

Parte I

LE FONTI

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SOMMARIO: 1. La duplice funzione del principio di legalità: di indirizzo e di garanzia. – 2. Il fondamento normativo. – 3. Il principio di legalità nel diritto amministrativo: uno sguardo alle altre branche del diritto. – 3.1. Che tipo di principio di legalità è accolto nel diritto amministrativo? – 3.2. Le ricadute applicative del principio di legalità: la tipicità dei provvedimenti amministrativi e l'atipicità dei comportamenti mediamente collegati al provvedimento amministrativo. – 4. Il principio di legalità e la presunta *dequotazione* ad opera dell'art. 21 *octies* legge n. 241/1990. – 5. Principio di legalità nel diritto transnazionale. – 5.1. Il provvedimento anticomunitario tra disapplicazione, annullabilità e nullità. – 6. Il principio di legalità e i suoi corollari. Rinvio. – 7. A mezza via tra legge e provvedimento: le leggi-provvedimento. – 8. I poteri impliciti. – 8.1. Premessa. La distinzione con il provvedimento implicito. – 8.2. Il fondamento normativo. – 8.3. I poteri impliciti nel diritto interno. – 8.4. Poteri impliciti e Autorità Amministrative Indipendenti. – 8.5. Cons. Stato, 26 ottobre 2015, n. 4897 ammette i poteri impliciti. – 8.6. Poteri impliciti e concetti giuridici generali. – 9. Principio di legalità e linee guida.

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

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

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

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

Ecco perché quando si parla di principio di legalità nel diritto amministrativo bisogna essere ben attenti a non farsi influenzare dalle altre branche dell'ordinamento (su cui comunque cfr. § 3) che rispondono, comunque, a *rationes* e ispirazioni differenti.

¹ Si veda sul punto Cass., SS.UU., 6 marzo 2016 che ha ammesso il contratto del preliminare di preliminare e la possibilità per le parti di vincolarsi anche nella fase precedente la stipula di un vero e proprio contratto preliminare se è utile per le parti.

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

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

Attività politica

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

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

Principio legalità indirizzo

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

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

Principio di legalità garanzia

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

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

La legge, quindi, rappresenta l'imprescindibile presupposto dell'azione amministrativa, che trae dalla prima la legittimazione democratica e consente alla p.a. di emettere un provvedimento amministrativo tradizionalmente connotato dalla possibilità di imporsi unilateralmente al privato.

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

³ Su cui si veda Parte III, cap. 2.

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

⁵ Si veda sul punto Parte II, cap. 3.

2. Il fondamento normativo

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

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

Da qui l'emersione del principio di legalità.

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

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

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

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

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

L'art. 1 l. co. legge n. 241/1990, sin dalla sua prima formulazione, ha enunciato il principio che l'attività amministrativa *persegue i fini determinati dalla legge*; il I ter co. estende poi tale principio, ma non solo, *ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative*. La norma, poi, precisa che l'azione amministrativa è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e trasparenza, di non aggravamento del procedimento, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. Si tratta di quelli che la rubrica del citato art. 1 definisce *i principi generali dell'ordinamento* e che pongono all'interprete il quesito sulla tenuta del principio di legalità.

Nel novero dei principi generali entra a pieno titolo anche il principio di affidamento del privato. L'art. 21 *nonies*, come novellato dalla legge n. 124/2015, rappresenta, come affermato dalla Commissione Speciale insediata presso il Consiglio di Stato⁶, un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni.

La legge n. 124, con la novella all'art. 21 *nonies* della legge n. 241, ha introdotto «una nuova "regola generale" che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-

⁶ Cons. Stato, Comm. Spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, in www.iurisprudenzia.it.

documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento». Una regola, secondo l'organo consultivo del Consiglio di Stato, «speculare – nella *ratio* e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'Amministrazione, con un termine nove volte più breve)».

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

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

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

Il principio di legalità nel diritto civile

In **diritto civile** il principio di legalità risulta *sfumato*, nel senso che nel diritto dei privati l'autonomia negoziale⁷ riconosce alle parti ampio spazio al punto da consentirle di predisporre contratti anche nelle ipotesi non previste espressamente dalla legge.

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

Tant'è che quando anche il diritto privato supera i propri confini per tangere settori panpubblicistici, l'autonomia privata inizia ad essere contratta, limitata e riemerge, sia pur timidamente, un principio di legalità di garanzia delle parti e non solo⁸.

Principio di legalità nel diritto penale

Nel **diritto penale**, che è, comunque, un diritto di matrice pubblicistica, il principio di legalità, previsto dagli artt. 1 c.p. e 25 Cost., mostra delle somiglianze con il principio di legalità nel diritto amministrativo, perché assume una chiara e indiscussa funzione di garanzia per il cittadino. Nel diritto penale, la garanzia, che fa da sfondo al principio di legalità, è duplice perché è garanzia dall'arbitrio legislativo, ma tutela anche dall'arbitrio del giudice penale. Per evitare di attribuire eccessiva discrezionalità al giudice penale, il principio di legalità viene affiancato dai principi di tassatività e determinatezza, o anche di precisione⁹.

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

⁷ Cfr. M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 439 ss.

⁸ Si vedano sul punto i riflessi dell'autonomia negoziale nel diritto di famiglia e nel diritto delle successioni, cfr., M. SANTISE, *op. cit.*, p. 17 ss.

⁹ Cfr. M. SANTISE-F. ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 22 ss.

In tale ambito emerge l'esigenza sottesa al principio di legalità di creare un presidio contro l'incedere, talvolta inesorabile, della p.a., che esita in un provvedimento amministrativo, connotato tendenzialmente dalla caratteristica dell'autoritatività¹⁰ ed esecutorietà¹¹.

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

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

Sbiadisce e perde di senso, dunque, la distinzione tra norme imperative e norme dispositive, propria del diritto privato, quando essa venga trasposta, per un *malinteso senso delle simmetrie giuridiche o per un'artificiosa reductio ad unitatem dell'intero sistema giuridico*, nel diritto amministrativo, dove la violazione della legge è in linea di principio, fatte salve alcune limitate, recenti (e assai dibattute) eccezioni come quelle dei c.d. vizi non invalidanti (art. 21 *octies* II co. legge n. 241/1990), ragione di annullabilità dell'atto¹².

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

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

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

Si contendono il campo tre orientamenti.

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

È un limite "esterno"¹³ che scatta quando l'atto amministrativo è contrario alla legge. Si tratta di una **concezione liberale**, per alcuni

Concezione liberale

¹⁰ L'autoritatività è un attributo dell'unilateralità del provvedimento; di un provvedimento non condiviso ma imposto al privato. La Corte Costituzionale, con la nota sentenza n. 204/2004, ha chiarito che la condizione imprescindibile per radicare la giurisdizione del g.a., anche esclusiva, è l'autoritarità del provvedimento, in mancanza la giurisdizione sarà devoluta al g.o.

¹¹ L'esecutorietà caratterizza il provvedimento amministrativo che può essere portato ad esecuzione senza la necessità dell'intervento del giudice. La p.a., quindi, può agire direttamente in via esecutiva nei casi previsti dalla legge.

¹² Cons. Stato, 2 settembre 2013, n. 4364.

¹³ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1999.

poco garantista, che tende al perseguimento dell'obiettivo pubblico in modo però **funzionale ed efficiente**.

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

È il principio in base al quale all'Amministrazione è **consentito solo ciò che è autorizzato**, mentre è solo **al privato che è consentito tutto ciò che non è vietato dalla legge** (come prevede l'art. 1322 c.c.). Tale impostazione si accontenta solo del presidio legislativo senza indagare l'intima corrispondenza del provvedimento alla legge.

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

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

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

In quest'ottica, specie in passato, ci si è interrogati sul se il rispetto della legge comprendesse anche il rispetto di **regole di equità**. Il dibattito, che ricorda quello attualissimo che si sta consumando nel diritto civile¹⁴, ha trovato in Francia taluni interpreti che hanno ritenuto l'*équité* come un principio di *superlegalità* tale da dover essere ricompreso nella Costituzione e capace, quindi, di condurre all'annullamento del provvedimento con esso contrastante.

Anche in Gran Bretagna, si evidenziava come la legge potesse ricomprendere qualcosa in più del mero rispetto formale¹⁵.

Principio di legalità ed equità | Nel nostro ordinamento, non si può parlare dell'equità come un principio di *superlegalità*, quasi a evocare uno *ius gentium*, perché ci sa-

¹⁴ Sia consentito il richiamo a M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto civile*, cit., p. 479 ss.

¹⁵ Per un esame del problema, cfr. A. POLICE, in *Diritto amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, III ed., Giappichelli, Torino, 2014, p. 190 ss.

rebbe il rischio di confondere le regole di legalità con le regole sociali o appartenenti alla moralità che, al più, possono rientrare nel merito amministrativo e, quindi, sfuggono al controllo del giudice amministrativo, salvo i casi espressamente previsti (art. 134 c.p.a.).

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

3.2. Le ricadute applicative del principio di legalità: la tipicità dei provvedimenti amministrativi e l'atipicità dei comportamenti mediatamente collegati al provvedimento amministrativo

Dal principio di legalità derivano importanti corollari applicativi.

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

Provvedimenti tipici

Non è un caso che il principio di tipicità del provvedimento amministrativo soffra di un'eccezione rappresentata dalle **ordinanze extra ordinem**, che hanno come caratteristica quella di essere previste dal legislatore solo con riguardo all'attribuzione del potere, ma di essere **libere nei contenuti** (e per questo si definiscono anche *ordinanze libere*). Secondo alcuni si collocano al di fuori dell'ordinamento giuridico e la Corte Costituzionale si è più volte interrogata sulla legittimità di questi provvedimenti.

Ordinanze
extra ordinem

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

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

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

La rilevanza del
risultato

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

Deroghe alla normativa primaria, da parte delle autorità amministrative munite di

potere di ordinanza, sono consentite solo se “temporalmente delimitate” e, comunque, nei limiti della “concreta situazione di fatto che si tratta di fronteggiare”¹⁶.

Ordinanze sindacali Anche la giurisprudenza amministrativa, che si è pronunciata sulla legittimità di tali provvedimenti e, in particolare, con riguardo alle **ordinanze sindacali**, ha chiarito che il potere del Sindaco di emanare ordinanze contingibili ed urgenti presuppone, oltre all’esistenza ed indicazione, nel provvedimento gravato, di una situazione di pericolo, quale ragionevole probabilità che accada un evento dannoso ove la p.a. non intervenga prontamente, anche la necessità di provvedere con immediatezza in ordine a situazioni di carattere eccezionale ed imprevedibile, cui sia impossibile fare fronte con gli strumenti ordinari apprestati dall’ordinamento¹⁷.

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

In un momento storico in cui il diritto amministrativo dialoga sempre più prepotentemente con il diritto privato, al punto da condurre un autorevole studioso a parlare del diritto amministrativo come di un *diritto meticcio*¹⁸, frutto di un’unione *turbolenta* tra diritto privato e diritto amministrativo che *costringe a riflettere sulla solidità delle più elementari strumenti di lavoro del giurista*¹⁹. In quest’ottica è, comunque, arduo continuare a parlare di una tipicità del provvedimento amministrativo a tutto tondo, ma è necessario riflettere su tale aspetto nell’ottica dell’evoluzione del diritto amministrativo appena segnalata.

Esecutorietà Altro corollario del principio di legalità è l’**esecutorietà** del provvedimento amministrativo. L’art. 21 *ter* legge n. 241/1990 precisa che il **provvedimento amministrativo ha carattere di esecutorietà solo nei casi previsti dalla legge**. La norma è in linea con l’art. 23 Cost. Se nessuna restrizione della persona (si intende anche da un punto di vista economico) è ammessa se non quando sia prevista dalla legge, è evidente che il provvedimento può essere automaticamente esecutivo solo nei soli casi previsti dalla legge. Anche l’esecutorietà, quindi, non può essere considerata una caratteristica generale del provvedimento amministrativo, dovendo essere prevista solo nelle ipotesi espressamente previste dalla legge²⁰.

Il principio di tipicità, come anche quello di legalità che vedremo a breve, è, tutta-

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

¹⁷ *Ex plurimis*, T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 18 gennaio 2013, n. 50.

¹⁸ L’espressione è di S. CASSESE, *Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, p. 886.

¹⁹ Le parole in corsivo sono tratte da S. VINTI, *La circolarità logica del diritto amministrativo, De-costruire concetti per ordinare frammenti*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 5.

²⁰ Cfr. A.M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 584.

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

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

Comportamenti
atipici

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

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

21 *octies*

In questo contesto si colloca anche l'art. 21 *octies* II co. legge n. 241/1990, che espressamente prevede la non annullabilità del provvedimento amministrativo in caso di vizi che attengono alla forma o al procedimento, qualora il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato²¹.

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

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

Al di là della concreta declinazione della norma²² resta dubbio, tuttavia, cogliere il riflesso della stessa sul principio di legalità.

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

²¹ L'art. 21 *octies* legge n. 241/1990 prevede che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

²² Su cui si veda la Parte IV, cap. 1.

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

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

Sembra sposare questa tesi chi sostiene che l'art. 21 *octies* II co. abbia fatto emergere *norme derogabili nel diritto pubblico*²³.

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

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

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

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

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

La rilevanza del principio di legalità, che non può essere diversamente declinato in relazione alle norme sul procedimento e sulla forma, **impone di seguire la seconda soluzione** e, quindi, di scartare l'idea che ci sia stato, in relazione a tali tipo di norme, uno slittamento dall'area dell'annullabilità a quello della mera irregolarità²⁴.

Non è un caso, del resto, che la lettura maggiormente seguita dalla recente giurisprudenza sia nel senso di ritenere la non annullabilità del provvedimento amministrativo **non una sanatoria legale**, che trasforma un provvedimento illegittimo in provvedimento legittimo e intoccabile, ma una pronuncia di ordine processuale che evidenzia

²³ S. VINTI, *op. cit.*, p. 15. L'A. prospetta un paragone nel diritto privato, in cui vi è un'espansione del fenomeno delle *norme inderogabili nel diritto privato*. Il richiamo è naturalmente, ma non solo, a tutte la disciplina speciale, spesso di derivazione comunitaria, di protezione del soggetto debole, come, ad esempio, la disciplina in tema di protezione del consumatore.

²⁴ Ancora S. VINTI, *op. cit.*, p. 15, che ritiene le norme di legge sul procedimento e sulla forma dotate di un grado precettività meno intenso e non assimilabile a quello delle norme imperative.

l'inutilità della caducazione del provvedimento amministrativo che, comunque, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato²⁵.

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

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

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

5. Principio di legalità nel diritto transnazionale

L'irruzione del diritto comunitario nel sistema ordinamentale italiano impone una lettura del principio di legalità interno non isolata e fine a sé stessa, ma aperta ad un continuo scambio con le fonti sovranazionali.

Come è stato puntualmente evidenziato, viviamo tempi in cui la «*sovranità si deterritorializza. Lo Stato non è più il luogo privilegiato di formazione del diritto. Nasce la lex mercatoria, il sistema delle fonti esplose ed il costituzionalismo si articola secondo il modulo del potere multilivello o sussidiario*»²⁶.

Tracce che l'ordine delle norme si articola in più livelli con l'emersione dell'ordinamento giuridico multilivello e di un'Amministrazione che si integra in un *sistema di reti* si rinvencono in più di una norma interna.

La più rilevante è certamente l'art. 117 Cost., secondo cui la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto, oltre che della Costituzione, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Indicativa è anche l'art. 1 legge n. 241/1990 che impone all'*attività amministrativa* il rispetto dei *principi dell'ordinamento comunitario* e che colloca l'*attività amministrativa* all'interno dei *principi dell'ordinamento comunitario*, in linea con l'art. 1 c.p.a., il quale precisa che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela effettiva e piena secondo i principi della Costituzione e *del diritto europeo*.

Dalla lettura coordinata di queste norme si desume che il principio di legalità va incasellato anche all'interno del diritto comunitario e del diritto europeo.

In quest'ottica emerge anche il recente dibattito sull'incidenza nell'ordinamento interno delle direttive europee nel caso in cui non sia ancora scaduto il termine di recepimento delle stesse (si veda sul punto il cap. 2, § 18).

²⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3416 ha precisato che l'art. 21 *octies* II co. legge n. 241/1990 è applicabile in astratto, *ratione temporis*, anche alle controversie pendenti stante la natura processuale della norma.

²⁶ G. MONTEDORO, *Il giudice e l'economia*, Luiss, Roma, 2015, p. 197.

L'incidenza del diritto euro-unitario nel nostro ordinamento è tema che si pone all'esito di un lungo e faticoso dibattito giurisprudenziale che ha fatto emergere il **principio di primazia del diritto comunitario** sul diritto interno, nonché la natura di fonte interposta delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, CEDU)²⁷.

Non è, tuttavia, ancora chiaro se oggi sia possibile parlare di un principio di legalità unitario tale da affasciare tutti i sistemi ordinamentali o se, invece, debba parlarsi di tanti principi di legalità, coordinati e integrati tra loro, quanti sono gli ordinamenti di riferimento.

La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia dell'Unione europea sono assestate su posizioni differenti.

Dopo un iniziale contrasto²⁸, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 170/1984,

²⁷ Tale impostazione nasce dalla sentenza della Corte Cost., 24 ottobre 2007, n. 348, secondo cui l'art. 117 l. co. Cost., nel testo introdotto dalla legge cost., 18 ottobre 2001, n. 3, condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali e può ritenersi operativo solo se vengono determinati gli "obblighi internazionali" che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle regioni e che assumono quindi la funzione di fonte interposta, in quanto di grado intermedio tra la Costituzione, cui sono subordinati, e la legge ordinaria. Riguardo poi alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), questa presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale – la Corte europea per i diritti dell'uomo – cui è affidata la funzione di interpretare le norme della convenzione stessa. Deve, quindi, ritenersi che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi sia quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione; il che, peraltro, non comporta che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, siano immuni dal controllo di legittimità costituzionale della Corte Costituzionale, perché, trattandosi di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, **è necessario che esse siano conformi a Costituzione**, e il relativo controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117 l. co. Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione, estendendosi quindi ad ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali, con la conseguenza che la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano.

²⁸ La Corte Costituzionale, seguendo un'impostazione dualista del rapporto tra i due ordinamenti, in un primo momento ha affermato che, in considerazione del fatto che l'adattamento ai Trattati nel diritto interno è avvenuto con legge ordinaria, il diritto comunitario gode della medesima forza della legge ordinaria. Di conseguenza, nel caso in cui si verifici un contrasto tra norme dei due diversi ordinamenti, lo stesso va risolto secondo il *criterio temporale della successione delle leggi*. Sul punto, sono note due sentenze della Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183 e 30 ottobre 1975, n. 232, che, partendo dalla separatezza degli ordinamenti, hanno ritenuto che la norma interna contrastante con il diritto comunitario fosse incostituzionale e dovesse essere rimossa attraverso il controllo di costituzionalità accentrato. Nel 1978 vi è stato il primo rinvio pregiudiziale del Pretore di Susa che prospettava alla Corte di Giustizia la possibilità di disapplicare una norma nazionale in contrasto con il diritto comunitario, senza attenderne l'abrogazione o la dichiarazione di incostituzionalità. La Corte di Giustizia, infatti, muovendo da una **posizione monista** in ordine al rapporto tra ordinamento comunitario e diritto interno, nella sentenza Costa c. Enel del 15 luglio 1964 (causa 6/64), aveva affermato il principio del primato del diritto comunitario su quello interno con lo stesso contrastante. Tale primato deriva, secondo la Corte, dalla natura unitaria e dall'integrazione dei due ordinamenti. In base a tale giurisprudenza, nelle materie oggetto dei Trattati gli Stati membri avrebbero limitato, sebbene in settori circoscritti, i propri poteri sovrani, creando un complesso di norme (il diritto comunitario) vincolanti per gli stessi Stati membri, nonché per i loro cittadini. Conseguentemente, nei predetti settori la normativa nazionale successiva ai Trattati non potrebbe prevalere su quella dell'Unione europea,

ha aderito al **principio della primazia del diritto comunitario**, da tempo sostenuto dalla Corte di Giustizia, secondo cui il diritto interno è subordinato al diritto comunitario, che rappresenta la fonte principale del sistema, capace di prevalere anche sulle norme della Carta Costituzionale, fatti salvi i principi fondamentali della *magna carta*.

L'argomento fondante è l'art. 11 Cost., secondo cui lo Stato italiano rinuncia a porzioni di sovranità in favore dell'ordinamento comunitario.

Per delineare il principio di primazia del diritto comunitario si seguono, tuttavia, strade diverse, che **intersecano il principio di legalità**.

La Corte Costituzionale nella citata sentenza dell'84 aderisce all'orientamento secondo il quale *gli ordinamenti sono autonomi e distinti ancorché coordinati tra di loro*. Le tracce dell'autonomia tra ordinamenti emergono dalla circostanza che in essi sono differenti gli organi ed è differente il popolo che nomina i suoi rappresentanti.

La visione dualista

La Corte di Giustizia, da parte sua, predica da tempo una visione differente ovvero che gli ordinamenti non sono distinti tra di loro, ma rappresentano un *corpus* unico (vd. nota 20).

Aderire alla ricostruzione della Corte Costituzionale vuol dire far emergere due principi di legalità, uno interno ed uno comunitario; due ordinamenti diversi.

Aderire, invece, alla concezione della Corte di Giustizia, vuol dire immaginare un solo ordinamento in cui le varie fonti, interne e comunitarie, hanno valore differente, fondato **in parte sul criterio gerarchico e in parte sul criterio di competenza**.

La visione unitaria

Non può, tuttavia, essere sottaciuto che la modifica del Titolo V della Costituzione, operata dalla legge cost. 8 marzo 2001, n. 3, si rifletta parzialmente sui rapporti tra l'ordinamento interno e il diritto dell'UE. In base alla suddetta modifica, ai sensi dell'art. 117 I co. Cost. risulta che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Con il I co. dell'art. 117 viene completato a livello costituzionale il coinvolgimento dello Stato italiano nel processo di integrazione dell'Unione europea.

Secondo una parte della dottrina, le prescrizioni relative alle limitazioni della potestà legislativa di diritto interno a favore degli obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea, derivanti dalla modifica del titolo V, conferirebbero all'Unione europea ed alle norme da essa prodotte un carattere unificante dell'ordinamento complessivo: nel nuovo sistema conseguente alla riforma costituzionale, ai vincoli comunitari è riconosciuto un effetto di unificazione di tale rilevanza da andare probabilmente molto oltre la logica dell'integrazione fra l'ordinamento comunitario e quello nazionale. «*Proprio in virtù del nuovo testo dell'art. 117, è necessario riconoscere che i rapporti tra l'ordinamento europeo e quello italiano sono ora disciplinati in modo tale da configurare qual-*

accettata dagli stessi Stati membri. Il diritto dell'UE avrebbe, dunque, un rango superiore a quello del diritto nazionale, e supererebbe quest'ultimo, indipendentemente da qualunque considerazione di successione temporale delle leggi. Con la sentenza Simmenthal del 9 marzo 1978 (causa 106/77) la Corte ha poi ritenuto la diretta applicabilità dell'ordinamento comunitario nell'ordinamento interno. Si veda sul punto, S. QUADRI, *Riflessioni sul rapporto tra diritto interno e ordinamento dell'Unione Europea in tema di energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, n. 6, 2012, p. 1031.

cosa di molto vicino all'esistenza di un ordinamento complessivamente unitario»²⁹.

Sembra, quindi, che la logica dell'unità del sistema sia ormai innegabile.

Del resto, anche la frequenza con cui le Corti interne sollevano innanzi alla Corte di Giustizia UE questioni interpretative di rilevanza comunitaria, sembra aver introdotto un **nuovo grado di giudizio** che conferma l'unitarietà del sistema.

Altro elemento in favore di questa ricostruzione potrebbe essere rappresentato dall'applicabilità diretta di talune norme dell'ordinamento comunitario, come ad esempio i regolamenti comunitari o delle direttive *self executing* non eseguite dagli Stati membri. Se fossero ordinamenti distinti, non ci sarebbe applicabilità diretta della norma all'interno dello Stato.

Corte Cost. n.
102/2008

La **Corte Costituzionale**, con la sentenza n. 102/2008, sembra aver aderito alla teoria della **unitarietà**, nonostante abbia ribadito che «con la ratifica dei Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno, ed ha trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri, anche normativi, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi» Secondo la Corte, però, il nuovo testo dell'art. 117 I co. Cost., introdotto dalla legge cost. n. 3/2001 – nel disporre che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario [...]» –, ha ribadito che i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario si impongono al legislatore nazionale (statale, regionale e delle Province autonome); le norme comunitarie, quindi, vincolano in vario modo il legislatore interno, con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione.

La Corte, chiamata a verificare la compatibilità con il diritto comunitario di alcune leggi regionali, ha precisato che l'inserimento dell'Italia nell'ordinamento comunitario comporta due diverse conseguenze, a seconda che il giudizio in cui si fa valere tale dubbio di compatibilità comunitaria penda davanti al giudice comune ovvero davanti alla Corte Costituzionale a seguito di ricorso proposto in via principale. Nel primo caso, le norme comunitarie, se hanno efficacia diretta, impongono al giudice di disapplicare le leggi nazionali (comprese quelle regionali), ove le ritenga non compatibili. Nel secondo caso, le medesime norme «fungono da norme interposte atte ad integrare il parametro per la valutazione di conformità della normativa regionale all'art. 117, primo comma, Cost.» o, più precisamente, rendono concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117 I co. Cost., con conseguente **declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme regionali che siano giudicate incompatibili con il diritto comunitario**.

Tale conclusione è compatibile con una concezione delle norme comunitarie, intese come parte di un solo sistema, grazie al viatico costituito dall'art. 117 Cost.

Questi due diversi modi di operare delle norme comunitarie corrispondono alle diverse caratteristiche dei giudizi.

Davanti al giudice comune la legge regionale deve essere applicata ad un caso concreto e la valutazione della sua conformità all'ordinamento comunitario deve essere da

²⁹ Cfr. F. PIZZETTI, *I nuovi elementi "unificanti" del sistema italiano: il "posto" della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il "ruolo" dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in <http://www.giurcost.org/studi/Pizzetti2.html>.

tale giudice preliminarmente effettuata al fine di procedere all'eventuale disapplicazione della suddetta legge, previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE – ove necessario – per l'interpretazione del diritto comunitario. Una volta esclusa tale disapplicazione, il giudice potrà bensì adire la Corte Costituzionale, ma solo per motivi di non conformità del diritto interno all'ordinamento costituzionale e non per motivi di non conformità all'ordinamento comunitario. Ne consegue che, ove il giudice comune dubitasse della conformità della legge nazionale al diritto comunitario, il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE renderebbe non rilevante e, pertanto, inammissibile la questione di legittimità costituzionale da lui sollevata.

«Davanti alla Corte Costituzionale adita in via principale, invece, la valutazione della conformità della legge regionale alle norme comunitarie si risolve, per il tramite dell'art. 117 I co. Cost., in un giudizio di legittimità costituzionale; con la conseguenza che, in caso di riscontrata difformità, la Corte non procede alla disapplicazione della legge, ma – come già osservato – ne dichiara l'illegittimità costituzionale con efficacia erga omnes».

Tale impostazione, nonostante le premesse da cui muove, dimostra che anche la Corte Costituzionale si stia avviando verso una concezione fedele all'unitarietà del sistema.

5.1. Il provvedimento anticomunitario tra disapplicazione, annullabilità e nullità

Il dibattito sulla natura monista o dualista dei rapporti tra ordinamento interno e comunitario influenza la questione della natura giuridica del provvedimento contrastante con il diritto comunitario.

Sul punto occorre distinguere tra **contrasto diretto** del provvedimento con il diritto comunitario o di contrasto soltanto **indiretto**, perché il provvedimento risulta conforme alla legge interna che, tuttavia, risulta in contrasto con il diritto comunitario. In quest'ultimo caso, il giudice dovrà procedere a disapplicare la norma interna contrastante con il diritto comunitario e a dichiarare il provvedimento comunitario nullo per difetto di attribuzione del potere.

Disapplicazione

Nel primo caso, invece, si confrontano tre impostazioni ermeneutiche che dipendono dal modo di intendere i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario.

Chi aderisce al sistema dualista, ritiene che il provvedimento amministrativo conforme al diritto interno, ma difforme dal diritto sopranazionale non sia illegittimo. La difformità dal diritto comunitario impone all'interprete, sulla falsariga di quanto accade per le leggi in contrasto con il diritto comunitario, di **disapplicare** il provvedimento amministrativo.

Tale ricostruzione, però, non è in linea con i principi generali, essendo precluso al g.a. la disapplicazione del provvedimento amministrativo, che va impugnato dall'interessato entro rigorosi termini decadenziali. L'istituto della disapplicazione si tradurrebbe in un *annullamento occulto*³⁰.

Coloro che, invece, seguono l'impostazione della Corte di Giustizia (posizione monista), ritengono che il provvedimento amministrativo

Annullabilità

³⁰ L'espressione è di G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. comunit.*, 2014, p. 643 ss.

in contrasto con il diritto comunitario sia illegittimo allo stesso modo di come lo è quello in contrasto con una legge interna.

Contro il provvedimento amministrativo è data la possibilità al privato di chiederne l'annullamento di propria iniziativa, anche perché il termine di decadenza per l'impugnazione risponde a principi di certezza del diritto e non rende eccessivamente difficoltoso l'accesso alla tutela di posizioni giuridiche di rilievo anche comunitario³¹.

Nullità Una deviazione della teoria del provvedimento amministrativo illegittimo è poi rappresentata da quanti ritengono che il provvedimento anticomunitario sia **nullo** in considerazione del vizio particolarmente grave che colpisce l'atto, alla luce del rango delle norme comunitarie, poste al vertice della scala gerarchica.

Tale soluzione è stata, peraltro, la prima ad essere accolta dalla giurisprudenza amministrativa, come è dato leggere in una sentenza del T.A.R. Piemonte³², che aveva affermato la radicale nullità di un provvedimento di esclusione da una procedura di gara rispettosa della legge italiana a sua volta contrastante con il diritto comunitario.

Tale soluzione, però, non è coerente con l'art. 21 *septies* legge n. 241/1990, che non richiama la violazione del diritto comunitario tra le cause di nullità del provvedimento amministrativo³³.

Carenza di potere in concreto Inoltre, la teoria della nullità applicata al provvedimento in contrasto con il diritto comunitario sembra rievocare la nozione di **carenza di potere in concreto**, che secondo il Consiglio di Stato non può trovare più riconoscimento dopo la generale codificazione dei vizi di nullità dell'atto amministrativo ad opera del citato art. 21 *septies*, tra i quali è stato compreso il difetto assoluto di attribuzione³⁴. Come chiarito anche nella **sentenza 30 agosto 2013, n. 4323**, tale disposizione

³¹ Cfr. Corte Giust. CE, 27 febbraio 2003, causa C-327/00.

³² T.A.R. Piemonte, Torino, 8 febbraio 1989, n. 34.

³³ Il Consiglio di Stato con sentenza 2 settembre 2013, n. 4364 ha, peraltro, chiarito che la nullità è una categoria residuale di invalidità dell'atto amministrativo che va applicata nei soli casi previsti dalla legge.

³⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786. Secondo il Consiglio di Stato deve sottolinearsi che la dicotomia carenza di potere (in astratto o in concreto)/nullità, da un lato, e vizi di legittimità/annullabilità dall'altro finirebbe **per rendere intollerabilmente evanescente il confine tra la giurisdizione del giudice ordinario e giudice amministrativo**. Risulterebbe in altri termini assai difficile distinguere i casi di carenza di potere in concreto dai tradizionali vizi di legittimità. E ciò perché i presupposti essenziali dell'atto amministrativo sono indiscutibilmente riconducibili ai requisiti di legittimità il cui difetto dà luogo al vizio dell'annullabilità ai sensi dell'art. 21 *octies* l. co. legge n. 241/1990. Ne consegue: sul piano sostanziale, che il più grave vizio della nullità vedrebbe notevolmente ampliata la propria portata, in spregio alle esigenze di certezza dell'azione amministrativa ed ai connessi corollari dell'imperatività e dell'esecutorietà degli atti amministrativi, i quali rappresentano invece le ragioni alla base del carattere generale del vizio di annullabilità e del correlativo ambito residuale della nullità (in questo senso: Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2013, n. 922 e 2 aprile 2012, n. 1957); e sul piano processuale, che l'individuazione del giudice munito di giurisdizione sulla relativa domanda diviene operazione di non agevole decifrabilità. L'essenza del vizio della nullità risiede, in particolare, «nell'inconfigurabilità della fattispecie concreta rispetto a quella astratta, accertabile con pronuncia giudiziale meramente dichiarativa, donde i noti corollari della radicale inefficacia (da intendersi in senso ampio, quale inidoneità dell'atto a produrre gli effetti da esso tipicamente discendenti), della generale legittimazione all'impugnativa e della insuscettibilità di sanatoria attraverso convalida»; e che, consistendo la nullità in una patologia di maggiore gravità rispetto a quella che dà luogo

della legge generale sul procedimento amministrativo ha sortito l'effetto di ricondurre nell'alveo dei vizi di annullabilità tutte le ipotesi tradizionalmente ascritte alla carenza di potere in concreto, confinando in quella testualmente prevista di difetto assoluto di attribuzione i casi di mancanza della norma fondante il potere nondimeno esercitato.

Scartata, quindi, la teoria della nullità, e considerata poco solida con i principi generali quella della disapplicazione, allo stato, può ritenersi che la teoria prevalentemente accolta in giurisprudenza³⁵ sia quella del provvedimento amministrativo anticomunitario inteso come provvedimento illegittimo e, quindi, annullabile, perché adottato in violazione del diritto comunitario che, grazie al viatico costituito dagli artt. 11 e 117 Cost., rappresenta **un sistema perfettamente integrato con quello italiano, al punto da potersi parlare di ordinamento unico**³⁶.

La prevalente impostazione che ritiene annullabile per illegittimità il provvedimento amministrativo anticomunitario rappresenta, quindi, più di un indizio a favore dell'unitarietà dei sistemi.

Di recente il T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, con sentenza 23 dicembre 2014, n. 1295 ha ribadito che la violazione del diritto dell'Unione europea da parte dell'atto amministrativo implica solo un vizio di legittimità, con conseguente semplice annullabilità dell'atto, dato che il vizio consistente nella violazione di norma del diritto comunitario non rientra tra i casi espressamente elencati nell'art. 21 *septies* legge n. 241/1990³⁷. Questo perché quando la norma comunitaria è entrata a far parte integrante dell'ordinamento giuridico interno, essa gode del medesimo regime di illegittimità-annullabilità degli atti amministrativi non conformi alle altre norme dell'ordinamento giuridico nazionale, per cui, se si consentisse al giudice adito (o all'Amministrazione, al di fuori dell'esercizio del potere di autotutela) la disapplicazione delle norme processuali che impongono l'impugnazione a pena di decadenza, si creerebbe una discriminazione alla rovescia a danno delle norme nazionali, invece sottoposte a quel regime³⁸.

T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sentenza 23 dicembre 2014, n. 1295

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

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

go ad un vizio di legittimità annullabile, essa richiede «una sua agevole conoscibilità in concreto, attraverso un mero riscontro estrinseco del deficit dell'atto rispetto al suo paradigma legale», tipicamente ravvisabile nelle suddette ipotesi estreme di difetto assoluto di attribuzione o di incompetenza assoluta (cfr. Cons. Stato, 16 febbraio 2012, n. 792).

³⁵ Cons. Stato n. 35/2003 è stato tra i primi a contestare la teoria della nullità e ad abbracciare la ricostruzione che la norma europea violata è *diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo*, che, quindi, può essere annullato dal g.a.

³⁶ Cfr. Cons. Stato, 31 marzo 2011, n. 1983.

³⁷ Cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 29 novembre 2013, n. 575 ha ritenuto che il contrasto del provvedimento amministrativo con il diritto comunitario determina comunque la sua annullabilità tranne i casi eccezionali di contrasto indiretto per il tramite di norma nazionale anticomunitaria attributiva del potere che determinano la nullità (o meglio inesistenza) del provvedimento per carenza di potere.

³⁸ T.A.R. Basilicata, 25 luglio 2014, n. 510.

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

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

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

Sul punto si rinvia alla Parte VI, cap. 8.

7. A mezza via tra legge e provvedimento: le leggi-provvedimento

La definizione della norma è affidata esclusivamente a caratteri formali e di conseguenza pure la distinzione tra atti legislativi e atti amministrativi è fatta passare attraverso un criterio squisitamente formale, che poggia sul rispettivo procedimento di formazione.

La giurisprudenza ha precisato che nessuna disposizione costituzionale prevede che «*gli atti a contenuto particolare o concreto debbano necessariamente avere la forma di atto amministrativo. Non esistendo nel nostro ordinamento una riserva agli organi amministrativi degli atti a contenuto particolare e concreto, sono ritenute ammissibili le leggi-provvedimento e cioè atti formalmente legislativi che tuttavia tengono luogo di provvedimenti amministrativi in quanto dispongono in concreto su casi e rapporti specifici*».

Secondo la Corte Costituzionale la legge si definisce non già in relazione al suo contenuto materiale generale e astratto, bensì in dipendenza dei suoi caratteri formali, con la conseguenza che essa può avere un contenuto concreto e particolare e disciplinare oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa³⁹.

Anche il giudice amministrativo ha precisato che la Costituzione non garantisce ai pubblici poteri l'esclusività delle attribuzioni gestorie e che il legislatore non incontra limiti diversi da quelli dell'osservanza del procedimento di formazione delle leggi. Il valore e il regime giuridico della legge sono fatti derivare unicamente dalla sua qualificazione formale e prescindono dalla natura generale e astratta delle disposizioni in essa contenute: **l'atto normativo primario non è qualificato dal suo contenuto sostanziale, né i precetti legislativi posseggono caratteri essenziali esclusivi**⁴⁰.

Ne consegue quindi che la scelta se adottare una legge oppure un atto amministrativo per disciplinare una data materia rientra nell'ampia discrezionalità del legislatore⁴¹.

³⁹ Corte Cost., 9 febbraio 2012, n. 20.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 26 settembre 2007, n. 4970.

⁴¹ Si veda sul punto, M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, n. 1-2, 2013, p. 53, secondo cui il piano sanitario regionale non necessariamente deve essere assunto con atto amministrativo, potendo anche essere approvato