

Stefano Civitarese Matteucci
Paolo Urbani

Diritto urbanistico

Organizzazione e rapporti



OTTAVA EDIZIONE



Giappichelli

PARTE PRIMA
PRINCIPI, FUNZIONI, SOGGETTI

CAPITOLO I

NOZIONI GENERALI

SOMMARIO: 1. Cosa si intende per diritto urbanistico. – 2. Diritto urbanistico e principi generali del diritto amministrativo. – 3. Uffici, organi, competenze, attribuzioni. – 4. I poteri autoritativi della pubblica amministrazione. – 5. I principi fondamentali dell'attività amministrativa. – 6. La discrezionalità amministrativa. – 7. Il procedimento amministrativo. – 8. Le situazioni giuridiche soggettive dei privati. Diritti soggettivi e interessi legittimi. – 9. Le invalidità del provvedimento e la giustizia amministrativa.

1. *Cosa si intende per diritto urbanistico*

Solo da alcuni anni – dapprima nelle facoltà tecniche, più recentemente anche in quelle di giurisprudenza – l'insegnamento del diritto urbanistico ha assunto dignità autonoma rispetto ad altri insegnamenti di materie giuridiche. Si tratta, d'altronde, di materia che attraversa diversi dei campi disciplinari in cui si suole distinguere le scienze giuridiche, ma che afferisce maggiormente al diritto amministrativo (anche formalmente sulla base dei settori scientifico-disciplinari che contraddistinguono gli insegnamenti universitari), inteso come diritto delle amministrazioni pubbliche, di cui rappresenta un settore di attività particolarmente rilevante, sotto il profilo sia quantitativo sia qualitativo.

Il diritto urbanistico non attiene, peraltro, al solo campo dei tradizionali studi amministrativistici: investendo anche rapporti giuridici interprivati, la disciplina urbanistica riguarda il diritto privato; incidendo considerevolmente sul regime della proprietà dei beni immobili, si misura oltre che con il diritto costituzionale anche con quello sovranazionale secondo quanto previsto dal novellato art. 117 Cost.; è oggetto di studio anche dal punto di vista del diritto penale, essendo dall'ordinamento considerati reati la maggior parte delle

trasformazioni fisiche dei suoli effettuate in violazione della disciplina urbanistica.

Il diritto urbanistico ha, d'altronde, confini incerti e mutevoli nel tempo. Nel nuovo Titolo V della Costituzione la materia "urbanistica" non viene più menzionata dovendosi ritenere che sia ricompresa all'interno della materia "**governo del territorio**" che l'art. 117.3 Cost. ha assegnato alla competenza concorrente Stato-Regioni. In una prima fase, compresa all'incirca tra il 1942 (legge urbanistica generale) e il 1972 (prima attuazione dell'ordinamento regionale) il diritto urbanistico coincide essenzialmente con un *sistema di regolamentazione dell'incremento edilizio e dell'assetto delle città* definito attraverso una determinata tipologia di piani urbanistici (diritto urbanistico in senso stretto); mentre in una seconda e più moderna fase, assume finalità più ampie relative al complesso della *disciplina degli usi del territorio e delle sue risorse* al fine di preservarli da iniziative economiche incompatibili con gli obiettivi della tutela e della conservazione (diritto urbanistico in senso lato).

Questa distinzione può ormai considerarsi superata poiché l'orientamento dominante è quello di considerare oggetto della disciplina oltre all'assetto urbanistico del territorio anche quello della *tutela dei valori ambientali*. Per ora basti dire che nell'ambito del diritto delle amministrazioni pubbliche la differenziazione di materie serve soprattutto a ripartire i compiti fra i vari soggetti pubblici (in particolare tra i tre livelli fondamentali di governo statale, regionale e locale), in modo che sia identificabile a chi spetta la tutela e la cura dei differenti interessi pubblici.

A prescindere, dunque, dai problemi definitivi, si assiste nel corso degli anni a una considerevole proliferazione della legislazione statale, e poi anche regionale, riguardante la disciplina degli usi, delle trasformazioni e della tutela del territorio nei suoi vari elementi costitutivi (paesaggio, risorse naturali, infrastrutture, centri abitati) e al conseguente aumento dell'intervento della pubblica amministrazione con poteri sempre più ampi di regolazione e controllo.

L'esposizione di alcuni casi esemplari sembra il modo migliore per entrare *in medias res* e fornire un'idea di quanto il diritto urbanistico abbia esteso i suoi confini e regoli la libertà d'azione dei privati, siano essi semplici proprietari di un bene immobile – un edificio, un terreno – o imprenditori, per i quali la realizzazione sul territorio di opere che ne modifichino lo stato esistente è legata alla propria attività economica organizzata.

I) Il proprietario di un terreno situato all'interno di un centro abitato intende costruire una palazzina per abitarvi con la famiglia. Chiunque sa che l'attività che vuole realizzare non è libera, ma dovrà osservare determinate regole giuridiche e rispettare alcune procedure amministrative previste dalle norme.

Il proprietario dovrà in particolare presentare una richiesta di permesso di costruire relativo a un progetto redatto secondo certe formalità indicate dal regolamento edilizio e conforme a quest'ultimo e alle previsioni dei piani urbanistici vigenti in quel Comune. Solo se nell'area prescelta esistano le opere di urbanizzazione primaria – strade residenziali; spazi di sosta o parcheggio; impianti fognari e reti idriche, di distribuzione dell'energia elettrica e del gas; illuminazione pubblica, verde attrezzato – o vi sia la previsione del Comune di realizzarle nel successivo triennio ovvero il proprietario si impegni a realizzarle contemporaneamente alla palazzina, questi potrà ottenere dal Comune il permesso di edificare. In assenza di questo l'edificio eventualmente realizzato sarebbe abusivo e quindi oggetto di sanzioni penali, a carico di tutti coloro che hanno concorso a realizzare l'abuso, nonché di misure ripristinatorie (demolizione).

Anche qualora si tratti di procedere semplicemente a rimodernare un appartamento, mutandone la distribuzione interna dei locali e realizzando nuovi servizi igienici, occorre osservare precise regole. Ancor più se a tali opere interne all'abitazione si aggiunge, per esempio, la realizzazione di nuove aperture sulla facciata dell'edificio.

Nel primo caso al progetto da presentare al Comune in cui è sito l'edificio sarà sufficiente allegare una semplice comunicazione di inizio lavori (CILA) – sempreché il volume dell'alloggio non risulti aumentato – salvo il controllo successivo dell'amministrazione sulla conformità dei lavori eseguiti al progetto.

Per realizzare le aperture, tuttavia, non solo dovrà ottenere dal Comune il preventivo assenso, ma anche rispettare le disposizioni del codice civile sulla proprietà edilizia che prescrivono regole ben precise sulla possibilità di aprire una "luce" o una "veduta" (v. art. 900 c.c.) sul fondo del vicino. Se poi di fronte al palazzo vi è un altro edificio dovrà altresì osservare la distanza di dieci metri tra pareti finestrate dettata dal DM 4 aprile 1968, n. 1444.

II) Un agricoltore possiede un terreno che coltiva con profitto; per migliorare il suo reddito e aumentare la produttività del terreno, vuole ampliare la superficie della sua abitazione costruendo altri vani, e anche impiantare alcuni capannoni per il ricovero del bestiame e dei prodotti agricoli.

Anche la sua iniziativa soggiace ad alcune regole proprie del diritto urbanistico. In questo caso potrebbe essere la legge regionale a stabilire che l'edificabilità in zona agricola dev'essere strettamente funzionale alla conduzione del fondo, nel senso che sono preclusi all'agricoltore in-

terventi edilizi non collegati all'attività agricola. Oltre al progetto edilizio dovrà dunque presentare una documentazione più o meno complessa (a es. un piano di valorizzazione agricola) che dimostri come le opere edilizie siano serventi l'attività produttiva agricola.

III) Un imprenditore edile vuole realizzare un intervento per il recupero di un intero isolato caratterizzato da vecchi edifici non abitati e in stato di degrado. L'isolato ricade all'interno di un'area dichiarata dal Comune "zona di recupero", ma alcuni degli edifici sono di interesse storico-artistico e il Comune, per sovrammercato, è dichiarato a rischio sismico. In questa ipotesi vi sono più attori sia pubblici sia privati coinvolti, più norme da rispettare, più procedure da seguire.

L'imprenditore, pur non essendo proprietario degli immobili oggetto dell'intervento, sarà il promotore dell'intera operazione. In primo luogo, l'imprenditore dovrà indurre, attraverso gli opportuni accordi economici, i proprietari delle aree e degli edifici, che rappresentino almeno i tre quarti, o più della metà in alcune Regioni, del valore di questi, a presentare al Comune una proposta di piano di recupero che egli avrà preventivamente fatto redigere da un professionista abilitato. Assieme alla proposta di piano dovrà predisporre una convenzione in cui siano stabiliti tutti gli impegni delle parti (Comune, proprietari, impresa). Il Comune dovrà poi adottare l'ipotesi pianificatoria formulata, se la riterrà opportuna, cioè rispondente all'interesse pubblico, e legittima, cioè non in contrasto con la legge; ma non potrà farlo autonomamente: occorrerà sentire anche altre amministrazioni, e cioè la soprintendenza per i beni culturali, poiché vi sono degli edifici di interesse storico, e l'ufficio del genio civile, poiché siamo in zona a rischio sismico. Entrambi gli uffici – ciascuno in relazione all'interesse pubblico che ha il compito di curare – potrebbero sia ritenere che al progetto vadano apportate delle modifiche, e allora si aprirà una fase di "contrattazione" informale con il Comune e l'impresa; sia impedire del tutto l'adozione del piano. Superata questa fase, occorrerà ancora raccogliere le osservazioni dei cittadini interessati su cui il Consiglio comunale dovrà necessariamente pronunciarsi. Se il piano di recupero, infine, diverrà esecutivo, prima di procedere alla realizzazione dell'operazione, dovranno essere richiesti al Comune i permessi di costruire per ogni singolo intervento previsto dal piano di recupero.

Dagli esempi sopra riportati risultano confermate le indicazioni in precedenza accennate e che ora si possono meglio puntualizzare. Al diritto urbanistico appartiene tutto quel complesso di disposizioni – contenute sia in leggi statali o regionali o in atti amministrativi – che regola le trasformazioni del territorio o delle costruzioni esistenti, secondo un coacervo di norme differenziate in rapporto alle singole fattispecie e in base alle quali differenti amministrazioni pubbliche sono chiamate a disciplinare, prima, e controllare, poi, con finalità differenti, gli usi e le trasformazioni del territorio medesimo.

Solo apparentemente i rapporti giuridici “di diritto urbanistico” intercorrono esclusivamente tra l’amministrazione – centrale o locale – e i proprietari dei beni immobili. Questo è in parte (non sempre) vero nella fase del controllo sull’utilizzazione edificatoria del bene, ma sempre più l’urbanistica diviene strumento di mediazione e di sintesi fra molteplici interessi pubblici, individuali e sociali, nonché fra i vari soggetti che di essi sono portatori (nuove autorità amministrative, associazioni ambientaliste, comitati di cittadini residenti, ecc.).

È di questo complesso mondo che nelle pagine seguenti si cercherà di individuare principi, modelli e linee di tendenza.

2. *Diritto urbanistico e principi generali del diritto amministrativo*

Già si è detto che il diritto urbanistico è considerato una partizione del diritto amministrativo, di cui utilizza gran parte dei concetti e delle nozioni giuridiche: le figure soggettive, le situazioni soggettive, le funzioni, il procedimento, i rimedi giurisdizionali. Cosicché non è possibile studiare il diritto urbanistico senza delle nozioni di diritto amministrativo. Poiché non tutti gli “utenti” del diritto urbanistico conoscono le basi del diritto amministrativo – gli studenti della facoltà di architettura, a esempio, si cimentano per la prima volta con un testo giuridico – conviene esporre brevemente i concetti fondamentali del diritto amministrativo.

Una delle domande che fin dal suo sorgere ha impegnato la scienza del diritto amministrativo è come individuare la funzione amministrativa, distinguendola dalla funzione legislativa e da quella giurisdizionale. Secondo la letteratura classica la funzione amministrativa coincide con la funzione esecutiva, è attività di *esecuzione* della legge. Ciò in applicazione della teoria della divisione dei poteri (mutuata dalla lezione di Montesquieu), per cui a ciascun potere deve corrispondere una funzione. Il potere legislativo, che risiede nel corpo politico elettivo, ha il compito (la funzione) di fare le leggi, cioè di creare il diritto oggettivo; il potere giudiziario ha la funzione di assicurare la conservazione e l’osservanza dell’ordinamento giuridico; il potere esecutivo, che fa capo all’organizzazione del governo, di dare esecuzione alla previsione legislativa. Detto altrimenti, la funzione dell’amministrazione in questa accezione è di “*cura concreta dell’interesse pubblico*” in esecuzione di quanto previsto da una norma giuridica. Gli studiosi più di recente hanno però notato sia

La funzione
amministrativa

che la teoria della divisione dei poteri non risponde più alla realtà delle cose – poiché ciascuno dei poteri esercita funzioni che sarebbero proprie di altri poteri – sia che spesso l'attività delle amministrazioni non è riconducibile alla mera esecuzione della legge, spaziando dalla regolazione in via generale di rapporti giuridici e di comportamenti, alla determinazione di mezzi finanziari, alla definizione di poteri dei privati, alla pianificazione.

Il modo più proficuo di affrontare l'ambito di pertinenza della funzione amministrativa è, quindi, quello di studiare ciò che fanno in concreto le amministrazioni. *Funzione amministrativa* è allora semplicemente *l'insieme delle attività svolte dagli apparati amministrativi dello Stato e dalle altre amministrazioni pubbliche per la cura dell'interesse generale*.

Il termine funzione, riferito all'attività delle pubbliche amministrazioni, ha tuttavia un altro significato giuridicamente più preciso: quello di *attività globalmente rilevante*. Questa nozione, che è comune a tutti i settori del diritto, è molto importante nel diritto amministrativo. Ciò perché, a differenza di quanto accade in genere nel diritto privato, l'attività realizzata da un'amministrazione verso il raggiungimento di un certo scopo è giuridicamente rilevante per l'ordinamento, cioè ha rilievo il modo di svolgimento dell'attività attraverso il procedimento e non soltanto l'atto finale di essa (la manifestazione di volontà, di giudizio, ecc.).

Si può fare un esempio. Se una società privata decide di far costruire un edificio da adibire a propria sede, ciò che rileva è semplicemente che la proposta di affidamento dell'appalto sia fatta da chi è legittimato a rappresentare la società secondo il proprio statuto, e che tale proposta non sia viziata (per errore, dolo, ecc.). Quando la stessa attività è realizzata da una amministrazione comunale, diviene rilevante il motivo, oltretutto l'interesse pubblico, per cui si vuole procedere a tale realizzazione, se e a chi serve, la scelta del contraente, quanto costerà l'opera, il luogo dove localizzare l'edificio. Tutto ciò sarà oggetto di svariati atti amministrativi.

Il principio è che tutto quello che l'amministrazione fa o intende fare deve essere *verificabile*. L'esigenza di controllare l'attività delle pubbliche amministrazioni (nei più vari modi, dai controlli in senso tecnico svolti da un ufficio amministrativo sull'attività di un altro, ai controlli affidati al giudice, al controllo in senso lato degli elettori sul corpo politico) è la ragione per cui una norma stabilisce che una

certa attività di un soggetto pubblico è *funzione*. L'evoluzione degli Stati moderni ha portato a una sempre maggiore *funzionalizzazione dell'attività delle amministrazioni pubbliche* fino a rendere funzione anche l'attività non di cura di interessi pubblici, come a esempio quella di provvista degli uffici pubblici: acquisto di apparecchiature, mobilio, materiale di consumo.

Vi è da dire di una tradizionale distinzione dell'attività amministrativa in amministrazione *attiva, consultiva e di controllo*. La prima è l'attività che attiene direttamente alla cura di interessi pubblici attraverso l'emanazione di atti o il compimento di azioni reali, a esempio rispettivamente irrogazione di una sanzione urbanistica consistente nell'ordine di demolizione di un fabbricato e materiale abbattimento del fabbricato (nell'amministrazione attiva rientrano l'adozione dei piani urbanistici, il rilascio di autorizzazioni, ecc.). La seconda serve a "consigliare" l'amministrazione sul modo migliore di curare l'interesse pubblico e dà luogo agli atti denominati pareri (v. anche § 7). La terza è volta a sindacare l'operato delle amministrazioni cui sono demandati i compiti di amministrazione attiva. La funzionalizzazione dell'attività amministrativa ha portato a una sempre maggiore estensione dei controlli, di cui vi sono molte specie. Secondo M.S. GIANNINI ciò che contraddistingue tutti gli atti di controllo è la presenza di un giudizio di conformità a regole (il cosiddetto *sindacato*) e di misure repressive, preventive, rettificative o eliminative nel caso di difformità.

Questa tripartizione serve a chiarire anche la terminologia dei §§ ss., poiché soltanto per gli atti di amministrazione attiva si userà il termine *provvedimento* – atto con cui si esprime la *volontà* imperativa dell'ente – mentre gli altri atti verranno chiamati semplicemente *atti amministrativi* poiché strumentali, o collegati, all'atto amministrativo-provvedimento (il discorso sarà più chiaro quando si tratterà del procedimento amministrativo, *infra* § 7).

Sull'oggetto e l'evoluzione della scienza del diritto amministrativo, CASSESE [1995, 17].

3. Uffici, organi, competenze, attribuzioni

Si è evitato volutamente di parlare dell'organizzazione dei pubblici poteri e dei concetti di ente pubblico, amministrazione pubblica, figura soggettiva pubblica. Durante il corso dell'esposizione termini quali amministrazione pubblica, ente o soggetto pubblico saranno usati indifferentemente per indicare tutte le organizzazioni che le norme definiscono pubbliche e che si occupano di interessi

pubblici (il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la Regione, l'Autorità di Bacino distrettuale, il Comune).

Occorre, invece, dire dell'elemento di articolazione basilare di tutte le organizzazioni pubbliche, che è l'*ufficio*, poiché ciò permette anche di precisare ulteriormente il concetto di funzione in relazione ai concetti di *attribuzione* e di *competenza*. Gli uffici sono le strutture organizzative di base dei soggetti pubblici: ogni soggetto pubblico ha cioè un disegno organizzativo secondo cui a ciascun ufficio è affidato lo svolgimento di un certo compito (uffici funzionali). La configurazione degli uffici è molto varia: un ufficio può essere formato da una sola persona fisica o da decine di persone, da funzionari di carriera o da membri elettivi (rispettivamente ufficio tecnico comunale, genio civile, sindaco, consiglio regionale). Ma tutti gli uffici devono essere muniti di personale e mezzi e devono essere attribuiti di una funzione o di una parte di funzione. Alcuni uffici, che sono detti *organi*, hanno attitudine a imputare gli effetti della propria attività all'organizzazione cui appartengono e per questo la loro attività, a differenza di quella degli altri uffici, ha rilevanza nei rapporti esterni ovvero, come anche si dice, *l'organo ha capacità di esternare la volontà del soggetto*. Usando una immagine figurata, si può dire che il soggetto pubblico si "esprime" attraverso i suoi organi, mentre gli uffici che non sono organi svolgono attività serventi quelle degli uffici-organo.

Così il Consiglio comunale è *organo* del soggetto pubblico Comune, poiché esso può emettere degli atti con effetti verso l'esterno, che modificano le situazioni soggettive di altri soggetti, come l'adozione di un piano urbanistico. Prima di tale atto altri uffici avranno istruito la pratica, consultato ulteriori uffici, preparato e scritto materialmente il provvedimento; tuttavia, questi non sono organi perché la loro attività rileva solo all'interno dell'organizzazione. La Giunta regionale è *organo* del soggetto pubblico Regione, e ha una serie di *competenze* fra cui, in alcuni casi, quella di approvare i piani regolatori comunali; ma, prima di giungere a tale provvedimento, altri uffici avranno esaminato il piano in tutti i suoi aspetti tecnici e giuridici mettendo in condizione la Giunta di prendere una decisione, e soltanto tale decisione avrà rilevanza nei rapporti fra Regione e altri soggetti, Comune, privati, ecc.

Attribuzioni
e competenze

Si è usato il termine *competenza*, che va distinto sia da *attribuzione*, sia da *potestà*. *Nelle potestà si esprime il potere autoritativo e unilaterale delle amministrazioni pubbliche*. Se ne dirà nel § s. A ben

vedere, peraltro, gli atti e le attività che sono espressione di una potestà nel senso ora precisato sono di gran lunga la parte quantitativamente minore dei compiti svolti dalle amministrazioni, che stipulano contratti, rilasciano certificati, erogano prestazioni, raccolgono dati, eseguono ricerche, compiono operazioni materiali. Sia le potestà sia gli altri compiti vengono comunque ripartiti tra le varie amministrazioni utilizzando i due criteri dell'*attribuzione* e della *competenza*. *Attribuzione* è l'*ambito degli interessi pubblici che una norma giuridica affida alla cura di un soggetto pubblico in una determinata materia* (ricordando quanto si è detto a proposito del significato di funzione, si comprenderà come l'attribuzione è l'ambito giuridicamente rilevante dell'attività di un soggetto pubblico, è cioè funzione). *Competenza* va invece riferita esclusivamente all'*attività degli organi e degli uffici*, è quindi nozione più ristretta di quella di attribuzione: altrimenti detto *la competenza è la misura della funzione*.

Per esempio, la Regione ha attribuzione in materia di beni ambientali, il dirigente del settore beni ambientali – organo della Regione – ha competenza nel rilasciare l'autorizzazione alle modifiche esteriori su tali beni. Il Comune ha attribuzione in materia di pianificazione urbanistica, il Consiglio comunale ha competenza ad adottare il piano regolatore.

4. I poteri autoritativi della pubblica amministrazione

L'attività funzionale dell'amministrazione può essere distinta in vari modi. Fra tutte le classificazioni ve n'è una di immediata percepibilità che distingue tra *l'amministrare per provvedimenti autoritativi* e *l'amministrare per accordi*, o meglio, tramite gli strumenti del *diritto comune*, che si svolge, cioè, secondo le regole "comuni" a tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico dettate principalmente nel codice civile.

Vi è dunque un amministrare *autoritativo* e uno *non autoritativo*. Questa distinzione non va, però, intesa come se l'attività di diritto privato fosse del tutto separata da quella autoritativa, poiché anche quando pone in essere rapporti riconducibili al diritto privato l'attività dell'amministrazione è comunque preordinata alla realizzazione di un fine pubblico, è, quindi, funzione.

Se ne vedranno molti esempi quando si parlerà dell'urbanistica contrattata e delle convenzioni urbanistiche (v. Capp. IX e XII), ma il ri-

Amministrare
autoritativo
e amministrare
per accordi

corso al diritto comune è talmente diffuso, anche nei rapporti tra amministrazioni, che non è possibile, neanche a fini espositivi, separare rigidamente i due aspetti.

Le potestà
pubbliche

Proprio perché l'attività autoritativa dell'amministrazione, imponendosi ai privati, costituisce deroga al diritto comune, in cui le parti sono normalmente in posizione di parità, occorre su di essa portare ora l'attenzione. Il potere di agire mediante atti d'imperio, ciò che secondo la letteratura classica deriva loro dall'essere investite di una parte della sovranità dello Stato, costituisce il più tangibile connotato del *diritto speciale delle amministrazioni pubbliche*. Quando un'amministrazione esercita una **potestà pubblica**, si dice che emette *provvedimenti amministrativi autoritativi*, incide cioè unilateralmente sull'altrui sfera giuridica, in particolare costituendo, modificando o estinguendo determinate situazioni giuridiche soggettive.

Per esempio, nel caso del provvedimento di espropriazione la situazione soggettiva di proprietario di un fondo si estingue e tale situazione viene trasferita autoritativamente a un altro soggetto.

Questa particolare forza giuridica del provvedimento amministrativo si definisce *imperatività*, per intendere produzione unilaterale, immediata e diretta di effetti giuridici, anche contro la volontà del soggetto cui è destinato. All'imperatività si suole ricollegare talune caratteristiche.

a) L'*esecutività* secondo cui *i provvedimenti amministrativi hanno efficacia* – cioè producono effetti – *indipendentemente dalla loro legittimità* (presunzione di legittimità degli atti amministrativi che cessano di essere efficaci soltanto quando siano stati annullati).

b) L'*esecutorietà, la possibilità*, cioè, per la stessa amministrazione *di realizzare coattivamente, anche con l'impiego della forza pubblica, il comando contenuto in quei provvedimenti amministrativi che non modificano automaticamente la realtà sensibile, ma necessitano di atti esecutori* (per esempio la presa di possesso del fondo espropriato).

Il potere
di autotutela

Tale caratteristica è espressione del c.d. potere di *autotutela esecutiva* delle amministrazioni pubbliche, le quali – a differenza dei privati – nell'ambito delle proprie attribuzioni possono portare a esecuzione i propri atti senza bisogno di rivolgersi all'autorità giudiziaria (secondo una nota definizione di F. BENVENUTI, l'autotutela consiste nella capacità dell'amministrazione *“di farsi giustizia da*

se”). Dopo che per anni si è discusso sulla necessità che questo potere avesse una specifica base legale nell’ordinamento, nel 2005 è stato introdotto nella LPA l’art. 21-ter, secondo il quale le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l’adempimento degli obblighi nei loro confronti, soltanto nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge.

Nell’ambito dell’autotutela suole farsi rientrare anche il potere di eliminare o modificare i propri atti che risultino viziati e quindi irregolari o invalidi secondo le modalità e i limiti fissati dalla legge. Nei casi in cui venga sollevata, da parte di un terzo o della stessa amministrazione, una questione circa la regolarità dell’atto, possono, cioè, essere aperti procedimenti amministrativi specifici – detti di *riesame* – il cui esito va dalla conferma, all’annullamento d’ufficio, alla riforma dell’atto stesso.

I procedimenti di riesame vengono distinti da quelli di *revisione* che danno luogo alle misure di *revoca*, *ritiro* o *abrogazione* dell’atto. Secondo l’opinione più diffusa, *mentre l’annullamento d’ufficio può essere pronunciato soltanto in presenza di un vizio di legittimità del provvedimento (infra § 9), la revoca è la misura da adottare nel caso in cui l’amministrazione reputi inopportuna una certa decisione a seguito di una nuova valutazione degli interessi in gioco*, in relazione alle mutate circostanze di fatto ovvero a circostanze di cui non si era tenuto conto al momento dell’emanazione del provvedimento. Ne discende che *non tutti i provvedimenti sono revocabili*, ma si ritiene lo siano solo quelli in cui la legge demanda all’amministrazione di valutare se un provvedimento debba o meno essere emanato oppure di determinarne il contenuto dispositivo oppure le modalità esecutive (*infra § 6*). Nei casi in cui, invece, l’amministrazione sia chiamata soltanto a verificare l’esistenza di requisiti o presupposti fissati dalla legge, si ritiene che il provvedimento sia irrevocabile anche se annullabile qualora viziato. In determinate ipotesi è la legge stessa a stabilire la non revocabilità del provvedimento, come nel caso del permesso di costruire (*infra § 87*).

Questo assetto dei procedimenti di riesame e revisione è confermato dalle modifiche apportate nel 2005 alla LPA. L’art. 21-quinquies, rubricato *revoca del provvedimento*, stabilisce che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell’interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo a efficacia durevole può essere revocato – determinando la inidoneità del provvedimen-

to revocato a produrre ulteriori effetti – da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Inoltre, se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

L'art. 21-*nonies*, rubricato *annullamento d'ufficio*, prevede a sua volta che i provvedimenti amministrativi illegittimi possano essere annullati d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo emanante, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

c) L'*inoppugnabilità*, detta anche consolidazione, per cui decorso il termine di sessanta giorni dalla conoscenza del provvedimento, non se ne può più chiedere al giudice amministrativo l'annullamento. Trascorso il termine di decadenza, solo la stessa amministrazione può eliminarlo in virtù dei suddetti poteri di autotutela. L'*inoppugnabilità* è legata, dunque, alla conoscenza, legale o effettiva, del provvedimento da parte dei soggetti interessati a opporsi a esso. In alcuni casi è la legge a fissare delle presunzioni, equiparando la conoscibilità alla conoscenza effettiva, per particolari tipi di provvedimenti fatti oggetto di speciali misure di pubblicità: a esempio per i piani regolatori generali la pubblicazione sul Bollettino Ufficiale Regionale è ritenuta idonea a far presumere che gli interessati abbiano avuto conoscenza dell'atto. Negli altri casi chiunque voglia far valere l'*inoppugnabilità* (e cioè la decadenza del diritto di azione dinanzi all'autorità giudiziaria amministrativa per decorrenza dei sessanta giorni) è tenuto a fornire la prova della conoscenza effettiva del provvedimento da parte del soggetto che ne ha proposto l'impugnativa.

Secondo la letteratura dell'inizio del secolo scorso, improntata al principio della divisione dei poteri, l'*imperatività* connota il provvedimento amministrativo, atto tipico del potere amministrativo, come la *forza di legge* connota l'atto legislativo, atto tipico del potere legislativo, come l'*autorità di cosa giudicata* connota la sentenza, atto tipico del potere giudiziario.

Va ribadito che non tutta l'attività amministrativa è riconducibile al binomio attività autoritativa/attività consensuale, ma soltanto quella che si esplica in "dichiarazioni di volontà". Vi sono pertanto ambiti di

attività che esulano da questi e sono l'attività *interna*, l'attività *conoscitiva* e l'attività di *organizzazione* che spesso, da un punto di vista concreto, sono le attività più importanti delle amministrazioni.

Allo stesso modo, come già detto nel § prec., non tutti gli atti amministrativi sono provvedimenti amministrativi (imperativi): oltre agli atti di diritto privato, vi sono gli atti reali, o meri comportamenti, e gli atti strumentali, ossia tutti quegli atti che possono essere considerati serventi del provvedimento (pareri, accertamenti, proposte, richieste, ecc.).

5. I principi fondamentali dell'attività amministrativa

Quattro sono i principi fondamentali dell'attività amministrativa comunemente menzionati: il **principio di legalità**, la **riserva di legge**, il **principio di imparzialità** e il **principio di buon andamento**. Il primo a lungo non scritto, ma ugualmente ritenuto di rilievo costituzionale, e ora codificato nella L. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo; gli altri tre sanciti nella Costituzione. Quando l'azione della pubblica amministrazione non si svolge nel rispetto di questi principi diviene "ingiusta", tradisce i suoi fini, e in questi casi l'ordinamento giuridico accorda ai cittadini degli strumenti di "controllo", in senso lato, sull'operato delle amministrazioni e di difesa dai possibili "abusi" (*infra* §§ ss.).

Questi principi sono stati compiutamente elaborati nella fase dell'itinerario degli Stati moderni – tra il XVIII e XIX sec. – in cui si poneva con maggior forza, nella coscienza sociale, il problema del dissidio autorità-libertà. La finalità, in questa fase, era essenzialmente garantistica, essendo volti a limitare l'esercizio delle potestà pubbliche. Successivamente, però, la loro portata si è estesa a comprendere l'intera azione amministrativa e hanno assunto principalmente un significato finalistico parallelamente all'espandersi dell'intervento dello Stato nella società e nell'economia.

Il **principio di legalità**, cui si ricollegano forti motivazioni di ordine ideale e politico, è alla base del cosiddetto *Stato di diritto*, in cui tutti i "poteri" devono essere subordinati alla legge. In concreto, soprattutto negli Stati ottocenteschi, si voleva evitare un incontrollato ed eccessivo potere degli apparati amministrativi e si esaltò, fino all'eccesso, il primato della legge sull'amministrazione, cioè del Parlamento, in quanto consesso elettivo e quindi più diretta emanazione della volontà popolare, sui funzionari delle amministrazioni pub-

Il principio di legalità

bliche la cui struttura e legittimazione solo nella legge può essere rinvenuta. Secondo il principio di legalità nessun potere è conferito all'amministrazione se non è previsto da una norma giuridica. Il principio ha due corollari nei principi di *tipicità* e *nominatività* dei provvedimenti amministrativi. Secondo il primo, ogni provvedimento che la pubblica amministrazione ha facoltà di emanare corrisponde a una funzione tipica, cioè a una determinata finalità: ogni atto ha, in altre parole, una "missione" specifica assegnatagli da una apposita norma. Il secondo postula che i provvedimenti amministrativi (dotati di imperatività) sono una categoria a "numero chiuso", non essendovi possibilità di emanare provvedimenti non "nominati" dalla legge (cosa che quando si agisce usando gli strumenti del diritto privato è possibile fare, inventando, a esempio, nuove figure contrattuali per regolare i propri interessi). Ma il principio di legalità, come si diceva, va declinato anche in un'altra più ampia accezione, quella fatta propria, tra l'altro, dall'art. 1, LPA secondo cui «l'attività amministrativa persegue i *fini* determinati dalla legge», in base alla quale tutta l'attività amministrativa, indipendentemente dagli strumenti impiegati, deve trarre ispirazione dalle finalità indicate dal legislatore e ancor prima dalle norme costituzionali.

La riserva
di legge

La *riserva di legge* costituisce un rafforzamento della versione garantistica del principio di legalità. In molte disposizioni della Costituzione è stabilito che per l'esercizio di determinate potestà amministrative che incidono su diritti dei cittadini a tutela rafforzata occorre una specifica regolamentazione attraverso una legge del Parlamento sui modi di esercizio di tali potestà. La riserva di legge esclude cioè che una certa materia, in mancanza di disciplina legislativa, possa essere oggetto di regolamentazione attraverso atti normativi secondari (regolamenti). Un esempio di riserva di legge è quello dell'art. 23 Cost. secondo cui le prestazioni personali o patrimoniali (tasse e tributi) non possono essere imposte se non in base a una norma di legge.

Imparzialità
e buon
andamento

I principi di *imparzialità* e *buon andamento* della pubblica amministrazione sono sanciti dall'art. 97 Cost. Buon andamento significa, sostanzialmente, efficienza dell'amministrazione secondo un canone proprio della scienza dell'amministrazione non semplice da attuare. La LPA (art. 1) ha recepito il concetto di "buon andamento" traducendolo nelle due formule dell'*economicità* e dell'*efficacia* dell'azione amministrativa a cui sono affiancati quelli di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza. In base a questi principi la pubblica

amministrazione deve tendere ad agire attenendosi al principio dell'analisi costi-benefici e a valutare la propria attività in termini di risultati e non di mera legalità formale.

Il principio di imparzialità ha conosciuto un'evoluzione, poiché all'inizio era inteso soprattutto come garanzia che l'attività dell'amministrazione non fosse influenzata in modo improprio dal potere politico (o meglio dalla maggioranza governativa); in seguito, ha esteso la sua portata venendo a configurarsi come regola tendenziale di tutto l'agire dell'amministrazione in attuazione del principio di "giustizia". Le pubbliche amministrazioni, cioè, nello svolgimento dei propri compiti sono tenute a tener presenti tutti i fatti afferenti agli interessi considerati dalla legge secondo regole improntate a certezza, trasparenza e democraticità. Così gli studiosi hanno ricondotto al principio di imparzialità numerosi istituti del diritto amministrativo volti a limitare la sfera di "libertà" delle amministrazioni, quali l'*obbligo di motivazione* dei provvedimenti amministrativi, il principio di partecipazione dei privati al procedimento amministrativo (c.d. *giusto procedimento*), il *vizio dell'eccesso di potere*. In una così ampia accezione il principio di imparzialità, corollario del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., è diventato il principio-cardine dell'azione amministrativa, in cui finisce per confluire anche il principio di legalità inteso non più in senso formale ma sostanziale.

Ai suddetti tre principi se ne affiancano altri, più o meno collegabili ai primi, che nati spesso dalla prassi giudiziaria sono stati poi sanciti dalla L. 241/1990. L'*obbligo di motivare* ogni provvedimento, di indicare, cioè, espressamente le ragioni e i presupposti delle misure assunte, la cui ragion d'essere è da rinvenirsi nella necessità di verificare a posteriori l'iter logico-argomentativo posto alla base della decisione assunta. L'*obbligo di concludere ogni procedimento amministrativo* (v. *infra* § 7), avviato su istanza di parte, con un provvedimento espresso. Il *principio di trasparenza*, secondo cui ogni persona interessata ha diritto ad accedere ai documenti in possesso della pubblica amministrazione. Il *principio di partecipazione*, secondo cui le persone e i gruppi organizzati portatori di determinati interessi hanno diritto a prendere parte all'attività amministrativa formulando proposte e osservazioni che l'amministrazione deve tenere in adeguata considerazione. Il *principio di semplificazione*, in base al quale l'amministrazione non deve aggravare inutilmente le procedure e deve coordinarsi con le altre amministrazioni coinvolte in uno specifico problema amministrativo. I principi della collabo-

razione e della buona fede, cui sono improntati i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione.

Vanno infine ricordati alcuni principi, tra cui particolarmente il principio di *proporzionalità* e il principio di *non discriminazione*, affermatosi nell'ordinamento dell'Unione Europea, e poi attraverso questo penetrati nell'ordinamento italiano, soprattutto grazie all'opera interpretativa della Corte di Giustizia UE. Questi principi dell'Unione Europea hanno un processo di formazione circolare: nascono in qualcuno degli Stati membri, sono assunti dall'ordinamento dell'Unione, e poi sono restituiti agli ordinamenti nazionali che interagiscono nell'Unione. Gli Stati membri sono tenuti a conformarsi ai suddetti principi in forza della primarietà dell'ordinamento UE costituzionalizzata nell'art. 117.1 Cost.

Sull'attività amministrativa v. M. CLARICH [22]; F.G. COCA, *Attività amministrativa*, ad vocem, in *ED*, vol. VI-agg., 90 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *DP*, 2003, 405 ss.

Sui principi di derivazione europea v. M.P. CHITI [21], 105 ss.

Art. 117, primo comma della Costituzione italiana: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

6. La discrezionalità amministrativa

Nozione cardine del diritto amministrativo è la c.d. *discrezionalità*, espressione che sarà più volte usata in riferimento all'agire della pubblica amministrazione e che è intimamente collegata con il principio di imparzialità.

Vi sono alcuni casi in cui la funzionalizzazione dell'attività amministrativa giunge al punto che l'esercizio dei poteri è sostanzialmente vincolato, nel senso che in presenza di determinati presupposti, previsti da una norma, l'amministrazione non ha altra scelta che assumere una certa misura. L'amministrazione in tali ipotesi si limita all'accertamento di quei presupposti e all'applicazione della norma nel caso concreto. È questo, a esempio, il caso, come si vedrà, dei permessi di costruire.

Altre volte l'attività amministrativa è attività discrezionale. Con questa formula si indicano le modalità attraverso le quali effettuare

la scelta migliore fra più soluzioni possibili, adottando una certa misura tra le molte astrattamente consentite dalla norma, secondo quella, appunto, che risulti più opportuna per il caso concreto. La discrezionalità è il metodo con cui l'amministrazione, secondo il proprio *prudente apprezzamento*, determina come concretamente realizzare il fine pubblico, quando ciò non è prestabilito dalla legge.

Per comprendere meglio la questione è necessario operare alcuni passaggi logici. Le norme, nell'attribuire il potere, indicano, anche se quasi mai esplicitamente, all'amministrazione un interesse pubblico da curare – definito interesse primario – che in concreto, però, non può quasi mai essere soddisfatto “isolatamente”, come se fosse possibile astrarlo dal contesto in cui esso “vive”. Esso è destinato a confliggere con altri interessi pubblici e privati – definiti, in rapporto a quella determinata fattispecie di attribuzione di potere, interessi secondari – e dunque l'amministrazione deve, in ogni occasione in cui si trova a esercitare quel potere, scegliere se soddisfare l'interesse primario o ritenere prevalenti gli interessi secondari. Il contenuto della discrezionalità sta proprio in questa *ponderazione comparativa dell'interesse primario con gli interessi secondari*. Al termine del procedimento comparativo emergerà l'interesse meritevole di perseguimento.

Questo “giudizio di prevalenza” varia a seconda dell'ambito della discrezionalità, a sua volta definito dalle norme. La norma attributiva del potere può consentire all'amministrazione di determinare discrezionalmente il contenuto del provvedimento. Si dice allora che vi è discrezionalità nel *quid*; oppure può lasciare all'amministrazione soltanto la scelta sul se emanare il provvedimento, in questo caso si parla di discrezionalità nell'*an*; infine può consentire all'amministrazione di valutare solo il tempo e i modi di adozione del provvedimento, e allora la discrezionalità è nel *quomodo*. A volte, nell'esercizio del potere, l'amministrazione può avere discrezionalità in più ambiti fra quelli suddetti (anche se è molto raro che l'abbia per tutti). A esempio, nella formazione di un piano territoriale obbligatorio per legge, l'amministrazione ha discrezionalità nel *quid* ma non anche nell'*an*, potendo determinare il contenuto del piano, ma essendo tenuto ad adottarlo.

Nel caso della richiesta di dichiarazione di notevole interesse storico-artistico di un edificio, il Ministro della cultura ha discrezionalità nell'*an* ma non nel *quid*, poiché, se l'invito proviene da un'associazione culturale, l'amministrazione può scegliere di non procedere