

**NUOVI PROBLEMI DI AMMINISTRAZIONE PUBBLICA**

*Studi diretti da*  
**Franco Gaetano Scoca**

— **FRANCESCA PUBUSA** —

**La rilevanza della  
funzione amministrativa  
sui contratti pubblici**



**G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO**

## Introduzione

Questo lavoro si propone di affrontare lo studio dei contratti pubblici nell'ottica della funzione amministrativa, concentrando l'analisi sull'interesse pubblico sotteso a ciascuna fattispecie, con l'intento di indagare se e in che modo esso influisca sull'operazione contrattuale, dalla genesi all'estinzione, fisiologica o patologica.

L'interesse verso questa prospettiva di analisi è suscitato da una serie di riflessioni intorno alla tradizionale ricostruzione del contratto dell'amministrazione come contratto privato *tout court*.

Essa è volta ad assicurare la parità delle parti e, in particolare, presupponendo che l'amministrazione sia il contraente forte, ad evitare la riproduzione nel rapporto contrattuale delle dinamiche di quello pubblicistico, cioè la supremazia nei confronti del privato.

Poiché, però, grazie alla Costituzione, alla nota evoluzione della disciplina procedimentale e processuale, alla concezione dell'interesse legittimo e dell'eccesso di potere, nel rapporto pubblicistico ormai non si dà più una posizione di supremazia della parte pubblica, è a nostro parere necessario domandarsi come la qualificazione del contratto dell'amministrazione quale contratto privato si inserisca in tale assetto.

Questa ricostruzione, inoltre, avendo la sua matrice nel presupposto della maggior forza dell'amministrazione e nell'esigenza di tutela della parte privata, si traduce in un regime tendente verso quest'ultima, sia per la direzione della protezione, sia per la tipologia dei relativi strumenti.

Ma, grazie all'evoluzione ricordata poco sopra, è da tempo superata la concezione dell'interesse pubblico come interesse del sovrano, ed è pacifica la sua appartenenza alla cittadinanza, che l'amministrazione è chiamata a servire. Perciò quest'ultima è assoggettata al principio di legalità e al vincolo di funzionalizzazione: non può auto-attribuirsi alcun potere, prerogativa o scopo, essendo solo la legge a determinare la consistenza dell'interesse pubblico, in termini generali, nonché gli strumenti per perseguirlo. All'amministrazione spetta di utilizzarli nel solco e al fine fissato in sede legislativa, definendo l'atteggiarsi di quell'interesse nella vicenda di specie, ponderandolo con tutti gli altri interessi in essa coinvolti. La ponderazione discrezionale è la più chiara concretizzazione di come e quanto, nel rapporto pubblicistico, la supremazia dell'interesse pub-

blico su quello del privato sia stata superata: in caso di controversia sul provvedimento, oggetto di particolare attenzione è proprio l'esercizio della discrezionalità, dal cui studio sono state non a caso enucleate le più importanti anomalie dell'agire amministrativo.

È allora doveroso, a nostro parere, interrogarsi sulla compatibilità di un regime – quello del provvedimento – che impone la considerazione dell'interesse privato e la sua ponderazione con l'interesse pubblico, allo scopo di individuare la soluzione più ragionevole, proporzionata e adeguata possibile – con un regime – quello del contratto dell'amministrazione – che presuppone la superiorità dell'interesse pubblico e che, quindi, è strutturato tendenzialmente a protezione dell'interesse privato.

Non si tratta di una questione puramente teorica – e, se anche lo fosse, non per questo sarebbe meno importante: alla luce della Costituzione, infatti, perseguire e curare l'interesse pubblico significa tutelare la collettività che ne è titolare.

La scorrettezza dell'agire amministrativo non danneggia soltanto gli interessi privati direttamente o mediamente coinvolti, ma altresì, e spesso prima ancora, l'interesse pubblico istituzionale; anche quando l'azione amministrativa sia vantaggiosa per il privato destinatario, ben potrebbe non esserlo per l'interesse pubblico – la corruzione è una delle declinazioni di questa evenienza. Ed è abbastanza evidente come il danno per l'interesse generale sia estremamente pervasivo e molto più difficile da correggere e rimediare rispetto al pregiudizio per uno o più interessi privati. Anche perché, mentre questi ultimi hanno senz'altro adeguata rappresentatività, in quanto i loro titolari ne sono promotori in tutte le sedi, la collettività titolare dell'interesse generale, nella vicenda contrattuale o provvedimentale, nonché processuale, non ha il medesimo livello ed intensità di rappresentanza.

Emerge allora la natura non propriamente ed unicamente bilaterale di questo contratto, nonché, di conseguenza, la funzione non puramente economico-patrimoniale: il perseguimento dell'interesse pubblico non è vicenda solo economica, ma, a monte e a valle, dalla forte valenza politica.

La scelta del contratto in luogo del provvedimento, della fattispecie contrattuale, del tipo di procedura per l'individuazione del contraente, esprimono infatti l'opzione per un indirizzo piuttosto che un altro in ordine alle modalità con cui soddisfare le esigenze della collettività e con cui impiegare e gestire i beni e le risorse pubbliche.

La valenza politica del contratto dell'amministrazione è un aspetto di estrema importanza già di per sé, in quanto declinazione del vincolo di funzionalizzazione. Ma lo è tanto più nell'attuale momento storico, nel quale al drammatico aumento delle diseguaglianze e allo speculare assottigliamento delle prospettive di istruzione, salute, lavoro, e, più in generale, di dignità dell'esistenza, si accompagna il sistematico e pervicace impoverimento delle risorse umane, economiche e giuridiche dell'amministrazione.

Ci si deve quindi porre un ulteriore quesito, relativo alla compatibilità della

concezione del contratto dell'amministrazione come contratto privato – come vicenda riguardante solo due soggetti, l'amministrazione e l'operatore economico – con la sua necessaria valenza politica e con l'attuale situazione sociale.

\* \* \*

Essendo queste le domande a base della ricerca, di conseguenza sono venute le scelte in ordine al metodo con cui condurla.

In primo luogo, è stato necessario circoscrivere il perimetro dell'analisi. L'ambito dei contratti dell'amministrazione ha un'ampiezza contenutistica e problematica tale da non poter essere affrontata in un'unica trattazione: si è dunque scelto di concentrarsi sui contratti di lavori, servizi e forniture, in quanto l'apposita e compiuta disciplina, sebbene non lineare e di cattiva qualità, costituisce una base abbastanza stabile per lo sviluppo dell'analisi. L'allargamento ad altre fattispecie, pure compiutamente regolate, come i contratti di pubblico impiego, sarebbe stato a nostro parere velleitario, e ancor più voler trattare i contratti esclusi dall'applicazione del d.lgs. n. 50 del 2016.

Lo studio dei contratti per lavori, servizi e forniture è stata a sua volta circoscritta, sempre in ragione dei quesiti di ricerca: si è scelto di esaminare l'attività e non l'organizzazione, e di non soffermarsi su questioni pur estremamente attuali e rilevanti, come la concorrenza e la prevenzione della corruzione. Si tratta infatti, prima che di temi, di prospettive da cui guardare il contratto dell'amministrazione, diverse da quella propria di questa ricerca, seppur non incompatibili, dato che entrambe sono declinazioni dei principi di legalità, di imparzialità e di buon andamento, e dunque anche del principio di funzionalizzazione. Ma la trattazione anche da questi ulteriori due punti di vista avrebbe notevolmente ampliato il terreno della ricerca, già di per sé piuttosto ampio in ragione dei quesiti di partenza.

Infatti, ed in secondo luogo, si è ritenuto di impostare il lavoro con un metodo comparatistico, fra Diritto privato e Diritto amministrativo.

Le categorie privatistiche sono a nostro parere il punto di partenza imprescindibile di un'indagine sul contratto dell'amministrazione: si è dunque cercato, in particolare, di studiarne dapprima le caratteristiche e l'operatività, per poi calarle sul contesto pubblicistico, onde verificare gli esiti dell'incontro con le categorie del Diritto amministrativo ricorrenti nell'azione per contratti. Una trattazione centrata unicamente su queste ultime ci è parsa riduttiva nei contenuti e limitata nelle prospettive: non per una questione di importanza, prevalenza o soccombenza di un contesto rispetto all'alto, ma perché, se il problema è l'esame della ricostruzione del contratto dell'amministrazione come contratto privato, non è possibile affrontarlo sul solo versante amministrativistico.

Anche a questo scopo è stato necessario compiere delle scelte per circoscrivere l'ambito di lavoro, altrimenti troppo ampio per consentire una trattazione almeno accettabile: si è scelto dunque di soffermarsi sugli aspetti e sulle que-

stioni, a nostro parere più significative, riguardanti gli interessi sottesi al contratto. Ovvero la causa, i motivi, la presupposizione, l'interpretazione, la nullità, le sopravvenienze, nonché i problemi relativi alla disparità fra le parti e le modalità di tutela del contraente debole.

In tale prospettiva riveste inoltre interesse il tema dei contratti atipici: in quanto fattispecie non disciplinate e spesso nemmeno nominate al livello legislativo, suscitano interrogativi sul se e come possano essere utilizzate dall'amministrazione, la quale, in ragione del principio di legalità, quando agisce per provvedimenti può ricorrere soltanto a fattispecie nominate e i cui effetti sono stati già definiti dalla legge. Ogni parte della trattazione consta dunque anche di una declinazione rispetto al fenomeno dell'atipicità.

I quesiti e i temi scelti per lo svolgimento dell'indagine hanno infine indotto ad affrontare il problema della giurisdizione e della tutela giurisdizionale: la questione, per la sua complessità, meriterebbe senz'altro uno studio a sé stante; la consapevolezza di questa ampiezza non esime tuttavia dalla riflessione, in quanto si tratta di aspetto strettamente connesso, in un rapporto di reciproca incidenza, al regime sostanziale del contratto. Si dovrà dunque verificare se e in che modo gli approdi dell'indagine su quest'ultimo siano sostenibili nel contesto processuale, e se e in che modo quest'ultimo, e in particolare il regime del riparto, le sue modalità e le forme di tutela siano a loro volta sostenibili alla luce dei primi.

## *Parte I*



## Capitolo Primo

# La formazione del contratto pubblico

SOMMARIO: 1. Attività per provvedimenti e attività consensuale. – 2. L'origine procedimentale di ogni decisione dell'amministrazione. – 3. La scelta dello strumento di soluzione del problema procedimentale. – 4. La matrice procedimentale dei contratti dell'amministrazione. – 5. La determinazione del contenuto del contratto. – 6. L'attività successiva alla determina a contrarre e lo spazio per le trattative. – 7. *Segue*. – 8. La stipulazione del contratto: un'altra fase del procedimento di formazione della volontà pubblicistica. – 9. La scelta del contratto: il contratto atipico come esito della discrezionalità amministrativa.

### 1. Attività per provvedimenti e attività consensuale

Nello svolgimento della sua attività istituzionale di perseguimento e cura dell'interesse pubblico, l'amministrazione può servirsi di diversi strumenti: oltre al provvedimento, può stipulare accordi, integrativi o sostitutivi di esso, e contratti. L'ordinamento, e prima ancora dottrina e giurisprudenza, hanno ammesso, per la tutela dell'interesse pubblico, il ricorso a fattispecie consensuali<sup>1</sup>, nell'ambito delle quali la soluzione sia frutto della collaborazione e dell'accordo fra

---

<sup>1</sup>Questa espressione è evidentemente e necessariamente generica, data l'ampiezza e la varietà delle ipotesi in cui l'amministrazione esprime consenso piuttosto che volontà unilaterale. Non a caso, lo stesso legislatore ricorre spesso a locuzioni generiche: è il caso delle "convenzioni", ipotesi consensuali fra privato e Pubblica amministrazione, ma anche fra soli soggetti pubblici, frequentissime al livello normativo e nella pratica. Va però osservato, anticipando argomenti che verranno svolti *infra*, che esse non costituiscono una categoria a sé stante, ulteriore rispetto ad accordi e contratti, essendo piuttosto riconducibili ai primi. Ciò in ragione del procedimento da cui scaturiscono, che non è mai ad evidenza pubblica, volto, quindi all'individuazione del contraente, ma da procedimenti di altro genere – di programmazione o di soluzione di problemi amministrativi specifici: non a caso, il privato con cui l'amministrazione si accorda è sempre colui che è coinvolto dall'esercizio del potere amministrativo come destinatario, in senso stretto o in senso lato, del relativo provvedimento. Le convenzioni sono dunque una *species* del *genus* accordi: *ex art. 11, l. n. 241 del 1990*, quando ne sono parti il soggetto pubblico e il privato; *ex art. 15*, quando riguardano solo soggetti pubblici: non è dunque dato riscontrare, nell'azione amministrativa, categorie consensuali diverse da accordi e contratti. Sul concetto di "fattispecie consensuale", v. F. CANGELLI, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla l. n. 15/2005*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, p. 259 ss.



il soggetto pubblico e il privato coinvolto nella sua attività. Per questa loro caratteristica, tali forme sono spesso auspiccate, in luogo della decisione unilaterale, in ragione dell'inferiore potenziale conflittuale che si ritiene abbiano, nonché della connessa capacità di garantire una decisione esito dell'incontro di diverse posizioni e delle relative volontà, che, fondendosi fra loro, si completano a vicenda<sup>2</sup>.

Comunque, anche lo stesso provvedimento amministrativo, ormai, è fortemente caratterizzato in senso cooperativo. È infatti pacifico che debba essere l'esito di un procedimento necessariamente accessibile ai cittadini, quindi trasparente e partecipato: di conseguenza, la decisione che da esso scaturisce non è più solo espressione della volontà del soggetto pubblico, il quale, piuttosto, deve trovare la soluzione del problema amministrativo senza imporre eccessivi sacrifici agli interessi coinvolti nell'*iter* procedimentale. Tale necessità è oggi talmente radicata nel nostro sistema da integrare una delle concezioni del principio costituzionale di imparzialità, nonché, di conseguenza, in caso di violazione, uno dei vizi più importanti e ricorrenti del provvedimento, l'eccesso di potere. La sanzione legislativa ricevuta dagli istituti di trasparenza e partecipazione implica poi anche il vizio di violazione di legge nei casi in cui l'amministrazione ignori le relative norme.

Questo contesto di integrazione trova la sua matrice in un altro importante cambiamento, che attiene al modo con cui è oggi inteso il potere amministrativo<sup>3</sup>: non solo prerogativa dell'amministrazione, ma strumento per la cura di un interesse eteroimposto, da utilizzare per un fine ugualmente predeterminato. Il potere nasce dunque già vincolato: ma lo scopo non è l'unico vincolo, perché il principio di legalità che governa l'amministrazione le impone anche come esercitarlo<sup>4</sup>, mediante il necessario passaggio del procedimento e tutte le norme che

---

<sup>2</sup> Sul fenomeno in questione, in generale, vedi le riflessioni di R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la Pubblica amministrazione*, Milano, 1985, p. 7, che individua la sua matrice non solo nella tendenza alla "privatizzazione" dell'azione amministrativa, ma altresì nella crisi della legge come fondamentale fonte ordinatrice di interessi. Man mano che tale capacità si riduce, aumenta lo spazio per gli accordi e il consensualismo latamente inteso fra amministrazione e cittadini. Ma tale circostanza, aggiungiamo noi, è anche la matrice della partecipazione procedimentale, che ha reso la tipica azione amministrativa meno unilaterale ed autoritaria, come lo stesso Autore rileva a p. 45 ss.

<sup>3</sup> In proposito, F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo*, Napoli, 1996, p. 15 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive (Diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Agg. II, 1998, p. 980 ss.; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008, p. 558 ss.

<sup>4</sup> La vincolatezza in tal senso del potere pubblico è l'approdo delle ricerche che, a partire dalle teoriche per le quali il potere era attribuito soggettivo dello Stato e la discrezionalità prerogativa a quello strettamente connessa, entrambi essendo dunque sindacabili al solo fine di tutelare l'amministrazione, hanno contribuito alla costruzione del Diritto amministrativo come diritto di garanzia, come, cioè, insieme di norme che legittimano il potere pubblico limitandolo, e tutelando, così, chi è destinatario del suo esercizio. Sullo sviluppo di tale concezione, G. AZZARITI, *Dalla di-*

lo regolano: esse sono garanzie per i cittadini e vincoli per l'amministrazione agente<sup>5</sup>.

---

*screzionalità al potere*, Padova, 1989, p. 244 ss., dalla cui analisi si evince che questo processo costruttivo inizia nel tempo orlandiano e post-orlandiano, non essendo dato, nell'opera degli Autori del periodo precedente, individuare la questione in tali termini: essi infatti, sebbene non si siano sottratti allo studio dei limiti del potere, dovendoglisi anzi dare atto di essere stati i primi ad occuparsene, hanno però inquadrato il problema nell'ambito etico-filosofico, al di fuori, dunque, dei rapporti fra amministrazione e cittadini. Sull'opera di questi Studiosi, O. ABBAMONTE, *Potere pubblico e privata autonomia*, Napoli, 1991, che, con riferimento al lavoro di G. Manna ne pone in luce lo sforzo di individuare i limiti al potere amministrativo – p. 131 ss.: fra essi, oltre ai canoni dell'economicità, della celerità e della proporzionalità dell'agire amministrativo, vi è anche la necessità della coerenza fra potere, azione e il fine cui questa istituzionalmente deve tendere. L'inservanza di tale principio determina, evidentemente, lo sviamento di potere: peraltro, l'Autore non intende questa anomalia come strumento a disposizione del cittadino per contestare l'illegittimità dell'azione amministrativa, ma come elemento di incoerenza del sistema amministrativo, e quindi di cattivo andamento. Si veda, poi, l'importante contributo di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011, p. 45 ss., che configura il principio di proporzionalità come strumento di applicazione ed effettività dell'eguaglianza sostanziale: serve infatti ad individuare “la misura della diversità del trattamento in ragione del grado di rilevanza attribuito ... alle differenze”. In tale quadro, esso, in particolare, è attribuito dell'imparzialità – p. 156 ss. L'altro essenziale contributo sul tema è di V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, *passim*, ma in part. pp. 85 ss. e 273 ss., la quale pone in evidenza come il principio di proporzionalità, ordinariamente ritenuto di matrice comunitaria, sia in realtà presente nell'elaborazione della nostra dottrina da un tempo ben più risalente, in quanto il suo primo disegno si deve a G.D. Romagnosi, che lo ha configurato come principio del minimo mezzo. Si tratta, dunque, di uno dei profili dell'imparzialità amministrativa, come insegnato anche successivamente da altri Maestri del Diritto amministrativo. Sulla natura garantistica del Diritto amministrativo, fin dalle sue origini, v. anche M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del Diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, p. 176 ss., dove esamina l'elaborazione dei principi della nostra materia da parte della prima dottrina; per il lavoro in tal senso del Consiglio di Stato, v. G. MORBIDELLI, *Il contributo del giudice amministrativo*, in *Il contributo del Diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. SPASIANO, Napoli, 2012, p. 302 ss., nonché V. DOMENICHELLI, *Il ruolo normativo del giudice nella formazione e nello sviluppo del Diritto amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2016, p. 383 ss. Sulla perdurante natura del principio di legalità come fondamento del Diritto amministrativo, F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del Diritto amministrativo*, Bologna, 2007, p. 28 ss., in quanto strumento per la tipizzazione, e quindi la limitazione e la prevedibilità, del potere, nonché G. CORSO, *Il principio di legalità*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2011, p. 6: i vincoli che esso pone al potere amministrativo sono il fine da raggiungere, le modalità di esercizio e i presupposti per l'esercizio medesimo.

<sup>5</sup> Storicamente, dottrina e giurisprudenza hanno sempre annoverato il principio del contraddittorio – *citatio-defensio* – fra quelli del *ius divinum* e lo hanno considerato il fondamentale fra quelli del *ius naturale*: in quanto tale, dunque, è inderogabile dal *princeps*, inteso in senso ampio, tanto come re, quanto come legislatore, in ogni branca del diritto, pena la nullità dell'atto. Sul punto, G. GORLA, “*Tura naturalia sunt immutabilia*”. *I limiti al potere del “Principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di B. Paradisi*, Firenze, 1982, vol. II, p. 639 ss. Cfr. poi F. FIGORILLI, *op. cit.*, pp. 194 ss. e 299 ss.; R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla “specialità” ammini-*

In stretto nesso di consequenzialità con le osservazioni fin qui svolte, non vanno infine dimenticate le garanzie giurisdizionali per il privato coinvolto nell'azione amministrativa che ne ritenga illegittimo l'esercizio nei suoi confronti: l'evoluzione dell'interesse legittimo<sup>6</sup> e dell'eccesso di potere<sup>7</sup>, infatti, ha deter-

---

*strativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 248 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 52 ss., che evidenzia la matrice processuale delle norme procedurali in materia di partecipazione, in ragione della loro attitudine ad instaurare un contraddittorio fra partecipanti e amministrazione; in tal senso cfr. altresì F. GAFFURI, *Il rapporto procedimentale*, Milano, 2013, p. 76 ss. Sul contraddittorio procedimentale v. ancora R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in *Sistema del Diritto amministrativo italiano*, diretto da F.G. COCA, F.A. ROVERSI MONACO, G. MORBIDELLI, Torino, 2003, p. 48, G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, 2011, p. 28 ss., nonché A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto del potere giuridico*, in *Annali della Facoltà di Economia e commercio*, Villa S. Giovanni, 1981, p. 450 ss., per la configurazione del procedimento come fonte di legittimazione del potere, sottraendolo così alla tradizionale ricostruzione in termini soggettivi. S. TARULLO, *op. cit.*, p. 240 ss. e *passim*, ricava dal complesso delle norme poste dalla l. n. 241 il principio della doverosa correttezza del contegno dell'amministrazione nei confronti del privato coinvolto nel rapporto amministrativo, inquadrato come proiezione dei principi di solidarietà e di servizio dell'amministrazione nei confronti della collettività, di cui agli artt. 2 e 98 Cost. Le regole espressamente contemplate nella legge sul procedimento, peraltro, non sono gli unici vincoli del potere amministrativo, nel senso della correttezza del suo esercizio, poiché l'ampissima operatività dei principi costituzionali appena enunciati consente la continua individuazione, prevalentemente ad opera della giurisprudenza, di canoni di comportamento che, seppure non scritti, ugualmente condizionano l'attività amministrativa: su questi aspetti, v. p. 262 ss. In proposito preme rilevare come il disposto dell'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, incidendo sul rilievo dell'inosservanza delle garanzie procedurali, ed in particolare partecipative, al fine dell'illegittimità del provvedimento, finisca per ridurre gli spazi e le possibilità di una conclusione consensuale del procedimento, sia nella forma degli accordi che del classico provvedimento unilaterale dal contenuto partecipato. Ciò pone questa norma in contraddizione con i principi e le tendenze emersi nel nostro ordinamento grazie alla legge sul procedimento, attinenti, nell'aspetto che ci interessa, alla ricerca della consensualità, latamente intesa, delle decisioni pubbliche. Tale aspetto controverso si aggiunge a quelli già ampiamente rilevati dalla dottrina nel corso del vigore dell'art. 21 *octies*, che si risolvono nel conflitto con i principi sanciti nell'art. 1 della l. n. 241 e, per questa via, con i principi costituzionali, di cui all'art. 97, 24 e 113 Cost. Su questo, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 534; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Annullabilità del provvedimento*, in *La Pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, 2005, p. 629 ss.; E. FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 29 ss.

<sup>6</sup>Sulle cui origini, vedi F.G. COCA, *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, I, p. 28 ss., nonché *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, 2017, p. 6 ss.; sulla sistematizzazione vedi, del medesimo Autore, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, p. 25 ss.: l'interesse legittimo è l'indispensabile strumento di tutela del cittadino nei confronti dell'amministrazione, essendo la sola "... situazione giuridica soggettiva che 'dialoga' con il potere ...", e ha ad oggetto non solo la legittimità del suo esercizio, ma anche l'esito, cioè il provvedimento, in quanto strumento per la realizzazione dell'interesse al mantenimento o al conseguimento del bene. Anche F.M. NICOSIA, *Interesse legittimo e tutela giurisdizionale*, Napoli, 1991, p. 369 ss., condivide l'idea che l'assenza dell'interesse legittimo dal novero delle situazioni giuridiche soggettive del privato determinerebbe un ambito di attività giuridica inci-

dente nella sfera dei cittadini del tutto sottratto al sindacato giurisdizionale, e dunque un *vulnus* di protezione di essi. L'Autore, peraltro, non condivide la nozione di interesse legittimo proposta da F.G. Scoca, ritenendo piuttosto che esso abbia consistenza oggettiva, riguardando quindi la legittimità dell'agire amministrativo – p. 25 ss. Sull'evoluzione, cfr. F.G. SCOCA, *Sulle implicazioni del carattere sostanziale dell'interesse legittimo*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, III, p. 672 ss.: il passaggio dal rilievo meramente processuale a quello anche sostanziale trova la sua matrice negli artt. 24 e 113 Cost., e comporta, da un lato, l'operatività dell'interesse legittimo anche nell'ambito del procedimento, prima della formazione della decisione; d'altro canto, la necessità di rivedere e modificare il processo amministrativo, così com'era costruito all'epoca. S. COGNETTI, *"Quantità" e "qualità" della partecipazione*, Milano, 2000, p. 51 ss., riconduce questo passaggio al regime che la l. n. 241 ha posto per l'agire amministrativo, delineando il rapporto giuridico fra cittadino e amministrazione: ciò ha determinato la configurazione dell'interesse legittimo come situazione giuridica complessa, in quanto titolo di legittimazione non più solo processuale, ma anche procedimentale. A partire da tale dato, anche A. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 41 ss., ritiene la natura sostanziale dell'interesse legittimo, considerandone oggetto il bene cui il suo titolare tende, e non più solo la legittimità dell'azione amministrativa. Di conseguenza, il sindacato di legittimità svolto dal giudice sul provvedimento lesivo non attiene più solo al profilo dell'osservanza della legge e dei principi da parte dell'amministrazione, ma altresì alla legittimità dell'interesse del ricorrente, intesa come "*meritevolezza*" di tutela del bene cui esso tende. Sullo sviluppo di questa situazione giuridica e sulla sua attuale consistenza, cfr. inoltre A. ROMANO TASSONE, *Situazioni giuridiche soggettive*, cit., p. 974 ss., dove rifiuta la tesi che riduce le situazioni giuridiche soggettive del cittadino nanti l'amministrazione al solo diritto soggettivo: tale eventualità si tradurrebbe nella drastica riduzione della tutela, che finirebbe per essere unicamente economica, riducendosi così il controllo sull'agire amministrativo. D'altro canto – p. 981 ss. – lo sviluppo e l'ampliamento dell'interesse legittimo è stato tale che oggi esso compendia in sé una notevole molteplicità di interessi e situazioni del cittadino, corrispondenti ad altrettanti problemi amministrativi; di conseguenza, il suo tradizionale regime di tutela è certamente superato, tanto al livello procedimentale che processuale. L'Autore propone dunque una "relativizzazione", da intendersi nel senso che l'operatività delle garanzie procedimentali e processuali va strettamente commisurata ai caratteri della questione concreta. Ciò, in particolare, al fine di evitare un'eccessiva protezione di interessi di scarso spessore, con inutile aggravamento dell'agire amministrativo: tale idea è stata accolta, com'è ben noto, nel controverso art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990, del cui concetto portante il Professore era uno dei più convinti sostenitori. Cfr. inoltre *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 289 ss., dove avverte sulla non definitività, comunque, dell'attuale consistenza dell'interesse legittimo, avendo lo sviluppo di questi ultimi decenni aperto la via per ulteriori progressi. Per L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, vol. I, p. 197 ss., l'evoluzione dei rapporti fra amministrazione e cittadini ha condotto l'interesse legittimo ad un rafforzamento tale per cui lo si può definire "*diritto amministrativo*", ferma comunque restando la diversità dal diritto soggettivo, che opera in un altro contesto di rapporti. Nettamente contraria all'orientamento dottrinale fin qui ricordato è sempre stata la posizione di F. Ledda, che considera l'interesse legittimo la più chiara espressione della soggezione del cittadino al potere dell'amministrazione, il quale, proprio in ragione di tale soggezione, diventa autoritario, in quanto privo dell'autorevolezza che potrebbe essere garantita da un adeguato confronto con il privato. V. *Polemichetta breve intorno all'interesse legittimo*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 511 ss.

<sup>7</sup> Su cui F. FIGORILLI, *op. cit.*, p. 38 ss.; M. D'ORSOGNA, *Annulabilità del provvedimento*, in *La Pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., p. 596 ss., e M. MAZZAMUTO, *op. cit.*, p. 120 ss., che pone in rilievo come le elaborazioni della prima dottrina amministrativistica sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere mostrino la sensibilità sulla necessità di porre argini e limiti al potere

minato la strutturazione del processo amministrativo e dei poteri del relativo giudice fino a costituire un sistema di tutela che ormai impedisce di sostenere la minore efficacia del processo amministrativo rispetto a quello civile, in termini di capacità di protezione della sfera giuridica dell'agente<sup>8</sup>. Tutto ciò, beninteso,

---

dell'amministrazione, onde evitarne l'arbitrio. Sulla formazione della figura v. G. MORBIDELLI, *op. cit.*, p. 300 ss. Cfr. inoltre E. CASSETTA, *L'interesse legittimo: una situazione "a progressivo rafforzamento"*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, cit., p. 135 ss.; F.G. SCOCA, *Attualità dell'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 400 ss., e S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, p. 82 ss., a proposito della complementarità fra l'evoluzione dell'interesse legittimo, dell'eccesso di potere e della discrezionalità: il progressivo ampliamento dell'ambito di operatività del primo, connesso a quello del secondo, ha determinato, nel nostro ordinamento, il passaggio dalla tradizionale concezione del rapporto fra la legge e la discrezionalità, che intendeva quest'ultima come potere pieno e sostanzialmente arbitrario laddove mancasse una disciplina, alla legalità come principio costituzionale, cui la discrezionalità è assoggettata tanto nell'*an*, quanto nel *quomodo*. L'assenza della norma ben può implicare discrezionalità, ma non può mai comportare l'assenza di criteri per il suo esercizio, sia sulle modalità che nel fine: fra essi spiccano quelli che impongono e regolano la ponderazione di tutti gli interessi coinvolti nella vicenda di specie.

<sup>8</sup> Su questa evoluzione, v. F.G. SCOCA, *Sulle implicazioni*, cit., p. 675 ss., dove la auspicava, nei termini che si sono poi in larga misura concretizzati; più recentemente, *Osservazioni eccentriche, forse stravaganti, sul processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, pp. 854 e 855, con particolare riferimento all'istituto della degradazione: creato dalla Corte di Cassazione per cercare di inquadrare le ipotesi in cui, in concreto, il potere dell'amministrazione incide su diritti soggettivi – in un contesto teorico in cui, si ricordi, tale caso in linea di principio non poteva darsi – ha costituito, a suo modo, il riconoscimento che, in date circostanze, le modalità tipiche della tutela del diritto soggettivo non sono agevolmente praticabili. Ricorrendo infatti un provvedimento amministrativo, serve innanzitutto che il giudice possa incidere su di esso, annullandolo. V. inoltre F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002., p. 370 ss., per un sindacato giurisdizionale il più ampio possibile sulle decisioni discrezionali dell'amministrazione mediante il principio della ragionevolezza, nonché F. FIGORILLI, *op. cit.*, p. 263 ss., il quale indaga sulle implicazioni che il contraddittorio provocato dalla partecipazione procedimentale può avere sul processo amministrativo. Cfr. poi C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2-3 del 2013, p. 533 ss., dalle origini fino alla situazione attuale, e A. ROMANO TASSONE, *Giudice amministrativo e interesse legittimo*, cit., pp. 286 ss. e 296 ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella Costituente tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, p. 911 ss.; ID., *L'insegnamento globale del Diritto amministrativo (jus et remedium)*, in *Studium juris*, 2004, p. 713, dove sottolinea come carattere peculiare del Diritto amministrativo la strettissima connessione fra procedimento e processo rispetto alla tutela del cittadino, cui corrisponde l'altrettanto stretto legame fra l'interesse legittimo e l'effettività della tutela della sfera giuridica del suo titolare, nonché *Il modello di responsabilità*, cit., p. 22 ss., e *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 62 ss. Per un'approfondita analisi delle diverse tipologie di effetti del potere amministrativo e dei corrispondenti, diversi, poteri di intervento del giudice, si veda ancora, del medesimo Autore, *Atto autoritativo e giurisdizione. Poteri di trasformazione e poteri di conservazione*, in *L'atto autoritativo. Convergenze e divergenze fra ordinamenti*, Napoli, 2012. V. inoltre L. IANNOTTA, *op. cit.*, p. 189 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del Diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al Diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, pp. 473 ss. e 503 ss. F.G. SCOCA, *Interesse legittimo e giudice amministrativo: variazioni in chiave colloquiale*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010,

non implica alcun mutamento genetico del rapporto intercorrente fra amministrazione e privato coinvolto nella sua azione, né, di conseguenza, dell'interesse legittimo in diritto soggettivo: il primo è pur sempre volto al perseguimento di un interesse disomogeneo rispetto a quello privato, essendo pubblico, quindi di tutti; l'interesse legittimo mantiene la sua profonda diversità dal diritto soggettivo perché è la situazione che per antonomasia opera in tale contesto di rapporti, fronteggiando il potere funzionalizzato all'interesse pubblico.

Queste brevi considerazioni servono ad evidenziare come non sia del tutto corretto, oggi, contrapporre in modo assoluto provvedimento e contratto, decisione provvedimento e consensuale<sup>9</sup>: infatti anche nel procedimento e nel con-

---

p. 24 ss., pone in evidenza come ormai oggetto del processo non sia più il provvedimento o la lesione dell'interesse legittimo, ma l'assetto di interessi che il primo configura e, dunque, il rapporto ad esso sotteso. Tale evoluzione, tanto in riferimento all'ambito di conoscibilità del giudice, quanto ai suoi poteri, è senz'altro dovuta alla consistenza dell'interesse legittimo come situazione del privato che fronteggia il potere. Questo risultato, infatti, non si sarebbe mai potuto raggiungere configurando la posizione del cittadino in termini di diritto soggettivo, in quanto, in quel caso, la tutela sarebbe stata molto più limitata, avendo avuto ad oggetto non le modalità di esercizio del potere, ma solo la valutazione della spettanza o meno del bene oggetto del diritto. In proposito, l'illustre Autore, *Attualità dell'interesse legittimo?*, cit., p. 407 ss., osserva come, attualmente, la tutela dell'interesse legittimo sia decisamente più strutturata, e quindi più efficace, di quella propria del diritto soggettivo a fronte del potere amministrativo. Ulteriore strumento di rafforzamento del sindacato giurisdizionale sul provvedimento e, quindi, della tutela del cittadino, è il principio di proporzionalità, che, vincolante l'agire amministrativo tanto in caso di attività discrezionale quanto nell'ipotesi di attività vincolata, è conseguentemente mezzo per il primo. Ricorrendovi, il giudice riesce a conoscere e valutare la decisione amministrativa in punto di equità e di giustizia, potendo così giungere al merito di essa. Così V. FANTI, *op. cit.*, p. 295 ss.

<sup>9</sup> Già M. CANTUCCI, *L'attività di diritto privato della Pubblica amministrazione*, Padova, 1942, pp. 32 e 33, partendo dall'assunto che l'azione dell'amministrazione è sempre finalizzata all'interesse pubblico, delineava una nozione ampia di atto amministrativo, alla quale riconduceva ogni atto funzionalizzato, e dunque anche i negozi: con la precisazione che essi hanno un regime parzialmente diverso, in quanto "... sottoposto anche ai principi di diritto privato". Su questa questione vanno poi tenute in particolare considerazione le autorevoli posizioni di F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 431 ss., e di F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 455 ss., nonché *Poteri amministrativi e strumenti di diritto pubblico e privato. A margine di un recente disegno di legge*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2003, p. 52 ss., i quali precisano che il consenso non può essere aprioristicamente considerato preferibile all'autorità nella gestione dei rapporti fra amministrazione e cittadini: è proprio mediante i vincoli, di scopo e di modo, imposti alla prima che il Diritto amministrativo garantisce a questi ultimi una maggiore capacità di tutela rispetto al Diritto privato. I caratteri del rapporto amministrativo, dunque, possono realmente mutare nel senso di un maggiore coinvolgimento e considerazione del privato non tanto con l'incremento della consensualità, quanto con la riduzione dell'autorità, rafforzando dunque sempre più i principi e gli istituti di garanzia previsti dalla disciplina che regola l'agire amministrativo. Sulla profonda differenza fra livelli di tutela della sfera giuridica individuale fra Diritto amministrativo e Diritto privato, vedi anche, molto incisivamente, S. GIACCHETTI, *Morte e trasfigurazione del Diritto amministrativo*, in *Cons. St.*, 1998, II, p. 122 ss., nonché M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del Diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, con particolare riferimento alla "privatizzazione"

seguito provvedimento è ormai presente un alto tasso di collaborazione, che trova conferma e tutela nei vizi inficianti la decisione adottata prescindendovi. D'altro canto, la netta distinzione fra provvedimento e fattispecie consensuale non è condivisibile anche perché quest'ultima, che sia un contratto o un accordo, nasce sempre e comunque in un contesto procedimentale, integrando il provvedimento, ovvero configurandosi come atto ad esso consequenziale.

## *2. L'origine procedimentale di ogni decisione dell'amministrazione*

La matrice procedimentale delle decisioni consensuali di cui è parte l'amministrazione è facilmente spiegabile con il vincolo di funzionalizzazione<sup>10</sup>: il pro-

---

del pubblico impiego, alla drastica riduzione che la tutela del dipendente pubblico ha conseguentemente subito e alla scarsa, se non peggiorativa, incidenza che tale processo ha avuto sull'efficienza delle amministrazioni e sulla corretta gestione del denaro pubblico. Cfr. inoltre, del medesimo Autore, *Il riparto di giurisdizione*, cit., p. 186 ss., per una vigorosa quanto condivisibile critica alle elaborazioni che teorizzano una complessiva privatizzazione del Diritto amministrativo, decisamente aversate proprio in ragione della riduzione delle garanzie e della tutela che ciò comporterebbe per il privato coinvolto. La cui disciplina, fra l'altro, determina la necessaria strutturazione del procedimento di formazione della decisione amministrativa e del rapporto che in esso emerge, laddove invece il processo di formazione del contratto resta prevalentemente privo di specifica disciplina, in ragione dell'autonomia delle parti che lo animano: sul punto, anche S. TARULLO, *op. cit.*, p. 270 ss. Tale circostanza, insieme a quella, citata nella nota precedente, per cui le norme procedimentali e i principi costituzionali posti a base del rapporto amministrativo consentono di enucleare doveri, scritti e non scritti, di correttezza dell'amministrazione nei confronti del privato, conduce alla determinazione di un ulteriore principio, che vincola, stavolta, anche quest'ultimo: quello di collaborazione. Su questo, v. pp. 277 ss. e 339 ss., dove precisa che il relativo obbligo cessa, comunque, nella fase decisoria, in cui unica attrice e responsabile è l'amministrazione. Sul rilievo delle norme in materia di partecipazione, nel senso della riduzione dell'autoritatività dell'azione amministrativa procedimentale e, d'altro canto, della sua netta connotazione consensualistica, A. PAJNO, *L'amministrazione per accordi*, in AA.VV., *I rapporti contrattuali con la Pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli, 1997, p. 432. F. GAFFURI, *op. cit.*, p. 88 ss., osserva come le norme che regolano il procedimento, ed in particolare quelle tese a garantire la partecipazione, rendono il rapporto fra i soggetti coinvolti tendenzialmente equoordinato: trattandosi infatti di precetti di matrice processuale, esse restano neutre rispetto al contenuto della decisione finale, della quale regolano piuttosto la formazione, garantendo che essa si sviluppi secondo i principi di imparzialità, correttezza, ragionevolezza e trasparenza. Sicché l'unilateralità e l'autoritatività sono attributi predicabili solo per gli effetti della decisione finale.

<sup>10</sup>Va ricordato che M.S. GIANNINI, *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 1965, p. 73 ss., nonché *Corso di Diritto amministrativo*, Milano, 1967, III, 1, p. 5 ss., riteneva concretamente irrilevante il concetto di funzione amministrativa, di per sé ed intesa come funzione volta alla cura e al perseguimento di interessi pubblici, sull'assunto che anche soggetti diversi dall'amministrazione hanno tale funzione, con il medesimo fine. A Suo parere, nemmeno il concetto di azione amministrativa è in grado di distinguere l'amministrazione da qualsiasi altro soggetto: essa, infatti, da un canto, svolge attività che chiunque potrebbe porre in essere – ad esempio, organizzativa, di gestione di servizi, di realizzazione di opere ... D'altro canto, l'attività detta autoritativa è tale in

cedimento ne è il risvolto pratico, in quanto strumento necessario per trasformare il potere attribuito dalla legge in una decisione che individui come in concreto realizzare il relativo scopo, in ragione delle circostanze del caso specifico e dei diversi interessi ricorrenti.

Con il procedimento, dunque, l'amministrazione sceglie il modo più idoneo per realizzare l'interesse pubblico istituzionalmente affidato alla sua cura: tale ricerca ha come presupposto l'individuazione dell'interesse pubblico concreto, cioè delle caratteristiche che esso assume nella realtà in cui l'amministrazione si trova ad operare<sup>11</sup>, al fine di inquadrare le esigenze da soddisfare.

A questi fini, ha indiscutibile centralità l'istruttoria, in quanto momento di conoscenza del problema procedimentale<sup>12</sup>. Tale rilevanza giustifica la discrezionalità pacificamente riconosciuta al soggetto pubblico agente nella sua conduzione<sup>13</sup>, che ne garantisce la completezza molto più che un'astratta elencazio-

---

quanto è la legge a configurarla in questo modo: ciò avviene in Italia, ma non in altri ordinamenti; per cui, in linea generale e astratta, autoritatività e funzione non si implicano reciprocamente, così come Pubblica amministrazione e funzione. Su questi aspetti l'Autore torna nelle successive edizioni della medesima opera, mantenendo sostanzialmente la stessa opinione: si v. *Diritto amministrativo*, Milano, 1988, vol. 1, p. 75 ss., e vol. II, p. 445 ss. Per conto nostro, ci pare che, nell'ordinamento italiano siffatto quadro sia contraddetto dalla Costituzione, che incarica chiaramente l'amministrazione di curare l'interesse generale, mediante, innanzitutto, gli artt. 98, 97, 2 e 3. Così l'azione amministrativa è sempre funzionalizzata, e si distingue senz'altro da ogni altra, pur volta alla tutela di interessi generali: che si tratti di organizzazione, gestione o decisione, la diversità consiste non solo nelle modalità di esplicazione, ma anche nella tipologia di interessi pubblici, i quali sono specifici e puntuali per ciascun ente della Pubblica amministrazione, sia funzionale che territoriale. Ferma la molteplicità di interessi pubblici, infatti, anche il medesimo interesse pubblico non si manifesta mai nello stesso modo, in quanto le esigenze che lo caratterizzano variano in ragione delle circostanze e delle caratteristiche del luogo in cui emerge. Non a caso, la cura dell'interesse generale consiste nella fissazione della regola del caso concreto, di volta in volta, secondo le sue peculiarità. Diversamente il potere legislativo e quello giudiziario, chiamati, rispettivamente, ad individuare l'interesse generale, per poi attribuirlo come fine all'amministrazione; e a verificare l'osservanza della legge da parte di quest'ultima, senza poter in alcun modo sconfinare a sindacare l'opportunità del provvedimento. Quanto ai privati, laddove essi siano chiamati alla cura di interessi pubblici, vi è un elemento esiziale che li distingue dalla pubblica amministrazione, ovvero il fine patrimoniale: il servizio al pubblico è per essi solo un mezzo per il soddisfacimento di quest'ultimo. Tutte le altre attività di gestione privata di altrui interessi si differenziano dall'agire amministrativo in quanto volte alla tutela di interessi privati.

<sup>11</sup> In proposito, A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, Napoli, 1997, p. 127 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 55 ss., e S. TARULLO, *op. cit.*, pp. 275 ss. e 305 ss.

<sup>12</sup> Cfr. l'ampio e sempre attuale lavoro della compianta M.T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 76 ss., a partire dal presupposto dell'imprescindibilità dell'istruttoria in ogni attività dell'amministrazione, in quanto strumento essenziale per la corretta e adeguata applicazione, nel caso di specie, della norma attributiva del potere; v. inoltre R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 97 ss., nonché l'approfondito e colto contributo di A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, 2008, p. 324 ss.

<sup>13</sup> Sulla cui consistenza e complessità, a seconda delle circostanze e del contegno della norma attributiva del potere, nonché sulla conseguente ampiezza della discrezionalità v. M.T. SERRA, *op.*



ne di attività conoscitive stilata dal legislatore. Nel contesto istruttorio si inserisce la partecipazione dei soggetti pubblici e privati coinvolti nel procedimento, che contribuiscono mediante propri memorie e documenti, considerati, non a caso, atti istruttori al pari di quelli provenienti dall'amministrazione procedente<sup>14</sup>.

---

*cit.*, p. 98 ss. Sul principio inquisitorio, dal quale ricava il “... principio generale dell'atipicità e dell'informalità dell'attività preliminare all'adozione del provvedimento amministrativo ...”, v. p. 120 ss. Sulla discrezionalità istruttorio v. inoltre A. ROMEO, *op. cit.*, p. 333 ss.

<sup>14</sup>Sull'incidenza della partecipazione degli interessati al procedimento nella formazione della relativa decisione, diffusamente, M.T. SERRA, *op. cit.*, pp. 173 ss. e 199 ss., nonché F. FIGORILLI, *op. cit.*, p. 199 ss., che distingue fra procedimenti ampliati e diminutivi della sfera giuridica dei destinatari per rilevare e analizzare le diverse fattezze della partecipazione nelle due fattispecie, e A. POLICE, *op. cit.*, p. 157 ss. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, p. 92 ss., propone la ricostruzione della partecipazione in senso contestativo e propositivo, prospettando, in particolare, che essa si svolga intorno ad una proposta di soluzione del problema procedimentale contenuta nell'atto di avvio, quando il procedimento è iniziato d'ufficio, o nella stessa istanza del privato, negli altri casi. La partecipazione consente, cioè, l'instaurazione di un contraddittorio fra privati e amministrazione che, a partire dalla suddetta ipotesi di soluzione, di snoda per reciproche proposte e controproposte. I dati normativi che confortano tale inquadramento sono gli artt. 7 e 9, per i quali i partecipanti diversi dal destinatario sono solo coloro che potrebbero subire un pregiudizio dal provvedimento, l'art. 10, che definisce memorie gli atti di partecipazione, e l'art. 11, il cui *incipit* consente di ricavare chiaramente la funzione contestativa e insieme propositiva del ruolo dei privati nel procedimento, rispetto alla proposta risolutiva iniziale. Alla luce di tale ricostruzione, il vincolo di cui all'art. 10, lett. b), si traduce, per l'amministrazione, non solo in un obbligo di considerazione in fase decisionale, ma, più stringentemente, nella valutazione delle proposte dei partecipanti – p. 117 ss. V. inoltre R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso*, cit., p. 264 ss., e *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 216 ss., dove pone in evidenza l'attitudine del contributo del privato a ridurre l'asimmetria informativa che spesso affligge l'amministrazione: questa capacità è tanto più rilevante nei procedimenti caratterizzati da problemi tecnico-scientifici ad esito non certo, come in particolare quelli in materia ambientale, urbanistica e di gestione del territorio. Per F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000, p. 176 ss., la partecipazione procedimentale è il migliore strumento per far fronte all'incapacità della legge di determinare precisamente a priori l'interesse pubblico che l'amministrazione è tenuta istituzionalmente a perseguire: dal confronto di interessi che essa determina emerge infatti l'interesse pubblico nelle sue concrete fattezze e, di conseguenza, è possibile ricavare la regola del caso concreto. Cfr. altresì S. COGNETTI, “Quantità” e “qualità”, cit., p. 74 ss., che, analizzando diffusamente l'obbligo per l'amministrazione, ex art. 10, lett. b), l. n. 241, di esaminare le memorie e i documenti presentati dai partecipanti, indaga sul momento e sulle modalità con cui essi diventano atti istruttori; G. CUGURRA, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Scritti in onore di L. Mazzarolli*, cit., p. 149 ss.; S. TARULLO, *op. cit.*, p. 318 ss., anche in relazione ai vantaggi che l'amministrazione trae dal contributo del partecipante diligente, e R. PROIETTI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 497 ss.: la partecipazione, dando vita al contraddittorio fra privati e amministrazione, garantisce il giusto procedimento, contribuendo così alla concretizzazione dei principi d'imparzialità e buon andamento, intesi anche come corretta individuazione e cura dell'interesse pubblico concreto. V. poi P. CHIRULLI, *I diritti dei partecipanti al procedimento*, *ivi*, p. 540, in relazione al rilievo istruttorio della partecipazione e all'incidenza, quindi, sulla motivazione del provvedimento. L. DE LUCIA, *Provvedimento ammi-*

La conoscenza completa e proveniente da molteplici fonti costituisce dunque la base indispensabile della decisione amministrativa, tanto da condizionarne la legittimità<sup>15</sup>: in primo luogo, perché precisa i caratteri del problema su cui l'amministrazione deve intervenire; inoltre perché, di conseguenza, rivela la consistenza dell'interesse pubblico nel caso concreto, completando così il disposto della norma attributiva<sup>16</sup>; infine, perché, per questa via, fa emergere le esigenze cui l'amministrazione deve fare fronte. Per questi motivi, l'istruttoria è pacificamente considerata importante quanto il provvedimento, se non di più<sup>17</sup>: ciò conferma la necessità del procedimento come modalità obbligata per la formazione delle decisioni dell'amministrazione.

Tali osservazioni, a nostro parere, restano vere anche nelle ipotesi in cui la decisione sia già stata individuata dal legislatore, in virtù di una sua valutazione che si impone al soggetto pubblico agente. Ciò, infatti, come autorevole dottrina ha da tempo mostrato, non toglie importanza al procedimento e alla sua legittimità, perché non esclude la sussistenza del potere amministrativo. Infatti, è vero che l'amministrazione deve decidere conformemente a quanto previsto dalla legge, ma solo se ritiene che, nel caso di specie, ricorrano i presupposti da essa individuati. Il procedimento serve esattamente a questo, a verificare la sussistenza delle condizioni per l'esercizio del potere e per l'emanazione del provvedimento<sup>18</sup>:

---

*nistrativo e diritti dei terzi. Saggio sul Diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, p. 116 ss., con specifico riferimento alla partecipazione del terzo, soggetto diverso dal destinatario del provvedimento, pone in evidenza la circostanza per cui, laddove il procedimento sia stato avviato su istanza di parte, essa si attinge come opposizione all'accoglimento della medesima, sollevando così un conflitto fra interessi privati, di cui l'amministrazione deve necessariamente tenere conto, mediante la ponderazione discrezionale, in sede di soluzione del problema procedimentale. Nei procedimenti avviati d'ufficio, invece, p. 141 ss., il ruolo del terzo è spesso innanzitutto di sollecitare l'amministrazione, al fine di intervenire su una situazione di fatto; fermo restando, ovviamente, che quella procederà solo laddove ravvisi esigenze di interesse pubblico che è suo potere-dovere tutelare. Successivamente alla denuncia, il terzo resta comunque coinvolto nell'agire amministrativo, sia che il procedimento venga effettivamente avviato, sia che ciò non accada: nel primo caso, potrà partecipare, nel secondo potrà contestare la decisione di archiviazione – p. 154 ss.

<sup>15</sup> Sul punto, cfr. M.T. SERRA, *op. cit.*, p. 83 ss., nonché 142 ss.

<sup>16</sup> In proposito, cfr. A. ROMEO, *op. cit.*, p. 338 ss.

<sup>17</sup> È in essa, infatti, che inizia a formarsi la decisione amministrativa: la fase decisoria, dunque, e il relativo provvedimento, si configurano come momenti di sintesi e di ufficializzazione di un'opzione già precedentemente individuata nelle sue linee essenziali. Su questo, A. POLICE, *op. cit.*, p. 98 ss., per il quale, in realtà, è il procedimento tutto, e non solo l'istruttoria, a prevalere sul provvedimento: tale concezione ha la sua matrice nell'esigenza di rendere visibile, comprensibile e quindi controllabile l'agire amministrativo. Specificamente sull'istruttoria procedimentale, v. p. 151 ss., nonché A. ROMEO, *op. cit.*, p. 387 ss.

<sup>18</sup> M.T. SERRA, *op. cit.*, pp. 77 e 78, 248; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 31 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, p. 67 ss.; in proposito, v. altresì V. FANTI, *op. cit.*, p. 288 ss.: l'amministrazione ben può

prescindendone, la decisione potrebbe rivelarsi nulla per carenza di potere.

È comunque più frequente la discrezionalità nella scelta della decisione da calare nel provvedimento, con margini significativi di valutazione delle risultanze istruttorie da parte dell'amministrazione: tale prerogativa è indispensabile, a fronte della complessità della realtà e della generalità ed astrattezza della legge. Essa però non implica in alcun modo libertà: l'esercizio della discrezionalità e la formazione della relativa decisione devono avvenire secondo principi e canoni, espressione di imparzialità e buon andamento, riassumibili nei concetti di ragionevolezza ed equità, la cui inosservanza è sanzionata dall'eccesso di potere e dalle sue figure sintomatiche, le quali altra autorevole dottrina ha esattamente qualificato come vizi del provvedimento ormai a sé stanti<sup>19</sup>.

### 3. La scelta dello strumento di soluzione del problema procedimentale

La scelta discrezionale attiene alla soluzione da dare al problema oggetto del procedimento, che viene individuata fra quelle astrattamente legittime, scaturite dalla ponderazione degli interessi e dalla valutazione degli esiti istruttori, secondo il criterio dell'idoneità e dell'opportunità. Attiene quindi anche allo strumento da utilizzare, ugualmente scelto alla luce delle caratteristiche del caso di specie e dell'andamento del procedimento.

Torniamo dunque alla questione dalla quale siamo partiti: attività per provvedimenti e attività consensuale.

L'amministrazione ben può risolversi a stipulare accordi, come le consente il citato art. 11, l. n. 241 del 1990<sup>20-21</sup>, e contratti<sup>22</sup>.

---

decidere di non adottare il provvedimento a contenuto vincolato, laddove, svolta l'istruttoria e conosciuta la realtà su cui dovrebbe incidere, ritenga che i suoi effetti sarebbero sproporzionati rispetto alla consistenza del problema concreto. In tal senso si v. anche M. MAZZAMUTO, *La discrezionalità come criterio di riparto della giurisdizione e gli interessi legittimi fondamentali*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2020, il quale, ritenendo che la decisione vincolata sia pur sempre espressione di potere, e, non a caso, veicolata da un provvedimento, ritiene altresì che, a fronte della relativa attività sussistano interessi legittimi, non diritti soggettivi; per queste ragioni, il discrimine fra discrezionalità e vincolatezza della decisione non può in alcun modo essere impiegata ai fini del riparto di giurisdizione – si tratterà, infatti, sempre di giurisdizione amministrativa.

<sup>19</sup>In quanto vere e proprie norme dell'agire amministrativo, di origine pretoria perché esito dell'elaborazione svolta dalla giurisprudenza sull'eccesso di potere: così E. FOLLIERI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità*, cit., p. 69 ss.; le figure sintomatiche sono vizi a sé stanti, riconducibili alla violazione del principio di ragionevolezza, anche per F. LEDDA, *Determinazione discrezionale*, cit., p. 376, nonché *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Scritti giuridici*, cit., p. 568 ss. Sulla ragionevolezza e sul suo passaggio da strumento di sindacato dell'agire amministrativo a vincolo per l'amministrazione agente, v. F. FIGORILLI, *op. cit.*, p. 46 ss.; cfr. altresì R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. cit.*, pp. 423 e 424, nonché p. 428 ss.

<sup>20</sup>Sulla collocazione procedimentale degli accordi e sulla scelta dell'amministrazione proce-

dente di concluderli, di sceglierne il tipo, o, viceversa, di decidere mediante provvedimento, v. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., p. 38 ss. Cfr. inoltre A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, p. 93 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. CERULLI IRELLI, Napoli, 2006, p. 103 ss., e P.L. PORTALURI, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali*, Milano, 1998, p. 197 ss., il quale, stante la collocazione procedimentale, ritiene del tutto equivalente il provvedimento concordato mediante partecipazione e l'accordo, in quanto entrambi sistemi di soddisfacimento delle esigenze di interesse pubblico. L'Autore specifica come, in particolare, a seconda dei caratteri della questione procedimentale, l'accordo possa essere necessario o facoltativo: ferma restando la cornice del procedimento, dunque, l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione risulta variabile – p. 223 ss. Sui medesimi aspetti, ed in particolare sulla natura discrezionale nel *quomodo* della scelta dell'amministrazione fra accordo e provvedimento, v. ancora F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, cit., p. 455 ss.; A. PAJNO, *op. cit.*, p. 433, e F. CANGELLI, *Riflessioni sul potere discrezionale della Pubblica amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 309, la quale pone in particolare evidenza come la soluzione provvedimentale sia ben più garantistica, tanto per il destinatario quanto per i terzi, rispetto all'opzione nel senso dell'autonomia negoziale: in tale contesto, infatti, nessuna delle parti è tenuta a dare motivazione delle proprie scelte in ordine all'*an* e al *quomodo* della stipulazione, né esse sono, quindi, sindacabili. La medesima Autrice ribadisce la natura discrezionale della scelta amministrativa di concludere il procedimento con accordi anziché con provvedimento in *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *La Pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., p. 286, e, sull'assunto della loro collocazione procedimentale, ritiene che essi siano espressione di potere in forma consensuale – p. 280. In tal senso anche N. BASSI, *Gli accordi sostitutivi o integrativi del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 571. Sulla discrezionalità nella scelta di concludere il procedimento con un accordo anche G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, cit., p. 76 ss.

<sup>21</sup> Sulla natura degli accordi, la dottrina si esprime variamente. Per F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento*, cit., p. 38 ss., non si tratta di contratti privatistici: quelli integrativi sono atti endoprocedimentali, strumentali al provvedimento; quelli sostitutivi, contratti di diritto pubblico. G. GRECO, *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, in *Sistema del Diritto amministrativo italiano*, Torino, 2003, p. 86 ss., la ritiene senz'altro pubblicistica, traendola non solo dalla loro sede procedimentale, ma altresì dall'indubbia funzionalizzazione all'interesse pubblico – con particolare riferimento agli accordi integrativi – p. 126 ss. – l'Autore la ricava argomentando a partire dalla loro collocazione all'interno del provvedimento, il quale, essendo espressione di potere amministrativo, implica che anche l'accordo, in esso accolto, sia esito di tale potere: da ciò discende pianamente la natura discrezionale delle scelte operate dall'amministrazione nella determinazione del suo contenuto, come si ricava, d'altro canto, anche dall'espressione utilizzata dall'art. 11 per descrivere la figura. Quanto agli accordi sostitutivi – p. 131 ss. – la loro natura pubblicistica deriva dai medesimi elementi, ai quali si aggiunge il necessario assoggettamento ai controlli previsti per il provvedimento, nonché la circostanza per cui, contrariamente ai contratti, gli accordi in questione incidono necessariamente nella sfera dei terzi, fermo restando il divieto specifico di stipulazione in danno ad essi. Ciò, secondo l'Autore, non differenzia, per questi soggetti, tale accordo dal provvedimento, tanto è vero che il medesimo art. 11 approntava, nel suo testo originario, un apposito sistema di tutela giurisdizionale, che oggi si ritrova nell'art. 133, comma 1, n. 2, d.lgs. n. 104 del 2010, Codice del processo amministrativo. Su questi aspetti, sempre nel senso della qualificazione pubblicistica, v. altresì, del medesimo Autore, *Il regime degli accordi pubblicistici*, in *Autorità e consenso nell'azione amministrativa*, Milano, 2002, p. 162, dove esprime altresì l'idea – p. 187 – condividendola con altra dottrina citata poco sopra, per cui l'opzione pubblicistica sulla qualificazione degli accordi garantisce i privati coinvolti molto più di quanto potrebbe discendere da un

inquadramento privatistico. V. anche *Attività consensuale dell'amministrazione e ruolo del cittadino*, in *Il dir. dell'ec.*, 2002, p. 461 ss., in cui pone inoltre in evidenza come un inquadramento integralmente privatistico mal si concilia con la funzionalizzazione dell'agire amministrativo. Su tutti questi argomenti, confermandoli, l'Autore torna poi in *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., p. 76 ss., rilevando come essi trovino conforto nelle novità introdotte nell'art. 11 dalla l. n. 15 del 2005. Per le stesse ragioni, qualificano gli accordi come contratti di diritto pubblico M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 139 ss., e V. RICCIUTO, A. NERVI, *Il contratto della Pubblica amministrazione*, in *Trattato di Diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da P. PERLINGIERI, Napoli, 2009, p. 61 ss.; mentre E. STICCHI DAMIANI, *Gli accordi amministrativi dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Riforma della l. n. 241 del 1990 e processo amministrativo*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2005, p. 34 ss., ricava dagli elementi indicati la qualificazione di atti bilaterali non negoziali, come categoria autonoma tanto dal provvedimento quanto dal contratto, facendo perno, in particolare, sulla funzionalizzazione, che determina un'ontologica disomogeneità delle parti. Questa ricostruzione è rafforzata dalle integrazioni più recentemente subite dall'art. 11, ovvero la necessità che la stipulazione dell'accordo sia preceduta da una determinazione dell'organo competente per l'adozione del provvedimento e l'obbligo di motivazione, nei termini dell'art. 3, l. n. 241, di ogni tipo di accordo. In tema v. inoltre, del Medesimo, *Gli accordi amministrativi*, in *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, a cura di C. AMIRANTE, Torino, 1993, p. 35 ss. Connota invece in termini di autonomia la scelta del soggetto pubblico di concludere il procedimento con un accordo sostitutivo F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, p. 95 ss.: si tratta, beninteso, di autonomia funzionalizzata, e per questo diversa da quella del privato. Da ciò discende la netta differenza fra contratto e accordo sostitutivo – p. 150 ss. – consistente nel dato per cui perno del secondo è l'interesse pubblico, che, quindi, condiziona il regime della fattispecie: l'accordo in questione, dunque, non è ascrivibile alle fattispecie contrattuali, ma ha senz'altro natura pubblicistica – “atto amministrativo non provvedimentoale”: p. 168. Si esprime nel senso della natura pubblicistica degli accordi anche E. FOLLIERI, *Gli accordi fra privati e Pubblica amministrazione nella legge n. 241 del 1990*, in *Gli accordi fra privati e Pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, a cura di G. BARBAGALLO, E. FOLLIERI, G. VETTORI, Napoli, 1995, p. 60, nonché M. DUGATO, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, pp. 157 e 158, per le medesime ragioni fondanti la dottrina precedentemente ricordata, ovvero la collocazione procedimentale, che li rende modalità di espressione del potere amministrativo. R. FERRARA, *Gli accordi tra i privati e la Pubblica amministrazione*, cit., p. 100 ss., scrivendo in un contesto storico in cui mancava la disciplina generale degli accordi ma non la previsione di specifiche figure, parte dal presupposto dell'impossibilità di delineare una fattispecie, per così dire, generale e astratta di accordo, preferendo orientarsi nel senso di ricondurre le singole ipotesi ora al provvedimento ora al contratto, a seconda dei loro caratteri, e, in particolare, della necessità o meno, per la loro vincolatività, del recepimento in un provvedimento. L'Autore individua comunque gli elementi che accomunano ogni ipotesi di accordo: si tratta della funzionalizzazione all'interesse pubblico e della funzione di coordinamento, orientamento e mediazione fra amministrazione e privati, al fine dello svolgimento di una data attività, coinvolgente e rilevante per entrambi. Successivamente, in *Gli accordi di programma*, Padova, 1993, p. 6 ss., il medesimo Autore si orienta nettamente nel senso della natura pubblicistica, in ragione soprattutto della prerogativa di recesso riconosciuta all'amministrazione per ragioni di interesse pubblico, che conferma come il potere non sfumi né sia escluso dall'ambito degli accordi, fermo comunque restando il sindacato sul suo esercizio. F. LEDDA, *Appunti per uno studio sugli accordi preparatori di provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 407 ss., opta dapprima per una costruzione privatistica degli accordi integrativi, ritrattandola poi nel già citato *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*. Inquadrano invece senz'altro nell'ambito privatistico entrambe le tipo-