destinatario di tale provvedimento, egli deve essere equamente indennizzato[219].

Peraltro l'indennizzo è oggi commisurato in virtù degli stringenti criteri indicati dal comma 2 dell'art. 21 *quinquies*[220].

E' stato per ciò stesso autorevolmente sostenuto che il recesso si atteggia a "*particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere*

---

[218] Si veda E. MAURO, in *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedimentali,* in *Foro amm. TAR,* 2004, 2, 554 ss, in cui l'A. dà conto delle difficoltà presentate dalla questione, prima dell'intervento della ultime novità legislative, e in particolare dell'introduzione dell'art. 21 *quinquies.,*con un suggestivo raffronto che vede paragonare la revoca del provvedimento a un deserto "*di cui le non troppe numerose disposizioni che se ne occupano (...) rappresentano le oasi: luoghi in cui recuperare, almeno in parte, le energie spese nell'estenuante fatica di districare i tanti nodi di un istituto (...) che nemmeno a seguito della legge sul procedimento amministrativo può fare affidamento su una disciplina unitaria".*

[219] In seguito alla riforma del 2005, la principale differenza fra revoca dei provvedimenti e recesso dagli accordi sembrava essere costituita dalla previsione letterale per cui, mentre il recesso era consentito solo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, la revoca del provvedimento era espressamente ammessa anche nel caso di mutamento della situazione di fatto e per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario; ciò in ragione del fatto che l'accordo, per natura, è finalizzato a realizzare una maggiore stabilità nelle situazioni giuridiche soggettive. Secondo la modifica introdotta dal d.l. 31 gennaio 2007 n. 7, "*ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*".

[220] Sull'applicabilità analogica di tali criteri anche a fattispecie di recesso negoziale, si veda E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico,* Milano, 1996, 106.

amministrativo è stato esercitato mediante un accordo anziché in forma unilaterale"[221].

Questa assimilazione deriva dalla sostanziale identità funzionale dei due istituti, entrambi preordinati a conformare l'azione amministrativa ai mutamenti dell'interesse pubblico.

Ciò porta a fugare ogni dubbio e a configurare come *potere* anche il recesso unilaterale dall'accordo che la p.A. può esercitare "*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse*".

Si pensi al caso in cui il legislatore ha tentato di disciplinare il potere della p.a. di "revocare la concessione" in assenza di un autonomo provvedimento concessorio e dunque di una convenzione[222].

In tal caso si pone all'interprete l'alternativa fra l'applicazione dell'art. 11, l. 241 del 1990 per il recesso dagli accordi o piuttosto dell'art. 21 *quinquies* della stessa legge (come revoca di atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea che incida su rapporti negoziali)[223].

Un'aultima breve considerazione in tema di *revoca impropria sanzionatoria*, e in particolare sulla possibilità o meno che un provvedimento amministrativo autoritativo revochi l'accordo stipulato ai sensi dell'art. 11, l. 241 del 1990 in ragione dell'inadempimento del contraente privato.

Sembra che tale strumento debba escludersi in presenza di un accordo sostitutivo; caso in cui l'amministrazione potrà semmai far valere l'inadempimento con tutti i mezzi previsti dal codice civile[224].

---

[221] E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico, cit.*

[222] Si veda Cons. Stato, sez. V, sentenza 1327/00.

[223] Sulla inapplicabilità di entrambe, si veda S. PENSABENE LIONTI, *cit.,* 103. Secondo l'A. non può applicarsi la norma sul recesso nel caso in cui dalla legge non sia previsto alcun provvedimento amministrativo che possa essere "sostituito" o "integrato" dall'accordo fra le parti; tuttavia si esula anche dall'ambito di applicabilità dell'art. 21 *quinquies* in quanto tale norma si riferisce espressamente ad atti amministrativi la cui revoca incida su rapporti negoziali, presupponendo in tal modo l'esistenza di un autonomo provvedimento concessorio. L'A. sottolinea come, sia sul piano strutturale che su quello funzionale e sostanziale, ciascuna delle due opzioni appare , al tempo stesso, plausibile ma criticabile. Assimilare l'ipotesi della revoca della concessione di servizi al recesso dell'accordo (in virtù della comune appartenenza alla fattispecie del contratto di diritto pubblico) comporta una disarmonia con la disciplina dettata in tema di incidenza dell'atto di revoca sull'attività, per così dire, contrattuale pubblica (definita come "attività privatistica" dalla relazione governativa al disegno di legge modificativo citato).

[224] Sulla possibilità che un accordo in tal senso vada piuttosto configurato alla stregua non di un provvedimento di revoca, bensì dell'istituto della clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c., si veda

Quanto alla possibilità di (auto)annullamento degli accordi di cui all'art. 11, l. 241 del 1990, va detto che la disciplina prevede come facoltà di autotutela amministrativa idonea ad incidere sul vincolo negoziale dell'accordo, solo il recesso per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

Ciò porterebbe a far pensare che qualunque altra possibilità di scioglimento del vincolo contrattuale costituito con l'accordo possa realizzarsi esclusivamente tramite lo strumentario civilistico[225].

In realtà parte della dottrina ritiene di preferire la soluzione opposta, favorevole alla possibilità che sugli accordi di cui all'art. 11 possano incidere provvedimenti di autoannullamento[226].

7. AUTOTUTELA PUBBLICA E PRIVATA A CONFRONTO.

Per meglio comprendere la categoria dell'autotutela nel diritto pubblico è opportuno gettare uno sguardo al simmetrico istituto nel diritto civile.

Cons. Stato, sez. V, sentenza 19.03.1996, n. 277, in tema di rapporto concessorio concernente la gestione di un bene del demanio o del patrimonio indisponibile. Tale rapporto, secondo il Collegio, può cessare sia per ragioni connesse agli interessi pubblici alla cui soddisfazione è preposto il bene, sia per inadempimento da parte del concessionario. Mentre nel primo caso l'amministrazione agisce nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi, nel secondo caso, trattandosi di vicenda che attiene a un rapporto paritetico, trovano applicazione le norme civilistiche che la p.a. si è vincolata ad osservare con la sottoscrizione dell'atto negoziale, "inquadrandosi nel disposto degli artt. 1453 ss c.c.". In tale ultimo caso dunque l'effetto conseguirà *de iure*, trattandosi di clausola operante con la sola prova di aver reso la dichiarazione di volersi avvalere di detta clausola, senza la necessità della prova della gravità dell'inadempimento.

[225] A favore, Cons. Stato, sez. VI, n. 204/2000; contro, Cons. Stato, sez. IV, 6 novembre 1998, n. 1448, che ammette la possibilità che le volontà pubbliche espresse negli accordi con i privati possano essere ritirate per vizi di illegittimità originari.

[226] Cfr. S. PENSABENE LIONTI, *cit.,* 110. L'A., a sostegno di quanto detto adduce un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo tiene conto dell'art. 1, comma 136 della l. 30 dicembre 1994, n. 311, secondo cui "*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'autoannullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante"*. Il secondo dato normativo citato a sostegno di tale tesi, ha ad oggetto l'art. 7, comma 4 *bis* della legge 11 febbraio 2005 n. 15, in virtù del quale "*a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi nelle ipotesi previste al comma 1, la stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento*". Tale norma segna un parallelismo strutturale e procedimentale tra l'accordo sostitutivo del provvedimento e quello del contratto stipulato con le procedure dell'evidenza pubblica. A pare dell'Autore dunque l'amministrazione mantiene, nei confronti della determinazione provvedimentale sulla quale si fonda l'accordo, gli stessi poteri di autotutela che le sono riconosciuti in via generale.

A differenza dei rapporti in cui è parte la p.A., nella definizione delle relazioni tra privati l'autotutela si presenta come una reazione al fatto ingiusto altrui, ove venga in considerazione l'illegittimità di un comportamento e dunque la lesione di un interesse giuridicamente rilevante.

Essa è pertanto un rimedio messo a disposizione del contraente che si trovi a dover contrastare l'illegittimo comportamento della propria controparte contrattuale. Si pensi alla clausola risolutiva espressa, di cui all'art. 1456 c.c., con la quale si consente all'interessato di realizzare *ex se* un determinato effetto giuridico, oppure all'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 c.c., che consente, a fronte dell'inadempimento di controparte, la facoltà di rifiutare la prestazione dovuta o di sospenderne l'esecuzione, paralizzando l'altrui pretesa, o ancora all'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., alla vendita per autorità del creditore ex art. 1515 c.c., all'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c., alla liberazione del debitore tramite la costituzione in mora del creditore che, senza legittimo motivo, abbia rifiutato l'esecuzione della prestazione etc.[227].

Viceversa, l'autotutela nel diritto amministrativo ha tutt'altra funzione.

Lungi dal configurare una reazione di una delle due parti al turbato equilibrio contrattuale - salva l'ipotesi di revoca intesa come sanzione che per alcuni aspetti ad essa si avvicina - e trattandosi di prerogativa della parte pubblica, essa risulta piuttosto connotata dalla (*rectius:* fondata sulla) prevalenza di una delle due parti del rapporto.

I presupposti che legittimano l'intervento in seconda istanza della p.A. non sono infatti gli stessi che ammette, seppur senza ricondurli espressamente al potere di autotutela, il codice civile.

Essa esula da quello che è stato tradizionalmente individuato come suo nucleo essenziale e cioè la realizzazione coattiva del diritto contestato o leso da parte del suo titolare.

Nel caso in cui la p.A. disponga la revoca di un determinato provvedimento, tale intervento prescinde e non si giustifica certamente in

[227] Sulla diversa funzione dell'autotutela nell'ambito del diritto civile, rispetto al potere di cui gode l'autorità amministrativa, si dirà più dettagliatamente nel corso dell'esposizione (§ 8).

ragione di alcuna potenziale conflittualità tra le parti legate dal provvedimento oggetto di revoca, anzi, tale atto interviene su una situazione apparentemente giacente.

Non vi è conflitto, né equilibrio turbato cui porre rimedio, semmai un equilibrio destinato a mutare per sopravvenuti motivi di interesse pubblico .

Non può però immaginarsi che in tale contesto non vi siano limiti entro i quali l'interesse pubblico possa agire, diventando viceversa lo strumento per aprire una breccia nello stato dei fatti ormai consolidato, con facoltà riconosciuta di alterare i rapporti già sorti.

Se la disparità tra la fattispecie negoziale e quella in esame, caratterizzata dall'esercizio della *potestà pubblica*, è l'assunto di partenza per lo studio dell'autotutela, è opportuno, ai fini di una ricostruzione più dettagliata, procedere attraverso le tutele offerte dall'impianto civilistico e proseguire comparativamente con la diversa tutela apprestata nel caso in cui invece il rapporto risulti "sbilanciato" in favore della p.A. (salvo verificare l'eventuale compatibilità tra le due predette forme di tutela).

Le forme di tutela (*rectius:* autotutela) conosciute e apprestate dal diritto civile a ciascuno dei contraenti sono sia di carattere reale che obbligatorio.

Si pensi agli istituti volti a porre rimedio allo squilibrio contrattuale dovuto a un difetto funzionale del sinallagma contrattuale (risoluzione) o un difetto genetico di esso (rescissione) o, ancora, a tutti gli istituti particolari apprestati dall'ordinamento.

Ad esempio, con la clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c., si è inteso concedere all'interessato la realizzazione *de iure* di un determinato effetto giuridico.

Essa infatti, a differenza delle altre cause di risoluzione di diritto del contratto (diffida ad adempiere e termine essenziale) opera con la sola prova di aver reso la dichiarazione di volersi avvalere di detta clausola (non conseguendo *de iure* al mancato adempimento dell'obbligazione dedotta in contratto), senza

la necessità dell'ulteriore prova della gravità dell'inadempimento (né evidentemente dell'essenzialità del termine)[228].

Le parti possono dunque convenire che il contratto si risolva qualora una determinata obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite

Ancora, all'art. 1460 c.c., consentendo la cd. eccezione di inadempimento, si tutela ciascuna parte contrattuale dall'eventuale inadempimento della controparte del rapporto sinallagmatico.

Tale norma prevede che, nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti possa rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione «*se l'altro contraente non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria*» (laddove non sussistano ovviamente le condizioni previste nella seguente clausola di salvezza).

La parte dunque, a fronte dell'inadempimento altrui, può paralizzarne la pretesa rifiutando di rendere la prestazione dovuta o di sospenderne l'esecuzione.

Si pensi invece alla tutela di cui all'art. 2932 c.c., con cui la parte adempiente, a fronte all'inerzia della controparte che non addiviene alla conclusione del contratto definitivo, cui si è precedentemente obbligata, può ottenere una sentenza costitutiva che produca gli stessi effetti del contratto non concluso.

Gli esempi delle forme di autotutela nel diritto civile sono innumerevoli (si veda, ancora, l'azione surrogatoria ex art. 2900 c.c., la vendita per autorità del creditore ex art. 1515 c.c., la liberazione del debitore tramite la costituzione in mora del creditore che, senza legittimo motivo, abbia rifiutato l'esecuzione della prestazione etc.).

---

[228] Si badi, il fatto che la risoluzione non consegua *de iure* al mancato adempimento ma sia frutto di una fattispecie complessa costituita dal fatto dell'inadempimento e dalla dichiarazione di volersi avvalere di tale clausola, non incide sulla funzionalità della medesima, ben potendo essere resa la predetta dichiarazione anche nell'atto di citazione, con cui si conviene la parte inadempiente in giudizio o, nel corso del medesimo. Tale onere risulta essere piuttosto previsto a favore dello stesso interessato a far valere la causa di inadempimento (nell'ordinario termine decennale di prescrizione), tenendo conto del fatto che l'assetto degli interessi potrebbe essere cambiato nel momento in cui tale inadempimento si è verificato e pertanto il creditore possa avere ancora un valido interesse a ottenere l'esecuzione della prestazione, rinunciando così (anche tramite un comportamento in equivoco) a far valere la clausola risolutiva espressa.

Questo è il quadro, seppur tracciato sommariamente, della (auto)tutela apprestata dal sistema civilistico.

Essa si caratterizza per essere una reazione al fatto ingiusto altrui.

Lungi da tale configurazione, per i motivi di cui si è detto, l'autotutela amministrativa non si configura come reazione ad un illecito; viceversa, essa agisce preventivamente e non in risposta a un comportamento illegittimo.

L'Amministrazione, investita dell'autorità che caratterizza la sua azione, esercita il *potere* di (atuto)tutela per garantire un controllo continuo sulla sussistenza e sulla stabilità dell'interesse pubblico perseguito.

Che l'attività della p.A. sia lecita è peraltro dimostrato dalla forma compensativa prevista per il danno arrecato, ovvero l'indennizzo.

Lo schema seguito è evidentemente unilaterale e collega l'azione amministrativa dal suo primo esercizio fino all'eventuale adozione di un *contrarius actus*, con i limiti di cui si è detto del tempo trascorso, dell'affidamento generato, del consolidamento e salvo l'indennizzo.

Allora, può concretamente concludersi nel senso della non assimilabilità dell'autotutela privata a quella amministrativa che nasce per esigenze diverse da quelle sue proprie (non assolvendo neppure alla funzione tipica dell'autotutela).

Il procedimento di revoca, così inteso, si spiega solo riconducendo le forme di autotutela all'esercizio di un potere necessariamente autoritativo, come tale unilaterale e coercitivo.

Cosa diversa è quando la p.A., pur all'interno dell'esercizio delle proprie funzioni, addivenga a un rapporto di tipo contrattuale, rimanendo in tal caso integralmente disciplinato dalle norme codicistiche (o comunque da un diritto *comune speciale*) e dunque soggetto alle forme di tutela ordinaria..

E' ciò che avviene ad esempio, in tema di appalto di opere pubbliche, in cui la p.A. committente si avvale della facoltà di risolvere il contratto stipulato; con tale atto ella assume una decisione che non incide autoritativamente sulla posizione del privato nè sui diritti connessi a tale posizione, trattandosi di una facoltà collegata alla posizione contrattuale, oppure nell'ipotesi di revoca degli amministratori di una S.p.A. da parte di un Comune, socio (anche unico) della

medesima S.p.A. cui è affidata la gestione di un servizio pubblico (gli esempi, ancora una volta, potrebbero essere innumerevoli).

Rimane sottinteso che ogni azione amministrativa deve risultare, a opera compiuta, rispettosa del principio di ragionevolezza[229].

[229] Secondo E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.,* opererebbe anche il principio di economicità come guida alla ponderazione tra gli interessi in gioco, ovvero: l'interesse pubblico che sorregge la revoca, l'interesse privato alla stabilità del provvedimento e l'interesse (anch'esso pubblico) connesso all'esborso del pubblico denaro a titolo di indennizzo.

CAPITOLO SECONDO
INCIDENZA SULLE POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE

SOMMARIO: *1. Atti unilaterali. 2. Effetti rispetto ai terzi. 3. Atti consensuali.*

1. ATTI UNILATERALI.

Il provvedimento è un atto di «disposizione» in ordine all'nteresse pubblico che l'amministrazione deve perseguire e che si correla con l'incisione di altrui situazioni soggettive[230].

La sua facoltà di incidere unilateralmente ne giustifica la soggezione ai principi di tassatività e nominatività, che rappresentano le misure di salvaguardia delle situazioni giuridiche soggettive che al provvedimento si oppongono[231].

Le tutele apprestate dall'ordinamento si fondano sulla previsione di una espressione del potere per lo più sfavorevole al privato.

In realtà non è sempre così, ben potendo sussistere provvedimenti amministrativi favorevoli al destinatario che presuppongono o prescindono dal consenso di quest'ultimo (si pensi, nel primo caso ad una autorizzazione e, nella seconda ipotesi, alla pianificazione urbanistica che incida vantaggiosamente su un'area di proprietà).

Ciò tuttavia non esclude che l'effetto dannoso si configuri nei confronti indirettamente nei confronti di soggetti terzi[232].

Nel tentativo di costruire il provvedimento amministrativo sul modello del negozio giuridico privato, sono stati elaborati i seguenti elementi costitutivi (essenziali)[233].

---

[230] Così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* cit.

[231] Si è detto (nota 3) che tipicità e nominatività, discendono dal principio di legalità. Spesso tali i due termini ricorrono come sinonimi perché la distinzione non è sempre stata approfondita dalla dottrina. Il tipo di effetto di ciascun atto è legato al profilo funzionale del potere esercitato e dunque alla prevalenza dell'inetresse pubblico su quello privato; circostanza che richiede la predeterminazione di limiti e modalità di esercizio del potere. La distinzione tra tipicità e nominatività risalta nel caso delle ordinanze di necessità e urgenza, di cui si è parlato. Esse costituiscono provvedimenti previsti dall'ordinamento giuridico, e dunque nominati, i cui effetti non sono tuttavia tipizzati dalla legge.

[232] Si rinvia al paragrafo successivo.

[233] Si ricorda che ai sensi dell'art. 1325 c.c., i requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma quando è prescritta dalla legge a pena di nullità.

Anzitutto si è soliti avere riguardo all'elemento soggettivo, ovvero al soggetto deputato ad emanare l'atto, trattandosi di atto unilaterale e venendo perciò meno l'accordo tra le parti.

Il potere è conferito ad un soggetto pubblico o ad esso equiparato, in virtù di quanto già detto e di quanto meglio verrà specificato.

Il provvedimento si caratterizza per il suo contenuto dispositivo, ovvero per la sua attitudine a produrre una determinata vicenda giuridica.

Oltre al contenuto necessario è possibile che il provvedimento ne abbia anche uno accidentale.

Il contenuto definisce l'oggetto del provvedimento, individuato nel bene o nella situazione giuridica incisi.

L'oggetto assorbe le stesse caratteristiche che lo connotano nel negozio giuridico privato, dovendo essere lecito, possibile, determinato o determinabile.

Per ciò che attiene all'ultimo (ed eventuale) elemento, deve dirsi che la legge attributiva del potere può disporre una determinata forma ai fini della validità del provvedimento (come avviene per gli accordi tra privato e pubblica amministrazione, per i quali è prescritta a pena di nullità la forma scritta dall'art. 11, l. 241 del 1990)[234].

Anche il principio di cui all'art. 1334 c.c.,secondo cui "gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati, è stato accolto dall'art. 21 *bis.,* co. 1, l. 241 del 1990, ove si stabilisce che "*il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacianei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata".*

Dunque l'efficacia (e non anche la validità) del provvedimento è subordinata alla sua ricezione.

2. EFFETTI RISPETTO AI TERZI.

Si è più volte detto che gli effetti dell'esercizio del potere pubblico devono essere valutati anche con riferimento ai terzi che, pur essendo estranei al rapporto tra

[234] La sanzione prescritta in via generale dall'art. 21 *septies* è la nullità.

la p.A. e il destinatario del provvedimento amministrativo, ne subiscono le conseguenze in via indiretta. Ciò introduce il correlato profilo dei mezzi di tutela apprestati.

Si pensi alla d.i.a..

E' possibile che il terzo, titolare di un interesse opposto al denunciante, si ritenga leso dal tacito accoglimento dell'istanza. Egli potrà in tal caso far valere le proprie ragioni solamente sollecitando i poteri di accertamento di cui dispone la p.A.

L'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato[235] ha confermato che l'unico rimedio esperibile da parte del soggetto che si ritenga pregiudicato da una denuncia di inizio attività avverso la quale l'Amministrazione non abbia esercitato alcuna potestà inibitoria, è dato dalla possibilità di rivolgere una formale istanza all'Amministrazione ed, eventualmente, di impugnare il silenzio-rifiuto su di essa serbato.

Risulterebbe al contrario inammissibile un ricorso proposto direttamente contro una d.i.a. che non sia stato preceduto da una diffida rivolta all'Amministrazione a procedere alla verifica della legittimità dell'attività denunciata attraverso l'esercizio dei poteri inibitori e repressivi ad essa spettanti in materia (o che non si risolva nell'impugnativa dell'eventuale silenzio serbato sulla diffida o del provvedimento espresso, ove esso sia lesivo, adottato a seguito della verifica)[236].

Il problema dei rapporti "trilateri" (e, più in generale, plurilaterali), in cui sia parte una Amministrazione, si manifesta anche nell'ambito di esercizio dei poteri di autotutela anche se generalmente i provvedimenti di secondo grado che rimuovono atti preesistenti non contrastano con altri interessi in ragione del fatto che di regola

---

[235] Si vedano in proposito Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007 n. 948; Id., 5 aprile 2007, n. 1550; Id. IV, 22 luglio 2005, n. 3916; Id., 15 settembre 2006, n. 5394; Id., 22 luglio 2005, n. 3916; TAR Piemonte, Torino, sez. II, 19 aprile 2006, n. 1885; TAR Abruzzo, Pescara, 1 settembre 2005, n. 494; TAR Campania, Napoli, sez. III, 27 gennaio 2006, n. 1131; TAR Veneto, sez. II, 20 giugno 2003, n. 197. Giurisprudenza e dottrina sono ormai concordi nel riconoscere come unica soluzione valida quella prospettata.

[236] *Ex multis,* T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 29 novembre 2007, n. 6519; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 27 giugno 2005, n. 8707; Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4453; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 14 febbraio 1995, n. 30; Id., Pescara, 23 gennaio 2003, n. 197; T.A.R. Marche, maggio 2003, n. 315; C. Cass., sez. I, 24 luglio 2003, n. 11487 Quest'ultima sottolinea il fatto che la denuncia di inizio attività non si configura come una domanda di autorizzazione ma piuttosto alla stregua di "*una informativa cui è subordinato l'esercizio del diritto*".

gli atti eliminati non contemplano controinteressati sostanziali che avrebbero interesse a contestare il provvedimento di secondo grado.

La sfera di incidenza del potere pubblico non può dunque dirsi circoscritta ad un rapporto biunivoco poiché spesso include terzi che vengono indirettamente danneggiati da un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del soggetto beneficiario dell'atto.

Una ipotesi singolare di efficacia "estesa" del potere pubblico si ha quando la p.A., pur non essendo parte di un rapporto, che si instaura esclusivamente tra privati, incide dall'esterno su di esso tramite l'esercizio dei propri poteri (si pensi all'influenza di alcuni atti della p.A. concedente sul rapporto tra concessionario e subconcessionario; al caso rapporti interni ad una compagine societaria o ai negozi intercorrenti tra una società e un privato qualora la società sia soggetta a forme di controllo pubblico etc.).

Ad esempio in materia di mercati regolamentati, gli atti della Consob[237], possono influenzare non solo il soggetto controllato ma anche i terzi, estranei al rapporto di controllo, che interagiscono con le società di gestione dei valori mobiliari[238].

Si pensi all'art. 159 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.U.F.), relativo ai poteri della commissione in materia di conferimento e revoca dell'incarico alle società di revisione.

---

[237] Lo scopo primario dell'istituzione della Consob come delle altre Autorità di settore, è quello di orientare e regolamentare i comportamenti dei soggetti emittenti valori mobiliari quotati, nonché quello della sollecitazione del pubblico risparmio.La legge istitutiva risale al 1974, n. 216. L'attribuzione della personalità giuridica di diritto pubblico, avvenuta con legge n. 281 del 1985, ha dotato la Commissione di poteri di autonomia in senso proprio, non derivanti da altre Autorità ad essa sovrardinate. La funzione di controllo, ha un fine eminentemente pubblico (garantito dallo stretto legame che intercorre tra tale Autorità e il Ministero dell'economia), realizzato attraverso due modalità: a) la previsione di una ampia gamma di obblighi che gli operatori privati nel settore dell'intermediazione finanziaria sono chiamati ad assolvere nei confronti dell'organismo di vigilanza; b) i poteri di vigilanza, di controllo e sanzionatori, ad essa espressamente conferiti dalla legge al fine di realizzare i compiti istituzionali cui è preposta. Essi sono concretamente attuati attraverso una fase preliminare (di regolazione) che consiste nella previsione di disposizioni regolamentari a contenuto generale, cui si affiancano quelle volte a disciplinare rapporti specifici; una fase successiva di *verifica*, in cui la Consob invia ai soggetti sottoposti alla sua vigilanza una serie di richieste informative, che si sostanzia in una circostanza prodromica all'esercizio dei poteri autorizzatori, e una terza e ultima attività, eventuale, di carattere sanzionatorio ove ravvisi qualunque violazione delle prescrizioni regolamentari e, più in generale, normative.

[238] Si pensi al potere *ex* art. 102 T.U.F. di sospendere in via cautelare o dichiarare decaduta l'offerta pubblica d'acquisto in pendenza dell'offerta stessa.

Esso stabilisce che "*l'assemblea conferisce, in occasione dell'approvazione del bilancio, l'incarico di revisione del bilancio d'esercizio e del bilancio consolidato a una società di revisione iscritta nell'albo speciale previsto dall'articolo 161, previo parere del collegio sindacale (...). La CONSOB provvede d'ufficio al conferimento dell'incarico, quando esso non è deliberato; in tal caso la CONSOB determina anche il corrispettivo (...)*".

Tale provvedimento costituisce *ictu oculi* un atto di natura autoritativa che entra tuttavia a far parte di una relazione tra privati (S.p.A. quotata e società di revisione), disponendo d'ufficio la sottoscrizione di un contratto fra due società.

Dunque, la società quotata è tenuta a conferire l'incarico di revisione dei conti ad una società *ad hoc* e, nel caso in cui la prima rimanga inerte, interviene in via sussidiaria la Consob, surrogandosi nella posizione della società di gestione ai fini del corretto esercizio del suo potere-dovere.

Tale rapporto è previsto per legge ed è di chiaro interesse pubblicistico.

Lo stesso può dirsi della previsione di cui all'art. 64, comma 1 *bis,* del T.U.F.

Essa dispone, alla lett. *a),* che la Consob: "*può vietare l'esecuzione delle decisioni di ammissione e di esclusione di cui al comma 1, lett. c), secondo periodo, ovvero ordinare la revoca di una decisione di sospensione degli strumenti finanziari e degli operatori dalle negoziazioni, entro cinque giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, lett. c), se, sulla base degli elementi informativi diversi da quelli valutati, ai sensi del regolamento del mercato, dalla società do gestione nel corso della propria istruttoria, ritiene la decisione contraria alle finalità di cui all'art. 74, comma 1*".

Dalla normativa richiamata emerge che la Consob, in qualità di Autorità preposta all'esercizio di poteri di vigilanza sulla gestione (ormai privatizzata) dei mercati finanziari, può agire in surrogazione delle società di gestione, che sono a tutti gli effetti società private, sostituendo i propri atti provvedimentali agli atti di autonomia negoziale da queste posti in essere (nonché vietando l'esecuzione delle

decisioni di ammissione o di esclusione ovvero ordinando una revoca degli strumenti finanziari e degli operatori dalle negoziazioni)[239].

Ciò pone un evidente problema di tutela dell'operatore eventualmente escluso dalle negoziazioni in virtù di un provvedimento amministrativo della Consob, dopo essere stato ammesso alle medesime in forza di un atto negoziale proveniente dalla società di gestione.

I consumatori ed i risparmiatori, pur essendo portatori diretti di interessi primari di rango costituzionale, rimangono estranei al rapporto di controllo che intercorre tra l'autorità indipendente e l'operatore economico vigilato[240].

La necessità di apprestare strumenti idonei per ciascuna circostanza ha portato ad un ampliamento delle forme di tutela, ormai onnicomprensiva, riferite a tutte le posizioni soggettive che potrebbero ritenersi lese dall'adozione di un provvedimento sostanzialmente "amministrativo"[241].

---

[239] Il penetrante controllo della Consob è il risultato delle ultime modifiche legislative che la legge sul risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262) ha apportato al T.U.F. e che si sono necessarie a seguito dei *crack* Parmalat e Cirio

[240] Nonostante siano riconducibili ad interventi di natura arbitrale o paragiurisdizionale, gli atti delle Autorità sono comunque sindacabili dalla competente autorità giurisdizionale in quanto riferibili a poteri "sostanzialmente amministrativi", suscettibili perciò di incidere su posizioni di diritto soggettivo e di interesse legittimo.

[241] Appare appena il caso di accennare al superamento dell'orientamento giurisprudenziale e dottrinario che, per lo più in materia antitrust e con riferimento all'attività di controllo delle Autorità indipendenti, la qualificava come "*giurisdizione obiettiva"* in quanto volta alla tutela del libero mercato, che costituisce valore supremo rispetto agli interessi parziali di settore. In questi termini la tutela del singolo che assume esser stato leso dai provvedimenti adottati dall'Autorità "al fine di tutelare il libero mercato", risultava necessariamente menomata e limitata al solo rapporto tra Autorità vigilante e soggetto vigilato. Sul punto si veda M.E. SCHINAIA, *Il controllo giurisdizionale sulle Autorità amministrative indipendenti,* in *Foro amm. CdS,* 10/2003, 3171; in giurisprudenza, Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 1996, n. 1972; TAR Lazio, sez. I, 13 luglio 1999, n. 1558; Id, 15 ottobre 1998, n. 2952; Id., 29 settembre 1998, n. 2746; Id., 23 dicembre 1997, n. 2216. Contro, e dunque a favore di una interpretazione estensiva dei mezzi di tutela giurisdizionali, TAR Lazio, sez. I, 5 maggio 2003, n. 3861, con nota di L. ZANETTINI, *La legittimazione dei terzi ad impugnare i provvedimenti antitrust: il caso Sfir,* in *Foro amm. TAR,* 2003, 1952; Id., sez. I, n. 1715 del 24 febbraio 2004, con nota di A. MAZZILLI, *Verso un pieno riconoscimenti della tutela giurisdizionale dei terzi contro le pronunce dell'Antitrust,* in *Foro amm. TAR,* 2004, 1434. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (4 febbraio 2005, n. 2207) si sono pronunciate sulla necessità che la legge *antitrust* non sia solo una "legge degli imprenditori" ma che tuteli piuttosto tutti i soggetti che accedono al mercato. Secondo quanto affermato dalla Corte, il consumatore potrà proporre innanzi al giudice competente le azioni di nullità e quelle risarcitorie, nonchè i ricorsi volti ad ottenere provvedimenti d'urgenza che contrastino la violazione delle disposizioni in tema di intese, abusi e concentrazioni anticoncorrenziali.

Sul punto si segnala la decisione n. 3132 del 2001[242], con la quale la Corte di Cassazione ha esplorato il rapporto che intercorre tra l'autorità di vigilanza e i singoli risparmiatori, estranei al rapporto di controllo, concludendo per la qualificazione della posizione di questi ultimi in termini di diritto soggettivo (*diritto all'integrità del patrimonio*) e dunque per il conseguente obbligo della pubblica amministrazione di svolgere la propria attività, ancorché discrezionale, *"nei limiti posti non solo dalla legge, ma anche dalla norma primaria del* neminem laedere*"* [243].

3. ATTI CONSENSUALI.

L'esercizio del potere pubblico può avvenire anche in forma "concordata".

La categoria degli atti "consensuali" individua quella parte dell'azione amministrativa caratterizzata dalla formalizzazione dell'incontro tra la volontà pubblica e quella privata; incontro che non è valso ad escludere la configurazione di tali atti come espressione di potere pubblico.

Prima fra tutte vi è la figura dell'accordo.

Essa ha indotto posizioni divergenti, per lo più ricondotte a unità per merito della espressa previsione legislativa che demanda la risoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ciò può dirsi sia con riferimento agli accordi endoprocedimentali, la cui interpretazione ed esecuzione passa attraverso un provvedimento amministrativo, espressione di un potere autoritativo ed unilaterale, che a quelli sostitutivi, che

---

[242] C. Cass., sez. I, 3 marzo 2001, n. 3132, in *Foro it.,* 2001, I-1139, con nota di A. PALMIERI, *Responsabilità per omessa o insufficiente vigilanza: si affievolisce l'immunità della pubblica amministrazione.* Sulla medesima pronuncia, si vedano in dottrina i commenti di M. CLARICH, *La responsabilità della Consob nell'esercizio della funzione di vigilanza: due passi oltre la sentenza della Corte di Cassazione n. 500/99,* in *Danno e resp.,* 2002; A. GIACOMANTONIO, *La responsabilità del prospetto informativo,* in *Diritto ed econ. Assicuraz.,* 2001, 1104; P. ANELLO, *Responsabilità della Consob per omissione di vigilanza e risarcibilità del danno,* in *Le società,* 2001, 576; O. SCOTTI, *Diffusione di informazioni inesatte e tutela degli investitori: configurazione della responsabilità della Consob per omessa vigilanza,* in *Giur. comm.,*2002, II-12; G. ALPA, *La responsabilità extracontrattuale della Consob: alcuni problemi di metodo e di merito,* in *Le nuove leggi civ. comm.,* 2004, 90.

[243] Sulla facoltà dei risparmiatori di azionare il proprio diritto al risarcimento del danno nei confronti della Consob per violazione degli obblighi di vigilanza sul mercato mobiliare, si vedano Cass. civ., Sez. Un., 29 luglio 2005, n. 15916; Cass. civ., Sez. Un., 2 maggio 2003, n. 6719; TAR Puglia, Bari, sez. I, 5 gennaio 2005, n. 7.

costituiscono uno strumento di esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione[244].

Sul punto si è espressa a chiare lettere la Corte Costituzionale nella decisione n. 204/04, mettendo in evidenza come la facoltà "*di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo presuppone l'esistenza del potere*".

Nello studio della "zona grigia" dell'attività amministrativa, si è accennato anche alla d.i.a. e alle divergenze che si rilevano in giurisprudenza in ordine alla sua natura (privata o piuttosto provvedimentale)[245].

Differentemente da quanto avviene per l'attività negoziale, gli atti consensuali spesso vengono associati ad una forma di abbreviazione procedimentale, cioè ad una fattispecie intermedia, per formazione o veste, tra l'atto pubblico e quello privato ma comunque ascrivibile all'uso di un potere[246].

La scelta di rinunciate a forme provvedimentali e di rifarsi a un diritto comune "speciale" è infatti spesso una mera conseguenza della semplificazione dell'azione amministrativa che non priva la p.A. dei propri poteri, che ben potrebbero essere esercitati in via sostitutiva.

Nell'individuazione degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo (*supra*, § 1) si è visto che il requisito dell'accordo tra le parti non ricorre, essendo incompatibile con la forma provvedimentale, in cui la manifestazione della volontà proviene da un solo soggetto.

---

[244] Si veda G. CORSO, *Attività amministrativa consensuale,* in G. PALMA (a cura di), *Lezioni,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, 164: "*Che l'ambito sia quello dell'amministrazione autorità e non quello dell'amministrazione impresa o amministrazione azienda lo dimostra la topografia normativa. L'accordo fra privato e pubblica amministrazione è previsto dalla legge sul procedimento amministrativo come epilogo possibile di quest'ultimo. L'amministrazione procedente può concludere accordi con gli interessati (...). L'accordo può determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero sostituire il provvedimento (...). L'accordo costituisce cioè l'ultima o la penultima tappa del procedimento amministrativo (...). La possibilità di sostituire il provvedimento con un accordo manca quando il primo ha carattere vincolato. Se è sottoposta a un vincolo – che le impone di rilasciare o di negare il provvedimento, ricorrendone i presupposti o in difetto dei presupposti – l'amministrazione non può esercitare i poteri di autonomia che si estrinsecano nella formazione dell'accordo; né il privato può esser tenuto a negoziare ciò che comunque gli spetta, o ottenere attraverso l'accordo, ciò che non gli spetta*"..

[245] Si rinvia a quanto detto *supra*, Titolo II, capitolo secondo, § 3 a).

[246] M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo, Enc. dir.,* IV.

Tuttavia si è detto che la p.A. può agire a fini pubblici utilizzando strumenti e istituti mutuati dal diritto comune, soggetti ad una disciplina giuridica speciale[247].

La fungibilità tra diritto pubblico e diritto privato è ovviamente subordinata alla circostanza che il privato sia disposto a "negoziare" con l'amministrazione (tale attività si aggiunge a quella tradizionalmente intesa di "contrattazione pubblica").

Si pensi al piano di lottizzazione convenzionato, con il quale il Comune attua il piano regolatore senza avvalersi dello strumento "autoritativo" del piano particolareggiato.

In questo caso l'esigenza del Comune di avvalersi dello strumento convenzionale della lottizzazione ad iniziativa privata, incontra quella dei privati di eludere i tampi lunghi e incerti della pianificazione attuativa comunale.

Dalle singole previsioni di settore è stata pertanto estesa e generalizzata la possibilità per la p.A. di ricorrere allo strumento consensuale per attuare i propri fini.

La possibilità di ascrivere una determinata fattispecie all'esercizio di un potere o piuttosto ad un istituto di carattere privatistico dipende perciò dall'esito dell'indagine sui requisiti e sulla relativa disciplina, ovvero: a) se ricorre una parità

---

[247] Contro, si veda G. PASTORI, *Prospettive attuali del diritto amministrativo,* in G. PALMA (a cura di), *Lezioni, Edizioni scientifiche italiane,* 2007, 387 ss. L'Autore rileva un cambiamento dell'amministrazione in termini di riduzione della sfera pubblica ("*Un'amministrazione pensata come manifestazione del governo e del potere di autorità ha ingenerato spesso nelle personeche hanno operato e che vi continuano ad operare un ethos di tipo burocratico autoritario. Occorre invece che l'ethos di chi opera nell'amministrazione si trasformi da rule oriented, cioè orientato alla regola, a goal oriented, ossia orientato al risultato, quindi un'etica del servizio, un ethos di tipo democratico paritario").* Sul punto si veda G. CORSO, *Attività amministrativa consensuale,* in G. PALMA (a cura di), *Lezioni,* cit., 159 ss, secondo cui "*L'Amministrazione ricorre al contratto non soltanto per acquisire beni e servizi, ma anche in relazione all'esercizio dei poteri amministrativi: di quei poteri che per definizione hanno carattere unilaterale. La vicenda può apparire singolare. Il potere amministrativo viene conferito, infatti, per raggiungere obiettivi che il contratto non consentirebbe di raggiungere. Se ciascun proprietario fosse disponibile a vendere al Comune il terreno necessario per realizzare un astrada pubblica, non ci sarebbe bisogno dell'espropriazione. E' possibile tuttavia che nel caso concreto il proprietario o i proprietari siano disposti a vendere tutto il terreno necessario. Perché allora ricorrere all'espropriazione, con tutte le complicazioni che il relativo procedimento comporta (...) se lo stesso obiettivo può essere conseguito, con una economia di tempo, con una serie di atti di compravendita?..".* Sul punto si veda anche G. GRECO, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto,* in *Dir. amm.,* 1999, 383, il quale rileva, in tema di concessioni-contratto, che esse sono manifestazioni di potestà amministrativa almeno per tre ragioni: a) perché esse comportano il trasferimento temporaneo di compiti riservati all'Amministrazione; 2) hanno ad oggetto attività sottratte alla comune circolazione giuridica; c) sono caratterizzate da una "*costante disponibilità del rapporto (...) per garantire lo svolgimento dello tesso sempre conforme alle esigenze di interesse pubblico, ancorché mutevoli nel tempo";* Id., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto,* in *Sistema del diritto amministrativo italiano,* diretto da F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2003..

negoziale effettiva tra Amministrazione e amministrato; b) se la p.A. può agire unilateralmente o semplicemente interagire paritariamente con il privato; c) se essa rimanga, seppur in forma mediata, titolare di quelle attribuzioni autoritative che le sono proprie quando agisce per il soddisfacimento di un pubblico interesse[248].

[248] La differenziazione ha ovvie ripercussioni di carattere processuale, che impongono una indagine in merito alla posizione effettivamente vantata. Si vedano TAR, Lazio, Roma, sez. I, 24 aprile 2007, n. 3623; Tar Lazio, sez. III quater, 22 giugno 2006 n. 5045; Cass. Civ., sez. un. 6 febbraio 1997 n. 1136; Tar Lazio, Roma, sez. III ter, 17 giugno 1998 n. 1413, per cui "*la giurisdizione si determina in base al cd petitum sostanziale vale a dire in relazione alla natura della posizione giuridica effettivamente dedotta in giudizio (...) in presenza di una attività amministrativa, l'individuazione della natura della posizione giuridica contrapposta postula la verifica della presenza o meno di un potere pubblico nell'esercizio del quale l'Amministrazione ha agito, dovendosi concludere per la posizione di interesse legittimo quando la matrice dell'agere amministrativo è l'esercizio della relativa funzione e cioè l'attività procedimentalizzata finalizzata alla tutela di un interesse della collettività, vale a dire quando l'Amministrazione agisce come un qualunque altro soggetto dell'ordinamento, sulla base di norme di relazione e cioè non in via autoritativa ma iure privatorum.* Per i profili di tutela giurisdizionale si rinvia ai paragrafi seguenti.

PARTE SECONDA

FORME DI TUTELA

CAPITOLO UNICO
FORME DI TUTELA

SOMMARIO: *1. I criteri guida offerti dalla sentenza n. 204 del 2004. 2. Potere amministrativo in astratto e in concreto. 3. La tutela avverso i "comportamenti" illegittimi e i "quasi-comportamenti" della p.A. La vicenda della requisizione.*

1. I CRITERI GUIDA OFFERTI DALLA SENTENZA N. 204 DEL 2004.

Come noto, la Corte Costituzionale ha indicato un nuovo criterio per l'individuazione del giudice competente a conoscere le controversie in cui è parte una pubblica amministrazione e tale criterio è stato identificato nell'esercizio della *potestà pubblica*[249].

Anticipando i risultati dello studio sulle forme di tutela, si è detto che vige il principio generale per cui la giurisdizione amministrativa, salvi casi del tutto eccezionali, verte su atti e decisioni che si configurano come esercizio di poteri autoritativi della p.A. (o di soggetti ad essa equiparati nell'esercizio di una funzione amministrativa) e ciò in ragione del fatto che sussisterebbe una evidente disparità di trattamento se il criterio per radicare la giurisdizione fosse ravvisabile unicamente nel carattere pubblico di una delle parti in causa.

La pluralità di giurisdizioni riconoscibili nel nostro ordinamento non potrebbe legittimare infatti in alcun modo la devoluzione a giudici appartenenti a giurisdizioni diverse di «*controversie identiche, non caratterizzate da una*

[249] Per alcune riflessioni sulla sentenza, si vedano M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti*, in *www.federalismi.it*; F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004, ivi;* V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura), ivi;* L. COEN, *Corte Cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici, ivi.* Quest'ultimo Autore rileva come il problema che si pone, successivamente all'intervento della Corte Costituzionale, è quello di capire se i criteri enunciati possano ancora considerarsi come criteri guida; se cioè, l'aver ribadito il principio per cui spetta al giudice amministrativo la cognizione delle controversie in materia di servizi pubblici solo nel caso in cui la p.A. abbia agito in fora dei suoi poteri autoritaritativi consenta di continuare ad allocare la giurisdizione delle controversie tra utente e gestore in capo al TAR ogni qualvolta si assuma che il secondo abbia agito in veste di amministrazione.

sostanziale e intrinseca reciproca diversità con riguardo all'oggetto e alle posizioni soggettive delle parti»[250], essendo del tutto irrilevante il fatto che nella controversia sia parte una pubblica amministrazione.

La C. Costituzionale ha dato un ampio contributo allo studio del potere e del rapporto che intercorre tra esso e le situazioni soggettive private.

Le indicazioni che ella ha offerto sono almeno quattro: a) non può *presumersi* l'esercizio di poteri autoritativi all'interno di materie "scelte" dal legislatore; b) solo l'esito positivo della verifica in ordine alla sussistenza di tali poteri implica la devoluzione delle relative controversi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (escludendo pertanto l'analogia con il sistema giurisdizionale francese, in cui è affidata al giudice amministrativo la cognizione dell'azione pubblica tanto nel momento autoritativo quanto in quello paritetico); c) conferma implicitamente l'estensione dei principi sopra enunciati ai soggetti *equiparati* alle pubbliche Amministrazioni; d) esclude dalla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie nelle quali non sia ravvisabile l'esercizio, seppure *mediato*, di un potere.

Le prime due precisazioni affermano, secondo una lettura costituzionalmente orientata, l'esistenza di confini precisi e invalicabili in ordine all'individuazione dei casi di giurisdizione esclusiva da parte del legislatore ordinario e l'insufficienza del mero riferimento all'interesse pubblico coinvolto e alla presenza di una p.A. quale parte processuale per sorreggere la previsione della giurisdizione esclusiva.

La prima indicazione si coniuga con quelle *sub* c) e d), relative alla esatta estensione del potere pubblico e al possibile raffronto con soggetti terzi detentori di potestà pubblicistiche (ipotesi *sub* c) nonché alla facoltà di un esercizio "mediato" di tali poteri[251].

---

[250] C. Cost., n. 204/2004.

[251] L'impossibilità di ravvisare l'esercizio di un potere, anche mediato, ha portato la Corte Costituzionale ad escludere i "comportamenti" amministrativi dal novero delle fattispecie sindacabili dal giudice amministrativo (che nell'ambito del precedente criterio di riparto erano invece attribuiti alla competenza esclusiva del g.a. se relativi alla materia urbanistica o edilizia), nonché alla dichiarazione di illegittimità costituzionale (con successiva pronuncia n. 191 del 2006) dell'art. 53, comma 1 del Testo unico delle disposizioni legislative in materia di espropriazione per pubblica utilità, che costituiva ormai, dopo l'intervento della sentenza n. 204, un "refuso legislativo" nella parte in cui, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative ai

La seconda considerazione (b) coglie il lato "dinamico" dell'esercizio del potere e degli effetti che detto potere può avere sulle posizioni soggettive private dei diretti destinatari del provvedimento o di terzi ed è una indicazione indispensabile ai fini della trattazione dei profili di tutela, con particolare riferimento alle questioni relative alla scelta della sede in cui possa essere legittimamente azionata la pretesa e dunque alla individuazione di uno spartiacque che segni il punto di interruzione di un tipo di giurisdizione in favore dell'altra.

Il criterio di "attribuzione" delle controversie, originariamente "vincolato" a determinati "blocchi di materie", si caratterizza ora per la "spendita" di potere pubblico ed è imprescindibilmente connotato dalla compresenza di posizioni giuridiche soggettive di diritto e di interesse legittimo (il *nodo gordiano* da cui la Corte non ha saputo "slegarsi")[252].

Il Consiglio di Stato ha confermato, con le recenti decisioni, lo stretto legame che intercorre tra l'esercizio del potere e la posizione soggettiva corrispondente, in particolar modo con le Adunanza Plenarie nn. 9, 10 e 12 del 2007, con le quali ha ribadito che la giurisdizione del giudice amministrativo resta in ogni caso delimitata dal collegamento con l'esercizio in concreto del potere amministrativo secondo le forme tipiche previste dall'ordinamento e che la tutela giurisdizionale contro l'agire illegittimo della pubblica amministrazione spetta al giudice ordinario *"quante volte il diritto del privato non sopporti compressione per effetto di un potere esercitato in modo illegittimo o, se lo sopporti, quante volte l'azione della pubblica amministrazione non trovi rispondenza in un precedente esercizio del potere, che sia riconoscibile come tale, perché a sua volta deliberato nei modi ed in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto",* mentre non

---

"comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati", non escludeva i comportamenti non riconducibili, neppure mediatamente, all'esercizio di un pubblico potere. Sulla contraddittorietà della nozione di comportamento riconducibile mediatamente all'esercizio di potere pubblico per contrasto con il principio di legalità, si veda A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione, Foro it.,* 2006, III, 1627.

[252] Sul punto non può menzionarsi l'"indistinzione" tra posizioni soggettive che caratterizza il diritto comunitario e alcuni diritti nazionali, in cui non vi è traccia della figura dell'interesse legittimo (si pensi all'Inghilterra).

si verifica il collegamento con il potere quando l'Amministrazione agisce in posizione di parità con i soggetti privati, ovvero quando l'operare del soggetto pubblico sia ascrivibile ad una mera attività materiale, con la consapevolezza che si verte in questo ambito *"ogni volta che l'esercizio del potere non sia riconoscibile neppure come indiretto ascendente della vicenda*"[253].

2. POTERE AMMINISTRATIVO IN ASTRATTO E IN CONCRETO.

La verifica della sussistenza del potere amministrativo induce alcune brevi riflessioni sulle forme in cui esso si manifesta, ovvero sul potere in astratto e su quello in concreto, con evidente riferimento anche agli effetti della carenza dell'una o dell'altra forma di potere e perciò al regime delle invalidità degli atti.

Un atto nullo è privo di effetti giuridici, per cui deve escludersi la possibilità di una incidenza degradatoria del provvedimento nullo o inefficace sulla situazione giuridica soggettiva del privato avente la natura di diritto.

Sul piano della tutela giurisdizionale ciò implica la possibilità di azionare la propria pretesa dinanzi al "giudice dei diritti", ovvero il giudice ordinario, salvo che si ritenga che l'interesse pretensivo rimanga tale anche a fronte di un provvedimento nullo, l'organo giurisdizionale competente sarebbe il giudice amministrativo.

Tra le due tesi maggiormente diffuse (quella che sostiene, nel caso di nullità provvedimentali, la giurisdizione del giudice ordinario e quella che invece vorrebbe la controversia devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo), se ne frappone una terza, "mediana", che fa dipendere la scelta della sede dalla natura della situazione giuridica fatta valere in giudizio (la cognizione dell'interesse oppositivo spetterebbe al giudice ordinario, quella dell'interesse pretensivo al giudice amministrativo).

Tuttavia la tesi mediana non ha conseguito numerosi consensi per il fatto che essa si fonda su una diversificazione basata su un criterio difficilmente condivisibile.

Mentre nel caso di interessi legittimi oppositivi viene effettuata una verifica sulla sussistenza del potere amministrativo "in concreto" (perciò non avendo l'atto nullo prodotto effetti in concreto, la posizione del privato rimarrà di diritto

[253] Per una analisi delle più recenti decisioni del Consiglio di Stato sul punto si veda *infra,* § 3.

soggettivo, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario), nel caso di interessi pretesivi,l'analisi ha ad oggetto la sussistenza del potere in astratto per cui dall'esistenza di una potestà autoritativa anche solo astratta (correlata all'esistenza di un interesse pretensivo), si desumerebbe la giurisdizione del giudice amministrativo.

La critica mossa a tale tesi è evidentemente fondata sul diverso esame che viene fatto del potere, in concreto in un caso e in astratto nell'altro.

Le recenti pronunce giurisprudenziali smentiscono peraltro l'assunto per cui la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie relative a "comportamenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparati" richiede l'esistenza di un potere non meramente astratto[254].

Dunque il comportamento dell'Amministrazione non agganciato ad un concreto esplicarsi del potere autoritativo, in astratto esistente, è perciò oggetto di sindacato del giudice ordinario.

Solo nel caso in cui alcuni "comportamenti" della p.A. causativi di danno ingiusto costituiscano esercizio diretto di atti o provvedimenti, e siano perciò riconducibili all'esercizio del pubblico potere, la sede naturale per la definizione della controversia sarà quella riferibile alla giurisdizione amministrativa, costituendo tali comportamenti esercizio, seppur viziato, della funzione pubblica.

Anche con riferimento alla tutela risarcitoria, la decisione citata stabilisce che l'attribuzione della relativa controversia alla giurisdizione del giudice amministrativo "*non si giustifica quando la p.A. non abbia in concreto esercitato, nemmeno mediatamente, il potere che la legge le attribuisce per la cura dell'interesse pubblic*o".

La stessa sentenza della C. Cost. n. 204 del 2004, che definisce i criteri guida per l'individuazione del giudice dotato di giurisdizione, richiede una correlazione necessaria tra l'esercizio del potere amministrativo, concretamente espresso e non solo astrattamente esercitabile, e un interesse legittimo.

---

[254] C. Cost. n. 191/2006, con nota di M.A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte Costituzionale fa chiarezza sugli effetti della senteza 204 in tema di comportamenti "acquisitivi",* in *www.federalismi.it,* 2006, 11.

Potere e interessi costituiscono infatti i due poli in cui si sostanzia il rapporto che giustifica la devoluzione delle relative controversie al giudice amministrativo.

Una facile obiezione a quanto detto in merito alla necessità che sia presente un potere in concreto è quella relativa alla espressa devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche delle controversie relative agli accordi di cui all'art. 11 della l. 241 del 1990.

In tale caso sembrerebbe infatti esistere un potere amministrativo solo in astratto, che non giustificherebbe secondo quanto precedentemente detto, l'appartenenza delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa.

In realtà l'agire della p.A. in questa ipotesi assume la forma dell'esercizio del potere in concreto, seppure mediato dall'utilizzazione di strumenti privatistici.

A ben vedere dunque l'accordo sarebbe solo uno strumento frapposto tra l'esercizio dell'azione amministrativa e il risultato conseguito.

Dunque anche nell'ipotesi di accordi occorre una verifica in concreto circa la sussistenza di un potere autoritativo, seppure in forma mediata.

3. LA TUTELA AVVERSO I "COMPORTAMENTI" ILLEGITTIMI E I "QUASI-COMPORTAMENTI" DELLA P.A. LA VICENDA DELLA REQUISIZIONE.

La *vicenda comportamentale,* ovvero la verifica della sussistenza di un potere a fronte di un mero contegno tenuto dall'Amministrazione, concorre a ricostruire e diversificare le fattispecie in cui possa dirsi presente (o piuttosto assente) il potere pubblico, nonchè a descrivere gli elementi costitutivi del medesimo.

La casistica è abbondante sul punto ed è proprio in forza delle più recenti decisioni, spesso altalenanti, che la tematica ha assunto una preminente importanza, giustificata soprattutto avendo riguardo agli effetti che essa ha in termini di (effettività della) tutela[255].

---

[255] Cass. civ., 20 dicembre 2006, nn. 27192 e 27193; Id., SU, 9 giugno 2006, n. 13431; Id. sez. I, 2 aprile 2007, n. 8210; C. Cost., 20 luglio 2006, n. 306; TAR Campania, Salerno, sez. I, 22 marzo 2007, n. 264; Cons. Stato, sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3752; Id., sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2389; Id., sez. IV, 26 maggio 2006, n. 3191; TAR Campania, Napoli, sez. V, 29 ottobre 2007, n. 10202; TAR Lazio, Latina, sez. I, 27 marzo 2007, n. 211; Trib. Trani, 7 giugno 2007. In dottrina si veda M.A. SANDULLI, *Finalmente "definitiva" certezza sul riparto di giurisdizione in tema di "comportamenti" e sulla c.d. "pregiudiziale" amministrativa? Tra i due litiganti vince la "garanzia di piena tutela" (a primissima lettura in margine a Cass., Sez. Un., 13659, 13660 e 13911 del 2006)*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2006, 880;

Non accade raramente nella prassi che un decreto d'esproprio intervenga successivamente alla sopravvenuta inefficacia, per decorso del termine, della dichiarazione di pubblica utilità.

La diatriba investe la configurazione che l'azione amministrativa ha in tali ipotesi (cioè quella di un mero comportamento o piuttosto di esercizio, seppure illegittimo, di potere pubblico) con le conseguenze riflesse che tale conformazione ha sul tipo di tutela apprestata (con riferimento all'individuazione della sede giurisdizionale competente)[256].

Occorre dunque verificare se nell'ipotesi di occupazione legittima ma non seguita nei termini dal decreto di esproprio, l'effetto acquisitivo possa dirsi prescindere da un atto o da un provvedimento valido di acquisizione della p.A., e consegua perciò ad un comportamento inerte della medesima e se dunque possa ravvisarsi o meno nella fattispecie descritta una correlazione con il potere[257].

Id., *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte Costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti "acquisitivi"*.

[256] Si pensi alla distinzione proposta dalla Corte di Cassazione (SU, 1 agosto 2006, n. 17461), che rivendica la giurisdizione del giudice ordinario in ogni caso in cui si sia in presenza di "posizioni soggettive a nucleo rigido" (ad esempio in tema di salute e ambiente) che, a differenza di quelle a "nucleo variabile", sarebbero assolutamente incomprimibili. Tale tesi è stata espressamente contraddetta dalla C. Costituzionale con decisione n. 27 aprile 2007, n. 140.

[257] L'esito dell'indagine condiziona necessariamente anche la domanda di risarcimento del danno, anche al di fuori di una specifica domanda di annullamento degli atti, che verrà legittimamente proposta dinanzi al giudice amministrativo qualora il danno sofferto sia riconducibile (anche solo mediatamente) all'esercizio di un potere e al giudice ordinario quando invece consegua a un mero comportamento posto in essere dall'amministrazione. Sul punto, si vedano: CGA, ordinanza 3 marzo 2007, n. 75; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 agosto 2004, n. 607; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 22 febbraio 2008, n. 140; Id., 22 febbraio 2008, n. 140; C. Cass, sez. un., 7 febbraio 2007, n. 2688; Id., 13 giugno 2006, nn. 13659, 13660, 13911; TAR Sardegna, sez. II, 31 gennaio 2008, n. 83; CGA, 6 marzo 2008, n. 188. Da ultimo, si segnalano anche: C. Cassazione, sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26732 e C. Cass., sez. un., 5 febbraio 2008, n. 2653. Con la prima si statuisce che la cognizione dell'azione di risarcimento dei danni derivanti da occupazione usurpativa, intrapresa dal privato per la perdita della proprietà, poiché riferibile a un danno arrecato da un mero comportamento dell'amministrazione, nel quale non è ravvisabile neppure mediatamente l'esercizio di un potere amministrativo, è devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario, indipendentemente dall'adozione di un autonomo atto di acquisizione sanante. Con la seconda decisione citata, la Corte statuisce che l'attribuzione a privati della facoltà di utilizzazione di beni del demanio o del patrimonio indisponibile dello Stato dei Comuni, ancorché dovuta ad una convenzione, è riconducibile ad una concessione contratto e dunque è competente il giudice amministrativo a conoscere delle controversie relative alla validità o all'efficacia di essa.

E' degna di menzione l'orientamento segnato dalle recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria nn. 9, 10 e 12 del 2007, in cui si precisano i termini dell'"azione comportamentale" della p.A.[258].

Il primo limite all'individuazione del giudice dotato di giurisdizione è la presenza di un "concreto esercizio del potere", cui sono assimilate tutte quelle ipotesi in cui l'esercizio stesso sia riconoscibile come tale perché deliberato nei modi e in presenza dei requisiti richiesti per valere come atto o provvedimento e non come mera via di fatto[259].

In tutti i casi citati la vicenda aveva ad oggetto la contestata tardività dell'emissione di un decreto di espropriazione.

Il Consiglio di Stato muove dalla premessa della natura delle posizioni soggettive che affiancano l'uso del potere, criticando la teoria delle posizioni soggettive a "nucleo rigido" perché sancisce aprioristicamente limiti assoluti non costituzionalmente posti alla giurisdizione amministrativa in virtù del corollario, che da essa discende, della inesistenza del provvedimento amministrativo che, pur se emesso in applicazione di legge, incidesse in concreto su diritti incomprimibili (qualificati dalla C. Cassazione come "diritti a nucleo rigido").[260].

---

[258] "*Se così è, l'in sé dell'esercizio del potere deve rilevarsi, prioritariamente, in materia comportamentale, non tanto dalle intenzioni e dalle generiche dichiarazioni del soggetto pubblico agente quanto dalle oggettive vicende procedimentali che, mentre nella grande maggioranza dei casi precedono ad accompagnano il fenomeno comportamentale, testimoniano esse, oggettivamente, della rilevanza e della finalità della consistenza del comportamento consentendo di individuarne la genesi e di distinguerlo dai casi di semplice generica presupposta esistenza del pubblico interesse. L'illegittimità di questo o di quel momento procedimentale, cioè di quella serie formale strumentalmente rivolta a realizzare l'interesse pubblico e sintomatica dell'agire autoritativo consentito dalla legge, può si far concludere per la illegittimità e, nei congrui casi, per la illiceità del comportamento con effetti anche analoghi o uguali a quelli propri della accertata carenza del potere, ma tale conclusione spetta al giudice cui, con garanzie ed effettività di certo non inferiori a quelle apprestate dal giudizio ordinario, compete alla stregua dell'ordinamento, al giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica".*

[259] C. Cass., SU, 13 giugno 2006, n. 13659; C. Cass., SU, 15 giugno 2006, n. 13911; C. Cass., 7 febbraio 2007, n. 2691).

[260] Sulla distinzione tra posizioni soggettive "a nucleo rigido" e posizioni "a nucleo variabile", si veda C. Cass., sez. un., 1 agosto 2006, n. 17461, che rivendica la giurisdizione del giudice ordinario per le prime perché assolutamente incomprimibili. (tra le quali rientrano ad esempio la salute e l'ambiente). La Corte si esprime in questi termini: "*nel nostro ordinamento si rinvengono a fronte di situazioni "soggettive a nucleo variabile" – in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all'esito del giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti – "posizioni soggettive a nucleo rigido", rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute, che –in ragione della loro dimensione costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona- non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi, sicchè*

Il Collegio ha ricordato la necessità di configurare come situazioni soggettive di interesse legittimo non solo quelle che nascono come tali in capo al loro titolare, ma anche quelle che, pur qualificandosi genericamente e in astratto come posizioni di diritto soggettivo, sono "*in presenza di una norma che ciò consenta e di un procedimento ovvero di un provvedimento in tal senso indirizzato, successivamente apprezzabili in concreto come di interesse legittimo*"[261].

Una volta individuato il "giudice naturale", egli potrà conoscere non solo delle domande intese all'annullamento dell'attività autoritativa ma di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, indipendentemente dal fatto che la domanda risarcitoria venga proposta congiuntamente con quella demolitoria poiché anche nel caso di proposizione di domanda autonoma, il danno lamentato deriverebbe dalla asserita illegittimità dell'attività amministrativa.

Già con la pronuncia del 30 agosto 2005, n. 4, l'Adunanza Plenaria aveva posto il principio per cui si deve configurare la giurisdizione amministrativa in ordine a liti che abbiano ad oggetto diritti soggettivi quando la loro lesione tragga origine da fattori causali (e sia perciò eziologicamente connessi a detti fattori) riconducibili all'esplicazione del potere pubblico "*pur se in un momento nel quale*

---

allorquando si prospettino motivi di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi e irreversibili, alla pubblica amministrazione manca qualsiasi potere discrezionale di incidere su detti diritti non essendo ad essa riservato se non il potere di accertare la carenza di quelle condizioni e di quei presupposti richiesti perché la pretesa avanzata dal cittadino assuma, per il concreto contesto nel quale viene fatta valere, quello spessore contenutistico suscettibile di assicurare una tutela rafforzata. (...) E' giurisprudenza costante che la giurisdizione si determina sulla base della domanda e che, ai fini del suo riparto tra giudice ordinario e giudice amministrativo, rileva non già la prospettazione delle parti, bensì il "petitum sostanziale", il quale va identificato non solo e non tanto in funzione della concreta statuizione che si chiede al giudice, ma anche e soprattutto in funzione della "causa pretendi", ossia della intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio ed individuata dal giudice stesso con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico di cui essi sono manifestazione e dal quale la domanda viene identificata". Contro tale costruzione, C. Cost., 27 aprile 2007, n. 140.

[261] La posizione giuridica soggettiva del privato può assumere contemporaneamente sia la forma di diritto che quella di interesse legittimo a seconda del parametro cui essa viene raffrontata. Si veda ad esempio C. Cass, sez. un., 16 marzo 2007, n. 6074, secondo cui in tema di corrispettivo dovuto per la fruizione di un pubblico servizio, la posizione del privato è di interesse legittimo – e dunque suscettibile di essere tutelato dinanzi al giudice amministrativo – rispetto al provvedimento generale di determinazione della tariffa e di diritto soggettivo – tutelabile perciò in sede di giurisdizione ordinaria – per ciò che attiene all'accertamento dell'inesistenza del potere dell'ente di pretendere una prestazione pecuniaria di un determinato ammontare, venendo in tal caso in contestazione diritti ed obblighi di fonte contrattuale privata (in tal caso il giudice ordinario ben potrà verificare incidentalmente la legittimità e l'efficacia dei provvedimenti dell'autorità amministrativa determinativi o modificativi della tariffa).

quest'ultimo risulta ormai mutilato nella sua forma autoritativa" per sopraggiunta inefficacia disposta dalla legge per la mancata conclusione del procedimento.

Nello stesso senso si è poi pronunciata l'Adunanza Plenaria 16 novembre 2005, n. 9 che, richiamando precedenti orientamenti[262], ha ritenuto compresa nella giurisdizione amministrativa "*quelle condotte che si connotano quale attuazione di potestà amministrative manifestatesi attraverso provvedimenti autoritativi che hanno spiegato,* secundum legem, *i loro effetti pur se successivamente rimossi, in via retroattiva, da pronunce di annullamento*".

Con le successive Adunanza Plenarie 30 luglio 2007, n. 9 e 30 luglio 2007, n. 10, si è statuito, in tema di procedimenti di esproprio, che sono devolute alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie nelle quali si faccia questione di attività di occupazione illegittima e trasformazione di un bene conseguenti ad una dichiarazione di pubblica utilità anche se il procedimento non sia sfociato in un tempestivo atto traslativo ovvero sia caratterizzato dalla presenza di atti successivamente dichiarati illegittimi. Ne consegue che spetta al giudice amministrativo conoscere delle domande risarcitorie conseguenti all'annullamento del provvedimento amministrativo annullato per intervenuta scadenza del termine di efficacia, anche per danni verificati dopo la stessa scadenza.

Sul punto deve menzionarsi anche l'opinione espressa dalla Corte di Cassazione con decisione n. 2688/07, secondo cui la giurisdizione del giudice ordinario è invocabile solo quando i comportamenti materiali dell'amministrazione, comportanti immissione nel possesso del fondo privato, la sua mera detenzione o la sua irreversibile trasformazione, si siano prodotti in carenza di qualsiasi dichiarazione di p.u., ovvero quando il decreto di esproprio (o altro provvedimento ablatorio) sia stato emesso con riferimento ad un bene la cui destinazione ad un'opera di pubblica utilità non abbia mai avuto luogo.

Da ciò la Suprema Corte ravvisa tra le ipotesi di occupazione usurpativa, le seguenti: (i) il caso di assenza in radice della dichiarazione di pubblica utilità; (ii) le fattispecie in cui il provvedimento contenente la dichiarazione di pubblica utilità sia radicalmente nullo (comprensive dell'ipotesi in cui esso non contenga l'indicazione

[262] C. Cass., sez. un., ord. 22 novembre 2004, n. 21944 e sentenza 31 marzo 2005, n. 6745.

dei termini per l'inizio e il compimento delle espropriazioni e dell'opera); (iii) le ipotesi di sopravvenuta inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità nel caso di inutile decorso dei termini finali in essa fissati per il compimento dell'espropriazione e dei lavori (senza che sia intervenuto il decreto ablativo o si sia verificata l'occupazione espropriativa).

Anche dopo le aperture provenienti dal Consiglio di Stato la Suprema Corte sembrava, almeno fino all'ultimo indirizzo assunto, rimanere salda nel sostenere la giurisdizione del giudice ordinario tanto nei casi di assenza *ab origine* della dichiarazione di pubblica utilità, quanto nell'ipotesi di provvedimento nullo per assenza dell'indicazione dei termini di compimento della procedura espropriativa. Dunque era ritenuto competente il giudice ordinario a conoscere delle vicende legate ad ipotesi di occupazione divenuta illegittima per scadenza del termine finale per il compimento dei lavori[263].

Con una recente ordinanza[264] la Corte ha cambiato rotta, affermando che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo le controversie riguardanti i procedimenti espropriativi diretti all'esecuzione dei lavori per la realizzazione di un'opera pubblica e, in particolare, i provvedimenti che i provvedimenti che si risolvono in nell'occupazione permanente o temporanea di fondi privati, i quali costituiscono atti strumentali alla realizzazione delle finalità pubbliche, rimanendo invocabile la giurisdizione ordinaria solo quando l'amministrazione espropriante abbia agito nell'assoluto difetto di una potestà ablativa, intesa come "mancanza di qualunque *facultas agendi*" vincolata o discrezionale di elidere o comprimere il diritto del privato[265].

---

[263] Per una delle primissime critiche a tale orientamento, basato sulla carenza di potere in concreto, si veda F. SAITTA, *Art. 13 L. 20 marzo 1865, n. 2359 e riparto di giurisdizione,* in *Giur. amm. sic.,* 1990, 223. Sulle attuali perplessità in tema di riparto di giurisdizione, si vedano i contributi di R. VILLATA, *Questione di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativi: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale,* in *Dir. proc. amm.,* 2006, 871; A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione, Foro it.,* 2006, III, 1627; R. CONTI, *Il valzer della giurisdizione in materia in materia di occupazioni illegittime (il diritto vivente o i diritti viventi?),* in *Dir. proc. amm.,* 2007, 579; S. LICCIARDELLO, *Espropriazioni e giurisdizione,* Torino, 2007.

[264] C. Cass., sez. un., 6 febbraio 2008, n. 2765, in *www.lexitalia.it,* con nota di F. SAITTA, *Invalidità degli atti espropriativi e giurisdizione: la Cassazione sconfessa il criterio della carenza di potere "in concreto"?.*

[265] Da ultimo, si vedano Tar Lombardia, Milano, sez. III, 18 marzo 2008, n. 576; Tar Sardegna, sez. II, 31 gennaio 2008, n. 83. In dottrina M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del*

La giurisdizione amministrativa riferita al procedimento ablatorio non può dunque venire meno per il solo fatto che uno dei vizi della dichiarazione di pubblica utilità sia ravvisato nella mancata o completa indicazione dei termini di legge per il compimento del procedimento espropriativo, atteso che gli atti così viziati sono annullabili e non nulli.

---

giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam *e confini della giurisdizione esclusiva*, Supplemento al *Foro Amm. TAR*, 2005.

PARTE TERZA
SOGGETTI TERZI LA CUI ATTIVITÀ PARTECIPA ALL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO

CAPITOLO UNICO
SOGGETTI TERZI LA CUI ATTIVITÀ PARTECIPA ALL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO

SOMMARIO: *1. L'esternalizzazione delle potestà pubblicistiche. 2. Gli atti "sostanzialmente" amministrativi: l'attività amministrativa di soggetti privati. 3.* Soft law, *regolazione e atti ad "autoritatività attenuata". 5. I poteri impliciti. 6. Gli impegni antitrust.*

1. L'ESTERNALIZZAZIONE DELLE POTESTÀ PUBBLICISTICHE.

Il conferimento di potestà pubbliche ai privati costituisce anch'essa un terreno di studio dell'esercizio del potere pubblico, soprattutto in ragione delle citate modifiche relative alle modalità dell'azione amministrativa[266].

Il problema della legittimità dell'esternalizzazione delle potestà amministrative si configura in primo luogo sotto il profilo della conformità costituzionale di una norma che conferisca a soggetti formalmente privati tali potestà[267].

---

[266] Si vedano S. CASSESE, *La riforma amministrativa in Europa e in Italia,* in *La modernizzazione dello Stato,* a cura di L. FIORENTINO, M. PAGNI, Milano, 2002; D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche,* Bologna, 2005; G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato,* in *Giorn. Dir. amm.,* 2005, 5, 484;.A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati, cit.;* G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato,* in *Giorn. Dir. amm.,* 2005, 5, 484..

[267] Si pensi al principio di sussidiarietà orizzontale (e si veda a tal proposito il T.U.E.L.) e sul punto, si veda A. MALTONI, *op. cit.,* 153. Si veda anche G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato, cit.* L'Autore rileva la presenza di due condizionamenti che il ricorso allo strumento dell'esternalizzazione subisce. Il primo riguarda la sottoposizione dell'Amministrazione al principio di legalità, che rileva sia sotto il profilo soggettivo –che involge la costituzione di amministrazioni in forma societaria -, sia sotto un profilo oggettivo, con riferimento alle attività che possono formare oggetto di esternalizzazione. Sul sindacato giurisdizionale relativo agli atti di soggetti privati, si veda V. CERULLI IRELLI, *"Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale, cit.* e G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo,* Milano, 2000, 88 ss, secondo il quale essi sono sindacabili solo sotto il profilo della violazione di legge. L'Autore dubita che in tali ipotesi si possa censurare l'eccesso di potere "*sub specie del mancato perseguimento dell'interesse pubblico, per il semplice fatto che i soggetti privati non sono istituzionalmente portatori di interessi pubblici, né sono attrezzati (anche dal punto di vista della normativa di riferimento) per la relativa valutazione".* A questa conclusione si giunge in realtà pur considerando astratrattamente ammissibile un sindacato di eccesso di potere sugli atti dei privati tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica in materia di appalti

La giurisprudenza più recente, oltrepassando ogni dubbi di carattere costituzionale, ha confermato la possibilità che il potere venga "esternalizzato"[268].

Rientra infatti nelle facoltà discrezionali del legislatore la decisione di demandare a privati lo svolgimento di alcune funzioni pubbliche, con conseguente dotazione agli stessi delle potestà connesse[269].

---

pubblici. Secondo questa opinione tale sindacato non appare però configurabile in concreto in ragione del fatto che l'attività dei privati non assumerebbe "*rilevanza globale esterna*".

[268] C. Cost., ordinanza n. 157 del 2001 e C. Cost. n. 204 del 2004.

[269] Si pensi a quanto disposto dall'art. 6 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, in cui è stato previsto che: "*se l'opera pubblica o di pubblica utilità va realizzata da un concessionario o contraente generale, l'amministrazione titolare del potere espropriativi può delegare, in tutto o in parte, l'esercizio dei propri poteri espropriativi, determinando chiaramente l'ambito della delega nella concessione o nell'atto di affidamento (...)*". Un altro ambito in cui si è proceduto all'esternalizzazione dell'attività è quello degli ausili finanziari pubblici in favore di istituti creditizi o società di servizi d essi controllate (l. n. 488/1992); quello della riscossione esattoriale tramite concessionari dello Stato e degli enti locali, in forma di società per azioni, aventi ad oggetto l'espletamento di tale servizio, del di compiti ad esso connessi o complementari, anche a supporto di attività tributarie e di gestione patrimoniale degli enti creditori diversi dallo Stato, nonché delle altre attività di riscossione ad essi attribuite dalla legge. Ancora, si pensi al d.lgs. 58/1998 E S.M.I., col quale si è passati da un modello di mercato pubblico ad un modello di mercato-impresa. All'art. 62 del predetto decreto, si precisa che l'organizzazione e la gestione dei mercati sono disciplinate da un regolamento, deliberato dall'assemblea della società di gestione, che secondo l'opinione maggioritaria della dottrina è configurabile quale atto di autonomia privata. Il regolamento approvato dalla società di gestione deve però essere sottoposto al controllo della Consob ai fini del rilascio dell'apposita autorizzazione all'esercizio del mercato. Alle società di gestione possono peraltro essere affidati da parte della Consob , sia in via generale (ai sensi dell'art. 64, lett. f del T.U.F.) che in via specifica (*ex* art. 113, comma 2, lett. c e art. 94, comma 5 del T.U.F.) altri compiti. Ancora, si pensi ad esempio alle aste pubbliche gestite dai Consorzi per conto della S.C.I.P. (Società di Cartolarizzazione Immobili Pubblici S.r.l., finalizzata ad attuare la dismissione del patrimonio immobiliare dell'I.N.P.S.) e alla qualificazione dei relativi atti di gara come formali provvedimenti amministrativi emessi nell'esercizio di poteri autoritativi propri dei soggetti pubblici o di quelli che per tali soggetti agiscono come *longa manus*, e di esempi ce ne potrebbero essere infiniti. A tal proposito si veda Cons. Stato, sez. IV, n. 306/06. La vicenda aveva ad oggetto l'impugnazione di una esclusione da un'asta pubblica, gestita da un consorzio per conto della SCIP. Dunque la questione giuridica verteva sulla possibilità di configurare alla stregua di provvedimenti amministrativi, emessi dunque nell'ambito e nell'esercizio di poteri autoritativi e discrezionali, gli atti della procedura di vendita, formalmente provenienti dal Consorzio. Il problema che si pone il Collegio è pertanto quello dell'individuazione della effettiva natura del soggetto SCIP al di là della sua formale qualificazione come persona giuridica privata in quanto società a responsabilità limitata. A tal fine rilevano "*tanto il carattere strumentale o meno dell'ente societario rispetto al perseguimento di finalità pubblicistiche (e dunque se esso agisca o meno in forza di poteri autoritativi delegati dalla P.A: e nella fedele esecuzione di disposizioni e provvedimenti da questa emanati), quanto l'esistenza o meno di una disciplina derogatoria rispetto a quella propria dello schema societario, sintomatica, in particolare, della strumentalità della società rispetto al conseguimento di finalità pubblicistiche (si veda anche Cons. Stato, VI, 17 settembre 2002, n. 4711)*". Il Collegio prosegue affermando che "*la stessa citata decisione, al fine di decidere sulla sulla natura pubblica di una compagine (quale la SCIP) costituita secondo il comune modello della società di capitali e dunque per appurare se ci si trovi dinanzi ad un caso di privatizzazione solo formale dell'esercizio di pubbliche funzioni, tale da sottrarre la SCIP ad un inquadramento nella sfera del diritto privato e da configurare, in definitiva, la società stessa quale lunga manus ed una portatrice di poteri autoritativi propri, riteneva necessaria una adeguata attività istruttoria, volta ad indagare, in estremo dettaglio, le qualità soggettivo/oggettive dell'attività,*

oggetto di controversia, posta in essere da SCIP (...)". Il Collegio giunge alla conclusione per cui essa rappresenta lo strumento operativo on concreto individuato dal legislatore per il soddisfacimento della esigenza pubblicistica, posta alla base delle esigenze di cartolarizzazione ad essa affidate, di dismissione di una parte non indifferente del patrimonio immobiliare pubblico, garantendo al tempo stesso speditezza, efficacia ed efficienza di quell'operazione di reperimento di introiti per l'erario, cui l'intera manovra è finalizzata ("*se è vero che , come è stato già più volte sottolineato dalla stessa Corte di Cassazione (Cass., Sez. Un., 5.5.1995, n. 4989; Id., 6.6.1997, n. 5085; Id., 26.08.1998, n. 8454; da ultimo 15 aprile 2005, n. 7799), la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provinci etc) ne posseggano le azioni in tutto o in parte (non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico), dall'analisi degli elementi di cui sopra (...) emerge chiaro, a parere del Collegio, come sia proprio tale assoluta autonomia ad essere del tutto assente nella posizione funzionale della SCIP e nell'esercizio delle attività demandatele dal legislatore, apparendo, al contrario, la stessa soggetta, in tale ambito, all'esercizio del potere gestionale discrezionale e totalizzante dell'Amministrazione di riferimento (...) di incidere in maniera del tutto pervasiva sulla sua solo astratta e presunta autonomia, così divenendo di fatto essa stessa strumento per l'esercizio di poteri pubblicistici").* Gli esempi sono innumerevoli. Si pensi alle federazioni sportive. Il CONI, che ha finalità pubbliche quali l'organizzazione e il potenziamento dello sport nazionale, l'adozione di misure di prevenzione e repressione dell'uso di sostanza che alterano le naturali prestazioni fisiche degli atleti, mantiene la qualificazione di ente pubblico anche in seguito al conferimento, *ex* l. 178/2002 delle sue attività strumentali ad una società per azioni (la Coni Servizi s.p.a.), in virtù del quale esso è diventato essenzialmente un ente di indirizzo, coordinamento , promozione e vigilanza, perdendo dunque il suo carattere spiccatamente gestorio. Tuttavia, pur assumendo la veste di autorità di vigilanza nei riguardi dei propri affiliati, l'attività svolta dal Coni non perde il proprio carattere doveroso né la rilevanza pubblicistica. Si pensi al riferimento legislativo alle attività "a valenza pubblicistica", ovvero quegli atti che, secondo la giurisprudenza amministrativa, costituiscono espressione di "*poteri di supremazia speciale", "oggettivamente (ma non soggettivamente) amministrativi" intesi cioè alla cura e regolazione della sfera di interessi più ampia e non coincidente con quella dei soli associati, perché involgente anche interessi pubblici sui quali quegli atti finiscono per incidere* " (TAR Puglia, sez. I, 11 settembre 2001, n. 3477). Gli stessi atti di affiliazione e di ammissione ai campionati costituiscono "*provvedimenti di nature amministrativa",* espressione di "*poteri di carattere pubblicistico*", che le federazioni esercitano in armonia con le deliberazioni del Coni (Cons. Stato, VI, 2 luglio 2004, n. 5025). Anche il notaio, il libero professionista e il curatore fallimentare sono figure private titolari di potestà pubbliche certificatici e di altre funzioni autoritative. Il curatore fallimentare è un organo dell'amministrazione fallimentare che, ancorché subentri al debitore, non opera esercitando le prerogative di quest'ultimo né quelle dei creditori. Egli è dotato di una ampia gamma di poteri che si concretano nel compimento di una serie di atti. E' opinione comune in dottrina e in giurisprudenza che il curatore fallimentare non sia un sostituto del fallito né il rappresentante dei creditori. Egli, nell'esercizio delle sue funzioni è un pubblico ufficiale. Secondo parte della dottrina le funzioni del curatore, qualora non possano essere configurate alla stregua di funzioni giudiziarie, dovrebbero comunque essere inquadrate tra quelle amministrative, cui fa riferimento l'art. 357, comma 2, c.p., e ciò in quanto al curatore, ai fini della gestione del patrimonio del fallito, sono conferiti in via generale poteri autoritativi quali quello di convocare il fallito o di conoscere della corrispondenza di questi. Si pensi, per analogia, alla liquidazione coatta amministrativa e al potere di revoca che il Ministro ha nei confronti del Commissario liquidatore. Sia consentito a tal proposito rinviare alla recente sentenza del TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 5 novembre 2007, n. 10892, con nota di M. SINISI, in *Foro amm. TAR*, 2007, 11. Si veda anche Tribunale di Ferrara, sez civ., 16 giugno 2006, n. 23, sul procedimento di liquidazione coatta amministrativa di un consorzio agrario. La vicenda è ascrivibile a quelle in tema di disciplina applicabile in ipotesi in cui le attività di rilievo pubblicistico vengano svolte da soggetti privati. Le opzioni interpretative possibili sono due: a) la riqualificazione in senso pubblicistico dei soggetti privati equiparati alla pubblica amministrazione relativamente alla disciplina applicabile; b) il mutamento di veste giuridica del soggetto non può rimanere privo di effetti, con la conseguenza che alle società di capitali, anche se derivanti dalla trasformazione di enti pubblici, andrebbero applicate le

E' perciò possibile "investire" un soggetto privato conferendo ad esso i medesimi poteri che la p.A. avrebbe nello svolgimento della stessa attività[270].

Si pensi a quell'orientamento che ha riconosciuto a vari enti privati, quali le federazioni sportive o gli istituti creditizi, la facoltà di esercitare, in forza di determinate disposizioni legislative, potestà amministrative e di adottare determinazioni autoritative nell'ambito di procedimenti che si concludono con l'adozione di veri e propri provvedimenti espressi[271].

Nell'ambito dell'*outsourcing* devono pure essere annoverate le società organismi di attestazione (SOA)[272].

---

norme dettate in materia del codice civile. Dunque all'impostazione di chi ritiene che la forma nella quale il soggetto si presenta non ne identifichi la natura "sostanziale", che invece ne individuerebbe il regime giuridico, si contrappone l'idea di chi afferma che le società derivanti da interventi di privatizzazione debbano rimanere soggette alla disciplina di diritto comune. In ogni caso la finalità pubblica perseguita da un soggetto formalmente privato impone una attenta valutazione dell'interesse, poiché esso introduce un frazionamento del modello amministrativo (organizzativo). E' il caso del consorzio agrario che, seppure aventi forma societaria, presentano caratteristiche particolari per l'interesse pubblico perseguito. Da ciò l'attribuzione legislativa in via esclusiva a tali enti di funzioni di segno pubblicistico, cui si ricollegano i poteri di vigilanza da svolgersi da parte delle autorità ministeriali. Non vi è dubbio quindi che la veste societaria ben si adatta ad una molteplicità di scopi, compreso quello di fornire la struttura organizzativa a enti pubblici. La liquidazione coatta amministrativa, pur con le peculiarità che la contraddistinguono, rimane l'unica procedura concorsuale nella quale l'interesse dei creditori non può essere automaticamente subordinato a quello pubblico. Dunque l'accoglimento della proposta di concordato dovrebbe consentire la possibilità per il consorzio di proseguire nello svolgimento della sua attività (pubblica) ma non anche di porre nel nulla i diritti spettanti ai creditori sul patrimonio dell'impresa.

[270] Sul punto si veda A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati,*in *Sistema del diritto amministrativo italiano,* (a cura di) F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2005; Id. *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241 del 1990,* in *www.giustamm.it.*

[271] Si vedano, *ex multis,* Cons. Stato, sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5424; Cass. Civ., sez. un., 23 marzo 2004, n. 5775; Cons. Stato, sez. VI, 2 luglio 2004, n. 5025 e T.A.R. Sicilia, sez. II, 2 febbraio 2005, n. 114.

[272] Le S.O.A. sono state disciplinate con d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, che regolamenta dettagliatamente l'istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori dei lavori pubblici.Tale intervento normativo è seguito alla soppressione dell'Albo nazionale costruttori, disposta dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109, rispetto al quale si colloca come sua prosecuzione. Sulle certificazioni di qualità, cfr. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza,* Milano, 2006; ivi R. LEONARDI, *op. cit.,* 115 ss; A. BENEDETTI, *Certificazioni private e pubblica fiducia,* in *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza;* id. *Le certificazioni di qualità tra regolazione pubblica e autorevolezza privata,* in *Serv. Pubb. e appalti,* 2004, 669; E. TANZARELLA, *S.O.A.: sistema di qualificazione e libertà di apprezzamento della stazione appaltante,* in *Serv. Pubb. e app.,* 2004, 2. In giurisprudenza,*Ex multis,* si veda: Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004 n. 991, con nota di R. DAMONTE, *Il potere dell'Autorità di vigilanza di annullare in via diretta le attestazioni SOA,* in *Urb. e app.,* 2004, 683; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 993; Id. sez. VI, 7 settembre 2004 n. 5843*, in Urb. e app.,* 2005, 184; Id., sez. VI, 30 marzo 2004, nn. 2124 e 2125.

Nell'attività svolta da tali soggetti è stato ravvisato a tutti gli effetti l'esercizio di un *munus* in quanto attività *sostanzialmente* amministrativa, finalizzata al perseguimento di un interesse tutt'altro che privato.

Tali organismi di diritto comune avente struttura societaria, di recente formazione, assolvono la funzione certificativa in luogo dell'Amministrazione[273].

In materia di contratti pubblici di lavori le amministrazioni aggiudicatici, anziché procedere in sede di gara alla valutazione e all'accertamento dei requisiti che si ritengono necessari per presumere l'affidabilità dei potenziali affidatari, hanno mostrato di prediligere un sistema di selezione delle imprese che si fondasse sul possesso, attestato, di determinati requisiti.

Lo svolgimento da parte della S.O.A. dell'attività di attestazione della qualificazione è subordinato all'autorizzazione che l'Autorità rilascia a seguito dell'istanza presentata dalla medesima S.O.A., corredata dall'atto costitutivo e dallo statuto sociale, dall'elencazione della compagine societaria e dalla dichiarazione circa eventuali situazioni di controllo o di collegamento, dall'organigramma della società e da un documento contenente l'indicazione delle procedure cui essa si conformerà nell'esercizio dell'attività di attestazione.

Il procedimento di qualificazione è "bifasico".

Per ottenere la qualificazione è necessario che l'impresa aspirante stipuli prima un contratto con le società di attestazione, autorizzate e sottoposte al controllo dell'Autorità di vigilanza.

Detto controllo involge numerosi aspetti della vita delle S.O.A: esso incide a monte sull'organizzazione della società e successivamente, per tutta la fase di svolgimento, sull'attività da essa esercitata[274].

---

[273] A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica,* Padova, 2003; R. DAMONTE, *Al via il nuovo sistema di qualificazione,* in *Riv. Urb. App.,* 2000; M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica (voce),* in *Enc. Dir.,* IV, Milano, 1960; R. LEONARDI, *Le S.O.A. tra natura giuridica del certificatore e compiti della pubblica amministrazione,* in F. FRACCHIA, M. OCCHIENA (a cura di), *I sistemi della certificazione tra qualità e certezza,* Milano, 2006.

[274] Per quanto riguarda il controllo sull'attività della S.O.A., l'Autorità ha il potere, ai sensi dell'art. 10, d.P.R. 34/00, di revocare l'autorizzazione a rilasciare attestazioni. L'autorizzazione è revocata «*quando sia accertato il venir meno dei requisiti e delle condizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9, nonché quando sia accertato il mancato inizio dell'attività sociale entro sei mesi dalla autorizzazione, o quando la stessa attività risulti interrotta per più di sei mesi. L'autorizzazione è altresì revocata nei casi più gravi di violazione dell'obbligo di rendere informazioni richieste ai sensi degli articoli 7, 8 e 9 e comunque quando sia accertato che la S.O.A. non svolge la propria attività in modo efficiente e*

Il rigido sistema di ispezioni e verifiche cui tali organismi sono sottoposti è pienamente conforme alla natura peculiare dei medesimi[275].

Esso è infatti funzionale ad uno svolgimento imparziale dell'attività della S.O.A., garantito peraltro dagli oneri imposti, oltre che dalla legge, dalle determinazioni stesse dell'Autorità[276].

2. GLI ATTI "SOSTANZIALMENTE" AMMINISTRATIVI: L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA DI SOGGETTI PRIVATI.

Il tema dell'esercizio di potestà amministrative da parte di soggetti terzi, formalmente non configurabili alla stregua di pubbliche amministrazioni ma ad esse equiparate, è stato espressamente e ripetutamente trattato dalla giurisprudenza[277].

---

conforme alle disposizioni della legge (...)». La revoca dell'autorizzazione a rilasciare attestazioni si configura dunque alla stregua di un provvedimento sanzionatorio e interdittivo conseguente al comportamento illegittimo tenuto dalla S.O.A. o al venir meno dei requisiti di imparzialità della medesima. Ai sensi dell'art. 14 del citato d.P.R., l'Autorità vigila sul sistema di qualificazione anche effettuando ispezioni, richiedendo i documenti necessari e controllando: a) che le S.O.A. operino secondo le procedure indicate in sede di richiesta di autorizzazione e approvate dalla stessa Autorità; b) abbiano un comportamento che elimini qualsiasi possibilità di un conflitto di interessi; c) rilascino le attestazioni nel pieno rispetto dei requisiti previsti dalla legge (…).Peraltro essa procede periodicamente ad un controllo a campione di alcune attestazioni rilasciate dalle S.O.A., per accertarsi che l'operato sia pienamente conforme al fine pubblico perseguito tramite l'istituzione di detti organismi.

[275] Ad esempio, sul potere di veto che l'Autorità, in determinate circostanze, può esercitare avverso il trasferimento delle partecipazioni azionarie di una S.O.A., incidendo dunque su un aspetto eminentemente privatistico, sia consentito rinviare a M. SINISI, *Trasferimento delle partecipazioni azionarie di una S.O.A. e e procedimento di revoca dell'autorizzazione a rilasciare attestazioni di qualificazione: quali i poteri dell'Autorità?,* in *Foro amm. TAR,* 2006, 12. Tra i poteri dell'Autorità in ordine alla composizione della compagine societaria vi è quello di vietare il trasferimento delle partecipazioni azionarie laddove tale trasferimento possa "*influire sulla correttezza della gestione delle S.O.A.*" o possa "*compromettere il requisito dell'indipendenza a norma dell'art. 7, comma 4"* Così si è espresso il TAR Lazio, sez. III, 16 novembre 2006, n. 12469 (nel caso di specie non si configurava tale rischio).

[276] Imparzialità intesa come «*manifestazione del potere di ponderazione e contemperamento dei diversi interessi coinvolti nell'azione (...)»,* secondo la definizione di U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa,* Padova, 1965, 60 ss.

[277]Già nelle opere di Santi Romano, il concetto di amministrazione in senso soggettivo si andò precisando in termini gradualmente estensivi. Si vedano, V. SANTI ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano,* Milano, 1988; Id, *Principi di diritto amministrativo,* Milano, 1912. L'Autore descrive il processo dell'esternalizzazione in termini di attività che "*supplisce o equivale a quella dello Stato, o anche che rimane statuale per spettanza, pur venendone ceduto l'esercizio"* sulla base di una norma generale o di un atto amministrativo. Lo stesso F. CAMMEO, in *Corso di diritto amministrativo, II, Rapporti Giuridici e Diritti subiettivi – I subiteti. Gli oggetti dei rapporti giuridici (nascita, estensione e modificazione dei rapporti giuridici amministrativi),* Padova, 1992, per quanto non accolga (diversamente da Santi Romano e Ranelletti) una nozione particolarmente estesa di pubblica amministrazione, evidenzia come anche i soggetti privati possano esercitare pubbliche funzioni, assunte in virtù di un "*atto speciale (contratto o concessione)"*. Anche L. RAGGI, in *Diritto amministrativo.IV. Soggetti – Organi –Organizzazione dell'amministrazione diretta. Lezioni svolte*

Si pensi al celebre caso Eurocontrol, in cui la Corte ha ravvisato nei poteri di ricerca, pianificazione, coordinamento delle politiche nazionali, fissazione e riscossione dei contributi dovuti dagli utenti per il trasporto di rotta, poteri di carattere *autoritativo*, caratterizzati dalla facoltà di imporsi con la veemenza del potere pubblico, unilateralmente e derogando alla disciplina di diritto comune[278].

L'art. 29 della legge 448 del 2001 prefigura una pluralità di forme di esternalizzazione di servizi che, in virtù dell'espresso riferimento alle convenzioni di cui all'art. 26 della l. n. 488 del 1999 e all'art. 59 della l. n. 388 del 2000, devono essere identificate con le attività rese dall'amministrazione pubblica.

Anche l'art. 8 della citata l. 448 del 2001 prevede che gli enti locali e le aziende da questi costituite "*devono promuovere opportune azioni dirette ad attuare l'esternalizzazione dei servizi al fine di realizzare economie di spesa e migliorare l'efficienza gestionale".*

Si ricorda anche il meccanismo di incentivazione previsto dall'articolo 49 del d.l. n. 269 del 2003 (conv. in l. 326 del 2003): "*al fine di agevolare l'esternalizzazione dei servizi ausiliari da parte delle aziende ospedaliere e delle aziende sanitarie locali, le maggiori entrate corrispondenti all'IVA gravante sui servizi, originariamente prodotti all'interno delle predette aziende, e da esse affidate (..) a soggetti esterni all'amministrazione affluiscono ad un fondo presso il Ministero dell'economia e delle finanze".*

---

nell'anno accademico 1931-1932, Padova, 1935, muovendo dalla premessa per cui il diritto amministrativo riguarda l'amministrazione in senso soggettivo (disciplina "*l'azione degli organi amministrativi"*), riconosceva anche ai soggetti privati, concessionari di pubblici servizi, l'attribuzione di "*privilegi analoghi a quelli di cui gode lo Stato";* essi risultavano perciò investiti dell'esercizio di potestà pubbliche senza alcun mutamento della loro qualificazione soggettiva. Raggi riconosceva perciò la possibilità che le manifestazioni della volontà amministrativa potessero ritrovarsi "*anche in quella sfera di azione amministrativa concessa ai privati*". Cfr. anche C. CICOGNA, *L'outsoucing delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione*, in *Lo stato compratore (l'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni),* a cura di L. FIORENTINO, Quaderni di Astrid, Il Mulino, 2007. L'Autrice analizza il recente fenomeno dell'*outsourcing* volto a conseguire maggiori livelli di efficienza, qualità e competitività. L'esternalizzazione è infatti definito come "uno strumento gestionale-organizzativo che consiste nell'affidare a fornitori terzi, presenti sul mercato in *qualità di specialisti, per un periodo contrattualmente definito, lo svolgimento operativo di una o più attività precedentemente svolte all'interno di un'azienda, senza intaccare le prerogative tipiche e istituzionali del soggetto che se ne avvale*". Lo studio parte da una prospettiva economica ma non manca di sottolineare che "*di recente il ricorso all'outsourcing ha interessato anche la pubblica amministrazione".*

[278] Sentenza 19 gennaio 1994, C-364/92, in *Foro it.,* 1994, IV.

Tra i quesiti che ci si è posti, vi è quello che attiene alla possibilità che l'attività amministrativa di privati, soggetta al rispetto dei principi di cui all'art. 1, comma 1 della l. 241 del 1990, sia sottoposta a un regime diverso o piuttosto conforme a quello prescritto per l'attività autoritativa delle pubbliche amministrazioni[279].

Nell'ambito delle attività svolte dai privati, al di fuori delle rare ipotesi di certa individuazione, non è insolito incontrare situazioni in cui la connotazione del potere conferito appaia quanto meno incerta e rispetto alle quali si rende perciò necessario procedere alla verifica della presenza di indici rivelatori del carattere pubblico dell'attività.

Tra le tappe più significative del percorso compiuto dalla giurisprudenza nel tentativo di definire il rapporto pubblico-privato non può non menzionarsi la teoria dell'"organo indiretto", elaborata negli anni '90.

La Suprema Corte, con decisione n. 12221 del 1990[280], confermata da alcuni successivi interventi delle Sezioni Unite[281], ha affermato che il concessionario privato di un'opera pubblica è un organo indiretto della p.A., essendo investito dell'esercizio di pubbliche funzioni per volontà dell'amministrazione concedente e che gli atti che ne costituiscono l'espressione sono atti amministrativi in senso

---

[279] Sui principi relativi all'azione amministrativa, si vedano G. MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso di ufficio), in Convivenza nella libertà. Studi in onore di G. Abbamonte,* Napoli, 1999; A. POLICE, *Commento all'art. 1, comma 1, l. n. 241/90,* in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005,* (a cura di) N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005. Come sottolinea F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica,* in *Dir. amm.,* 2004, 666 e 678, il fatto che l'art. 1, comma 1 *bis,* l. 241 del 1990, specifichi che "*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente",* presuppone che vi siano atti dell'amministrazione – e di soggetti equiparati, "cui viene applicato il regime dei provvedimenti, e che tuttavia non sono provvedimenti nel senso stretto del termine. Si veda anche A. MALTONI, *op. cit.* Sui problemi relativi alla disciplina applicabile, si veda V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa, cit.,* in cui l'A. si pone il problema se "*poteri amministrativi in senso tecnico, già spettanti agli enti pubblici dalla cui trasformazione derivano le nuove persone giuridiche private, restino imputati a questi ultimi*".

[280] Cass. civ., sez. un., 29 novembre 1990, n. 1221, in *giur. it.,* 1992, I, 321, con nota di F. SATTA, *Concessioni di opere pubbliche e atti del concessionario.* L'A. critica il percorso argomentativi esposto nella citata decisione sulla scorta della considerazione per cui nelle gare indette da un concessionario provato, a differenza di quelle bandite dalla p.A., non vi è esplicazione di un potere amministrativo, dal momento che questo si è consumato con la scelta del concessionario.

[281] C. Cass., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, in *Foro it.,* 1993, I, 3367, con nota di F. FRACCHIA e C. Cass., sez. un., 18 marzo 1992, n. 3359, in *Foro it.,* 1993, I, 2328.

obiettivo e soggettivo, rispetto ai quali si radica la giurisdizione del giudice amministrativo.

Il provvedimento concessorio costituisce dunque di investitura di un soggetto formalmente privato, attributario di funzioni pubbliche[282].

La teoria dell'organo indiretto è stata accolta, negli stessi anni, anche dal giudice amministrativo, che ha equiparato i concessionari di pubblici servizi a organi indiretti della pubblica amministrazione, che emanano *atti amministrativi, pur agendo in nome proprio*[283].

In tale prospettiva anche gli atti adottati da soggetti privati tenuti ad applicare la normativa nazionale e comunitaria, sono atti "a regime amministrativo".

E' dunque l'equiparazione, presupposta o positivamente determinata, tra soggetti privati e pubbliche amministrazioni ad imprimere il carattere amministrativo agli atti da essi posti in essere.

3. *SOFT LAW*, REGOLAZIONE E ATTI AD "AUTORITATIVITÀ ATTENUATA".

Il concetto di *soft law* è di creazione dottrinale ed è per lo più fondato, in ambito nazionale, sull'osservazione di alcuni recenti fenomeni, quale quello della regolazione, legati per lo più alla presenza di organismi privati di settore in ambiti di interesse pubblico.

Nonostante una evidente disomogeneità tra la nozione di *soft law* in ambito comunitario, in cui essa è volta a definire nella maggior parte dei casi per lo più atti normativi o pseudonormativi, e la stessa in ambito nazionale, riferibile ad atti di autoregolamentazione, maggiormente simili a provvedimenti di tipo amministrativo, essa è indistintamente utilizzata per indicare quella categoria di atti atipici, riferibili all'esercizio di poteri normativi o regolamentari, cui consegue la produzione di effetti giuridici.

---

[282] Sul punto si deve anche indicare la sentenza della C. Cass., n. 4889 del 1995 (Siena Parcheggi).

[283] In tal senso TAR Lazio, sez. III, 30 settembre 1986, n. 3060, in *TAR,* 1986, I, in cui si affermano espressamente i passaggi relativi al conferimento di poteri ("*i privati derivano dalla pubblica amministrazione compiti che l'ordinamento riconosce propri di quest'ultima , occorre attentamente sceverare entro l'ambito dell'attività dagli stessi posti in essere per individuare se e quali momenti di tale attività costituiscano perseguimenti di quei fini pubblici e siano, quindi, strumentalmente assistiti da quei poteri amministrativi che, soli, ne possono consentire la compiuta realizzazione"*).

In ambito europeo il concetto di *soft law* ha preso piede per spiegare il rinvio che sempre più frequentemente viene fatto ad atti di intervento dei pubblici poteri, identificati in "*misure*" e non meglio qualificati.

Detto rinvio avviene in ragione del fatto che non tutti gli obiettivi perseguiti dalle istituzioni comunitarie possono essere raggiunti attraverso gli atti tipici previsti dall'art. 249 del Trattato.

L'estensione numerica dei compiti e delle finalità da assolvere non trova infatti una piena corrispondenza nella tipologia degli atti tipici, cui devono perciò necessariamente accedere tipologie di atti "atipici" quali le predette "misure".

I principali orientamenti sulla natura della *soft law* sono tre: a) essa indica una tipologia di atti; b) delinea una tecnica di regolazione; c) il fenomeno comprende tanto una tipologia di atti quanto una tecnica di regolazione[284].

E' bene sottolineare ancora una volta che tali atti sono frutto di una elaborazione meramente dottrinale; né la CGCE né il Tribunale di primo grado ricorrono nella stesura delle sentenze all'indicazione della "*soft law*".

---

[284] Il primo orientamento è ascrivibile sia a dottrine di stampo anglosassone, che definiscono gli strumenti ad essa riconducibile, quali regole di condotta di portata generale, sia a alle dottrine di stampo prettamente continentale, che fondano la propria convinzione sulla distinzione tra atti vincolanti e atti non vincolanti. Per le prime la *soft law* comprende regole di condotta cui non è attribuito dall'ordinamento carattere vincolante ma che producono comunque effetti giuridici, ovvero sono adottate con lo scopo di raggiungere gli stessi effetti giuridici collegati agli atti ad efficacia vincolante (così definite da L. SENDEN, *Soft law in European Community Law,* Oxford, 2004, 112, "*Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such,but nevertheless may have certain (in direct) legal effects, and that are aimed and may produce pratical effects"*, ovvero che essa consiste di "*rules of conduct which find themselves on the legally non-binding level (in the sense of enforceable and sanctionable), but which according to their drafters have to be awarded a legal scope, that ha sto be specified at every turn and therefore do not show a uniform value of intensità with regard to their legal scope, but do have in common that they are directed (at intention of the drafters) and have as effect (through the medium of Community legal order) that they influence the conduct of Menmer State, institution, undertaking and individuals, however without containing Community rights and obligations"*). Gli atti classificabili come *soft law*, in virtù della funzione svolta, sono individuati nelle seguenti categorie: *pre-law* (strumenti preparatori di atti giuridici vincolanti quali Libri bianchi, verdi etc), *post-law* (strumenti di interpretazione di atti vincolanti quali linee guida, codici di condotta, comunicazioni interpretative) e *para-law* (strumenti alternativi ad atti vincolanti quali raccomandazioni, pareri, comunicazioni non interpretative); solo quest'ultima categoria rende evidente ciò che si intende perseguire con la *soft law* e cioè creare uno strumento alternativo alla legislazione. La tesi continentale riconosce effetti giuridici agli atti di *soft law* ma parte dalla premessa dell'inquadramento normativo di tali atti (tra quelli non vincolanti). Il terzo orientamento comprende nel fenomeno della *soft law* sia atti atipici che atti politicamente vincolanti, nonché tecniche di regolazione. In una tale accezione la *soft law* appare piuttosto collegata con il potere comunitario di "indirizzo politico", per cui gli atti atipici costituirebbero "strumenti di diritto mite", dotati di efficacia giuridica minore rispetto alle fonti tipiche.

Tale rinvio è però risultato più volte implicito in alcune decisioni degli organi giurisdizionali comunitari che hanno dichiarano ricevibili i ricorsi avverso atti non nominati nei Trattati (criterio che ha indotto la dottrina ad implementare la categoria degli atti di *soft law*)[285].

Questo è quanto accade in ambito comunitario.

Al di là delle oggettive difficoltà di avvicinare gli atti amministrativi nazionali agli atti comunitari di *soft law* (che sembrano piuttosto essere atti normativi), si possono introdurre, sulla scorta di quanto detto, alcune riflessioni si poteri impliciti e sulla opportunità di configurare in ambito nazionale una particolare tipologia di atti pubblici, si dirà se ad "autoritatività attenuata" o piuttosto "sostitutivi" di poteri privati, per spiegare l'ambito di esercizio del potere.

A livello nazionale può sicuramente reinterpretarsi la categoria summenzionata avendo riguardo al fenomeno, di particolare interesse, della regolazione[286].

L'intervento di organismi privati di settore è complementare alle funzioni esercitate dallo Stato.

Si è detto che il mutamento del volto del mercato ha portato i pubblici poteri a intervenire anche in quest'ambito, seppure in forma del tutto marginale, attraverso la predisposizione di un sistema di Autorità di controllo e vigilanza[287].

---

[285] Non potendo collegare l'effetto dell'atto alla sua qualificazione formale, la Corte motiva di volta in volta la ricevibilità sulla base dei principi di certezza, cooperazione e competenza.

[286] Il profilo di complementarietà è ben evidenziato da R. RODORF, *Importanza e limiti dell'informazione nei mercati finanziari,* in *Giur. comm.,* 2002, I-774, per il quale "*L'autoregolazione è in grado di dare reali vantaggi solo quando riesce a coordinarsi armonicamente con le fonti primarie dell'ordinamento generale, ritagliandosi un proprio spazio negli interstizi che quell'ordinamento è opportuno le garantisca. Il suo ruolo può essere complementare, ma non sostitutivo, e men che mai antagonistico rispetto alla regolazione pubblica*".

[287] Si vedano, F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti,* Bologna, 2003; C. MOTTI, *I mercati regolamentati di strumenti finanziari,* in A. PATRONI GRIFFI, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), *Intermediari finanziari, mercati e società quotate,* Torino, 1999, 351. La *self regulation* caratterizza il nuovo assetto dei mercati, in cui l'originario impianto pubblicistico è stato abbandonato in favore di un assetto regolamentare gestito da soggetti privati, salvo il persistere del controllo pubblico. Il legislatore comunitario ha recepito per la prima volta nel 1994, con legge comunitaria, la nozione di mercato regolamentato, delegando il Governo a disciplinare l'istituzione, l'organizzazione e il funzionamento di mercati, assegnandone la gestione a organismi di natura privata, dotati di poteri di gestione, autoregolamentazione ed intervento. La spinta successiva (nonché decisiva) alla privatizzazione del servizio di borsa è derivata dall'adozione di alcune direttive comunitarie in materia, cui ha fatto seguito l'adozione del decreto *Eurosim* (d. lgs. N. 415 del 1996) che, all'art. 46, riconosce il carattere imprenditoriale dell'attività di organizzazione e gestione dei mercati regolamentati su strumenti finanziari, rimettendone l'esercizio a società per azioni di diritto speciale.

Prendiamo come punto di partenza la *soft law*, così come precedentemente descritta. Essa comprende tutti quei fenomeni di autoregolamentazione ai quali è connesso un formale processo di produzione normativa, diverso dai tradizionali strumenti di produzione legislativa, che avviene ad opera degli organi a ciò deputati.

Gli esempi nel diritto nazionale sono vari: dai codici di autoregolamentazione delle singole imprese a quelli di associazioni professionali di categoria, alle raccolte di principi e regole sorte spontaneamente, volte all'introduzione di discipline uniformi in determinati ambiti (si vedano la *lex mercatoria*, i principi *Unidroit*).

Si pensi al settore finanziario, in cui la legge in genere contiene solo i principi fondamentali che presiedono alla gestione delle attività di settore mentre la definizione della regolamentazione nel dettaglio viene affidata alle relative Autorità di vigilanza[288].

Un esempio è dato dalle funzioni, notevolmente ampliate, dell'ISVAP, cui è attribuito un vasto potere regolamentare.

L'art. 5 del d.lgs. 209/2005, stabilisce che "*l'ISVAP adotta ogni regolamento necessario per la sana e prudente gestione delle imprese o per la trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti vigilati",* mentre l'art. 191 statuisce che "*l'ISVAP, per l'esercizio delle funzioni di vigilanza sulla gestione tecnica , finanziaria e patrimoniale delle imprese di assicurazione e di riassicurazione e sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti delle imprese e degli intermediari di assicurazione e riassicurazione, adotta, con i regolamenti per l'attuazione delle norme contenute nel presente codice, disposizioni di carattere generale aventi ad oggetto"* (tra l'altro) "*a) la correttezza della pubblicità, le regole di presentazione e di comportamento delle imprese e degli intermediari nell'offerta di prodotti assicurativi; b) gli obblighi informativi prima della conclusione e durante l'esecuzione del contratto; c) la verifica dell'adeguatezza delle procedure di gestione del rischio; d) l'adeguatezza patrimoniale, ivi compresa la formazione delle riserve tecniche, la copertura e la valutazione delle attività (...); h) la vigilanza supplementare sulle imprese di assicurazione e di riassicurazione; i) le procedure*

[288] Si veda S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo,* Milano, 2003, 728. La regolazione è spesso affidata ad Autorità indipendenti in ragione del fatto che i loro caratteri meglio si adattano a un tipo di intervento nel quale le attribuzioni amministrative mirano più ad assicurare il corretto funzionamento dei mercati e a tutelare interessi che verrebbero altrimenti sacrificati.

relative al rilascio dei provvedimenti previsti per l'accesso all'attività, per il rispetto delle condizioni di esercizio, per l'assunzione di partecipazioni e gli assetti proprietari, per le operazioni straordinarie, per le misure di salvaguardia, di risanamento e di liquidazione delle imprese di assicurazione e di riassicurazione"[289].

Dunque le Autorità amministrative svolgerebbero una funzione di "*supplenza"* nei confronti della libertà economica[290].

I limiti posti al potere regolamentare attengono all'obbligo del rispetto dei principi generali del diritto e, in particolare, dell'attività amministrativa, nonché dei principi e dei criteri specificamente attinenti ai singoli oggetti della potestà regolamentare[291].

La concezione di *soft law* può dirsi ormai accolta e recepita nell'ordinamento interno.

Essa si lega peraltro alla possibilità che vengano riconosciuti nel sistema giuridico nazionale alcuni atti, sostanzialmente amministrativi, caratterizzati da però una imperatività che risulta essere "attenuata" rispetto ai provvedimenti amministrativi tipici, nonostante siano loro riconnessi determinati effetti giuridici.

Questo sistema di riconoscimento degli atti che non presentano tutti i requisiti tipici dei provvedimenti amministrativi opera per lo più laddove le forme dell'azione amministrativa cambiano la propria connotazione tipica in ragione dell'attribuzione

---

[289] I poteri regolamentari pongono almeno tre ordini di problemi: a) l'ammissibilità dell'esercizio del potere regolamentare da parte di una autorità indipendente; b) la coerenza del potere regolamentare con il principio di legalità; c) la riconducibilità di tale potere entro i principi e i criteri direttivi della delega. Quanto alla prima questione, deve ritenersi acquisita la capacità delle autorità ad emanare regolamenti. Al di fuori della materie costituzionalmente riservate alla legge, è la legge stessa che dispone della competenza regolamentare. Il problema che investe il principio di legalità attiene alla circostanza per cui i poteri normativi delle autorità vanno ben oltre la mera esecuzione ed integrazione delle disposizioni legislative, che lasciano alla autorità margini di discrezionalità così ampia da configurare, secondo alcuni, vere e proprie deleghe in bianco. Da ciò il dubbio se il principio di legalità possa dirsi salvo di fronte a disposizioni che conferiscono poteri normativi vincolati solo con la generica enunciazione di un obiettivo. In tema di regolamenti delle Autorità si è parlato di regolamenti "quasi indipendenti" in quanto non del tutto indipendenti (perché gli interessi sono predefiniti dal legislatore, né meramente attuativi-esecutivi" (a causa dello scarso livello di predeterminazione dei contenuti dell'atto da parte della legge). La legittimità dei poteri attribuiti in via regolamentare alle Autorità è per lo più giustificata sulla base degli argomenti che si ricollegano alla specifica missione loro affidata. Sul tema, si veda F. MERUSI, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti,* in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti,* Bologna, 2006, 43ss.

[290] F. MERUSI, *op. ult. cit.,* 49.

[291] Sui limiti al potere regolamentare, individuati dalla giurisprudenza, si vedano C. Cass., sez. I, 7 aprile 1999, n. 3351; C. Cost., 24 luglio 1995, n. 356; C. Cost., 8 giugno 1981, n. 100 e C. Cass., sez. I, 23 marzo 2004, n. 5743.

in via eccezionale pubblici poteri a soggetti formalmente privati (secondo la previsione di cui al nuovo art. 1, l. 241 del 1990, secondo cui la pubblica amministrazione può agire anche con strumenti di diritto privato).

Nella cerchia dei poteri "attenuati" (o megio, condizionati, per quanto detto)[292], perché subordinati all'esercizio dei medesimi da parte di soggetti privati sottoposti a controllo (o "sostitutivi" se si predilige l'angolo visuale opposto e cioè il potere dell'Autorità di surrogarsi nell'esercizio di detti poteri) devono menzionarsi anche quelli riferibili alle ipotesi di *interferenza* di poteri pubblici nei rapporti tra privati; aspetto che coinvolge l'esistenza e il legittimo uso di poteri pubblici capaci di incidere su rapporti fra due o più soggetti privati, rispetto ai quali la p.A. è estranea.

Con una sentenza del maggio 2006[293], il TAR Calabria si è pronunciato sulla possibilità di riconoscere all'Amministrazione comunale l'autorizzazione ad avvalersi dei poteri pubblici per risolvere un contratto già perfezionato tra le parti e in fase di esecuzione.

L'annullamento degli atti di costituzione e di affidamento ad una società multiservizi del relativo servizio, come nel caso di specie, comporta il raffronto con la disciplina in tema di rimozione dell'atto costitutivo e dunque con il relativo regime di invalidità così come descritto dagli articoli 2332 e 2463 c.c., che sanciscono il principio di tassatività delle relative cause di invalidità, dalle quali esula l'illegittimità degli atti amministrativi che preludono alla costituzione della società.

Il Collegio parte da una riflessione che investe la natura del potere detenuto dal Comune e, preliminarmente, quella dell'atto impugnato (e cioè la deliberazione avente ad oggetto l'annullamento e/o la revoca di quella precedente, approvativa dell'atto costitutivo della società mista), non senza rilevare la difformità di orientamenti in giurisprudenza, dei quali ripercorre le tappe.

Secondo una delle possibili interpretazioni, tutte le vicende che si verificano dopo la costituzione della società sono in suscettibili di modificazione ad opera di atti autoritativi e a maggior ragione lo scioglimento della società non può essere operato attraverso atti aventi natura provvedimentale di secondo grado, quali la revoca o

[292] Si rinvia a quanto detto nel Titolo II, capitolo secondo, § 5.
[293] TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 maggio 2006, n. 571.

l'annullamento, attraverso i quali normalmente operano le pubbliche amministrazioni nell'esercizio di potestà pubbliche, essendo tipizzate le cause estintive[294].

Già con precedenti decisioni[295], la giurisprudenza aveva ritenuto che "*una volta intervenuta la costituzione della compagine societaria, l'Amministrazione non può sciogliersi dal vincolo sociale esercitando un potere di recesso unilaterale, anche se nelle forme di un atto di ritiro della precedente manifestazione di volontà di gestire il servizio pubblico mediante lo strumento societario, rilevando che dal momento della costituzione della società, il nuovo soggetto giuridico è assoggettato al particolare regime disciplinare che lo governa e in particolare alle norme di diritto comune, non potendosi più ammettere l'intervento dell'ente locale volto ad incidere autoritativamente sull'esistenza dello stesso mediante un contrarius actus, frutto dell'esercizio del potere di autotutela*".

Il Comune mantiene perciò un'ampia scelta nel revocare la propria decisione di provvedere alla gestione di un servizio pubblico mediante la costituzione di una società mista solo qualora non abbia dato seguito alla medesima determinazione assunta.

Dunque, una volta istituita, la società multiservizi non sembrerebbe poter essere sciolta tramite un atto di autotutela, essendo al contrario richiesta la ricorrenza delle cause di invalidità operanti nel diritto civile.

Sotto il profilo della tutela ciò significa che, ove è preclusa la possibilità di incidere con atti di diritto pubblico sulla società costituita, le questioni che sorgono intorno alle modalità di svolgimento del contratto societario devono essere fatte valere dinanzi al giudice ordinario.

Ed invero, in tal senso si era già orientata la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione[296], rilevando che "*come la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perchè il Comune ne possegga, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia e perciò al Comune non è consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto societario né sull'attività svolta*

[294] Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586; Id., sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6867; Cass. civ., SU, 31marzo 2005 n. 6743; Id., 15 aprile 2005, n. 7799.
[295] TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 24 giugno 2003, n. 2139.
[296] C. Cass., SU, 15 aprile 2005, n. 7799.

tramite l'utilizzazione di poteri autoritativi e discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto privato, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi sociali".

Pertanto anche le Sezioni Unite hanno ritenuto di far entrare nella giurisdizione del giudice ordinario "*la controversia avente per oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori di società per azioni di cui il Comune sia unico socio, costituendo gli atti impugnati espressione non di potestà amministrativa, ma dei poteri conferiti al Comune dagli articoli 2383, 2458 e 2459 c.c.*".

Tuttavia il Collegio nella vicenda prospettata giunge alla conclusione opposta ripercorrendo le argomentazioni della sentenza della C. Cost. n. 204 del 2004, e ritenendo legittima la possibilità di ricostruire in termini di esercizio di potestà pubbliche, il ricorso da parte del Comune a poteri autoritativi.

Detti poteri possono essere riferiti alla generica attività di vigilanza e controllo sulle modalità di gestione dei servizi pubblici, di talché il potere pubblico di incidere sulle vicende modificative ed estintive della compagine societaria sarebbe giustificabile in termini di controllo sull'attività di gestione della società multiservizi.

Acclarato dunque che la vicenda è ricostruita in termini di esercizio da parte del Comune di poteri autoritativi estrinsecatisi nella vigilanza e nel controllo sulle modalità di gestione dei servizi pubblici assegnati alla società mista, occorre verificare se tali poteri possono estendersi fino a ricomprendere quello di autotutela e se esiste una norma dell'ordinamento che ne consenta l'uso in fattispecie analoghe.

La risposta ai citati profili di criticità è data, nel caso riportato, attraverso un accorta ricostruzione della natura giuridica dell'atto impugnato e della conseguente possibilità per il Comune di far ricorso ai poteri di controllo che gli sono normalmente conferiti.

Si richiama l'art. 1, comma 136 della l. finanziaria 30 dicembre 2004, n. 311, in virtù del quale "*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti*

su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

La norma sembra consentire l'annullamento in sede di autotutela, anche per ragioni di economicità o di risparmio, di provvedimenti illegittimi, previo indennizzo del pregiudizio patrimoniale, quando si vada a incidere su rapporti contrattuali o convenzionali con privati.

A questo punto, accertato che la delibera impugnata non configurava un atto di recesso unilaterale dal contratto, bensì un atto di annullamento, si è passati a verificare se l'atto che veniva annullato con tale delibera presentava o meno vizi di legittimità coevi alla sua nascita, tali da consentire, per le esposte ragioni di economicità e risparmio, l'annullamento in sede di autotutela legittimato dalla richiamata norma.

Tali vizi sono stati ravvisati nel caso di specie, e con essi la legittimità del ritiro degli atti rivolti alla costituzione della società, viziati da radicale illegittimità, in quanto facoltà rientrante a pieno titolo nei poteri di autotutela dell'Amministrazione comunale.

4. I POTERI IMPLICITI.

L'attribuzione implicita di poteri costituisce un principio proprio del diritto pubblico internazionale.

Un Trattato internazionale spesso sottintende l'esistenza e l'attribuzione di determinati poteri che, seppur inespressi si rendono necessari al fine di una ragionevole applicazione delle norme del Trattato stesso, nonché finalizzati al conseguimento degli scopi da esso individuati[297].

[297] La caratterizzazione non è esclusiva del diritto comunitario, bensì è propria anche degli ordinamenti nazionali. In Germania si parla di *ungeschriebene Kompetenzen* , ovvero di "competenze non scritte", ma anche di *mitgeschriebene Kompetenzen,* ovvero competenze "con-scritte", per indicare le attribuzioni non verbalmente espresse ma implicite in ciò che è scritto; di *Annexkompetenzen,* competenze annesse; *Kompetenzen kraft Natur der Sache,* competenze derivate dalla natura delle cose; *Kompetenzen kraft Sachzusammenhang*, competenze che derivano dalla peculiare relazione tra diversi ambiti di regolamentazione.

Da ciò deriva la connotazione del sistema comunitario più come ordinamento orientato per lo più in senso finalistico che non come ordinamento titolare di singole attribuzioni.

Da qui il problema di definire l'ambito e la legittimità dei poteri impliciti (ovvero di attribuzione "sottintesa" di poteri) anche a livello nazionale, con particolare riferimento all'esercizio di funzioni amministrative.

Occorre preliminarmente distinguere tra poteri regolamentari e poteri provvedimentali[298].

Il problema dei poteri impliciti si pone per lo più con riguardo ai "nuovi poteri amministrativi"in riferimento alla loro compatibilità con i principi di tassatività e nominatività propri dei provvedimenti[299].

---

[298] Si veda G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd poteri impliciti,* in *www.giustamm.it.* La teoria dei poteri impliciti risponde ad una esigenza di interpretazione evolutiva in quanto consente di adattare la normativa ai bisogni attuali. In ambito regolamentare il ricorso ai poteri impliciti è quasi fisiologico, se si pensa che l'attuazione degli obiettivi definiti dalla legge è spesso demandata a regolamenti (si pensi al citato caso delle Autorità indipendenti). In tali casi è la legge stessa che concorre a determinare i confini esterni di detti poteri. L'Autore distingue tra atti regolamentari e provvedimenti impositivi di limiti incidenti su situazioni soggettive garantite dalla Costituzione, ritenendo in tale ultimo caso non più sufficiente la mera predeterminazione delle finalità perché si rende viceversa necessaria la tipizzazione di quel determinato potere. In realtà sul punto potrebbe obiettarsi che la dottrina richiede un fondamento legislativo "minimo" e che tale fondamento potrebbe ravvisarsi nell'attribuzione di poteri che avviene in via generale (con esclusivo riferimento ai fini perseguiti). L'Autore ravvisa uno "*sfavor di principio per il provvedimento implicito non previsto da alcuna norma di legge"* e ciò in ragione della asserita incompatibilità con il principio di tipicità, intendendo per tale la "*connessione fissata dalla normativa tra i vari elementi dell'atto e la predeterminazione degli effetti che esso può produrre. La tipicità implica che la legge nell'attribuire all'amministrazione quel potere, deve stabilire i presupposti, il procedimento, gli effetti, e dunque stabilirne la funzione specifica. Il fondamento della tipicità va ravvisato negli stessi principi costituzionali relativi allo svolgimento dell'attività amministrativa. Mentre per i provvedimenti destinati ad incidere sfavorevolmente nella sfera giuridica dei destinatari è il principio di legalità a fondare la regola della tipicità, per i provvedimenti che dispongono i n modo favorevole nei confronti della sfera giuridica dei destinatari tale regola discende dalle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. La tipicità comporta quindi che le varie categorie di provvedimenti siano identificate dalle norme disciplinatrici dei relativi poteri e non rimesse all'autonomia dell'Autorità amministrativa".*

[299] Il Cons. Stato, sez. VI, con decisione 5827/2005, ha scrutinato una delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, che aveva imposto una garanzia assicurativa per gli infortuni derivanti dall'uso del gas fornito di impianti di distribuzione a tutti gli utenti finali, affidando la stipula e la gestione del contratto al Comitato Italiano Gas, e aveva stabilito che i costi fossero coperti dalla componente addizionale della tariffa di distribuzione, ritenendo che non è riscontrabile una carenza di prescrittività del dettato normativo, il quale, stabiliti i poteri e le finalità dell'Autorità, secondo la tecnica del "programma legislativo aperto", rinvia al procedimento e alle garanzie di partecipazione. Si veda anche la lettura estensiva delle direttive sulla produzione e sull'erogazione dei servizi, date in giurisprudenza (Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2854 e Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2987).

Si è già precedentemente detto dei poteri conferiti alle Autorità indipendenti per la cura degli interessi dei settori cui sono preposte[300] e della loro facoltà di emanare norme sostanziali anche in base ad una generica e minima attribuzione di potere[301].

Ci si riferisce ai poteri *regolamentari* delle Autorità[302].

Con una decisione del gennaio 2007[303] il Consiglio di Stato ha affermato che, "*pur non disconoscendo il principio generale alla stregua del quale le norme di legge attributive di competenze sono affidate di massima a criteri di elencazione analitica piuttosto che a clausole generali fondanti un implied power, si deve convenire che l'art. 2, comma 9, l. 14 novembre 1995, n. 481, sancisce una specifica, ancorché non testuale, attribuzione di competenza in favore dell'Agcom ad irrogare le sanzioni per le violazioni al divieto posto dall'art. 2, comma 9, citato in tema di incompatibilità, idonea a sottrarre la fattispecie alla disposizione di chiusura recata dall'art. 32 ter, d.l. n. 300 del 1999*".

La vicenda relativa alla presunta incompetenza dell'Autorità all'irrogazione della sanzione comminata nasce dal fatto che non vi sono previsioni normative che stabiliscono espressamente l'organo competente ad accertare e sanzionare le violazioni al divieto posto dall'art. 2, comma 9, della l. 481/95 in tema di incompatibilità successive (varrebbe quindi il principio per cui *ubi lex voluti dixit*) .

---

[300] A quanto già citato, si aggiunga V. CAIANIELLO, *Le Autorità indipendenti tra potere politico e società civile,* in V. CAIANIELLO, *Istituzioni e liberalismo, Soneria Mannelli,* 2005, 115.

[301] Sul criterio del principio intelligibile, si veda la sentenza *Mistretta v. United States,* 488 U.S. 361, 416 (1989), secondo la quale la delega di un potere deve contenere almeno un "principio comprensibile" (*intelligible principle),* in virtù del quale l'organo delegato deve esercitare i poteri che gli sono stati conferiti.

[302] Contro l'attribuzione di poteri *provvedimentali* inespressi, si veda G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i cd poteri impliciti,* cit. Secondo l'Autore solo i poteri regolamentari possono trovare come giustificazione del carattere implicito la congruità degli obiettivi, non anche i poteri provvedimentali, che devono rispondere a parametri legislativi di tipicità. La conclusione che egli fa discendere dalla compresenza di una pluralità di funzioni è quella per cui la lettura finalistica dei poteri delle Autorità indipendenti, ammissibile a fronte dell'esercizio del potere regolamentare, non è praticabile a pronte dell'esercizio di poteri provvedimentali, anche quando questi ultimi siano riconducibili al potere di regolazione. L'individuazione e l'enunciazione di poteri provvedimentali deve rispondere cioè a regole rigorose, tali da garantire l'osservanza del principio di tipicità, non essendo viceversa sufficiente la comunanza di scopi.

[303] Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341.

Il Collegio ha rilevato però che, in assenza di disposizioni univoche, l'enunciazione della competenza deve affondare le sue radici nella valorizzazione della *ratio* della potestà sanzionatoria.

Richiamando il parere espresso dalla sez. I del Consiglio di Stato (n. 4800/2005, reso nell'adunanza del 30.11.2005) ha confermato che le sanzioni amministrative sono poste a specifica tutela delle funzioni proprie di un'Amministrazione e degli interessi che la sua attività coinvolge; da ciò la considerazione per cui tali sanzioni devono essere comminate dal soggetto pubblico nella cui sfera di competenza rientra la materia alla quale si riferisce la violazione.

Da ciò risulta implicita, oltre che necessaria, l'ascrizione in capo all'Agcom del compito di assicurare , in sede di accertamento dell'incompatibilità e di adozione delle misure conseguenti a la tutela dei valori di autonomia, indipendenza, trasparenza e corretto funzionamento del mercato.

Di *implied powers* parla anche il TAR Lazio, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563, in proposito di potere autorizzatorio ministeriale su una operazione di fusione societaria.

Il Collegio parte dalla ricostruzione della vicenda concessoria, cui lega l'esistenza di poteri impliciti.

L'art. 3 del d.lgs 26 febbraio 1994, n. 143 e l'art. 21, comma 7, d.lgs. 24 dicembre 2003, n. 355 (convertito con legge 27 febbraio 2004, n. 47), stabiliscono rispettivamente che "*l'approvazione delle concessioni di costruzione ed esercizio di autostrade è riservato al Ministro dei lavori pubblici di concerto con il Ministro del Tesoro" e che "il IV atto aggiuntivo alla vigente convenzione tra A.N.A.S. e Autostrade S.p.A., ora Autostrade per l'Italia S.p.A. (...) è approvato a tutti gli effetti con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze..".*

Il Collegio riconduce la concessione di costruzione e di gestione di autostrade al *genus* della concessione di servizi pubblici.

Da ciò discende che, anche quando la concessione assume la forma di concessione –contratto, essa deve ricondursi, in virtù del momento pubblicistico, al novero degli accordi di cui all'art. 11 della legge 241 del 1990[304].

L'Amministrazione rimane perciò titolare di una posizione di potestà a tutela del pubblico interesse anche quando la concessione assume la forma di concessione-contratto, e cioè di un accordo amministrativo ai sensi dell'art. 11 della l. sul procedimento, con la conseguenza che in capo all'amministrazione permane un potere di controllo nei confronti del soggetto concessionario, che può estrinsecarsi anche nella forma dell'autorizzazione, qualora si verifichino vicende di trasformazione societaria che, anche indirettamente, lo interessino.

Il Collegio, pronunciandosi in tema di poteri impliciti, ne esclude perciò il contrasto con il principio di legalità, anche in considerazione del fatto che spesso la letteratura si è occupata del problema degli *implied powers,* risolvendolo in termini di compatibilità.

Nonostante si tratti di poteri non espressamente conferiti dalla legge infatti "*si muovono comunque nel solco del potere (nel caso di specie connesso all'esistenza di un rapporto concessorio, caratterizzato dalle coordinate sistematiche in precedenza brevemente tratteggiate), come misura concreta di realizzazione dell'interesse pubblico messa a disposizione dell'Amministrazione. Come, da sempre, si è riconosciuto un potere di autotutela (dell'Amministrazione), simmetrico rispetto all'attribuzione del potere provvedimentale, così può ammettersi la configurabilità di un potere di controllo dell'Autorità concedente sul soggetto concessionario, evidenziandosi un identico interesse pubblico, in armonia dunque con il fine legislativamente prefissato*".

---

[304] Così si esprime il Collegio nella decisione indicata:"*L'art. 11 della legge 241 del 1990, pur di fronte ad una figura pattizia (che parte della dottrina ritiene evocare la figura del contratto di diritto pubblico) evidenzia la disponibilità del rapporto ex latere dell'Amministrazione, ammettendo quella forma di autotutela legata che è il recesso per sopravvenuti motivi di interesse pubblico. Ne discende che un assetto di sistema per cui sono ampiamente (...) salvaguardate le esigenze di interesse pubblico, le quali non possono che tradursi, a fronte di una fattispecie complessa e di preminente rilievo anche economico, quale è la concessione della rete autostradale, anche nel potere di controllo (...) del soggetto concessionario al verificarsi di vicende di trasformazione societaria che, quanto meno indirettamente, lo interessino, al fine di vigilare sul mantenimento delle condizioni di affidabilità nell'adempimento degli obblighi derivanti dalla concessione stessa (...)*".

I poteri amministrativi impliciti nascono perciò per connessione e derivazione da altri poteri espressamente attribuiti, di cui ne completano i fini.

Anche i poteri di autotutela sono stati solo recentemente positivizzati, costituendo anteriormente alla loro previsione normativa una attribuzione meramente implicita.

Lo stesso deve dirsi del potere di coazione, che veniva considerato una legittima attribuzione per connessione alla potestà di imperio.

A conferma dell'esistenza di poteri (provvedimentali) impliciti, si ricordano: il potere di autotutela esecutiva a difesa di beni del patrimonio indisponibile (stante la previsione di cui all'art. 823, comma 2 c.c., che riferisce la possibilità per la p.A. di agire in tal senso ai soli beni del demanio pubblico); i poteri delle amministrazioni vigilanti (tra cui il potere di annullamento degli atti del soggetto vigilato, i poteri interdittivi e inibitori, il potere di scioglimento degli organi direttivi , il potere di emanare atti di indirizzo) etc[305].

Il legame tra principio di legalità e legittimità del potere provvedimentale assume particolare pregio in considerazione dell'orientamento che ritiene valevole il principio di legalità solo per gli atti amministrativi autoritativi[306].

Se così fosse, la legalità non assurgerebbe a parametro di raffronto ai fini della verifica di conformità dei provvedimenti amministrativi non autoritativi.

Ciò comporterebbe l'esclusione della problematica descritta relativa ai poteri impliciti, che non contrasterebbero dunque con alcun principio e che dovrebbero perciò ammettersi senza alcuna difficoltà nell'ipotesi di attività paritetica di "prestazione"[307].

5. GLI IMPEGNI ANTITRUST.

---

[305] Per una compiuta analisi di ciascuno di tali poteri, si rinvia a G. MORBIDELLI, *op. cit.*

[306] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, cit.*

[307] Con riguardo alle sovvenzioni, si vedano G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, 1967, I; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati*, Napoli, 1964, ora in *Opera giuridiche*, Napoli, 2001; F. LIGUORI, cit. in G. PERICU, si rileva che, a parte le ipotesi in cui le sovvenzioni sono riconducibili a materie o settori riservati alla legge, non vi sono preclusioni verso una disciplina non legislativa. Si aggiunge che la tesi della copertura legislativa si basa sul presupposto della legge come strumento di garanzia, trascurando del tutto il fatto che una tutela efficace si realizza anche con altri strumenti (si veda la possibilità di una previsione implicita di spesa, che l'Autore riconduce per l'appunto alla tesi degli *implied powers*).

Un profilo di specifico interesse per lo studio del potere pubblico e in relazione al quale si pone il problema dei poteri impliciti e del principio di tipicità, attiene al ruolo svolto dall'AGCM e, in particolar modo, agli impegni antitrust, disciplinati dall'art. 14 *ter* della legge n. 287 del 1990[308].

In primo luogo ci si deve chiedere se essa indichi un atto unilaterale, espressione di una finzione amministrativa e dunque di potere pubblico, una ipotesi di accordo pubblico o un atto negoziale (in tal caso non si dovrebbe riconoscere all'Autorità alcun conferimento di funzioni pubbliche)[309].

Il riferimento normativo necessario è costituito dall'articolo 11 della legge 241 del 1990, in rapporto al quale va esaminata la disposizione relativa all'istituto degli impegni *antitrust*[310].

La riflessione ha ad oggetto il tipo di funzione svolta, i limiti cui soggiace e gli interessi pubblici che coinvolge[311].

---

[308] L'art. 14 ter, comma 1, della l. 287 del 1990, così come introdotto dall'art. 14, comma 1 del d.l. n. 223/2006, convertito con l. 4 agosto 2006, n. 248, stabilisce che: "*entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione*". Sulla qualificazione degli impegni in termini di misure di tipo strutturale, si veda Garante concorr. mercato, 7 agosto 2003, n. 12319.

[309] Sugli accordi di diritto pubblico, si veda: G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi (profili generali), ad vocem, Enc. Giur.,* Roma, 1988, IX; G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica,* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANI, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo,* Bologna, 2005; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, *Dir. amm.*, 1995; Id., *Autorità e consenso*, *Dir. amm.* 2002, 431 e ss.; G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2002, 161 e ss.; Id., *Accordi amministrativi*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F.G. SCOCA-F.A. ROVERSI MONACO-G. MORBIDELLI, Torino, 2003; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Milano, 1996; N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1 e ss.; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

[310] Si veda Cons. Stato, sez. VI, 30 agosto 2002, n. 4362, secondo cui la nozione di accordo elaborata in ambito comunitario è diversa da quella formale civilistica, poiché si riferisce ad una intesa in senso ampio, tale da comprendere anche obbligazioni giuridicamente non vincolanti e non coercibili, quali ad esempio "gentlement's agreement" di diritto anglosassone o obbligazioni solo morali o economiche a tenere un dato comportamento sul mercato. L'accertamento della violazione della disciplina antitrust prescinde, infatti, dall'assunzione di una obbligazione giuridicamente vincolante e si fonda invece sulla consapevolezza dell'anticoncorrenzialità del comportamento. Non è viceversa rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, ma anzi deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente , accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società.

L'art. 14 *ter*, al comma 1, dispone che "*Entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria. L'Autorità, valutata l'idoneità di tali impegni, può, nei limiti previsti dall'ordinamento comunitario, renderli obbligatori per le imprese e chiudere il procedimento senza accertare l'infrazione".*

La *ratio* sembra essere la stessa che ricorre nell'accordo per cui, pur potendosi prevedere alcune prestazioni volontarie a carico del privato, gli impegni si configurano pur sempre all'esito dell'esercizio di una funzione "amministrativa"[312].

Non è tuttavia pacifica la corrispondenza tra la funzione amministrativa esercitata con l'avvio dell'istruttoria per la comminatoria della sanzione prevista per un comportamento anticoncorrenziale e la funzione espressa nella successiva accettazione dell'impegno[313].

Tuttavia sono ravvisabili vantaggi sia per le imprese che per l'Autorità. Mentre le prime evitano ammende, abbreviano i tempi del procedimento e hanno la possibilità di partecipare direttamente alla determinazione delle scelte di mercato da compiere, nella prospettiva "pubblica" dell'Autorità garante i detti impegni costituiscono una rapida e certa soluzione di casi complessi, con esclusione della successiva fase contenziosa.

In relazione all'idoneità degli impegni, essi devono essere idonei a rispondere ai rilievi presentati dalla Commissione (e dunque direttamente connessi ai problemi concorrenziali da questa sollevati).

---

[311] In tale dialogo viene "*negoziata la funzione amministrativa che sta alla base di un certo procedimento"*, F. CINTIOLI, *Riflessioni sugli impegni antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento,* in *www.giustamm.it.*

[312] Cfr. M. LIBERTINI, *Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust,* in *Giorn. Dir. amm.,* 2006, 1284; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari (Riflessioni sull'interpretazione del diritto antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento), in Giur. comm.,* 2007.

[313] La dottrina favorevole fonda tale assunto sul presupposto per cui l'art. 14 *ter* non si innesta nell'esercizio di un potere discrezionale, non potendo dirsi tale la potestà nel cui esercizio sia stata aperta l'istruttoria anteriormente alla proposizione dell'impegno (risultando semmai esempio di discrezionalità tecnica). Si vedano, per tutti, F. CINTIOLI, *op. ult. cit.* e F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e Autorità indipendenti, Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo,* Milano, 2003, 168 ss. L'amministrazione assumerebbe un ruolo per lo più passivo, recependo detti impegni e definendo l'istruttoria aperta.

La convenienza nell'adozione di una soluzione negoziata è ravvisabile ove vi sia un fatto di dubbia liceità particolarmente complesso.

Nella disciplina degli impegni, la normativa non introduce alcun riferimento all'istituto del recesso o all'applicazione delle disposizioni di diritto civile in tema di obbligazioni e contratti, così come invece previsto dalle disposizioni legislative in tema di accordi.

Sono tuttavia tipizzate le ipotesi in cui l'Autorità può riaprire d'ufficio il procedimento sanzionatorio, ovvero: a) per il modificarsi della situazione di fatto rispetto a un elemento su cui si fonda la decisione; b) qualora le imprese interessate contravvengano agli impegni assunti; c) se la decisione si fonda su informazioni trasmesse dalle parti che sono incomplete, inesatte o fuorvianti.

Peraltro il regolamento comunitario n. 1 del 2003 (concernente *l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato*), all'art. 9, prevede che la decisione di accoglimento degli impegni assunti possa essere presa anche per un tempo *determinato.*

Per ciò che attiene alla funzione amministrativa esercitata, essa è indubbiamente di tipo sanzionatorio (volta all'accertamento di un abuso di posizione dominante)[314].

L'accettazione degli impegni comporta la chiusura del procedimento senza che venga accertata l'infrazione e costituisce pertanto una sorta di "patteggiamento", per cui l'accoglimento della proposta di impegno sembrerebbe prescindere da una effettiva responsabilità delle imprese[315].

---

[314] Si veda M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* II, Milano, 1988, 1249, secondo cui una decisione che ha per oggetto una sanzione affittiva non è esercizio di una mera potestà punitiva, ma è bensì volta a porre rimedio alla turbativa degli interessi. Sul riferimento di tale tesi alle sanzioni antitrust, si veda P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità,* Padova, 2001, 410 ss.

[315] "*A seguito della presentazione degli impegni la componente affittiva rimane sospesa, per restare definitivamente inerte dopo la decisione di accoglimento (e salvi i casi di riapertura ex officio previsti dal comma 3 dell'art. 14 ter*). *Ne deriverebbe che, rendendo obbligatori gli impegni, l'Autorità proseguirebbe nell'esercizio della funzione sanzionatoria per la sua componente esecutiva, allo scopo di dare attuazione ad un pubblico interesse. Ovvero, dovremmo riconoscere che il legislatore, predisponendo questo speciale sub-procedimento,e questo particolare epilogo, ha conferito all'Autorità una nuova funzione pubblica. Il che suscita l'interrogativo volto a comprendere se si tratti di un potere discrezionale puro ovvero di un caso di discrezionalità tecnica ed a stabilire quali siano le regole tecniche da tener presenti*", F. CINTIOLI, *op. ult. cit.*. Ciò è riscontrabile sin dai primi casi di impegni assunti (A364 – Merck –Principi attivi e A371 – Gestione e utilizzo della capacità di rigassificazione, in cui emerge con chiarezza l'assenza di qualsiasi puntuale collegamento tra la prestazione assunta con gli impegni e la condotta assortamente illecita). L'impegno è semmai qualificabile come causa estintiva dell'illecito. E' stata sottolineata l'analogia tra le decisioni di accettazione degli impegni e i *consent degree* o *consent order* del diritto statunitense, nonostante

Quanto all'interesse pubblico perseguito, esso coincide evidentemente con la tutela del mercato, obiettivo in funzione del quale l'Autorità esercita i propri poteri sanzionatori[316].

Sulla funzione svolta dall'AGCM e sui poteri di regolazione del mercato di cui essa dispone, si è pronunciata più volte la giurisprudenza con riferimento ai predetti impegni[317].

Essa ha espressamente ritenuto che "*il potere di adottare misure cautelari, conferito con l'art. 14 bis, è strettamente connesso al dovere ed alla responsabilità di assicurare, a tutela dell'interesse pubblico, un'applicazione efficace delle norme del Trattato in materia di abusi. La possibilità di provvedere in via cautelare, in sostanza, rientra tra gli ordinari strumenti dell'amministrazione pubblica in presenza di situazioni in cui l'efficace tutela dell'interesse pubblico richiede un intervento indifferibile ed urgente. In particolare il potere cautelare è del tutto coerente con i principi generali in materia di provvedimenti amministrativi in quanto il potere di diffidare in via di urgenza le imprese a non proseguire nell'illecito, nelle more del procedimento, rappresenta la mera anticipazione degli effetti di un potere tipico (la diffida, che è atto dovuto) espressamente previsto dall'art. 15 l. 287/1990, al fine di assicurare l'effetto utile della decisione finale, in ossequio al principio di buon andamento e di efficacia dell'azione amministrativa*".

La norma peraltro ha riprodotto quanto disposto dall'art. 8 del regolamento comunitario n. 1/2003, secondo cui, nei casi di urgenza dovuta al rischio di un danno

---

persistano ancora alcune differenze tra i modelli statunitense, comunitario e nazionale. In primo luogo le decisioni assunte con gli impegni non accertano la violazione della normativa concorrenziale mentre i *consent decrees* statunitensi spesso contengono una esplicita ammissione della violazione. Inoltre le decisioni assunte con impegni non possono essere adottate quando la Commissione intenda imporre una ammenda mentre i *con set decrees* spessocontengono sanzioni "negoziate" (questi ultimi devono peraltro essere approvati da un tribunale federale a differenza di quanto avviene a livello nazionale e comunitario in cui non è necessaria l'approvazione di un ulteriore tribunale per verificare che si sia operato nell'interesse pubblico). Sul punto si veda D.P. DUCOR, *Settlement of competition Conduct Violations at the United States Antitrust Agencies and at the European Commission-Some observations* e J.R. ARWOOD, *Observations on Negotiating Government Antitrust Settlements in the United States,* entrambi in B.E. HAWK, *Annual Porcediings of the Fordham corporate Law Institute 2005,* Juris 2006.

[316] Sempre secondo F. CINTIOLI, *op. cit.,* sarebbe da scartare l'ipotesi che configura come interesse pubblico tutelato quello alla eliminazione o riparazione di un danno alla concorrenza secondo la logica del risarcimento in forma specifica.

[317] Da ultimo, TAR Lazio, Roma, sez. I, 14 settembre 2007 n. 8952, in tema di poteri cautelari della p.A.

grave e irreparabile per la concorrenza, la Commissione può d'ufficio, ove constati *prima facie* l'esistenza di una infrazione, adottare mediante decisione misure cautelari, comunicando l'avvio del relativo procedimento.

Conclusioni
...“Così è (se vi pare)”

“*Il potere pubblico è titolare di potestà pubblicistiche che consentono ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi, per così dire, di prerogative che esorbitano dal diritto comune* ”

[Avv. Gen. Mayars, causa Reynes, 21.06.74, in C- 2/74]

“L’autoritarietà (...) si risolve, per i provvedimenti positivi, prima di tutto nella possibilità di produrre unilateralmente nella sfera giuridica di altri soggetti le modificazioni giuridiche previste dalle proprie statuizioni”

[A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, 1989, 613]

“Il significato proprio e più comprensivo del termine funzione consiste dunque nell’indicazione di un’attività globalmente rilevante: il che significa attribuita ad un munus, ad un officium, ad un ente, pubblico o privato, prefigurata nel contenuto e nello scopo, vertente su un certo effetto, anche se liberamente prescelta, alla quale acceda una potestà”

[F. MODUGNO, voce *Funzione, Enc. dir.,* XVIII, Milano]

“La regola base dell’attività amministrativa di diritto pubblico è che la situazione Di cui è titolare il privato è cedevole di fronte all’atto di esercizio della potestà, salvo eccezioni (che sono sempre poche)”

[M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo, Milano*, 1993, 229]

“Si parla di agire autoritativo quando l’amministrazione utilizza un provvedimento amministrativo, mentre si parla di agire di diritto pubblico non autoritativo quando l’amministrazione agisce, pur sempre dotata di un potere di diritto pubblico, ma senza utilizzare il modulo provvedimentale”.

[T.A.R. Veneto, Sez. II, 515/07]

BIBLIOGRAFIA

AAVV, *Enti riqualificati in senso pubblicistico dalla giurisprudenza ed enti equiparati alla p.a. sul piano funzionale. I privati esercenti attività amministrative dopo la riforma della l. n. 241/90,* atti del Convegno dell'Associazione amministrativisti Italo-Spagnoli su "*Le esternalizzazioni*", Genova 25-27 maggio 2006;

AAVV, *Dizionaio amministrativo,* a cura di G. GUARINO, Milano, 1983;

AAVV., a cura di V. ITALIA e A. ROMANO, *La denuncia di inizio attività edilizia nel Testo Unico sull'edilizia,* in *Enti locali,* Milano, 2003;

A.A.V.V. , a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005,* Torino, 2005;

A.A.V.V. , a cura di F. CARINGELLA, D. DE CAROLIS, G. DE MARZO, *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005,* Milano, 2005;

N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997;

R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo,* Milano, 1966;

R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per la teoria degli atti amministrativi,* in *Jus,* 1941;

M. ALÌ, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio, Riv. Trim. dir. pubb.,* 1966;

U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa,* Padova, 1965;

C. AMIRANTE, *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa,* Torino, 1993;

A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato,* in *Arch. Dir. pubb.,* 1938;

A. AMORTH, *Scritti giuridici,* Milano, 1999; V. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative,* Padova, 1965;

A. ANASTASI, *L'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, www.giustizia-amministrativa.it*, 2005;

F. ANCORA, *Alcune puntualizzazioni sulla imperatività del provvedimento amministrativo,* in *Cons. St.,* 1991, II, 2165;

A. ANDREANI, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione,* Padova, 1979;

S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione,* Torino, 2005;

A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo,* Milano, 1968;

M. BALLORIANI, *Appunti sul rapporto giuridico di diritto pubblico e tutela dell'interesse legittimo*, in *www.lexitalia.it;*

A. BARDUSCO, *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato,* Milano, 1974;

G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, *Dir. amm.,* 2002, 4;

A. BARUCCHI, *La riproduzione del provvedimento amministrativo,* Torino, 1971;

F. BASSI, *Autorità e consenso,* in *Riv. Trim. dir. pubb.,* 1992;

F. BASSI, *«Conformità» alle leggi e «legittimità» dell'atto amministrativo,* in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini,* I, Milano, 1988;

N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti,* Milano, 2001;

F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo,* Milano, 1972;

F. BENVENUTI, *Autotutela, Enc. Dir,* Milano, 1958;

F. BENVENUTI, voce *Funzione,* in *Enc. Giur. Treccani,* vol. XIV, Roma, 1989;

G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa,* in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini,* III, Milano, 1988;

L. BIGLIAZZI GERI, *Autotutela, Enc. Giur. Treccani,* Roma, 1991;

C. BIONDI, G. GIANNI, *Ambito soggettivo di applicabilità delle norme contenute nella legge n. 241/1990 come integrate e modificatedalla legge 15/2005,* in *www.giustamm.it;*

M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico,* Torino, 1996;

U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi,* in *Studi senesi*, 1901-1902, ora in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Padova, 1976;

E. BOSCOLO, *I diritti soggettivi a regime amministrativo,* Padova, 2001;

E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996;

F. CAMMEO, in *Corso di diritto amministrativo, II, Rapporti Giuridici e Diritti subiettivi – I subiteti. Gli oggetti dei rapporti giuridici (nascita, estensione e modificazione dei rapporti giuridici amministrativi),* Padova, 1992;

F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004;

E. CANNADA BARTOLI, *Affievolimento,* Milano, 1958;

E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento,* in *Enc. dir*., II, Milano, 1958;

E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950;

M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della pubblica amministrazione,* Padova, 1941;

V. CAPUTI JAMBRENGHI, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.,* 2000, 13;

M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarietà nella funzione amministrativa*, Milano, 2005;

V. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Osservazioni sulla "nullità" del provvedimento amministrativo e sulla sua autonomia teorica e normativa dalla "nullità" civilistica,* in *www.giustamm.it*;

F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia,* in *www.giustizia-amministrativa.it;*

P. CARPENTIERI, *Autorità e consenso nell'azione amministrativa*, in *www.giustamm.it*;

P. CARPENTIERI, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato,* in *Foro amm. TAR,* 2005, 7;

E. CASETTA, *Attività e atto amministrativo,* Milano, 1957;

E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 2006;

S. CASSESE, *Il cittadino e l'amministrazione pubblica,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.,* 1998;

S. CASSESE, *La nozione comunitaria di amministrazione pubblica,* in *Giorn. Dir. amm.,* 1996;

S. CASSESE, *La Signoria comunitaria sul diritto amministrativo,* in *Riv. it. dir. pub. com.,* 2002;

S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo,* Milano, 1995;

S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo,* Milano, 2003;

G. CASTIGLIA, *Prolegomeni al potere amministrativo,* Sassari, 1987;

B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi,* in G. SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo,* III, Padova, 1993;

R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza,* Milano, 1990;

O. CECCHI, *L'abuso di autorità e l'eccesso di potere,* Milano, 1920;

V. CERULLI IRELLI, *Atti amministrativi di soggetti privati e tutela giurisdizionale a proposito della legge Merloni,*in *Giorn. Dir. amm,* 1999, 1057;

V. CERULLI IRELLI, *Brevi considerazioni sugli effetti della nuova disciplina sull'azione amministrativa in ambito processuale, www.astrid-online.it,* 13, 2005*;*

V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo,* III, Torino, 1994;

V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali,* in *Dir. amm.,* 2, 2003;

V. CERULLI IRELLI, *Diritto amministrativo e diritto comune: principi e problemi,* in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino,* vol. I, Padova, 1998;

V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004,* in *www.federalismi.it;*

V. CERULLI IRELLI, *a cura di, Il procedimento amministrativo,* Napoli, 2007;

V. CERULLI IRELLI, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*", in S. RAIMONDI, R. URSI (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006;

V. CERULLI IRELLI, *Verso la contrazione dell'area del pubblico: l'amministrazione tra diritto amministrativo e diritto comune,* in *Documenti di un itinerario riformatore (1996-2002),* Torino, 2002;

V. CERULLI IRELLI, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241, www.astrid-online.it,* 4, 2005;

C. CICOGNA, *L'outsoucing delle funzioni strumentali della pubblica amministrazione*, in *Lo stato compratore (l'acquisto di beni e servizi nelle*

pubbliche amministrazioni), a cura di L. FIORENTINO, Quaderni di Astrid, Il Mulino, 2007;

P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005;

M.P. CHITI, *Impresa pubblica e organismo di diritto pubblico: nuove forme di soggettività giuridica o nozioni funzionali?,* in *Organismi e imprese pubbliche (natura delle attività, scelta del contraente e tutela giurisdizionale*), a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2004, 67.

F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari (Riflessioni sull'interpretazione del diritto antitrust, sulla funzione amministrativa e sull'art. 11 della legge sul procedimento), in Giur. comm.,* 2007*;*

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997;

S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato,* in *Dir. pubbl.,* 2003, 448;

G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La persistente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la l. 15/2005 e la sua effettiva consistenza,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005;

L. COEN, *Corte Cost. 204/2004: una prima lettura in tema di servizi pubblici,* in *www.federalismi.it;*

S. COGNETTI, *Principio di legalità e norma indeterminata,* Perugia, 1988;

R. CONTI, *Il valzer della giurisdizione in materia in materia di occupazioni illegittime (il diritto vivente o i diritti viventi?),* in *Dir. proc. amm.,* 2007, 579;

E. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni « favorevoli» e interessi sopravvenuti,* Napoli, 1991;

G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi,* in *Enc. giur*., II, Roma, 1988;

G. CORAGGIO, *Autotutela, Enc. giur. Treccani,* Roma, 1991;

A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubb.,* XIII, 1997;

M. CORSALE, voce *Certezza del diritto,* in *Enc. Giur. VI,* Roma, 1988, 1; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969;

G. CORSO, *Attività amministrativa consensuale,* in G. PALMA (a cura di), *Lezioni,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2007;

G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo,* Torino, 2006;

A. CROSETTI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione: aspetti evolutivi*, Torino, 1984;

R. D'AMICO, G. MASSARI, A. PETRALIA, F. RANIOLO, *Manuale di scienza dell'amministrazione,* Roma, 1992;

L. D'ANTONIO, *Provvedimenti amministrativi,* in *Dig. It.,* XIX, p.t. II, Torino, 1908, 1913, p. 1141;

M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative, Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni,* Napoli, 1981;

L. D'ANGELO, *Nullità provvedimentali e determinazione della giurisdizione: verifica del potere autoritativo in astratto o in concreto*, in *www.lexitalia.it;*

L. D'ANGELO, *Nullità del provvedimento amministrativo, situazioni giuridiche soggettive e giurisdizione alla luce della decisione della Consulta n. 204/2004*, in *www.giustamm.it*;

B. DELFINO, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatici e pubbliche amministrazioni,* in *Cons. St.,* 2003, II, 1083;

F. DEMARCHI, *Potere e autorità,* in *Riv. Humanitas,*1960;

G. DE MARZO, *Attività consensuale e attività autoritativa della P.A., www.dottrinaediritto.ipsoa.it, 4, 2005;*

D. DE PRETIS, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità, www.giustamm.it;*

U. DI BENEDETTO, *Attività non autoritativa della P.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?*, Relazione al Convegno di Sperlonga 21-22 ottobre 2005, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*", Torino, 2005;

G. DI FIORE, *Il riesame del provvedimento,* in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* (a cura di) G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2005;

M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti,* Milano, 1996;

N. DURANTE, *L'adozione di atti di natura non autoritativa con elettivo riferimento alla tematica del conferimento e della revoca dell'incarico di funzione dirigenziale nell'ambito del rapporto di lavoro con l'amministrazione dello Stato*, Relazione al Seminario "*modifiche ed integrazioni alla legge 241 del 1990"*, Salerno, 5 maggio 2005;

P. DURELLI, *Le Autorità indipendenti: ovvero dei personaggi in cerca d'Autore,* in *Jus*, 1996, 1-2;

G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche,* Milano, 1984;

G. FALCON, *Convenzioni e accordi amministrativi,* in *Enc. Giur.*, Milano, 1988;

R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi,* in *Dig. Disc. Pubbl.,* Torino, 1993;

L. FERRARA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005;

E. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla «specialità» amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, *Dir. amm.,*1997;

M. FILIPPI, *La nuova d.i.a. e gli incerti confini con il silenzio-assenso*, *www.giustamm.it*, 6, 2005;

G. FISCHIONE, *L'organismo di diritto pubblico tra mito e realtà*, in *Arch. Giur. oo. pp.*, 1996, 967;

S. FOIS, *Legalità (voce),* in *Enc. Dir.,* XXIII, Milano;

P. FORTE, *Appunti in tema di nullità e annullabilità dell'atto amministrativo*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005;

C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Giurisdizione sul silenzio e discrezionalità amministrativa, Germania-Austria-Italia,* Trento, 2004;

D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo,* Milano, 1998;

M. GALLO, *I rapporti contrattuali nel diritto amministrativo,* Padova, 1936;

R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo,* Padova, 1996;

R. GAROFOLI, *L'organismo di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del Giudice comunitario e dei Giudici italiani a confronto,* in *Foro it.,* 1998, IV, 133;

R. GAROFOLI, *Organismo di diritto pubblico, criteri di identificazione e problemi di giurisdizione,* in *Urb. e app.,* 1997, 960;

F. GASPARI, *L'introduzione del comma 1 bis tra privatizzazione e codificazione del diritto amministrativo,* in *www.giustamm.it;*

G. GHETTI, *Annullamento d'ufficio dell' atto amministrativo,* in *Dig. disc. Pubb.,* I, Torino, 1987;

G. GHETTI, *Brevi note in ordine alla revoca dell'atto amministrativo,* in *Scritti in memoria di Aldo Piras*, 1996;

L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto,* in *Dig. Disc. Priv.,* II, Torino, 1988, 275;

M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo,* in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959;

M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993;

M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere,* Bologna, 1986;

M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo,* Milano, 2000;

M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione,* in *Enc. Dir.,* XIX, Milano, 1970, 232;

W. GIULIETTI, *Nuove norme in tema di dichiarazione di inizio attività, ovvero la continuità di un istituto in trasformazione, www.giustamm.it, 3, 2005;*

F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione,* Torino, 2005;

G. GRECO *Accordi amministrativi*, in *Sistema del diritto amministrativo italiano* diretto da F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2003

G. GRECO, *Commento all'art. 11,* in *L'azione amministrativa,* a cura di V. ITALIA, Milano, 2005;

G. GRECO, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Atti del XLVII convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 2002, 161 e ss.;

G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi,* Milano, 1994;

G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo,* in *Rass. dir. pubbl*., I, 1949, 235;

E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici,* in *Arch, dir. pubb.,* 1936;

V. GULLO, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative,* Padova, 1965;

L. IANNOTTA, *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative,* in *Principio di legalità e amministrazioni di risultati,* Torino, 2003. Atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003;

M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del convegno, Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, 2004;

M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento,* Torino, 1999;

M. INTERLANDI, *La revoca: prime riflessioni sulla novità della legge 15/2005, in La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, (a cura di) G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2005;

V. ITALIA, *Commento al comma 1 bis, in L'azione amministrativa*, a cura di V. ITALIA, Milano, 2005;

V. ITALIA, *Legge 11 febbraio 2005, n. 15, «modifiche ed integrazioni della legge 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa»,* in A.A.V.V., *L'azione amministrativa. Commento alla legge 7 agosto 1990 n. 241, modificata dalla l. 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35,* Milano, 2005;

N. LAIS, *Il permesso di costruire e la denuncia di inizio attività nel nuovo testo unico dell'edilizia (D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380),* in *www.giustamm.it;*

G. LANDI, G. POTENZA, V. ITALIA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, 1999;

G. LAVITOLA, *Denuncia di inizio attività,* Padova, 2003;

P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità,* Padova, 2002;

F. LEDDA, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione. Note sul progetto della Commissione " Bicamerale",* in *Foro amm.,* 1997;

F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, pt. II, in *Foro amm.,* 1997;

F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo,* Torino, 1964, in *Scritti giuridici,* Padova, 2002;

F. LEVI, *Legittimità (voce),* in *Enc. Dir.,* XXIV, Milano, 1973;

M. LIBERTINI, Le decisioni "patteggiate" nei procedimenti per illeciti antitrust, in Giorn. Dir. amm., 2006, 1284;

S. LICCIARDELLO, Espropriazioni e giurisdizione, Torino, 2007;

G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa,* Padova, 2004;

F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico . A proposito del comma 1 bis,* in (a cura di) F. LIGUORI, *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005,* Bologna, 2007;

F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività*, in *www.giustamm.it* ;

N. LONGOBARDI, *La legge n. 15/05 di riforma della legge n. 241 del 1990. Una prima valutazione, www.giustamm.it;*

F. LORENZONI, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004,* in *www.federalismi.it;*

A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati,* in *Sistema del diritto amministrativo italiano,* diretto da F.G. SCOCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2005;

B. MAMELI, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo di diritto pubblico,* in *Urb. e app.,* 2002*,* 66;

G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa,* Torino, 2001;

F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa, edizione scientifiche italiane,* Napoli, 2000;

L. MARZANO, *La Corte costituzionale restituisce i comportamenti di cui all'art.34 d.lgs. 80/98 al giudice ordinario: in tema di occupazione appropriativa una pronuncia inutiliter data?,* in *www.federalismi.it;*

C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione,* Milano, 1982;

F. MASTRAGOSTINO, *La riforma del procedimento amministrativo e i contratti della della p.A. (Considerazioni sull'art. 1, comma 1 bis della legge 241/1990 e ss.mm.),* in *www.lexitalia.it*;

A. MASUCCI, *Trasformazione dell'attività amministrativa e moduli convenzionali: il contratto di diritto pubblico,* Napoli, 1988;

B. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa,* in *Giorn. Dir. amm.,* 2004;

B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa,* Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi su "*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*", Varenna, 20-22 settembre 2007, in *www.astrid-online.it;*

B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento,* in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale,* I, 2003;

B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000;

E. MAURO, *Osservazioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo e di recesso dagli accordi procedimentali,* in *Foro amm. TAR,*2004, 2, 554;

L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo,* Bologna, 2005;

F. MERUSI, *Il diritto privato della pubblica amministrazione alla luce degli sudi di Salvatore Romano,* in *Dir. amm.,* 4, 2004;

F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino,* Milano, 1970;

F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità,* Bologna, 2007;

L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo,* Torino, 1909;

G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo,* Padova, 1966;

L. MONTEFERRANTE, *Il diritto dei contratti conquista gli accordi,* nota a Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236, in *Urb. e pp., 2*

L. MNTEFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativa della pubblica amministrazione,* in *www.giustamm.it.*

L. MONFERRANTE, *La nuova disciplina degli accordi procedimentali: profili di tutela giurisdizionale*, in *www.giustamm.it*;

G . MIDELLI, *Il principio di legalità e i cd. poteri impliciti,* in *www.giustamm.it;*

G. MIELE, voce *Funzione pubblica,*in *Nss. Dig. It.,*VII, Torino, 1961; G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico,* in AA.VV., *Diritto amministrativo,* Bologna, 2005;

L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa dell'ordinamento comunitario,* Torino, 2000;

G. NAPOLITANO, *L'attività amministrativa e il diritto privato,* in *Giorn. Dir. amm.,* 2005, 481;

G. NAPOLITANO, voce *Funzioni amministrative,* in *Diz. Dir. pubbl.,* III, Milano, 2006, 2631;

U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane: legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale,* Milano, 1946;

M. NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna, 2005;

M. NIGRO, Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione, Milano, 1966;

M. OCCHIENA, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo,* Milano, 2002, 955;

A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive,* in *Riv. Trim. dir. proc. civ.,* 1988;

V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.,* 1964, 912;

A. PAJNO, *Il riparto della giurisdizione,* in *Trattato di diritto amministrativo,* (a cura di) S. CASSESE, IV, Milano, 2000;

A. PALAZZO, *Autorità senza potere, Ed. scienze sociali*, 1963;

D. PALLOTTINO, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale,* in *Foro amm. TAR,* 2003, 2337;

N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali,* in *Cons. Stato,* 2000, II;

N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della legge 241/1990, www.giutamm.it,* 2005, 3;

F. PAPPARELLA, *Revoca (dir. amm.), Enc. Dir*., XL, Milano, 1989;

G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali,* in (a cura di) U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza,* Rimini, 1987;

G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione,* in *Scritti in onore di Pietro Virga,* II, Milano, 1994;

G. PASTORI, *Prospettive attuali del diritto amministrativo,* in *Lezioni,* a cura di G. PALMA, Napoli, 2005-2006;

G. PASTORI, *Prospettive attuali del diritto amministrativo,* in G. PALMA (a cura di), *Lezioni, Edizioni scientifiche italiane,* 2007;

S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente,* Torino, 2007;

S. PENSABENE LIONTI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa: estratto (dagli) atti del Convegno di Palermo, 27-28 febbraio 2003:"Principio di legalità e amministrazione di risultati",* Torino, 2003;

G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa,* Milano, 1967, I;

G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica,* in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANI, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo,* Bologna, 2005;

E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione,* Padova, 1988;

A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa: l'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato,* Torino, 2001;

A. POLICE, *L'adozione di atti non autoritativi secondo il diritto privato*", in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*", Torino, 2005;

R. PORRINI, *Atto amministrativo*, in *Dig. it.,* IV, Torino, 1893-1899, p. 323;

A. PREDIERI, *Certezza ed innovazione: la tutela dell'affidamento,* in *La certezza del diritto, un valore da ritrovare,* Atti del convegno di Firenze, 2-3 ottobre 1992, Milano, 1993, 36;

S. PUDDU, *Il «declino» dell'autoritarietà. Note a margine dell'art. 1, comma 1 bis della legge 15/2005,* in *Jus*, 2006, 1;

A. QUARTULLI, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione,* in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato,* vol. III, Roma, 1981;

L. RAGGI, *L'atto amministrativo e la sua revocabilità,* Città di Castello,1904;

L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo: concetto, classificazione, validità. La revocabilità degli atti amministrativi,* Milano, 1917;

L. RAGNISCO, *Revoca ed annullamento degli atti amministrativi,* in *Foro it.,*, 1907, III;

O. RANELLETTI, A. AMORTH, *Atti amministrativi,* in *Nov. Dig. it., 1960, p. 1093;*

O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle concessioni e autorizzazioni amministrative*, in *Giur. it.,* 1894, IV, 11;

O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti di imperio e gli atti di gestione,* in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento,* I, Milano, 1905;

O. RANELLETTI, *Scritti giuridici scelti,* Napoli, 1992;

V. RAPELLI, *Il diritto ad una buona amministrazione comunitaria,* Torino, 2004;

A. REGGIO D'ACI, *Gli accordi amministrativi e la tutela dei "terzi": quale giurisdizione?,* in *www.giustamm.it;*

U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità,* in *Diritto pubblico*, 1995, 250;

R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi,* Milano, 1935;

J. RIVERO, *Esiste-t-il un critère du droit administratif?*, in *Revue du droit publique,* 1953 ;

V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939;

A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamento giuridico,* in *Dir. amm.,* 1999, 111;

S. A. ROMANO, *(voce) Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione,* in *Dig. Disc. Pubb.,* Torino, 1987;

S. A. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici,* Milano, 1979;

A. ROMANO TASSONE, *Funzione amministrativa e diritto privato (il problema delle situazioni giuridiche soggettive)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;

A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico,* in *www.giustamm.it;*

M. ROUSSET, *L'idèe de puissance publique en droit administratif*, Paris, 1960;

S. RUSSO, *In tema di provvedimenti di secondo grado,* in *Foro amm.,* 1996, II, 3252 ;

F. SAITTA, *Art. 13 L. 20 marzo 1865, n. 2359 e riparto di giurisdizione,* in *Giur. amm. sic.,* 1990, 223;

F. SAITTA, *Il principio di buon andamento della pubblica amministrazione nella giurisprudenza costituzionale,* in *Dir. E soc.,* 1988, 53 ;

G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive,* in *Dir. proc. amm.,*1992, 206;

P. SALVATORE, *Revoca degli atti, Enc. Giur. Treccani,* Roma, 1991;

A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa,* Padova, 1998;

A. M. SANDULLI, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo,* in *Rass. dir. pubbl.,*1949;

A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989;

A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione,*in *Riv. Trim. dir. pubb.,* 1964;

A M. SANDULLI, *Scritti giuridici,* Napoli, 1990;

M.A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. Giur. edil*., 2004, 3;

M.A. SANDULLI, *Testo Unico dell'edilizia*, *(D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 modificato con D.lg. 27 dicembre 2002 n. 31)*, Milano, 2004.

M.A. SANDULLI, in *Trattato sui contratti pubblici,* a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLI, R. GAROFOLI, Milano, 2008

M.A. SANDULLI, *Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno ma non può giudicare di diritti (a prima lettura a margine di Corte Cost. n. 204 del 2004),* in *Riv. Giur. edil.,* 2004, 4;

G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 2005;

V. SANTI ROMANO, *Il Diritto pubblico italiano,* Milano, 1988;

V. SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo,* Milano, 1912;

F. SATTA, *Atto amministrativo,* in *Enc. giur. it.,* Roma, 1988, 4;

F. SATTA, *Giustizia amministrativa,* Padova, 1997;

F. SATTA, *La riforma della legge 241/90, dubbi e perplessità, www.giustamm.it;*

F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico,* Padova, 1969;

S. SCARLATELLI, *Autorizzazione edilizia e denuncia di inizio attività in una prospettiva evolutiva, www.giustamm.it;*

J. SCHWARZE, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in european administrative law,* in *Riv. Trim. dir. pubb.,* 2003;

F.G. SCOCA, *Autorità e consenso,* Relazione svolta al Congresso di Varenna del settembre 2001, in *Dir. Amm.,* 2002, 431 ss.

F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa,* Torino, 2003;

F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento,* in *Dir. amm.,* 1995;

A. SCOGNAMIGLIO, *Sui collegamenti di atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi,* in *Riv. Trim. dir. pubb.,* 1983;

F. SORRENTINO, *Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato,*Napoli, 2003;

M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme,* in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* (a cura di) G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2005;

M. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa,* in *www.giustamm.it;*

F.G. SCOCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, (a cura di), *La nuova disciplina*

dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, Torino, 2005;

F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento,* in *Dir. amm.,* 1995, 9;

F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità,* Giappichelli, 2001;

V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Problemi giuridici dell'ausilio finanziario pubblico a privati,* Napoli, 1964, ora in *Opera giuridiche,* Napoli, 2001;

M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990,* in *www.giustamm.it*;

S. STAMMATI, *La revoca degli atti amministrativi*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet,* II. *Amministrazione e garanzie,* 1987;

D. STELLA-RICHTER, *Atti e poteri amministrativi (tipologia),*in G. GUARINO, (a cura di), *Dizionario amministrativo,* I, 1983;

D. STELLA-RICHTER, *Atto amministrativo,* in *Enc. giur. it., vol.* I, pt. V, Milano, 1904, p. 566;

E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma,* Milano, 1992;

S. TARULLO, *Giustizia amministrativa ed appalti pubblici: influssi comunitari e linee di tendenza,* in *Cons. St.,* 2000, II, 1107;

S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA, (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, 2005;

F. TIGANO, *Amministrazione, costituzione e buon andamento: profili della nuova legalità amministrativa,* Messina, 2002;

F. TIGANO, *Gli accordi procedimentali: studio sull'art. 11 l. 241/90,* Messina, 2002;

F. TIGANO, *Trasformazioni dell'amministrazione e principio di buon andamento,* Messina, 1995;

R. TOMEI, *La nuova disciplina dell'azione amministrativa. Commento alla legge 241 del 1990 aggiornato alle leggi n. 15 e 80 del 2005,* Padova, 2005;

L. TORCHIA, *L'attività amministrativa fra diritto privato e diritto amministrativo, nazionale ed europeo,* in *www.giustamm.it,* dagli atti Spisa, 17 febbraio 2006;

A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm.-TAR,* Supplemento, VI, 2005;

A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazione senza titolo dell'amministrazione, Foro it.,* 2006, III, 1627;

S. TRENTIN, *L'atto amministrativo: contributo allo studio della manifestazione di volontà della pubblica amministrazione,* Roma, 1915;

F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica,* in *Dir. amm.,* 2004, 4;

G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione per accordi,* in *www.giustamm.it;*

D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa,* Milano, 1996;

G. VIDOTTI, *Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico,* in *Contr. Stato e enti pubbl.,* 2001, 610;

R. VILLATA, *L'atto amministrativo,* in AAVv, *Diritto amministrativo,* (a cura di) L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, I;

R. VILLATA, *Questione di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativi: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale,* in *Dir. proc. amm.,* 2006, 871;

P. VIRGA, *Contratto (Teoria generale del contratto pubblico),* in *Enc. Dir., IX,* Milano, 1961;

P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo,* Milano, 1972;

C. VITTA, La revoca degli atti amministrativi, *Foro amm.* TAR, 1930, IV, 1;

F. VOLPE, *Prime riflessioni sulla riforma dell'art. 21* quinquies *della legge sul procedimento amministrativo,* in *www.lexitalia.it;*

N. ZANARDI, *Becaria e Rousseau, ovvero principio di legalità e totalitarismo alle origini dello stato contemporaneo,* Milano, 1973;

G. ZANOBINI, voce *Amministrazione pubblica,* in *Enc. del dir.,* II, Milano, 1958;

G. ZANOBINI, *Diritto amministrativo,* I, Milano, 1988;