

MARTINA SINISI

Introduzione allo studio del potere autoritativo



Copyright © MMIX
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133 A/B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-2634-2

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: agosto 2009

INDICE

<i>Introduzione</i>	9
---------------------------	---

Parte prima POTERE PUBBLICO E AZIONE AMMINISTRATIVA

Titolo I IL POTERE AMMINISTRATIVO

Capitolo I

Il potere amministrativo

1. Potere amministrativo e principio di legalità	31
2. Il contenuto del potere amministrativo	42
2.a. <i>Segue</i> : L'unilateralità e la negoziabilità dell'azione amministrativa	46
2.b. <i>Segue</i> : L'esercizio imparziale e doveroso dell'azione amministrativa	50

Titolo II L'AZIONE AMMINISTRATIVA

Sezione I

Atto e provvedimento amministrativo

Capitolo I

Azione amministrativa e provvedimento amministrativo: autoritatività e imperatività

1. La teoria dell'atto e del provvedimento amministrativo: atti di imperio e atti di gestione. Cenni	55
--	----

2. L'efficacia dell'atto amministrativo	59
2.a. <i>Segue</i> : L'esecutorietà	62
2.b. <i>Segue</i> : L'esecutività	64

Sezione II

Attività autoritativa e attività non autoritativa della p.A.

Capitolo I

La connotazione del potere pubblico

1. Il provvedimento amministrativo come espressione del momento autoritativo dell'azione amministrativa. La pretesa "perdita di autoritatività". Alcuni spunti di riflessione	67
2. Gli effetti dell'imperatività del provvedimento: degradazione dei diritti, esecutività e inoppugnabilità. Ancora alcune riflessioni a margine	72

Capitolo II

L'attività autoritativa e l'attività esecutiva della p.A.

1. Un possibile criterio di distinzione: atti amministrativi discrezionali e atti vincolati. Critica	75
2. Gli atti paritetici	82
3. L'attività amministrativa "di confine": alcune esemplificazioni	87
3.a. <i>Segue</i> : La d.i.a.	87
3.b. <i>Segue</i> : Gli accordi	94
3.c. <i>Segue</i> : I comportamenti e i "quasi-comportamenti" della p.A. Rinvio	103
3.d. <i>Segue</i> : Il silenzio significativo come possibile forma di esercizio della potestà pubblica	109
4. Gli atti a contenuto favorevole	110
5. Gli atti ad autoritatività c.d. "attenuata". Rinvio	111

Capitolo III

L'attività non autoritativa della p.A.

1. La previsione del nuovo comma 1 <i>bis</i> dell'art. 1, l. 241/1990 e s.m.i	113
1.a. <i>Segue</i> : Gli atti disciplinati dal diritto privato salva diversa previsione di legge. Il comma 1 <i>bis</i> come possibile limite all'attività amministrativa autoritativa.	117

Titolo III

ESPRESSIONE ED EFFETTI DELL'ESERCIZIO DEL POTERE PUBBLICO

Capitolo I

L'autotutela come potenziamento del momento autoritativo

1. La riedizione del potere pubblico: i procedimenti di secondo grado	121
2. La revoca	126
2.a. <i>Segue</i> : Il problema dell'incidenza del potere pubblico sulle situazioni giuridiche consolidate. Il legittimo affidamento e i diritti quesiti	131
2.b. <i>Segue</i> : Il momento valutativo e il giudizio di prevalenza dell'interesse pubblico: <i>ius poenitendi</i> e sopravvenienze	136
2.c. <i>Segue</i> : Alcune considerazioni sulla disciplina del recesso negli accordi e sulla tutela indennitaria	142
3. L'annullamento d'ufficio	148
4. Autotutela pubblica e privata a confronto	151

Capitolo II

L'incidenza del potere amministrativo sulle situazioni giuridiche soggettive

1. Gli atti unilaterali	157
2. Gli effetti rispetto ai terzi	159
3. Gli atti consensuali	163

Parte seconda
LA TUTELA GIURISDIZIONALE

Capitolo I
Le forme di tutela

- | | |
|--|-----|
| 1. I criteri guida offerti dalla sentenza della C. Cost. n. 204 del 2004 | 169 |
| 2. La tutela avverso i “comportamenti” illegittimi e i “quasi-comportamenti” della p.A. | 172 |

Parte terza
**L’ESERCIZIO DI POTESTÀ PUBBLICISTICHE
DA PARTE DI SOGGETTI TERZI**

Capitolo I
Soggetti terzi la cui attività partecipa all’esercizio del potere pubblico

- | | |
|---|-----|
| 1. L’esternalizzazione delle potestà pubblicistiche | 181 |
| 2. Gli atti “sostanzialmente” amministrativi: l’esercizio dell’attività amministrativa da parte di soggetti privati | 188 |
| 3. <i>Soft law</i> , regolazione e atti ad autoritatività “attenuata” | 192 |
| 4. I poteri impliciti | 200 |
| 5. Gli impegni <i>antitrust</i> . Brevi cenni | 205 |
| <i>Considerazioni conclusive</i> | 211 |
| <i>Bibliografia</i> | 219 |

PARTE PRIMA

Potere pubblico e azione amministrativa

TITOLO I IL POTERE AMMINISTRATIVO

Capitolo I

Il potere amministrativo

SOMMARIO: 1. Potere amministrativo e principio di legalità. – 2. Il contenuto del potere amministrativo. – 2.a. Segue: L'unilateralità e la negoziabilità dell'azione amministrativa. – 2.b. Segue: L'esercizio imparziale e doveroso dell'azione amministrativa.

1. Potere amministrativo e principio di legalità

Il ricorso a nuove forme gestorie per lo più a cavallo tra il pubblico e il privato, conseguente all'esternalizzazione delle funzioni amministrative relative alla produzione di beni e all'erogazione di servizi, unitamente all'istituzione di Autorità di settore preposte alla regolazione e alla cura di interessi rilevanti e alla “nuova dotazione” di mezzi e strumenti negoziali, sono gli aspetti che maggiormente concorrono a delineare la rinnovata fisionomia assunta dall'azione amministrativa e il relativo spettro. Ed è proprio il nuovo assetto di interessi pubblici, insieme con le richiamate forme di gestione “esterna” dell'attività amministrativa con le quali tali interessi vengono perseguiti, oltre che il maggior spazio lasciato alla libertà di iniziativa economica privata che incoraggia alcune riflessioni sul ruolo attualmente svolto dalla “potestà pubblica” e, segnatamente: sulla misura in cui si possa ancora oggi parlare di potere autoritativo della p.A., nonché, sulla predicabili-

tà del carattere dell'autoritatività in relazione alla totalità dell'attività amministrativa o solo in riferimento a parte di essa, e sulla vigenza del principio di legalità nella c.d. Amministrazione di risultati, avendo riguardo alla nuova caratterizzazione del rapporto legalità–amministrazione, per poi valutare complessivamente se il nuovo assetto di interessi abbia portato ad una apprezzabile riduzione della sfera pubblica¹.

All'interno della prospettiva adottata, il rapporto tra legalità e potestà è destinato ad assumere un rilievo centrale in quanto la prima nozione si presenta allo stesso tempo attributiva e limitativa della seconda; non si può, infatti, trascurare la circostanza per cui alla diversa accezione in cui viene inteso il principio di legalità corrisponde un ampliamento o una riduzione della sfera pubblica e un vincolo più o meno stringente per l'esercizio (legittimo) del potere amministrativo².

¹ Il rapporto tra principio di legalità e Amministrazione c.d. di risultati è chiaramente messo in evidenza da S. GIACCHETTI, *Dalla «Amministrazione di diritto pubblico» all'«amministrare nel pubblico interesse»*, in *Foro amm. CDS*, 2006, 7–8, 2349, in cui, a fronte dei cambiamenti economici, l'A. rileva la necessità di «compatibilizzare la vecchia violazione di legge con la nuova e cioè il rispetto del diritto, con quello dell'economia», il che comporta l'opportunità di fare riferimento «contemporaneamente a due sistemi di coordinate separate e reciprocamente indipendenti (l'ordinamento giuridico e l'ordinamento economico». Sul tema si rinvia a M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

² Per un inquadramento generale, si vedano: L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. giur.*, vol. XVIII, Roma, 1990; U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane: legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Milano, 1946; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello stato democratico*, Padova, 1969; N. ZANARDI, *Becaria e Rousseau, ovvero principio di legalità e totalitarismo alle origini dello stato contemporaneo*, Milano, 1973; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; S. COGNETTI, *Principio di legalità e norma indeterminata*, Perugia, 1988; R. CAVALLO PERIN, *Potere di ordinanza e principio di legalità: le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; F. MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; F. SORRENTINO, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2001; S. PENSABENE LIONTI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati: atti del convegno, Palermo 27–28 febbraio 2003*, a cura di M. IMMORDINO, A. POLICE, Torino, 2004; S. PERONGINI, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, ivi; E. PICOZZA, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, ivi. Non si può non citare la semplicità con cui M.S. GIANNINI, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, II ed. a cura di A. MIRABELLI, Milano, 2000, 261, definisce il principio di legalità, affermando che esso sta a significare che «l'atto autoritativo di un pubblico potere deve avere come supporto una norma, la quale ne regoli il possibile contenuto e gli effetti giu-

In relazione a ciò sembra necessario sottolineare che i noti principi di tipicità e nominatività³ indicano proprio la predeterminazione nor-

ridici». Per la verità la circostanza per cui il principio di legalità sarebbe predicabile nella sola misura in cui la p.A. agisca autoritativamente apre la via a un terreno abbastanza incerto.

³ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 616, secondo cui: «La regola della tipicità dei provvedimenti amministrativi è sempre stata un principio generale del diritto italiano; ma ora essa si aggancia ai principi espressamente enunciati nella Costituzione. Per i provvedimenti destinati ad incidere sfavorevolmente nella sfera giuridica dei destinatari il principio di legalità esige infatti che questi ultimi siano garantiti dall'esistenza di un certo limite formale oltre che dall'esistenza di limiti sostanziali imposti all'azione dell'Amministrazione. Per i rimanenti provvedimenti e, tra gli altri, per quelli destinati a disporre in modo favorevole ai destinatari, la regola della tipicità discende invece dalle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa. Quanto si è detto importa anche la nominatività dei provvedimenti amministrativi: a ciascun interesse pubblico particolare da realizzare corrisponde un tipo di atto perfettamente definito dalla legge. L'azione amministrativa autoritativa si estrinseca cioè attraverso schemi tipici tassativi, scientificamente determinabili (e classificabili) in base all'ordinamento, i quali sono i vari tipi — le varie figure — dei provvedimenti [...]. Ognuno di essi è individuato da un particolare contenuto — il quale non è e non può essere altro voluto se non in relazione a certi particolari oggetti, se non nelle circostanze previste dall'ordinamento, se non in funzione dell'interesse o degli interessi pubblici specifici ai quali l'ordinamento lo vuole preordinato (il che vale a differenziare nettamente i provvedimenti amministrativi dagli atti negoziali di diritto civile, i quali — espressione tipica dell'autonomia privata — non sono in alcun modo vincolati nei fini da perseguire)». L'Illustrazione A. enuncia tra i criteri di classificazione i seguenti: il contenuto del provvedimento, il tipo di modificazione giuridica che esso è in grado di produrre (provvedimenti costitutivi, modificativi ed estintivi di *status*) e l'interesse che il provvedimento è volto a tutelare. Si veda anche G. CORSO, *cit.*, 166. La deroga al regime comune, giustificato dalla presenza di interessi "superindividuali", richiede che il potere si esprima in provvedimenti tipici, indicati dalla legge. Sempre sul punto, M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarità nella funzione amministrativa*, Milano, 2005. L'Autrice definisce gli atti amministrativi «strumenti dell'azione dei pubblici poteri», sia in virtù del rilievo funzionale che la legge assegna al provvedimento, sia in ragione della prevalenza dell'interesse pubblico sugli interessi privati che ad esso si oppongono; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007; M.S. GIANNINI, *op. cit.* Mentre nei rapporti tra privati la legge segna i limiti entro i quali è data possibilità di agire, qualora l'Amministrazione operi come autorità, la legge regola, e dunque vincola, ogni elemento della sua azione; M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959. Così l'Autore: «il principio di tipicità, impedendo alla amministrazione la più importante risorsa del privato, e cioè il negozio misto e innominato, contiene ciascun provvedimento entro misure ridotte». Sul potere pubblico e sulle incertezze classificatorie, si ricorda O. RANELLETTI, *Il concetto di "pubblico" nel diritto*, in *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992. L'A. rileva le difficoltà di definire le sfumature dell'aggettivo "pubblico", ove riferito al campo del diritto («Noi parliamo di diritto pubblico in contrapposito a diritto privato; di persona giuridica pubblica in antitesi a persona giuridica privata; di funzione pubblica e di funzionario pubblico; di amministrazione pubblica in contrapposizione a quella privata [...]). Qual è il significato del qualificativo "pubblico"? Include esso un concetto unico? E vi è un elemento che possa dirsi caratteristico di tale concetto? Questo è il problema»). Dalla sua analisi emerge che: «Una prima comune categoria è formata da quegli enti che hanno come loro attributo essenziale

mativa delle singole tipologie provvedimentali e dei loro possibili contenuti: a ciascuna di esse l'ordinamento attribuisce funzione e portata predeterminate che coincidono con la realizzazione dello specifico interesse-scopo pubblico alla cui tutela il provvedimento è preposto. Con ciò si tende a limitare l'incidenza sfavorevole che un'ampia gamma di provvedimenti amministrativi atipici potrebbe avere sulle situazioni soggettive dei destinatari, diretti e indiretti, oltre che a garantire che ciascun atto avente carattere limitativo trovi necessariamente la propria legittimazione in una fonte esterna, non essendo immaginabile che un potere possa autodeterminarsi.

L'azione amministrativa, fin dalla sua accezione più tradizionale, si caratterizza per il particolare grado di incidenza che accompagna le potestà ad essa connesse, di cui è indice indefettibile l'esecutorietà del provvedimento che costituisce espressione della determinazione autoritativa assunta dalla p.A., che ne determina la capacità di imporsi sulle sfere giuridiche dei singoli consociati che, di volta in volta, si trovano involontariamente a fronteggiare l'operato della p.A.⁴.

un potere d'impero, cioè un diritto subiettivo all'impero o all'esercizio di questo sui propri membri. In ogni collettività organizzata ad unità per raggiungere determinati scopi occorre una volontà o potere superiore direttivo, che ordinando ed eseguendo il proprio comando, dirige e contenga l'azione dei membri». Tali considerazioni valgono nonostante la potestà di impero non possa più essere intesa nel significato che tradizionalmente le è stato attribuito, e cioè di «potere dal punto di vista giuridico incondizionato, di imporre la propria volontà ad altri, cioè il potere di comandare incondizionatamente e di costringere direttamente e con propri mezzi gli obbligati all'esecuzione del comando» (O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912). Per una opportuna introduzione al potere pubblico, si vedano S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, 172; G. GUARINO, *Potere giuridico e diritto soggettivo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949; ID., *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario giuridico*, I, a cura di G. GUARINO, Napoli, 2000; A. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1964; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1985, 463; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; A. CERRI, voce *Potere pubblico e potestà*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990; G. DI GASPARRE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992.

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

Ed è proprio avendo riguardo all'attitudine del potere a incidere con una determinazione unilaterale, a contenuto quasi sempre sfavorevole, sulle situazioni giuridiche soggettive private che sembra ragionevole ritenere che esso debba incontrare ulteriori limiti rispetto a quelli imposti dal mero vincolo di scopo⁵.

Nei termini indicati il parametro della legalità crea una sorta di obbligo di verifica della congruità dell'esercizio del potere amministrativo e rileva tanto più quanto maggiormente articolato è il modello amministrativo che si assume come riferimento (si pensi all'esercizio di funzioni pubbliche da parte di soggetti terzi, che pure soggiacciono ai medesimi vincoli legislativi imposti all'esercizio della funzione amministrativa⁶).

Per di più, l'attività amministrativa sembra voler rappresentare il luogo di definizione e di piena realizzazione dell'interesse pubblico sotteso al provvedimento, connotandosi per lo più come un potere ad ampio raggio di discrezionalità⁷. Ed è su questo terreno in particolare

⁵ Così V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e «giusto procedimento»*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130, in termini di “*raffrontabilità dell'atto con la previa normativa*”. Per conformità alla legge si sottintende anche il rispetto degli atti normativi secondari e dei principi generali dell'ordinamento. Sul punto, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 42. A tal proposito occorre sicuramente menzionare l'incidenza dei principi di diritto comunitario sul sistema giuridico nazionale e la loro attitudine ad integrare il parametro di legalità (si pensi al principio dell'affidamento, che rileva soprattutto nel riesercizio del potere, implicando una forte considerazione della posizione del cittadino e, correlativamente, una significativa limitazione dei poteri della p.A.). A seguito delle riforme del 2005 non si può peraltro più parlare di una occasionale e sporadica influenza esercitata dal diritto comunitario sul diritto amministrativo interno, bensì di una vera e propria “comunitarizzazione”. Inoltre, accanto all'influenza diretta esercitata dal diritto comunitario sui diritti nazionali, è rilevabile anche una influenza, per così dire, “indiretta” o “indotta”; si tratta dei numerosi casi in cui il legislatore o la giurisprudenza aderiscono a schemi concettuali ovvero a soluzioni proprie del diritto comunitario, senza che sussista un vincolo di diritto in tal senso. Si vedano sul punto: S. CASSESE, *La Signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, 295 e D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2005, 1.

⁶ Lo stabilisce l'art. 1, comma 1 *ter*, l. 241/1990 e s.m.i. che, nel prevedere in via generale che l'attività amministrativa possa essere esercitata da «soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative», dispone altresì che tali soggetti, pur agendo nelle forme del diritto privato, «assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1».

⁷ In proposito si veda l'analisi compiuta da M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 265 ss, in relazione al dibattito che si investe l'attività discrezionale, riassunto nei seguenti termini dall'A. a) la discrezionalità amministrativa «è l'ambito libero delle potestà amministrative in quanto siano funzionalizzate: se e in quanto dette potestà siano volte alla cura di un interesse pubblico, esse sono funzione, e perciò rilevanti in tutto il loro svolgersi»;

che assume valenza dirimente il parametro della legalità come garanzia avverso il possibile abuso di potere, pur legittimando, in alcune circostanze, il parziale sacrificio dell'interesse di alcuni consociati in vista della piena realizzazione del preminente interesse della collettività.

Così ad esempio il diritto di proprietà, che nasce pieno ed esclusivo, può subire alcune limitazioni e talvolta essere assoggettato a vincoli imposti da ragioni di interesse pubblico; allo stesso modo in cui è possibile decadere dal beneficio di una concessione per modifica sopravvenuta della normativa che risulti incompatibile con il titolo assentito o, ancora, derogare al principio del legittimo affidamento con la conseguente esposizione del privato, destinatario di un provvedimento favorevole, ad atti di riesame della precedente determinazione amministrativa adottati in via di autotutela.

Ancora, volendo esemplificare, si pensi alla possibilità riconosciuta alla p.A. di imporre vincoli indiretti sui alcuni beni al fine di tutelarne l'interesse culturale⁸.

In proposito, l'art. 47 del c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42 del 2004 e s.m.i.), dispone che «il provvedimento contenente le prescrizioni di tutela indiretta è notificato al proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo degli immobili» e, trascritto

b) «l'interesse pubblico a cui la potestà è funzionalizzata costituisce per essa l'interesse primario, onde la cura di esso è canone di comportamento dell'autorità attribuita alla potestà»; c) in quanto ponderazione complessa, «la discrezionalità amministrativa è insieme giudizio di volontà o, più esattamente scelta». Sul variare storico del concetto di discrezionalità amministrativa, cfr. A. PIRAS, voce *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1959.

⁸ Sul vincolo indiretto, v. A. CROSETTI, *Commento all'art. 45*, in AA.VV., *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2006, 363 ss.; D. VAIANO, *Commento agli artt. 45, 46, 47*, in AA.VV., *Commento al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di G. LEONE, A.L. TARASCO, Padova, 2006, 356 ss.; G. FAMIGLIETTI, D. CARLETTI, *Commento all'art. 45*, in AA.VV., *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di R. TAMIOZZO, Milano, 2005, 208 ss.; M. PARINI, *Commento all'art. 45*, in AA.VV., *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. CAMMELLI, Bologna, 2004, 226 ss. In giurisprudenza su natura e funzione del vincolo indiretto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5784, in www.giustizia-amministrativa.it ID., Sez. VI, 29 aprile 2008, n. 1939, in *Foro amm CDS*, 2008, 4, 1223; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 14 agosto 2008, n. 860, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 6, 1004.

nei registri immobiliari, ha «efficacia nei confronti di ogni successivo proprietario, possessore o detentore»⁹.

Il provvedimento, dunque, acquista efficacia attraverso la notifica e, una volta trascritto, è opponibile ai terzi, salva la facoltà di farne oggetto di ricorso. Ciò significa che il provvedimento di per sé esplica i propri effetti, limitativi della sfera giuridica, non solo nei confronti del diretto destinatario, ma anche di eventuali successivi acquirenti, e che tali effetti possono essere inibiti solo tramite la proposizione di un ricorso amministrativo *ex art. 16 del Codice*, che tuttavia non determina la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato¹⁰.

Ciò non stupisce se si pensa alla “pluridirezionalità” dei provvedimenti amministrativi, in grado di esplicare effetti diretti o indiretti verso terzi, anche nel caso di atti favorevoli dal cui “beneficio” sono esclusi.

Dagli esempi fatti si può concludere per la necessaria “misurazione” della legittimità del potere sulla base della conformità del medesimo al fine pubblico e cioè all’interesse specifico previsto dalla legge.

Il rapporto che intercorre tra il principio di legalità e il potere amministrativo deve pertanto essere letto nei seguenti termini: il primo costituisce il parametro per valutare la corrispondenza dell’attività amministrativa alle prescrizioni normative; perciò, laddove la legge retrocede nell’individuazione dei contenuti di detta attività, si riduce inevitabilmente in misura corrispondente anche il vincolo prescrittivo che ad essa afferisce.

In tal modo assume una valenza risolutiva l’impostazione cui si sceglie di aderire in riferimento alla qualificazione del vincolo della legalità, legata alle oscillazioni tra una nozione di legalità di tipo sostanziale e una di tipo formale, se non addirittura “debolissima” (c.d. preferenza della legge), per cui tale vincolo verrebbe inteso in termini di mera non contraddittorietà dell’atto alla legge; interpretazione,

⁹ Per un commento all’articolo, si rinvia al contributo di D. VAIANO, Art. 47. *Notifica delle prescrizioni di tutela indiretta e ricorso amministrativo*, in AA.VV., *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. SANDULLI, Milano, 2006, 380.

¹⁰ Ulteriormente, a titolo esemplificativo, sul potere di autotutela del Sindaco nei riguardi dei beni del patrimonio comunale indisponibile e sui poteri di imperio di intervento immediato, sia per proteggere il bene da turbative, sia per eliminare le situazioni di contrasto con le esigenze di pubblico interesse, si veda Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2007 n. 6259, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 2, 517.

quest'ultima, cui corrisponde l'idea di una Amministrazione che può fare tutto ciò che non le sia impedito dalla legge¹¹.

Mentre il principio di legalità inteso nella sua accezione di “conformità formale” richiede uno specifico fondamento legislativo dell'azione amministrativa, con il rinvio alla conformità di tipo *sostanziale* ci si riferisce alla necessità che la p.A. agisca non solo entro i limiti fissati dalla legge, ma in conformità con la disciplina sostanziale da essa posta¹².

Le barriere che incontra il potere nel proprio esercizio appaiono perciò tanto più serrate quanto più ci si avvicina all'accezione di “conformità sostanziale” alla legge; nozione, quest'ultima, che determina una variazione in senso maggiormente restrittivo del modello di condotta che la pubblica Amministrazione deve tenere e della “misura” della relativa azione.

Vero è però che le modalità di esercizio del potere amministrativo, espresso in chiave partecipativa o consensuale, in cui i fini e le modalità dell'azione amministrativa vengono individuati attraverso forme “concertate”, implicano, ove possibile, una lettura direzionata del vincolo legislativo che impone di rivisitare il rapporto legalità–amministrazione in una visione orientata al risultato. La varietà dei moduli attraverso i quali viene esercitata l'attività amministrativa lascia spazi interpretativi sufficientemente ampi in merito.

¹¹ Sul tema si rinvia a A. R. TASSONE, *La normazione secondaria*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, I, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, 68, laddove si sottolinea che il principio di legalità può assumere estensione e intensità variabili: nei confronti di una attività amministrativa esso può avere valenza “bilaterale–formale” (ciò implica che ogni manifestazione di tale attività deve essere autorizzata dalla legge ma senza tuttavia la necessità di una disciplina dettagliata); oppure una valenza “bilaterale–sostanziale” (e cioè non ogni aspetto dell'attività considerata deve trovare fondamento nella legge, ma questa deve dettarne una regolamentazione esaustiva); ovvero “trilaterale — formale” (è necessaria una previsione legislativa solo per la parte di attività incidente su situazioni tutelate del cittadino); o “trilaterale–sostanziale” (l'autorizzazione a incidere su situazioni private disciplina a tutto tondo il potere conferito).

¹² In proposito, sul c.d. “blocco della legalità”, particolarmente evidente nel procedimento di revisione degli atti amministrativi, si veda J.R. FUENTES, I GASÓ e J GIFREU, *Il sistema di revisione degli atti amministrativi: la revisione d'ufficio e la revoca in Spagna e in Italia*, in www.giustamm.it.

Si pensi alla teoria del c.d. organo indiretto¹³, elaborata negli anni '90 e subito oggetto di critica da parte del Consiglio di Stato¹⁴ che si indirizzò in senso opposto al principio secondo cui un'Amministrazione, in assenza di una espressa previsione legislativa e tramite un mero provvedimento concessorio, potesse trasferire a soggetti privati poteri pubblici tipici, concludendo per l'impossibilità che la qualifica di "concessionario di lavori pubblici" potesse valere *ex se* a conferire agli atti riferibili a tale rapporto la natura di provvedimenti amministrativi.

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

Quanto ai poteri esercitati nell'ambito dei rapporti intercorrenti tra concessionario e terzo dunque, qualora essi non siano in alcun modo riferibili al rapporto originario, e segnatamente a un atto del concedente avente carattere imperativo, devono intendersi a tutti gli effetti assimilabili a potestà e facoltà inerenti a rapporti di natura privata¹⁵.

Tornando alla valutazione del corretto uso del potere, va detto che i parametri di congruità ai quali l'attività amministrativa deve ancorarsi presentano un contenuto più ampio rispetto a quello prescritto dalla legge nella sua accezione formale, tanto che si parla di *legittimità*

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

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

¹⁵ A favore dell'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative a pretese che trovano il proprio fondamento nel rapporto tra concessionario e terzo, purché l'Amministrazione concedente resti totalmente estranea a tale rapporto, non potendosi perciò ravvisare alcun collegamento tra l'atto autoritativo concessorio e il rapporto medesimo, si vedano: Cass, Sez. un., 21 ottobre 2005, n. 20339, in *Mass. Giur. It.*, 2005; ID., 25 giugno 2002, n. 9233, in *Arch. Civ.*, 2003, 436; ID., 7 agosto 2001, n. 10890, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I,101; ID., 23 luglio 2001, n. 10013, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

dell'azione amministrativa oltre che di legalità; ciò ad indicare la necessità che il provvedimento si conformi a criteri ulteriori e diversi dalla legge, ancorché ad essa collegati¹⁶.

Non si può dimenticare inoltre che l'“esatta misura” del principio di legalità è funzionale anche alla individuazione delle forme di tutela avverso un uso scorretto delle potestà attribuite, proprio in ragione del fatto che la sua proiezione più diretta è costituita dal principio di giustiziabilità, ovvero di “azionabilità”, desumibile dagli artt. 24 e 113 Cost., il quale assicura la tutela dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi ai provvedimenti adottati dalla p.A.

La stessa legge sull'azione amministrativa, nell'enunciare i principi generali relativi all'attività, statuisce all'art. 1, oltre alla predeterminazione legislativa dei fini, il rispetto dei criteri di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza, nonché dei principi dell'ordinamento comunitario; principi cui sono soggetti anche i privati preposti all'esercizio di attività amministrative (art. 1, comma 1 *ter*)¹⁷.

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

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

In proposito meritano alcune brevi considerazioni i fenomeni, cui si è fatto inizialmente cenno, dell'esternalizzazione dell'attività amministrativa, ovvero della "capacità amministrativa" di soggetti terzi, e della c.d. regolazione.

A quest'ultimo proposito sembra opportuno ricordare che l'autonomia privata non è condizionabile solo *ab externo* da parte dell'apparato amministrativo inteso in senso stretto, ma anche attraverso l'operato delle *Authorities*, che segna l'intervento pubblico nel settore economico¹⁸.

Il fenomeno della regolazione, di per sé elemento complesso di cui tener conto nel giudizio sul rapporto legalità–amministrazione e peraltro aggravato dall'uso di poteri atipici presupposti alla relativa funzione (c.d. impliciti), è stato per lo più interpretato alla stregua di una attività amministrativa "sostitutiva" di negozi giuridici privati¹⁹.

Il mercato e la tutela dei principi concorrenziali non sono cioè più demandati *tout court* alla piena autonomia delle parti private, ma ad esse vengono affiancati nuovi soggetti pubblici a presidio dei principi di stabilità del mercato, di effettività della concorrenza e di tutela di settori ritenuti rilevanti.

Nel descritto quadro di riferimento si collocano le *Authorities*, dotate di ampi poteri di vigilanza, sanzionatori e di controllo, capaci di adottare atti "sostanzialmente amministrativi".

Gli obiettivi alla cui tutela esse sono preposte trovano tuttavia spesso compiuta realizzazione solo tramite il ricorso a quella gamma di poteri definiti "impliciti", poteri cioè atipici che si dovrebbe ritenere che soggiacciono a quei vincoli, primo dei quali proprio quello legislativo di conferimento, genericamente posti a presidio di ogni forma di manifestazione della potestà pubblica.

I settori di interesse ai fini della ridefinizione del rapporto legalità amministrazione possono perciò essere descritti in tre piani: *a)* quello relativo all'indagine sulla legittimità dell'attribuzione di un potere normativo in capo ai predetti soggetti; *b)* la rappresentazione dell'azione amministrativa, così come essa risulta dalle forme di

¹⁸ Sul punto, si rinvia a F. MERUSI, G.C. SPATTINI, voce *Economia (intervento pubblico nell')*, in *Diz. Dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006.

¹⁹ Si veda F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 68.

gestione che coinvolgono soggetti terzi aventi “capacità amministrativa”; c) la disciplina e i controlli che presiedono alla descritta azione amministrativa e, in particolar modo, quella degli atti di natura *non autoritativa*, per i quali la legge stabilisce espressamente che l’Amministrazione «agisce secondo le norme di diritto privato» (art. 1, l. 241/90 e s.m.i.).

A tale ultima questione si ricollega quella più complessa relativa alla possibilità che non tutta l’attività amministrativa debba configurarsi come attività avente carattere autoritativo.

2. Il contenuto del potere amministrativo

È stato autorevolmente sostenuto che il potere pubblico è titolare di “potestà pubblicistiche”²⁰, ovvero che consente ai soggetti che ne sono investiti di avvalersi, per così dire, di «prerogative che esorbitano dal diritto comune»²¹.

Dalla significativa definizione data dall’Avv. Generale Mayras, si possono prendere le mosse per una introduzione alla caratterizzazione del potere pubblico.

²⁰ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 260 ss, secondo cui: «se al luogo delle “libertà” vanno poste le situazioni giuridiche soggettive, al luogo dell’ “autorità” vanno poste, più semplicemente le potestà pubbliche». Sul complesso nodo problematico che involge la nozione di potere pubblico, l’autorevole voce gianniniana ci dice, con estrema semplicità, che «il potere pubblico è titolare di potestà; il provvedimento con cui si esercitano le potestà produce effetti giuridici che, in termini generali, possono dirsi di recessione della situazione giuridica del soggetto passivo. Varia la specie e l’intensità della recessione; si va da fattispecie astratte nelle quali la situazione soggettiva di cui è titolare il soggetto si estingue (espropriazione, confisca), a quelle nelle quali è trasferita ad altro soggetto (trasferimenti coattivi), o subisce l’amputazione di facoltà più o meno essenziali (imposizione di servitù pubblica, divieti relativi alla circolazione di beni), o è sottoposta ad un regime autoritativo scelto dall’autorità, che si sostituisce alla scelta del soggetto o la elimina totalmente (autorizzazioni ad attività, pianificazioni territoriali o economiche, discipline autoritative di negozi interprivati), o si aggrega l’imposizione di obblighi personali o patrimoniali stabiliti dall’autorità (ordini di polizia, imposizioni tributarie), oppure di obblighi di comportamenti strumentali (ordini di denunciare, di registrare), e così via secondo criteri che possono talora giungere ad alta sofisticazione».

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

Essa, a prima vista, ci dà almeno due indicazioni da non poco conto: 1) il potere pubblico non trova la propria disciplina nel diritto comune; 2) “esorbita” da esso. Ciò evidentemente in ragione del fatto che la posizione dell’Amministrazione nei rapporti con gli amministrati necessita di istituti giuridici propri cui far riferimento che, seppure ispirati alle categorie generali del diritto, devono tenere conto dell’indiscutibile carattere di specialità della parte coinvolta, tanto da giustificare l’attribuzione di “prerogative che esorbitano il diritto comune”, pur senza legittimare così un abuso di diritto.

La terza indicazione che si può trarre, in realtà solo apparentemente, sembra riguardare l’ampiezza della sfera di esercizio del potere pubblico. Il fatto cioè che non venga menzionata la possibilità di ricondurre alcuni rapporti pubblici al diritto comune, ma si parli solo di “esorbitanza” da esso, sembra sottintendere la necessaria autoritarità di “tutta” l’attività amministrativa. A ben vedere però, si tratta di una indicazione presupposta, di per sé inidonea a risolvere il problema circa la possibilità di dare una configurazione unitaria all’attività amministrativa.

Si può scorgere un’ulteriore indicazione, che attiene alla possibilità che l’Amministrazione non sia l’unica titolare di potestà pubblicistiche, ben potendo esse appartenere a soggetti terzi («che ne sono investiti»); circostanza, questa, della quale si è già dato conto con riferimento ai fenomeni dell’esternalizzazione e della regolazione, oltre che attraverso il rinvio alla nuova formulazione di cui all’articolo 1, comma 1 *ter*, l. 241/90 s.m.i.

Solo a questo punto, in virtù delle considerazioni che precedono, si può pensare di dare una definizione del potere pubblico quanto più aderente possibile alla realtà dei fatti, tenendo conto delle caratteristiche sin qui tracciate.

Il potere amministrativo è stato variamente definito, per lo più in via riflessa rispetto ai tratti qualificanti i provvedimenti che ne sono espressione, come potere di tipo unilaterale, coercitivo e autoritativo. Certamente la raffigurazione del potere pubblico passa in primo luogo attraverso la sua caratterizzazione in termini di unilateralità, propria di tutti gli atti in qualche modo riconducibili a rapporti di supremazia; e del resto tale attributo rappresenta proprio la facoltà di incidere sulla sfera giuridica privata indipendentemente dal consenso del destinata-

rio del provvedimento, e ciò tanto in presenza di atti favorevoli quanto di atti a contenuto sfavorevole, ipotesi, quest'ultima, in cui è maggiormente apprezzabile il carattere dell'unilateralità²².

Iniziamo col dire che l'imperatività acquista il significato che le è proprio dal confronto con l'efficacia dell'atto; per usare parole autorevoli, essa è garantita dalla "disgiunzione tra validità ed efficacia"²³.

Il profilo dell'efficacia sembra perciò costituire un *quid pluris*, una sorta di valore aggiunto del provvedimento stesso che deriva dal suo "essere un atto di diritto pubblico"²⁴.

Dunque, gli atti amministrativi, o quelli sostanzialmente tali hanno un proprio vigore, che si concreta nella particolare forza del provvedimento (imperatività)²⁵, cui si affianca la potestà di imporre l'osservanza (esecutorietà).

L'imperatività, pur essendo il tratto maggiormente caratterizzante l'esercizio di qualunque potere, non è però da sola sufficiente a circoscrivere l'ambito di esercizio del potere amministrativo. Ma qualcosa forse si può ancora aggiungere.

Le caratteristiche enunciate non implicano né il carattere della permanenza né quello dell'immutabilità del potere; al contrario, il provvedimento si conforma costantemente al mutare degli obiettivi di interesse generale perseguiti dall'azione amministrativa e ciò spesso giustifica la necessità di disporre atti di secondo grado al variare delle ragioni di interesse pubblico che hanno condotto all'adozione di una precedente determinazione.

²² L'unilateralità è espressione primaria dell'imperatività del provvedimento amministrativo. Per una dettagliata ricostruzione storica e per spunti critici, si veda in particolare, B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 211 ss. Non si dimentichi che anche il diritto comune conosce fattispecie unilaterali, ma esse non hanno alcun carattere coercitivo nei confronti dei terzi, ponendo viceversa il vincolo a carico del solo proponente.

²³ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 316.

²⁴ B.G. MATTARELLA, *cit.*, 181 ss.

²⁵ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, 316, che definisce l'imperatività come «la produzione unilaterale di effetti giuridici a realizzabilità immediata e diretta. Il provvedimento costituisce, modifica ed estingue situazioni giuridiche soggettive altrui non solo senza il concorso o la collaborazione del soggetto a cui si dirige, ma anche contro la di lui volontà». Secondo F.G. SCOCA, mentre l'autorità del provvedimento consiste nella sua idoneità a modificare situazioni giuridiche senza necessità dell'altrui consenso, l'imperatività si manifesta in modo pregnante soltanto nella vicenda descritta come degradazione e affievolimento dei diritti soggettivi e cioè soltanto con riferimento alle modificazioni di segno negativo tipiche dei provvedimenti ablatori.

Le brevi considerazioni che precedono consentono di individuare due ulteriori caratteri di immediata riferibilità al potere pubblico, ovvero la sua coercibilità e la sua inesauribilità.

Quanto all'inesauribilità, è proprio nel "ri-esercizio", ovvero nell'esercizio in seconda istanza del potere che si apprezza maggiormente quella specialità di caratteristiche che consentono di raffigurarlo in termini di "potere che esorbita dal diritto comune", meritevole di una rappresentazione in termini di prerogativa e di privilegio dell'azione amministrativa²⁶.

Ciò è ancor più evidente se si pensa alla configurazione che si è soliti dare del rapporto tra Amministrazione e amministrati in chiave di rapporto autorità-libertà, in opposizione a qualunque schema contrattuale vigente in una dialettica paritaria²⁷.

I tratti sin qui delineati inducono a confermare la particolare qualità di cui sembra godere l'azione amministrativa, introducendo il più ampio tema di indagine, avente ad oggetto la possibilità di riferire il predicato dell'autoritatività a tutta l'azione amministrativa o solo a parte di essa²⁸.

²⁶ L'autotutela, secondo la celebre definizione gianniniana, è «il nome della potestà attribuita all'autorità amministrativa, per cui questa ha la possibilità di realizzare unilateralmente, e se necessario coattivamente, le situazioni di vantaggio che col provvedimento nascono a favore dell'Amministrazione», in *Diritto amministrativo*, cit., 280.

²⁷ E ciò, per M.S. GIANNINI, anche quando il diritto amministrativo inizia a perdere la sua connotazione originaria, fortemente autoritativa, per aprirsi a forme dialogate e procedimentali.

²⁸ Si veda sul punto M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 417 ss, in cui l'A. afferma che «non tutta l'attività amministrativa è manifestazione del momento di autorità» e che «se essa avesse carattere solamente imperativo, ne resteremmo tutti soffocati». Si legge inoltre che «I provvedimenti amministrativi efficaci, non illeciti e validi, acquistano una proprietà che si denomina autorità di provvedimento amministrativo [...] l'imperatività si deve ritenere un carattere proprio di tutti gli atti pubblici (o meglio, di quelli che comportano anche un minimo di potere dispositivo) una particolare forza che essi possiedono, automaticamente». Al rapporto tra "autorità" e "imperatività", inizialmente di coincidenza e successivamente di genere a specie, l'A. non sembra attribuire gran rilievo. Si veda per altro verso il problema dei provvedimenti favorevoli al destinatario (quali concessioni, autorizzazioni, ecc.), che è stato da alcuni risolto con la considerazione per cui, pur essendo tali provvedimenti ampliativi, essi riflettono la limitazione di una preesistente situazione soggettiva del privato. Da tale considerazione l'A. trae la seguente conseguenza: anche nei provvedimenti concessori è ravvisabile un momento autoritativo e ciò in ragione del fatto che anche l'attribuzione ad un privato di un beneficio particolare comporta l'incisione nella libertà degli altri. Ciononostante non può sfuggire l'evidente contrasto con la nozione di imperatività come incidenza sfavorevole sulle situazioni soggettive dei privati. Cfr. anche F. LIGUORI, *Note su diritto privato, atti non autoritativi e nuova denuncia di inizio dell'attività*, in www.giustamm.it, in cui l'A. individua due nuclei intorno ai quali ruota il concet-

2.a. *Segue: L'unilateralità e la negoziabilità dell'azione amministrativa*

Nei rapporti di diritto pubblico, a differenza di quelli che intercorrono tra soggetti privati, la cui regolazione vanta un fondamento di tipo contrattuale, l'Amministrazione dispone di poteri che trovano una "giustificazione" legislativa²⁹.

L'articolo 1 della l. 241/1990 e s.m.i. enuncia la disciplina e i principi ai quali deve attenersi la p.A. nell'esercizio della propria azione; in particolare, il comma 1 *bis*, prevede espressamente che la p.A. nell'esercizio dell'attività non autoritativa utilizzi gli strumenti di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente.

Viene dunque da chiedersi se il tradizionale carattere dell'unilateralità possa essere messo in discussione dalla circostanza per cui il nuovo *agere* amministrativo si caratterizza *anche* per l'adozione di moduli negoziali³⁰.

Si badi, la predeterminazione legislativa dei fini dell'azione amministrativa, la cui conseguenza è che essi non rientrano nella piena disponibilità della p.A. ma rispondono piuttosto a canoni di doverosità e continuità, portano a parlare di autonomia negoziale "limitata" della p.A.³¹

to di autoritatività: a) la capacità del provvedimento di modificare le situazioni giuridiche private, e dunque di innovare il preesistente assetto degli interessi; b) il coinvolgimento dei soggetti destinatari della decisione, il cui consenso non è richiesto affinché si produca l'effetto innovativo. L'incertezza sul contenuto del potere c.d. *autoritativo* desta alcune perplessità anche sulla possibilità di incentrare la distinzione tra discipline pubblicistiche e discipline privatistiche sulla dicotomia tra atto autoritativo e atto non autoritativo, da sempre ritenuta incerta. Si vedano sul punto F. LIGUORI, *L'attività non autoritativa tra diritto privato e diritto pubblico. A proposito del comma 1 bis*, in AA.VV., *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di F. LIGUORI, Bologna, 2007; A. TRAVI, *Autoritatività e tutela giurisdizionale: quali novità?*, in *Foro amm TAR*, suppl. al n. 6/05, 19; V. ITALIA, *Commento al comma 1 bis*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, a cura di V. ITALIA, Milano, 2005, 76 ss; B. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2004, 979 ss.

²⁹ Si veda G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006. L'Autore rileva come «il contratto significa consenso», pertanto l'interesse pubblico non potrebbe essere soddisfatto con un contratto quando la parte che dovrebbe concorrere rifiuta di prestare il proprio consenso.

³⁰ Per una ricostruzione generale del "nuovo" diritto amministrativo, si veda R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, 2005.

³¹ Si vedano: F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1960, ora in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 103 ss; F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*,

L'agire secondo norme di diritto privato non sembra, pertanto, implicare di fatto una rinuncia all'agire funzionale della p.A., tanto da aver meritato l'appellativo di "attività privata di interesse pubblico"³².

Passando alla disamina dei principi e della disciplina enunciati dal richiamato articolo 1, comma 1, della l. 241/90 e s.m.i., che dispone che l'Amministrazione agisca conformandosi ai fini individuati dalla legge, avendo riguardo ai principi di «economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza», nonché ai principi dell'ordinamento comunitario e avendo riguardo anche al successivo comma 1 *bis*, il quale statuisce che la p.A., nell'adozione di atti di natura non autoritativa «agisce secondo norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente», è bene rilevare come tale norma possa essere indifferentemente interpretata come disposizione volta a introdurre in via generalizzata la possibilità per la p.A. e per i soggetti privati preposti all'esercizio di funzioni amministrative, di cui al comma 1 *ter*, di ricorrere a strumenti di diritto privato nella cura dell'interesse pubblico alternativamente al modello provvedimentale, nonché come facoltà di rivisitazione degli istituti amministrativi in chiave civilistica, laddove la scelta tra provvedimento e contratto non sia possibile³³.

La revisione dell'azione amministrativa in chiave marcatamente consensuale suggerisce una riflessione sulla possibile connotazione del provvedimento amministrativo esclusivamente in termini di determinazione autoritativa o piuttosto anche quale atto avente contenuto di segno opposto³⁴.

Padova, 1959; U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965; L. MONFERRANTE, *La disciplina privatistica nell'adozione degli atti di natura non autoritativi della p.A.*, in www.giustamm.it.

³² S. GIACCHETTI, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di Gordio*, in *Cons. Stato*, II, 2004, 1647 ss. Si veda anche U. DI BENEDETTO, *Attività non autoritativi della p.A.: quali regole, quali finalità, quali tutele?*, relazione al Convegno di Sperlonga, 21-22 ottobre 2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ L. MONFERRANTE, *op. cit.*

³⁴ M.S. GIANNINI, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959; F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e giustizia nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987, II, 777 ss. Sul punto si veda anche il contributo di S. GIACCHETTI, *Dalla «amministrazione di diritto pubblico» all'«amministrare nel pubblico interesse»*, *cit.* in cui si rileva, conseguentemente alla fungibilità tra provvedimento e contratto (segnata dalla disciplina degli accordi *ex art.* 11, l. 241/90 e s.m.i. e dalla delibera CIPE del 21 marzo 1997 sulla programmazione negoziata dello Stato e degli enti pubblici territoriali, che

I criteri proposti dalla dottrina per discernere tra l'attività autoritativa e l'attività che, pur se riferibile alla cura di un interesse pubblico, non assuma carattere autoritativo, sono stati variamente individuati: essi spaziano dalla differenziazione tra atti favorevoli e atti sfavorevoli — perché in tale distinzione si ravvisa più facilmente la capacità del provvedimento amministrativo di incidere su situazioni soggettive indipendentemente dal consenso del destinatario³⁵ — all'utilizzazione del binomio attività discrezionale–attività vincolata.

Quanto al primo di tali criteri, valgono le seguenti considerazioni: mentre si è concordi nel ritenere che gli atti discrezionali sfavorevoli sono espressione dell'incidenza del potere amministrativo sulle sfere giuridiche dei consociati, tale incidenza è stata spesso esclusa per i provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari dell'atto.

In realtà il beneficio recato al privato da autorizzazioni, concessioni e altri atti ampliativi della sfera giuridica, non consente di attrarre legittimamente tali atti nella categoria degli atti non autoritativi e ciò soprattutto avendo riguardo agli effetti che essi, seppur favorevoli per il destinatario, esplicano nei confronti dei terzi per il descritto carattere della “pluridirezionalità” ad essi imputabile.

ha ammesso la «possibilità di attuare in via amministrativa nuove tipologie negoziali, anche al di fuori di quelle previste dalla legge, flessibilizzando gli strumenti in ragione delle concrete necessità»), che “si è arrivati ad un'amministrazione che per inerzia mentale continua a chiamarsi «pubblica» ma che — almeno in gran parte — è soggettivamente e operativamente privata” e che segna il passaggio dalla “amministrazione di diritto pubblico” all’“amministrare nel pubblico interesse”, accordando privilegio al profilo della funzionalizzazione dell'attività al conseguimento dell'interesse pubblico. Il sistema si viene pertanto a modellare su quello che l'A. definisce come un «diritto privato “di interesse pubblico”» che: *a)* «soggettivamente non è espressione di autonomia privata ma di discrezionalità amministrativa»; *b)* «oggettivamente non attiene a situazioni disponibili»; *c)* «formalmente deve esprimersi — a pena di nullità — nel perseguimento di un pubblico interesse che può trascendere quello delle parti»; *d)* «strutturalmente è di regola doppiato da un procedimento amministrativo di evidenza pubblica». Insomma, «è un diritto pubblico travestito da diritto privato». Con ciò però l'A. esclude che la circostanza che una p.A. scelga, in sede autoritativa, di adottare strumenti privatistici, possa significare che essi, una volta adottati «si portino appresso una sorta di imprinting autoritativo».

³⁵ Si ricorda il tentativo di costruzione unitaria della “teoria dei diritti pubblici soggettivi”, tesa a descrivere il legame tra cittadino e potere pubblico in chiave di diritto soggettivo-obbligo; nonché la concezione dell'interesse legittimo come riflesso dell'interesse pubblico, la cui protezione era pertanto accordata solo in via indiretta e riflessa.

In un'ottica economica, per dare una spiegazione al fenomeno, si fa generalmente riferimento al potere amministrativo in chiave di "allocazione delle utilità giuridiche", con funzione distributiva sia dei sacrifici che delle utilità, per cui gli stessi provvedimenti attributivi di un vantaggio a un determinato soggetto imprimerebbero un sacrificio di pari grado della sfera giuridica dei terzi (si pensi al caso di esclusione dal godimento di un bene pubblico già dato in concessione)³⁶.

Per quanto invece attiene al secondo dei criteri proposti, e cioè al binomio atti vincolati–attività non autoritativa e atti discrezionali–attività autoritativa, l'opinione di chi ritiene che gli atti vincolati non siano espressione del potere autoritativo della p.A., si fonda per lo più sulla considerazione per cui non vi sarebbe spendita di autorità al di fuori delle ipotesi nelle quali l'Amministrazione possa esercitare un potere di scelta, poiché in caso contrario la forza del provvedimento sarebbe riferibile alla legge e non dunque imputabile al potere amministrativo³⁷. Sulla scorta di tali considerazioni è stato differenziato il potere effettivo di scelta come centro di imputazione dell'autorità, spettante alla legge nel caso di atti vincolati, dal diverso potere di mera riproduzione dell'effetto; si parla in proposito di binomio potere costitutivo–potere determinante³⁸.

³⁶ M.S. GIANNINI, *op. cit.*; F.G. COCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1 ss. *Contra* D. SORACE, C. MARZUOLI, voce *Concessioni amministrative*, *Dig. disc. pubb.*, Torino, 1988, III; G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*

³⁷ In proposito, salvo il più ampio rinvio alla diffusa trattazione della questione (*infra* Titolo II, Sez. II, Cap. II, par. 1), si ritiene di dover citare, quasi a voler anticipare le conclusioni, l'ordinanza del T.A.R. Puglia, Lecce, n. 4590/07, in particolare nella parte in cui si chiarisce che: «oltre alla riferita inattualità della teorica dell'affievolimento del diritto soggettivo ad interesse legittimo, non appare neanche più conforme al sistema escludere dal novero dei provvedimenti amministrativi autoritativi quelli che sono manifestazioni di potere non discrezionale ma vincolato». Un ulteriore argomento a sostegno della inidoneità del carattere vincolato a fondare il discrimine tra attività autoritativa e non autoritativa, sembra peraltro che si possa rintracciare nella legge federale tedesca sul procedimento amministrativo (25 maggio 1976 s.m.i.) che, al § 40, stabilisce che: «Ove l'autorità possa agire sulla base della sua discrezionalità, essa deve esercitarla conformemente allo scopo per il quale il potere le sia stato attribuito e rispettare i limiti normativi posti alla discrezionalità», sottintendendo l'esercizio del potere discrezionale è una modalità, ma non la sola, di manifestazione dell'autorità.

³⁸ Si veda A.M. SANDULLI, *In tema di provvedimenti ministeriali su delibera del Consiglio dei ministri*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, I, 894 ss, ora in *Scritti giuridici*, III, Napoli, 1990, 93 ss; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996, 116 ss.

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

2. b. Segue: L'esercizio imparziale e doveroso dell'azione amministrativa

Si è detto che il corretto esercizio dell'azione amministrativa impone di conformare la medesima a canoni di imparzialità, come prescritto in Costituzione all'art. 97, e di osservare i più generali principi di buon andamento e di buona amministrazione, oltre che quelli di diritto comunitario, secondo la nuova enunciazione di cui all'art 1, l. 241/1990 e s.m.i. che ne ha esplicitato l'obbligo.

Occorre però specificare il contenuto e la portata di alcuni principi sin qui richiamati: mentre il buon andamento, secondo il costante insegnamento di scienza dell'amministrazione, equivale sostanzialmente all'efficienza; l'imparzialità, originariamente usata per connotare la neutralità della posizione assunta dalla p.A. nei confronti dei titolari degli interessi coinvolti, indica oggi piuttosto la necessità che essa, nell'adottare i propri atti, operi una previa ponderazione di tutti gli interessi legislativamente tutelati e coinvolti nel programma di azione. Non a caso il maggior numero di manifestazioni del principio di imparzialità si ritrovano nel procedimento amministrativo (si pensi alle prescrizioni in tema di contraddittorio, di completezza dell'attività istruttoria, di motivazione, di pubblicità degli atti, ecc.).

Ne risulta che tale nozione assume ad oggi una connotazione per lo più positiva e dinamica volta a descrivere le modalità di esercizio dell'azione amministrativa nel porre in essere un comportamento attivo finalizzato alla realizzazione di un determinato assetto dei rapporti giuridici ad essa sottesi.

L'imparzialità, che ai nostri fini rileva maggiormente per ciò che attiene all'attività amministrativa che non piuttosto del diverso profilo

dell'organizzazione, si lega ai c.d. autolimiti, ovvero a quell'insieme di modalità e criteri predeterminati e autoimposti cui le Amministrazioni devono attenersi nell'esercizio del proprio potere per consentire una costante verifica di rispondenza tra le scelte operate e i criteri fissati per la realizzazione degli obiettivi³⁹.

Da questo punto di vista, e per quel che qui rileva, non appare revocabile in dubbio che l'obbligo di imparzialità aiuti a realizzare l'efficacia dell'azione amministrativa, concorrendo a direzionare la medesima e ad orientarne l'operato verso il pieno soddisfacimento degli obiettivi individuati, con evidenti riflessi anche sul buon andamento⁴⁰.

Un ulteriore profilo di cui si deve dare conto è senz'altro quello della doverosità in virtù del quale la p.A. calibra la propria azione sul *dovere* di perseguire uno specifico interesse pubblico⁴¹.

³⁹ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 47 ss, secondo cui, laddove l'attività di scelta dovesse tener conto della *congruità delle valutazioni finali*, si verterebbe nell'ipotesi di "parzialità", cioè di un «ingiustificato pregiudizio o una indebita interferenza di alcuni interessi».

⁴⁰ Il principio del buon andamento si avvicina al "diritto ad una buona amministrazione" previsto dalla Carta di Nizza (art. 41), nonostante esso configuri un diritto, ovvero una pretesa azionabile dal cittadino mentre la Costituzione invoca il principio del buon andamento (art. 97) esclusivamente in virtù del legame che esso ha con l'interesse pubblico. Sul punto si vedano AA.VV., *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, a cura di A. CELOTTO, Torino, 2004; M.A. SANDULLI, *Buona amministrazione e costituzione europea*, ivi, e D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. It. Dir. pubb. com.*, 2005, 3-4.

⁴¹ Sul principio di doverosità si vedano A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, secondo cui la doverosità è causa, oltre che scopo della potestà pubblica. Solo recuperando la posizione del dovere quale *prius logico* del potere, la potestà risulta vincolata, per così dire, da due estremi: «l'amministrazione più che detentricessa di un potere vincolato nel fine è obbligata da un dovere eventualmente potestativo nel mezzo». Solo con lo Stato di diritto, e dunque con l'avvento dei principi di separazione dei poteri e di legalità, si ha l'effettivo riconoscimento del principio di doverosità, garantito dalla circostanza per cui i fini pubblici vengono definiti da un potere diverso di quello chiamato a realizzare i medesimi. Al vincolo di indisponibilità così creato conseguono limitazioni più o meno ampie nell'esercizio del potere. Si veda anche G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2006, 168. Nella maggior parte dei casi l'esercizio del potere amministrativo appare essere *doveroso*. Così l'art. 2, l. 241/1990 e s.m.i. statuisce che «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso». Il dovere di attivarsi è pertanto imposto dalla legge o consegue (almeno nella maggior parte dei casi) all'istanza del pri-

Le “ricadute” del principio di doverosità sul potere amministrativo non sono trascurabili se si pensa che la cura del fine pubblico come obiettivo ultimo dell’azione della p.A. ha plasmato il potere, rendendolo limitato e funzionalizzato⁴².

Per meglio comprendere la configurazione dei rapporti giuridici e l’assetto degli interessi ad essi sottesi, è opportuna una preliminare valutazione del legame che esiste tra “potere” e “dovere”: se cioè si debba configurare l’attività amministrativa in chiave prioritariamente potestativa o piuttosto doverosa⁴³.

Indubbiamente il binomio dovere–potere esprime una priorità logica, essendo la potestà il mezzo per l’adempimento delle funzioni cui un apparato amministrativo è preposto. Analizzandone i riflessi pratici, ovvero le conseguenze che la preminenza del potere sul dovere può concretamente avere sulle forme di manifestazione della potestà pubblica, non vi è dubbio che una esasperazione del carattere dell’autoritatività porterebbe a una contrazione della sfera della doverosità e viceversa. È vero infatti che la doverosità, che sia intesa quale *prius* logico o piuttosto come un mero attributo della potestà pubblica, incide necessariamente sulla configurazione di quest’ultima. Un soggetto titolare del potere può perciò avere la facoltà o il dovere di esercitarlo, in tal caso le norme possono vincolarne la direzione o la modalità di esercizio.

Ebbene, si deve forse primariamente ricordare che l’autoritatività non rende la p.A. un soggetto estraneo a qualsiasi vincolo, e ancor meno a quelli di scopo. Il carattere della supremazia non va però riferito tanto all’Amministrazione in sé, non sussistendo più un rapporto di “sudditanza” tra p.A. e amministrati, quanto piuttosto all’interesse

vato (si pensi ai numerosi casi di autorizzazione, concessione, abilitazione, ecc.), rimanendo del tutto marginali i casi in cui la p.A., pur non essendo tenuta a iniziare un procedimento, decida di avviarlo (si pensi agli atti di secondo grado).

⁴² Tanto che si ritiene che il fondamento dell’autoritatività dell’atto amministrativo deve porsi *non tanto nella potestà di sovranità dello Stato quanto nell’asservimento della p.A. agli interessi della collettività*, così Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 1990, n. 435.

⁴³ Nelle concezioni assolutistiche del potere pubblico il sovrano non rispondeva del proprio operato in ragione di un dovere nei confronti del suddito. Molto distante da una concezione doverosa, il potere sovrano, assoluto e perpetuo, anche quando concepito come *ius promovendi salutem publicam*, trovava un proprio limite solo ed esclusivamente nelle leggi divine e naturali. L’unico vincolo riconosciuto era quello per cui «il principe deve al suddito giustizia, tutela e protezione» (*Bodin*).

pubblico, da considerare perciò appartenente all'ordinamento⁴⁴. In vista di tale superiore interesse la p.A. soggiace sia ai vincoli imposti dalla legge che a quelli di comune buon senso, sintetizzabili, questi ultimi, nel principio di ragionevolezza⁴⁵; non a caso la finalizzazione all'interesse collettivo vincola spesso il titolare del potere anche nella scelta relativa alle modalità del suo esercizio, oltre che a una congrua valutazione e a un equo bilanciamento tra l'interesse pubblico perseguito e gli interessi privati confliggenti. Ciò è in linea con il costante insegnamento per cui la soddisfazione dell'interesse primario deve avvenire con il minor sacrificio di quelli secondari (come avviene ad esempio nei casi dei limiti posti all'espropriazione o alla revoca di un provvedimento costitutivo di diritti).

Si pensi alla doverosità c.d. procedimentale, ovvero al dovere di procedere e di provvedere che grava in capo alla p.A. ai sensi dell'art. 2, l. 241/1990 e s.m.i. L'esercizio della potestà pubblica attraverso l'attivazione di un procedimento volto all'adozione di un provvedimento espresso, spesso limitativo della sfera giuridica di taluni soggetti, impone ad ogni modo di ragguagliare l'interesse perseguito a quello ad esso contrapposto, in primo luogo tramite la previsione di una serie di garanzie partecipative quali l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento, la motivazione del provvedimento, ecc⁴⁶.

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

⁴⁴ Per una riflessione sull'interesse pubblico, si veda M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della p.a. nelle sue diverse forme alla luce della novella della l. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*. È proprio in ragione del perseguimento dell'interesse pubblico che vengono predisposte le forme di intervento dei pubblici poteri. Neppure il ricorso a strumenti di tipo consensuale o privatistico pare poter porre in discussione il carattere indisponibile dell'interesse pubblico. La sua appartenenza all'ordinamento inteso in senso collettivo, rende possibile che per la tutela del medesimo possano agire non solo soggetti pubblici ma anche soggetti privati (e ciò spiega anche il ricorso a un diritto privato "speciale").

⁴⁵ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

⁴⁶ Cfr. G. PASTORI, *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, a cura di U. ALLEGRETTI, A. ORSI BATTAGLINI, D. SORACE, Rimini, 1987.

Al di là delle differenti manifestazioni del principio di doverosità ciò che rileva è il tratto costante della sua strumentalità, ossia il vincolo di scopo cui esso è preordinato.

Sulla base delle considerazioni sin qui svolte sembra doversi concludere per l'imprescindibilità del legame tra potestà e doverosità, nonché per l'impossibilità di individuare una priorità logica dell'una rispetto all'altra in virtù della considerazione per cui entrambe sono connotazioni di una azione amministrativa funzionalizzata nei confronti della quale ciascuna di esse assume una funzione servente, caratterizzandosi per la strumentalità reciproca.