AMBIENTEDIRITTO	

LINEAMENTI SULL'INTERESSE PUBBLICO TRA MITO E REALTÀ.

Giovanna Mastrodonato*

Abstract (It) La nozione di interesse pubblico è stata oggetto nel corso degli anni di molteplici studi, con impostazioni e conclusioni diverse, suscitate dai mutamenti delle successive forme di Stato e soprattutto delle trasformazioni subite dall'ordinamento e dalla pubblica amministrazione. Segnatamente, proprio il passaggio da un'amministrazione di stampo autoritativo ad un'amministrazione dapprima intesa come funzione, poi come funzione partecipata, ha implicato un'accentuata valorizzazione della ricerca di un interesse pubblico molto più concreto e "dinamico" rispetto a quello identificato esclusivamente con il fine di volta in volta prefigurato dall'ordinamento attraverso la norma attributiva del potere ad un soggetto amministrativo. Lo studio, muovendo da un'esigenza, fortemente avvertita in dottrina, di storicizzazione dell'interesse pubblico e dall'analisi di istituti di partecipazione procedimentale nella duplice declinazione di strumenti garanzia e di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa, tuttora riconducibili al procedimento amministrativo, appare preordinato a valorizzare una nuova "cultura dell'interesse pubblico demitizzato", pur se, nel contempo, ancorato a parametri propri di un'attività non libera nei fini. Si conferisce, in tal modo, piena democraticità al "nuovo ordinamento amministrativo", trasformando l'amministrazione distante ed autoritaria in un'amministrazione al passo con i tempi, efficace e attenta alle esigenze della comunità.

Abstract (En) Over years, public interest notion has been topic of numerous studies, with different approaches and conclusions, triggered by changes across multiple statehood forms and, above all, by changes in the legal system and public administration. In particular, shift from an authoritative administration into an administration acting through function, then as a participatory function, has implied an accentuated exploitation of the search for a much more current and dynamic notion of public interest compared to the one identified with the purpose of each time prefigured by order by rules attributing power to an administrative subject. The study, starting from a need, strongly felt in doctrine, of historicizing the public interest and from the analysis of institutions of procedural participation in the dual declination of instruments guarantee and effectiveness and efficiency of administrative action, still attributable to the administrative procedure, appears pre-ordered to enhance a new "culture of public interest demystified", although, at the same time, anchored to the parameters of a non-free activity in the purposes. In this way, full democracy is given to the "new administrative order", transforming the distant and authoritarian administration into an administration in step with the times, effective and attentive to the needs of the community.

Parole chiave: interesse pubblico; pubblica amministrazione; procedimento amministrativo; evoluzione

Key words: public interest; public administration; administrative procedure; evolution

SOMMARIO: 1. Definizione di interesse pubblico nella dottrina tradizionale e criteri alla base della sua individuazione. **1.1.** Interesse e interesse pubblico. **1.2.** Interesse pubblico e interessi privati. **1.3.** Interesse pubblico e interesse generale. **1.4.** Interesse pubblico, interesse della collettività e interesse sociale nella nuova costituzione economica. **1.5.** Interesse pubblico tra dimensione statale (o sovranazionale) e dimensione territoriale. **1.6.** La ricostruzione dell'interesse pubblico intorno al concetto di valore. **2.** Storicizzazione del concetto di interesse pubblico. **3.** L'interesse pubblico nel procedimento amministrativo come luogo di inveramento dell'interesse. **4.** Interesse pubblico e motivazione del provvedimento. **5.** Interesse pubblico e partecipazione al procedimento. **6.** Interesse pubblico e revoca. **7.** Interesse pubblico e annullamento d'ufficio. **8.** Verso una nuova cultura dell'interesse pubblico "demitizzato".

1. Definizione di interesse pubblico nella dottrina tradizionale e criteri alla base della sua individuazione.

Se è vero, come è stato recentemente posto in luce in dottrina, che «il diritto amministrativo è in costante mutamento, ma esso non ha carattere lineare e progressivo, bensì è segnato da frequenti contrasti e crisi, a volte da regressi»¹, è altrettanto certa una sua evoluzione, fino a ricomprendere - negli ultimi anni - anche il concetto di interesse pubblico²,

^{1 *}Ricercatrice di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi di Bari.

Così G. DELLA CANANEA, Genesi e sviluppo del diritto amministrativo, in G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE, M. RAMAJOLI, Manuale di diritto amministrativo, Torino, 2022, p. 2

² Cfr. sul tema, senza alcuna pretesa di esaustività, i contributi di: S. ROMANO, Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato (1930), ora in Scritti minori, II, Milano, 1950, p. 299; A. CATELANI, In tema d'interesse pubblico e di interesse privato nella giurisdizione amministrativa di legittimità, in Foro amm., 1967, II, p. 28; W. CESARINI SFORZA, Sul concetto di interesse generale, (1935) ora in Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto, Milano, 1967, II, p. 263; E. BETTI, Interesse (teoria generale), in Noviss. Dig. It., VIII, Torino, 1962, p. 839; L. MIGLIORINI, Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici, Riv. trim dir. pubbl., 1968, p. 274; G. AMATO, L'interesse pubblico e le attività economiche private, in Pol. Dir., 1970, p. 448; E. CANNADA BARTOLI, Interesse (dir. amm.) in Enc. Dir., XXII, Milano, 1972; A. PIZZORUSSO, Înteresse pubblico e interessi pubblici, în Riv. trim dir. e proc. civ., 1972, p. 57; A. ANGIULI, La tutela degli interessi superindividuali nella giurisprudenza amministrativa, in Dir. Soc., 1983, p. 337; ID., Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie, Napoli, 1986; D. SORACE, Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni, Foro it., 1988, V, p. 205; V. SPAGNUOLO VIGORITA, Situazioni soggettive private e processo amministrativo: per l'attuale difesa dell'interesse pubblico, in Dir. proc. amm., 1988, 320; G. OPPO, Diritto privato e interessi pubblici, Riv. dir. civ., 1994, I, 25; G. PASTORI, Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione, in Studi in onore di P. Virga, Milano, 1994, II, p. 1305; M. SPASIANO, Interesse pubblicointeresse privato: la crisi della «grande dicotomia», Legalità e giustizia, 1995, p. 547; ID., Interesse pubblico e attività amministrativa, in F.G. Scoca (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2019, p. 15; F. BASSI, Brevi note sulla nozione di interesse pubblico, in Studi in onore di Feliciano Benvenuti, Modena, 1996, I, p. 243; M. STIPO, L'interesse pubblico: un mito sfatato?, in Scritti in onore di M. S. Giannini, Milano, 1998, III, p. 907; ID., Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi, in F. Astone, M. Caldarera, F. Manganaro, F. Saitta, N. Saitta, A.Tigano, Studi in memoria di Antonio Romano Tassone, vol. III, 2017, p. 2569; M. BOMBARDELLI, Decisioni e pubblica amministrazione: la determinazione

AMBIENTEDIRITTO

che - com'è noto - è stato a lungo considerato fondamentale per la caratterizzazione stessa del diritto amministrativo.

La circostanza che le trasformazioni del diritto amministrativo abbiano coinvolto il nucleo concettuale e le modalità di concepire l'interesse pubblico confermerebbe la centralità della categoria, tanto dell'organizzazione, quanto dell'azione delle pubbliche amministrazioni.

La nozione di interesse pubblico è stata approfondita da una pluralità di angoli prospettici, essendo le riflessioni che l'hanno investita orientate, se non determinate, da concezioni di ordine generale sui rapporti tra cittadino e Stato, sul ruolo delle amministrazioni pubbliche e sul significato della pubblicità di queste ultime; fino a configurarla, in una prospettiva che potrebbe apparire a tutta prima quasi rinunciataria, come una sorta di "mito"³, o addirittura un'etichetta sotto la quale possano svolgersi con disinvoltura le peggiori "malefatte" dell'autorità⁴.

Pur non essendo questa la sede per indagare *funditus* un tema relativo all'origine del diritto amministrativo, si può probabilmente ipotizzare che alla base della molteplicità delle ricostruzioni vi siano le profonde trasformazioni sociali e giuridiche tipiche dello Stato pluriclasse, innestatesi su di una concezione kantiana volta a configurare un diritto irreale, astratto; impostazione stratificata che ha finito per determinare «la viva esigenza di eliminare il taglio con la realtà, con la storia»⁵.

procedimentale dell'interesse pubblico, Torino, 1996; N. PAOLANTONIO, Interesse pubblico specifico e apprezzamenti amministrativi, Dir. amm., 1996, p 413; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, I nuovi confini dell'interesse pubblico nella prospettiva della revisione costituzionale, in I nuovi confini dell'interesse pubblico e altri saggi, Padova, 1999, p. 97; ID., La definizione dell'interesse pubblico tra politica e amministrazione, in A. Contieri (a cura di), L'interesse pubblico fra politica e amministrazione, Napoli, 2010, II, p. 242; G. CORSO, Atto amministrativo e interesse pubblico nella legislazione degli anni novanta, in Studi in onore di A. Pensovecchio Li Bassi, Torino, 2004, I, p. 323; S. GIACCHETTI, Dalla «amministrazione di diritto pubblico» allo «amministrare nel pubblico interesse», Foro amm.-Cds, 2006, p. 2349; A. CONTIERI, F. FRANCARIO, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), L'interesse pubblico tra politica e amministrazione, Napoli, 2010; A. ROMANO TASSONE, « Atto politico » ed interesse pubblico, ibidem, p. 311; R. FERRARA, L'interesse pubblico al buon andamento delle pubbliche amministrazioni: tra forma e sostanza, in Studi in onore di Alberto Romano, Napoli, 2011, I, p. 335; V. CAPUTI JAMBRENGHI, Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione, in AA.VV., Studi in memoria di Roberto Marrama, Napoli, 2012, p. 103; S. PERONGINI, La tutela giurisdizionale avverso l'inerzia della pubblica amministrazione e l'interesse pubblico, in AA.VV., Scritti in memoria di Roberto Marrama, cit., p.765; G. M. CARUSO, E. GUARNA ASSANTI, L'interesse pubblico tra dinamiche organizzative e profili consensuali, in www.AmbienteDiritto.it, 2020; R. CAVALLO PERIN, La cura dell'interesse pubblico come dovere istituzionale che esclude l'annullamento per violazione di legge, in Dir. amm., 2022, p. 119.

³ M. STIPO, L'interesse pubblico: un mito sfatato?, cit., spec. p. 909.

⁴ L'espressione è di M.S. Giannini, fortemente critico rispetto alla riflessione giuridica precedente. In particolare, sull'impostazione teorica di V.E. Orlando che, muovendo da analisi critiche delle tendenze dei giuristi italiani, inclini a riflessioni politologiche e sociologiche, aveva sostenuto la necessità dell'uso rigoroso ed esclusivo del metodo giuridico e dell'analisi sistematica nell'approccio gnoseologico alle istituzioni dello Stato unitario, "collocando al centro la nozione di interesse pubblico" (Così S. CASSESE, *Giannini, Massimo Severo. Il contributo italiano alla storia del diritto*, in *Enc. Treccani online*, 2012), M.S. Giannini osservava che "l'attenzione per il concetto di interesse pubblico come vincolo finalistico dell'attività pubblica era errato, essendo compresenti nell'ordinamento più interessi pubblici in conflitto tra di loro" (S. CASSESE, *op. ult. cit.*). Inoltre, dalla "rottura della nozione unitaria di interesse pubblico" derivano l'"abbandono della nozione monistica dello Stato-ente e la tesi della discrezionalità amministrativa come ponderazione di interessi pubblici" "secondo una concezione non meccanicistica" (*ivi, loc.cit.*).

⁵ E. CANNADA BARTOLI, voce Interesse (dir.amm.), cit., spec. p. 3.

AMBIENTEDIRITTO	
-----------------	--

O, in alternativa, che la tendenza a ricercare la nozione di interesse pubblico come collegata strettamente alle contrapposizioni interesse legittimo/potere discrezionale e potere discrezionale/interesse pubblico abbia determinato, sulla scorta di una sapiente riflessione, l'attrazione dell'interesse pubblico nella sfera della destinazione di una rapportualità incentrata sull'altro elemento volta a volta assunto come principale di tale relazione logicogiuridica: quello del potere discrezionale o dell'interesse legittimo.

Con la conseguenza che la posizione dell'interesse pubblico ha finito per costituire una sorta di postulato⁶.

In realtà, l'interesse pubblico si afferma in un ambito concettuale che sembra gravitare intorno all'amministrazione pubblica «in genere o in una qualsiasi specificazione: alla sanità, all'edilizia, all'istruzione ecc.». Al contrario, all'interesse legittimo fa esplicito riferimento la Carta costituzionale con la norma sulla libertà di agire in giudizio (art. 24) per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi; e con la previsione di cui all'articolo 103, secondo cui il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti.

Infine all'articolo 113 i Costituenti hanno disegnato un regime di tutela assai esteso per i diritti e per gli interessi legittimi, disponendo che contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale delle due fondamentali situazioni soggettive, diritti e interessi legittimi.

Dunque, appare necessario tener conto della tesi secondo cui l'interesse legittimo, a differenza dell'interesse pubblico, «gravita intorno al cittadino, inteso in quel senso antonomastico proprio dei nostri studi»⁷.

Non per marcare una differenza, anzi, proprio al contrario, per cercare di individuare il collegamento tra le due nozioni, esso è stato individuato nella norma di cui all'art. 97, comma secondo, Cost. che nell'esprimere riserva, sia pure relativa, in favore della legge, quanto all'organizzazione degli uffici della pubblica amministrazione (infatti, si può aggiungere un riferimento nell'art. 95, comma terzo Cost., che riserva alla legge il compito di provvedere «all'ordinamento della Presidenza del Consiglio e determina il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei Ministeri») precisa la finalità dell'assicurazione del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione.

Con riferimento anche all'attività –come oggi si ritiene generalmente, anche in giurisprudenza⁸– non solo all'organizzazione degli uffici dell'amministrazione si può osservare che «in tal modo imparzialità e buon andamento costituiscono un presupposto dell'art. 97 come esigenza di certi caratteri dell'attività amministrativa rilevante a tal segno, che la Costituzione vi ha adeguato pur la conformazione del soggetto di quell'attività, con la conseguenza che quei caratteri escono dalla nebulosa delle aspirazioni e, attratti nel campo

⁶ Si è talora ritenuto, specie da parte di dottrina autorevole, pur se non recente, che lo studio dell'interesse pubblico non sembra essere stato approfondito a sufficienza, con le dovute eccezioni, ma forse soltanto "sfiorato", poiché non sarebbe stato esteso a tutte le situazioni in cui si manifesti un contrasto tra gli interessi dei privati cittadini e il potere dell'amministrazione: per tali concetti cfr. ancora E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir.amm.)*, cit., spec. p. 3.

⁷ E. CANNADA BARTOLI, voce Interesse (dir.amm.), cit., spec. p. 6.

⁸ Corte cost. n. 453/1990; n. 304/2020.

	Α	MBIENTEDIRITT	0
--	---	---------------	---

della realtà giuridica, divengono connotati dell'attività amministrativa e non un plusvalore dell'organizzazione»⁹. In tal modo l'art. 95 può essere interpretato alla luce, preminente, dell'art. 97 risultando «perciò vincolante la legislazione ordinaria: al principio di imparzialità...si accompagna...la separazione tra politica e amministrazione, tra l'azione del Governo che...è normalmente legata agli interessi di una parte politica...e l'azione dell'amministrazione che...è vincolata ad agire senza distinzione di parti politiche, al fine del perseguimento delle finalità pubbliche obiettivate dall'ordinamento»¹⁰.

Va fatto subito riferimento, nell'ambito degli studi più risalenti, tesi alla giustificazione dell'autorità preposta alla cura dell'interesse pubblico, alla lezione di Capograssi che – seguendo l'impostazione della scuola della libertà e dell'autorità— offre un approccio alto al tema della forza e dell'*imperium*, alla base dell'obbedienza dell'individuo che sembra piegarsi all'autorità perché «essa è la stessa causa della sua ragione che si fa forza e crea».

E poiché l'autorità è necessariamente «volontà di giustizia, l'adesione all'autorità costituisce la conformazione degli interessi umani ai fini della giustizia»¹¹. Si vede bene che, in questa preziosa lettura, il diritto vive precipuamente per *servire* alla vita dei singoli che formano la società e hanno il governo dell'autorità nella loro coscienza priva di deviazioni.

1.1. Interesse e interesse pubblico

D'altra parte, il difficile approccio alla definizione di interesse pubblico presuppone quella del concetto di interesse; si possono prendere le mosse per questa lettura dell'ordinamento da un'impostazione tradizionale¹² secondo la quale per interesse si deve intendere «ogni situazione socialmente apprezzabile, anche priva di rilevanza patrimoniale, suscettibile di ricevere la protezione del diritto». Tuttavia il primo sviluppo di questo punto di partenza implica il riconoscimento che l'interesse può considerarsi concetto fondamentale del diritto a condizione che non si prescinda dal rapporto e dai riflessi nei confronti degli altri individui, pertanto emerge come altrettanto rilevante, sin dal primo momento in cui si comincia a riflettere sul concetto di interesse pubblico, l'esigenza di coordinare normativamente le azioni umane, superando in tal modo eventuali conflitti.

Probabilmente proprio questa circostanza è alla base del *dilemma* –ancora insoluto, del diritto amministrativo, con il quale deve sempre fare i conti qualsiasi tentativo di

⁹ E. CANNADA BARTOLI, voce Interesse (dir.amm.), cit., spec. p. 6.

¹⁰ Così V. Cerulli Irelli, Prima lezione di diritto amministrativo, Roma-Bari, 2021, spec. p. 18.

¹¹ Su Giuseppe Capograssi cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Libertà e Autorità*, Napoli, 2021, spec. XXVI, che rilegge le Opere di Capograssi (*Opere*, Milano, 1959), in particolare il primo dei sette volumi, nell'intento di dimostrare come l'autorità sia nell'individuo che nella sua coscienza supera l'indifferenza, l'effimero, dunque "il male", così come gli istinti beceri e transitori, nel naturale tentativo di perseguire la verità e la libertà. Se l'autorità si presenta in posizione protagonista nell'ordinamento amministrativo spetta tuttavia al giurista garantire «il circolo virtuoso che vede l'autorità nei singoli individui, portatori di libertà, rispettata dallo Stato che dalla società è stato costruito e che con le sue leggi, gli interventi, i programmi e i provvedimenti puntuali deve garantire libertà e autorità espresse dalla società che di quelle Istituzioni determina il fine, orientandone l'azione». Cfr. sul tema S. PERONGINI, *Stato costituzionale di diritto e provvedimento amministrativo*, in ID. (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione, Atti del convegno*, Salerno 14-15 novembre 2014, Torino, 2017, p. 10, il quale sottolinea che «il provvedimento amministrativo non è più la sintesi della dialettica fra autorità e libertà, perché non è più espressione della sovranità. (...) La Costituzione rende recessivo il momento dell'autorità nella dinamica relativa all'esercizio del potere».

¹² Ci si riferisce a E. BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, II ed., Torino, 1952, p. 40, nota 2.

		TTO

normazione– relativo alla conflittualità ineliminabile (e assai difficilmente sanabile) dei due termini del rapporto: da un lato «la prospettiva dell'interesse pubblico istituzionalmente perseguito dall'amministrazione come interesse qualitativamente superiore agli interessi dei singoli» e, dall'altro, «la prospettiva dello Stato di diritto che impone la garanzia degli interessi dei singoli in quanto tali, anche di fronte all'interesse pubblico»¹³.

Il contributo di Falzea¹⁴ offre la tesi per la quale il sostantivo "interesse" ricalca l'omonimo verbo latino, che ha molteplici significati, ma che in questo caso viene proposto nell'accezione di una relazione di valore, nel senso di "interesse di qualcuno", che "importa a qualcuno".

"Pubblico", invece, secondo termine della locuzione che si intende approfondire, andrebbe –forse– interpretato secondo il suo significato etimologico originario, derivante dal latino *publicus*, che a sua volta sembra discendere da *populus*, inteso da Cicerone¹⁵ come "collectio multorum ad iure vivendum" e non come mero aggregato di individui. Tuttavia va altresì aggiunto che –in una fase iniziale almeno– con il termine popolo si individuano soltanto gli strati borghesi della popolazione, quelli che nel Medioevo originavano dalla

¹³ Cfr. M. RAMAJOLI, *A proposito di codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, p. 347. L'a. inoltre ritiene che la legge sul procedimento non abbia raggiunto nei fatti i risultati sperati quanto alla garanzia delle posizioni dei cittadini nei confronti della p.a. Infatti «l'attuale conformazione assunta dalla legge n. 241/1990 –a seguito delle pressoché annuali modifiche apportate dalle leggi n. 340/2000, n. 15/2005, n. 80/2005, n. 69/2009, n. 180/2011, n. 35/2012, n. 134/2012, n. 190/2012, n. 98/2013, n. 124/2015–è il risultato di un costante processo di riscrittura che ha impedito la creazione di uno vero e proprio statuto del cittadino nei riguardi della pubblica amministrazione e che non riesce neppure a soddisfare una basilare esigenza di certezza della disciplina vigente».

¹⁴ Introduzione alle scienze giuridiche, II ed., Milano, 1979, p. 137.

¹⁵ In un'opera della prima metà del sec. XII, che definisce Verba legalia, in F. Patetta, De verbis quibusdam legalibus, Bibliotheca Juridica Medii Aevi, Scripta Anecdota Glossatorum, vol. II, Bologna, 1982. Altra ricostruzione di "pubblico", che presenta senza dubbio interesse sull'etimo del termine, si deve a V. CAPUTI JAMBRENGHI, A. ANGIULI, Servire il popolo. Osservazioni sul servizio integrato di interventi e servizi sociali, in Scritti per Franco Gaetano Scoca, Napoli, 2020, p. 537, sub nota 1, pp. 537-538. Infatti «Va richiamata subito un'osservazione di Vittorio Emanuele Orlando che si legge nell'incipit del monumentale Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano, con la collaborazione sua e di altri giureconsulti italiani, pubblicato a Milano a partire dal 1900, del quale si segnala innanzitutto il vol. I, 5, sub nota 1: "Il diritto amministrativo non è che un ramo del diritto pubblico, di quel diritto, cioè, giusta la stessa origine etimologica del qualificativo "pubblico", studia precisamente i principi giuridici che lo Stato regolano". E a questo proposito in nota n. 1 aggiunge "La radice di publicus è comune a quella di populus, la quale espressione, com'è noto, indicava presso i romani lo Stato (populus romanus Quiritium)". Ma cfr., dopo 120 anni, F. BONOMI, Vocabolario etimologico della lingua italiana, in Dizionario etimologico online, voce Pubblico, Publico, dove si osserva che il latino publicus sta per poblicus, pop'licus, contrazione di populis da populus (popolo). Che appartiene a – o concerne – tutto il popolo, quindi comune a tutti; fatto per tutti; noto a tutti; opposto a Privato. Come sostantivo, il popolo stesso. Soggiunge l'A.: Pubblico differisce da Comune, di cui nessuno ha la proprietà ma tutti gli uomini hanno l'uso, come l'acqua del mare e simili; mentre ciò che è pubblico è di dominio di una città e l'uso ne è più limitato, come i teatri, i templi, le piazze, le vie. Ma cfr. di recente l'interessante ricostruzione di A. CIOFFI, Il problema dell'interpretazione nel diritto amministrativo, in Dir. amm., 2020, 127 ss., : "La norma giuridica, specie la norma del diritto pubblico, presuppone una materia, una situazione reale, una certa vita o natura delle cose; e il fatto che in esse vi siano spirito e materia insieme, l'uomo e la società, la vita individuale e la vita collettiva o così peculiarmente pubblica trascende il testo in quanto la parola è stata scritta per interessi superindividuali. Si riferisce all'essere di quegli interessi della società...soprattutto significa ciò che è utile alla vita di tutti (come sostiene Santi ROMANO, L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico, Scritti minori, Milano, 1959, I, 90 ss.) che rappresenta un'esigenza universale della comunità, un interesse generale o leggermente diversificando un interesse pubblico specifico (141-150)"».

AMBIENTEDIRITTO	
-----------------	--

separazione città/campagne e dalla successiva formazione di una classe mercantile caratterizzata da un'identità collettiva, dal compimento cioè di una prima rivoluzione borghese, che darà origine ad una società «à dominante économique» ¹⁶. Sicché, quello che è stato denominato –in modo denigratorio– come popolo *grasso*, soprattutto a seguito della *democratizzazione* del comune, sembra essere alla base dell'azione demolitoria che ha visto soccombere l'ordinamento aristocratico in favore di quello fondato su principi volti ad introdurre la democrazia ¹⁷.

1.2. Interesse pubblico e interessi privati.

Preliminarmente, per tentare un approccio che, se pur nei limiti di un breve contributo, miri a "disvelare" il mito dell'interesse pubblico, si potrebbe utilizzare un metodo volto a valorizzare il suo *proprium*, magari procedendo *per differentiam*, che si prefigga, cioè, di delineare alcuni caratteri *propri* di tale interesse. Ci si potrebbe anche interrogare circa l'utilità di considerare un approccio che miri a configurare un interesse pubblico "puro", in senso stretto, oppure in senso più "inclusivo", ossia volto ad evocare una notevole eterogeneità di significati.

La dottrina ha infatti inizialmente individuato l'interesse pubblico come «particolare tipo di movente delle azioni umane»¹⁸ che si definisce proprio in contrapposizione all'interesse privato¹⁹, specificando altresì che l'interesse pubblico è cosa diversa rispetto all'interesse della pubblica amministrazione. La posizione teorica relativa all'interesse come movente delle azioni umane²⁰ è in linea del resto con le teorie che ricercano la massima ampiezza nella definizione del pubblico interesse, offrendogli un significato amplissimo, individuandone la consistenza «in qualsiasi esigenza positiva o negativa che ogni individuo avverte nei confronti della realtà circostante»²¹. E' da osservare che questa tesi implica un'evidente circoscrizione, una nozione più ristretta di interesse, dove assumono rilievo soltanto gli interessi suscettibili di soddisfazione a mezzo di comportamento umano: in tal modo l'indagine va limitata alla volontà dell'uomo che guida dunque l'azione umana e che trasforma la realtà fenomenica.

Quanto alla distinzione tra interessi pubblici e interessi privati, si sottolinea la circostanza per la quale la linea di demarcazione è riconducibile proprio alle motivazioni poste alla base dell'esistenza stessa del diritto pubblico e del diritto privato; mentre, infatti, il diritto pubblico è fondato sulla soddisfazione di bisogni della collettività²², gli interessi privati,

¹⁶ Cfr. I. M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in A. Barone (a cura di), *Scritti giuridici di Ignazio Maria Marino*, Napoli, 2015, vol. II, p. 1483 e P. JONES, *Economia e società nell'Italia medievale: la leggenda della borghesia*, in *Storia d'Italia*, Annali 1, *Dal feudalesimo al capitalismo*, Torino, 1978, p. 371.

¹⁷ I. M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in A. Barone (a cura di), *Scritti giuridici di Ignazio Maria Marino*, cit., spec. p. 1483, che riflette sugli esiti degli studi di R. VILLARI, *Mille anni di storia. Dalla città medievale all'Unità dell'Europa*, Roma Bari, 2000, p. 34.

¹⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, Interesse pubblico e interessi pubblici, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1975, p. 68.

¹⁹ V., sulle differenze tra interessi pubblici e privati, S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 696.

²⁰ A. PIZZORUSSO, Interesse pubblico e interessi pubblici, cit.

²¹ L. MIGLIORINI, Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici, cit.

²² Conseguentemente, secondo C.E. GALLO, (voce) *Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della P.A.*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIV, 1999, p. 284, l'interesse pubblico: «non è l'interesse di una amministrazione, non è

invece, trovano la ragion d'essere in un appagamento per così dire egoistico e tendono ad essere soddisfatti talvolta con pregiudizio di interessi privati di altri soggetti.

Va, tuttavia, osservato che la configurazione di interessi pubblici e privati, distinti e contrapposti per natura o nei rapporti disciplinati dal diritto, in quanto tali suscettibili di entrare in conflitto, non appare condivisibile almeno sul piano dell'opportunità rispetto ad esigenze generali di sistema.

Si è infatti ritenuto che la suddivisione del diritto in due parti a seconda dei suoi scopi, ossia in relazione alla circostanza che esso tuteli interessi privati o interessi pubblici, non possa accogliersi «perché non esistono scopi giuridici opposti e coordinati, ma soltanto due modi diversi di considerare la stessa cosa. Considerata come regolamentazione generale, qualsiasi parte del diritto...è fondata su un interesse pubblico, ma qualsiasi disposizione generale deve nei suoi particolari esprimersi in diritti e doveri privati»²³.

Del resto, tale impostazione pare diretta derivazione delle teorie del maestro²⁴, nel suo contributo più noto e rilevante del XX secolo e punto di riferimento per le successive riflessioni filosofico-giuridiche. Secondo questa linea teorica generale non avrebbe senso la suddivisione tra interessi pubblici e interessi privati, posto che si tratta di due metodi di produzione giuridica l'uno di tipo autocratico, implicante l'esercizio di autorità, l'altro di tipo democratico, basato cioè sull'esercizio di autonomia.

1.3. Interesse pubblico e interesse generale.

un interesse della collettività personalizzato in una organizzazione, ma è l'interesse del pubblico, e cioè della collettività e delle individualità dei singoli cittadini che si trovano di fronte al potere amministrativo».

²³ Cfr. A. ROSS, *Diritto e Giustizia*, Torino, 2000. A livello di teoria generale, la dottrina pura del diritto di Kelsen trova una dottrina antitetica in quelle correnti di pensiero che tendono a sottolineare l'effettività del diritto, definendo "giuridico" il diritto così come applicato dai giuristi: queste teorie si definiscono del realismo giuridico in particolare scandinavo e americano. Un esponente del realismo giuridico scandinavo fu proprio un allievo di Kelsen, il danese Alf Ross, che studiò presso di lui a Vienna prima di trasferirsi a Uppsala e poi a Copenaghen.

²⁴ H. KELSEN, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Wien, 1934; trad. it. Lineamenti di dottrina pura del diritto, a cura di R. TREVES, Torino, 1967 e Id., La dottrina pura del diritto, Torino, 2021. Si tratta di un'opera che ha influenzato tutto il mondo giuridico a partire dal 1934, quando le dittature europee obbligarono il giurista all'esilio. In seguito Kelsen andò arricchendo il suo disegno teoricogiuridico, che avrebbe trovato compimento soltanto nel 1960. L'opera disegna una teoria generale del diritto positivo, cioè del diritto previsto dal legislatore e non come dovrebbe essere secondo concezioni sociologiche, etiche o politiche: è cioè una "dottrina pura del diritto" (reine Rechtslehre), liberata da ogni legame con nozioni morali, politiche o sociologiche; solo in questo modo egli ritiene si possa garantire il carattere obiettivo della scienza del diritto, posto che una teoria scientifica dovrebbe occuparsi solamente del suo oggetto. Per tal via risulta evidente che, se l'oggetto di scienza è il diritto, quella scienza deve occuparsi soltanto di come il diritto è (del suo essere, sein) non di come sarebbe meglio che fosse (del suo dover essere, sollen). In tale prospettiva va letto il concetto di "dottrina pura": la scienza giuridica deve occuparsi soltanto del diritto, per come esso è nella realtà. Dopo avere tracciato i confini del diritto rispetto alla natura e alla morale, il lavoro di Kelsen indica le linee direttrici della scienza del diritto, distinguendo il principio di causalità (proprio della natura) da quello di imputazione (proprio del diritto). Nella "statica del diritto" viene affrontata la struttura della norma giuridica, mentre nella "dinamica del diritto" si analizza in che modo le singole norme siano valide in quanto conformi alle norme del livello gerarchicamente superiore: esse vengono organizzate in un "ordinamento piramidale" (Stufenbau). Infine Kelsen dedica preziose riflessioni al legame tra il diritto e lo Stato e conclude la sua teoria generale del diritto positivo analizzando il problema dell'interpretazione delle norme giuridiche.

AMBIENTEDIRITTO	
-----------------	--

Tra le varie formule definitorie utilizzate dalla dottrina ed emerse anche in giurisprudenza, che talvolta hanno dato adito a confusione per la particolare contiguità rispetto alla nozione di pubblico interesse, ve ne sono alcune che condividono con l'interesse pubblico più di qualche carattere comune, come l'espressione "interesse generale", anche se in proposito si è rilevato come non sia sempre vero che il tratto distintivo dell'interesse pubblico si rinvenga nella generalità, mentre il tratto distintivo di quello privato sarebbe identificabile nel *particulare*²⁵.

È pur vero, d'altronde, che la prima distinzione tra interesse generale ($\tau \delta$ $\kappa o \nu \delta v$) e interesse particolare ($\tau \delta$ $\delta \delta v \delta v$) si deve a Platone²⁶, che nella *Repubblica* menziona più volte *l'interesse comune della città*, costituendo questo assai verosimilmente l'antesignano del concetto di interesse generale, perché comune a tutti i cittadini. In questa prospettiva si può collocare il concetto di $\pi \delta \lambda \iota \varsigma$, intesa dal filosofo come «uno spazio civico omogeneo, la cui unità implica, se non la distinzione netta tra lo Stato e la società, almeno una differenziazione tra la sfera politica e la sfera privata»²⁷.

L'interesse generale, configurato, a sua volta, come contrapposto all'interesse privato, è difficilmente definibile, considerata la genericità dei soggetti che possono esserne destinatari, risultando esso unicamente riconducibile ad un «vantaggio della generalità, che accomuna cioè tutti i componenti della società»²⁸. D'altra parte, la difficoltà di delimitare opportunamente l'interesse generale scaturisce dalla particolare circostanza per la quale la sua forza sembra essere riferibile piuttosto «a quanto evoca che non a ciò che significa precisamente»²⁹, oltre che alla oggettiva problematicità riguardante l'estrema mutevolezza di un concetto così indefinito per sua stessa natura, che assume significati diversi a seconda delle epoche storiche di riferimento, ma anche dei diversi territori cui si ricollega, considerato che per gran parte esso dipende dai costumi e dalle trasformazioni sociali³⁰.

Secondo una recente opinione³¹, anzi, un criterio di demarcazione utile per cercare di meglio definire l'interesse generale, riconoscendone una specificità più netta rispetto all'interesse pubblico, con il quale è sovente confuso, potrebbe rinvenirsi nella teoria di

²⁵ In questo senso si vedano le osservazioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, I, 1970, p. 106 e S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1968, p. 95.

²⁶ Cfr. PLATONE, La Repubblica, con Introduzione di M. Vegetti, Roma-Bari, 2000. Anzi, può dirsi che la contrapposizione tra pubblico e privato si rivela fondamentale nella costruzione dell'idea di Stato e di città che disegna Platone, infatti, come nota V.L. PROVENCAL, The Family In Aristotle, in www.swgc.mun.ca/animus, «Plato's Republic discloses how the unity of the state depends on the unity of the family by undoing the popular assumption that family and state are independently grounded in opposed principles, the state in what is common according to reason, to koinon, the family in what is private according to nature, to idion. To koinon is there presented as the sole principle of all forms of koinwnia: state, family, individual and soul; to idion appears as the principle of division, strife and self-destruction in states, souls, individuals and families. Aristotle chiefly criticizes Plato's logic by which the unity of the state is made dependent on the unity of the family».

²⁷ Per l'evoluzione storica del concetto di interesse cfr. da ultimo M. GALDI, *La categoria dell'interesse nel diritto pubblico. Profili di teoria generale, nazionali ed eurounitari*, Bari, 2022, spec. p. 22.

²⁸ M. GALDI, La categoria dell'interesse nel diritto pubblico, cit., p. 22.

²⁹ Cfr. sul punto gli studi condotti dalla dottrina d'oltralpe, in particolare, D. TRUCHET, Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État, Paris, 1977; F. RANGEON, L'idéologie de l'intérêt général, Paris, 1986, p. 43; M. LOMBARD, Irréductible intérêt général, AJDA, 2006, p. 1809.

³⁰ Come viene sottolineato da M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12 ed., rivista e aggiornata da A. Hauriou, Paris, 1933, p. 59.

³¹ M. GALDI, La categoria dell'interesse nel diritto pubblico, cit., p. 24.

AME	IENTE	DIRITT	^
AIME		VIKITI	U

Weber³² relativa alle diverse forme di razionalità: la categoria logica dell'interesse generale apparterrebbe alla «razionalità rispetto ai valori», mentre quella dell'interesse pubblico sarebbe espressione della «razionalità rispetto ai fini». In tale visione se quest'ultima categoria indica il perseguimento del fine pubblico individuato dalla legge, l'interesse generale invece «tende ad orientare l'azione umana in modo che preferisca l'interesse della società a quello meramente individuale»³³.

Va, al contrario, menzionata la circostanza per la quale –come nota uno studio degli anni ′50³⁴– la dottrina aveva ritenuto, pervero, semplicistica l'immedesimazione tra interesse pubblico e interesse generale³⁵.

Viceversa, quanto all'interesse generale, almeno per una tendenza affermatasi largamente nella successiva esperienza dottrinaria e giurisprudenziale, esso viene senz'altro qualificato come un'entità diversa rispetto all'interesse pubblico³⁶, posto che rappresenta un *quid* –con caratteristiche indefinite e dai mutevoli confini a seconda delle epoche storiche– che non appartiene all'amministrazione, ma costituisce espressione di un'esigenza imperativa e di carattere generale, così come viene delineato nel diritto europeo³⁷, sulla scia del diritto francese.

Infatti si deve osservare che nell'ordinamento francese il concetto di interesse generale è presente sin dal *code civil*, definito in seguito dalla giurisprudenza del Conseil d'État³⁸ alla stregua di *«pierre angulaire»*, *«épine dorsal»*, *«justification primordiale»* e come *«le fondement de l'État moderne et du droit public»*, configurandosi pertanto come limite esterno all'autonomia privata e, conseguentemente, persino come eventualmente antitetico rispetto allo stesso interesse pubblico dell'amministrazione. Considerato come finalità dell'azione pubblica, l'interesse generale entra a pieno titolo nel controllo di legalità sull'eccesso di potere, come risulta costantemente dalla giurisprudenza sin dalla decisione *Pagès* del 22 gennaio 1901, a partire dalla quale *«le juge de l'excès de pouvoir va systématiquement vérifier que la puissance publique n'agit pas en vue de fins étrangères à l'intérêt général. La première tâche du juge est bien de vérifier l'existence de l'intérêt général invoqué à l'appui de la décision contrôlée»³⁹*

É infatti evidente, in tale prospettiva, come l'interesse pubblico e l'interesse generale – inizialmente considerati dalla dottrina più risalente come del tutto fungibili– esprimono

³² M. WEBER, Economia e società, Milano, 1968, vol. I, p. 21.

³³ M. GALDI, La categoria dell'interesse nel diritto pubblico, cit., p. 25.

³⁴ N.R. POUND, Rassegna degli interessi sociali, in Giustizia, diritto, interesse, Bologna, 1952, p. 288.

³⁵ Cfr., per un inquadramento più ampio dei temi connessi alla definizione dell'interesse pubblico, il contributo di M.R. SPASIANO, *Potere amministrativo e interesse pubblico nell'evoluzione del pensiero giuridico e filosofic*o, in L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro, (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli, 2019, p. 11.

³⁶ Così A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, in A. Rallo, A. Scognamiglio, a cura di, *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2017, p. 75.

³⁷ Si pensi all'espressione «esigenze imperative di carattere generale», utilizzata ad esempio nella direttiva 2006/123/Ce, come ricorda N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà d'impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2013, p. 603.

³⁸ Conseil d'État, Études et documents n. 50, 1998, Paris, La documentation française, 1999. Cfr. per inquadrare similitudini e peculiarità tra ordinamento francese e ordinamento italiano in materia di interesse generale, il prezioso contributo di A CIOFFI, Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie, in Ius Publicum Network Review, 2, 2014.

³⁹ Conseil d'État, Études et documents n. 50, cit., p. 306.

AMBIENTEDIRITTO	
AMBIENTEDIKITIO	

concettuali differenti e possano quindi non coincidere o addirittura entrare in conflitto. Come è stato osservato, l'interesse generale non è (o almeno non è più) l'interesse pubblico, ma entrambe le categorie costituiscono una componente essenziale del concetto di legalità amministrativa, in quanto rispondono alla medesima esigenza: la valutazione dei bisogni sociali all'interno del diritto amministrativo⁴⁰.

Quest'ultimo, in tal modo, si pone come esigenza specifica della funzione, mentre l'interesse generale corrisponde all'interesse che riguarda l'utilità di tutti⁴¹.

Si pensi al caso della dichiarazione di pubblica utilità⁴², ad esempio, che riguarda l'interesse di tutti, in virtù del quale viene pertanto richiesto il sacrificio individuale: l'interesse generale in tal caso risiede nelle richieste dei cittadini che hanno investito l'amministrazione. Tuttavia non può dirsi che vi sia una specifica categoria per inquadrare l'interesse generale, anzi, sembra che esso possa ricomprendere le più svariate tipologie di interesse, dall'ordine pubblico, alla moralità pubblica, alla protezione delle persone fragili, alla sanità⁴³.

Ciò che sembra contraddistinguere l'emersione delle peculiarità dell'interesse generale è proprio l'accostamento alle libertà economiche e la circostanza per la quale esso si presenta come limite rispetto alle stesse, mentre l'interesse pubblico sorge insieme al potere amministrativo, anzi sembra che il potere derivi dall'interesse pubblico. In altre parole la differenza sostanziale riguarda la derivazione dell'interesse generale, che «opera direttamente per legge, aspira all'universalità e può limitare la libertà economica solo in casi nominati e tassativi; l'interesse pubblico specifico esprime le esigenze dell'amministrazione in alcune sue materie; sono esigenze non universali e neanche singolari, ma sono esigenze particolari e possono divenire particolarmente forti quando siano proprie di certe materie, di certe fasi storiche e di certi pezzi della società»⁴⁴.

Inoltre, all'interno della stessa nozione di interesse generale, come emerge da un *Rapport du Conseil d'État*⁴⁵espressamente dedicato all'interesse generale, si può individuare una suddivisione ulteriore tra la concezione utilitarista e quella volontarista, laddove la prima indica la *summa* degli interessi particolari, incentrati sulla libertà economica individuale. Viceversa, alla stregua della concezione «*volontariste et rousseauiste, l'intérêt général fait abstraction des intérêts des individus: l'intérêt personnel s'efface devant la Loi, expression de la <i>volonté générale*», in tal modo l'interesse generale pare iscriversi nel solco della tradizione volontarista e repubblicana francese⁴⁶.

Il c.d. interesse della legge, invece, è configurabile quale interesse di tutta la comunità politica all'esatta osservanza delle norme da parte dei giudici⁴⁷, dovere di ogni magistrato e

⁴⁰ A CIOFFI, Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie, cit. p. 16.

⁴¹ Così A. CIOFFI, Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche, cit., spec. p. 81.

⁴² Per questo caso specifico cfr. le osservazioni di S. TRAORÈ, Contribution à l'étude de l'acte déclaratif de l'intérêt général, in Rev. droit public, 2015, p. 1533.

⁴³ Così A. CIOFFI, Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche, spec. p. 81.

⁴⁴ Così A. CIOFFI, Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche, p. 83.

⁴⁵ Conseil d'État, Études et documents n. 50, cit. p. 249.

⁴⁶ A CIOFFI, Intérêt général et intérêt public en droit administratif. Rapport sur la France et l'Italie, cit.

⁴⁷ Sul punto cfr. già V. ANDRIOLI, Commento al codice di procedura civile, II, Napoli, 1956, p. 527.

Con specifico riferimento alla disciplina dettata per il processo amministrativo dalla norma di cui all'art. 99, co.

⁵ c.p.a. e sulla ricostruzione dell'interesse cui essa è preordinata, cfr. A. ANGIULI, *L'Adunanza plenaria e*

delle Sezioni unite della Corte di cassazione, nell'esercizio di fondamentale rilievo –in vista della "tenuta" dell'ordinamento– della nomofilachia.

L'interesse all'osservanza della legge sarebbe, pertanto, differenziabile rispetto all'interesse pubblico per una minore ampiezza dell'oggetto, posto che il tema di cui ci si sta occupando non risulta limitato o limitabile ai soli interessi «individuati ed assunti come propri dal diritto vigente» 48.

1.4. Interesse pubblico, interesse della collettività e interesse sociale nella nuova costituzione economica.

A questo proposito, una formula assai generica, ben lontana dal costituire una definizione, individua l'interesse pubblico nella somma degli interessi dei componenti una determinata comunità⁴⁹, anche se in questo caso va rilevato che l'interesse pubblico sarebbe riferibile ad un parametro generalista e di ordine meramente quantitativo, confluendo nei confini, se vi siano, dell'interesse collettivo.

La ricerca della differenza rispetto all'interesse collettivo, invero, ha condotto alla definizione concettuale per la quale l'interesse collettivo sta ad indicare l'interesse proprio di una pluralità di soggetti appartenenti alla comunità di riferimento, quello pubblico invece dimora nella società politica e, secondo un'interpretazione classica, tuttora presente in giurisprudenza, è "portato", per essere attuato e protetto da ogni soggetto pubblico, anzitutto dallo Stato, dagli enti territoriali e da tutti i soggetti pubblici in quanto tali. L'interesse collettivo potrebbe sì identificarsi con l'interesse pubblico, ma con l'avvertenza che ciò potrà riguardare soltanto quei soggetti che compongono una determinata collettività⁵⁰.

Nondimeno, va osservato che per le situazioni che riguardano interessi diffusi o metaindividuali - per i quali si rileva la presenza di «un debole profilo soggettivo»⁵¹, mentre, d'altro canto essi sarebbero caratterizzati da un'accentuata rilevanza sociale - lo scenario di riferimento può senz'altro dirsi profondamente mutato nel corso degli anni.

Tuttavia il processo amministrativo non sempre si è rivelava in grado di fornire risposte adeguate ai bisogni collettivi: proprio per la caratteristica che più di altre li contraddistingue - essi apparivano sforniti del requisito della personalità, ossia del riferimento a soggetti individuati - ciononostante sono via via divenuti socialmente sempre più rilevanti⁵². Lo stesso sistema del diritto amministrativo, inoltre, sembrava prevalentemente costruito sulla tutela delle situazioni individuali, protette nei confronti del potere e sorrette - sul piano processuale - da azioni di tutela: tale sistema appariva meno proteso invece «a curare,

l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge, in F. Francario - M.A. Sandulli, a cura di, Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzarolli, Napoli, 2017, p. 173. Sul tema generale cfr. E. FOLLIERI, L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, A. Barone, La vocazione "unitaria" della giurisdizione, in E. Follieri - A. Barone, a cura di, I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015), Padova, 2015.

⁴⁸ A. PIZZORUSSO, Interesse pubblico e interessi pubblici, cit., p. 59.

⁴⁹ J. BENTHAM, An Introduction to the Principles of Moral and Legislation (1789), Oxford, 1969, p. 126.

⁵⁰ Come rimarca A. PIZZORUSSO, Interesse pubblico e interessi pubblici, cit., p. 68.

⁵¹ In questo senso v. R. LOMBARDI, *Le azioni collettive*, in F.G. SCOCA, a cura di, *Giustizia amministrativa*, VIII ed., Torino, 2020, p. 214.

⁵² R. LOMBARDI, Le azioni collettive, cit.

Δ	MB	IENT	EDIRI	TTO	

producendo risultati adeguati e puntualmente verificabili, gli interessi della collettività *at large*»⁵³. Ciò può anche considerarsi frutto della prevalenza del formalismo, che ha condotto a privilegiare quei profili attinenti alla valutazione relativa alla legittimità dell'azione amministrativa, piuttosto che l'attenzione nei riguardi della bontà dei risultati, posto che non è chi non veda come «un'azione formalmente legittima può aver prodotto cattivi risultati»⁵⁴.

In realtà, sembra che la formula "interesse pubblico" finisca per ricomprendere (e/o ricollegarsi agevolmente con) una svariata congerie di significati, potendo essere talvolta ricondotta nel settore ampio dell'"interesse sociale", inteso a sua volta come quell'interesse necessario al progresso della società e alla realizzazione dell'eguaglianza tra le classi.

Soltanto per inciso va soggiunto che nei corsi e ricorsi storici si può dire che quest'ultima accezione sembra acquistare nuova rilevanza, ormai senz'altro valorizzata anche a séguito dell'introduzione, nell'ambito dei principi generali, della "economia sociale di mercato" 55, ad opera della norma di cui all'art. 3 del Trattato di Lisbona (Tfue). In virtù di tale nuova "sfida" lanciata dall'Unione europea, mirante al perseguimento di una delle tante declinazioni della giustizia sociale nei Paesi membri dell'Ue, così come propugnato dai sostenitori dell'ordoliberalismo sin dagli anni '30 dello scorso secolo, sembrerebbe che l'interesse pubblico abbia nuovi e più ampi confini, oltre che più nobili connotati, crescendo in tal modo sia dal punto di vista quantitativo, che da quello qualitativo.

Infatti, il continuo processo di cambiamento ed innovazione della costituzione economica ha condotto da tempo all'ampliamento dei poteri pubblici, posto che è evidente la trasformazione del modello economico avvenuta negli ultimi anni, sulla quale ha avuto impatto determinante il succedersi di crisi di livello mondiale –ad es. quella originata dai c.d. mutui *subprime*, quella sanitaria e quella dovuta al conflitto russo-ucraino– che ha

⁵³ Su questo argomento cfr. V. CERULLI IRELLI, Prima lezione di diritto amministrativo, cit., spec. XI.

⁵⁴ V. CERULLI IRELLI, Prima lezione di diritto amministrativo, cit., spec. XI-XII. L'a. propone una serie di "rimedi" per il corretto funzionamento della macchina amministrativa: «dalla disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi, eccessivamente pervasiva, che dà peso determinante a violazioni anche marginali, alla disciplina delle responsabilità amministrative e penali che limitano la responsabilizzazione dei funzionari, all'assenza di adeguati strumenti di risoluzione delle controversie (componimenti bonari) alternativi alla giurisdizione, facilmente accessibili e non costosi». In particolare la questione amministrativa, nella prospettiva proposta dall'a., deve essere presa come un impegno fondamentale del giurista, il quale deve farsi carico di collaborare con il sistema politico, dialogando costantemente con esso, al fine di partecipare proattivamente al funzionamento del sistema amministrativo rinnovato. Oltre a ciò si devono predisporre adeguate Scuole che fungono da necessaria fucina per la preparazione del personale, basate su una formazione multidisciplinare, anche su discipline aziendalistiche, che son restate per troppo tempo trascurate nel nostro approccio prettamente giuridico al "problema amministrativo". Deve essere valorizzato maggiormente il merito nelle progressioni di carriera e occorre utilizzare strumenti più flessibili di organizzazione degli uffici, utilizzando inoltre schemi di contabilità economica sul modello privatistico: tutto ciò si rende indispensabile e inderogabile se si vuole assicurare effettivamente una buona amministrazione, con servizi che risultino efficienti per la collettività, nel rispetto dei diritti dei singoli. Sicché può dirsi che per effettuare questo mutamento vitale per risolvere la "questione amministrativa" «occorre l'apporto di diverse discipline, e una rimodulazione della scienza del diritto amministrativo, nonché una strategia politica consapevole e determinata. Ma è la "forza sociale", elemento fondativo di ogni istituzione (...Guarino), che può piegarne le "rigidità" al servizio degli interessi e dei bisogni dei singoli e delle loro formazioni sociali».

⁵⁵ Gli schemi dell'economia sociale di mercato, ad esempio, in particolare per quanto attiene al diritto urbanistico e all'esercizio del potere pianificatorio, «oggi appaiono gli unici capaci di disegnare un modello economico sociale proteso a perseguire il valore dell'uguaglianza», come nota S. PERONGINI, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005, spec. p. 20.

comportato il cambio sostanziale di paradigma dallo Stato "imprenditore" allo Stato "regolatore" ed infine al nuovo ruolo che lo vede in veste di "protettore" ⁵⁶. Tale circostanza ha comportato che lo Stato sembra oggi occuparsi di una moltitudine di settori e attività, spaziando dalla promozione della crescita e dell'innovazione alla gestione delle attività produttive e dei settori strategici; e, tuttavia, il rischio opportunamente evidenziato⁵⁷ riguarda proprio la compatibilità delle nuove e più pressanti ingerenze dello Stato nell'economia con il modello dell'economia di mercato, sul quale si basa l'intero ordinamento europeo.

1.5. Interesse pubblico tra dimensione statale (o sovranazionale) e dimensione territoriale.

Altra suddivisione caratterizzata per categorie di interessi, in relazione alla dimensione "territoriale" dell'interesse, riguarda la proposta di ripartizione tra interesse pubblico nazionale e regionale⁵⁸.

Tuttavia va soggiunto che quella concezione secondo cui soltanto gli interessi a soddisfazione necessaria, riferita allo Stato persona o agli enti pubblici ad esso collegati, sembra che più non corrisponda alla condizione della realtà giuridicamente rilevante dei rapporti sociali presenti nell'evoluzione continua dell'ordinamento⁵⁹.

Si può forse ipotizzare una distinzione preliminare che conduca alla più idonea collocazione sistematica dell'interesse individuale, collettivo e pubblico: mentre il primo fa riferimento all'individuo, quello collettivo si potrebbe invece ricondurre alle entità sociali intermedie promananti dalla comunità, infine l'interesse pubblico potrebbe essere individuabile come quell'interesse che ha «come punto di riferimento soggettivo la stessa comunità generale o anche comunità minori che di quella siano derivazioni, o anche entità che, comunque, siano dall'ordinamento riconosciute come figure giuridiche soggettive pubbliche»60.

1.6. La ricostruzione dell'interesse pubblico intorno al concetto di valore.

⁵⁶ In tal modo -dopo aver ripercorso l'evoluzione dei rapporti tra Stato ed economia in Italia- si esprime C. FRANCHINI, La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale, II ed., Napoli, 2022, spec. pp. 64-65.

⁵⁷ Cfr. la preziosa trattazione generale sull'economia pubblica a confronto con le diverse impostazioni (libera concorrenza) del diritto europeo e globale in C. FRANCHINI, La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale, cit., p. 65.

⁵⁸ Cfr. per questa contrapposizione SANTI ROMANO, Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato (1930), in Scritti minori, II, Milano, 1950, p. 299 e G. BERTI, Caratteri dell'autonomia comunale e provinciale, Padova, 1967, p. 31.

⁵⁹ C. MORTATI, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1958, p. 67. A questo proposito non può non ricordarsi altresì che la dottrina tradizionale sembra pacifica nel ritenere lo Stato apparato alla stregua di unico depositario della sovranità e unico creatore del diritto, mentre lo Stato ente, inteso come Dio terreno può considerarsi figlio di un'ideologia ormai superata. Così M. STIPO, L'interesse pubblico: un mito sfatato?, cit., spec. p. 912.

⁶⁰ Così M. STIPO, L'interesse pubblico: un mito sfatato?, cit., spec. p. 909.

Un solo –ma assai rilevante– contributo di diritto comune è possibile approfondire in questa sede, data la sua altezza e sapienza, prima di affrontare il tema della storicizzazione dell'interesse pubblico⁶¹.

Secondo questa dottrina, prima di ogni studio sull'interesse giuridicamente rilevante, è necessario distinguere diversi piani di interessi, collocando «ad un livello superiore... l'interesse della comunità alla soluzione dei problemi che vanno insorgendo nella vita sociale e che esigono una risposta giuridica»⁶². E questo costituirebbe «l'interesse giuridico fondamentale, il *Grundwert* che informa l'intero sistema culturale del diritto ed esprime l'esigenza primaria di ogni comunità alla conservazione nel modo migliore in concreto possibile del proprio tipo di vita»⁶³. In conseguenza «le regole giuridiche, siano esse norme o principi, sono fenomeni e concetti che rispetto all'interesse fondamentale stanno in posizione di necessaria subordinazione»⁶⁴.

Di grande significato è la considerazione successiva: «L'alto livello di indeterminatezza rende l'interesse fondamentale incapace di realizzarsi da solo...Da esso muove perciò un diffuso e costante processo di determinazione progressiva, che ha come fase terminale l'interesse già compiutamente determinato nella individuazione ultima dell'azione» ⁶⁵ mediante la quale si realizza e nella prospettiva formale della situazione in cui ottiene soddisfacimento.

Premessa questa impostazione di grande chiarezza e rispondenza alle basi giuridiche dell'ordinamento generale, l'a. passa a considerare l'interesse concreto che può essere collocato nell'ambito dell'interesse fondamentale, ma ad una condizione: la previa «verificazione di un fatto che causa ed evidenzia l'insorgere dell'interesse nella sua individualità. Il rapporto diretto tra i due interessi, senza il filtro di categorie deontiche intermedie, non può condurre che a risultati generici e perciò stesso parziali. Esso, cioè, consente di stabilire, come conseguenza necessaria ma anche esclusiva, che l'interesse concreto è un interesse giuridicamente rilevante. Non di più»⁶⁶.

Infatti non si conosce ancora il complesso di azioni che sono da intraprendere e le loro modalità per soddisfare l'interesse inserito in una situazione concreta: «Il dover fare, perciò, svolge un ruolo essenziale nel soddisfacimento dell'interesse concreto e di conseguenza anche nel soddisfacimento dell'interesse fondamentale, e ciò per il doppio motivo, che il dover-fare si riflette sulle modalità del dover-essere, e che solo per suo tramite gli interessi giuridici concreti passano dalla condizione di rilevanza alla condizione di efficacia»⁶⁷.

È dunque meritevole di condivisione piena la considerazione dell'a. secondo cui «La civiltà giuridica di una società si misura, almeno qualitativamente, dalla esistenza nel suo ordinamento giuridico di regole di comportamento enunciate e rese preventivamente

⁶¹ Cfr. A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, Accademia nazionale dei Lincei, 27-29 maggio 1991, Roma, 1992.

⁶² A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 14.

⁶³ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 14.

⁶⁴ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 14.

⁶⁵ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 14.

⁶⁶ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 15.

⁶⁷ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 15.

conoscibili dai consociati e dal grado della loro determinatezza delle regole giuridiche e la loro migliore conoscibilità»⁶⁸.

Tornando agli interessi, la tesi trova conferma nelle sue premesse: «Gli interessi giuridici, non diversamente dai bisogni della vita materiale, sono dotati di una sostanziale ricorrenza e costanza. Attraverso la continua reiterazione delle situazioni che li rendono attuali, gli interessi comuni acquistano una loro unità di significato che li consolida nel tempo. È evidente che questa continuità attiene agli aspetti essenziali degli interessi, gli unici dai quali, come dai richiamati bisogni materiali, ci si possa attendere la costanza, mentre altri fattori restano contingenti e sono irripetibili»⁶⁹.

L'a. ritiene in conclusione, con un primo passaggio che «L'interesse giuridico fondamentale e gli interessi più generali in cui esso si va articolando si traducono nel sistema di principi generali su cui si struttura deontologicamente l'ordinamento», questa seconda categoria degli interessi generali, che si frappone tra quello fondamentale di tutta la società e quello concreto si manifesta in quanto «il grado elevato di indeterminatezza dei principi generali li fa gravitare sul dover-essere della situazione auspicata piuttosto che sul doverfare dell'azione realizzatrice». Gli interessi che risultano collegati alla finalizzazione ovvero alla situazione auspicata esigono per affermarsi nell'ordinamento, per venire alla luce, una «integrazione di eventi o di interventi determinativi, e tra questi assume una posizione eminente la produzione della norma ordinaria e soprattutto della norma legislativa; la certezza del diritto è meglio garantita se le norme ordinarie sono fissate»⁷⁰.

Falzea si fa a considerare la presenza dell'amministrazione pubblica nei rapporti di vita sociale a livello di «esigenze empiriche» di governare con razionalità anche la vita sociale, in particolare i rapporti e gli interessi che coinvolgono la pubblica amministrazione, perché siffatte esigenze trovano la loro soddisfazione nelle norme dell'ordinamento che espongono un «nesso di solidarietà assiologica, e perciò stesso di coerenza logica, tra le regole di un medesimo ordinamento giuridico»⁷¹.

Nel riprendere il tema della definizione dei diversi tipi giuridici che regolano la condensazione degli interessi in una comunità generale, si chiarisce che il connettivo «con il quale le regole di un ordinamento giuridico risultano solidali è costituito ... dai principi: da quelli minimi (internormativi) che convogliano sotto l'*eadem ratio* due o più norme singolarmente individuate, ai principi medi (o polinormativi) che accomunano un insieme di norme operanti in un unico campo di interesse – come possono essere gli istituti e i complessi istituzionali o materie – fino ai principi massimi (od onninormativi) che abbracciano l'intero mondo del diritto positivo»⁷².

In perfetta coerenza con la premessa classificazione si afferma che «I principi fondamentali, pur con la loro forte idealità, sono regole di diritto positivo. Accolti nell'ordinamento giuridico, una volta che la loro positività formale si arricchisce di positività

⁶⁸ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 16.

⁶⁹ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 16.

⁷⁰ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 17.

⁷¹ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 23.

⁷² A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., pp. 23-24.

AMBIENTEDIRITTO	

sostanziale, spiegano tutta la loro efficacia regolatrice dell'azione sociale, condizionando la validità di tutte le altre regole giuridiche e la portata del loro contenuto normativo»⁷³.

Visto che i principi fondamentali sono proiettati verso l'elevazione ed il miglioramento del tipo di vita nella società, evidentemente essi sono espressione anzitutto di forte idealità; con il che si osserva un secondo carattere distintivo, quello della indeterminatezza, che è maggiore e più evidente di quanto non accada nei principi comuni.

Al centro della mirabile tesi si colloca infatti la prevalenza del dover-essere, della situazione di soddisfacimento del valore, «del comportamento, cioè, cui è demandata la realizzazione del valore della situazione di libertà, piuttosto che del diritto di vedere rispettata la libertà propria o del dovere di rispettare la libertà altrui; della situazione di eguaglianza, piuttosto che del diritto o del dovere di un trattamento egualitario»⁷⁴.

Si riconosce qui l'importanza dell'interesse non (o super) individuale, tanto in materia di affermazione e preservazione della libertà quanto del principio costituzionale di eguaglianza. Non individuale non può essere qui tradotto in collettivo, ma in interesse *pubblico*, nel quale soltanto può rinvenirsi la prevalenza del dover-essere, il compito di rappresentare (e per "realizzare") i valori da soddisfare a vantaggio di tutta la comunità indifferenziata.

È dunque «soprattutto nei principi fondamentali che ogni società ripone la maggiore garanzia ideale e formale dei valori umani, così come nei principi comuni c'è la loro maggiore garanzia reale e sostanziale»⁷⁵.

Si può ritenere pertanto, sulla scorta di una ricostruzione di concetti vividi e di teorie agevolmente condivisibili, che proprio nei principi fondamentali tanto i singoli, quanto e soprattutto le società politiche ripongono il bisogno di preservare la garanzia ideale e formale dei valori umani; viceversa nei principi comuni tale garanzia trova sostegno nella realtà, nella concretezza dei rapporti e degli interessi che quella comunità distinguono dalle altre.

2. Storicizzazione del concetto di interesse pubblico.

A questo punto per procedere nell'indagine sull'interesse pubblico sembra doversi considerare che, proprio in relazione al tema, la prospettiva c.d. storicistica potrebbe condurre a ipotesi scevre da ogni mitizzazione⁷⁶. Invero l'interesse pubblico non può

⁷³ A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto*", cit., p. 25. Tuttavia l'a. aggiunge che «nell'entrare a fare parte del diritto positivo i principi fondamentali non perdono del tutto l'originario tratto ottativo, che consente ad essi di mantenere le distanze dalle norme comuni e di tenerne in costante evidenza, col fatto stesso della loro presenza, *la condizione di perfettibilità*, proponendosi come modello e traguardo del loro perfezionamento: un modello e un traguardo destinati spesso a restare inattuati e irraggiunti ma pure sempre vitali, perché tesi perennemente a sollecitare la società alla loro attuazione e al loro raggiungimento. Per ciò che hanno di ottativo, essi si presentano dunque come ottativi categorici».

⁷⁴ Cfr. A. FALZEA, *Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto"*, cit., p. 26. In tal modo possono distinguersi, all'interno dell'ordinamento giuridico, due campi di regole giuridiche: il campo delle norme ordinarie –composto dai principi comuni generali che definiscono il tipo di vita della società– e il campo dei principi fondamentali, costituito dai principi superiori, volti a definire giuridicamente il modello dello stile di vita della società. Ne discende che i principi generali fondamentali si rivelano trascendenti rispetto al sistema normativo ordinario e «costituiscono una sorta di Super-Io cosciente della società come i principi generali comuni ne rappresentano il Super-Io inconscio (o, forse meglio, superconscio)».

⁷⁵ A. FALZEA, Relazione introduttiva al Convegno "I principi generali del diritto", cit., p. 26. 76 M. STIPO, L'interesse pubblico: un mito sfatato?, cit. p. 913.

AMBIENTEDIRIT	то
---------------	----

configurarsi, acriticamente, come un *deus ex machina*, bensì va inquadrato tra gli interessi giuridicamente rilevanti che vengono costantemente a coesistere.

Non deve trascurarsi, infatti, che l'interesse non può prescindere dall'immediato riferimento al contesto storico sociale e politico nel quale nasce: gli interessi pubblici subiscono infatti un'influenza determinante da parte delle ideologie politiche e sociali "dominanti"⁷⁷.

Determinata, se sia concesso, la prospettiva, infatti, è soltanto in questa, che può iscriversi lo studio e l'approfondimento dell'interesse pubblico, considerato che le decisioni politiche si tramutano in norme giuridiche, che pervadono il territorio prospettato dalle prime e consentono quindi di definire l'interesse pubblico. Esso, pertanto, non può dirsi originato «dall'invisibile armonia degli interessi individuali, ma dalla concreta e storica determinazione dell'autorità politica, incorporata, per così dire, nelle norme del diritto»⁷⁸. Questa teoria, prettamente civilistica e di alta espressione, non ritiene l'inesistenza dell'interesse pubblico o generale, «sovrastante i conflitti dei gruppi sociali e dei partiti politici; un interesse, che sia imputabile ad astratte entità come il "popolo" o la Nazione o lo Stato»⁷⁹; ma considera soltanto l'esistenza di interessi che risultino «vittoriosi su altri interessi, i quali o per sempre soccombono o tentano le vie della rivolta e della vittoria futura»⁸⁰. Ciò precisato, va dunque osservato che nella fase successiva a quella emergente per prima dalla dinamica dei rapporti e dei conflitti all'interno della società, le varie "vittorie" e fasi storiche ottengono in seguito riconoscimento nelle apposite norme giuridiche, facendo in tal modo propendere per la conclusione per la quale «l'interesse pubblico è, insomma, tutt'uno con il contenuto delle determinazioni normative»⁸¹.

Sicché la dottrina dell'epoca è, dunque, pervenuta ad un rilevante risultato, almeno quanto alla competenza in relazione alla determinazione dell'interesse pubblico, che non può spettare ad altri che alla decisione politica, assunta nei modi e nelle forme della democrazia rappresentativa, posto che «la definizione dell'interesse pubblico coincide necessariamente con la decisione della volontà politica, la quale, –non nella neutralità del tecnicismo, ma nell'ardente conflitto dei partiti– delibera il tipo e il rapporto delle diverse specie di interessi»⁸².

⁷⁷ In questo senso M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, I, Milano, 1970, p. 106.

⁷⁸ Cfr., nell'illustrazione del fenomeno "interesse pubblico", la tesi originale, tutta privatistica, di Natalino Irti, che sembra contestarne in radice l'autonomia concettuale (N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 435).

⁷⁹ N. IRTI, Economia di mercato e interesse pubblico, cit. p. 435.

⁸⁰ N. IRTI, Economia di mercato e interesse pubblico, p. 435.

⁸¹ N. IRTI, Economia di mercato e interesse pubblico, cit., p. 437. Su quest'ultima affermazione sembra convenire L. IEVA, Potere tecnico-discrezionale della p.a. e sindacato del giudice amministrativo: profili teorici ed applicativi, in Foro amm. CDS, 2002, p. 2665, «L'azione amministrativa della pubblica amministrazione si connota peculiarmente per il perseguimento di predeterminati interessi pubblici, ovverosia di interessi della generalità dei consociati per come sono stati elaborati a seguito del processo democratico che conduce all'emanazione di leggi (e di altre fonti normative) le quali disciplinano, più o meno compiutamente, talune potestà pubbliche».

⁸² N. IRTI, *Economia di mercato e interesse pubblico*, cit., p. 437. Cionondimeno, in relazione alla configurazione di una Costituzione economica la nostra Carta costituzionale risulta frutto di una scelta compromissoria, che rende ardua l'individuazione dell'interesse pubblico, tacendo su economia di mercato e su libera concorrenza, posto che «i tre commi dell'art. 41 rispecchiano...le tradizioni liberale, solidaristica e

AMBIENTEDIRITTO

Sempre storicamente, si rileva la puntualizzazione della problematica interpretazione funzionale dell'aggettivo pubblico, ossia dei suoi confini, in particolar modo se esso designi interessi qualificabili come generali o che attengano in qualche modo alla generalità dei cittadini, oppure come interessi settoriali.

Secondo una linea teorica, che ha inciso profondamente sugli sviluppi successivi⁸³, gli interessi pubblici soltanto in un numero limitato di casi possono dirsi generali, come riferibili alla generalità degli individui. In realtà va sottolineata l'estrema eterogeneità degli interessi pubblici, almeno con riferimento agli ordinamenti propri degli Stati pluriclasse, e molto più verosimilmente si sottolinea, al contrario, la possibilità che gli interessi pubblici possano entrare in conflitto.

In tale prospettiva Giannini ritiene che essi possano essere ricondotti, in una sorta di *summa divisio*, alle due categorie facenti capo agli interessi generali e agli interessi settoriali, intendendosi per interessi generali quello –ad esempio– alla sicurezza, all'istruzione pubblica, alla salute e per interessi settoriali quelli curati dall'amministrazione della marina con riguardo agli interessi dei costruttori navali, degli armatori, della gente del mare, dei lavoratori portuali e dei pescatori marittimi, ecc.

La suddivisione all'interno della categoria dogmatica dell'interesse pubblico (interesse generale nella terminologia di Falzea, che, fin dove può, inquadra il problema senza ricorrere alle nozioni di pubblico e generale, e senza mettere in crisi la ricostruzione pubblicistica dei termini del rapporto tra interessi), lascia intatto il rapporto tra "pubblico" e "generale".

All'affermarsi delle prime forme di Stato di diritto nel XIX erano meno frequenti indubbiamente i contrasti di interessi, posto che la società borghese, la dottrina e la giurisprudenza avevano sviluppato un univoco concetto di interesse pubblico, sostanzialmente coincidente con quello ritenuto dalla borghesia, classe effettivamente dominante nella parte seconda del secolo. Ciò spiega come non vi fossero contrasti rilevanti tra interessi eterogenei, o quantomeno questi non fossero così numerosi come è accaduto successivamente. Si tenga inoltre presente che al momento dell'Unità d'Italia su 25 milioni di cittadini il corpo elettorale era costituito da 500.000 elettori, tutti appartenenti alle classi di proprietari terrieri, imprenditori, ufficiali dell'esercito, o liberi professionisti; lo Stato di diritto borghese si poteva dunque configurare come uno Stato monoclasse⁸⁴. Nello Stato pluriclasse, invece, emerge l'esigenza non di valutare gli interessi di una sola classe sociale, ma di effettuare una valutazione comparativa degli interessi pubblici di più classi e di più gruppi, interessi eterogenei.

socialistica: dalla tutela dell'iniziativa privata al disegno unitario e programmatico di tutte le attività economiche. Il tentativo di definire l'interesse pubblico in materia economica è disperato ed inutile (vi soccorse, oscillando da uno ad altro estremo, la volontà delle coalizioni di partiti, succedutesi nel primo cinquantennio repubblicano). L'art. 43, prevedente la statizzazione di imprese "che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale", viene utilizzato nel 1962 con riguardo alle industrie elettriche. Giace in oblio il comma 2° dell'art. 47, onde la Repubblica è tenuta a favorire "l'accesso del risparmio popolare [...] al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese". Il materiale costituzionale del '48 non permette di determinare, con bastevole rigore ed utile precisione, la nozione di interesse pubblico in campo economico».

⁸³ Cfr. M.S. GIANNINI, Diritto amministrativo, I, Milano, 1970, cit., spec. p. 110.

⁸⁴ M. STIPO, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?*, cit. p. 913 e M. NIGRO, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, in *Studi in onore di A. Papaldo*, Milano, 1975, p. 23.

A ciò si aggiunga che, mentre lo Stato pre-moderno "faceva poca amministrazione" – limitandosi alla cura di bisogni ed interessi della comunità assai circoscritti, come la viabilità, i trasporti, la riscossione delle imposte, l'ordine pubblico e la sicurezza–, lo Stato moderno –«soprattutto nella sua forma più recente nella quale le stesse Costituzioni impongono lo svolgimento di molteplici compiti nell'interesse della collettività, nel settore economico e in quello delle politiche sociali (la sanità, la scuola, la previdenza ecc.)– "fa molta amministrazione", si arricchisce di funzioni sempre più vaste e complesse, sino ad investire con la propria azione tutti i settori della società; che divengono via via settori "amministrati", perché contrappuntati di atti amministrativi che vietano, che consentono, che autorizzano, che prelevano beni, che concedono beni; ovvero, opera direttamente fornendo prestazioni al corpo sociale, curandone i disabili e gli ammalati, istruendone i giovani, e così via» ⁸⁵.

Analogamente, del resto, nell'ambito dello Stato pluriclasse si può osservare l'impatto determinante del normativismo⁸⁶, che ha condotto alla produzione di una legislazione alluvionale e capillare, investendo «anche gli aspetti più minuti della vita economica e sociale», anche se, in seguito, registra il trascorrere da una legislazione di dettaglio alla normazione per principi⁸⁷. Sicché sembrava configurarsi «un panorama normativo ipertrofico, in cui i vari interventi del legislatore sono andati stratificandosi, dando luogo a contraddizioni e ad antinomie»⁸⁸. Conseguentemente, il giudice amministrativo ha svolto un ruolo del tutto centrale, in tale prospettiva, ponendosi come principale fonte di ispirazione per il legislatore, che ha proseguito la tradizionale opera di recepimento normativo degli orientamenti innovativi del Consiglio di Stato passati al vaglio del Parlamento.

Del resto è lo stesso giudice amministrativo a svolgere continuamente «un'attività di riconduzione a sistema, stabilendo la legge da applicare e l'ambito della sua estensione, desumendo da norme speciali regole generali, rinvenendo aree derogatorie in relazione a disposizioni generali, e così via»⁸⁹.

È noto che anche la fine dello Stato assoluto sembra aver lasciato un segno indelebile, paragonabile soltanto agli effetti irreversibili della Rivoluzione francese, alla quale si deve il fatto di aver avviato finalmente il processo di democrazia, sia pure con iniziali contraddizioni evidenti (l'uso della forza contro il dissenso). In tal modo, lo Stato legale o "di diritto" del XIX, ed il successivo Stato liberale e borghese, inaugurano «un modello plutocratico tipico dell'oligarchia liberale». In altre parole, si possono intravedere «barlumi di democrazia attuati, attraverso le libertà fondamentali e l'eguaglianza formale di fronte al diritto, da uno Stato che non supera il livello delle garanzie formali, lo Stato del periodo aureo del positivismo giuridico» ⁹⁰.

⁸⁵ V. CERULLI IRELLI, Prima lezione di diritto amministrativo, cit., spec. pp. 27-28.

⁸⁶ Cfr. sul punto A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 1363.

⁸⁷ In tal modo si prendevano le mosse per un processo di codificazione della frammentata produzione normativa, che prevedeva testi unici per materie, e, attraverso lo strumento della delegificazione, l'attività di normazione secondaria.

⁸⁸ A. SANDULLI, Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza, cit.

⁸⁹ A. SANDULLI, Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza, cit.

⁹⁰ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, in A. Barone (a cura di), *Scritti giuridici di Ignazio Maria Marino*, cit. spec. p. 1491.

Δ	М	В	EN	ıт	ED	IRI	IT	TO	

Siffatta nuova prospettiva produrrà come conseguenza la circostanza che il diritto sarà un prodotto dello «Stato attraverso la legge, che costituirà per lunghissimo tempo il riferimento eminente del diritto del cittadino e del potere dello Stato»⁹¹.

Sicché nel primo novecento lo Stato inizia a percorrere nuove vie verso la democraticità, estendendo a tutti gli uomini i diritti di cui godevano soltanto pochi in precedenza e conferendo nuova pienezza al termine popolo: senza *demos* le istituzioni non possono dirsi infatti democratiche⁹².

Emerge così con tutta evidenza che il concetto di interesse pubblico muta nel tempo, in particolare presenta un'evoluzione decisiva con il sopraggiungere dello Stato pluriclasse; di conseguenza il ruolo della pubblica Amministrazione diventa sempre più arduo e al tempo stesso determinante, poiché le viene assegnato il compito strategico di traghettare l'interesse pubblico nei singoli rapporti giuridici dunque nell'interesse pubblico concreto, compiendo in tal modo «un completamento soggettivo della norma da applicare al caso concreto» ⁹³.

É questa la ricostruzione più diffusa del rapporto tra esercizio del potere amministrativo attribuito dalla norma di cui all'art. 97, comma 3 Cost. ai pubblici Uffici amministrativi, norma attributiva del potere e situazioni giuridiche soggettive coinvolte dall'esercizio con atti favorevoli, restrittivi o ablatori, legittimamente adottati nel pubblico interesse.

Inoltre va considerata cosa assai diversa l'interesse pubblico che appare individuato ed imposto con la forza del potere rispetto all'interesse pubblico –frutto di epoca diversa e più intrinsecamente democratica– «che intende farsi carico degli interessi essenziali della propria collettività, che di questa percepisce i bisogni e pretende di soddisfarli, offrendo servizi che non recuperano il costo della loro produzione, ma entrano nel meccanismo della redistribuzione-giustizia» Per tal via il nuovo modello di pubblica Amministrazione tende a privilegiare il profilo di soddisfazione dei bisogni dei cittadini, ad accorciare le distanze tra essi e l'Amministrazione, non limitandosi dunque ad un mero compito di salvaguardia della legalità, ma conferendo «un nuovo significato alla normazione e svolgendo, ad un tempo, un ruolo integrativo, di completamento della normazione, e, per ciò stesso, reinterpretando la democraticità della forma di Stato» ⁹⁵.

Così come lo Stato del XIX era collocato fuori dalla linea dei bisogni dei cittadini, ben altro atteggiamento viene osservato dall'epoca del suffragio universale; in particolare può considerarsi che l'allargamento –ad opera del Governo Giolitti– del suffragio nel 1912

Cfr. A. Barone che, nella prefazione della raccolta a sua cura, svolge una rilevante analisi sul contributo di Franco Pugliese, vicino, nelle idee di fondo, ad Ignazio Marino, e conclude mirabilmente: «Non so di quante cose è fatta la ricerca scientifica, anche la nostra: di sacrifici, di meticolosità, ma anche di ansie, di errori, di casualità, ma soprattutto di libertà, di entusiasmo, anzi, di vera e propria passione, di onestà intellettuale; proprio quello che si sta perdendo, e per colpa nostra. Perché non riusciamo ad entusiasmare, non riusciamo a dire ai giovani: coltiva il tuo entusiasmo, non importa quello che diranno di te; la ricerca è lo scopo nobile, non è fatta di un cumulo di banalità che suonano bene ad orecchie compiacenti».

⁹¹ I.M. MARINO, Prime considerazioni su diritto e democrazia, cit., spec. p. 1486.

⁹² I.M. MARINO, Prime considerazioni su diritto e democrazia, cit., spec. p. 1492.

⁹³ M. STIPO, L'interesse pubblico: un mito sfatato?, cit. p. 914.

⁹⁴ I.M. MARINO, Prime considerazioni su diritto e democrazia, cit., pp. 1492-1493.

⁹⁵ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., p. 1493. Secondo l'a., inoltre, il nuovo rapporto tra cittadini e amministrazioni pubbliche ha nella *polis* un riferimento privilegiato: sono infatti i comuni ad approntare gran parte dei servizi per i cittadini.

conduce alla conclusione per la quale l'*elettività* diviene indice di democraticità, con l'elezione dei sindaci nei comuni con più di diecimila abitanti in applicazione della precedente legge comunale e provinciale del 1888.

Ora, se lo Stato autoritario e lontano dai cittadini rappresentava un'idea dell'interesse del popolo come altamente mitizzata e ideale, molte cose cambiano in corrispondenza delle trasformazioni dei rapporti tra cittadini e pubblica Amministrazione nel nuovo XX. È chiaro che lo Stato di diritto può dirsi raggiunto in tale prospettiva soltanto nel momento in cui il cittadino possa «vantare diritti nei confronti dello Stato che si esprime anche come autorità», anche se in questa situazione il rapporto pare essere ancora sbilanciato in favore del più forte, una sorta di «deità che per principio corrisponde ad un interesse pubblico incontrovertibile» ⁹⁶.

Il vero mutamento nei rapporti tra amministrazione e cittadini si verifica, viceversa, soltanto quando interviene una *personificazione* nei rapporti tra cittadini e istituzioni, quando, cioè, i rapporti si fanno contigui e quando la locuzione *Stato di diritto* comincia a riferirsi realmente ad una equiordinazione tra interessi dei cittadini e interessi pubblici: in altre parole, secondo una felice espressione di sintesi, quando «democrazia e diritto si legano in un rapporto umano» ⁹⁷.

Dalla Carta costituzionale sembrano emergere alcune evidenze, a partire dall'art. 28, che positivizza la responsabilità diretta di funzionari e dipendenti pubblici e proseguendo con le norme di cui agli articoli 98, che fonda la condizione dei pubblici impiegati come «posti al servizio della Nazione»; e 67, che esclude il vincolo di mandato per i membri del Parlamento, ai quali spetta la rappresentanza della Nazione.

Si consideri, ancora, che nel momento in cui al ministro, centro di riferimento per la cura di un bene o di un valore costituzionalmente protetto, subentrano per tutta la gestione amministrativa i dirigenti e i funzionari, il rapporto tra cittadini e Stato sembra divenire più stretto, rendersi più "personalizzato". Ed è proprio la legge sul procedimento amministrativo, l. 7 agosto 1990, n. 241, che sembra fare un passo ulteriore (rispetto alle norme presenti in Costituzione, che già avevano "personificato" il rapporto tra cittadino e Stato) verso la democraticità dei rapporti, inaugurando una nuova stagione di «rapporti

⁹⁶ I.M. MARINO, Prime considerazioni su diritto e democrazia, cit., p. 1498.

⁹⁷ I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., p. 1499. Sul tema delle distanze, tuttora persistenti, tra cittadino ed amministrazione e tra istituzioni, con effetti sul raggiungimento di un'adeguata legittimazione democratica, cfr., di recente, C. FRANCHINI, *Il pensiero di I.M. Marino nell'evoluzione della tematica sulla legittimazione democratica: una prospettiva*, in www.giustamm.it, n. 12/2022.

ineludibilmente personalizzati» ⁹⁸, anche in virtù del principio di partecipazione del cittadino, accolto innovativamente –ma altresì permanentemente– nel nostro ordinamento.

Nello stesso solco - cioè nella prospettiva di una "demitizzazione" dell'interesse pubblico, volta alla coesistenza tra interessi pubblici e privati - si pone anche Nigro, per il quale l'interesse pubblico istituzionalmente tutelato dalla pubblica amministrazione «non è un interesse che incorpora o nega gli interessi privati, ma che convive con essi, di volta in volta sacrificandoli o soddisfacendoli»⁹⁹.

Inoltre, l'aver riconosciuto che la cura dell'interesse pubblico è un'attività –pur se posta in essere dalla pubblica amministrazione– che può rivelarsi sia come pubblicistica sia come privatistica ha senz'altro favorito il mutamento nella *figura juris* dell'interesse pubblico. In tal senso, l'attività amministrativa, come conferma l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, n. 4 del 1999¹⁰⁰, si configura, non solo quando l'amministrazione esercita funzioni e poteri pubblici, ma anche quando l'interesse pubblico concreto (ovvero le proprie finalità istituzionali) è perseguito attraverso un'attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati.

Tuttavia, la legge sul procedimento amministrativo comporta anche una nuova modalità di individuazione dell'interesse pubblico concreto che appare come un risultato mai scontato, sicuramente non determinabile *a priori*, ma soltanto all'esito di una valutazione - comparativa e proporzionata - di interessi. Il procedimento volto alla "trasformazione" dell'interesse pubblico -che conduce all'individuazione dell'interesse pubblico concreto-costituisce dunque l'esito finale della valutazione qualitativa e quantitativa dei vari interessi pubblici, generali e settoriali, collettivi ed individuali.

Il legislatore, peraltro, definito un interesse come pubblico, lo considera riferito ad una categoria non soggetta ad una particolare –più intensa– tutela giuridica, anche al fine di

98 I.M. MARINO, *Prime considerazioni su diritto e democrazia*, cit., p. 1501. Sulla devoluzione della gestione della cosa pubblica ai dirigenti ed ai responsabili dei servizi cfr. d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 ("Razionalizzazione della organizzazione delle Amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421"), modificato dall'art. 1 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 ("Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59") al fine di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, curando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, garantendo pari opportunità alle lavoratrici ed ai lavoratori e applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato». Successivamente è invece intervenuto il d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ("Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche").

99 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa* (v. ed. a cura di E. Cardi - A. Nigro), Bologna, 2000, p. 98. Nello stesso senso si delineava anche la posizione di V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, II ed., 1994, p. 189.

100 Si legge infatti al punto 4.1.: «Le esigenze del buon andamento e della imparzialità "dell'amministrazione" (come disciplinate dall'art. 97 della Costituzione) riguardano allo stesso modo l'attività volta all'emanazione dei provvedimenti e quella con cui sorgono o sono gestiti i rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato. Ogni attività dell'amministrazione, anche quando le leggi amministrative consentono l'utilizzazione di istituti del diritto privato, è vincolata all'interesse collettivo, in quanto deve tendere alla sua cura concreta, mediante atti e comportamenti comunque finalizzati al perseguimento dell'interesse generale. L'attività amministrativa è quindi configurabile non solo quando l'amministrazione eserciti pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando essa (nei limiti consentiti dall'ordinamento) persegua le proprie finalità istituzionali mediante una attività sottoposta, in tutto o in parte, alla disciplina prevista per i rapporti tra i soggetti privati (anche quando gestisca un servizio pubblico o amministri il proprio patrimonio o il proprio personale)».

evitare possibili conflitti tra questo e altri interessi¹⁰¹, posto che non si può sempre pretendere che l'interesse pubblico «individuato dalla norma come essenziale, costituisca il fine immutabile e predeterminato, un limite o un vincolo, esterno o interno che sia, dell'attività discrezionale»¹⁰².

Va a questo punto osservato che proprio al fine di arginare possibili situazioni di abuso e di arbitrio, che sarebbero riconducibili all'ampia discrezionalità riservata al soggetto che agisce nell'interesse pubblico, sono stati proposti alcuni "rimedi", volti in primo luogo a valorizzare il principio d'imparzialità, in secondo luogo ad ampliare lo spazio per gli interessi legittimi, cioè l'area delle garanzie, con la conseguente riduzione di quello riservato agli interessi semplici; in tal modo si favorisce l'estensione dell'area della legittimazione a ricorrere in sede giurisdizionale per la tutela di interessi diffusi, oltre a ampliare anche quella degli interventi *ad adiuvandum* nel processo, consentendo pertanto a soggetti estranei all'interesse legittimo e titolari di un c.d. interesse materiale o semplice di poter intervenire nel processo amministrativo¹⁰³.

Quanto al rapporto tra interesse pubblico e discrezionalità ¹⁰⁴, esso appare da qualche tempo rivitalizzato in corrispondenza dell'insorgente esigenza di effettività della tutela dell'interesse legittimo, soprattutto di quello pretensivo. Esso sembra essersi evoluto in relazione allo sviluppo della giurisprudenza pretoria del giudice amministrativo: potrebbe anzi dirsi che quest'ultima ne rappresenti il rovescio della medaglia ¹⁰⁵.

L'attività amministrativa è sempre caratterizzata dalla necessità di rispettare il perseguimento dell'interesse pubblico¹⁰⁶: questo è il fine, la cui necessaria presenza a monte dell'esercizio del potere amministrativo sostanzialmente consente al giudice dell'esercizio della funzione amministrativa il controllo sull'esercizio del potere discrezionale attraverso l'analisi del suo vizio tipico, quello dell'eccesso di potere¹⁰⁷.

Tuttavia, quando si attribuisce un potere discrezionale, esso - come è stato opportunamente sottolineato - sembra richiedere giustificazioni più pregnanti, in particolare, la volontà legislativa di attribuire all'amministrazione un ambito di «libertà [...] per permetterle meglio di tutelare l'interesse pubblico» ¹⁰⁸.

In questa prospettiva non può ritenersi ammissibile il carattere discrezionale degli apprezzamenti della pubblica amministrazione «ove questi non volgano al miglior perseguimento dell'interesse pubblico. A tale stregua, leggendo criticamente la

¹⁰¹ L. MIGLIORINI, Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici, cit., p. 289.

¹⁰² A. PIRAS, voce Discrezionalità amministrativa, in Enc. Dir., Milano, 1964, p. 77.

¹⁰³ M. STIPO, L'interesse pubblico: un mito sfatato?, cit., p. 915.

¹⁰⁴ Sulla discrezionalità amministrativa cfr., tra le prime trattazioni complete, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1985; A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel* quando, Bari, 1988; F. LEDDA, *Determinazione discrezionale e domanda di diritto*, *in Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, Modena, 1996, p. 960.

¹⁰⁵ N. LONGOBARDI, Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale. La parabola della specialità amministrativa, in www.giustamm.it, 2018.

¹⁰⁶ Come ribadito da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, II ed., Torino, 2017, p. 53.

¹⁰⁷ L. MANNARI, B. SORDI, Storia del diritto amministrativo, Bari, 2001, p. 365.

¹⁰⁸ E. CAPACCIOLI, Sulla natura della pretesa al risarcimento dei danni da guerra, in Id., Diritto e processo, scritti vari di diritto pubblico, Padova, 1978, p. 11.

	EDI	

giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di danni da guerra, Capaccioli ha ritenuto che non possa esser considerata discrezionale la valutazione in ordine al carattere fraudolento delle azioni poste in essere dal danneggiato per ottenere un risarcimento più ingente»¹⁰⁹.

In relazione, invece, alla distinzione tra discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa, la nozione di discrezionalità tecnica sembra porsi come *contradictio in adiecto* in quanto non può darsi valutazione che sia tecnica e discrezionale allo stesso tempo¹¹⁰. Per tal via, seguendo il solco costituito dalle impostazioni di Oreste Ranelletti e Cino Vitta¹¹¹, Enzo Capaccioli considera la "tecnica" come sistema neutrale di apprestamento dei mezzi idonei a raggiungere lo scopo; la discrezionalità, invece, è volta alla determinazione della finalità pubblica da perseguire nel caso concreto «sicché [...] sta di fatto che le due valutazioni

109 Cfr. P. LAZZARA, L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale, in Dir. amm., 2009, p. 955.

Cfr. di recente V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Lineamenti sulla discrezionalità amministrativa pura*, in *Forum Discrezionalità e amministrazione*, Convegno nazionale AIPDA (Bologna, 8.10.2022), in *www.aipda.it*, con riferimenti tanto alle garanzie *ut* e *ne* presenti nell'ordinamento generale, quanto alla metafora con la quale Capaccioli, nel corso di un Convengo nell'Università di Bari, illustra la differenza tra attività vincolata da norme di legge (come raggi del sole) che direttamente esprimono le regole dei rapporti giuridici dominati dalla presenza di diritti soggettivi (i raggi illuminano la realtà –cioè le leggi regolano nella società– recando con sé le regole di garanzia *ne* non si danneggino i diritti soggettivi). Nella seconda metafora tra i raggi solari e la realtà dove vive la società si interpone un prisma che riceve i raggi solari (l'attribuzione di poteri prevista dall'art. 97 comma terzo Cost.) e ruota (discrezionalmente) nel riflettere quello stesso raggio, con gli stessi hertz, sulla realtà sociale. Il raggio fuoriuscito dal prisma è il procedimento discrezionale del soggetto pubblico nei confronti del soggetto destinatario dell'esercizio del potere (garanzia *ut*) affinché la volontà espressa dal legislatore trovi attuazione legale dalla pubblica amministrazione.

¹¹⁰ Così P. LAZZARA, *L'opera scientifica di Enzo Capaccioli tra fatto, diritto e teoria generale*, *cit.*, spec. pp. 961-962. Secondo l'a su alcuni fondamentali aspetti del diritto amministrativo «la lezione di Capaccioli è ancora insuperata». In particolare si può far riferimento ad «alcune fondamentali chiavi operative per la corretta interpretazione delle leggi amministrative, collegando strettamente ruolo e funzione della pubblica amministrazione alla condizione e consistenza delle situazioni giuridiche soggettive; da cui deriva, d'altra parte, la misura e l'intensità del sindacato giurisdizionale».

¹¹¹ Rispettivamente in Principi di diritto amministrativo, Napoli, 1912, I, p. 263 ss., 281 ss., 310 ss.; e in Diritto amministrativo, Torino, 1937, I, p. 288, che distingue con chiarezza di analisi le due figure: «La discrezionalità dicesi pura quando a guida dell'a.p. non esiste alcuna norma, tranne quella generalissima di operare nel pubblico interesse, oppure la norma esiste, ma è talmente lata e indeterminata da lasciare pieno campo all'apprezzamento subbiettivo dell'agente. Esempi di norme con tale latitudine si hanno quando la legge a substrato dell'atto amministrativo pone i motivi di ordine pubblico o di utilità pubblica, o richiede i requisiti della grave urgenza o semplicemente dell'urgenza. In tutti i casi spetta all'agente di determinare se gli elementi e le condizioni richieste dalla legge esistano e se rivestano tale grado da giustificare l'intervento dell'a.p., facendo all'uopo un apprezzamento subbiettivo delle esigenze collettive. ... La discrezionalità si dice tecnica in certi casi in cui l'atto amministrativo discrezionale è preceduto da un giudizio tecnico. ... Tecnica è vocabolo che viene dal greco e che significa il complesso delle norme date dall'esperienza e dalla scienza secondo cui un lavoro materiale od intellettuale deve compiersi per raggiungere il suo scopo; vi sono dunque tante specie di cognizioni tecniche quante sono le specie dell'umano lavoro, e così si può parlare di tecnica igienica, economica, pedagogica, e via dicendo. L'operazione tecnica può essere necessaria all'a.p. in diversa guisa, ma qui interessa quella necessaria ad accertare gli elementi di fatto richiesti per esplicare l'attività amministrativa: p. es., quanto l'a.p. deve imporre il tributo secondo il reddito dei fondi, le occorre prima la stima economica dei fondi stessi; se l'a.p. può far chiudere la casa insalubre, le occorre accertare l'insalubrità secondo le norme igieniche. All'uopo. poiché i funzionari amministrativi non sono versati nell'operazione tecnica, bisogna che i loro atti siano preceduti dalle operazioni dei tecnici (ingegneri, medici, ecc.), che possono essere a loro volta così funzionari pubblici di ruolo speciale, come anche liberi professionisti assunti all'uopo».

tecnica e discrezionale, non coincidono mai; dove comincia l'una finisce l'altra e dove c'è l'una non vi è posto per l'altra». Il criterio tecnico non si confonde con la scelta più adatta a soddisfare l'interesse pubblico: «la medesima soluzione tecnica e la conoscenza della fattibilità tecnica possono identicamente servire per soddisfare interessi privati».

Nonostante la discrezionalità amministrativa abbia negli anni e con i corsi e ricorsi storici subito alterne vicende, sembra che permangano alcuni veri e propri *dogmi* della specialità amministrativa –che consentono ancora la sopravvivenza di una sorta di bolla di immunità rispetto al sindacato giurisdizionale, con conseguente pregiudizio per la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale–, come quello relativo alla separazione tra amministrazione e giurisdizione e quello, ancora oggi evocato di frequente, dell'inesauribilità del potere amministrativo¹¹². In relazione a quest'ultimo tema, infine, molti studi recenti convergono nella necessità di diversamente dimensionare l'ambito del potere amministrativo¹¹³: ed è proprio il procedimento amministrativo, con il suo svolgimento, che costituisce il presupposto per il quale, una volta svoltasi la valutazione dei diversi interessi pubblici e privati¹¹⁴, si possa pervenire ad una decisione improntata al principio di proporzionalità che, conseguentemente, determini una via in definitiva obbligata per il legittimo esercizio del potere amministrativo, pur discrezionale.

3. L'interesse pubblico nel procedimento amministrativo come luogo di inveramento dell'interesse.

L'interesse pubblico, la sua attuazione e protezione, come si è cercato di porre in luce, è il fine ultimo dell'intera attività amministrativa e la sua centralità emerge nella concezione di provvedimento, come l'atto mediante il quale l'autorità amministrativa dispone in ordine all'interesse pubblico della cui cura è investita, esercitando le proprie potestà e correlativamente incidendo favorevolmente o con atti limitativi o ablatori nelle situazioni soggettive del privato¹¹⁵.

¹¹² Cfr. sul punto il contributo di G. DE GIORGI CEZZI, Sull'inesauribilità del potere amministrativo, in Urbanistica e appalti, 2002, p. 955. Cfr. ancora N. LONGOBARDI, Discrezionalità amministrativa ed effettività della tutela giurisdizionale, cit. Per una critica alla tesi dell'inesauribilità del potere amministrativo, caratteristica ad esso riconosciuta, che fonda e giustifica istituti e interpretazioni del diritto positivo, cfr. M. TRIMARCHI, L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici, Napoli, 2018. L'a., infatti, contesta anche l'impostazione di Santi Romano e la sua concezione generale del potere giuridico come entità che sovrasta singoli rapporti e di cui viene predicata l'estraneità rispetto ai concreti rapporti giuridici.

¹¹³ Come rileva N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, cit., «connotare di discrezionalità (...) ogni operazione logica, intellettiva, applicativa e volitiva nell'ambito dell'esercizio della funzione, equivale ad estendere una sfera di potere riservato ben oltre l'ambito di esplicazione della scelta tradizionalmente qualificata come politica», peraltro rischiando di svalutare in modo sostanziale le norme partecipative introdotte dalla legge generale sul procedimento amministrativo.

¹¹⁴ Negli ultimi anni si segnala una tendenza invalsa nella giurisprudenza amministrativa che farebbe uso strumentale «dei concetti di merito o di valutazione di interessi, come etichetta da impiegare ogni qualvolta una determinata questione non si voglia (più che non si possa) sindacare». Così M. ALLENA, *Articolo 6 CEDU, Procedimento e processo amministrativo*, Napoli 2012, p. 281.

¹¹⁵ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, spec. p. 236. Sul provvedimento amministrativo cfr. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972; G. CORSO, G. FARES, *Il provvedimento amministrativo nella giurisprudenza*, Torino, 2011; S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017.

Questa circostanza ben si rispecchia anche nella legge generale sul procedimento amministrativo; anzi, deve ritenersi che, dalla considerazione del significato profondo di ciascuna norma ivi contenuta, si possa agevolmente rilevare come l'intera legge sul procedimento amministrativo risulti permeata da riferimenti –anche impliciti– all'interesse pubblico.

In tal senso, come spesso si sottolinea, non può negarsi il "valore ordinante" del procedimento amministrativo che resta il principale punto di incontro e mediazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, anche quando il confronto e il contemperamento degli interessi alla fine si traduca nel mero onere della loro considerazione, con il conseguente obbligo di motivazione della decisione finale di accoglimento o di rigetto dell'istanza privata, alla luce della l. n. 241/1990¹¹⁶ nel combinato disposto di cui all'art. 3 –che la lega alle risultanze dell'istruttoria, obbligando l'organo amministrativo a considerarle coerentemente oltre che ad indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione– e all'art. 10, che sottolinea i "diritti dei partecipanti".

Nel 1940 –pur se preceduta dalla legge austriaca sullo stesso tema– la monografia di Aldo Mazzini Sandulli¹¹⁷ sul procedimento, definita « un vero e proprio fulmine a ciel sereno » ¹¹⁸, colloca il procedimento amministrativo nell'ambito di una nozione in prevalenza –si ritiene da parte della dottrina– di tipo formale, come una previsione del succedersi di momenti di azione amministrativa nel tempo, non intervenendo in tal modo *funditus* sulla nozione sostanziale di procedimento e tuttavia non soltanto consentendo alla dottrina di recuperare il tempo perduto, ma altresì conducendola «in una posizione avanzata nello studio del tema» del procedimento¹¹⁹.

La legge austriaca sul procedimento, maturata nella scuola di diritto amministrativo di Adolf Merkl, era stata emanata per risolvere, con l'accentuazione della legalità formale, la spaventosa crisi sociale e politica dell'epoca ed attenuare la spinta delle forze eversive¹²⁰.

Nell'elaborare la sua teoria del procedimento, Benvenuti prende le mosse proprio dalla c.d. concezione formale del procedimento amministrativo elaborata da Sandulli e mette di

¹¹⁶ R. FERRARA, La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico, in Dir. amm., 2017, p. 209.

¹¹⁷ A.M. SANDULLI, Il procedimento amministrativo, Milano, 1940.

¹¹⁸ Così A. SANDULLI, Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945), Milano, 2009, p. 248.

¹¹⁹ In seguito, tuttavia, in virtù dell'entrata in vigore della Costituzione –e con l'emergere dei principi fondamentali del buon andamento e dell'imparzialità– la dottrina ha compiuto un nuovo passo in avanti nella teoria del procedimento amministrativo. Infatti «la concezione sostanziale o funzionale del procedimento – anticipata già negli scritti del 1930 di Ugo Forti nel citato volume di Sandulli– viene compiutamente teorizzata negli scritti pubblicati successivamente, in particolare da Feliciano Benvenuti, Massimo Severo Giannini e Mario Nigro. Sicuramente fondamentale si è rivelato, in questo contesto, il contributo dottrinario di Feliciano Benvenuti», che sposta il centro di gravità degli studi sul procedimento dall'analisi degli aspetti strutturali a quelli funzionali. Per queste considerazioni cfr. D.U. GALETTA, *Il procedimento amministrativo nella scienza del diritto amministrativo in Italia: linee generali di sviluppo e critica di alcune recenti «involuzioni»*, in Foro amm. TAR, fasc.11, 2011, p. 3779.

¹²⁰ Su ciò e sui limiti della garanzia effettiva degli interessi pur meritevoli di riconoscimento e tutela, offerta ai cittadini dalla loro partecipazione al procedimento cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Procedimento "efficace" e funzione amministrativa giustiziale*, in AA.VV., *Studi Vignocchi*, Modena, 1992, I, p. 319.

 мв	IEN	ITEN	IRITTO	
 ם ויו	IEIN	IIED	INIIIO	

fatto insieme i suoi aspetti più rilevanti di tipo formale e sostanziale, identificando quest'ultimo come la sede ove avviene la ponderazione tra interessi, pubblici e privati.

La teorica benvenutiana del procedimento come forma della funzione amministrativa consente di riempire di contenuto la struttura della procedura, finalizzandola all'esercizio in concreto della funzione amministrativa, che dovrà operare le scelte all'interno della comunità tra gli interessi generali da proteggere e quelli non riconoscibili in sede normativa, ma identificabili nelle situazioni reali, posto che la norma attributiva del potere ha individuato questo compito di scelta basato su criteri di proporzionalità e, fin dove possibile, di legittimità enunciati all'atto dell'attribuzione.

Si può dunque ritenere che la teoria c.d. formale ha avuto il merito di evidenziare che l'effetto –imputabile all'atto– è inevitabilmente «esito dell'intera struttura che dell'atto appare servente»¹²¹. In seguito, con l'affermarsi della concezione del procedimento come forma della funzione, viene chiarito che l'attività amministrativa è funzione propria dell'amministrazione, non soltanto riguardo all'effetto, ma anche in relazione al procedimento, a seguito del definitivo superamento, nello Stato pluriclasse, della visione liberale dell'amministrazione come mera esecutrice della legge.

Infine, alla sopravvenuta concezione del procedimento –e delle attività volte alla cura di interessi pubblici– come espressione della potestà amministrativa discrezionale può ricondursi il punto di arrivo della teoria dell'attività amministrativa di cura degli interessi pubblici come attività socialmente rilevante per tutta la comunità nella quale esercita le sue competenze, in altre parole come funzione.

Del resto, sembra che il procedimento¹²², che rappresenta ormai il modello tramite il quale si esprime l'attività amministrativa, sia di tipo organizzativo sia funzionale, rileva in dottrina anche per la peculiarità di atteggiarsi alla stregua di uno straordinario mezzo di comunicazione tra amministrazioni e cittadino: invero già nell'impostazione di Benvenuti¹²³ proprio l'interesse pubblico risulta la leva cui si deve la nuova centralità assunta dal

¹²¹ Così V. MAZZARELLI, Motivazione, III) Motivazione dell'atto amministrativo, in Enc. giur., vol. XXIII, Roma, 1990, p. 3.

¹²² Cfr., per una ricostruzione storica dell'evoluzione dottrinaria che condurrà all'attuale configurazione del procedimento amministrativo, A. ROMANO (a cura di), L'azione amministrativa, Torino, 2016; G. MORBIDELLI, Il procedimento amministrativo, in AA.VV., Diritto amministrativo, I, Bologna, 2005, spec. p. 645 e A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit. Tuttavia, si ritiene necessaria la consultazione dei contributi fondamentali -oltre a quelli già citati- sul tema del procedimento amministrativo: A. M. SANDULLI, voce Procedimento amministrativo, in Noviss. dig. it, Torino 1966, vol. XIII, p. 1021 ss. e in Scritti giuridici, vol. III, Napoli 1990, p. 359.; G. PASTORI, La procedura amministrativa, Milano 1964; F. PUGLIESE, Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione, in Riv. trim. dir. pubbl., 1971, p. 1469; G. BERTI, Procedimento, procedura e partecipazione, in Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Padova 1975, p. 779; ID., Per la struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica, in Dir.soc., 1980, p. 437; F. TEDESCHINI, voce Procedimento amministrativo, in Enc. dir., vol. XXXV, Milano 1986, p. 872; A. ROMANO, Il cittadino e la pubblica amministrazione, in Studi Bachelet, I, Milano 1987; G. PASTORI, Il procedimento amministrativo tra vincoli procedurali e regole sostanziali, in U. Allegretti, A. Orsi Battaglini, D. Sorace (a cura di), Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza, II, Rimini 1987, p. 819; M. NIGRO, Il procedimento fra inerzia legislativa e trasformazione dell'amministrazione, in Dir. proc. amm., 1989. p. 5; E. CARDI, voce Procedimento amministrativo, in Enc. giur., Roma 1991; G. BERTI, Le difficoltà del procedimento amministrativo, in Amministrare 1991, p. 201; R. VILLATA, G. SALA, voce Procedimento amministrativo, in Digesto IV, Discipl. pubbl., XI, Torino 1996, p. 574.

¹²³ Si vedano le osservazioni di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994, p. 85.

	EDIR	

procedimento amministrativo nell'ordinamento interno, così come accadrà poco dopo e progressivamente in quello europeo¹²⁴.

Se è vero che la formula interesse pubblico compare nella disciplina di vari istituti giuridici, come ad es. nelle norme sulla motivazione del provvedimento (art. 3), nelle norme sul conflitto d'interessi (art. 6 *bis*), nelle norme sulla revoca (art. 21 *quinquies*) ed in quelle sull'annullamento d'ufficio (art. 21 *nonies*), a questa ragione si deve condividere quella tesi ricostruttiva della disciplina secondo cui l'interesse pubblico sembra quasi "un *quid* cristallizzato dalle norme sull'azione amministrativa"¹²⁵.

La stessa Costituzione, a riprova della centralità del tema dell'interesse pubblico, «è nella sua prevalenza costituita da norme che prescrivono la realizzazione di interessi pubblici,

124 Infatti analogamente a quanto accade nell'ordinamento interno, anche tra Uffici della Commissione europea e cittadini il procedimento costituisce forse il più rilevante strumento di contatto, che si prefigura pertanto alla stregua di uno dei tratti comuni che possono rinvenirsi tra procedimento europeo e nazionale. In realtà, trascurata a lungo la sequenza procedimentale da parte dei primi studiosi di diritto comunitario -che hanno preferito concentrare l'attenzione sulla parte finale scaturente dal procedimento stesso, ossia l'atto- soltanto di recente si è cominciato a studiare il procedimento amministrativo europeo, come serie di atti preordinati all'emanazione di un provvedimento finale. Anzi --anche sulla scorta di recenti contributi dottrinali incentrati sullo studio della problematica struttura del procedimento composto- si è perfino giunti ad affermare l'esatto contrario di quanto sostenuto dai primi studi sull'argomento. Non sarebbe, dunque, secondo questa impostazione dogmatica, confermata dalle conclusioni cui è pervenuta la sentenza Borrelli del 1992, l'atto finale a meritare l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza, ma il percorso compiuto dall'amministrazione -comunitaria e nazionale nel caso dei procedimenti composti- in un momento precedente rispetto all'emanazione dell'atto conclusivo del procedimento, in particolare gli atti endoprocedimentali che concludono le varie fasi di cui si compongono i procedimenti amministrativi composti. Secondo un'impostazione, si potrebbero individuare diverse categorie di procedimenti di rilevanza comunitaria: i procedimenti amministrativi europei in senso stretto, (esempio tipico è il procedimento di infrazione), quelli cioè concentrati a livello europeo, le cui controversie vengono trattate innanzi al giudice europeo; i procedimenti amministrativi composti, (esempi tipici: applicazione delle regole antitrust, procedimento in materia di assegnazione dei marchi dop e igp, in materia di ogm e fondi strutturali) ormai i più numerosi -si può dire che in questo caso la species tenda ormai ad assorbire il genus- a testimoniare una integrazione tra diritti amministrativi sempre più intensa, i procedimenti amministrativi nazionali destinatari di specifici limiti e principi posti dal diritto europeo, ossia quelli più fortemente conformati dalle regole europee. Negli ultimi anni in particolare, infatti, si è assistito ad un vero e proprio scivolamento graduale che ha visto alcune materie appartenenti a quelle proprie dell'amministrazione diretta dell'Unione a materie i cui procedimenti vengono svolti congiuntamente a livello comunitario e nazionale. Per lungo tempo non sono mancati dubbi (espressi autorevolmente) -non privi di fondamento- sulla stessa sussistenza di un diritto amministrativo comunitario. Infatti è nota la posizione ostile di Giannini rispetto alla configurabilità del diritto amministrativo europeo -basata sul fatto che nei primi tempi di esistenza della Comunità essa non aveva fini generali, ma particolari, settorialmente circoscritti e predeterminati dal Trattato istitutivo, inoltre la sua plurisoggettività si riferiva agli Stati e non ai cittadini europei- veniva in seguito superata per l'allargamento dei fini perseguiti dall'Unione. Il diritto amministrativo europeo subisce critiche nette in dottrina, apparendo come il risultato di quel fenomeno definito "adhoccrazia" e -in assenza di una base costituzionale- si presenta come il frutto di decisioni prese caso per caso, mostrandosi altresì aperto a soluzioni in continua evoluzione sul piano dell'interpretazione dei principî derivanti dai trattati e della loro applicazione alle fattispecie concrete. Sicché, l'approccio iniziale nei confronti del diritto amministrativo europeo è risultato piuttosto denso di perplessità, senz'altro tardivo, ma soprattutto condizionato dalla difficoltà di trasferire senza snaturarla totalmente la dogmatica amministrativa nazionale nel più ampio contesto comunitario. Nonostante l'originaria perplessità di Giannini –espressa in un momento in cui l'ordinamento comunitario si trovava in una fase ancora sperimentale e si rivolgeva sostanzialmente agli Stati- oggi l'esistenza di un diritto amministrativo europeo caratterizzato da un corpus di regole, case law e un'articolazione di uffici amministrativi, sembra un dato pacificamente acquisito in dottrina (G. FALCON, Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi nell'Unione europea, in G. Falcon, a cura di, Il procedimento amministrativo nei diritti europei e nel diritto comunitario, Padova, 2008); anzi, secondo J. SCHWARZE (European Administrative Law, revised 1° ed., 2006 e nello stesso senso J.B.

AMBIENTEDIRITTO	

lasciando perlopiù nel vago le scelte, cioè tipi di comportamento idonei a realizzare questi interessi» ¹²⁶.

4. Interesse pubblico e obbligo di motivazione.

Nell'ambito della legge sul procedimento amministrativo una delle più rilevanti manifestazioni dell'interesse pubblico appare nella motivazione ¹²⁷, considerata a ragione «la parte più importante del provvedimento» ¹²⁸, posto che in essa sembrano albergare le ragioni del corretto esercizio dell'azione amministrativa.

Se si assume il procedimento come sede di emersione degli interessi e come strumento di garanzia del privato risulta evidente che, in tale contesto, la motivazione assume una

Auby, Le projet de constitution européenne et le droit administratif, in Riv.it. dir. pubbl. comunit., 2004, p. 1089) allo stato attuale si potrebbe sinanco configurare una "Comunità di diritto amministrativo". In seguito, con l'incremento dei compiti epperò dei fini pubblici e delle loro combinazioni, i procedimenti si sono rivelati sempre più complessi e diversificati e anche per questo motivo il procedimento ha acquisito ampio rilievo a livello comunitario.

Tra le prime trattazioni sistematiche sull'evoluzione del diritto europeo, soprattutto in materia di rapporto tra procedimento nazionale e comunitario, si colloca quella -assai utile per gli studi successivi— che di deve a E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003. Al Trattato di Lisbona si deve l'introduzione di molteplici *nova* tendenti all'affinamento e la valorizzazione del diritto amministrativo europeo. In questa prospettiva si possono segnalare in particolare la nuova competenza dell'Unione relativa alle azioni di sostegno, coordinamento e integrazione delle attività degli Stati membri in materia di pubblica amministrazione (art. 2 par. 5 e art. 6 TFUE); l'affermazione del principio secondo il quale l'effettiva integrazione amministrativa tra Stati membri e Unione è essenziale per il corretto funzionamento dell'Unione, ed è considerata materia di comune interesse (art. 197 TFUE); e l'espressa previsione di un apparato amministrativo diretto dell'Unione (comprensivo di Istituzioni, uffici, agenzie esecutive ecc.) con l'affermazione di principi guida (apertura, efficacia e indipendenza), come recita l'art. 298 TFUE «nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente».

Inoltre, sempre in una prospettiva di potenziamento del rapporto tra diritto degli Stati membri e diritto amministrativo europeo, va considerata l'affermazione del valore legale della Carta dei diritti fondamentali di Nizza del 2000 alla stessa stregua dei Trattati, con la conseguente positivizzazione del diritto ad una buona amministrazione (ex art. 41 vengono introdotti imparzialità, equità, motivazione e termine ragionevole, oltre ad altri diritti procedimentali). Evoluzione della Carta può ritenersi il Manifesto di Marsiglia, documento adottato il 4 marzo 2022, in occasione del IX *Vertice europeo delle regioni e delle città* organizzato nel quadro della presidenza francese del Consiglio dell'Ue. L'adozione di un approccio dal basso al processo decisionale delle istituzioni europee sembra costituire infatti la prospettiva più opportuna per ripristinare e tenere viva la fiducia dei cittadini europei nell'Unione, ciò che garantirebbe in via esclusiva il rafforzamento delle fondamenta democratiche dell'Ue, in modo da consentire alle comunità locali di rispondere più efficacemente a sfide sociali quali l'assistenza sanitaria, le disparità territoriali, le catastrofi naturali e i cambiamenti climatici.

Cfr. altresì S. BATTINI, E. CHITI, D.U. GALETTA, B.G. MATTARELLA, C. FRANCHINI, G. DELLA CANANEA, M. P. CHITI, (a cura di M.P. Chiti), Diritto amministrativo europeo, Giuffrè, Milano, 2018; D.U. Galetta, Le Model Rules di ReNEUAL e gli aspetti più innovativi della collaborazione fra amministrazioni nell'UE: procedimento amministrativo, scambio dei dati e gestione delle banche dati, in Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, 2/2018, p. 347; ID., Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull'ambito di applicazione dell'art. 41 della Carta dei diritti UE), in M.C. PIERRO, a cura di, Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari, Milano, 2019; ID. (a cura di), Diritto amministrativo europeo: argomenti (e materiali), Torino, 2020.

125 Cfr. A. CIOFFI, L'interesse pubblico nell'azione amministrativa, in Dir. amm., 2015, p. 797.

126 L. MIGLIORINI, Alcune considerazioni per un'analisi degli interessi pubblici, cit., spec. p. 274.

127 La letteratura sul tema della motivazione è molto ampia, tuttavia si possono indicare alcuni contributi fondamentali: F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur.it.*, 1908, III, 253; C.M. JACCARINO, *Studi sulla motivazione, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933; L. RAGGI, *Motivi e motivazione dell'atto amministrativo*, in *Giur. it.*, 1941, III, 163; G. ROHERSSEN, *Note sulla*

_					
	MR	IENT	LEDI	IDIT	דח
	1110		LDI		10

funzione del tutto centrale, volta a configurare un procedimento decisionale in cui le risultanze dell'istruttoria sono vagliate dall'amministrazione al fine di valutare la decisione più in linea rispetto alla soddisfazione del pubblico interesse.

Può dirsi che la *ratio* della norma recante l'obbligo di motivazione scaturisca direttamente dall'art. 97 Cost., su cui fonda l'obbligo della pubblica Amministrazione di perseguire il buon andamento, dunque direttamente ed anzitutto il pubblico interesse allo viluppo del benessere e della personalità del cittadino (art. 2), che si può identificare nel fine previsto dalla legge e talvolta prefigurato dalla stessa amministrazione in caso di attribuzione di potere troppo vago¹²⁹.

É la motivazione del provvedimento, infatti, ad aprire la strada per la valutazione della legittimità della scelta amministrativa, consentendo il controllo del complesso dell'attività procedimentale posta in essere e di reagire alla eventuale lesione provocata con il provvedimento in modo da consentire l'esperibilità dei mezzi a tutela dei propri diritti ed interessi legittimi *ex* artt. 24, 103 co.1 e 111 co. 6 Cost. La motivazione si configura pertanto quale rilevante mezzo di controllo democratico dell'azione amministrativa e del rispetto della legge da parte della collettività, oltre ad assumere la veste di strumento centrale per esercitare il sindacato giurisdizionale.

In realtà nella fase subito successiva all'entrata in vigore del testo costituzionale si sono registrate perplessità evidenti in riferimento all'introduzione del nuovo obbligo gravante sulla pubblica amministrazione, posto che poteva sembrare eccessivo addossare al momento pubblico dell'ordinamento l'obbligo –inesistente sostanzialmente nei rapporti giuridici tra privati– di rendere pubbliche le singole ragioni del provvedimento da adottare. Soltanto in seguito –ma certamente prima dell'entrata in vigore della l. 241/1990– si ritenne quest'obbligo come un comportamento dovuto degli organi amministrativi, accettato e unanimemente condiviso, addirittura polifunzionale perché volto al conseguimento di tre obiettivi: consentire l'interpretazione dell'atto amministrativo, agevolare il controllo

motivazione degli atti amministrativi, in Riv. dir. pubbl., 1941, p. 129; G. MIELE, L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in Foro amm., 1942, p. 9; C. MORTATI, Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi, in Giur. it., 1943, III, 2; R. JUSO, Tratti caratteristici della giurisprudenza sulla motivazione degli atti amministrativi, in Riv. trim. dir. pubbl., 1959, p. 661; M. RIVALTA, La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e al privato interesse, Milano, 1960; L. VANDELLI, Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1973, p. 1595; M.S. GIANNINI, Motivazione degli atti amministrativo, in Enc. dir., XXVII, Milano, 1977, p. 257; G. BERGONZINI, La motivazione degli atti amministrativi, Vicenza, 1979; A. ROMANO TASSONE, Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità, Milano, 1987; ID., Motivazione nel diritto amministrativo, in Dig. disc. pubbl., XIII, Torino, 1997, 683; R. SCARCIGLIA, La motivazione dell'atto amministrativo, Milano, 1999; G. CORSO, Motivazione dell'atto amministrativo, in Enc. dir., agg. V, Milano, 2001, p. 774; G. MANNUCCI, Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo, in Dir. pubbl., 2012, p. 837; A. CASSATELLA, Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa, Padova, 2013; M. RAMAJOLI, Il declino della decisione motivata, in Dir. proc. amm., 2017, p. 894.

¹²⁸ Così F. DE LEONARDIS, *Principi dell'azione amministrativa. Il procedimento amministrativo*, in A. Romano, a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, p. 251.

¹²⁹ Per quanto attiene all'obbligo di motivare nel diritto eurounitario, cfr. la base giuridica offerta dalle norme di cui all'articolo 296 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dove si statuisce che «Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati», (ma anche dalle norme dell'articolo 298 per l'adozione di norme volte a garantire un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente).

			ITTO	

amministrativo e l'accertamento giudiziale, (per) garantire la legittimità dell'azione in ordine all'operato dell'amministrazione¹³⁰. L'estensione –inizialmente controversa– dell'obbligo agli atti amministrativi ampliativi e non incidenti sulle posizioni di controinteressati –rinnovi consentiti dall'ordinamento di concessione di bene o di servizio, autorizzazioni e abilitazioni, se non incidenti anche su interessi altrui– non poteva invece scaturire agevolmente dall'evoluzione giurisprudenziale, perché atti di questo tipo giuridico, non ledendo posizioni soggettive, non vengono sottoposti alla cognizione del giudice amministrativo per difetto di legittimazione e di interesse dell'eventuale ricorrente¹³¹.

La dottrina, dal canto suo, non ha mancato, almeno inizialmente, di manifestare alcune riserve di fronte alla posizione giurisprudenziale che privilegia la garanzia della legittimità rispetto alla speditezza dell'azione amministrativa ed anche con voce autorevole¹³² ha cercato di dirottare l'attenzione su altri presidi di legittimità, ma senza successo (anche se sulla questione della obbligatorietà generale la dottrina sarebbe tornata in tempi recenti ad avanzare dubbi motivati)¹³³.

130 Così M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., che sottolinea, concordando con la giurisprudenza, il fenomeno rilevante della funzione della motivazione del provvedimento amministrativo: "è quella di consentire al cittadino la ricostruzione dell'*iter* logico-giuridico attraverso cui l'amministrazione si è determinata ad adottare un determinato provvedimento, controllando, quindi, il corretto esercizio del potere ad essa conferito dalla legge e facendo valere eventualmente nelle opportune sedi, giustiziali e giurisdizionali, le proprie ragioni. L'ampia discrezionalità riconosciuta ad una pubblica amministrazione in una determinata materia non sottrae i relativi provvedimenti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, volto a controllare, proprio attraverso l'esame della motivazione, l'esercizio del potere sotto il profilo della logicità, la razionalità e la congruità, per evitare che esso possa scadere nel mero arbitrio". Cfr. Cons. Stato, IV, 29 aprile 2002, n. 2281, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

131 In una fase precedente all'introduzione dell'obbligo generale di motivare gli atti amministrativi la giurisprudenza aveva infatti cristallizzato un obbligo di motivazione per alcune categorie, ben individuate, di atti amministrativi: provvedimenti di diniego, provvedimenti di secondo grado (annullamento, conferma, convalida, rettifica, riforma e revoca), provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del privato (provvedimenti ablatori, disciplinari, sanzionatori), provvedimenti ampliativi aventi istruttoria complessa (autorizzazioni, concessioni), provvedimenti dichiarativi-valutativi. Così M.S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit. Non mancava tuttavia chi autorevolmente riteneva che l'obbligo della motivazione potesse sussistere, "anche all'infuori di tassative prescrizioni, tutte le volte che un atto discrezionale tocchi una pretesa ad un comportamento legittimo della pubblica amministrazione". Così C. MORTATI, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, cit., loc. cit., spec. p. 13.

132 F. CAMMEO, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, cit., spec. p. 253. Non è, dunque, soltanto dovuta all'attuazione della assoluta prevalenza del raggiungimento del fine economico-sociale in tempi il più possibile brevi la considerazione della buona amministrazione come permeata dall'esigenza di rapidità nella concessione dei procedimenti: Cammeo già poneva in questione l'obbligo di motivazione come fonte di ritardo inammissibile dell'azione amministrativa nel suo confronto con i vari interessi da questa coinvolti.

133 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit. e Id., *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, spec. p. 102, dove l'a. al termine di una fine analisi definisce l'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 come *inutile intralcio* all'attività amministrativa, frutto della scelta volta a reinserire nella decisione amministrativa un formalismo ormai fine a se stesso.

L'orientamento della giurisprudenza sul tema si può viceversa suddividere in due fasi storiche: nella prima si è registrata una valorizzazione della funzione della motivazione del provvedimento, fino raggiungere momenti di aperto formalismo, in una seconda fase si è assistito ad una revisione della posizione precedente, con una conseguente dequotazione della motivazione. E' noto questo ultimo termine adottato da M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., loc. cit., per descrivere il fenomeno relativo ad una attenuazione della finalità garantistica della motivazione, quando il giudice si convinca comunque della sostanziale legittimità del provvedimento, ed infatti l'a. a questo proposito sostiene che «quel che conta è ciò che si è fatto, non ciò che si è

Restano comunque, a mo' di bilancio di un dibattito dottrinale ormai secolare sul tema della motivazione, alcuni punti ancor irrisolti in relazione ad esempio al valore sostanziale o formale della motivazione ed alla corrispondenza della motivazione ai motivi reali sottesi alla decisione. D'altra parte, se è vero che già da tempo la giurisprudenza aveva affermato il principio di motivazione come obbligo generale per (quasi) tutti gli atti amministrativi è pur vero che la norma di cui all'articolo 3 contiene un elemento assai interessante che può ritenersi innovativo almeno rispetto alla prassi, tenuta dal legislatore italiano, di evitare le definizioni (sull'ammonimento di Celso *omne definitio periculosa*): il collegamento necessario con le risultanze dell'istruttoria, che viene ulteriormente rafforzato da una norma introdotta dalla novella legislativa del 2005. Non va infatti trascurato il valore sostanziale di tale formula normativa che rappresenta un non frequente contributo del legislatore alla costruzione di una nozione giuridica ben delineata e soprattutto funzionale a scopi garantisti.

Il primo risultato colto dalla accurata formulazione dell'art. 3 può dirsi quello di aver arginato la «libera fluttuazione della volontà psicologica dell'autorità decidente» ¹³⁴, che sembra aver contribuito non poco ad alterare nel tempo il già difficile equilibrio del rapporto libertà-autorità, che soltanto –in virtù dell'introduzione, con la l. n. 241 del 1990, di istituti garantisti alla stregua della motivazione, della partecipazione e dell'accesso– può dirsi meglio bilanciato.

Proprio il collegamento operato dalla norma alle risultanze istruttorie sarebbe in grado di impedire deviazioni del percorso dell'autorità che si esterna nella motivazione, posto che tale collegamento è rivolto ad «ancorare il provvedimento conclusivo all'intera vicenda che ne ha preceduto l'emanazione, alla somma degli apporti interni ed esterni che hanno consentito l'adeguata ponderazione degli interessi. Ognuno di essi dovrà trovare una sua collocazione almeno implicita nell'emanazione dell'atto quale risultanza del lavoro partecipativo ed elaborativo che l'ha preceduta»¹³⁵.

Si deve alla, pur controversa, *novella* del 2005 –l. n. 15– il ritorno alla disciplina del procedimento amministrativo, anzitutto codificando gran parte della elaborazione giurisprudenziale dell'ultimo quindicennio; inoltre disciplinando –quel che più rileva– il provvedimento e alcune sue caratteristiche, sino al punto da introdurre *novum* di notevole portata, non sicuramente censurato in dottrina.

Le norme di cui all'art. 3 della legge 241 del 1990 –come abbiamo già accennato – non sono state investite direttamente dalla novella legislativa, tuttavia il loro esame ha riguardato, direttamente o di riflesso, l'istituto della motivazione non è privo di interesse: la l. n. 15, infatti, ne ha in parte codificato la *vis espansiva*, che, ad eccezione di un incremento di autoritarietà nell'esercizio della funzione amministrativa, peraltro rinvenibile soltanto in alcune previsioni, può assurgere infine a istituto decisivo per la garanzia di trasparenza dell'attività amministrativa a vantaggio della paritarietà tendenziale del rapporto con gli

dichiarato di voler fare», spec. p. 266.

¹³⁴ Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, L'accesso nel corso del procedimento amministrativo e il problema della motivazione dell'atto conclusivo, in Studi Benvenuti, 1996, I, Modena, spec. pp. 380-381.

¹³⁵ Così V. CAPUTI JAMBRENGHI, L'accesso nel corso del procedimento amministrativo e il problema della motivazione dell'atto conclusivo, cit., spec. pp. 380-381.

amministrati e per rendere possibile un rapporto consapevole e consapevolmente leale e collaborativo¹³⁶.

La disciplina della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza –nota anche come "motivazione anticipata" – di cui all'art. 10 *bis*, sembra –ad esempio – amplificare il valore dell'istituto della motivazione, imponendo all'Amministrazione, prima di emanare un provvedimento sfavorevole per il cittadino, di comunicargli i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza. Il nuovo istituto, non a caso collocato immediatamente prima delle norme relative agli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, attribuisce indubbiamente a colui che partecipi al procedimento più concrete *chances* di ottenere dall'amministrazione con la quale egli è entrato in contatto quanto gli preme.

Sembra, anzi, che si vada configurando, accanto alle norme di cui all'articolo 11 che prevedono la conclusione negoziata del procedimento, un più ampio spazio deputato a divenire nuovo "luogo del consenso"¹³⁷, connotato anche dalla significativa circostanza di essere localizzato nella fase predecisionale¹³⁸.

Si vuol dire che una visione generale della riforma possa agevolmente approdare alla constatazione per la quale essa non si risolve in una deminutio, ma, al contrario, in una rivalutazione della figura del cittadino (recte del destinatario del provvedimento) «che oggi trova protezione giuridica in quanto tale, e non quale mero strumento di realizzazione dell'interesse della stessa p.a.».

Solo una norma, che si analizzerà in prosieguo, invece registra una netta subordinazione dell'interesse sostanziale del cittadino rispetto all'interesse pubblico: si tratta della norma sulla revoca del provvedimento, nella misura in cui essa venga interpretata come riconoscimento della possibilità di ritirare, perché inopportuni, anche provvedimenti di carattere autorizzativo, dunque con effetto ampliativo della sfera giuridica del destinatario.

Nello specifico, l'interesse pubblico viene individuato in un fatto giuridico accertato nel procedimento, posto che nella norma di cui all'art. 3 si impone che la motivazione indichi i presupposti di fatto¹³⁹.

¹³⁶ Sul versante delle maggiori garanzie offerte al privato, va ricordata –solo per inciso– anche l'affermazione del carattere generale, e non più speciale, della nullità del provvedimento amministrativo. D'altra parte, però, costringe ad un passo indietro sul piano delle garanzie attraverso la previsione di un ampliamento dell'area di quei vizi formali del provvedimento dai quali può non discendere l'annullabilità degli atti vincolati. Ancora una volta la motivazione viene valorizzata, da un lato, e dall'altro costretta a misurarsi con le esigenze di efficacia e celerità dell'azione amministrativa. Sul tema della nullità del provvedimento cfr. le magistrali osservazioni di A. ROMANO, *Nullità del provvedimento*, in A. Romano, a cura di, *L'Azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 795. 137 Così si esprime a prima lettura G. BOTTINO, *Articolo 10* bis, in *L'azione amministrativa*. *Commento alla legge 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Milano, 2005, p. 394. Sebbene secondo la maggior parte della dottrina (come ha ritenuto G. VIRGA, *Le modifiche ed integrazioni alla legge 241 del 1990 recentemente approvate. Osservazioni derivanti da una prima lettura*, in www.lexitalia.it) la disposizione di cui all'art. 10 bis risulti essere particolarmente innovativa e foriera di un possibile ulteriore sviluppo della partecipazione di privati al procedimento amministrativo, non sono tuttavia mancate critiche di segno opposto che hanno dato vita ad un dibattito dottrinario di notevole interesse.

¹³⁸ Per tal via, l'istituto di cui all'articolo 10 *bis* produce l'effetto di avvicinare ancor di più il diritto amministrativo – inteso come norma d'azione - alle regole ed ai principi del diritto comune, in linea con quanto disposto, per l'adozione di atti di natura non autoritativa, dall'articolo 1, comma 1 *bis* introdotto dalla novella del 2005

¹³⁹ Così A. CIOFFI, L'interesse pubblico nell'azione amministrativa, cit., p. 797.

AMBIENTEDIRITTO	

Dunque, la pubblica amministrazione avvia un processo di identificazione dell'interesse con il fatto, azione che «dà una certa oggettivazione ed è il fenomeno essenziale» ¹⁴⁰. Sembra pertanto decisiva l'azione della pubblica amministrazione nelle vesti di soggetto volto alla ricerca di quel fatto specifico che rivela l'interesse pubblico nel concreto ed è posto alla base della decisione. Ed è proprio per individuare legittimamente i fatti rilevanti che, come ha ritenuto la giurisprudenza costante, è nella motivazione che l'organo amministrativo deve esporre quegli «elementi di fatto significativi e idonei ad indicare l'interesse pubblico perseguito in concreto» ¹⁴¹.

Vi sono tuttavia casi in giurisprudenza in cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulta attenuato proprio in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati, circostanza che consente di soddisfare tale onere, nelle ipotesi di maggior rilievo, «attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongano nel senso dell'esercizio del *jus poenitendi* (Ad. Plen. 8/2017)»¹⁴².

5. Interesse pubblico e partecipazione al procedimento.

¹⁴⁰ In questo senso A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, cit., che riporta il prezioso contributo di A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 113-117, 276, 353-354. Inoltre sulla motivazione cfr. A. Cioffi, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, p. 199.

¹⁴¹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 242, in *Foro amm.*, *CdS*, 2002, 64. Invece cfr. Cons. St., sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393, che sembra delineare diversi gradi di dettaglio per la motivazione in relazione agli interessi privati incisi: «lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale».

¹⁴² In tal senso cfr. la recente pronuncia del Cons. Stato, sez. II, 17 ottobre 2022, n. 8840: ivi si rimarca la delicatezza della funzione svolta dalla motivazione qualora gli interessi pubblici riguardino paesaggio e ambiente: «L'esercizio del potere di autotutela è dunque espressione di una rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'Amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei menzionati presupposti e l'ambito di motivazione esigibile è integrato dall'allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio, dovendosi tenere conto, per il resto, del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono, che possono indubbiamente essere prevalenti, se spiegati, rispetto a quelli contrapposti dei privati, nonché dall'eventuale negligenza o malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. VI 28 dicembre 2021 n. 8641; sez. IV, 27 luglio 2021 n. 5557 18/06/2019, n. 4133)».

	Α	М	В	ΙE	N.	TΕ	DI	R	IT	ΤО	
--	---	---	---	----	----	----	----	---	----	----	--

La partecipazione ¹⁴³ del cittadino al procedimento può dirsi fattore essenziale dell'azione pubblica, sia sul piano del concreto svolgimento ed arricchimento delle fasi procedimentali – nello specifico dell'istruttoria– sia su quello dei rapporti tra potere pubblico e cittadino. In particolare, la partecipazione si rivela determinante per i procedimenti volti all'emanazione di provvedimenti autoritativi, precludendo all'amministrazione pubblica «di ridefinire la rappresentazione procedimentale degli interessi, superando quella manifestata come interesse proprio» dai privati partecipanti ¹⁴⁴.

Sicché può dirsi che questo istituto rileva soprattutto per la fase istruttoria, poiché riguarda le modalità con cui l'amministrazione deve procedere all'accertamento dei fatti e alla ponderazione degli interessi, pubblici e privati, rilevanti nel procedimento.

Sino alla legge n. 241 del 1990, nondimeno, si definiva "debole" ¹⁴⁵ il rapporto intercorrente tra pubblica amministrazione e cittadino, mancando norme identificative dell'obbligo della prima di curare gli interessi dei secondi nell'ambito di procedure garantite e nel quadro del dovere di buona amministrazione. Tuttavia, l'applicazione leale delle norme di cui all'art. 97 della Costituzione e di tutte le altre norme incidenti su diritti fondamentali del cittadino, obblighi della Repubblica e dello Stato (che sarebbe impossibile –data la vastità dell'argomento– trattare in questo studio) avrebbe consentito già dal 1948 l'inversione del

¹⁴³ É nota la vastità dei contributi scientifici sulla partecipazione al procedimento amministrativo, considerato anche che il momento più alto del dibattito dottrinale si può collocare verso la metà degli anni sessanta, in un'epoca ben precedente rispetto alla legge 241 del 1990. Cfr., senza alcuna pretesa di completezza, almeno i contributi di: A. M. SANDULLI, Il procedimento amministrativo, cit.; F. BENVENUTI, Contraddittorio (dir. amm.), in Enc. dir., 1961; ID., Il nuovo cittadino, Venezia, 1994; S. CASSESE, Il privato e il procedimento amministrativo, in Arch. giur., 1970, p. 25; G. GHETTI, Il contraddittorio amministrativo, Padova, 1971; M.P. CHITI, Partecipazione popolare e pubblica amministrazione, Pisa, 1977; F. LEVI, Partecipazione e organizzazione, in Riv. trim. dir. pub., 1977, p. 1625; M. NIGRO, Il nodo della partecipazione, in Riv. trim. dir. e proc. civ, 1980, p. 223; A. ROMANO, Il cittadino e la pubblica amministrazione, in Studi in memoria di V. Bachelet, I, Milano, 1987, p. 521; E. DALFINO, L. PACCIONE, Basi per il diritto soggettivo di partecipazione nel procedimento amministrativo, in Foro it., 1992, V, 377; A.ZITO, Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo, Milano, 1996; G. VIRGA, La partecipazione al procedimento amministrativo, Milano, 1998; R. CARANTA, L. FERRARIS, La partecipazione al procedimento amministrativo, Milano, 2000; S. COGNETTI, "Quantità" e "qualità" della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000; M.A.SANDULLI, Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione. Modelli europei a confronto, Milano, 2000; F.TRIMARCHI, Considerazioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo, in Dir. proc. amm., 2000, p. 627; A.CROSETTI, F. FRACCHIA, (a cura di) Procedimento amministrativo e partecipazione. Problemi, prospettive ed esperienze, Milano, 2002; F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, a cura di, La partecipazione negli enti locali, Torino, 2002; M.OCCHIENA, Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo, Milano, 2002; M.A.SANDULLI, Partecipazione e autonomie locali, in Dir.amm., 2002, p. 555; M.R.SPASIANO, La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva, in Dir. amm., 2002, p. 283; V. MOLASCHI, Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica, Napoli, 2018. Si vedano, infine, le preziose considerazioni di F. TRIMARCHI BANFI, La partecipazione civica al processo decisionale amministrativo, in Dir. proc.amm., 2019, p. 1; A. ROMANO, a cura di, L'Azione amministrativa, Torino, 2016, cit.

¹⁴⁴ R. CAVALLO PERIN, Atto autoritativo e diritto amministrativo, in S. Perongini (a cura di), Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione, cit., p. 17 ss., p. 23.

¹⁴⁵ L'espressione è di M.R. SPASIANO, La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva, cit. Cfr. sul punto anche C.E.GALLO, Soggetti e posizioni soggettive nei confronti della p.a., in Dig. disc.pubbl., Torino, 1999.

AMBIENTEDIRITTO	Δ	MB	IENT	EDIRI	TTO	
-----------------	---	----	------	--------------	-----	--

rapporto tra autorità e libertà¹⁴⁶. L'istituto della partecipazione accolto nella legge sul procedimento ha costituito una risposta tardiva, certamente necessaria all'esigenza crescente di costruire una via verso la tendenziale paritarietà tra cittadino e pubblica amministrazione: la via virtuale che può congiungere questi due soggetti del diritto amministrativo è proprio la partecipazione.

Nei tre lustri trascorsi dopo il 1990, sino alle porte della legge 15, la partecipazione è però rimasta il più delle volte scarsamente attuata perché erroneamente intesa, come un dialogo potenziale, ma sempre a distanza, nel corso del quale al privato era consentito solo di prendere visione degli atti, estrarne copia e produrre memorie, che andavano obbligatoriamente esaminate dall'amministrazione procedente, con valore istruttorio e con l'effetto di obbligare l'organo procedente a motivare il suo dissenso: conquista non certo irrilevante, ma quasi isolata.

L'analisi del fenomeno nella sua evoluzione¹⁴⁷ ha consentito di individuare anzitutto i portatori di interessi nell'ambito del procedimento, che sono riconducibili a tre categorie: enti e organismi pubblici, centri esponenziali di interessi collettivi¹⁴⁸ e soggetti privati, che rappresentano pertanto interessi pubblici, interessi collettivi ed interessi privati.

Ciò che va evidenziato, in particolare, in relazione al tema di questo studio, è la circostanza per la quale anche se la natura dell'interesse che sospinge l'intervento del privato è personale, in virtù dell'istituto della partecipazione, esso potrebbe molto verosimilmente risultare determinante anche per il raggiungimento di interessi pubblici; si pensi alla disciplina dei patti di collaborazione che vedono la –singolare e mai scontata– coincidenza del bene comune con l'interesse del privato cittadino. La partecipazione per tal via può favorire significativi ausili per la concretizzazione del pubblico interesse o bene comune: infatti non è insolito che l'interesse pubblico venga determinato con il concorso attivo degli interessati, ancorché l'esito finale del procedimento deluda le loro aspettative. Non è di certo infrequente, infatti, che tra interesse pubblico e interessi privati si realizzi una sostanziale convergenza, che faccia venir meno le ragioni del contrasto tra pubblici e privati interessi.

Sono state tuttavia rilevate criticamente talune problematiche che mettono in luce le difficoltà del "dialogo competitivo" che si realizza fra gli interessi pubblici, di differente grado e significato, e quelli privati: è proprio qui che il "nodo della partecipazione" si

¹⁴⁶ Inoltre, l'articolo 41 del Trattato di Nizza si fonda sull'esistenza dell'Unione in quanto comunità di diritto, le cui caratteristiche sono state sviluppate dalla giurisprudenza che ha consacrato la buona amministrazione come principio generale di diritto (cfr. *ex multis*, la sentenza della Corte di giustizia Ue del 31 marzo 1992, causa C-255/90 P, *Burban*, in *Racc*. 1992, p. I-2253, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 18 settembre 1995, causa T-167/94, *Nölle*, in *Racc*. 1995, p. II-2589; del 9 luglio 1999, causa T-231/97, *New Europe Consulting* e altri, in *Racc*. 1999, p. II-2403). Le espressioni di questo diritto enunciate nei primi due paragrafi derivano dalla giurisprudenza (cfr. le sentenze della Corte del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, in *Racc*. 1987, pag. 4097, punto 15; del 18 ottobre 1989, causa 374/87, *Orkem*, Racc. 1989, p. 3283; del 21 novembre 1991, causa C-269/90, *TU München*, in *Racc*. 1991, p. I-5469, e le sentenze del Tribunale di primo grado del 6 dicembre 1994, causa T-450/93, *Lisrestal*, in *Racc*. 1994, p. II-1177; del 18 settembre 1995, causa T-167/94, *Nölle*, in *Racc*. 1995, p. II-2589) e dalla base giuridica di cui all'articolo 298 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea per l'adozione di norme volte a garantire un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente.

¹⁴⁷ V. CERULLI IRELLI, Lineamenti del diritto amministrativo, Torino, VII, 2021, spec. p. 349.

¹⁴⁸ Cfr. la trattazione classica di A. ANGIULI, *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale. Le azioni comunali e surrogatorie*, in Collana della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bari, Napoli, 1984-1986.

manifesta in tutta la sua rilevanza, sovente non «adeguatamente intercettata e, soprattutto, opportunamente trattata» 149.

Del resto, v'è nel nostro ordinamento un principio di garanzia offerto a tutti i cittadini dalla Costituzione, per il quale il legislatore non può non considerare «con la dovuta cura pubblica l'individuazione e la rilevanza degli effetti che scaturiscono dall'esercizio del potere»: ed è proprio quella cura che è destinata ad essere la «ricchezza contenutistica e funzionale del provvedere»¹⁵⁰. Il provvedimento, in questa nuova prospettiva, è chiamato a risolvere i problemi e i conflitti sociali, «a curare gli interessi generali, in una parola a fare integrazione sociale»¹⁵¹.

Nonostante l'apparente neutralità o asetticità delle norme sulla partecipazione, infatti, in realtà la qualità delle posizioni soggettive coinvolte può essere diversamente graduata, per l'oggettiva rilevanza degli interessi e per la diversificata capacità di auto-rappresentarli. In altre parole, se le facoltà e le pretese partecipative sono di tutti gli aventi diritto, sovente si rileva con chiarezza che altro è «la partecipazione dispiegata nel procedimento dal *quivis de populo*, dall' "uomo qualunque", da "Man in the street", al quale si deve certamente il massimo rispetto, e ben altro è il ruolo che può essere giocato, magari in uno stesso procedimento, dai portatori di interessi c.d. forti»¹⁵².

Va da sé che ciò implica che gli interessi, nello specifico gli interessi pubblici, vengono sempre "interpretati", quindi definiti, nei procedimenti, anche quando le norme siano sufficientemente chiare, segnatamente in procedure molto spesso negoziate e partecipate nell'ambito delle quali si evidenzia il ruolo ricoperto «da una partecipazione circolare nella quale campeggiano, alla stregua di attori fondamentali, i "professionisti" della partecipazione, al cospetto di una platea, anche molto vasta e variegata, di "dilettanti", di *Men in the street*, spesso incapaci di contrastare il punto di vista rappresentato dai primi, ossia dai Signori della partecipazione e del procedimento amministrativo»¹⁵³.

Benché l'eccesso di forma nel procedimento amministrativo sia stato talvolta sottolineato in senso critico dalla dottrina è forse il caso di ricordare che proprio la forma in questo caso, ossia quando ci siano in gioco interessi di grado differente, è ciò che serve al cittadino, solitamente soggetto più debole nel gioco degli interessi, e soltanto grazie ad essa è possibile difendere chi è debole dal peso di chi è più forte¹⁵⁴.

In definitiva, il provvedimento finale consta nel risultato ragionato di un'attività di mediazione e concertazione fra i soggetti pubblici e privati in vista di un risultato di comune interesse. In tal modo sembra possa trattarsi di una sorta di "circolarità" di molti procedimenti amministrativi, connotata dalla variegata presenza di più *stakeholder*, portatori

¹⁴⁹ R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 209; Id., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2014.

¹⁵⁰ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, spec. p. 475.

¹⁵¹ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., spec. p. 475.

¹⁵² R. FERRARA, La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico, cit.

¹⁵³ R. FERRARA, La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico, cit.

¹⁵⁴ Cfr. le illuminanti ricerche internazionali di A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, ed. 1992, spec. p. 740.

	IEN		

di interessi sia individuali che superindividuali. Ciò conduce ad un livello più alto, potrebbe dirsi più "nobile", di partecipazione al procedimento amministrativo, che non si esaurisce nella rappresentazione del punto di vista "egoistico" di chi entra nella procedura amministrativa «ma contribuisce altresì (e contestualmente) a rimuovere le asimmetrie informative che possono viziare il percorso conoscitivo e deliberativo del decisore collettivo pubblico»¹⁵⁵.

Su tale percorso incide - non può trascurarsi- la disciplina attuale della conferenza di servizi che, positivizzata in termini di istituto di semplificazione dell'azione amministrativa in astratto idoneo a costituire un modulo di rilievo per l'efficacia di quest'ultima in ragione della previsione in ordine alla concentrazione della partecipazione delle amministrazioni interessate e coinvolte, presenta, tuttavia, profili critici quanto alle previsioni di dettaglio-più volte modificate nel tempo- sui poteri specifici di ogni soggetto pubblico partecipante (ad esempio: silenzio-assenso delle amministrazioni convocate e assenti; inefficacia dell'opinione dissenziente tardivamente pervenuta o non adeguatamente motivata anche in senso costruttivo, ecc.).

L'evidente rischio di impoverimento dell'interesse pubblico concreto sarebbe scongiurato, tuttavia, attraverso una motivazione adeguata della decisione conclusiva, affidata, a regime in prima battuta all'amministrazione procedente, che non potrebbe prescindere dall'esame di tutti gli elementi istruttori emersi, ivi compresi quelli a supporto di rappresentazioni di interesse tardive, epperò formalmente inefficaci. Analogamente, trattandosi di atti qualificati di alta amministrazione, anche le decisioni finali assunte a seguito di intese eventualmente raggiunte ad iniziativa, prevista dalla legge, del Presidente del Consiglio dei ministri , ovvero su deliberazione dello stesso Consiglio, devono esser supportate da una motivazione ampia e particolarmente dettagliata sulle singole vicende emerse durante la conferenza di servizi¹⁵⁶.

Su linee non dissimili non possono non menzionarsi la tematica dei beni comuni, relativa ai c.d. nuovi diritti (di terza e di quarta generazione), e i temi riguardanti gli spazi pubblici, il diritto alla città, le *smart cities* o le *smart communities*, che implicano nuove modalità di partecipazione, più intense e probabilmente anche più efficaci¹⁵⁷. Esse sovente richiamano

¹⁵⁵ R. FERRARA, La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico, cit.

¹⁵⁶ In tal senso cfr l'ampia trattazione dell'argomento in A.ANGIULI V.CAPUTI JAMBRENGHI, Deprocedimentalizzazione dell'azione amministrativa e conferenza di servizi, in L'Amministrazione nell'assetto costituzionale dei poteri pubblici. Scritti per Vincenzo Cerulli Irelli, I, Torino 2021, p. 275.

¹⁵⁷ Per un'analisi assai interessante sulle *smart cities* e la loro funzione cfr. da ultimo G.F. FERRARI, a cura di, *Le* smart cities *al tempo della resilienza*, Milano, 2021, spec. p. 9-37 e 621- 640. Cfr. inoltre sul tema E. CARLONI, M. VAQUERO, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in A.A. VV., Smart cities *e amministrazioni intelligenti*, in *Istituzioni del federalismo*, 2015, p. 880; F. FRACCHIA, P. PANTALONE, Smart City: *condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, in *www.federalismi.it*, 2015; D. SICLARI, "Creating value on the market and into society": *Le c.d.* Benefit Corporation *nel contesto della strategia di Europe 2020 per una crescita smart: inclusiva e sostenibile*, in G. Olivieri, V. Falce (a cura di), *Smart cities e diritto dell'innovazione*, Milano, 2016, p. 171; F. GASPARI, Smart city, *agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, 2018, S. ANTONIAZZI, Smart City: *diritto, competenze e obiettivi (realizzabili?) di innovazione*, in *www.federalismi.it*, 2019; G. DELLE CAVE, *Smart city, smart business: evolution and Role of technology in the development of the So called "intelligent communities"*, in *www.AmbienteDiritto.it*, 2020. In particolare, quest'ultimo contributo approfondisce anche la cornice internazionale in cui si inserisce la regolamentazione delle *smart cities*, come

		ΙTΕ		

istanze partecipative che si declinano nelle arene pubbliche, ma talvolta sono previste anche al di fuori del procedimento amministrativo, con strumenti pattizi o tramite lo strumento normativo.

Non v'è dubbio, infatti, che i nuovi processi "creativi" siano strettamente correlati agli spazi urbani e sono proprio i beni c.d. comuni –non ancora catalogati e tipizzati nell'ordinamento, ma identificabili in varie tipologie di beni, dall'acqua pubblica alle opere d'arte, spazi urbani, università ("i farmaci", si aggiunge da parte di Rodotà)–, «funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività»» ¹⁵⁸, che consentono il dispiegarsi della vita sociale e che contribuiscono a formare la figura del cittadino consapevole e attivo, richiedendo d'altra parte l'azione per una loro tutela efficace: del resto non si possiede un bene comune ma si è partecipi del bene comune ¹⁵⁹.

Quanto al tentativo definitorio¹⁶⁰ - ma in realtà lasciando molto estesi i confini e le possibilità per cose e beni di rientrare in questa "nuova" tipologia¹⁶¹ - secondo una tesi suggestiva che finisce per essere molto ampliativa della categoria suddetta, anzi, i beni comuni potrebbero identificarsi in «tutte quelle entità...catalizzatrici - che possono suscitare nei cittadini attivi di cui all'art. 118, comma 4, Cost., l'autonoma iniziativa a prendersi cura di un interesse generale: vale a dire di un interesse che, non coincidendo del tutto con quello pubblico, con quello privato, con quello collettivo o con quello di una specifica categoria,

l'Agenda Urbana per l'Unione Europea, nota anche come Patto di Amsterdam, istituita nel 2016, espressione di una politica di *smart city* che sembra tendere verso la *circular city*. Tutto ciò a seguito di «una complessa evoluzione delle politiche europee in relazione agli obiettivi e agli strumenti delineati anche a livello internazionale per lo sviluppo sostenibile delle città, principi emersi nella Conferenza internazionale *Habitat III* e precisati per l'attuazione negli impegni e nelle azioni contenute nella *New Urban Agenda* delle Nazioni Unite». 158 Cass, ss.uu., 14 febbraio 2011, n. 3665.

il 159 Cfr. Manifesto per beni comuni dell'Unione europea, rinvenibile sul http://europeanwater.org/images/pdf/CommonsEuropeManifesto.pdf, dove si afferma che «i beni comuni sono universali, appartengono a tutti e non devono in nessun caso essere oggetto di appropriazione da parte delle autorità e/o degli interessi privati». Nel documento in particolare si richiede il riconoscimento della nozione di bene comune da parte del Parlamento Europeo e la sua integrazione nei testi legislativi europei. Per un interessante excursus sulle riflessioni concernenti i beni comuni cfr. S. NESPOR, Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni, in Riv. giur. amb., 2013, p. 665.

160 Come rilevato dalla dottrina, non può aspirarsi ad una definizione che non sia inclusiva, «allorché si prenda coscienza della dimensione, potrebbe dirsi, planetaria della questione dei beni comuni, della loro nozione e della possibilità/impossibilità di dettarne una disciplina univoca e settoriale, ai fini della loro tutela: la tutela, la cura e la stessa vita dei beni comuni non può che trovare espressione nei vincoli solidaristici che legano le generazioni di esseri umani che transitano o potrebbero transitare "nel mondo"», così M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017.

161 A parere della dottrina che se ne è occupata, anzi, questa tipologia di beni (M. BOMBARDELLI, *La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive*, in *Gior. dir. amm.*, 2018, p. 559) potrebbe disgiungersi, per le evidenti diversità e tratti in comune, in tre sottocategorie: *in primis* «beni di tipo tradizionale, naturali o costruiti dall'uomo, come terreni agricoli, boschi, pascoli, sistemi di irrigazione, aree di pesca, che possono anche costituire il presupposto per il riconoscimento di regimi di proprietà collettiva o comunque essere gestiti da comunità locali attraverso usi civici. In secondo luogo possiamo riconoscere dei beni c.d. "globali" come il clima e le risorse ambientali, in particolare quelle non rinnovabili, in terzo luogo i cc.dd. *new commons*, che possono avere sia natura materiale, come le infrastrutture urbane, gli edifici pubblici, le strutture erogatrici di servizi sociali, le piazze o le vie delle città, le aree di parcheggio o di gioco, gli spazi verdi, il patrimonio culturale e archeologico nazionale e locale, le infrastrutture necessarie allo sviluppo delle tecnologie digitali; sia, sempre più spesso, natura immateriale, come ad esempio la conoscenza e l'informazione, le reti sociali, la sicurezza, la fiducia, la comunicazione, la musica, i beni comuni digitali, i beni comuni frutto di creatività e di scoperte scientifiche, fra cui ad esempio gli sviluppi delle biotecnologie o le formule di farmaci essenziali».

	TED	

risulti in concreto da un'alleanza di tutti i soggetti che possono essere di volta in volta coinvolti e si riconoscano nella volontà di realizzarlo effettivamente» ¹⁶².

In tal modo, in relazione agli spazi urbani, sembrano profilarsi diritti di cura, non di proprietà, ma un nuovo modo di essere cittadini¹⁶³, prefigurando quindi la possibile piena attuazione dell'articolo 118, ultimo comma Cost.¹⁶⁴, ricomprendendosi con il termine "cura" una vasta gamma di significati o implicazioni per il cittadino, non soltanto per i beni comuni, ma anche per le ricadute positive che l'azione del curare –ossia il provvedere all'accudimento perlopiù volontario e frutto di una scelta consapevole– comporta sullo sviluppo della socialità e degli individui¹⁶⁵, affinché l'operato di cittadini più consapevoli e

162 Così F. CORTESE, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. Bombardelli, a cura di, *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione*, Napoli, 2016, p. 37. L'a. sostiene inoltre che la teoria dei beni comuni venga evocata soprattutto per far fronte a questioni concernenti la crisi e la sostenibilità degli apparati amministrativi. Nel contributo appena citato viene quindi riportata la definizione più nota, quella di cui all'art. 1, comma 3, lett. c), della proposta di articolato, per una legge delega, licenziata dalla Commissione Rodotà: «Previsione della categoria dei beni comuni, ossia delle cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona. I beni comuni devono essere tutelati e salvaguardati dall'ordinamento giuridico, anche a beneficio delle generazioni future. Titolari di beni comuni possono essere persone giuridiche pubbliche o privati. In ogni caso deve essere garantita la loro fruizione collettiva, nei limiti e secondo le modalità fissati dalla legge.

Quando i titolari sono persone giuridiche pubbliche i beni comuni sono gestiti da soggetti pubblici e sono collocati fuori commercio; ne è consentita la concessione nei soli casi previsti dalla legge e per una durata limitata, senza possibilità di proroghe. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; i parchi come definiti dalla legge, le foreste e le zone boschive; le zone montane di alta quota, i ghiacciai e le nevi perenni; i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate. La disciplina dei beni comuni deve essere coordinata con quella degli usi civici. Alla tutela giurisdizionale dei diritti connessi alla salvaguardia e alla fruizione dei beni comuni ha accesso chiunque. Salvi i casi di legittimazione per la tutela di altri diritti ed interessi, all'esercizio dell'azione di danni arrecati al bene comune è legittimato in via esclusiva lo Stato. Allo Stato spetta pure l'azione per la riversione dei profitti. I presupposti e le modalità di esercizio delle azioni suddette saranno definite dal decreto delegato». Cfr. inoltre sui beni comuni: G. BRAVO, Dai pascoli a internet. La teoria delle risorse comuni, in Stato e Mercato, 3, 2001, 505; M.R. MARELLA, Introduzione. Per un diritto dei beni comuni, in M.R. Marella (a cura di), Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni, Verona, 2012, p. 17; S. NESPOR, Tragedie e commedie nel nuovo mondo dei beni comuni, in Riv. giur. amb., 2013, p. 665, V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, Beni comuni e diritti collettivi, in Pol. dir., 2014, 6, M. BOMBARDELLI, La cura dei beni comuni: esperienze e prospettive, in Giorn. dir. amm., 2018, p. 559.

163 Sull'argomento non può non citarsi la dottrina più autorevole che se ne è occupata sin dai primi anni '90: il riferimento è allo studio di F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, Venezia, 1994.

164 Cfr., senza avere alcuna pretesa di citare l'amplissimo numero di contributi su questo specifico argomento, G. BERTI, Considerazioni sul principio di sussidiarietà, in Jus, 1994, p. 405; F. ROVERSI MONACO, (a cura di), Sussidiarietà e pubblica amministrazione, Rimini, 1997; R. BIN, La sussidiarietà orizzontale: alla ricerca dei soggetti privati, in Istituzioni del federalismo, 1999, p. 5; P. DURET, La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto, in Jus, 2000, p. 94, A. ALBANESE, Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici, in Dir. pubbl., 2002, n. 1, 51; G. U. RESCIGNO, Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali, in Dir. pubbl., 2002, p. 5; G. ARENA, Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 u.c. Costituzione, in AA.VV., Studi in onore di Giorgio Berti, Napoli, 2005, I, p. 179; ID., Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia, Bari, 2006; G. ARENA, F. CORTESE, Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia, Padova, 2011; G. ARENA, C. IAIONE, L'Italia dei beni comuni, Roma, 2012.

165 I nuovi diritti di cura esercitabili dai cittadini - che in tal modo vengono da ultimo investiti di nuove responsabilità e vedono consolidarsi il proprio senso di appartenenza nei confronti della città – ha posto in evidenza altresì nuovi strumenti giuridici volti ad assicurare una amministrazione della città in condivisione o

 M	RIF	NTF	DIR	ITTO

attenti all'interesse generale conduca ad un maggior benessere psico-fisico, ad una miglior fruibilità dei servizi e dell'offerta culturale nelle città.

Con tali proposte si prefigura un modello operativo che potrebbe risultare utile ad avviare una rigenerazione civica degli spazi urbani, - fondata sulla centralità di quei valori identitari che costituiscono «l'indispensabile humus della rigenerazione» senza oneri per l'ente locale territoriale e con una consistente detrazione fiscale per i soggetti proponenti; tuttavia, ciò che più rileva è attribuire la "difesa" dell'interesse pubblico espresso nella città e dei suoi spazi pubblici a coloro che più direttamente potranno beneficiarne caratteristiche specifiche, posto che esse nascono in modo spontaneo, dal basso, ma al fine di favorire tali azioni è necessario che esse siano supportate dalle pubbliche amministrazioni. Segnatamente, i patti di collaborazione sembrano essere lo strumento che ha avuto maggior impatto nella costruzione e nello sviluppo –quasi inaspettato– della nuova concezione di amministrazione condivisa e partecipata con i quali i cittadini e l'amministrazione comunale concordano – condividendo le responsabilità della cura e rigenerazione dei beni comuni urbani, al fine di

co-città: strumenti pattizi, da un lato (ad es. i patti di collaborazione per la gestione dei beni comuni, o i patti tra musei ed enti locali), la legislazione, dall'altro, come il codice degli appalti e ad es. la legge n. 2 del 2009, che sembra in linea con l'articolo 118, u. c., laddove si prevede che cittadini organizzati possano formulare all'ente locale competente proposte operative per opere di interesse locale di pronta realizzazione, cosiddetti microprogetti.

166 Cfr. sul tema G. DE GIORGI CEZZI, *Il diritto all'identità minore. Beni culturali e tutela degli* status, in *Studi in onore di L. Mazzarolli*, Padova, 2007, III, p. 219.

167 Così F. F. TUCCARI, Le periferie "centrali", in Periferie e diritti fondamentali, M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, a cura di, Napoli, 2020, p. 671. Sulla rigenerazione urbana cfr. altresì A. FANIZZA, Prime considerazioni sulla rigenerazione urbana in Puglia, in Politiche di inclusione sociale e ordinamento regionale, in M. Buquicchio, a cura di, Bari, 2010; e ID., Note sull'interesse pubblico nel recupero dei centri storici, in Foro amm., 2002, p. 1067.

168 Sul tema dell'incoraggiamento per le iniziative spontanee dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale va segnalata la pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 22 gennaio 2021, n. 660, in www.giustizia-amministrativa.it, nella quale si ribadisce che la sussidiarietà orizzontale costituisce «preferenza per lo svolgimento di attività di interesse pubblico da parte di soggetti privati ove questi siano in grado di offrire prestazioni adeguate». Si pensi anche alla partecipazione del cittadino nell'ambito di esperienze di pianificazione ispirate a criteri perequativi, ove «possono essere adottati meccanismi che privilegiano la più ampia partecipazione dei cittadini ai processi di trasformazione urbana, accanto ad altri che la trascurano o, addirittura, la ostacolano», come rileva S. PERONGINI, Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa, cit., spec. p. 189.

169 Altra possibilità di partecipare alla cura dei beni comuni sembra essere offerta dalle varie forme di partenariati pubblico-privato di natura *no profit* per la tutela e cura di beni comuni locali sul modello degli Usa, dove esistono forme di collaborazione contrattuale istituzionalizzata tra diversi *stakeholders* locali e fra questi e gli enti locali. Inoltre si segnalano anche forme che possono riguardare misure amministrative incentivanti o di "sussidiarietà quotidiana". Cfr. in argomento C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *www.aedon.it*, 2013, n. 1.

170 Si tratta – in altre parole - di un'urbanistica che si inserisce in una prospettiva del tutto differente, che in realtà si configura «più come governo del territorio, consensuale, programmata e per quanto possibile condivisa, nello spirito democratico e solidaristico di un nuovo modello di *governance* fondato su di una rinnovata visione del rapporto tra interessi pubblici e privati che, lungi dal porsi in termini di aprioristica contrapposizione o giustapposizione, apre alla leale presenza, proattiva ed effettiva, dei cittadini fin dall'idea generatrice dell'intervento». Per queste considerazioni cfr. F. F. TUCCARI, *Le periferie "centrali"*, in *Periferie e diritti fondamentali*, M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, cit., 2020, p. 670.

Α	MBI	ENT	EDIRI	TTO	

migliorarne la fruizione collettiva, e fissando le obbligazioni reciproche— la realizzazione di specifici interventi di gestione, tra i quali risultano preponderanti le attività di gestione e manutenzione del verde urbano.

In altre parole, sembra che alcuni dei nuovi strumenti pattizi soddisfino una duplice finalità, posto che l'interesse generale che essi sottendono coincide "tanto con l'esigenza dei cittadini, abilitati con questa particolare tipologia di strumenti ad operare anche in forma individuale,...di esprimere la propria propensione alla partecipazione ad attività relative alla comunità di riferimento, quanto con quella delle amministrazioni locali di individuare forme innovative di gestione dei beni pubblici"¹⁷¹.

Va registrata, a questo punto, la tendenza verso una sorta di "decostruzione" della legge sul procedimento, soprattutto a seguito delle modifiche della l. 15 febbraio 2005, n. 15, fra l'altro sulla disciplina dei c.d. vizi formali, per denotare una cesura di essa rispetto alla sua *ratio* originaria¹⁷². Ma è pur vero che la portata destrutturante dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/90, che recepisce d'altronde alcune istanze deformalizzanti prodotte dalla giurisprudenza, non appare comunque univoca, posto che si segnalano anche «linee esegetiche, e pratiche giurisprudenziali, che si mantengono fedeli all'impostazione originaria»¹⁷³.

Oggi il pendolo sembra oscillare verso il polo della "garanzia": quanto al diritto sostanziale, si pensi al forte ritorno d'attenzione per le figure dell'autotutela decisoria, ricostruita più in chiave di tutela del cittadino che di estrinsecazione dell'autoritatività, specie dopo la "riforma Madia" del 2015¹⁷⁴ e, ancor più, della normativa intitolate

¹⁷¹ Così B. ACCETTURA, *Periferie e coesione sociale: politiche abitative e diritto "alla città"*, in *Periferie e diritti fondamentali*, M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, a cura di, Napoli, 2020, p. 19. L'a. inoltre aggiunge che tali innovative e più agili forme rappresentate dai patti di collaborazione avrebbe un risvolto senz'altro positivo anche in relazione alla ricerca di «strumenti di legittimazione ulteriori rispetto a quelli che derivano dal circuito politico-rappresentativo».

¹⁷² Cfr. per queste considerazioni, G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 1235. Precisa l'a. a tal proposito, che il tema della «decostruzione » o « destrutturazione » della motivazione va ben oltre l'ambito dei provvedimenti amministrativi, riguardando talvolta anche i provvedimenti giurisdizionali, in aperta violazione dell'art. 111, comma 6, Cost. È il caso di alcune pronunce delle Sezioni unite che consentono, nel processo civile e in quello tributario, la possibilità di una motivazione «copia e incolla», con riproduzione del contenuto di un atto di parte, eventualmente senza nulla aggiungere ad esso, sempre che le ragioni del decidere risultino comunque attribuibili al giudicante ed esposte in maniera chiara, univoca ed esaustiva. Cfr. Cass., sez. un., 16 gennaio 2015, n. 642, in *Riv. giur. trib.*, 2015, p. 748.

¹⁷³ G. TROPEA, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi*, cit. L'a. conclude tuttavia rimarcando che «attraverso il percorso accidentato compiuto sino ad oggi dalla legge sul procedimento amministrativo, sia per quanto attiene all'interpretazione di fondo della sua effettività, in conseguenza delle numerose tendenze deformalizzanti emerse, sia con riguardo alla sua attuale valenza sistematica, come detto ben diversa rispetto al passato, e alla luce anche di un dato normativo processuale oggetto –tuttora– di letture diversificate, è dato cogliere una linea di marcia che vede progressivamente spostarsi l'asse dal potere all'individuo, seppure in un delicatissimo equilibrio rispetto al quale non necessariamente la (totale) negazione del primo è da intendere come una conquista per il secondo».

¹⁷⁴ G. TROPEA, *Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione*, in *Dir. amm.*, 2020, p. 363. Per l'analisi di limitazioni dell'autotutela in funzione del valore della certezza del diritto, cfr. P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi.it*, n. 14/2020.

_			
Α	MRIENI	EDIRIT	10

all'emergenza ma assai spesso destinata ad introdurre modifiche sul "a regime" di interi istituti giuridici.

Sembra a questo punto opportuno cercare di indagare, esemplificativamente, alcune norme della legge sul procedimento amministrativo, le più significative ad avviso di chi scrive, per il particolare grado di pregnanza assunto dall'interesse pubblico, *in primis* la revoca, ammessa dalla dottrina, almeno in una fase iniziale –il riferimento è alla posizione di Borsi¹⁷⁵ – «quale espressione di quella istituzionale condizione di subordinazione dell'interesse dei privati all'interesse pubblico che si esprime nell'atto amministrativo, del quale si assume costituire un carattere obiettivo». ¹⁷⁶ Si cercherà di dimostrare in prosieguo che le mutazioni politico-sociali della comunità, seguite da quelle della giurisprudenza amministrativa che ha a sua volta condizionato il legislatore, hanno infine condotto – massime negli ultimi anni– ad un parziale ridimensionamento della primazia assoluta dell'interesse pubblico, ponendo, ad esempio, dei limiti sempre più stringenti alla possibilità che il pubblico interesse giustifichi *sic et simpliciter* «l'eliminazione di atti dalla vita del diritto sulla base di valutazioni successive al momento della loro adozione» ¹⁷⁷.

Come vedremo, anche le norme sull'annullamento d'ufficio sembrano esprimere - se pur in misura più contenuta - la necessità di tornare sul concetto di interesse pubblico per una sua rivisitazione alla luce degli interessi del cittadino nella società della quale egli fa parte e che sostiene lo Stato a governo democratico.

6. Interesse pubblico e revoca.

La *figura juris* della revoca¹⁷⁸, tipica manifestazione del potere di autotutela¹⁷⁹, elaborata pur in assenza di organiche previsioni normative e codificata dal legislatore del 2005, evoca

¹⁷⁵ U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in V. E. Orlando, a cura di, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, parte. 2, Milano, 1915, p. 43.

¹⁷⁶ A. CORPACI, Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo, in Dig. disc. pubbl., vol. XIII, Torino, 1997, p. 324.

¹⁷⁷ P. SALVATORE, Revoca degli atti, III) Revoca degli atti amministrativi, in Enc. Giur., XXXII, Roma, 1994, ad vocem.

¹⁷⁸ La letteratura sull'istituto della revoca - provvedimento con il quale la stessa p.a. elimina, con effetto *ex tunc*, i propri precedenti atti che, senza essere illegittimi, presentino profili di inadeguatezza nel pubblico interesse – è molto ampia, tuttavia è utile consultare, ai fini di ciò che si intende sottolineare, almeno: L. RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, p. 217; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1942; F. PAPARELLA, *Revoca*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 204, A. CORPACI, *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino 1996, p. 324; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999. Per talune problematiche attuali correlate al riesame dell'atto cfr. ID., *Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati interessati*, in L.Giani M.Immordino F.Manganaro (a cura di) *Temi e questioni di diritto amministrativo*, Napoli 2019, p. 227; A. SANDULLI, *La revoca del provvedimento amministrativo e la tutela del legittimo affidamento: una questione di bilanciamento?*, ivi, p. 295.

¹⁷⁹ La revoca è ascrivibile all'attività di autotutela e a tal proposito si riporta la nota definizione di Benvenuti: «quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese». Così F. BENVENUTI, *Autotutela*, (dir.amm.), Enc. dir., IV, Milano, 1959, p. 537.

A N/	DIEN:	TEDIRI'	TTA
AIM	DIEIN	IEDIRI	110

espressamente l'interesse pubblico concreto¹⁸⁰ a giustificazione dell'atto di ritiro del provvedimento di primo grado. Anzi, la ragione alla base del potere di revoca, che ha carattere eminentemente discrezionale, risiede proprio nella necessità «che l'assetto dei rapporti amministrativi risponda perennemente all'interesse pubblico»¹⁸¹.

Per questo motivo sembra essere l'istituto più intimamente collegato all'interesse pubblico, senza il quale il provvedimento di revoca risulterebbe privo di legittimazione; anzi, proprio la revocabilità sarebbe il tratto che maggiormente caratterizza il provvedimento e, di conseguenza, «tale caratteristica, che è in relazione alla necessità di soddisfazione dell'interesse dell'amministrazione, non può venir meno avendo carattere qualificatorio» 182.

La novella del 2005¹⁸³, quando codifica fattispecie giuridiche frutto di lunghe elaborazioni giurisprudenziali e dottrinarie, è mossa dall'intento evidente di rafforzare il quadro delle garanzie dei soggetti privati che intersecano e subiscono gli effetti sfavorevoli dell'esercizio del potere della pubblica amministrazione¹⁸⁴. In questa prospettiva infatti la legge n. 164 del 2014 è intervenuta restringendo l'ambito applicativo dell'art. 21 *quinquies*, in particolare ammettendo la revoca solo se il mutamento delle circostanze non sia prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento; ciò considerato, l'amministrazione dovrà pertanto motivare adeguatamente in relazione al profilo della non prevedibilità del mutamento delle circostanze, diversamente si profilerebbe senz'altro l'illegittimità del provvedimento di revoca¹⁸⁵.

L'orientamento della giurisprudenza, d'altro canto, è sempre stato pacifico nell'ammettere, in via di principio, pur in difetto di specifica base normativa, la revocabilità degli atti amministrativi, riferendosi ad una prerogativa dell'amministrazione funzionale alla tutela degli interessi pubblici. Inoltre in forza del richiamo al principio del *contrarius actus*, predicato come di carattere generale nel campo amministrativo, si conclude che l'autorità dotata del potere di provvedere in una determinata materia deve ritenersi parimenti dotata del potere di provvedere nella stessa materia in senso inverso al precedente.

Tuttavia più di recente si è affermato un nuovo orientamento che esprime una serrata critica nei confronti dell'impostazione tradizionale –e di affermazioni spesso apodittiche– che sostenevano l'esistenza in capo all'Amministrazione di un generale potere di revoca. La critica mossa a questa tesi consiste nell'assenza di giustificazione del c.d. principio di

¹⁸⁰ Cfr., in questo senso, da ultimo Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991, che ammette la revoca soltanto «in presenza di un interesse pubblico individuato nel concreto, nel quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico».

¹⁸¹ M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 373-374.

¹⁸² F. BENVENUTI, Autotutela, (dir.amm), cit.

¹⁸³ In realtà va sottolineato che nella legge n. 15 del 2005 gli istituti dell'annullamento e della revoca sono stati dissociati —con una scelta considerata generalmente condivisibile— sebbene abitualmente giurisprudenza e dottrina li accomunassero: infatti «nella sistematica del nuovo capo della legge, è abbastanza netto il confine tra efficacia del provvedimento (fino all'articolo 21-sexies) e la sua invalidità (a partire dal 21-septies). La revoca rientra nella prima, l'annullamento d'ufficio nella seconda». Così B.G. MATTARELLA, La nuova legge sul procedimento amministrativo, in Giornale di dir. amm., 2005, p. 469.

¹⁸⁴ Come osserva M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Studi sull'autoritarietà nella funzione amministrativa*, Milano, 2005, spec. pp. 118-119.

¹⁸⁵ F. COSTANTINO, Efficacia del provvedimento e autotutela, in A. Romano, a cura di, Diritto amministrativo, cit., spec. p. 199.

revocabilità, affermatosi in assenza di un preciso riferimento normativo, ma semplicemente esercitato a seguito di una valutazione apparentemente congrua del pubblico interesse insito nella struttura dei provvedimenti, che in realtà non risulterà adeguato *ab origine* o a seguito di *novum* normativo; o, infine, quale effetto di un ripensamento dell'autorità sul provvedimento originario, sempre in vista di un interesse pubblico da tutelare ¹⁸⁶. Inoltre, l'affidamento dei cittadini avrebbe trovato più ampi spazi proprio in dipendenza del mutato rapporto che si è venuto a creare tra cittadino e amministrazione pubblica –a seguito dell'emanazione della legge n. 241 (senza trascurare le modifiche apportate dalla legge n. 15 del 2005)– caratterizzato con continuità e fondamento dommatico dall'inserimento stabile degli interessi del destinatario del provvedimento all'interno del procedimento amministrativo. Di conseguenza, in virtù di tale nuova e più accentuata collaborazione tra cittadino e pubbliche amministrazioni sarebbe di conseguenza lecito attendersi che un provvedimento, proprio in questo modo scaturito da una proficua partecipazione, possa ingenerare una ragionevole aspettativa di stabilità della decisione –in senso favorevoleassunta a conclusione del procedimento¹⁸⁷.

Tale maggiore stabilità della determinazione amministrativa renderebbe di conseguenza ingiustificata –almeno assai più difficilmente motivabile– nella maggior parte dei casi, una futura modificazione del provvedimento emesso: se infatti l'amministrazione riesca a svolgere un'istruttoria completa, soddisfacente e che tenga conto dei singoli interessi coinvolti nel procedimento, su ciascuno di essi motivando, e dei «fatti cui quegli interessi ineriscono e da cui emergono» 188, e tutto questo trasferisca nella motivazione della revoca, difficilmente si potrà verificare la necessità di adottare un provvedimento di revoca, ciò naturalmente ad eccezione del caso in cui sopraggiunga un mutamento della situazione di fatto.

Le norme contenute nell'art. 21 *quinquies* contraddicono parzialmente l'opinione della giurisprudenza maggioritaria e della dottrina che aveva contribuito a tracciare limiti precisi per il potere della p.A., rinvenibile nei provvedimenti costitutivi di diritti soggettivi, creati dall'atto che si intende revocare¹⁸⁹. Nelle norme della novella relative alla revoca non è infatti menzionato il limite, generalmente accolto, all'esercizio di tale potere: ciò renderebbe configurabile dunque sia un'interpretazione favorevole al mantenimento di tale limite, sia un'interpretazione contraria, che si potrebbe rivelare, d'altro canto, più in linea con il disegno generale della legge¹⁹⁰.

¹⁸⁶ Cfr., per una ricostruzione del percorso effettuato da dottrina e giurisprudenza, M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., spec. p. 154.

¹⁸⁷ Così M. IMMORDINO, Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento, cit., spec. p. 157.

¹⁸⁸ M. IMMORDINO, Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento, cit., spec. pp. 185-186. A fronte di siffatte considerazioni non è chi non veda –volendo tentare un accostamento con quanto accade nel processo amministrativo— come anche la stabilità della sentenza dipenda in sostanza dal contraddittorio previo che deve essere consentito a tutti coloro che sono destinatari degli effetti della stessa sentenza. In tal modo la parte vittoriosa non vedrà il giudicato a sé favorevole suscettibile di contestazioni da parte di coloro contro cui esso viene fatto valere. Cfr. sul punto D. CORLETTO, La tutela dei terzi nel processo amministrativo, Padova, 1992 e A. LOLLI, I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo, Milano, 2002, spec. pp. 70-71.

¹⁸⁹ Cfr. A.M. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, Napoli, 1989, p. 720.

¹⁹⁰ A. ROMANO TASSONE, Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/90, cit.

Cionondimeno, come proposto condivisibilmente dalla dottrina di epoca risalente ¹⁹¹ se è vero che riconoscere all'Amministrazione un'illimitata potestà di revoca rappresenterebbe un aggravio eccessivo e –nel quadro delle garanzie generali offerte al cittadino dall'ordinamento amministrativo– sostanzialmente inammissibile in danno dei singoli, ed un venir meno di ogni garanzia per i loro diritti, anche di quelli più meritevoli di tutela, è anche vero che ritenere i diritti soggettivi come confine invalicabile per la potestà di revoca si risolverebbe in una troppo stretta limitazione della sfera di azione dell'amministrazione, a favore della quale deve essere riconosciuta, se pur in circostanze e a condizioni determinate, la potestà di sacrificare i diritti dei privati in nome dell'interesse pubblico.

Alla luce di queste brevi considerazioni relative agli effetti dell'istituto sulle situazioni giuridiche soggettive dei privati, sembra potersi condividere quella tesi della dottrina secondo la quale nell'autotutela per revoca si rinviene l'unico vero momento in cui si realizza una netta subordinazione dell'interesse sostanziale del cittadino rispetto all'interesse pubblico¹⁹². Va però soggiunto che, anche se la legge tace sul punto, la dottrina¹⁹³ appare propensa a sostenere che l'amministrazione debba sempre tener conto anche degli interessi dei destinatari, nonché quelli dei controinteressati, come avviene nel caso dell'annullamento d'ufficio. In quest'ultima fattispecie infatti –quando si richiede all'autorità che intende procedere all'annullamento d'ufficio di un proprio atto di tener conto delle ragioni di contemporaneo interesse pubblico, nonché degli interessi dei destinatari e dei controinteressati– si segue la ben visibile traccia gianniniana relativa alla discrezionalità amministrativa quale «comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva»¹⁹⁴.

Conseguentemente «la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario va sempre preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto da revocare» per tal via anche la motivazione della revoca deve espressamente indicare, non soltanto i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la prevalenza di tale interesse pubblico su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento che si configurava come favorevole.

¹⁹¹ R. ALESSI, *La revoca*, cit., spec. pp. 93-94.

¹⁹² A. ROMANO TASSONE, Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/90, cit.

¹⁹³ M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, in G. della Cananea, M. Dugato, B. Marchetti, A. Police, M. Ramajoli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., spec. p. 376.

¹⁹⁴ M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione*, Milano, cit., p. 74. Cfr. G. CORSO, *Franco Scoca riflette sul provvedimento amministrativo*, in *Scritti per Gaetano Scoca*, vol. II, 2020, Napoli, spec. p. 1199. L'a. aggiunge che, pur ritenendo che la ponderazione di interessi costituisca momento centrale nell'esercizio del potere discrezionale, «i vari interessi, pubblici e privati non sono l'oggetto della scelta ma sono piuttosto il criterio secondo cui la scelta va compiuta».

¹⁹⁵ M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., spec. p. 376. Cfr., da ultimo, la pronuncia del T.A.R. Lazio, sez. II - Roma, 6 maggio 2022, n. 5672 relativa all'esercizio del potere di autotutela sulla D.I.A. che deve assicurare tutte le garanzie stabilite dalla vigente normativa per l'uso dell'autotutela stessa. L'amministrazione infatti deve verificare la sussistenza di tutti i presupposti ed assicurare tutte le garanzie stabilite dalla vigente disciplina per l'uso dello strumento dell'autotutela, «che va ad incidere su una realtà fattuale e giuridica già consolidata e, come tale, non può prescindere dalla partecipazione del privato al procedimento di secondo grado e dall'attenta ponderazione dell'interesse privato in rapporto all'attualità dell'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto ormai formatosi».

AMBIENTEDIRITTO

D'altra parte, come *contromisura* in un momento in cui si avverte la forte prevalenza dell'interesse pubblico si registra un'altrettanto decisa tendenza giurisprudenziale qualificabile come garantista, che da tempo ha affermato la necessità che l'annullamento e la revoca debbano essere adeguatamente motivati, non soltanto con l'indicazione delle norme e dei principi di diritto che si assumono violati, ma anche delle ragioni di pubblico interesse ¹⁹⁶, riferite alla situazione attuale e concreta in ordine alla quale si provvede, che abbiano indotto l'organo amministrativo al ritiro del proprio atto ¹⁹⁷. La motivazione *infortiata* dei provvedimenti di revoca mira, pertanto, a realizzare un altro importante risultato quanto agli effetti riguardanti l'area del merito o dell'opportunità, posto che se il merito o l'opportunità costituiscono ambiti sottratti al sindacato di legittimità del giudice, d'altro canto, proprio la motivazione adeguata «riduce drasticamente l'ampiezza di questa area e tendenzialmente elimina la sempre incerta figura dei vizi di merito» ¹⁹⁸.

Da una iniziale tendenza ad indicare semplicemente e talora tautologicamente l'inopportunità dell'atto amministrativo oggetto di revoca si è infine giunti –in virtù dell'evoluzione giurisprudenziale– alla richiesta della «puntuale dimostrazione della sussistenza dei motivi determinanti l'eliminazione o il ritiro di un atto dalla vita giuridica» ¹⁹⁹.

Unica eccezione a tale rigore si incontra –per una scelta comprensibile del legislatore– nei casi in cui l'interesse sotteso all'attività di autotutela consista nell'evitare l'esborso definitivo di denaro pubblico senza titolo: in tali casi, secondo giurisprudenza costante ²⁰⁰, non è

¹⁹⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 14 luglio 2022, n. 5991 in relazione alla revoca dell'aggiudicazione di una gara pubblica, in cui si afferma che «Negli appalti pubblici non è precluso all'amministrazione di revocare l'aggiudicazione in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, del quale si è dato atto nella motivazione del provvedimento di autotutela, alla stregua dei principi generali dell'ordinamento giuridico, i quali, oltre che espressamente codificati dall'art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990, trovano fondamento negli stessi principi costituzionali predicati dall'art. 97 Cost., ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa; l'esercizio di tale potere non è subordinato al ricorrere di ipotesi tipiche, tassativamente predeterminate dal legislatore, ma è rimesso alla valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione».

¹⁹⁷ B.G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, cit. Cfr. Cons. St. sez. V, 22 settembre 1993, n. 926, in *Foro amm.*, 1993, con nota di R. Chieppa.

¹⁹⁸ Così E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, cit., spec. p. 335. Inoltre l'A. afferma che anche l'obbligo di motivare in relazione all'interesse pubblico specifico l'annullamento d'ufficio induce a centrare l'attenzione sulle concrete ragioni del provvedere. Inoltre si segnala da ultimo una sentenza della Corte giustizia Ue, grande sezione, 18 gennaio 2022, n. 118, che ha ricondotto la legittimità della revoca al rispetto del principio di proporzionalità, in particolare, per i giudici europei la revoca della garanzia di naturalizzazione deve rispondere al principio di proporzionalità se comporta la perdita definitiva della cittadinanza Ue e può essere adottata solo per ragioni di ordine pubblico.

¹⁹⁹ F. PAPARELLA, Revoca, cit., spec. p. 214.

²⁰⁰ Cons. St., VI, 28 ottobre 2002, n. 5893, in *Foro amm.*, CDS, 2002, p. 2577; Cons. St., VI, 4 aprile 2003, n. 1748, in *Foro amm.*, CDS, 2003, p. 1350; Cons. St., V, 8 aprile 2003, n. 1849, in *Foro amm.*, CDS, p.1310; Cons. St., IV, 22 ottobre 2004, n. 6956, in *Foro amm.*, CDS, p. 2854. Da ultimo v. Cons. St., sez. IV, 23 marzo 2022, n. 2105 sulla ripetizione di somme non dovute, dove si chiarisce che «l'esercizio del diritto-dovere dell'Amministrazione di ripetere le somme indebitamente corrisposte ai pubblici dipendenti è atto dovuto; il recupero di tali somme costituisce il risultato di attività amministrativa, di verifica, di controllo, priva di valenza provvedimentale; in tali ipotesi l'interesse pubblico è *in re ipsa* e non richiede specifica motivazione: infatti, a prescindere dal tempo trascorso, l'oggetto del recupero produce di per sé un danno all'Amministrazione, consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo ed un vantaggio ingiustificato per il dipendente; si tratta dunque di un atto dovuto che non lascia all'Amministrazione alcuna discrezionale *facultas agendi* e, anzi, configura il mancato recupero delle somme illegittimamente erogate come danno erariale; il solo temperamento ammesso è costituito dalla regola per cui le modalità di recupero non devono essere eccessivamente onerose, in

MD	IEN1	FEDI	DIT	TΛ
 ичв		EDI	NI I	ıv

necessaria una vera e propria motivazione dell'interesse pubblico alla base del provvedimento di autotutela, essendo questo *in re ipsa*²⁰¹. Infatti, la necessità di evitare le conseguenze finanziarie negative derivanti dalla determinazione originaria consente di superare sia la valutazione delle posizioni dei destinatari dell'indebita elargizione, sia il requisito dell'attualità dell'interesse.

Tranne queste limitate ipotesi è evidente che la motivazione e il sindacato giudiziale che diviene per quella via possibile soltanto in sua presenza restano in realtà gli unici strumenti che consentono il necessario controllo del potere di revoca, tuttora inserito nell'ordinamento amministrativo con la dovuta "forza", attribuito alla pubblica amministrazione per la condizione del perseguimento degli interessi pubblici attuali e concreti. Può ritenersi, dunque, che questi ultimi godano di un regime giuridico di favore la cui attuazione concreta è affidata all'autorità che ha esercitato motivatamente il potere.

La motivazione serve in questo caso a contemperare il potere di revoca, attribuito all'organo pubblico al fine di realizzare la costante rispondenza all'interesse pubblico delle attività rimesse alle sue cure, con la garanzia dei terzi rispetto ad un uso arbitrario o eccessivo di quello strumento. Dunque viene richiesto che si ritengano sussistenti, allo scopo di legittimare il provvedimento, la puntuale indicazione dei motivi concreti e attuali di interesse pubblico²⁰² che possano giustificare la revoca, da valutare comparativamente con il

relazione alle condizioni di vita del debitore».

201 Diversamente, ad esempio, in materia edilizia, non può ritenersi sussistente in via generale un interesse pubblico "*in re ipsa*" al ritiro del titolo edilizio illegittimo (cfr. di recente Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2022, n. 1976). Nella pronuncia si afferma che principi generali che devono essere considerati in materia di annullamento in autotutela di un atto amministrativo devono essere applicati, in linea di principio, anche nell'ipotesi in cui oggetto di annullamento sia un titolo edilizio, di conseguenza «è necessario che l'atto di annullamento rechi una motivazione specifica in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro, non potendosi ritenere sussistente in via generale un interesse pubblico *in re ipsa* al ritiro del titolo edilizio illegittimo».

202 Non è invece richiesta una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale nel caso, ad es., dell'ordine di demolizione, atto vincolato che non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, posto che «non vi è un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il mero decorso del tempo non sana, e l'interessato non può dolersi del fatto che l'amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi». Cfr. Cons. St., sez. II, 20 luglio 2022, n. 6373.

Pervero, non mancano perplessità di fronte a siffatta scelta, che trascura le ipotesi di trasformazione del territorio in stati di necessità (art. 65 c.p.), disamina che la CEDU richiede come necessaria per evitare la grave ingiustizia di privare dell'unica abitazione una persona che l'ha costruita in stato di necessità, non disponendo di altre soluzioni, né delle risorse necessarie per un acquisto o una locazione, e talora addirittura non potendo più muoversi dalla casa abusiva per le condizioni di salute certificate e riconosciute nello stesso Comune che dovrebbe demolire in danno. V. art. 54 c.p.: «Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo...». Secondo CEDU 21 aprile 2016, Ivanova and Cherkezov / Bulgaria, poiché la perdita della casa di abitazione costituisce la forma più grave ed estrema di ingerenza statale nel diritto al rispetto della propria abitazione «gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare un esame giudiziale della complessiva proporzionalità di misure così invasive, come la demolizione della propria abitazione, e a riconsiderare l'ordine di demolizione della casa abitata dai ricorrenti alla luce delle condizioni personali degli stessi, che vi vivevano da anni e avevano risorse economiche limitate». Neanche il giudice dell'esecuzione, secondo la CEDU, nell'emettere l'ordine di demolizione, deve valutare la proporzionalità della stessa rispetto allo scopo, nel caso in cui le opere illecite siano necessarie per esigenze abitative. La Corte EDU ha, in relazione al caso di specie, precisato la doverosità, a fronte dell'emanazione di misure invasive poste in essere a salvaguardia della legalità, di procedere ad una valutazione circa le condizioni

	Α	МВІ	IENT	EDIRI	TTO	
--	---	-----	------	--------------	-----	--

sacrificio imposto al privato. La dimostrazione di tale interesse deve essere tanto più puntuale e congrua quanto più "profondamente" la revoca sia destinata ad incidere nella sfera giuridica dei privati²⁰³ che abbiano riposto il loro legittimo affidamento sulla validità e permanenza dell'atto revocato²⁰⁴. A questo scopo la norma prevede la possibilità dell'indennizzo –espressione di un principio di equilibrio economico, che fa da contrappeso alla decisione unilaterale e discrezionale dell'amministrazione²⁰⁵– se dalla revoca sia derivato pregiudizio in danno dei soggetti interessati.

La norma pare infine rappresentare un decisivo passo avanti per la tutela del cittadino che si trovi a subire un provvedimento di revoca: in tal caso il legislatore ha codificato un progresso sul piano del rapporto libertà-autorità –ossia del binomio posto «a fondamento dello Stato democratico»²⁰⁶– volto al conseguimento di un (pur parziale) ristoro per il cittadino che incontri il potere²⁰⁷.

Tuttavia non va dimenticato che, nel disegno del legislatore del 2005, la revoca, accanto alle ipotesi fondate su «sopravvenuti motivi di pubblico interesse » e per « mutamento della situazione di fatto», consente la revocabilità del provvedimento nella circostanza di «nuova valutazione dell'interesse pubblico originario», legittimando pertanto lo *jus poenitendi* nella

economiche e personali in cui versano i soggetti destinatari delle stesse. Ancora: CEDU 17.10.2013, Winterstein e altri / Francia, che, partendo dal presupposto che tale interferenza fosse prevista dalla legge e volta a perseguire scopi legittimi, inclusa la tutela della sicurezza e della salute pubblica, afferma la necessitò di stabilire se essa potesse definirsi anche necessaria in una società democratica alla luce della condizione di particolare vulnerabilità riconosciuta a taluni soggetti. Quanto all'applicazione del principio di necessità nel codice penale, cfr. F. VIGANÒ, Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti, Milano, 2000; nonché F. CONSULICH, Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti, Torino, 2018).

²⁰³ In questo senso cfr. Cons. St., sez. III, 20 luglio 2022, n. 6393, che sembra delineare diversi gradi di dettaglio per la motivazione in relazione agli interessi privati incisi dalla revoca: «lo standard della motivazione relativa alla valutazione di congruità è strutturalmente diverso rispetto a quella che deve sorreggere una valutazione di anomalia dell'offerta; mentre è richiesta una articolata ed approfondita motivazione laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione, la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede al contrario un particolare onere motivazionale».

²⁰⁴ Cfr. sul punto la pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2022, n. 833, dove si rimarca la valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione nel caso essa debba procedere ad un provvedimento di revoca. Tuttavia, nonostante si sottolinei che il mutamento della normativa e della giurisprudenza esistenti al momento dell'adozione di un provvedimento amministrativo costituisce ragione idonea a fondare l'esercizio del potere di revoca in autotutela da parte dell'amministrazione, ciò avviene «sempre a condizione che, in conseguenza del nuovo assetto, non sia possibile conservare gli effetti del provvedimento ovvero non sia più conveniente o opportuna la decisione assunta».

²⁰⁵ M. RAMAJOLI, Il provvedimento amministrativo, cit., spec. p. 376.

²⁰⁶ Definito tale da V. CAPUTI JAMBRENGHI, Libertà e Autorità, cit., spec. XVII.

²⁰⁷ Tuttavia, questa conquista "limitata" per il cittadino che abbia riposto il suo legittimo affidamento crea forti contrasti con i principi del diritto comunitario, come sottolinea B.G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, cit.

forma più dura²⁰⁸, a prescindere dal contenuto (autorizzatorio o ablatorio) del provvedimento *de quo*.

Quanto al presupposto della sopravvenienza sembra prevalere il profilo oggettivo, mentre negli altri casi emerge più distintamente un profilo di soggettività per una nuova valutazione dell'interesse originario o per un'originaria viziata valutazione dell'interesse pubblico. Tuttavia la dottrina ha criticato questa impostazione volta a distinguere tra profilo soggettivo e oggettivo²⁰⁹, in considerazione del fatto che sia per i sopravvenuti motivi, sia per la nuova valutazione degli interessi pubblici la giurisprudenza richiede che essi corrispondano a precisi requisiti oggettivi, obiettivamente verificabili, pertanto non ritenendo sufficienti le valutazioni soggettive della p.a.; d'altronde, nella stessa prospettiva volta a garantire il cittadino da un potere troppo invasivo dell'amministrazione, la giurisprudenza ha limitato agli aspetti essenziali della vicenda l'ipotesi del mutamento della situazione di fatto, che infatti va riferita ad aspetti che non riguardino questioni marginali²¹⁰.

Proprio nel caso dello *jus poenitendi*, ove la «valutazione giuridica del passato» non è supportata, e da elementi sopravvenuti, e da altri esistenti prima della decisione, l'esercizio del potere discende da un mutamento nelle priorità dell'autorità decidente, sembra non possa rinvenirsi quell'« inderogabile interesse pubblico » per via del quale la Corte di giustizia²¹¹ ritiene si possa contravvenire al principio di legittimo affidamento²¹² –

208 G. MASSARI, *Il procedimento amministrativo italiano alla luce del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2017, p. 1499. In materia di revoca cfr. la pronuncia del Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 4 aprile 2022, n. 246 dove si precisa che la revoca, nel caso specifico, non ha un intento sanzionatorio-punitivo, ma ha natura cautelare, a tutela delle esigenze di incolumità di tutti i consociati, dunque nell'interesse pubblico volto a garantire la sicurezza. In altri casi, d'altronde, la giurisprudenza specifica che la revoca può assumere la particolare connotazione di revoca-sanzione (TAR Puglia, Lecce, sez. II, 7 marzo 2022, n. 379) ad esempio, quando tra le sopravvenienze di pubblico interesse rientrino comportamenti scorretti dell'aggiudicatario manifestati successivamente all'aggiudicazione definitiva.

209 Infatti «la nuova valutazione presuppone sempre delle circostanze sopravvenute, che possono consistere anche solo nella sopravvenuta conoscenza di fatti verificatisi prima dell'emanazione del primo atto, ma all'epoca non noti; quella tra revoca per originaria inopportunità e sopravvenuti motivi di pubblico interesse, in quanto comunque deve sempre essere effettuata una comparazione tra assetto di interessi attuale e pregresso, così che risulta una mera sfumatura quantitativa» l'accentuazione dell'uno o dell'altro momento. In ogni caso, l'Amministrazione procederà sempre ad una valutazione delle circostanze e interessi attuali rispetto a quelli originarie. Cfr. per queste considerazioni, F. COSTANTINO, *Efficacia del provvedimento e autotutela*, cit., p. 200

- 210 TAR Veneto, Venezia, sez. I, 6 novembre 2013, n. 1231.
- 211 Corte giust., sentenza 14 maggio 1975, C-74/74, CNTA.
- 212 Cfr. sul punto di recente Cons. St., Ad. plen., 29 novembre 2021, n. 2 (in *Gior, dir. amm.*, 2022, p. con commento di S. Mirate, *I limiti dell'affidamento dell'aggiudicatario in caso di annullamento di una gara d'appalto*), dove si definiscono caratteri e limiti dell'affidamento del privato destinatario di un provvedimento ampliativo illegittimamente emanato e poi annullato in sede giurisdizionale, con particolare riferimento all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di un appalto pubblico, poi revocata a seguito di una pronuncia giudiziale di annullamento. In particolare viene affiontata la questione della rilevanza o meno della partecipazione procedimentale e la problematica nozione di affidamento incolpevole costruita dal Consiglio di Stato con la presente decisione. Infatti, «Nei rapporti di diritto amministrativo, inerenti al pubblico potere, è configurabile un affidamento del privato sul legittimo esercizio di tale potere e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede, fonte per quest'ultima di responsabilità non solo per comportamenti contrari ai canoni di origine civilistica ora richiamati, ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso di terzi. Nel settore delle procedure di affidamento di contratti pubblici la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, derivante dalla violazione imputabile a sua colpa dei canoni generali di correttezza e buona fede, postula che il concorrente abbia maturato un ragionevole affidamento nella stipula del contratto, da

AMBIENTEDIRITTO					
	 MD	IENIT	EDID	ITTA	

l'incompatibilità del mero "ripensamento" con i principi del diritto comunitario²¹³ è a questo punto pienamente condivisibile– posto che l'interesse pubblico alla base del provvedimento di revoca non può essere inderogabile, «dal momento che era stata la stessa amministrazione, ad un primo esame, a derogarlo»²¹⁴.

Sembra pertanto che vi sia l'influenza determinante della Corte di giustizia europea alla base della modifica apportata dalla legge 11 novembre 2014, n. 164 all'art. 21-quinquies, per la quale il mutamento della situazione tale da giustificare la revoca deve essere non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento –si pensi ai provvedimenti di revoca fondati sull'emergenza epidemiologica²¹⁵— e lo *jus poenitendi* può farsi valere solo per i provvedimenti diversi da quelli di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. In tal modo si ottiene una indubbia conquista in termini di garanzie, considerato che le decisioni amministrative favorevoli al cittadino, «se conformi alla legge, non possono più essere ritirate per il sol fatto che l'amministrazione abbia cambiato opinione al riguardo»²¹⁶.

Nello stesso solco, nel senso dell'introduzione di un deciso *favor* per il cittadino, non va sottaciuta la previsione di un tempo massimo entro il quale procedere all'annullamento d'ufficio, introdotta dall'art. 6, comma 1, lett. c), legge 7 agosto 2015, n. 124, inserita in un nuovo percorso di *dequotazione* della discrezionalità amministrativa²¹⁷, sulla scia di quella giurisprudenza della Corte di giustizia Ue²¹⁸ che richiede l'obbligo di riesame di un provvedimento pur definitivo al fine di adeguarsi ad una sopravvenuta interpretazione e ad un intervento normativo cui non può negarsi la retroattività di fatto nell'ambito dell'ordinamento europeo.

Sembra opportuno a questo punto fare riferimento a quella dottrina secondo la quale, almeno quanto al diritto sostanziale, «oggi il pendolo sembra oscillare verso il polo della "garanzia"...specie dopo la riforma Madia del 2015»²¹⁹; segnatamente ciò viene testimoniato

valutare in relazione al grado di sviluppo della procedura, e che questo affidamento non sia a sua volta inficiato da colpa».

²¹³ V. CERULLI IRELLI, Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241", in Astrid Rassegna, 2005, p. 25.

²¹⁴ G. MASSARI, Il procedimento amministrativo italiano alla luce del diritto europeo, cit.

²¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2022, n. 201, riguardante la revoca di un provvedimento in campo sanitario che, alla luce dell'epidemia da Covid 19, risultava non più rispondente né adeguato rispetto alle esigenze sopravvenute. La *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa* nel 2021 del Presidente del Consiglio di Stato dedica una quindicina di pagine al diritto della pandemia (cfr. G. VESPERINI *La giurisprudenza amministrativa e la pandemia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, p. 294). È persuasivo, infine, nel suo complesso, il giudizio che il Consiglio di Stato esprime circa la risposta che il diritto pubblico ha dato (finora) alla situazione di emergenza «Il nostro sistema costituzionale ha dimostrato capacità di adattamento, rimanendo fedele alle premesse dello Stato di diritto (...) senza snaturarsi e senza 'rotture' dei paradigmi consolidati. La preminenza del diritto alla salute non lo ha sottratto al bilanciamento con altri valori costituzionali (...); le misure limitative dell'ordinario svolgimento della vita sociale, ove sorrette da proporzionalità e rispettose della dignità umana, non hanno prodotto alterazioni irreversibili dei nostri diritti costituzionali individuali e collettivi» (p. 13). 216 G. MASSARI, *Il procedimento amministrativo italiano alla luce del diritto europeo*, cit.

²¹⁷ Cfr. su questo punto le considerazioni di G. MORBIDELLI, Separazione tra politica e amministrazione e discrezionalità amministrativa, in AA.VV., Scritti per Franco Gaetano Scoca, vol. IV, cit., p. 3697.

²¹⁸ Corte di giust. Ue, 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Willig Kempter KG*, Id., 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kuhne & Heitz*.

²¹⁹ G. TROPEA, Imperatività, consenso e garanzie nell'attività di regolazione, in Dir. amm., 2020, p. 363.

	DA E	NTE	NIDI	TT/	`
H	/IVI C	4 I CI	וחוע	111	,

proprio dal forte ritorno d'attenzione per le figure dell'esercizio del potere di autotutela decisoria, volta perlopiù a soddisfare le esigenze di tutela del cittadino, con un conseguente ridimensionamento della sfera dell'autoritatività e una "retrocessione" rispetto alla posizione di assoluta primazia occupata in passato, talora a seguito di valutazioni acritiche, dall'interesse pubblico.

7. Interesse pubblico e annullamento d'ufficio.

Ben prima della sua positivizzazione nel 2005 –nell'ambito della l. 241 del 1990– la dottrina aveva da tempo individuato la ragione primaria alla base dell'istituto dell'annullamento d'ufficio proprio nella necessità di tutelare l'interesse pubblico, più che nella esigenza di porre rimedio ad un vizio o risolvere conflitti²²⁰. In tal senso può dirsi che la prevalenza dell'interesse pubblico appaia motivata come ragione *oggettivata*²²¹, per le «esigenze prevalenti dell'azione amministrativa, riconducibili ai suoi fini istituzionali» ²²², ciò che del resto dimostravano studi autorevoli che inquadravano l'azione amministrativa in senso funzionale, come attuazione degli interessi pubblici, assunti come fine dell'azione²²³.

Nello stesso solco si segnala anche la giurisprudenza che non ha mancato di sottolineare il nesso assai evidente tra l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio e il principio di buon andamento, circostanza che ha reso più confacente l'inserimento di tale istituto «nel quadro dell'amministrazione attiva, più che dell'autotutela, che è attività di secondo grado»²²⁴.

Quanto alle "qualità" del provvedimento, posto il richiamo contenuto nelle norme dell'art. 21 *nonies* all'art. 21 *octies*, può dedursi che il provvedimento annullabile d'ufficio debba essere illegittimo, senza trascurare che l'illegittimità che viene richiesta in giurisprudenza è stata configurata come originale, grave ed insanabile.

Oltre all'illegittimità, tuttavia, si è da sempre aggiunta in giurisprudenza la necessità dell'accertamento costitutivo avente ad oggetto la presenza di un interesse pubblico all'annullamento²²⁵ –descritto in giurisprudenza come concreto e attuale sin dagli anni '50 del

²²⁰ F. COSTANTINO, *Efficacia del provvedimento e autotutela*, in A. Romano, a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2022, spec. p. 195.

²²¹ Cfr. S. ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi* (voce con aggiornamenti e revisione di G. Miele), in *Noviss. Dig. It.*, I, p. 642; F. BENVENUTI, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, II, p. 537; E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, II, p. 484.

²²² A. CIOFFI, Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche, cit., p. 75.

²²³ A. ROMANO, Il procedimento amministrativo e il suo impatto sulla cultura giuridica italiana, in Il magistero scientifico di Aldo M. Sandulli, nel centenario della nascita (a cura di M.A. Sandulli), Napoli, 2016, p. 93

²²⁴ F. COSTANTINO, *Efficacia del provvedimento e autotutela*, cit. Cfr., in tal senso Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440.

²²⁵ Ex multis Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4552. Il TAR Lazio (Roma, sez. II, 9 aprile 2021, n. 4190) ricorda come, per l'annullamento dell'aggiudicazione, sia necessaria la sussistenza di un interesse pubblico secondo quanto previsto dall'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, tuttavia, la sussistenza dei profili di illegittimità non è sufficiente a giustificare la misura dell'auto-annullamento d'ufficio. Devono ricorrere infatti anche altri presupposti che legittimano la misura prescelta ossia l'interesse pubblico all'annullamento e la comparazione degli interessi pubblici e privati comunque coinvolti. Da ultimo cfr. Cons. Stato, sez. II, 17 ottobre 2022, n. 8840, cit. «Secondo l'univoco orientamento giurisprudenziale, i presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio...sono costituiti dall'originaria illegittimità del provvedimento, dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità violata), tenuto conto anche delle posizioni giuridiche soggettive consolidate in capo ai destinatari». Tuttavia, nello

 ΔМ	BIE	NT	EDIR	RITT	0

XX secolo²²⁶– il quale caratterizza peraltro la stessa *figura juris* dell'annullamento d'ufficio rispetto a quello giurisdizionale, basato invece sulla tutela di un interesse privato.

Sebbene sia stato qualificato come interesse *oggettivato* quello che è collocato alla base della scelta dell'amministrazione volta all'annullamento di un atto –che pur appaia legittimo– va pertanto preliminarmente sottolineato che tale esigenza, con la conseguente possibilità di scelta, è un *quid* che resta nella totale disponibilità giuridica dell'amministrazione²²⁷.

Cosicché, proprio valorizzando la tendenza giurisprudenziale in materia di annullamento d'ufficio alla stregua di un angolo d'osservazione particolarmente privilegiato, si può osservare che sembra vi sia stata una sorta di parabola discendente quanto alla posizione rivestita dall'interesse pubblico –in relazione al grado di tutela e centralità– nello specifico caso dell'annullamento d'ufficio. In tal senso va registrato un vero e proprio "picco" di massima tutela nel momento in cui esso è stato positivizzato nell'ambito delle norme di cui all'art. 21 *nonies*, mentre allo stato attuale del diritto vivente la tutela appare come eccezionale, funzionale come essa si presenta soprattutto alla garanzia delle attività economiche²²⁸. Infatti, la c.d. "Riforma Madia"²²⁹, contenuta nella l. 7 agosto 2015 n. 124, reca

specifico caso all'esame dei giudici, la rilevanza dei vizi riscontrati, che hanno determinato un vero e proprio mutamento della destinazione urbanistica dell'area, incompatibile con la disciplina di settore, «è stata ritenuta ostativa all'attribuzione di peculiare e prevalente rilievo all'affidamento del privato all'anelato mantenimento dell'atto risultato in contrasto con la vigente disciplina normativa, con conseguente prevalenza dell'interesse pubblico al corretto e coerente utilizzo di ambiente e paesaggio rispetto all'interesse economico alla prosecuzione dell'intervento edilizio illegittimamente autorizzato». Sicché, i giudici di palazzo Spada hanno ritenuto che proprio in virtù della particolare delicatezza e rilevanza degli interessi paesaggistici ed urbanistici tutelati dalla normativa di settore nella motivazione del provvedimento sono stati alla fine privilegiati tali interessi rispetto all'affidamento del privato, anche avuto riguardo alla «non particolare pregnanza in considerazione della gravità del vizio». Si richiama, inoltre, la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 12 febbraio 2008 in C-2/2006, secondo cui il giudicato formatosi su una interpretazione, successivamente ritenuta non conforme al diritto euro-unitario, non costituisce un limite all'esercizio dell'autotutela. Il TAR Lazio ricorda come, per l'annullamento dell'aggiudicazione, sia necessaria la sussistenza di un interesse pubblico secondo il paradigma generale previsto dall'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990.

226 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 1950, n. 1338, in *Foro it.*, 1951, III, p. 228 (una sentenza "pilota"), con nota di A. DE VALLES, *Annullamento d'ufficio ed interesse pubblico*, *ibidem*, p. 228.

227 Sul punto cfr. F. Merusi, *Interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 21; A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, cit.

228 Come acutamente osserva A. CIOFFI, Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche, cit., spec p. 76. Cfr. nello stesso senso M.A. SANDULLI, Gli effetti diretti della legge 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela, in www.federalismi.it, 2015. Sulla riforma e sulle conseguenze in materia di autotutela, che impongono ormai un ripensamento dell'istituto, considerata l'eccezionalità del potere che ora è posto in capo all'amministrazione, cfr. F. FRANCARIO, Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124), in www.federalismi.it, 2015. La "Riforma Madia" si concreta nella L. 7 agosto 2015 n. 124 che, come esplicitamente dichiarato nella stessa epigrafe del provvedimento legislativo, prevede "deleghe al Governo in materia di riorganizzazione della pubblica amministrazione"

229 Come ricorda F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124)*, cit., «In quanto legge di delega, la l. 124/2015 si limita pertanto a individuare gli oggetti e ad indicare principi e criteri direttivi dell'intervento riformatore che il Governo dovrà attuare in concreto. Il progetto complessivo è abbastanza ambizioso: codice dell'amministrazione digitale; riordino della disciplina della conferenza di servizi; riordino della disciplina della scia e del silenzio assenso; revisione e semplificazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza; riorganizzazione dell'amministrazione dello Stato (Presidenza del Consiglio, Ministeri, Agenzie governative ed

AMBIENTEDIRITTO	
-----------------	--

nella stessa epigrafe del provvedimento legislativo recante "deleghe al Governo in materia di riorganizzazione della pubblica amministrazione", la prospettiva di un rilevante *novum* nell'ordinamento giuridico: in particolare, di un ripensamento dei moduli organizzativi dell'amministrazione. Nonostante possa apparire nel complesso una riforma poco incisiva quanto all'assetto degli istituti del procedimento amministrativo, deve ritenersi che in relazione alla materia di cui ci stiamo occupando «le nuove disposizioni non recano norme di dettaglio o di poco interesse, ma incidono profondamente sui caratteri e sulla natura dell'istituto dell'autotutela amministrativa»²³⁰.

In relazione alla differenza di presupposti alla base delle due ipotesi di autotutela –revoca e autotutela– nel primo caso non si interviene in ragione di un provvedimento *ab origine* viziato nella legittimità, bensì si tratta di nuove valutazioni di opportunità, che consentono sempre alla pubblica amministrazione di ritirare o rimodulare il suo precedente *agere* provvedimentale.

La legge sembra predisporre un sistema per il quale la tutela dell'affidamento sia più pregnante nell'ambito dell'annullamento d'ufficio rispetto a quello della revoca, poiché, nell'annullamento il decorso del termine ragionevole, oggi ridotto a 12 mesi, dopo la novella del 2021²³¹ –nell'ambito della normazione derivante dalla necessità di accelerare le conclusioni dei procedimenti amministrativi per rendere possibile il rispetto delle scadenze previste dal PNRR nell'esecuzione di opere pubbliche soprattutto– impedisce all'amministrazione di esercitare il potere di annullamento, pena l'illegittimità del provvedimento di secondo grado per violazione di legge, o eccesso di potere. Va a questo proposito ricordato che l'art. 6, comma 1, lett. d), n. 1), l. 7 agosto 2015, n. 124²³² ha modificato

enti pubblici non economici); riordino delle camere di commercio; dirigenza pubblica; semplificazione dell'attività degli enti pubblici di ricerca; redazione di testi unici in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e dei servizi pubblici locali; riordino della procedura innanzi alla Corte dei Conti».

²³⁰ F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124), cit.* Sicché, secondo l'a., può concludersi che la riforma del 2015 metta sicuramente in crisi «ricostruzioni ormai pacificamente acquisite, ma al tempo stesso sembra fornirne anche la soluzione recuperando e rinforzando il rapporto dell'autotutela amministrativa con il principio di legalità». L'autotutela decisoria pertanto, pur non rappresentando più l'espressione di un potere generale connaturato all'azione amministrativa, trova d'altra parte il proprio fondamento nel testo vigente dell'art 21 *nonies* della l. 241 del 7 agosto 1990, che fonda per tal via l'esistenza di «un potere eccezionalmente attribuito alla pubblica amministrazione e che dipende pertanto, nella sua concreta configurazione, dai modi e termini in cui è plasmato dalla norma di legge». 231 Con il d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito in le. 29 luglio 2021, n. 108 viene modificata ulteriormente la disciplina di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990, posto che è stato ridotto da 18 a 12 mesi il termine entro il quale le pubbliche amministrazioni possono procedere all'annullamento d'ufficio dei numerosissimi provvedimenti amministrativi di autorizzazione o di quelli aventi ad oggetto l'attribuzione di vantaggi

²³² Le norme di cui all'art. 6, comma 1, lettera d) apportano infatti rilevanti modifiche all'articolo 21-nonies: al comma 1, dopo le parole: «entro un termine ragionevole» sono inserite le seguenti: «, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20»; 2) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente: «2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica

A 10	A D I	ENT	EDIRI	TT	`
Ar	'I D I		EDIK		,

l'art. 21-nonies, comma 1, l. 241 del 1990 introducendo un termine massimo, inizialmente corrispondente a 18 mesi e che si è ulteriormente ridotto nel 2021, per il potere di autotutela amministrativa²³³, mostrando un evidente «favor verso l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici, in primis degli operatori economici la cui azione risulta condizionata dalle amministrative, a scapito dell'interesse legittimità alla amministrativa»²³⁴. L'aver anteposto le esigenze di certezza e stabilità sembra tuttavia provocare delle conseguenze non prive di rilievo in relazione ad un ridimensionamento del potere della p.a. ed, in particolare, al (tradizionalmente assunto) presupposto della sua immanenza ed inesauribilità al fine di curare l'interesse pubblico. In questa nuova prospettiva che predilige la tutela dei valori suesposti, anzi, può osservarsi che il potere di autotutela si mostra limitato «nei presupposti del suo esercizio da risultare non più spiegabile come un potere generale, immanente ed inesauribile; ma come un potere spendibile unicamente nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente»²³⁵.

Nell'ipotesi della revoca, al contrario, l'interesse del privato destinatario non potrà mai risultare ostativo all'esercizio del potere di riesame, dovendo questo eventualmente essere soltanto indennizzato economicamente²³⁶.

Le esigenze di tutela del legittimo affidamento, richiamate in un provvedimento di revoca, sono considerate dall'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990 che, a differenza dell'art 21 *nonies*, l. n. 241/1990, riconosce, al più, un obbligo di indennizzo gravante sulla p.a. e dunque un ristoro eventuale, a carattere economico, per il pregiudizio che l'affidamento del privato abbia subito per effetto dell'esercizio del potere di autotutela.

Si tratta di una disposizione di particolare rilevanza, che attribuisce uno specifico valore al decorso del tempo e al relativo affidamento che si ingenera nel privato sulla stabilità degli effetti giudici favorevoli -di ampliamento della sfera giuridica, autorizzatori o di attribuzione di vantaggi economici- discendenti dall'esercizio dei pubblici poteri. In virtù di tale *novum* si è ritenuto in giurisprudenza che «la norma in esame codifichi nella legge generale sul procedimento amministrativo un principio di *civiltà giuridica*, funzionale a riequilibrare

²⁸ dicembre 2000, n. 445».

²³³ In relazione alla specifica materia edilizia, invece, «l'istituto dell'autotutela decisoria (nelle forme dell'annullamento, della revoca, del ritiro e della sospensione), tradizionalmente concepito come espressione del potere, immanente, generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni esplicitamente o implicitamente assunte, si rivela evidentemente inadeguato per giustificare l'esercizio dei poteri di controllo "tardivo" sulla legittimità dei titoli "autocertificati" e soggetti a verifica immediata di conformità entro un termine perentorio (d.i.a., s.c.i.a.) introdotti dalla l. n. 241 del 1990 e più volte rivisitati e riordinati fino ai decreti attuativi della l. n. 124/2015 (e non formalmente previsti per c.i.l. e c.i.l.a.). Sotto altro profilo, in termini più generali, le crescenti esigenze di sicurezza giuridica sulla stabilità dei titoli abilitativi e di quelli comunque attributivi di vantaggi economici hanno reso necessaria una delimitazione del potere amministrativo di caducarli o sospenderne o comunque negarne ab origine l'efficacia». Questa l'assai nota posizione di gran parte della dottrina italiana, in armonia con la tesi generale elaborata da M.A. SANDULLI, *Edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2022. p. 171.

²³⁴ F. FRANCARIO, Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124), cit.

²³⁵ F. FRANCARIO, Autotutela amministrativa e principio di legalità (note a margine dell'art. 6 della legge 7 agosto 2015 n. 124), cit.

²³⁶ Cfr. in tal senso, tra le innumerevoli pronunce, T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 novembre 2020, n. 5027, secondo cui il legittimo affidamento del privato leso dall'adozione di un atto di revoca in autotutela da parte della pubblica amministrazione trova tutela proprio con il riconoscimento di un indennizzo.

l'asimmetria immanente nel rapporto tra gli amministrati e l'autorità, introducendo un limite temporale all'esercizio del potere amministrativo di riesame (tradizionalmente inesauribile e, in ogni caso, astretto a limiti non ben scanditi, siccome risultanti da clausole "elastiche" quali: " ragionevolezza del termine "; motivazione specifica; interessi dei destinatari e dei controinteressati et similia) in guisa speculare rispetto a quello che tradizionalmente connota lo ius agendi dei privati, con l'ordinario termine di decadenza di 60 giorni, ovvero di 120 giorni per l'azione risarcitoria o il ricorso straordinario al Capo dello Stato» 237. Tuttavia il Consiglio di Stato²³⁸ non ha tardato a "limitare" nuovamente la possibilità di applicare tale norma di civiltà giuridica, specificando che il termine di diciotto mesi per intervenire in autotutela è applicabile -senza alcuna retroattività rispetto alla legge-per i provvedimenti adottati dopo l'entrata in vigore della l. 124 del 2015. Per tal via, nei procedimenti di annullamento d'ufficio ex art. 21-nonies 1. 241 del '90, il termine attuale di 12 mesi per intervenire in autotutela è applicabile solo per i provvedimenti emanati dopo l'entrata in vigore della l. 124 del 2015 «in considerazione della natura innovativa (e non interpretativa) della disposizione». Infatti, si tratta di un termine che non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il tempo decorso anteriormente all'entrata in vigore della novella legislativa, atteso che tale interpretazione, oltre a porsi in netto contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. È fatta comunque salva l'operatività del sopravvissuto «termine ragionevole», secondo la formulazione del testo previsto dall'originaria versione del citato art. 21-nonies, aggiungendo che se i dodici mesi non siano ancora decorsi, tuttavia la nuova norma non può non valere in casi più gravi come ineludibile indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione.

Diversamente, nel caso di *condictio indebiti*, la giurisprudenza è concorde nel ritenere la sussistenza di un interesse pubblico *in re ipsa* e un obbligo *ex lege* al recupero da parte dell'amministrazione delle somme erroneamente corrisposte in senso oggettivo o –più raramente– soggettivo. Infatti, nel caso di recupero da parte dell'amministrazione di tali erogazioni erronee, né l'affidamento del percipiente, né il decorso del tempo sono di ostacolo all'esercizio del diritto-dovere di ripetere le somme, posto che il recupero va configurato alla stregua di «un atto dovuto, privo di valenza provvedimentale, da adottarsi con il solo dovere di osservare modalità non eccessivamente onerose per il soggetto colpito»²³⁹.

8. Verso una nuova cultura dell'interesse pubblico "demitizzato".

²³⁷ Cfr. T.A.R. Campania, sez. VI, Napoli, 16 agosto 2021, n. 5512 che ha ritenuto illegittima l'adozione del provvedimento di annullamento in autotutela dell'autorizzazione paesaggistica dopo lo spirare del termine di 18 mesi. Cfr. già T.A.R. Lombardia sez. I, Milano, 2 luglio 2018, n. 1637.

²³⁸ Sez. VI, 9 marzo 2022, n. 1704.

²³⁹ Cfr., ad es., Cons. Stato sez. I - 20/11/2020, n. 1874; ne discende che l'amministrazione non è tenuta a fornire una specifica motivazione né sulle ragioni del recupero, né sulla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 21-nonies della l. 241/90 per l'esercizio del potere di autotutela amministrativa, dato che il danno prodotto all'amministrazione dalla corresponsione di un beneficio economico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il destinatario, fa sorgere un interesse pubblico *in re ipsa* al recupero delle somme, nonché un obbligo *ex lege* rispetto al quale il decorso del tempo non assume rilevanza.

Come si è cercato di porre in luce, la stessa nozione di interesse pubblico è stata oggetto nel corso degli anni di molteplici studi, con impostazioni e conclusioni diverse, suscitate dai mutamenti delle successive forme di Stato e soprattutto delle trasformazioni subite dall'ordinamento e dalla pubblica amministrazione. Segnatamente, proprio il passaggio da un'amministrazione di stampo autoritativo ad un'amministrazione dapprima intesa come funzione, poi come funzione partecipata, talora coniugata in termini di amministrazione di prestazioni da garantire anche attraverso servizi pubblici, ha implicato un'accentuata valorizzazione della ricerca di un interesse pubblico molto più concreto e, per così dire, "dinamico" rispetto a quello ipostatizzato ed identificato con il fine di volta in volta prefigurato dall'ordinamento attraverso la norma attributiva del potere ad un soggetto amministrativo.

Insieme all'affermazione di taluni interessi privati meritevoli di riconoscimento –talvolta elevati al rango di "diritti fondamentali" e che ricevono perciò una tutela non molto differente da quella prevista in generale per gli interessi pubblici–, nuovi enti, agenzie, società in mano pubblica risultano preposti alla cura di sempre più numerosi interessi pubblici, connessi ad altrettanti bisogni espressi dalla collettività, che potrebbero definirsi "sbocciati" nell'ambito di rinnovati modelli di amministrazione.

L'analisi dell'interesse pubblico, perciò, sembra arricchirsi di nuovi profili, più concreti, a seguito della sua collocazione e valorizzazione nell'ambito del procedimento amministrativo, mentre perde terreno la mera concezione astratta di un interesse pubblico predefinito, immutabile, esente da qualsiasi apporto esterno.

Sarebbe perciò ormai anacronistico considerarlo al pari di un *deus ex machina*; al contrario, esso «va demitizzato, va storicizzato, e va altresì inserito in tutta una serie di interessi con i quali deve coesistere»²⁴⁰. Infatti, considerato a lungo al pari di un dogma –intendendosi con questo termine, sia in teologia che nelle discipline giuridiche, «le medesime certezze, che unite tra loro formano una dottrina integrata»²⁴¹– l'interesse pubblico viene ora riconsiderato nello Stato pluriclasse, che ha comportato –com'è noto– una rapida evoluzione riguardante la struttura e il funzionamento dei pubblici poteri, inducendo il necessario avvio di un processo di revisione *ab imis* degli schemi teorici tradizionali. Ed è nell'affermazione del principio democratico, volto ad individuare «nella comunità sociale il punto di origine e di riferimento costante di tutte le potestà pubbliche»²⁴², che si finisce per determinare il superamento definitivo del quadro teorico derivante dall'esperienza avviata nello Stato liberal-borghese.

Non può non osservarsi, in tal senso, cercando di tirare le fila di un processo di evoluzione, una sorta di "sgretolamento" dell'accezione monolitica dell'interesse pubblico che derivava da (potendo definirsi emblematica di) un mutamento del suo contenuto giuridico: da una configurazione astratta di detto interesse, come predeterminato dalla norma legislativa, «ad una configurazione articolata e composita, che viene di volta in volta a

²⁴⁰ M. STIPO, Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi, cit., p. 2569.

²⁴¹ M. STIPO, Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi, cit., p. 2579.

²⁴² M. STIPO, Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi, cit., p. 2579.

delinearsi sul piano concreto nell'esercizio dell'attività discrezionale dell'amministrazione, o, meglio, delle amministrazioni»²⁴³.

Del resto, la stessa "frantumazione" di competenze inerenti ad una stessa materia tra soggetti pubblici distinti, quale tecnica giuridica che consente, tra l'altro, di valorizzare le autonomie locali, o le intersezioni tra diversi interessi pubblici nel singolo episodio di esercizio della funzione amministrativa, nonché la diversità di valutazione ed interpretazione delle misure più idonee ad inverare l'interesse pubblico nella situazione concreta, con il conseguente riconoscimento di legittimazione a ricorrere in favore di amministrazioni pubbliche avverso provvedimenti amministrativi adottati da altre amministrazioni, sembrano costituire indici rivelatori non già di un assai improbabile superamento puro e semplice della categoria, peraltro con effetti dirompenti, ma di una sua evoluzione dinamica.

La definizione dell'interesse pubblico "concreto" nel corso del procedimento amministrativo conduce, dunque, ad un nuovo concetto, per così dire "aperto", posto che chiunque può partecipare al procedimento amministrativo, con osservazioni, memorie e documenti, anche se non sia portatore di un interesse differenziato e qualificato; ma nel contempo ancorato a parametri propri di un'attività amministrativa non libera nei fini. Cosicché, la partecipazione sembra istituto idoneo a delineare la compenetrazione piena tra sfera pubblica e sfera privata, rispettivamente coniugabili anche al plurale, conferendo piena democraticità al nuovo ordinamento amministrativo e trasformando in un tempo relativamente breve un'amministrazione distante e autoritaria in un'amministrazione al passo con i tempi, efficace e attenta alle esigenze dei cittadini.

Si pensi alle implicazioni dell'approvazione del rilevantissimo Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), che investe tutto l'apparato amministrativo, dall'assistenza sanitaria, all'agricoltura, all'industria, ecc., di compiti assai impegnativi di progettazione ed esecuzione di opere e risvolti organizzativi con un termine breve (2026), con il proficuo investimento di un ingente finanziamento europeo, in parte a fondo perduto e in parte in prestito redimibile, che presuppone un efficace coordinamento tra tutti gli organi e soggetti pubblici per l'attuazione di un programma di sviluppo e superamento delle disuguaglianze che, se venisse attuato nella sua parte prevalente, porterebbe ad una svolta assai rilevante nell'organizzazione e nello stesso ordinamento, che, a sua volta, dovrebbe essersi giovato delle conseguenze giuridiche di uno sviluppo economico di grande portata.

Attualmente il coordinamento è limitato all'organizzazione della pubblica amministrazione in alcuni suoi settori specifici e, in materia finanziaria, è stato evidenziato il ruolo di cabina di regia per la Ragioneria generale dello Stato, che è l'unico interlocutore nelle tematiche economico-finanziarie, presenti praticamente in ogni rapporto, con l'Unione europea.

In proposito, la dinamica istituzionale prefigurata dal PNRR sulla scorta del *Next* generation EU consente di ricostruire a grandi linee un interesse, di matrice e dimensione sovranazionale, comune agli Stati membri (oltreché agli operatori economici e, più in

²⁴³ M. SPASIANO, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, p. 207.

AMBIENTEDIRITTO	NTEDIRITTO
-----------------	------------

generale, ai cittadini), a promuovere e favorire, attraverso un massiccio programma di finanziamento eurounitario per progetti tematici, la ripresa economica e sociale dopo lo *choc* indotto dal fenomeno pandemico, mediante l'individuazione di settori, ambiti ed obiettivi di intervento (6 *mission* articolate in 16 componenti) ritenuti strategici per il loro ruolo *ex se* centrale nell'ammodernamento del sistema-Paese e trainante per una pluralità di settori ulteriori, oltreché preordinato a concorrere alla risoluzione di criticità strutturali dell'economia nazionale in un percorso di transizione ecologica e ambientale e di inclusione sociale.

L'attuazione del piano è cadenzata, in modo puntuale, sul piano cronologico.

Che vi sia una pluralità di interessi pubblici coinvolti nelle varie *mission* e nelle componenti attuative e, a catena, nell'individuazione dei singoli progetti da ammettere a finanziamento perché idonei ad inverare, nello specifico settore e/o nella peculiare situazione territoriale, gli obiettivi prefigurati in sede eurounitaria e, in tale solco, da parte di ciascuno Stato membro, non potrebbe agevolmente esser revocato in dubbio.

Si tratta, infatti, di un preciso interesse pubblico correlato sia all'identificazione, nel coacervo dei progetti presentati dai soggetti volta a volta destinatari dell'offerta al pubblico lanciata attraverso il bando, di quelli ammissibili a finanziamento perché atti ad inverare gli obiettivi strategici generali, sia alla realizzazione dei progetti, nel quadro delle riforme, laddove previste.

Ma è altresì ravvisabile un interesse pubblico all'attuazione di tutti e di ciascuno dei singoli interventi ricompresi nel piano nazionale entro il termine previsto nel bando comunque con il rispetto del limite temporale finale fissato per il 2026.

Dunque: pluralità di declinazioni dell'interesse pubblico rivitalizzate e percorse da una rinnovata linfa vitale nell'attualità poiché ricomprese in un'azione programmatica politico-amministrativa del Governo, titolare della funzione di regia e controllo dell'attuazione e responsabile della stessa, sorretta da fonti normative.

E se uno dei principali criteri distintivi dell'interesse pubblico risiede nella sua "incorporazione" "in una norma, in una politica o in una misura pubblica (dei pubblici poteri)" la restituzione alla collettività in termini di benessere, salute, miglioramento delle infrastrutture, di servizi, di comunicazione, di qualità della vita, ecc., degli interventi strategici finanziati dal PNRR ma individuati e calibrati in rapporto ad esigenze e bisogni di dimensione nazionale e territoriale, consente di ricondurre questi ultimi all'interesse pubblico nella pluralità della sua accezioni, ivi compresa quella, preponderante, della sua rapportabilità all'opzione in concreto prescelta in considerazione della situazione di fatto e degli interessi implicati.

Ci si potrà –se mai– chiedere se Comuni o Città metropolitane o altri soggetti ammessi a presentare progetti di intervento ("soggetti attuatori") siano sempre vincolati all'osservanza di forme e procedure partecipate che tendenzialmente risolvano le criticità in sede procedimentale inverando una sorta di condivisione nella definizione dell'interesse pubblico concreto²⁴⁵.

²⁴⁴ G. CORSO, Manuale di diritto amministrativo, Torino, 2020, p. 31 ss.

²⁴⁵ D.l. 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108.

Δ	M	BIEI	NTED	IRIT	TO

E se e fino a che punto la natura strategica del progetto, da realizzare entro il termine previsto, sia indice di un interesse pubblico destinato tendenzialmente a prevalere in sede processuale su eventuali esigenze cautelari a tutela di situazioni giuridiche soggettive lese da decisioni amministrative censurate per illegittimità.²⁴⁶

Nella stessa prospettiva, anche le nuove esclusioni rispetto alla possibilità di far valere sempre e comunque l'interesse pubblico e dunque il privilegio dell'amministrazione²⁴⁷ nei procedimenti di secondo grado –così come la previsione per la quale l'annullamento d'ufficio debba tener conto delle ragioni di interesse pubblico, nonché degli interessi dei destinatari e dei controinteressati– possono definirsi sicuramente utili al raggiungimento dei risultati di buona amministrazione, presentando anche una matrice garantista per gli interessi privati, oltre che una maggior certezza, bene giuridicamente assai rilevante. In realtà, esse sembrano andare nella direzione opposta a quella della mitizzazione dell'interesse pubblico, ossia di quell'interesse teorizzato dalla dottrina più risalente come "vessillo" in nome del quale potrebbe essere concesso anche l'arbitrio amministrativo.

La migliore garanzia di un'equa decisione sia per l'amministrazione che per i cittadini – suoi destinatari– può quindi dirsi ancora offerta dalla sensibilità e dall'esperienza di un "giudice-amministratore" che, nell'ambito di un giudizio di legittimità che ha visto i suoi confini sempre più estesi attraverso il sindacato sul vizio di eccesso di potere, anche se restìo ad utilizzare tutte le potenzialità consentite dal diritto positivo,²⁴⁸ appare tuttora volto ad individuare un punto di equilibrio tra gli interessi (ed i diritti) dell'amministrazione e quelli dei privati²⁴⁹.

Nei corsi e ricorsi storici, nei continui avvicendamenti tra posizioni di irrigidimento dell'ordinamento giuridico, che quasi "chiudono" l'interesse pubblico e posizioni che

²⁴⁶ Il riferimento è alla norma di cui all'art. 12-bis, d.l. 16 giugno 2022, n. 68 che, (in luogo dell'abrogato articolo 3 del d.l. 7 luglio 2022, n. 85), ha disposto tra l'altro: 1) "Nella decisione cautelare e nel provvedimento di fissazione dell'udienza di merito, il giudice motiva espressamente sulla compatibilità della misura e della data dell'udienza con il rispetto dei termini previsti dal PNRR"; 2) "In sede di pronuncia del provvedimento cautelare si tiene conto della coerenza della misura adottata con la realizzazione degli obiettivi e il rispetto dei tempi di attuazione del PNRR"). In tal modo attribuendo carattere di preminente interesse pubblico al completamento dell'opera finanziata con risorse previste dal PNRR entro il termine previsto dallo stesso PNRR.

Per un'applicazione, ancorché caratterizzata dalla provvisorietà propria della misura cautelare monocratica, alla controversia inerente al c.d. nodo ferroviario di Bari, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 dicembre 2022, n. 5897 (decreto), che ha accolto parzialmente l'istanza cautelare della sentenza TAR Puglia, Bari, Sez. III, n. 1576/2022, avendo ritenuto sussistente il pregiudizio caratterizzato da "gravità, irreversibilità ed irreparabilità" e "occorrendo doverosamente assicurare e ripristinare la compatibilità della misura cautelare con il rispetto dei termini previsti dal PNRR".

²⁴⁷ In questo senso cfr. M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *giustamm.it*, 2016, p. 104, dove, riferendosi in particolare all'annullamento d'ufficio, l'a. ritiene che si possa parlare «di un tassello importante nella ricostruzione della relazione tra pubblica Amministrazione e privato all'insegna non più del privilegio amministrativo, bensì della leale collaborazione e del riequilibrio tra le parti del rapporto».

²⁴⁸ L'osservazione critica di F.G. SCOCA, *Fondamento e tutela delle posizioni soggettive*, Relazione al Convegno di studi sul tema "I principi di diritto amministrativo italiano tra innovazione e tradizione" (Roma, 9.6.2022).

²⁴⁹ Ed è proprio la natura delle controversie rimesse al giudice amministrativo, che richiede una particolare predisposizione alla verifica del corretto uso della discrezionalità e del potere amministrativo, che contraddistingue le stesse delle vertenze assegnate al giudice ordinario, così A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo*, cit.

AMBIENTEDIRITTO	

continuano invece a valorizzarlo, va ricordato che probabilmente lo Stato regolatore, pur nel momento in cui è chiamato a svolgere un ruolo imparziale –a livello sia legislativo che amministrativo– è comunque costantemente condizionato dall'interesse pubblico, da dedurre nella comparazione degli interessi, circostanza che lo responsabilizza come ordinamento e come persona giuridica principale nell'ordinamento derivato di diritto amministrativo.²⁵⁰

²⁵⁰ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., spec. p. 505. Si deve notare che l'a. conclude il suo contributo con considerazioni che sembrano schiudere la strada della ricostruzione in termini positivi tra il potere ed il suo esercizio a favore dei cittadini. Del resto, l'esperienza giuridica dimostra che, a condizione di un'adeguata consapevolezza del legislatore quando regola i rapporti tra pubblico e privato, «non c'è alcun motivo, *in thesi*, per temere che il potere, nonostante la più attenta sua allocazione tra i rami dell'amministrazione pubblica, sia incompatibile con la buona amministrazione e che il buon andamento, tutto il complesso compito di benessere nella garanzia della legittimità –o legalità– sostanziale da espletare in favore di tutti i cittadini, costituisca una chimera».