

**SISTEMA DEL DIRITTO
AMMINISTRATIVO ITALIANO**

Diretto da F.G. Scoca - F.A. Roversi Monaco - G. Morbidelli

RICCARDO VILLATA - MARGHERITA RAMAJOLI

**IL PROVVEDIMENTO
AMMINISTRATIVO**

Seconda edizione



G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

LA NOZIONE DI PROVVEDIMENTO E LA SUA PERDURANTE ATTUALITÀ NELL'ODIERNA REALTÀ GIURIDICA E FATTUALE

SOMMARIO

1. Premessa critica. – 2. Caratteri essenziali del provvedimento amministrativo: a) finalizzazione al raggiungimento di interessi pubblici concreti; b) unilateralità, imperatività, non necessaria discrezionalità; c) inoppugnabilità. – 3. Segue: tipicità e nominatività. – 4. Provvedimenti e atti amministrativi non provvedimentali.

1 Premessa critica

Attualmente a livello dottrinale è in atto un profondo e meditato ripensamento critico della nozione di provvedimento amministrativo, dei suoi caratteri e della sua centralità nel diritto amministrativo. Il provvedimento amministrativo sarebbe “una nozione imprecisa, un *fuzzy set*”. I provvedimenti amministrativi sarebbero “troppo eterogenei” e quasi impossibile diverrebbe l’individuazione di una “qualità” idonea a rendere il provvedimento “*squisitamente amministrativo*”¹.

Nel corso della trattazione si tornerà più volte su questo dibattito dottrinale, perché esso apre indubbi orizzonti problematici. Tuttavia occorre fin da subito ricordare che il provvedimento amministrativo è un istituto

¹ B.G. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza dell'imperatività del provvedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 1 ss., spec. 14 ss.

Di recente tuttavia una vigorosa presa di posizione nei confronti della svalutazione del provvedimento amministrativo si legge in M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 130 ss., e in M. MONTEDURO, *Provvedimento amministrativo e interpretazione autentica*, Padova, 2012, 7 ss., 51 ss. Nella linea di pensiero qui non condivisa si colloca invece E. GIARDINO, *La pluralità della funzione amministrativa*, Torino, 2012, *passim*. Per la genesi del concetto e la sua evoluzione cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 17 ss.



di diritto positivo e il legislatore in tempi recenti ha dettato un conchiuso regime sostanziale e processuale del provvedimento amministrativo, evenienza che impone di confrontarsi con la relativa nozione.

Da un lato, la legge n. 15/2005 nel novellare la legge n. 241/1990 ha introdotto in essa uno specifico Capo dedicato all'efficacia e all'invalidità del provvedimento amministrativo, normando aspetti finora lasciati all'elaborazione pretoria e rafforzando il ruolo attuale del provvedimento stesso, con importanti ricadute sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, sul procedimento amministrativo e sul processo amministrativo. Il punto sarà oggetto di specifica e analitica trattazione, alla quale pertanto si rinvia.

Sin d'ora tuttavia si precisa come non si consideri rilevante l'assenza nella citata legge di una definizione del provvedimento amministrativo², dovendosi tale definizione trarre dal relativo regime, ora precisato – come appena visto – da specifiche norme di legge.

D'altro lato, il Codice del processo amministrativo continua a mantenere la prospettiva in cui “campeggia” l'atto amministrativo, la quale da sempre caratterizza la nostra giustizia amministrativa³.

La suddetta impostazione “attocentrica” è ribadita anche se è tramontata la primigenia concezione del processo amministrativo ad essa sottesa, ossia che la funzione di quest'ultimo sia non l'attuazione della tutela spettante agli interessi legittimi dei cittadini, bensì il controllo oggettivo della legittimità dell'atto impugnato⁴.

Prova ne è il fatto che numerose sono le aperture che mettono al centro del processo le situazioni giuridiche soggettive da tutelare, specie in termini di azioni proponibili dal ricorrente⁵.

Tuttavia l'azione d'annullamento del provvedimento amministrativo continua ad essere la “regina delle azioni” e la sua centralità non è prodotta di una concezione superata, bensì conseguenza ineliminabile “che spetta all'Amministrazione disporre in ordine al caso concreto, dettando-

² Diversamente B. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza*, cit., che ritiene di trarre argomenti a sostegno delle sue tesi dall'assenza nella legge n. 15/2005 di una definizione di provvedimento amministrativo.

³ Secondo la nota espressione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di E. CARDI e A. NIGRO, Bologna, 2002, 237 ss.

⁴ Sulle attuali linee di tendenza della giustizia amministrativa in Europa cfr., per tutti, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milano, 2010, spec. 53 ss.

⁵ M. RAMAJOLI, *Le tipologie delle sentenze del giudice amministrativo*, in R. CARANTA (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Bologna, 2011, 573 ss.; ID., *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempiuto*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 709 ss.

ne la disciplina ... pertanto necessariamente la tutela piena e soddisfacente dell'interessato passa attraverso l'eliminazione (anche se non si esaurisce in questa) dell'atto precettivo"⁶.

Inoltre, tornando al piano di diritto sostanziale, anche se si assiste a una progressiva tendenza dell'ordinamento verso l'utilizzo di moduli consensuali (art. 11 della legge n. 241/1990) e, ancora più radicalmente, verso spinte liberiste e liberalizzatrici, che trasformano i poteri unilaterali "privi di contenuti pregnanti (in termini di discrezionalità, di valutazioni tecniche complesse, ecc.)" in modelli ad esercizio solo eventuale del potere (artt. 19 e 20 della legge n. 241/1990), non è praticabile la soppressione di ogni ipotesi di condizionamento dell'esercizio di attività privata a un previo e positivo assenso dell'amministrazione⁷.

Non solo. Alcuni (non pochi) provvedimenti di tipo sfavorevole non sono altrimenti sostituibili e sono proprio quelli considerati tra i più afflittivi per il privato⁸. Uno sguardo alla prassi è d'obbligo, per non abbandonarsi alla pura speculazione astratta.

Ma le obiezioni e le critiche rivolte alla centralità del provvedimento amministrativo nella sistematica del diritto amministrativo meritano di essere prese in considerazione e una rapida scorsa al passato è d'aiuto nel comprendere quanto della tradizione debba essere abbandonato perché anacronistico, quanto richieda un ridimensionamento perché riduttivo e quanto invece mantenga una perdurante attualità⁹.

⁶ I virgolettati sono tratti rispettivamente da M. CLARICH, *Le azioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1127, e da R. VILLATA, *Dodici anni dopo: il Codice del processo amministrativo*, in B. SASSANI e R. VILLATA (a cura di), *Il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 65-65, cui si rinvia anche per la critica alla tesi secondo cui il provvedimento negativo a fronte di un interesse legittimo pretensivo non produrrebbe alcun effetto da rimuovere e, di conseguenza, non giustificherebbe un giudizio impugnatorio (in questo senso da ultimo cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 261). Infatti il provvedimento negativo pone la regola del caso concreto, la cui eliminazione tramite sentenza costitutiva è necessaria ai fini della soddisfazione dell'interesse pretensivo, nei limiti e con le modalità, comuni all'interesse legittimo di tipo oppositivo, propri di tale situazione giuridica soggettiva.

⁷ Ampiamente sul punto A. ROMANO, *Riflessioni dal Convegno: autoritarità, consenso e ordinamento generale*, in AIPDA, *Annuario 2011. L'atto autoritativo*, Napoli, 2012, 363 ss., 364-366. Il virgolettato è tratto da A. TRAVI, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, V, 3 dell'estr.

⁸ Ancora A. ROMANO, *Riflessioni*, cit., 366, del quale si vedano anche le pagine sul potere amministrativo in *Conclusioni*, in *Colloquio sull'interesse legittimo. Atti del Convegno in memoria di Umberto Pototschnig*, Napoli, 2014, 171 ss., spec. 181 ss.

⁹ "È indubbio che le invarianti tradizionali si sono rarefatte ... ma non sono una specie in via d'estinzione ... le invarianti, in quanto tessuto connettivo necessario dell'ordinamento



È infatti del tutto logico che l'evoluzione del quadro complessivo in cui si colloca la relazione tra cittadino e pubblica amministrazione abbia esercitato un'influenza anche nei confronti del provvedimento amministrativo, modificandone alcune connotazioni originarie¹⁰.

Per lungo tempo si è ritenuto che l'attività amministrativa assumesse esclusivamente la forma esteriore e finale di atti amministrativi. Strumento di azione per eccellenza della pubblica amministrazione, l'atto amministrativo esprimeva "l'essenza stessa di una gestione esecutiva del potere"¹¹.

La dottrina di matrice liberale concepiva l'amministrazione come autorità, che si rivelava con atti unilaterali qualificati atti d'impero o addirittura manifestazione di sovranità, espressione di una posizione di privilegio giudicata naturale, e capaci di incidere unilateralmente nella sfera giuridica dei cittadini¹².

sono sempre state e devono sempre essere il prodotto della scienza giuridica. Altrimenti questa rinunciarebbe alla sua funzione" (G. MORBIDELLI, *I cinquant'anni dell'Enciclopedia del diritto*, in *Dir. amm.*, 2011, 499 ss.).

¹⁰ In una prospettiva ancora più generale, la discussione relativa a istituti che tradizionalmente hanno contraddistinto il diritto amministrativo – si pensi anche alla nozione d'interesse legittimo – è precipitato della messa in discussione dello stesso diritto amministrativo e del ruolo della pubblica amministrazione nella nostra società.

¹¹ Così L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, X, per i quali, "se a lungo, con il concetto di atto amministrativo, si è inteso semplicemente l'atto soggettivamente amministrativo, l'atto – autoritativo o consensuale – comunque riferibile al soggetto amministrazione, ora (secondo Ottocento), invece, si stringe una rigida equivalenza tra l'attuazione degli scopi dello Stato e le forme imperative di attività". In questa sede si può prescindere dalle precedenti distinzioni dottrinali esistenti in materia, prima tra tutte quella tra atti amministrativi in senso formale e atti amministrativi in senso sostanziale, per le quali si rinvia a M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 157 ss., 160 ss. ("la dottrina di cui si tratta non poteva ... valere che come una schematica meramente descrittiva degli atti dello Stato, poiché attraverso i mutui rinvii tra nozioni risolventisi in tautologie, essa era impotente a reperire l'autentica natura dei singoli atti"); ad E. CASETTA, voce *Provvedimento e atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, 1997, 243 ss., 244; a B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 11 ss., il quale ricorda che all'inizio del XIX secolo per "atti d'amministrazione" si intendevano tutti gli atti unilaterali emanati e i contratti conclusi dall'amministrazione; nonché ad A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico*, Milano, 2000, 15 ss., che riporta la prima definizione di atto amministrativo, risalente a P.H.A. MERLIN ("un arrêté, une décision de l'autorité administrative, ou une action, un fait de l'administration qui a rapport a ses fonctions", come risulta dalla sua voce *Acte administratif*, in *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, I, Parigi, 1812, 65), la quale utilizzava un dato meramente soggettivo, e cioè la provenienza dell'atto dall'amministrazione, per cui erano atti amministrativi tutti gli atti della pubblica amministrazione.

¹² Oltre agli Autori citati alla nota precedente, si veda a tal riguardo la ricostruzione storica operata da F. LEVI, voce *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 124 ss., spec. 131 ss.

L'atto amministrativo era definito come "la pronuncia autoritativa di pertinenza dell'amministrazione, determinativa nel caso singolo per l'amministrato di ciò che per lui dev'essere conforme a diritto" ("*ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Unterthanen gegenüber im Einzelfall bestimmt was für ihn Rechtens sein soll*"), secondo la nota espressione di Mayer¹³.

Fin dall'origine, tuttavia, emerge il duplice volto dell'atto amministrativo: massima espressione dell'autorità, sintesi della superiorità del potere pubblico, che ordina, decide, trasforma unilateralmente situazioni giuridiche private e detiene poteri in ordine alla gestione del rapporto instaurato con il privato ma, al tempo stesso, anche espressione di garanzia¹⁴.

A sua volta, la garanzia insita nell'atto amministrativo può essere intesa in due diversi significati tra loro connessi: garanzia come tensione verso il concreto perseguimento degli interessi della collettività e garanzia come possibilità di tutela giurisdizionale.

In seguito agli studi di Ranalletti sono posti in rapporto tra loro l'atto amministrativo e l'interesse generale, nel senso che l'atto amministrativo

¹³ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1895-96, vol. I, 64-65, 93, nella traduzione di M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., 161. Sulla complessiva costruzione mayeriana dell'atto amministrativo da ultimo in chiave fortemente riduttiva circa la riconducibilità della stessa allo Stato di diritto S. PERONGINI, *Teoria*, cit., 42 ss.; o meglio, il modello di Stato di diritto di Otto Mayer per alcuni versi supera lo Stato assolutistico, "ma al contempo è distante dallo Stato costituzionale e da quello democratico" (così S. PERONGINI, *op. cit.*, 53).

¹⁴ Di duplice volto dell'atto amministrativo, per le ragioni indicate nel testo, parlano M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., spec. 29, e D. SORACE, *Promemoria per una voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 747 ss., 748-749, secondo cui la doppia anima del provvedimento amministrativo – cura di uno specifico interesse pubblico, da un lato, affermazione del momento di autorità, dall'altro – si riscontra nella citata voce *Atto amministrativo* del 1959 di Giannini, mentre oggi elementi di crisi riguardano ambedue le anime del provvedimento. In particolare, sulla riduzione della potenza autoritativa complessiva del provvedimento amministrativo cfr. *infra*. Secondo B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 70 ss., le definizioni di atto amministrativo hanno sempre oscillato "tra il polo della supremazia e quello della funzione", anche se l'elemento della supremazia era prevalente nella nozione ottocentesca di atto d'impero, l'elemento dell'interesse pubblico caratterizzava le definizioni dell'atto amministrativo della prima metà del ventesimo secolo e solo con Giannini questi due elementi "vennero fusi insieme" (*op. cit.*, 206-207). Più in generale, sul diritto pubblico come diritto, parimenti, dell'autorità e quindi come veicolo di privilegio, ma anche della funzione e cioè volto a giuridicizzare il potere e ad aumentare le garanzie si veda C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss., spec. 397 ss.; ID., *Tutela del cittadino e "privatizzazione" dell'amministrazione*, in E. ROZO ACUÑA (a cura di), *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, Napoli, 1998, 243, che individua un potere pubblico inteso come autorità, un potere pubblico come privilegio e un potere pubblico come sola funzione.



viene inteso come il diritto del caso concreto posto per soddisfare l'interesse generale obiettivo, la nozione di atto amministrativo evocando immediatamente l'idea di provvedere in concreto al soddisfacimento degli interessi della collettività, quella che in seguito sarà definita funzionalizzazione¹⁵.

Ed è fondamentale ricordare che già per Ranelletti “non solo nel comando si rivela la qualità di curatore e tutelatore degli interessi sociali nel potere esecutivo, ma anche nel dichiarare e nel permettere”¹⁶.

Il vincolo finalistico presente nell'atto amministrativo è stretto tra il rispetto dell'indirizzo politico espresso dalla Costituzione, dalla normazione europea e dalla legge, da una parte, e la garanzia degli interessi coinvolti, dall'altra¹⁷.

La configurazione dell'atto amministrativo come diritto del caso concreto nell'ambito delimitato dalla legge reclama poi un controllo volto a verificare che l'amministrazione si mantenga entro quest'ambito nella sua azione. Così l'idea di un atto amministrativo “ha completato il grande pensiero della giustiziabilità dell'amministrazione”: là dove manca l'atto manca anche la possibilità di protezione giuridica, perché la tutela giurisdizionale passa necessariamente attraverso l'atto amministrativo¹⁸.

L'atto amministrativo è strumento di giuridicizzazione dell'attività amministrativa in una logica di garanzia, espressione tipica dello Stato di diritto. Infatti Otto Mayer dichiaratamente teorizzò la nozione di atto

¹⁵ “L'amministrazione pubblica opera sempre in vista d'interessi generali, di cui essa si presenta come curatrice, o come tutelatrice e curatrice insieme; ciò mostra che essa ha per *fine diretta* della propria attività l'interesse pubblico e che quindi opera come *autorità*, secondo le norme del diritto pubblico”; così O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss., ora anche in E. FERRARI e B. SORDI (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, vol. III, Camerino, 1992, 35 ss., 62, 79. Parimenti S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Padova, 1937, 226, insisteva sul fatto che “perché si abbia un atto amministrativo non basta che esso emani da un soggetto della pubblica amministrazione, ma è necessario che sia emanato nell'esercizio di una funzione amministrativa”, ove per funzioni si intendono “le potestà che sono esercitate, non per un interesse proprio, o almeno esclusivamente proprio, ma per un interesse altrui o per un interesse oggettivo” (*op. cit.*, 145).

¹⁶ O. RANELLETTI, *Concetto e natura*, cit., 62.

¹⁷ Sull'emersione di questi profili e, in particolare, sul legame tra provvedimento amministrativo e, non tanto semplicemente un generico interesse pubblico bensì, un vincolo di scopo tale da incidere sul regime di validità dell'atto, si rinvia *infra*, Capitolo secondo.

¹⁸ Così O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 64-65, nella traduzione di L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, cit., 372, ai quali si rinvia per le precisazioni relative al fatto che, secondo il progetto di Stato giuridico interiorizzato dal modello continentale alla fine dell'Ottocento, è l'atto amministrativo che dischiude la possibilità di far valere la pretesa a un'amministrazione legittima.

amministrativo allo scopo espresso di sottoporre, tramite essa, la pubblica amministrazione alla regola del diritto e limitarne con ciò il potere¹⁹. E in Germania anche coloro che criticano il recepimento storico delle categorie mayeriane nella dogmatica giuridica contemporanea riconoscono la perdurante funzione garantista della concezione dell'atto amministrativo²⁰.

Si è parlato a tal riguardo di “miscuglio d'autoritarismo e di liberalismo”, visto che l'atto amministrativo è “insieme precipitato puro della volontà dell'amministrazione ... e veicolo d'introduzione della legalità nello spiegamento dell'azione di questa, il *luogo* insomma in cui confluiscono tutti gli elementi componenti lo stato liberale e si annullavano tutte le contraddizioni del medesimo”²¹.

Il nostro sistema di tutela giurisdizionale nasce incentrato sull'atto amministrativo e la Costituzione non segna alcuna rottura rispetto a siffatta impostazione, anzi la rafforza. Infatti l'art. 113 Cost. stabilisce che “la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa” è garantita “contro gli atti della pubblica amministrazione”²².

¹⁹ O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, cit., 66. *Contra* S. PERONGINI, *Teoria*, cit., 45, 52 ss., 62 ss.

²⁰ Sul punto, ampiamente, D. DE PRETIS, *L'atto amministrativo autoritativo nell'esperienza tedesca*, in AIPDA, *Annuario 2011. L'atto autoritativo*, cit., 297 ss., spec. 299 e dottrina *ivi* citata.

²¹ Si è già detto essere questa l'opinione di M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 77, ma anche 29. Sulla valorizzazione dell'atto amministrativo come oggetto del processo amministrativo e altresì come “momento discriminante e determinante dell'invalicabile confine tra giudice ordinario e amministrazione, quasi che nell'atto si risolvessero i problemi della divisione di poteri” si veda anche F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1975, 809 ss., 811.

²² Semmai la valenza innovativa dell'art. 113 Cost. si coglie nella successiva affermazione, in base alla quale la “tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti” (su questo profilo cfr. *infra*, Capitolo quinto). Oltre ai già menzionati Nigro, Benvenuti, Mannori e Sordi, si veda in tema F. SATTÀ, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, 5-6, che, sia pure in termini critici, osserva che l'atto amministrativo è espressione di un valore processuale: “il termine *atto amministrativo* viene usato per designare il momento formale, nel rapporto tra cittadino e amministrazione, cui viene riferita logicamente e cronologicamente l'intera disciplina sostanziale data al rapporto, e dunque l'intera portata lesiva di tale disciplina, quasi che un solo *atto* la compendiasse in sé, e nei propri confronti facesse sorgere l'esigenza di tutela. Si può ben dire che in questo senso l'uso del termine *atto amministrativo* soddisfa un'esigenza di ordine e di forma”. Non si dimentichi, però, che la possibilità di ricorrere avverso il silenzio serbato dall'amministrazione, oppure l'impugnabilità immediata di atti che non hanno valore di provvedimento, quali la semplice adozione di uno strumento urbanistico, oppure



Tant'è che si è giustamente parlato di “rilievo addirittura costituzionale” dato all'atto amministrativo proprio in virtù della previsione dell'art. 113, comma 1, della Cost.²³

La valenza garantista dell'atto amministrativo è percepibile in varia maniera ed è qui sufficiente ricordare l'esempio delle sovvenzioni amministrative: pur sussistendo seri dubbi sulla correttezza dell'inquadramento delle sovvenzioni all'interno della categoria degli atti amministrativi, la qualificazione provvedimento di tali atti consente di sottoporre le decisioni amministrative sulla concessione o sul rifiuto di sovvenzioni al controllo giurisdizionale pubblicistico, soddisfacendo così le istanze di tutela dei privati, siano essi destinatari dell'atto oppure soggetti terzi²⁴.

una diffida, fanno sì che la garanzia giurisdizionale non passi più necessariamente attraverso il provvedimento amministrativo. Sulla distinzione tra provvedimento e atto amministrativo cfr. *infra*.

²³ D. SORACE, *Il ruolo dell'atto nella giustizia amministrativa italiana raccontato in un incontro italo-francese*, in *Dir. pubbl.*, 2011, 89 ss., 106.

²⁴ I termini della questione emergono chiaramente in G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, vol. I, Milano, 1967, spec. 157 ss.; del resto, pure l'individuazione di atti amministrativi nell'ambito dell'evidenza pubblica, quali la deliberazione a contrattare, le diverse approvazioni, alcuni atti di controllo, pare giustificata dall'esigenza di tutela dei privati aspiranti alla conclusione del negozio, come sottolinea F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 1273 ss., ora anche in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 403 ss., 418, secondo cui “i riti dell'autorità concorrono così ad assicurare la tutela giuridica degli interessati”. In senso analogo A. TRAVI, *Nuovi fermenti*, cit., 17 dell'estr., il quale evidenzia come la nozione ampia di atto amministrativo colga l'esigenza fondamentale di tenere in considerazione e di assicurare una tutela per i terzi, soprattutto quei terzi interessati che non siano stati destinatari dell'aggiudicazione. In senso analogo C. MARZUOLI, *Tutela del cittadino*, cit., 249 ss., 257-260. Sulla qualificazione dell'aggiudicazione di una gara indetta dall'amministrazione per un appalto o per un altro contratto cfr., per tutti, G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Milano, 1986, spec. 15 ss., 95. Non dissimile, ma solo sotto taluni aspetti, il discorso anche per quanto riguarda la costruzione della nozione degli atti paritetici in materia di pubblico impiego, che ha condotto la giurisprudenza amministrativa del secolo scorso a togliere ogni possibile confine al concetto di atto amministrativo ai fini dell'ammissibilità del ricorso giurisdizionale, stante il fatto che “la competenza degli organi di G.A. presuppone sempre, come essenziale, una controversia sulla legittimità di un atto amministrativo che includa un provvedimento relativo al rapporto di impiego (o altro rapporto soggetto alla giurisdizione esclusiva). Se manchi l'impugnazione dell'atto amministrativo e la legittimità di questo non sia contestata ... viene meno la competenza del Consiglio di Stato” (M. D'AMELIO e S. ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 186). Sul punto cfr. anche G. FAGIOLARI, *L'Atto amministrativo nella giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, vol. II, Padova, 1940, 287 ss.; come però emergerà tra poco nel corso della trattazione, esulano dall'oggetto della presente indagine gli atti dell'amministrazione relativi ai contratti di diritto pubblico, nonché gli atti di adesione ai contratti di diritto privato, perché, seguendo la lezione di Gian-

Ma si pensi anche alla controversa categoria dell'atto politico, che mostra, *a contrario*, come sia proprio una nozione ampia di atto amministrativo ad assolvere l'esigenza fondamentale di tenere in considerazione tutti coloro che s'imbattono nell'agire amministrativo assicurando loro una tutela, procedimentale e processuale.

L'insindacabilità degli atti politici, prevista dall'art. 31 del T.U. del Cons. Stato, anche se non ripresa dalla legge Tar, è ora ribadita dall'art. 7 del c.p.a., ai sensi del quale "Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". La norma difficilmente si armonizza con la Carta costituzionale e in particolare con l'art. 24, in materia di diritto di azione e giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive, e con l'art. 113, comma 2, ai sensi del quale la tutela giurisdizionale non può essere esclusa per determinate categorie di atti, stante la pienezza e l'assolutezza della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti provenienti dall'amministrazione. Di qui una condivisibile tendenza pretoria, condivisa sia dal giudice amministrativo sia da quello ordinario (di recente però sconfessata dalla Corte costituzionale), volta ad interpretare estensivamente la nozione di atto amministrativo e, al tempo stesso, a restringere rigorosamente i confini della categoria di atto politico²⁵.

nini, si ritiene necessario scorporare dalla generica nozione di atto amministrativo il più specifico concetto di provvedimento amministrativo.

²⁵ Sul punto, più ampiamente, cfr. M. RAMAJOLI, *Gli incerti confini della nozione di provvedimento amministrativo*, in *Associazione studi e ricerche parlamentari*, Torino, 2009, 41 ss., spec. 43 ss., nonché *infra*, Capitolo secondo, par. 14; in tema cfr. anche G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova, 1973; G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico*, Milano, 1984; G.B. GARRONE, voce *Atto politico (disciplina amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, 544 ss.; M.P. GENESIN, *L'attività di alta amministrazione fra indirizzo politico e ordinaria attività amministrativa. Riflessioni critiche su un sistema di governo multilivello*, Napoli, 2009, spec. 61 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Politica e amministrazione tra atti "politici" e atti "di alta amministrazione"*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 101 ss.; G. TROPEA, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in *Dir. amm.*, 2012, 329 ss.

La sentenza cui si allude nel testo è Corte cost., 10 marzo 2016, n. 52, che ha ritenuto atto politico e quindi assolutamente insindacabile la delibera del Consiglio dei Ministri di diniego alla richiesta di apertura delle trattative formulata dall'Unione atei e agnostici razionalisti, dopo che il Consiglio di Stato (sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6083) e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (28 giugno 2013, n. 16305) avevano qualificato la delibera in questione come atto amministrativo discrezionale e pertanto sindacabile. A quanto consta in periodo post-costituzionale il giudice amministrativo ha riconosciuto natura di atto politico insindacabile solamente (e oltretutto in sede cautelare) al provvedimento con il quale il Governo ha autorizzato l'ampliamento della base militare USA sita nel territorio di Vicenza; cfr. Cons. Stato, sez. IV, ord. 29 luglio 2008, n. 3992, in *www.lexitalia.it*.



In realtà, il rapporto tra esigenze di garanzia del privato ed inserimento di un singolo atto nell'ambito della categoria degli atti amministrativi non è sempre privo di contraddizioni. Anche qui due esempi per tutti possono essere sufficienti. Il passaggio da una concezione contrattuale ad una ricostruzione della concessione di beni e di servizi pubblici come atto amministrativo è servito sia ad assicurare la tutela giurisdizionale dei terzi aspiranti alla medesima concessione, sia a giustificare l'attribuzione all'amministrazione di un generale potere di revoca pur nei casi non previsti dal disciplinare di concessione e, nello stesso tempo, a garantire un controllo di legittimità sulla consistenza dei motivi di interesse pubblico posti a fondamento della revoca stessa²⁶.

Esigenze di garanzia e regime speciale di supremazia si trovano sempre intrecciati nell'atto amministrativo in un viluppo difficilmente districabile.

Quanto detto consente di svolgere anche un altro rilievo, che qui rimarrà sullo sfondo della trattazione, per poi essere ripreso successivamente. Si nota in alcune materie di azione amministrativa un andamento ciclico, che porta ad un continuo trapasso di confini tra pubblico e privato: atti originariamente qualificati come privati ottengono poi una configurazione pubblicistica per tornare ai giorni nostri ad essere inquadrati

²⁶ Fermo avversario della costruzione contrattualistica delle concessioni fu O. RANELLETTI, *Concetto*, cit., spec. 56 ss.; è soprattutto lo studio di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, ad avere sottolineato che, a partire dal primo ventennio del secolo scorso, a differenza di quanto praticato nel periodo precedente, si ritenne che azione di interesse generale e regime speciale di supremazia fossero la stessa cosa, conducendo così ad una configurazione pubblicistica delle concessioni. Ma si veda anche F. LEDDA, *Dell'autorità*, cit., 407 ss., secondo cui, grazie all'inquadramento panpubblicistico della concessione, "il pubblico interesse tiene luogo d'una attribuzione normativa del potere di disporre la c.d. revoca (potere che, secondo una costruzione aderente agli aspetti sostanziali dei fenomeni considerati, dovrebbe essere tenuto ben distinto da quello relativo alla costituzione del rapporto)"; sulla necessità di un'espressa previsione di legge per disporre la revoca della concessione cfr. anche D. SORACE e C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IV, Torino, 1989, 280 ss.; da ultimo, V. CERULLI IRELLI, *Relazione conclusiva*, in AIPDA, *Annuario 2011. L'atto autoritativo*, cit., 383 ss., 384-385; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008.

Merita qui di essere ricordato che il Consiglio di Stato (sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421) ha escluso la natura privatistica della declaratoria di decadenza dalla concessione di servizi, dovuta a reiterati inadempimenti agli obblighi nascenti dal rapporto concessorio; in tal caso, come è stato osservato (P. CERBO, *La decadenza dalla concessione di servizi: un atto sostanzialmente amministrativo?*, in *Urb. e app.*, 2014, 574 ss.), il Consiglio di Stato pare rievocare "la controversa categoria dell'atto sostanzialmente amministrativo", allo scopo di "adottare il modello di tutela proprio di un qualsivoglia provvedimento amministrativo".

tra gli atti negoziali, come stanno a testimoniare, oltre alle già menzionate fattispecie concessorie, anche gli atti di pubblico impiego²⁷.

La difficoltà di inquadramento di un concreto atto giuridico tra gli atti provvedimentali amministrativi è questione che sempre si ripropone e sempre si riproporrà in giurisprudenza²⁸.

²⁷ Il passaggio dalla concezione privatistica, durata più di un ventennio dall'unità nazionale, alla pubblicizzazione generalizzata dei rapporti amministrativi avutasi a fine Ottocento, fino ad una nuova, attuale fase di riespansione del diritto comune è ben descritto da M. D'ALBERTI, *Attività amministrativa e diritto comune*, in U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI e D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, Bologna, 1987, tomo II, 433 ss.; per la "trasfigurazione" in chiave pubblicistica di quasi tutti gli istituti della tradizione civilistica si veda anche G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 56 ss. (il quale individua tre diverse declinazioni della "grande dicotomia" pubblico-privato: la prima è quella territoriale, e cioè dei confini e degli ambiti di applicazione; la seconda riguarda i valori attribuiti all'intervento pubblico e al diritto speciale di cui esso si è servito; la terza attiene direttamente al sistema giuridico del diritto amministrativo, "all'originaria lettura in chiave di diritto privato speciale, alla *trasfigurazione* in termini pubblicistici e alla progressiva apertura al diritto comune"); sul fatto che fino agli ultimi anni del Settecento il rapporto d'impiego sia stato concepito in termini strettamente civilistici e solo successivamente siano affiorate le concezioni pubblicistiche, a loro volta soppiantate da un ritorno al contratto, cfr. anche F. LEDDA, *Dell'autorità*, cit., 410-417; nonché M.S. GIANNINI, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 303, il quale evidenzia, nella scelta di costruire il rapporto di impiego dei dipendenti delle amministrazioni secondo modelli non contrattuali, "ragioni di interesse pubblico, in particolare ... l'esigenza di controllare il modo in cui le amministrazioni spendono il pubblico denaro nel settore del personale". Sul tema cfr. anche A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa. Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, 2004, con particolare attenzione al "punto di vista del giudice" (*op. cit.*, 2). Si veda poi anche C. FRANCHINI, *Tendenze recenti dell'amministrazione italiana e accentuazione delle "interferenze" tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Studi in onore di G. Guarino*, vol. II, Milano, 1998, 375 ss., 395, che ricorda come la costruzione civilistica degli istituti utilizzati dall'amministrazione si debba in particolar modo a L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. I, Torino, 1892, mentre tanti sono gli Autori cui si deve l'affermazione della qualificazione pubblicistica; oltre ai già citati Ranelletti e Santi Romano, si pensi a G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1880-1882, ed a V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891. Sottolinea, a ragione, che l'intercambiabilità tra il modello pubblicistico e il modello privatistico di azione giuridica dell'amministrazione riguarda limitati settori di disciplina, i quali "presentano caratteristiche tali da consentire, appunto detta intercambiabilità (a differenza di altri)", V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 217 ss., 229.

²⁸ Cfr., da ultimo, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 11 settembre 2014, n. 2345, che ha configurato il parere di congruità sulle parcelle professionali del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati come "atto soggettivamente e oggettivamente amministrativo, emesso nell'esercizio di poteri autoritativi". Ma cfr. altresì ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, in *Urb. e app.*, 2011, 1456, con nota di S. SPUNTARELLI, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, con riferimento alla qualificazione – pub-



Tuttavia essa risulta accentuata con l'emergere di una serie di atti atipici, specie adottati nell'esercizio del potere regolatorio, quali gli atti interpretativi, le linee guida, i bandi tipo e, più in generale, i c.d. atti di *soft regulation*. La giurisprudenza ha finora ritenuto che tali atti, come, ad esempio, le determinazioni adottate in sede di vigilanza dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici prima e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione oggi non assumono natura provvedimento e, come tali, non sono produttivi di effetti immediatamente lesivi nella sfera dei soggetti vigilati²⁹. Questa tematica, che qui non può essere affrontata, necessita sicuramente di un ulteriore approfondimento.

2 **Caratteri essenziali del provvedimento amministrativo: a) finalizzazione al raggiungimento di interessi pubblici concreti; b) unilateralità; imperatività, non necessaria discrezionalità; c) inoppugnabilità**

a) Fino agli anni Trenta del secolo scorso la problematica relativa all'identificazione dei caratteri distintivi dell'atto amministrativo si era concentrata sull'approfondimento dei profili riguardanti la volontà, la causa, il motivo, intesi come elementi costitutivi dell'atto stesso³⁰.

blicistica – delle delibere di un ente pubblico prodromiche alla costituzione e alla successiva scissione di una società di capitali; nonché ad. plen., 5 maggio 2014, n. 13, per quanto riguarda invece la natura privatistica della delibera di una Giunta regionale con la quale era stata parzialmente annullata d'ufficio la precedente deliberazione della stessa Giunta recante l'autorizzazione alla stipulazione di contratti di derivati (c.d. *swaps*).

²⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2010, n. 2503; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 1 luglio 2015, n. 1850, che hanno ritenuto inammissibili i ricorsi proposti direttamente e immediatamente contro tali delibere. Sulla problematica cfr. L. TORCHIA, *I poteri di regolazione e di controllo delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari nella nuova disciplina europea*, in *www.irpa.eu*; in generale, sulle fonti atipiche attuative di discipline assenti o incomplete si rinvia a B. TONOLETTI, *Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 389 ss.

³⁰ Il negozio giuridico privato era preso come punto di riferimento, sia pure con diversità di accenti, da F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Milano (1911-1914), ristampa con note di aggiornamento a cura di G. MIELE, Padova, 1960, 570 ss.; ID., *I vizi di errore, dolo e violenza negli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1913, III, 113 ss.; S. TRENTIN, *L'atto amministrativo*, Roma, 1915, 127 ss.; A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, rist. Padova, 1986, 140 ss.; a detta di M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., 162, l'orientamento in questione "ebbe notevoli rappresentanti nella dottrina francese (M. Hauriou), trovò il suo punto di riferimento nel *Sistema degli atti negoziali dello Stato* di Kormann, e il suo maggior esponente in F. Cammeo". Sulla "difficoltà ... nell'adattare alla pubblica amministrazione

Soprattutto a Giannini si deve la definitiva emancipazione dell'atto amministrativo dal negozio giuridico di diritto privato. Ci si libera così dall'ipoteca pandettistica e si cambia l'angolo visuale, per cui l'atto amministrativo si definisce in relazione alla sua funzione e non più alla sua struttura di dichiarazione di volontà³¹.

Da siffatta impostazione discendono numerosi corollari. In ragione del fatto che lo schema strutturale dell'atto amministrativo è fortemente ridotto, anche la disciplina dell'invalidità dell'atto non risulta più focalizzata sulla mancanza o sul vizio di elementi strutturali, venendosi a delineare un'autonoma sistemica dei vizi di legittimità³². Ancora, la volontà che si esprime nell'atto viene concepita in termini puramente oggettivi e non come un fatto psichico reale, per divenire poi volontà procedimentalizzata³³; questo elemento condurrà poi, quale esito ultimo, alla considerazione dell'atto amministrativo come fenomeno che si definisce nel contesto dell'attività e dell'intero sistema dell'azione amministrativa, con ricadute in tema di sindacato giurisdizionale³⁴.

Sulla stessa linea si è anche evidenziata la problematicità della categoria di atto amministrativo, in quanto carente di caratteri comuni e comprensiva di manifestazioni disomogenee.

La classica definizione di Zanobini di atto amministrativo ("qualunque dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio, compiuta da un soggetto della pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa")³⁵, come pure quella più risalente di Santi Romano ("la pronuncia speciale di un'autorità nell'esercizio di una funzione amministrativa")³⁶, o quella di Ranelletti e Amorth ("una dichiarazione concreta di volontà, di giudizio, di scienza, ecc., di un organo ammini-

... la teoria privatistica del negozio e in genere dell'atto giuridico", in considerazione del fatto che "quella teoria è nata e si è sviluppata con riguardo, può dirsi esclusivo, alle persone fisiche" si veda già U. FORTI, "Atto" e "procedimento" amministrativo (note critiche), in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, vol. I, Padova, 1931, 441 ss., spec. 450 ss.

³¹ La necessità di liberarsi dall'allora imperante ipoteca della pandettistica è palese nell'intera opera di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, che sarà successivamente analizzata (cfr. *infra*, Capitoli secondo e terzo). Ma in tal senso si veda altresì, oltre al già citato Forti, R. ALESSI, *Spunti ricostruttivi per una teoria degli atti amministrativi*, in *Jus*, 1941, 272 ss., ora anche in *Scritti minori*, Milano, 1981, 251 ss.

³² La tematica sarà approfondita *infra*, Capitoli secondo e quinto.

³³ Sul punto si rinvia *infra*, Capitoli terzo e quinto.

³⁴ Cfr. *infra*, Capitoli secondo e quinto.

³⁵ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, 1958, 245.

³⁶ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 43.

strativo nell'esplicamento della attività di amministrazione")³⁷ erano infatti eccessivamente descrittive e generiche, nella loro ricerca di simmetrie con il negozio giuridico privato³⁸.

Ma ancor più si pensi alla visione di Cammeo, secondo cui "anche gli atti giuridici di diritto privato sono da annoverare tra gli atti amministrativi"³⁹, o alle allora correnti distinzioni tra atti d'impero e atti di gestione⁴⁰, oppure tra atti d'impero e atti paritetici⁴¹.

³⁷ O. RANELLETTI e A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. I, Torino, 1937, 1091 ss., ora in A. AMORTH, *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1999, 155 ss., 157.

³⁸ "Posto che in teoria generale gli atti si distinguono in dichiarazioni ed atti reali e posto altresì che volontà, desiderio, conoscenza e giudizio esauriscono tutti i contenuti immaginabili delle dichiarazioni, la definizione tradizionale in realtà nulla aggiunge alla più semplice formula *atto compiuto da un soggetto amministrativo*. Per altro verso le locuzioni in esame non paiono sempre evidenziare aspetti giuridicamente significativi: qualificare un atto come di desiderio o di giudizio o di scienza non fa conoscere alcun profilo giuridicamente rilevante, giacché non esiste un effetto che si qualifichi normativamente in termini di desiderio o di giudizio o di conoscenza ... La definizione tradizionale appare in realtà finalizzata a mettere in luce la categoria dell'atto amministrativo negoziale: l'atto amministrativo consistente in una dichiarazione di volontà infatti, si dice, è rivolto per natura a conseguire un fine determinato, voluto dall'agente e riconosciuto dal diritto, secondo dunque lo schema tipico del negozio giuridico di diritto privato. Ma ... gli atti amministrativi sono episodi di un'attività funzionalizzata ed esercizio di poteri connotati dalla specificità del fine (cura dell'interesse pubblico primario); di conseguenza da un lato i fini (obiettivamente intesi) dell'agire dell'Amministrazione sono sempre rilevanti, trattandosi di attività positivamente disciplinata dalle norme, né possono essere liberamente scelti dall'Amministrazione stessa, giacché rispondono ad interessi altrui (dei cittadini), dall'altro gli effetti si producono indipendentemente dalla corrispondenza del contenuto dell'atto all'intenzione dell'agente" (R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, IV ed., Bologna, 2005, 767 ss., 781-782).

³⁹ F. CAMMEO, *Corso*, cit., 552.

⁴⁰ Sulla distinzione tra atti d'impero (*actes de puissance publique*) e atti di gestione si rinvia alla ricostruzione storica tracciata da J.M. AUBY e R. DRAGO, *Traité de contentieux administratif*, Parigi, 1984, 390 ss.; se gli atti d'impero risultano sottoposti ad una disciplina pubblicistica, gli atti di gestione sono atti "regolati dalle norme del diritto privato, sia pure modificate di quando in quando dagli *iura singularia*, richiesti per le specialità proprie dell'ente collettivo, a cui debbono adattarsi"; in questo senso O. RANELLETTI, *Per la distinzione degli atti d'impero 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, 703 ss., 704, ora anche in *Scritti giuridici scelti*, cit., vol. III, 657 ss., 657-658. Per una ricostruzione dell'atto d'impero nella cultura giuridica ottocentesca si rinvia anche a B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 9 ss.

⁴¹ Dovuta, come si è già notato, a G. FAGIOLARI, *L'Atto amministrativo*, cit., 296, 309 ss., secondo cui il potere paritetico, che si esprime appunto negli atti paritetici, è esercitato "da soggetti rappresentanti un interesse normalmente subordinato o parificato ... senza alcuna certezza, né presunzione di conformità alla legge". Per una ricostruzione della figura si rinvia ad A. QUARTULLI, *Atti autoritativi e atti paritetici: validità di una distinzione*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, vol. III, Roma, 1981, 1517 ss.; sull'impre-

Sempre grazie a Giannini si giunge all'emersione della più specifica categoria di provvedimento amministrativo, "atto amministrativo per eccellenza", all'interno della nozione lata di atto amministrativo⁴².

Secondo tale teoria è provvedimento l'atto amministrativo autoritativo, che realizza in via diretta la cura di un interesse pubblico, è dotato di imperatività e assistito da autotutela, intesa l'imperatività come idoneità a produrre l'effetto di ridurre o cancellare diritti soggettivi dell'amministrato e l'autotutela come idoneità dell'atto ad essere eseguito dal suo stesso autore⁴³.

cisione della nozione di atto paritetico inteso come atto ricognitivo di diritti patrimoniali vincolati da criteri di determinazione già previamente fissati cfr., da ultimo, A. LOLLI, *L'atto amministrativo*, cit., 77-78.

⁴² Efficacemente F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di M.S. Giannini*, Milano, 1995, 255 ss., 257, afferma che il provvedimento amministrativo "nasce dalla costola dell'atto amministrativo, come sua *species* eminente", trovando appunto la sua teorizzazione compiuta nell'opera di Giannini. Sul processo di emersione, nell'ambito dell'ampia categoria degli atti amministrativi, del provvedimento si veda anche B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., 152 ss.

⁴³ I provvedimenti "hanno tutti un tratto comune, che ne costituisce la fine sostanza: di essere l'affermazione del momento dell'autorità ... ogni volta che l'amministrazione agisce con un provvedimento amministrativo, essa attua il momento dell'autorità, e sopprime o comprime la libertà di taluni amministrati; puntualizza, nel caso concreto, i rapporti autorità-libertà. Anche nei provvedimenti concessori ciò avviene, perché l'attribuzione ad un privato di un beneficio particolare comporta l'incisione nelle libertà degli altri"; così M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, cit., 160, 164. Del medesimo Autore si vedano anche le *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 290, ove si definisce il provvedimento come l'atto che "stabilisce il modo onde l'autorità, in esercizio di un potere attribuitole dalla legge, determina nel caso concreto il contenuto dell'incidenza, o non incidenza, di un interesse pubblico rispetto ad una sfera di libertà guarentigiata". Ricorda E. CASSETTA, voce *Provvedimento*, cit., 247, che il termine "provvedimento" "era già utilizzato in precedenza, in genere come sinonimo di atto amministrativo, ma, a ben guardare, esso era, magari inconsapevolmente, o comunque senza motivazione, usato con riferimento a taluni soltanto degli atti amministrativi". Anche per F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, V ed., Padova, 1987, 91, "il provvedimento è una manifestazione concreta di un potere d'impero", mentre i meri atti "specificano e, per così dire, sviluppano il contenuto delle posizioni preesistenti"; parimenti per P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, VI ed., Milano, 2001, 5, sono provvedimenti amministrativi solo "gli atti di volontà dotati dell'autoritarierà e cioè della capacità di incidere sulle posizioni giuridiche dei soggetti". In senso analogo A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I, XIV ed., Napoli, 1984, 587; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. SANTANIELLO, vol. III, Padova, 1993, spec. 31; E. CASSETTA, voce *Provvedimento*, cit., 250.

Pochi Autori dopo Giannini si sono cimentati con la definizione di provvedimento amministrativo, a testimonianza che la sua ricostruzione risulta accolta dalla stragrande maggioranza della dottrina. Sul fatto che la teorizzazione gianniniana del provvedimento amministrativo sia stata accettata in modo generalizzato dagli studiosi delle generazioni successive



Ma a partire dagli anni '80 del secolo scorso, anche la nozione di provvedimento viene sottoposta a critica da parte della dottrina, dubitandosi della sussistenza necessaria di alcuni caratteri tradizionalmente considerati propri, fermo restando il riconoscimento della sua finalizzazione al raggiungimento di interessi pubblici concreti.

E difatti alcuni elementi che in passato si ritenevano caratterizzare il provvedimento amministrativo ora sono stati ridimensionati a seguito di un'interpretazione forte del principio di legalità. Si pensi all'esecutorietà, e cioè all'idoneità del provvedimento ad essere portato ad esecuzione anche contro la volontà del destinatario. L'esecutorietà, a parte il fatto che riguarda non tutti i provvedimenti, ma solo una determinata categoria, ossia quelli ablatori in senso lato, non è più annoverata tra i caratteri del provvedimento, dovendo essere considerata quale espressione di un potere a sé stante, soggetto anch'esso al principio di legalità, come si avrà modo di verificare diffusamente in seguito. Basti questo esempio per testimoniare che il provvedimento amministrativo è sì servito per fondare posizioni di privilegio dei soggetti pubblici, ma queste ultime appaiono oggi scarsamente compatibili con l'affermazione netta per cui ogni potere amministrativo necessita di un espresso fondamento normativo.

È un dato fisiologico – strettamente dipendente dalla posizione dell'amministrazione nel nostro ordinamento – che con il tempo cambino i tratti essenziali del provvedimento amministrativo.

Si pensi ancora al fatto che originariamente, quando l'amministrazione non risultava ancora separata dal corpo confuso entro cui si esercitavano le tre fondamentali funzioni dello Stato, il provvedimento era caratterizzato da insindacabilità e solo l'emancipazione del provvedimento dal modello normativo e il suo assoggettamento al vincolo legislativo hanno portato all'affermazione della sua controllabilità in sede giurisdizionale⁴⁴; oppure si ponga mente a quel reperto storico, corrispondente ad un'immagine di assoluto privilegio dell'amministrazione, dato dal principio della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, tale non solo da ridurre i poteri cognitori del giudice, ma anche da servire da fon-

(“e la stessa relativa povertà di contributi posteriori dimostra che la dottrina si è ritenuta paga della teorizzazione proposta”) cfr. F.G. COCA, *La teoria*, cit., 258. Rimprovera il legislatore del 2005 di non aver definito la nozione di provvedimento nel momento in cui ne disciplinava molteplici profili B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 303.

⁴⁴ Anche questo profilo sarà analizzato *infra*, Capitolo secondo, spec. par. 1.

damento al già menzionato insussistente principio generale di esecutorietà⁴⁵.

Quanto ai caratteri costanti ed indefettibili del provvedimento amministrativo nessun dubbio vi è che tra essi compaia la necessaria finalizzazione al raggiungimento di interessi pubblici concreti⁴⁶.

Il provvedimento amministrativo è espressione del potere dell'amministrazione, il quale risulta assai simile al potere dei privati dal punto di vista strutturale, tuttavia se ne differenzia profondamente in quanto rileva come funzione, come strumento di soddisfacimento dell'interesse pubblico⁴⁷.

È vero che l'amministrazione ha il potere di curare gli interessi pubblici che le sono assegnati come scopi anche attraverso atti consensuali (si tratta di una conquista pacifica per lo meno a partire dall'introduzione della figura degli accordi pubblicistici)⁴⁸, ma questo fenomeno chiama in

⁴⁵ Parimenti questa tematica sarà oggetto di indagine *infra*, Capitolo quarto, spec. par. 6.

⁴⁶ Cfr., per tutti, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993, 236, e, riassuntivamente, R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, cit., 783. A tale proposito riteniamo sia frutto di un equivoco, o meglio di una non completa conoscenza degli approdi cui era pervenuta già nei primi decenni del secolo scorso la giurisprudenza, l'idea che l'interesse pubblico curato tramite il provvedimento unilaterale si identificasse con quello dell'amministrazione-soggetto (così invece parrebbe E. GIARDINO, *La pluralità*, cit., 163). Naturalmente con ciò non si intende negare che la partecipazione al procedimento consenta l'arricchimento degli interessi oggetto di ponderazione da parte dell'amministrazione.

⁴⁷ Molto chiaramente, nel trattare di un settore tradizionalmente in bilico tra diritto pubblico e diritto privato, A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 461 ss., 469, osserva che il potere "ha natura pubblicistica quando l'individuazione del fine (interesse) e il giudizio di conformità ad esso dell'esercizio del potere stesso sono regolati dalla legge e quindi sottratti alla disponibilità del titolare; privatistica quando tali elementi sono rimessi a un autonomo giudizio del titolare stesso e risultano quindi, come tali, irrilevanti". Per quanto riguarda i riflessi di questa distinzione sulla tutela giurisdizionale, "di fronte al potere privato, insindacabile quanto alla sua interna dinamica, il destinatario di esso difende la lesione di un suo patrimonio giuridico; di fronte al potere pubblicistico, che istituzionalmente consta della forza di limitare detto patrimonio, potrà invece far valere l'inidoneità del potere stesso (principalmente), in quanto non conforme al suo fine legale, ad operare detto sacrificio". Sulla distinzione tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa cfr., ampiamente, *infra*, Capitolo secondo, parr. 2-3.

⁴⁸ Che tuttavia ciò significhi, attraverso la ipervalutazione del profilo funzionale, ricondurre tutte le determinazioni dell'Amministrazione a una coalizione decisionale di cui paritariamente fanno parte i privati interessati intervenuti nel procedimento (in tal senso segnatamente da ultimo E. GIARDINO, *La pluralità*, cit., 145 ss. 202 ss., ma già soprattutto M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1996) è prospettiva che qui non si ritiene di condividere, pur se trova le proprie radici negli approdi cui era pervenuto (dopo una partenza più prudente) Feliciano Benvenuti e nel pensiero di Giorgio Berti.



causa un'ulteriore caratteristica del provvedimento amministrativo, vale a dire la sua unilateralità.

b) L'unilateralità comporta che i provvedimenti sono posti in essere dalla sola amministrazione, anche se ciò non esclude che altri soggetti eventualmente contribuiscano alla formazione del provvedimento stesso⁴⁹.

Attualmente il carattere dell'unilateralità assume un rilievo particolare. Fino a quando l'indisponibilità, la non negoziabilità del potere amministrativo rappresentava un postulato ben fermo, l'unilateralità del provvedimento ne era conseguenza naturale. L'art. 11 della legge n. 241/1990 ha però previsto forme di esercizio del potere amministrativo tramite moduli convenzionali e la sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004 ha ribadito e confermato che gli accordi pubblici previsti dalla norma appena menzionata sono riconducibili alla sfera del potere amministrativo⁵⁰.

Né l'individuazione di fatti e interessi tramite la partecipazione al procedimento (cui tuttavia sulla scia dell'esperienza europea, proprio B. MATTARELLA, *Fortuna e decadenza*, cit., 22 ss. riconosce una funzione prevalentemente giustiziale) né l'aspirazione a una democratizzazione dell'amministrazione intesa quale diretto collegamento della stessa con la società possono far dimenticare un dato elementare: è impensabile che una collettività politica possa sopravvivere affidandosi al solo consenso su ogni specifica scelta di chi ne fa parte. Sicché si dubita che profilo funzionale costante del provvedimento amministrativo sia la "sintesi della dialettica fra libertà (i diritti fondamentali affermati e garantiti dalla Costituzione) e uguaglianza (concetto come il principio ispiratore di tutta l'azione dei pubblici poteri)" (così invece S. PERONGINI, *Teoria*, cit., 367).

Ma oltre, nella presente sede, non è consentito procedere, aggiungendo soltanto che restano vive le preoccupazioni di F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 172 e le obiezioni di A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, *ivi*, 1996, 255 ss.

⁴⁹ "Non avrebbe senso una autorizzazione che non fosse stata previamente domandata dall'interessato, né una nomina che producesse i suoi effetti senza il consenso del nominato. Domanda e accettazione, tuttavia, non si integrano con la decisione dell'autorità amministrativa in un unico atto *bilaterale* (non formano, cioè, gli elementi compositivi di una sorta di contratto) ma rimangono distaccati dal provvedimento dell'amministrazione, al quale soltanto viene imputato l'effetto" (G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2005, 59). Precisa che sia l'unilateralità sia l'autorità attengono non agli effetti, non alle conseguenze giuridiche, ma alla fattispecie o fatto giuridico G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Torino, 2006, 249. Sull'unilateralità del provvedimento cfr., da ultimo, A. LOLLI, *L'atto*, cit., 139 ss., che aderisce ad una nozione di unilateralità diversa da quella fatta propria nel testo, e cioè a quella privatistica di cui all'art. 1324 c.c.

⁵⁰ "La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali, in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241/1990)"; così Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, punto 3.4.2 del considerato in diritto, in *Foro it.*, 2004, 1, 1259, con nota di A. TRAVI e *ivi*, 2004, 1, 2594, con nota di F. FRACCHIA; in *Giorn. dir. amm.*,

Pertanto, il riferimento al potere amministrativo non basta più e deve essere esplicitamente richiamata, nella definizione del provvedimento amministrativo, la sua unilateralità⁵¹.

L'unilateralità, che attiene all'imputazione degli effetti giuridici al solo atto dell'amministrazione, è cosa ben diversa dall'autoritatività, intesa come imposizione della decisione dell'amministrazione senza il consenso del destinatario⁵².

È proprio con riferimento all'imperatività come connotato necessario del provvedimento amministrativo che sussistono i maggiori contrasti in materia. Non senza dimenticare (profilo trattato diffusamente nel capitolo secondo) che per una parte della dottrina è oggetto di ripensamento critico anche la non necessaria discrezionalità quale elemento caratterizzante del provvedimento, dal momento che si sottolinea una correlazione indefettibile tra provvedimento e discrezionalità⁵³.

Anzitutto non esiste concordia su cosa si debba intendere per imperatività. Lo stesso Giannini, cui si deve il maggior approfondimento in ma-

2004, 969, con note di M. CLARICH, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata*, di A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena, ma non è esclusiva*, di B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, e di A. PAJNO, *Giurisdizione esclusiva ed "arbitrato" costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2004, 1125, con note di V. CARBONE, C. CONSOLO e A. DI MAJO, *Il "Waltzer delle giurisdizioni" rigira e ritorna a fine ottocento*; e in *Dir. proc. amm.*, 2004, 799, con note di V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, e di R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*.

⁵¹ E. CASSETTA, voce *Provvedimento*, cit., 250; F.G. SCOCA, *La teoria*, cit., 300-301, per il quale l'accordo sostitutivo di provvedimento "ha permesso di considerare possibile che un potere unilaterale, idoneo a produrre modificazioni non volute nella sfera giuridica altrui, possa essere esercitato mediante un atto consensuale. Se il consenso esclude l'autoritatività dell'atto, nel caso dell'accordo si ha un atto non autoritativo che costituisce esercizio di un potere autoritativo". Si consideri poi, su un piano del tutto differente, che sempre più accentuata è la tendenza a trasformare i poteri unilaterali privi di contenuti pregnanti in termini di discrezionalità, oppure di valutazioni tecniche complesse, in "modelli ad esercizio solo eventuale del potere"; in tema cfr. A. TRAVI, *Nuovi fermenti*, cit., 7. Per la tesi che tende a sfumare la contrapposizione tra unilateralità e bilateralità, ritenendo che nei procedimenti ad iniziativa di parte l'istante sia titolare di una situazione giuridica autonoma e, entro determinati limiti, possa disporre dell'oggetto del procedimento cfr. P. LAZZARA, *I procedimenti ad iniziativa di parte*, Napoli, 2008, spec. 124 ss.

⁵² Sul punto chiaramente A. TRAVI, *Nuovi fermenti*, cit., 7.

⁵³ Per quanto riguarda la riconduzione al provvedimento amministrativo anche di vicende in cui la discrezionalità è assente cfr. *infra*, Capitolo secondo, par. 3. Va poi ricordata la ben più radicale posizione di F. SATTA, voce *Atto amministrativo*, cit., 3, a detta del quale l'atto amministrativo è un concetto "totalmente astratto e indeterminato, del quale è impossibile ricercare la disciplina e tentare una ricostruzione perché non esiste nella realtà. È una pura categoria logica".



teria, ha più volte cambiato opinione sui caratteri dell'imperatività, affermando che essa ammette più discipline di diritto positivo⁵⁴. Dapprima l'Autore ha ritenuto che l'imperatività si articolasse nei tre effetti della degradazione dei diritti, dell'esecutività e dell'inoppugnabilità⁵⁵; in altre occasioni ha riconosciuto, quali aspetti della qualità dell'imperatività, oltre al contenuto minimo di degradazione dei diritti, anche l'inoppugnabilità, l'eseguitività, l'esecutorietà⁵⁶; altre volte ancora ha affermato che l'aspetto applicativo dell'imperatività si presentasse come esecutività, degradazione, affievolimento dei diritti⁵⁷.

La dottrina maggioritaria ritiene che il nucleo essenziale dell'imperatività debba essere ravvisato nell'attitudine di un provvedimento a produrre effetti che incidono in sfere giuridiche altrui e pertanto nell'idoneità della statuizione ad incidere unilateralmente, modificandole, sulle situazioni giuridiche dei destinatari del provvedimento amministrativo, a prescindere dal loro consenso. Imperatività è, dunque, quella particolare forza del provvedimento amministrativo in virtù della quale le modificazioni della sfera giuridica dei destinatari, il regolamento degli interessi prefigurato, non hanno bisogno, per la loro realizzazione, della collaborazione dei destinatari medesimi⁵⁸.

⁵⁴ M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss., 531.

⁵⁵ Voce *Atto amministrativo*, cit., 188.

⁵⁶ *Discorso*, cit., 531-532.

⁵⁷ *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 280. Per la ricostruzione del pensiero di Giannini in tema di imperatività si vedano F.G. COCA, *La teoria*, cit., 260 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività*, cit., spec. 162 ss., il quale, sottolineando l'evoluzione di Giannini nel modo di rappresentare l'imperatività, afferma che "l'accento è prima sugli effetti (restrittivi) del provvedimento, poi sul modo in cui essi si producono; l'imperatività appare prima sinonimo di prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, poi sinonimo di unilateralità ... La nozione di imperatività ... è alquanto ambigua, in quanto esprime diversi aspetti dell'efficacia del provvedimento, se non addirittura diversi concetti, pur tra loro collegati: quello di incidenza sfavorevole sulle situazioni soggettive, quello di unilateralità, quello di provenienza da un pubblico potere, quello di obbligatorietà, quello di efficacia immediata" (*op. cit.*, 177, 192). Lo stesso Autore osserva poi che l'impiego del termine imperatività per esprimere caratteri diversi, quali l'unilateralità, l'obbligatorietà, l'immediata efficacia, si ritrova in tutta la scienza giuridica e nella giurisprudenza della seconda metà del novecento (*op. cit.*, 203-253).

⁵⁸ "È giuridicamente irrilevante che il consenso ci sia o che non ci sia; non è esatto concepire l'imperatività come potere di agire senza il consenso altrui, o contro il consenso altrui: qui il consenso è solo irrilevante" (M.S. GIANNINI, *Discorso*, cit., 531, nt. 1). Sull'imperatività come "avveramento di eventi di nascita, modificazione ed estinzione di situazioni soggettive nella sfera altrui *indipendentemente dal concorso e dalla collaborazione del soggetto che lo subisce*" cfr. ancora M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. II, 279; in