

Premessa introduttiva

Per Giuseppino Treves “*L’atto amministrativo emana da una pubblica autorità, che ha il dovere di seguire la legge, è opera di funzionari particolarmente scelti e disinteressati, deve rivestire spesso determinate forme pubbliche, è sottoposto per la sua efficacia ad una serie di controlli, è necessario quindi, di regola l’intervento di più organi; ora, queste ed altre circostanze conducono a ritenere che nella maggior parte dei casi l’atto amministrativo sia conforme a legge*”¹.

Sarà Massimo Severo Giannini nel 1959 a criticare la tesi della presunzione di legittimità².

Ad oltre 60 anni la questione della presunzione di legittimità dell’atto si ripropone nella giurisprudenza³.

La prevalenza dell’interesse pubblico sugli interessi privati, sottesa alla teoria della presunzione di legittimità dell’atto amministrativo, non appare compatibile con gli sviluppi in senso democratico dell’ordinamento⁴.

¹ G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, 54. Effettivamente meno ottimista sul perseguimento di finalità di interesse pubblico da parte dell’amministrazione era un Illustre Autore di epoca anteriore, v. A. CODACCI PISANELLI, *L’eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 291. L’A. rileva che lo strumento dell’eccesso di potere avrebbe potuto rivelarsi molto utile per il giudice amministrativo, ove egli si convinca che “... il potere pubblico, anche discrezionale, anziché verso il fine cui la legge lo dirigeva, fu rivolto allo scopo malvagio, partigiano o insulso di arrecare danni o vantaggi che la legge non prese di mira, egli potrà con salutare rigore, proferire la grave censura inclusa nell’annullamento”.

² M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 187.

³ V. ad es. Cons. St., Ad. Plen., 22.10.2007, n. 12, in www.lexitalia.it; Cons. St., sez. IV, 3.3.2014, n. 993, in www.lexitalia.it; Tar Veneto, sez. II, 26.3.2020, n. 289, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. IV, 4.11.2022, n. 9664, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴ V. in questa direzione, G. TROPEA, *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 3-4, 2019, 732 ss., ivi ampi riferimenti dottrinali sul punto.

Va aggiunto che lo stesso legislatore talvolta sembra riproporre la detta prevalenza.

Ad esempio, con l'art. 7 del d.lgs. 19.1.2017, n. 3, che regola le azioni per il risarcimento del danno per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

Obiettivo del presente lavoro sarà pertanto studiare le presunzioni nel diritto amministrativo, nel procedimento e nel processo amministrativo, anche attraverso l'analisi di fattispecie. Bisognerà verificare se il giudice amministrativo applichi la presunzione per evidenziare la supremazia di un determinato interesse dell'amministrazione (si pensi all'interesse della prevenzione della corruzione nella disciplina del conflitto d'interessi e nelle incompatibilità). Altresì esaminare se in certi casi il ricorso al meccanismo delle presunzioni da parte del giudice amministrativo sia meramente apparente, non essendo in senso stretto previsto dalla disciplina legislativa (si pensi ai procedimenti di sdemanializzazione ed alla verifica dell'interesse culturale). Inoltre accertare se il ricorso al meccanismo presuntivo sia dovuto all'ossequio a certi miti giuridici⁵, quale l'affermata presunzione di conoscenza rispetto alla pubblicazione degli atti amministrativi.

Si è autorevolmente ritenuto che una presunzione giurisprudenziale possa essere costituita dalla motivazione *in re ipsa* dell'interesse pubblico, che, affermata in sede di autotutela decisoria, non consente al cittadino di provare la lesione del principio di affidamento⁶. E tuttavia nel caso in esame non si profila presunzione alcuna, in quanto non è sufficiente una motivazione fondata esclusivamente sulla violazione delle norme. In sostanza, non può l'amministrazione annullare il provvedimento in relazione ad es. alla sola violazione della normativa urbanistica, dovendo considerare tutti gli altri presupposti dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990 (interesse pubblico concreto ed attuale, principio di affidamento, tempo ragionevole, ecc.).

Le presunzioni nel processo amministrativo sono state peraltro studiate di recente in riferimento al principio di non contestazione (*ex art. 64, comma 2, c.p.a.*), ovvero alla mancata ottemperanza dell'amministrazione

⁵ Sui miti giuridici, v. per tutti, S. ROMANO, *Mitologia giuridica, in Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa, Milano, 1983, 126 ss.

⁶ V. in questa direzione, F. PATRONI GRIFFI, *Il metodo di decisione del giudice amministrativo*, Relazione al Convegno su "La sentenza ingiusta e i suoi rimedi" – Castello di Modanella, Siena, 19-20.5.2017, p. 7 del paper.

all'ordine giudiziale di esibire documenti⁷ o ancora alla questione della piena conoscenza del provvedimento che inerisce al tema della decorrenza del termine d'impugnazione⁸, profilandosi una presunzione di carattere giurisprudenziale⁹. Anche rispetto a tutte queste ipotesi si dovrà verificare se effettivamente si configurino presunzioni.

Nel corso del lavoro si esaminerà non solo il meccanismo presuntivo ma anche quello probabilistico.

Ad es. per il giudice amministrativo¹⁰ il criterio del *più probabile che non* è presente nella previsione dell'art. 30, comma 3, c.p.a., per cui il giudice esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento dei mezzi di tutela previsti.

Sempre in tema di risarcimento del danno, si ritiene che il meccanismo del più probabile che non si configuri nel risarcimento per perdita di *chance*.

Secondo la dottrina, il legislatore altresì prevede un criterio probabilistico nelle misure cautelari che viene utilizzato dal giudice in ordine all'indagine sulla sussistenza del presupposto del *fumus boni iuris*. Ciò in conformità all'art. 55, comma 9, c.p.a.¹¹ che si riferisce alla "*ragionevole previsione sull'esito del ricorso*" e quindi ad uno scrutinio probabilistico sulla decisione finale che il giudice adotterà alla fine del processo¹².

Le due ipotesi (presunzione e probabilità) presentano differenze di rilievo, in quanto nella prima vi è un'inferenza logica pressoché automatica (dal fatto noto a quello ignorato), nella seconda una inferenza che potrà essere valutata con una certa discrezionalità da parte dell'amministrazione e dal giudice.

⁷ V.G. TROPEA, *Le presunzioni*, cit., 715 ss.

⁸ *Op. ult. cit.*, 732 ss.

⁹ *Op. ult. cit.*, 743.

¹⁰ V. Cons. St., Ad. Plen., 21.2.2011, n 3, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹ Disposizione che, com'è noto, riproduce la previsione dell'art. 3, l. n. 205/2000 di modifica dell'art. 21, comma 7, l. n. 1034/1971.

¹² F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non" e "oltre", "rilevante probabilità" e "oltre ogni ragionevole dubbio"*, *Paradigmi argomentativi e rilevanza dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 3, 2018, 1148.

Crocevia di questa distinzione sembra l'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990, per cui, per qualche impostazione, si tratta di una presunzione semplice¹³. Per qualche altra invece, si dovrebbe applicare un criterio probabilistico (più probabile che non), per cui sembra probabile o ragionevole (conforme a massime d'esperienza¹⁴), che se la comunicazione d'avvio del procedimento venga omessa si può ritenere annullabile il provvedimento, in quanto privo di apporti partecipativi tali che avrebbero potuto portare la decisione ad un diverso contenuto¹⁵. Tale criterio in esame è invero pienamente recepito nell'art. 21 *nonies*, sotto il profilo che l'Amministrazione non può annullare d'ufficio un provvedimento palesemente vincolato in presenza di vizi procedimentali, quando il contenuto dispositivo sarebbe stato lo stesso, o un provvedimento discrezionale adottato in assenza di comunicazione d'avvio quando valuti che la partecipazione del cittadino sarebbe stata inutile.

L'obiettivo del lavoro altresì quello di considerare il limite del ricorso da parte del giudice alla fattispecie presuntiva, in relazione al principio di legalità dell'azione amministrativa, che secondo l'art. 1 della l. n. 241/1990 deve svolgersi secondo determinate *modalità* e quindi non sembra ammettere una distribuzione dell'onere probatorio diverso da quello previsto dalla legge.

Invece, quando l'attività amministrativa sia regolata dal diritto privato, in relazione all'art. 1, comma 1 *bis*, l. n. 241/1990, le presunzioni avrebbero solo i limiti previsti dal codice civile in relazione alla gravità, precisione e concordanza *ex art. 2727 c.c.*, non applicandosi le norme in materia di procedimento amministrativo.

Il tema incrocia la questione del *creazionismo giudiziario*, cioè l'adozione di criteri probabilistici da parte del giudice non previsti da alcuna norma (si esaminerà qualche fattispecie in tema di appalti pubblici) e senza alcun criterio di calcolo, metodo invero richiesto dalla dottrina in tema di logica giuridica¹⁶.

¹³ V.L. FERRARA, *La partecipazione tra «illegittimità» e «illegalità»*. Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile, in *Dir. amm.*, 1, 2008, 103 ss.

¹⁴ Sulle massime d'esperienza, v. l'affascinante scritto di A. PIRAS, *Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente*, in *Jus*, 1, 1955, 79 ss.

¹⁵ V. in questa direzione, F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Il giudice amministrativo e l'inferenza logica: "più probabile che non"*, cit., 1125 ss.

¹⁶ V. ad es. C. PIZZI, *Diritto, abduzione e prova*, Milano, 2009, 155 ss.

La questione di fondo è in sostanza, se il ricorso al meccanismo presuntivo o probabilistico è fondato *effettivamente* su un criterio di normalità (*id quod plerumque accidit*), oppure sulla prevalenza di determinati interessi (interesse alla prevenzione della corruzione, alla repressione degli abusi edilizi, alla salute, ecc.), di volta in volta individuati.

Nella parte finale si cercherà di distinguere tra fattispecie presuntiva ed il ragionamento presuntivo.

Nella fattispecie presuntiva in senso stretto si profila l'inversione dell'onere della prova, che impatta con la "specialità" della fattispecie amministrativa che è regolata dalla legge proprio per limitare il potere autoritativo dell'amministrazione, così garantendo i diritti e le prerogative del cittadino.

Diverso è il ragionamento presuntivo, che si atteggia invece come modo di argomentare da parte dell'amministrazione e dal giudice per cui da certi indizi o elementi si può pervenire (ragionevolmente) ad una certa conclusione (c.d. presuntiva).

Da autorevole e risalente dottrina¹⁷, questa tipologia di ragionamento veniva ricondotta all'eccesso di potere, mediante meccanismi indiziari e presuntivi. Quest'ultimo invero, alla luce della sempre più crescente legislazione sul procedimento viene ad essere sussunto sempre più nella violazione di legge, in conseguenza di una legislazione sempre più "invasiva".

Si pensi ad es. alla previsione legislativa della motivazione analitica nei giudizi concernenti l'Asn, per cui l'omessa valutazione di un'opera minore del candidato da parte della Commissione, dà luogo ad una violazione di legge per omessa istruttoria, più che ad un indizio di eccesso di potere per difetto della stessa (v. l'art. 16, comma 3, lett. a), l. n. 240/2010).

Si discuterà se il ragionamento presuntivo possa collocarsi in senso proprio in un *procedimento presuntivo*, cioè in una sequenza di atti ed operazioni che pervengano ad una *conclusione presuntiva*. Procedimento che potrebbe, in taluni casi presentare dei vizi, quali il difetto di contraddittorio tra le parti, l'assenza dei requisiti di gravità, precisione e concordanza della presunzione. Inoltre, potrebbe configurarsi un erroneo apprezzamento da parte del giudice (o da parte dell'amministrazione), che, avendo a disposizione più elementi indiziari, ne considera solo alcuni,

¹⁷A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976, 326 ss.

pervenendo alla conclusione che nessuno di essi sia dotato di efficacia probatoria; oppure un omesso esame di elementi indiziari o un erronea percezione del materiale istruttorio, con un travisamento della prova; il ricorso a massime d'esperienza non condivise dalla collettività di riferimento o insufficienza della massima d'esperienza a fondare la decisione.

In ogni caso dovrà valutarsi se le norme sul procedimento amministrativo portino a limitazioni del ricorso al ragionamento presuntivo.

Infatti, l'art. 12, comma 1, della l. 11.9.2020, n. 120, di conversione, con modificazioni, del d.l. 16.7.2010, n. 76, introducendo il comma 2 *bis* nell'art. 1 della l. n. 241/1990, prevede che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.

Sotto il profilo del ragionamento presuntivo questa disposizione potrebbe avere notevoli ricadute, perché se il fatto deve essere accertato pienamente, non solo mediante l'acquisizione d'ufficio di determinati elementi da parte dell'amministrazione, ma rispetto alle informazioni che il cittadino dovrà fornire, l'incidenza del ragionamento presuntivo potrebbe essere (quantomeno) di gran lunga minore.