



Maurizio Santise

Coordinate ermeneutiche di

**DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

Quinta edizione

2021



G. Giappichelli Editore

PRESENTAZIONE DELLA I EDIZIONE

Seguire e percepire le “coordinate ermeneutiche” che la giurisprudenza traccia quotidianamente è certamente tra i compiti più ardui del giurista, dell’interprete, dello studente. Il tumulto giurisprudenziale che anima dibattiti e contrasti spesso sfugge allo studioso, non sempre calibrato sulla rapidità e freneticità delle pronunce. Eppure, per tutti gli operatori conoscere il diritto vivente è fondamentale quanto conoscere il dato legislativo. La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite (Cass. pen., SS.UU., 21 gennaio 2010, n. 18288), in tempi non sospetti, ha esaltato l’attività di “mediazione accertativa” della giurisprudenza, evidenziando che la norma va intesa non in astratto, ma quale è operante “nella quotidiana applicazione dei giudici” (nello stesso senso, Corte Cost. sent. n. 3/1956) e “come vive nella realtà concreta” (Corte Cost., sent. n. 198/1972).

La legge, si può quindi dire, vive attraverso la voce dei giudici e il nostro ordinamento vive una “relazione concorrenziale tra potere legislativo e potere giurisdizionale”.

Su queste basi è stato pensato *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Amministrativo*.

Il testo è stato scritto con uno sguardo rivolto ai miei allievi e a tutti coloro che stanno preparando i concorsi nelle magistrature, i concorsi in genere o l’esame di abilitazione alla professione forense; nell’auspicio che possa essere di supporto per il candidato che dovrà confrontarsi, prima o poi, con le temute prove.

Si rivolge, quindi, sia al fresco laureato, che, uscendo dalle prestigiose aule universitarie, immagina il concorso come un sogno, come la realizzazione di un esaltante e irripetibile percorso professionale; si rivolge a colui che è disilluso dalle pregresse esperienze concorsuali, abbandonato alla (falsa) convinzione che le stesse non facciano per lui; al professionista insoddisfatto che immagina “d’un sol colpo” di cambiar vita; alle mamme e ai papà che coniugano lo studio con la difficile arte dell’educazione dei figli e scovano nella notte angoli bui per studiare.

Nella mia esperienza didattica ho conosciuto ciascuno di questi e da tutti ho tratto insegnamenti e spunti per scrivere questo testo, cui hanno partecipato Magistrati e Docenti universitari, che mai smetterò di ringraziare.

Coordinate Ermeneutiche di Diritto Amministrativo si rivolge, quindi, a coloro che da un po’ immaginano le prove tanto ambite e sono spesso tormentati dai dubbi, dall’inquietudine di non sapere, dalla sentenza dell’ultimo momento che può (?) rivoluzionare una vita.

Si rivolge allo spavaldo, che non vede l’ora di sedersi sulla “bollente sedia” e vuole spaccare il mondo con una penna, ma anche al pavido, al timoroso, allo scoraggiato, che vive la tre giorni concorsuale come le tre tappe di un percorso nefasto.

In realtà, ho imparato che ognuno di questi sentimenti vive spesso all’interno dello stesso candidato, eroso dai dubbi, ma spinto, talvolta, da momenti di incontrollabile esaltazione, stretto tra la convinzione di essere pronto e la consapevolezza di non potercela mai fare.

È, del resto, lo stesso disagio che mi accompagna in questa “calda” notte di febbraio, in cui sto scrivendo gli ultimi rigi di questa entusiasmante avventura.

La sensazione di aver fatto tutto il possibile, ma non ancora abbastanza, con la consapevolezza che si può fare sempre meglio. È la stessa sensazione che, sono certo, governa il candidato al concorso all'atto della consegna del compito. A lui, quindi, mi sento di lasciare un pensiero di un grande atleta che rappresenta la metafora del "disperato" studio concorsuale, nella consapevolezza che il raggiungimento di grandi risultati richiede enormi sacrifici.

«*Papà dice che se colpisco 2500 palle al giorno, ne colpirò 17.500 alla settimana e quasi un milione in un anno. Crede nella matematica. I numeri, dice, non mentono. Un bambino che colpisce un milione di palle all'anno sarà imbattibile*» (Open, A. Agassi).

Napoli, gennaio 2014

IL CURATORE

PRESENTAZIONE DELL'AGGIORNAMENTO 2015

L'attività frenetica della giurisprudenza, che non conosce stasi, ha reso necessario pubblicare, a distanza di circa un anno dall'uscita delle *Coordinate Ermeneutiche di Diritto Amministrativo*, un aggiornamento capace di fare il punto della situazione sulle pronunce di maggiore interesse pubblicate nel 2014 e nei primi mesi del 2015.

Il volume approfondisce, tra gli altri, i più recenti interventi giurisprudenziali e legislativi in tema di: società *in house*, prescrizione del diritto al risarcimento del danno causato da occupazioni abusive (Cass., SS.UU., n. 375/2015), autotutela dopo la stipula del contratto (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 14/2014), soccorso istruttorio, come modificato dal comma 1-ter dell'art. 46, d.lgs. n. 163/2006, compatibilità tra giurisdizione esclusiva e diritti fondamentali (Cons. Stato n. 4460/2014), *astreintes* (Cons. Stato, Ad. Pl., n. 15/2014), ricorso straordinario (Corte Cost. 26 marzo 2014, n. 73) e ricorso incidentale (Cons. Stato, Ad. Pl., nn. 7 e 9/2014).

Come sempre, l'evoluzione giurisprudenziale non rappresenta un punto di arrivo, ma un punto di partenza, da cui l'analisi muove per la ricostruzione dei singoli istituti con il consueto taglio trasversale.

L'auspicio è di riuscire, anche quest'anno, come per quello trascorso, a fornire un valido supporto a coloro che dovranno sostenere le prove concorsuali (in particolare quelle nelle magistrature).

Al volume hanno collaborato i colleghi Giovanni Pescatore (Cap. 10), Luca Pisciotta (cap. 9), Marco Puglia (cap. 1) e Marta Sodano (cap. 8), ai quali va un particolare ringraziamento per la loro preziosa collaborazione.

Napoli, marzo 2015

L'AUTORE

Parte I

I PRINCIPI GENERALI

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. La duplice funzione del principio di legalità: di indirizzo e di garanzia. – 2. Il fondamento normativo. – 3. Il principio di legalità nel diritto amministrativo: uno sguardo alle altre branche del diritto. – 3.1. Che tipo di principio di legalità è accolto nel diritto amministrativo? – 3.2. Le ricadute applicative del principio di legalità: la tipicità dei provvedimenti amministrativi e le ordinanze libere. – 3.3. L'atipicità dei comportamenti mediamente collegati al provvedimento amministrativo. – 4. Il principio di legalità e la presunta *dequotazione* ad opera dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990. – 5. Il principio di legalità e i suoi corollari. Rinvio. – 6. L'autonomia negoziale della p.a. e la capacità di stipulare contratti atipici. – 7. A mezza via tra legge e provvedimento: le leggi-provvedimento. – 8. I poteri impliciti. – 8.1. Premessa. La distinzione con il provvedimento implicito. – 8.2. Il fondamento normativo. – 8.3. I poteri impliciti nel diritto interno. – 8.4. Poteri impliciti e Autorità Amministrative Indipendenti. – 8.5. La giurisprudenza amministrativa e i poteri impliciti. – 8.6. Poteri impliciti e concetti giuridici generali. – 9. Principio di legalità e linee guida Anac. – 10. Principio di legalità e rinuncia abdicativa al diritto di proprietà: rinvio.

1. La duplice funzione del principio di legalità: di indirizzo e di garanzia

La necessità che l'azione amministrativa sia legittimata da una previa legge *scripta* è un principio non esclusivo del diritto amministrativo, ma tipico di quelle branche dell'ordinamento in cui è necessario limitare l'azione della pubblica autorità per motivi di garanzia dei destinatari. In diritto penale, prima l'art. 1 c.p. e poi l'art. 25 della Costituzione consentono la configurazione di reati solo in presenza di una previa legge penale *stricta e scripta*; logica conseguenza è l'inammissibilità di qualunque interpretazione analogica che possa nuocere al reo.

Nel diritto civile, incentrato sul dialogo tra parti private, l'esigenza di un tale controllo è meno avvertita. Ciò spiega l'art. 1322 c.c., che consente alle parti di concludere contratti anche non previsti dal codice civile, purché meritevoli di tutela *secondo l'ordinamento*. Alle parti è, quindi, lasciata la regolamentazione dei propri rapporti, perché lo Stato si disinteressa di questi se la disciplina pattuita non è dannosa, ma utile¹. Esistono esempi di contratti imposti o di integrazione cogente del contratto, in cui l'autonomia negoziale è contratta, come emerge dall'art. 1374 c.c.; si tratta, almeno allo stato, di chiare eccezioni.

Nel diritto amministrativo, da un lato, vi è l'esigenza di non lasciare eccessivamente libera la p.a. nell'incedere dell'azione amministrativa, dall'altro, però, non è neanche possibile ingessarne eccessivamente l'attività.

Ecco perché quando si parla di principio di legalità nel diritto amministrativo biso-

¹ Si veda sul punto Cass. civ., sez. un., sentenza 6 marzo 2015, n. 4268 che ha ammesso il contratto di preliminare di preliminare e la possibilità per le parti di vincolarsi anche nella fase precedente alla stipula di un vero e proprio contratto preliminare se è utile per le parti.

gna essere ben attenti a non farsi influenzare dalle altre branche dell'ordinamento (su cui comunque cfr. § 3) che rispondono, comunque, a *rationes* e ispirazioni differenti.

L'Amministrazione è soggetta alla legge perché esercita **poteri autoritativi**, che, imponendosi ai destinatari, devono necessariamente rinvenire il presupposto legittimante nella volontà popolare espressa attraverso le leggi (**principio di legittimazione democratica**).

Qualunque potere amministrativo trova, quindi, il suo imprescindibile presupposto nella legge, che può in misura diversa vincolare l'*agere* amministrativo e che individua sempre i fini e i risultati cui la p.a. deve tendere, non appartenendo al potere amministrativo il potere **libero nei fini**.

Attività politica

Qualora, infatti, il legislatore non determini gli scopi dell'azione amministrativa, si abbandona il campo dell'attività amministrativa *stricto sensu* intesa, controllabile dall'autorità giudiziaria e si confluisce nell'attività politica, che non è soggetta alla giurisdizione del g.a., come, peraltro, ricorda l'art. 7 c.p.a.².

Dove c'è potere amministrativo c'è sempre una legge che fonda quel potere.

Principio legalità indirizzo

La legge, quando dialoga con l'Amministrazione, è animata da due ispirazioni. Da un lato, definisce l'**indirizzo** dell'azione amministrativa (principio di legalità-indirizzo), dall'altro, costituisce una **garanzia** per il cittadino (principio di legalità-garanzia).

Del resto, la stessa discrezionalità della p.a.³ è scelta del *modus* per raggiungere fini predeterminati e non scelta dei fini in sé, che è, invece, propria dell'attività politica. Anche con riguardo all'interesse pubblico, esso non è più rigidamente predeterminato e imposto dal legislatore, ma costituisce «*in concreto soltanto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare – in posizione tendenzialmente paritaria – sempre più soggetti, compartecipi di un'opera di temperamento fra diversi interessi pubblici alla tutela dei quali ciascuno di essi è preposto*». Tale convinzione, secondo il Consiglio di Stato, è il frutto della constatazione che esistono «*una pluralità di interessi pubblici meritevoli di tutela, non necessariamente collocati dalle legge o dalla Costituzione in un ordine gerarchico o di prevalenza, ma spesso sono posti in posizione di equiordinazione*»⁴.

Principio di legalità garanzia

La legge, quindi, indirizza l'attività dell'Amministrazione e, nello stesso tempo, si pone come presidio di garanzia per il cittadino.

Questa particolare concezione del principio di legalità emerge in relazione alle attività amministrative ablativo, cioè quelle che sottraggono diritti o che li comprimono come nei casi delle **ablazioni personali** (ad esempio in relazione alle imposte e alle tasse, art. 23 Cost.) e delle **ablazioni reali** (ad esempio l'espropriazione)⁵.

La legge, quindi, rappresenta l'imprescindibile presupposto dell'azione amministrativa, che trae dalla prima la legittimazione democratica e consente alla p.a. di emettere

²La seconda parte dell'art. 7 c.p.a. prevede testualmente che «*non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico*».

³Su cui si veda Parte III, sez. II, cap. 4.

⁴Cons. Stato, Commissione speciale, parere 7 aprile 2016, n. 890 (parere espresso sullo schema di decreto legislativo recante norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi).

⁵Si veda sul punto Parte VII.

un provvedimento amministrativo tradizionalmente connotato dalla possibilità di imporsi unilateralmente al privato.

2. Il fondamento normativo

Si discute ancora oggi su quale sia il fondamento normativo del principio di legalità.

Vi è convergenza di vedute nel ritenere che il principio in parola rinviava il suo fondamento nell'art. 97 Cost., secondo cui «*i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*», e negli artt. 24 e 113 Cost. Queste ultime norme, in particolare, sottopongono l'incedere dell'attività amministrativa al sindacato giurisdizionale, che è a sua volta soggetto alla legge; ne deriva che, per essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale, la p.a. deve uniformarsi alla legge.

Da qui l'emersione del principio di legalità.

Da tali argomentazioni si desume la coerenza di quell'orientamento che considera l'attività politica non una vera e propria attività amministrativa, perché non soggetta al sindacato del giudice amministrativo, ma alla democraticità dell'azione: **la sanzione per l'atto politico non condiviso è la non rielezione, la sanzione per l'atto amministrativo illegittimo è l'annullamento (o in casi residuali la nullità).**

I referenti costituzionali del principio di legalità sono, quindi, gli artt. 97, 24 e 113 Cost.

Non può, tuttavia, tralasciarsi di considerare che anche gli artt. 23 e 42 Cost. completino il mosaico delle norme poste a fondamento del principio di legalità nel diritto amministrativo.

L'art. 23 Cost. legittima le **ablazioni personali**, che possono essere ammesse «*solo nei casi previsti dalla legge*»; da qui la conclusione che la p.a. può emanare provvedimenti amministrativi ablativi della persona nei soli casi previsti dalla legge.

Medesima argomentazione vale per le **ablazioni reali**; in relazione al potere espropriativo la Costituzione (art. 42) e il codice civile (art. 834) prevedono che la proprietà privata, pur costituendo uno dei diritti fondamentali, può essere limitata nei casi previsti dalla legge.

L'art. 1 I co. legge 8 agosto 1990, n. 241, sin dalla sua prima formulazione, ha enunciato il principio che l'attività amministrativa *persegue i fini determinati dalla legge*; il successivo comma I *ter* estende poi tale principio, ma non solo, *ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative*. La norma, poi, precisa che l'azione amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e trasparenza, di non aggravamento del procedimento, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario, cui da ultimo si è aggiunto il significativo riferimento ai **principi della collaborazione e della buona fede cui devono essere improntati i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione** ai sensi del nuovo comma II *bis* aggiunto al citato art. 1 l. n. 241/1990 dall'art. 12 I co. lett. 0a) legge 11 settembre 2020, n. 120. Si tratta di quelli che la rubrica del citato art. 1 definisce *i principi generali dell'ordinamento* e che pongono all'interprete il quesito sulla tenuta del principio di legalità.

Nel novero dei principi generali entra a pieno titolo anche il principio di affidamento del privato. L'art. 21 *nonies*, come novellato dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, rappre-

senta, come affermato dalla Commissione Speciale insediata presso il Consiglio di Stato⁶, un ‘nuovo paradigma’ nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni.

La legge n. 124/2015, con la novella all’art. 21 *nonies* legge n. 241/1990, ha introdotto «una nuova “regola generale” che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile l’assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l’affidamento». Una regola, secondo l’organo consultivo del Consiglio di Stato, «speculare – nella *ratio* e negli effetti – a quella dell’inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest’ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l’inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell’Amministrazione, con un termine nove volte più breve)».

La lunga elencazione di principi generali cui è sottoposta l’azione amministrativa rende lecito il quesito sull’attuale portata del principio di legalità; se la previa previsione legislativa serve a garantire il cittadino dal potere pubblico, il richiamo a principi generali ad ampio spettro rischia di snaturare la portata del presidio di garanzia.

3. Il principio di legalità nel diritto amministrativo: uno sguardo alle altre branche del diritto

Per cogliere l’intima essenza del principio di legalità nel diritto amministrativo può essere utile, a tal fine, volgere uno sguardo al diritto civile e al diritto penale, che dialogano diversamente con il principio di legalità.

Il principio di legalità nel diritto civile

In **diritto civile** il principio di legalità risulta *sfumato*, nel senso che nel diritto dei privati l’autonomia negoziale riconosce alle parti ampio spazio al punto da consentirle di predisporre contratti anche nelle ipotesi non previste espressamente dalla legge.

Tale potere è riconosciuto perché nel diritto civile la condizione affinché si possano creare ipotesi che il legislatore non ha ideato è che si tratti di **diritti disponibili** delle parti, diritti sui quali lo Stato non ha interesse ad intervenire se non per un **controllo di meritevolezza esterno**.

Tant’è che quando anche il diritto privato supera i propri confini per tangere settori pan-pubblicistici, l’autonomia privata inizia ad essere contratta, limitata e riemerge, sia pur timidamente, un principio di legalità di garanzia delle parti e non solo.

Principio di legalità nel diritto penale

Nel **diritto penale**, che è, comunque, un diritto di matrice pubblicistica, il principio di legalità, previsto dagli artt. 1 c.p. e 25 Cost., mostra delle somiglianze con il principio di legalità nel diritto amministrativo, perché assume una chiara e indiscussa funzione di garanzia per il cittadino. Nel diritto penale, la garanzia, che fa da sfondo al principio di legalità, è duplice perché è garanzia dall’arbitrio legislativo, ma tutela anche dall’arbitrio del giudice penale. Per evitare di attribuire eccessiva discrezionalità al giudice penale, il principio di legalità viene affiancato dai principi di tassatività e determinatezza, o anche di precisione⁷.

⁶ Cons. Stato, Commissione speciale, parere 30 marzo 2016, n. 839, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷ Cfr. M. SANTISE-F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2021.

Nel **diritto amministrativo**, il principio di legalità è irrinunciabile quanto nel diritto penale, perché fornisce un presidio di garanzia nei confronti di un'**attività unilaterale a carattere autoritativo**, che, quindi, si impone alle parti e deve, pertanto, essere necessariamente predeterminata dal legislatore.

In tale ambito emerge l'esigenza sottesa al principio di legalità di creare un presidio contro l'incedere, talvolta inesorabile, della p.a., che sfocia in un provvedimento amministrativo, connotato tendenzialmente dalla caratteristica dell'autoritatività⁸ ed esecutorietà⁹.

Non possono, tuttavia, essere adottate supinamente le categorie delle altre branche dell'ordinamento, perché il diritto amministrativo mantiene pur sempre una sua specificità.

La legge nel diritto amministrativo è sempre a carattere imperativo, come ha recentemente chiarito il Consiglio di Stato, non esistendo in tale ambito norme a carattere dispositivo. L'ambito della discrezionalità della p.a. è, infatti, ben definita dai limiti posti dalle norme pubblicistiche, ai «*quali il pubblico potere non può derogare, neppure nel perseguimento di un interesse generale, poiché il fondamento e il limite di quel potere sta tutto e solo nella previsione della legge*» che, nell'attribuire il potere, lascia alla p.a. la possibilità di curare quell'interesse, in concreto, nei rigidi ed invalicabili limiti, però, da essa prefissati.

Sbiadisce e perde di senso, dunque, la distinzione tra norme imperative e norme dispositive, propria del diritto privato, quando essa venga trasposta, per un *malinteso senso delle simmetrie giuridiche o per un'artificiosa* reductio ad unitatem dell'intero sistema giuridico, nel diritto amministrativo, dove la violazione della legge è in linea di principio, fatte salve alcune limitate, recenti (e assai dibattute) eccezioni come quelle dei c.d. vizi non invalidanti (art. 21 *octies* II co. legge n. 241/1990), ragione di annullabilità dell'atto¹⁰.

3.1. Che tipo di principio di legalità è accolto nel diritto amministrativo?

Esposto il fondamento del principio di legalità, emerge, tuttavia, una divaricazione di pensiero su cosa si debba intendere in concreto per principio di legalità nello specifico ambito del diritto amministrativo.

Sullo sfondo si delineano i limiti all'attività della p.a. e il relativo sindacato del giudice amministrativo: al di là delle ipotesi di giurisdizione estesa al merito (art. 134 c.p.a.), il sindacato del giudice amministrativo è un sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa.

Si contendono il campo tre orientamenti.

Un primo orientamento ritiene che il principio di legalità consenta all'**Amministrazione di fare ciò che non le sia impedito espressamente dalla legge**.

⁸ L'autoritatività è un attributo dell'unilateralità del provvedimento; di un provvedimento non condiviso ma imposto al privato. La Corte costituzionale, con la nota sentenza 6 luglio 2004, n. 204, ha chiarito che la condizione imprescindibile per radicare la giurisdizione del g.a., anche esclusiva, è l'autoritarità del provvedimento, in mancanza la giurisdizione sarà devoluta al g.o.

⁹ L'esecutorietà caratterizza il provvedimento amministrativo che può essere portato ad esecuzione senza la necessità dell'intervento del giudice. La p.a., quindi, può agire direttamente in via esecutiva nei casi previsti dalla legge (art. 21 *ter* legge n. 241/1990).

¹⁰ Cons. Stato, sentenza 2 settembre 2013, n. 4364.

Concezione liberale

È un limite “esterno”¹¹ che scatta quando l’atto amministrativo è contrario alla legge. Si tratta di una **concezione liberale**, per alcuni poco garantista, che tende al perseguimento dell’obiettivo pubblico in modo però **funzionale ed efficiente** e in cui il principio di legalità si pone come limite solo negativo all’azione amministrativa.

Concezione formale

Un secondo orientamento ritiene che nel diritto amministrativo ci sia un principio di **legalità formale** (c.d. **teoria della conformità formale**).

È il principio in base al quale all’Amministrazione è **consentito solo ciò che è autorizzato**, mentre è solo al **privato che è consentito tutto ciò che non è vietato dalla legge** (come prevede l’art. 1322 c.c.). Tale impostazione delinea, quindi, in capo alla p.a. un limite di carattere positivo, essendo consentito alla p.a. solo quanto è espressamente previsto dalla legge. Tale concezione, tuttavia, si limita a verificare se formalmente il provvedimento è autorizzato dalla legge, senza indagare l’intima corrispondenza del provvedimento alla legge.

Concezione sostanziale

Da queste critiche muove la terza ricostruzione c.d. del **principio di conformità sostanziale**, detto anche principio di legalità sostanziale, in forza del quale ogni provvedimento amministrativo non deve essere semplicemente autorizzato dalla legge, ma deve essere conforme all’intima *ratio* ispiratrice della norma. La legge, quindi, oltre ad attribuire il potere, deve determinare i confini dello stesso ed individuare con sufficiente precisione l’autorità competente, i destinatari dell’atto, il tipo di potere (discrezionale o vincolato) ed il risultato da raggiungere.

Sembra questa la versione più attuale del moderno principio di legalità. Non basta il mero presidio formale, costituito dall’intervento legislativo, che spesso può rivelarsi un vuoto contenitore; occorre necessariamente la sufficiente indicazione di quelli che, non a caso, l’art. 21 *septies* legge n. 241/1990, in tema di nullità del provvedimento amministrativo, definisce gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo (si rinvia sul punto alla Parte III, cap. 11).

Corte cost., 7 aprile 2011, n. 115

La stessa Corte costituzionale, con **sentenza 7 aprile 2011, n. 115**, ha evidenziato l’imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativo venga osservato il *principio di legalità sostanziale*, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l’assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge ad una autorità amministrativa, che produce l’effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto od organo investito della funzione. Non è sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell’azione amministrativa.

In quest’ottica, specie in passato, ci si è interrogati sul se il rispetto della legge comprendesse anche il rispetto di **regole di equità**. Il dibattito, che ricorda quello attualissimo che si sta consumando nel diritto civile¹², ha trovato in Francia taluni interpreti

¹¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1999.

¹² Sia consentito il richiamo a M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., p. 479 ss.

che hanno ritenuto l'*équité* come un principio di *super-legalità* tale da dover essere ricompreso nella Costituzione e capace, quindi, di condurre all'annullamento del provvedimento con esso contrastante.

Anche in Gran Bretagna, si evidenziava come la legge potesse ricomprendere qualcosa in più del mero rispetto formale¹³.

Nel nostro ordinamento, non si può parlare dell'equità come un principio di super-legalità, quasi a evocare uno *ius gentium*, perché ci sarebbe il rischio di confondere le regole di legalità con le regole sociali o appartenenti alla moralità che, al più, possono rientrare nel merito amministrativo e, quindi, sfuggono al controllo del giudice amministrativo, salvo i casi espressamente previsti (art. 134 c.p.a.).

Principio di legalità ed equità

Non può, tuttavia, essere negato qualunque ruolo all'equità nel diritto amministrativo, se solo si pensa alla figura sintomatica del vizio di eccesso di potere, costituita dall'irragionevole disparità di trattamento o se si pone mente al carattere dirompente dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità (su cui vedi Parte VI, cap. 8), nonché al principio di imparzialità, richiamato dall'art. 97 Cost.

3.2. Le ricadute applicative del principio di legalità: la tipicità dei provvedimenti amministrativi e le ordinanze libere

Dal principio di legalità derivano importanti **corollari applicativi**.

In particolare, **non esistono provvedimenti amministrativi atipici**. I provvedimenti amministrativi sono **tutti tipici**, perché sono frutto di un potere attribuito dal legislatore al fine di perseguire un risultato prestabilito a monte.

Provvedimenti tipici

Non è un caso che il principio di tipicità del provvedimento amministrativo soffra di un'eccezione rappresentata dalle **ordinanze extra ordinem**, che hanno come caratteristica quella di essere previste dal legislatore solo con riguardo all'attribuzione del potere (e quindi sono, comunque, nominate), ma di essere **libere nei contenuti** (e per questo si definiscono anche *ordinanze libere*) e hanno la capacità di derogare alle norme vigenti, purché siano comunque rispettati i principi generali dell'ordinamento.

Ordinanze extra ordinem

Non si tratta, infatti, di una vera e propria abrogazione, ma solo di una deroga temporanea delle fonti primarie, in armonia con il principio – pacifico, perché implicato dall'extra-ordinarietà – della limitatezza dello *spatium temporis* della loro applicazione.

Infatti “le fonti del diritto emergenziale non si limitano a sospendere per un periodo di tempo determinato l'efficacia di una o più norme anteriori, ma – per quel periodo di tempo – disciplinano certe fattispecie in modo diverso da quelle, eppure non producono i medesimi effetti della deroga in senso proprio, che, caratterizzata dalla definitività, non è altro che una forma di abrogazione parziale”¹⁴.

¹³ Per un esame del problema, cfr. A. POLICE, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, III ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 190 ss.

¹⁴ Sul punto, P. SORRENTINO, *Emergenza, salus publica e Costituzione*, in G. CHIESI-M. SANTISE, *Diritto e Covid-19*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 439.

La Costituzione non detta una disciplina esplicita sul punto, non prevede un **diritto speciale dell'emergenza** (a differenza delle Costituzioni francese, spagnola o ungherese), limitandosi a prevedere la decretazione d'urgenza (decreti legge, art. 77 Cost.), la Stato di Guerra (78) e il potere sostitutivo dello Stato ai sensi dell'art. 120 II co. Cost.¹⁵.

La Costituzione prevede, però, dei **controlimiti**: in particolare, dall'art. 2 si desume che ogni provvedimento limitativo di un diritto costituzionalmente rilevante non può mai sacrificare la dignità umana. Il sacrificio richiesto deve essere **proporzionato** alla necessità e all'urgenza.

Necessità, proporzionalità, bilanciamento, giustiziabilità e temporaneità sono i criteri da seguire in ogni tempo affinché possa attuarsi la tutela sistemica e non frazionata dei diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione.

Le ordinanze libere vanno però distinte dalle ordinanze necessitate previste dalla legge (es. l'ordinanza di demolizione di un edificio pericolante) che sono normalmente sottoposte alle ordinarie regole del provvedimento e del procedimento amministrativo.

Diverso invece è il potere di ordinanza attribuito dalla legge ad una autorità che così sarà legittimata ad intervenire in occasione di eventi imprevisi.

La Corte costituzionale ha rilevato che le ordinanze libere sono provvedimenti irrinunciabili in uno stato di diritto. Non semplicemente ammessi, ma **necessari**, perché toccano aspetti che il legislatore non può disciplinare in profondità e che, quindi, devolve al giudizio discrezionale della p.a. Sono provvedimenti ammessi solo nei casi di **necessità ed urgenza**, in cui qualunque altro provvedimento amministrativo non sarebbe idoneo a perseguire l'interesse pubblico. Sono ordinanze che non possono essere compiutamente definite in tutti i loro aspetti, perché regolano *situazioni emergenziali, eccezionali*, che per definizione non possono essere predeterminate.

Sono ammesse perché riguardano ambiti, settori, in cui il principio di legalità, nella sua astrattezza e generalità, non può predeterminare gli infiniti casi in cui la p.a. deve urgentemente intervenire.

La rilevanza del risultato

Si sposta l'attenzione dall'attribuzione del potere al risultato da raggiungere.

Non si guarda, quindi, alla **fonte** del potere, ma al **risultato** da perseguire. La Corte costituzionale ritiene che questo tipo di ordinanze sia ammesso solo nei casi di necessità e di urgenza, perché, non potendo essere previste solo **in questi casi non c'è violazione del principio di legalità**. Non sono provvedimenti che, quindi, possono essere previsti puntualmente in tutta la loro estensione dalla legge.

Deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di potere di ordinanza, sono consentite solo se "temporalmente delimitate" e, comunque, nei limiti della "concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare"¹⁶.

Ordinanze sindacali

Anche la giurisprudenza amministrativa, che si è pronunciata sulla legittimità di tali provvedimenti e, in particolare, con riguardo alle

¹⁵ Mortati, ad esempio, riteneva che lo stato di necessità rappresentasse una fonte del diritto, capace di giustificare l'alterazione delle competenze e la deroga alla legge. All'epoca dello Statuto albertino si ritenne per prassi che rientrasse nel potere regio emanare ordinanze anche in deroga alle norme vigenti, cfr., M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2019.

¹⁶ *Ex plurimis*, Corte cost., sentenze n. 127/1995, 418/1992, 32/1991, 617/1987, 8/1956.

ordinanze sindacali¹⁷, ha chiarito che il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili ed urgenti presuppone, oltre all'esistenza ed indicazione, nel provvedimento gravato, di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso ove la p.a. non intervenga prontamente, anche la necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di carattere eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile fare fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall'ordinamento¹⁸.

Non può, tuttavia, negarsi che anche il carattere della tipicità del provvedimento sia soggetto a profonda rivisitazione. Al di là delle ordinanze necessitate, emerge nel sistema complessivo una tensione sempre più pronunciata verso l'utilizzo da parte dell'Amministrazione di modelli deformalizzati, atipici, caratteristici del diritto privato. L'espandersi della funzione di regolazione, l'utilizzo di modelli atipici di definizione dei procedimenti amministrativi, l'ingresso di soggetti privati per perseguire il pubblico interesse e l'utilizzo di moduli privatistici, peraltro, favoriti dalla legge (art. 1 *I ter* co. legge n. 241/1990), dimostrano come anche il connotato della tipicità del provvedimento sia in chiara evoluzione.

Dubbia è peraltro la natura di tale ordinanze, prevalendo la teoria della natura amministrativa, rispetto a quella normativa, difettando in essere l'includibile carattere dell'innovatività stabile dell'ordinamento che rappresenta la caratteristica essenziale delle fonti normative.

In un momento storico in cui il diritto amministrativo dialoga sempre più prepotentemente con il diritto privato, al punto da condurre un autorevole studioso a parlare del diritto amministrativo come di un *diritto meticcio*¹⁹, frutto di *un'unione turbolenta* tra diritto privato e diritto amministrativo che *costringe a riflettere sulla solidità delle più elementari strumenti di lavoro del giurista*²⁰. In quest'ottica è, comunque, arduo continuare a parlare di una tipicità del provvedimento amministrativo a tutto tondo, ma è necessario riflettere su tale aspetto nell'ottica dell'evoluzione del diritto amministrativo appena segnalata.

¹⁷ Di seguito si indicano esempi di ordinanze di necessità e urgenza: le ordinanze che il Prefetto può adottare per la tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza pubblica (art. 2 T.U.L.P.S.); le ordinanze contingibili ed urgenti in caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica a carattere esclusivamente locale di competenza del Sindaco (art. 50 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 recante il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali); le ordinanze contingibili ed urgenti adottate dal Sindaco in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti (art. 50 d.lgs. n. 267/2000); i provvedimenti contingibili e urgenti che il Sindaco, quale ufficiale del Governo, adotta al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana (art. 54 d.lgs. n. 267/2000); ordinanze di carattere contingibile ed urgente in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria del ministro della salute (art. 32 legge 23 dicembre 1978, n. 833); le ordinanze in materia di protezione civile "in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e secondo i criteri indicati nel decreto di dichiarazione dello stato di emergenza" (art. 5 legge 24 febbraio 1992, n. 225).

¹⁸ *Ex plurimis*, T.a.r. per il Piemonte, Torino, sez. II, 18 gennaio 2013, n. 50.

¹⁹ L'espressione è di S. CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 886.

²⁰ Le parole in corsivo sono tratte da S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo, De-costruire concetti per ordinare frammenti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 5.

Esecutorietà

Altro corollario del principio di legalità è l'**esecutorietà** del provvedimento amministrativo. L'art. 21 *ter* legge n. 241/1990 precisa che il **provvedimento amministrativo ha carattere di esecutorietà solo nei casi previsti dalla legge**. La norma è in linea con l'art. 23 Cost.: se nessuna restrizione della persona (si intende anche da un punto di vista economico) è ammessa se non quando sia prevista dalla legge, è evidente che il provvedimento può essere automaticamente esecutivo solo nei soli casi previsti dalla legge. Anche l'esecutorietà, quindi, non può essere considerata una caratteristica generale del provvedimento amministrativo, dovendo essere prevista solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge²¹.

Il principio di tipicità, come anche quello di legalità che vedremo a breve, è, tuttavia, in crisi o, comunque, deve essere inteso in senso meno rigido rispetto al passato, alla luce dell'implementazione delle ipotesi di contrattazione del provvedimento amministrativo, come emerge dall'art. 11 legge n. 241/1990, che non richiede più la tipicità degli accordi sostitutivi dei provvedimenti (si veda sul punto Parte III, cap. 9).

3.3. L'atipicità dei comportamenti mediatamente collegati al provvedimento amministrativo

Comportamenti atipici

Se il provvedimento amministrativo è tipico, non può dirsi lo stesso per i comportamenti collegati mediatamente al potere pubblico, che, ai sensi dell'art. 7 I co. c.p.a., radicano la giurisdizione esclusiva del g.a. I comportamenti tenuti dalla p.a. sono, infatti, per loro natura atipici, ma consentono, comunque, di radicare la giurisdizione del giudice amministrativo, allorché sussista quel collegamento, almeno mediato, con il potere pubblico autoritativo.

Sul punto, tuttavia, è intervenuta la **Cass., sez. un. civ., 3 febbraio 2016, n. 2052**, la quale ha evidenziato che l'art. 7 I co. c.p.a. esige che il comportamento sia riconducibile all'esercizio di un potere amministrativo; si tratta di una relazione che non può essere intesa come se si trattasse di una mera occasionalità della tenuta del comportamento rispetto all'esercizio del potere, giacché ciò che è occasionale è certamente spiegabile sul piano deterministico come giustificato da qualcosa d'altro, ma per ciò solo, almeno secondo un lessico normativo, non può dirsi riconducibile ad esso. Il legislatore, nel determinare la nozione di comportamento, non ha accolto un criterio meramente finalistico, basato sulla mera occasionalità, ma parlando di riconducibilità al potere ha richiesto che il comportamento presenti oggettivamente un collegamento con l'esercizio del potere, costituisca, dunque, una manifestazione del potere, ancorché da verificare esistente.

Il potere di cui parla il I co. del citato art. 7 va individuato in una previsione di legge o almeno giustificata da una previsione della legge.

È palese, secondo la Corte, che le forme di manifestazione dell'esercizio del potere dell'amministrazione (o di chi per essa) sono dunque identificate da quanto la norma direttamente od indirettamente prevede che essa possa fare autoritativamente e da quanto l'attribuzione del potere giustifica, perché questo sottende il potere. Lo stesso riferimento agli accordi nel I co., art. 7 sottende, com'è noto, che essi siano sostanzialmente sostitutivi dell'esercizio di ciò che l'amministrazione potrebbe fare autoritativamente.

²¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 584.

Il punto di riferimento per stabilire ciò che è esercizio del potere è dunque la norma di previsione del potere asseritamente esercitato e ciò che essa consente come manifestazione dell'esercizio del potere, fermo restando che sia la verifica dell'esistenza della stessa norma astratta giustificativa del potere sia quella della sua concreta applicabilità competono al giudice amministrativo.

Anche il comportamento dell'amministrazione o di chi per essa allora, se deve essere riconducibile all'esercizio del potere, non sfugge alla stessa regola e, pertanto, esso può dirsi riconducibile a detto esercizio solo se appare tale in base alla previsione normativa di attribuzione del potere asseritamente esercitato.

La norma descrive innanzitutto l'agire dell'amministrazione riguardo ad un certo oggetto. Tale esercizio si concreta nel provvedimento che a tale oggetto si riferisce e che in relazione ad esso dispone e stabilisce il risultato che si deve raggiungere. Per raggiungere tale risultato sono necessari una serie di atti dell'amministrazione e di norma operazioni materiali, cioè comportamenti (si veda, *amplius*, il dibattito riportato al cap. IV, Parte VI).

4. Il principio di legalità e la presunta *dequotazione* ad opera dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990

È stato rilevato che il principio di legalità è in crisi, sotto il profilo del primato della legge, attesa la prevalenza delle fonti comunitarie e l'accrescimento delle fonti di formazione secondaria, nonché per l'elaborazione di principi e regole che la giurisprudenza amministrativa sta sviluppando in relazione all'attività amministrativa. Si pensi, ad esempio, ai principi di proporzionalità e di ragionevolezza o, per fare un esempio più recente, alle linee guida Anac (su cui si veda il § 9).

21 *octies*

In questo contesto si colloca anche l'art. 21 *octies* II co. legge n. 241/1990, che espressamente prevede la non annullabilità del provvedimento amministrativo in caso di vizi che attengono alla forma o al procedimento, qualora il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato²²; in tali ipotesi l'art. 21 *nonies* esclude che il provvedimento possa essere annullato d'ufficio.

In sostanza, qualora emerga dalla vicenda concretamente sottoposta al giudice, che l'atto impugnato, adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, non sarà possibile procedere al suo annullamento.

È aperto il dibattito teso a definire l'ambito di applicazione della norma e se la stessa sia applicabile anche in caso di attività discrezionale.

Al di là della concreta declinazione della norma²³ resta dubbio, tuttavia, cogliere il riflesso della stessa sul principio di legalità.

²² L'art. 21 *octies* legge n. 241/1990 prevede che non è annullabile il 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 dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

²³ Su cui si veda la Parte III, sez. 1, cap. 1.

In altri termini, bisogna capire se la norma in parola abbia svilito, dequotato, il principio di legalità, almeno in relazione alle norme che prescrivono regole sul procedimento o sulla forma degli atti o, invece, si collochi in un'ottica diversa da quella sostanziale, ma più vicina a quella processuale.

La risoluzione del dubbio ermeneutico passa attraverso la lettura che si fornisce dell'art. 21 *octies* II co. legge n. 241/1990.

Teoria
sostanzialistica

Sul punto si registrano due impostazioni ermeneutiche: secondo alcuni la norma avrebbe natura sostanziale e, quindi, l'inciso «*non è annullabile*», che apre il II co. dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990, vorrebbe dire che il provvedimento, in presenza delle condizioni indicate, *da illegittimo diverrebbe legittimo* e, quindi, vi sarebbe un **declassamento dei vizi di forma e procedurali** che non sarebbero più vizi di illegittimità dell'atto. Quest'ultimo, in altri termini, subirebbe una sorta di **sanatoria legale**, in quanto da illegittimo per violazione di legge (ancorché sul procedimento e sulla forma) si trasformerebbe in atto legittimo a tutti gli effetti.

Sembra sposare questa tesi chi sostiene che l'art. 21 *octies* II co. abbia fatto emergere *norme derogabili nel diritto pubblico*²⁴.

Teoria
processualistica

L'altro orientamento ritiene, invece, che l'art. 21 *octies* sia norma a carattere processuale. L'inciso «*non è annullabile*» non vorrebbe dire che l'atto è legittimo, perché *il vizio di forma non sarebbe meno grave di quello di sostanza*.

L'atto sarebbe illegittimo, ma la domanda sarebbe inammissibile per **carezza dell'interesse ad agire**, perché nessun bisogno di tutela potrebbe sorgere dall'impugnazione di un provvedimento, sia pur illegittimo, che non avrebbe altre alternative concrete.

Dalle due diverse accezioni dell'art. 21 *octies* II co., passa il modo di essere oggi del principio di legalità.

Accedendo alla prima ricostruzione (di matrice sostanziale) il principio di legalità viene svilito, mortificato, “annientato”, in quanto non sarebbe più necessario seguire le regole di forma o di procedimento se il provvedimento non possa essere diverso da quello in concreto adottato.

Aderendo, invece, alla ricostruzione processualistica, il principio di legalità conserverebbe intatta la sua rilevanza, perché il legislatore avrebbe voluto dire che l'annullamento di un provvedimento è inutile qualora l'esito non possa essere diverso. Soluzione che, quindi, si spiega in una logica processualistica e non incide sul modo di essere del principio di legalità.

La rilevanza del principio di legalità, che non può essere diversamente declinato in relazione alle norme sul procedimento e sulla forma, **impone di seguire la seconda soluzione** e, quindi, di scartare l'idea che ci sia stato, in relazione a tali tipo di norme, uno slittamento dall'area dell'annullabilità a quello della mera irregolarità²⁵.

²⁴ S. VINTI, *op. cit.*, p. 15. L'A. prospetta un paragone nel diritto privato, in cui vi è un'espansione del fenomeno delle *norme inderogabili nel diritto privato*. Il richiamo è naturalmente, ma non solo, a tutte la disciplina speciale, spesso di derivazione comunitaria, di protezione del soggetto debole, come, ad esempio, la disciplina in tema di protezione del consumatore.

²⁵ Ancora S. VINTI, *op. cit.*, p. 15, che ritiene le norme di legge sul procedimento e sulla forma dotate di un grado precettività meno intenso e non assimilabile a quello delle norme imperative.

Non è un caso, del resto, che la lettura maggiormente seguita dalla recente giurisprudenza sia nel senso di ritenere la non annullabilità del provvedimento amministrativo **non una sanatoria legale**, che trasforma un provvedimento illegittimo in provvedimento legittimo e intoccabile, ma una pronuncia di ordine processuale che evidenzia l'inutilità della caducazione del provvedimento amministrativo che, comunque, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato²⁶.

Non si tratta, quindi, di svilire e mortificare il principio di legalità, che mantiene la sua essenza, anche quanto detta regole di carattere formale e procedimentale (**che spesso sono di sostanza e non di mera forma**), ma più semplicemente prendere atto che è inutile annullare un provvedimento laddove il vizio di forma o del procedimento non abbia inciso sulla giustizia sostanziale del provvedimento.

È questa, peraltro, la ragione che consiglia di non applicare la norma ai casi in cui il provvedimento sia discrezionale: in tali ipotesi non è possibile capire se il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato e, quindi, se il vizio di forma e di procedimento abbia alterato la giustizia sostanziale del provvedimento medesimo.

Accogliendo questa ricostruzione deriva, quindi, che il 21 *octies* II co. non rappresenta una deroga al principio di legalità, ma una sua conferma.

5. Il principio di legalità e i suoi corollari. Rinvio

Al principio di legalità si affiancano una serie di principi che cercano di meglio calibrare l'azione amministrativa: il principio di **proporzionalità** e di **ragionevolezza**.

Il principio di **proporzionalità** consiste nel rispetto dell'equilibrio tra gli obiettivi perseguiti ed i mezzi utilizzati; esso limita nella misura più ridotta possibile gli effetti che possono prodursi sulla sfera giuridica dei destinatari di un provvedimento amministrativo.

In questo senso l'obiettivo dell'Amministrazione deve essere quello di addivenire ad una composizione degli interessi in gioco che, attraverso un sacrificio bilanciato degli interessi diversi dall'interesse pubblico primario, si riveli, appunto, come proporzionata.

La ragionevolezza è un predicato ulteriore del principio di legalità: «**la proporzionalità riguarda la quantità del potere esercitato, la ragionevolezza la qualità della scelta**». La proporzionalità riguarda l'intensità, la ragionevolezza riguarda la qualità della scelta di esercitare il potere. La ragionevolezza viene prima della proporzionalità, la ragionevolezza guarda al tipo di mezzo scelto, la proporzionalità alla quantità dell'impiego di quel mezzo. Entrambi i predicati devono essere presenti.

Sul punto si rinvia alla Parte I, cap. 3.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3416 ha precisato che l'art. 21 *octies* II co. legge n. 241/1990 è applicabile in astratto, *ratione temporis*, anche alle controversie pendenti stante la natura processuale della norma.

6. L'autonomia negoziale della p.a. e la capacità di stipulare contratti atipici

Si discute se i principi di legalità e tipicità dell'azione amministrativa debbano estendersi anche all'attività contrattuale della p.a. e, in particolare, se quest'ultima possa stipulare contratti atipici.

Tradizionalmente vi è stata una netta chiusura verso questa possibilità, perché si vedeva con sospetto il potere della p.a. di stipulare contratti atipici, non controllabili come quelli tipici.

Ecco perché la teoria tradizionale in omaggio ad un principio di legalità formale (inteso come limite positivo) riteneva che l'autonomia contrattuale della p.a. potesse esplicarsi solo in relazione a ciò che era previsto dal legislatore e, quindi, a contratti tipici.

Se il principio di legalità consente alla p.a. solo ciò che è previsto dalla legge, alla p.a. è preclusa la possibilità di stipulare contratti atipici, non rinvenendosi una norma che la legittimi a tanto e non potendo applicarsi alla stessa l'art. 1322 II co. c.c., norma nata per controllare l'attività dei privati.

Altra ricostruzione ha, invece, distinto tipicità dell'azione amministrativa e tipicità contrattuale. La prima affonda le radici nel principio di legalità, inteso nella sua concezione di garanzia e si giustifica in relazione all'attività autoritativa della p.a.; l'altra, invece, rappresenta solo uno schema legislativo di regole predeterminate in relazione a determinati contratti. La *ratio* della tipicità contrattuale è di colmare le lacune contrattuali laddove le parti non abbiano stabilito tutte le condizioni contrattuali o di fissare un nucleo inderogabile di regole contrattuali.

Quest'ultima ricostruzione ritiene, quindi, che la tipicità amministrativa non si applichi all'autonomia contrattuale delle parti.

Tanto sembra essere confermato anche dall'art. 1 I *bis* co. legge n. 241/1990 che stabilisce l'applicazione delle regole del diritto privato all'attività non autoritativa della p.a., salvo diversa disciplina legislativa.

Quando si discorre di contratti stipulati dalla p.a. e dell'autonomia negoziale della p.a. si parla tendenzialmente di attività non autoritativa: il contratto si fonda sulla logica del consenso, dell'accordo, diversamente dal provvedimento amministrativo che si impone al destinatario e si caratterizza per l'unilateralità dell'imposizione. Ciò non esclude che ci siano provvedimenti concordati (cfr. art. 11 legge n. 241/1990) o contratti in cui permangono momenti che possono essere considerati espressione del carattere autoritativo dell'azione amministrativa (si pensi allo *ius variandi* o al potere di recesso contemplati dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rispettivamente agli artt. 106 e 109).

Anche quando stipula contratti, però, la p.a. non lo fa mai, né potrebbe farlo, per fini egoistici, ma necessariamente *per perseguire i fini determinati dalla legge* (cfr., art. 1 I co. legge n. 241/1990).

Da qui la questione problematica sulla possibilità per la p.a. di stipulare contratti atipici, che non sono previsti espressamente dalla legge.

Si potrebbe, infatti, sostenere che il principio di legalità consentirebbe alla p.a. solo di stipulare i contratti espressamente previsti dalla legge; ne resterebbero fuori quelli non previsti dalla legge, che, per definizione, sarebbero meno controllabili.