

# Perplessità decisionale e intellegibilità del potere\*

di Edoardo Giardino

SOMMARIO: 1. Il primato della chiarezza e l'univocità decisionale. – 2. La perplessità decisionale quale vizio intrinseco dell'atto. Perplessità decisionale e motivazione perplessa tra diversità ed analogie. Perplessità ed apparenza decisionale. – 3. Il parametro violato e la natura del vizio inveratosi. La perplessità decisionale tra motivazione-testo e motivazione-contenuto. – 4. Perplessità decisionale e riesercizio della funzione. L'ibridazione dei poteri e la violazione della pretesa all'intellegibilità del potere esercitato. – 5. La natura degli effetti dell'atto tra aporie e perplessità. La volontà amministrativa e l'ambiguità degli effetti lesivi dell'atto endoprocedimentale. – 6. Ambiguità decisionale e giustificazione postuma: la prevalenza delle pretese partecipative sul principio del raggiungimento dello scopo. Il vizio motivazionale e la convalida dell'atto. – 7. Perplessità decisionale e inosservanza del canone di buona fede: la rilevanza della funzione e l'oggettivazione del giudizio. – 8. Intellegibilità del potere e certezza del diritto.

## 1. *Il primato della chiarezza e l'univocità decisionale*

Nel novero dei principi che regolano le relazioni giuridiche si è soliti sussumere, altresì, il vincolo della chiarezza, in virtù del quale la parte deve poter comprendere, agevolmente, l'altrui volontà così da poterne calcolare e misurare gli effetti.

E ciò risulta viepiù indefettibile laddove il rapporto postuli l'esercizio di un potere amministrativo, la cui capacità di incidere sulla sfera giuridica del destinatario rende l'intellegibilità della scelta una pretesa irrinunciabile.

Consapevoli che le “*parole* tracciano l'orizzonte, entro cui rifluiscono i risultati di ogni indagine”<sup>1</sup>, anche l'atto amministrativo deve ispirarsi al principio di chiarezza, quindi a quel bisogno di univocità di scelta, che costringe il decisore a risolvere la sua volontà “in favore di nettezza e limpidezza, sicché all'interprete si offrano sequenze di fattispecie ed effetti, e cerchie di limitati significati”<sup>2</sup>.

Trattasi, questo, di un valore giuridico, invero universale, funzionale alle esigenze di tutela “tanto (...) del cittadino quanto (...) dell'azione amministrativa”<sup>3</sup>, che, se disatteso, rende la funzione “mal esercitata, sia perché non risultano le ragioni della scelta decisionale, sia perché non si determinano in modo definitivo i comportamenti imposti ai destinatari”<sup>4</sup>.

---

\* Il presente saggio è destinato agli *Scritti in onore di Maria Immordino*.

<sup>1</sup> N. IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 14.

<sup>2</sup> N. IRTI, *I 'cancelli delle parole'*, Napoli, 2015, 37.

<sup>3</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 639.

<sup>4</sup> *Ibidem*. L'esigenza della chiarezza decisionale risulta viepiù indefettibile in seno all'attuale

La chiarezza dell'atto facilita, così, il momento ermeneutico, rendendo l'interpretazione uno strumento ricettivo o ricognitivo dell'esistente e non già fonte di nuove fattispecie<sup>5</sup>. L'interpretazione viene, pertanto, preservata nella sua funzione essenzialmente, seppur non esclusivamente, dichiarativa, al fine di non vanificare come e quanto la funzione ha inteso regolare<sup>6</sup>, *a fortiori* se la

---

ordinamento, laddove – secondo M. IMMORDINO (*Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a.*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. III, Napoli, 2020, 2799) – “ad una dequotazione della situazione di “privilegio” tradizionalmente riconosciuta all'amministrazione a fronte del cittadino/suddito, ha corrisposto un innalzamento delle garanzie delle situazioni giuridiche del privato”.

<sup>5</sup> M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939 e in ID., *Scritti*, vol. I, Miano, 2000, 68. Più in generale, sul valore della chiarezza, cfr. P. CALAMANDREI, *Chiarezza nella Costituzione*, Roma, 2012, 20-21, il quale osserva che “nel 1801 Ugo Foscolo, il capitano Ugo Foscolo, fu incaricato dal ministero della guerra della Repubblica Cisalpina di preparare un progetto di Codice penale militare; e di questo progetto egli fece la relazione introduttiva col titolo di *Idee generali del lavoro*, nella quale egli si proponeva, testualmente, di compilare tutta l'opera “in uno stile rapido, calzante, conciso, che non lasci pretesto all'interpretazione delle parole, osservando che assai giureconsulti grandi anni e assai tomi spesero per commentare leggi confusamente scritte. Si baderà ancora a una religiosa esattezza della lingua italiana”. Per H. KELSEN (*La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, 381) l'interpretazione è “un procedimento intellettuale che accompagna il processo dell'applicazione del diritto nel progressivo passaggio da un piano superiore ad un piano inferiore”. Sull'indeterminatezza relativa del grado giuridico inferiore rispetto a quello superiore, H. KELSEN (*Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, 117-118) osserva che “(i)l rapporto fra un grado superiore e uno inferiore dell'ordinamento giuridico, come fra costituzione e legge, o fra legge e sentenza, è un rapporto di determinazione o di vincolo. La norma di grado superiore (...) regola l'atto con cui viene prodotta la norma di grado inferiore (o l'atto di esecuzione se si tratta soltanto di questo); essa determina, con ciò, non soltanto il procedimento in cui viene prodotta la norma più bassa, ma anche eventualmente il contenuto della norma da prodursi. Ma questa determinazione non è mai completa. La norma di grado superiore non può vincolare in tutti i sensi l'atto per mezzo del quale viene eseguita. Sempre deve rimanere un margine più o meno ampio di potere discrezionale in modo che la norma di grado superiore, in rapporto all'atto di produzione o di esecuzione che la eseguisce, abbia sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere riempito per mezzo di questo atto”.

<sup>6</sup> Secondo M.S. GIANNINI (*L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, cit., 68 n. 81) a ben vedere “(i)n questo senso solo ci sembra che abbia portata di diritto la disputa filosofica circa l'essere l'atto dell'interpretazione creativo e non ricettivo. Noi qui propendiamo per la seconda soluzione, in quanto riteniamo che, giuridicamente parlando, a quello che in sede filosofica è compreso nella nozione unica di interpretazione, corrispondano più istituti giuridici (...) La questione filosofica, infatti, più che l'atto, ci sembra debba prendere in considerazione l'intera attività dell'interprete-applicante il diritto. Nella dogmatica giuridica germanica si tende in generale ad attribuire all'interpretazione il significato stretto che anche noi le attribuiamo, e vicino a questa si pongono altri istituti che non sono solo una *Auslegung*, ossia un ri-cavare dalla proposizione giuridica ciò che per il mondo giuridico acquisti rilievo”. Sulla giurisprudenza quale fonte del diritto cfr. J.C. GRAY, *Nature and Sources of the Law*, New York, 1909, 84, per il quale il diritto dello Stato “o di qualsiasi corpo sociale organizzato, è composto dalle norme che i tribunali, cioè gli organi giudiziari di quel corpo, pongono per la determinazione dei diritti e dei doveri giuridici”. Per l'Autore quindi “(i)l corpo di regole che essi pongono non è

decisione risulta chiara, poiché “se il testo” (invero qualsiasi testo) “non consente ambiguità, non è possibile discostarsene”<sup>7</sup>.

Pertanto, pur consapevoli che il ragionamento deduttivo non possa esaurire l'analisi giuridica nella sua integralità, tuttavia, non v'è dubbio che il testo, a sua volta, non possa assumere logicità se le sue premesse sono ambigue<sup>8</sup>.

E così, anche l'interpretazione dell'atto amministrativo consiste nell'attività volta ad attribuire un significato al provvedimento, al pari di quanto accade per il negozio giuridico. E pur trattandosi di un'attività di evidente rilievo, in particolare ove il contenuto e il significato dell'atto rechino perplexità, non esistono disposizioni che disciplinano organicamente l'interpretazione del provvedimento, donde l'applicazione allo stesso, per analogia, delle norme civilistiche di cui agli artt. 1362 ss. c.c.<sup>9</sup>.

Vale, così, per il provvedimento quanto vale per il negozio giuridico, entrambi necessitando di una univocità contenutistica, potendosi ritenere che anche la decisione amministrativa esprima “un tutto unitario, da interpretare nella sua interezza: un tutto, fra le singole parti, del quale (...) non è ammissibile una separazione netta”<sup>10</sup>.

La polisemia decisionale, quindi, non può preferirsi alla monosemia dei contenuti, che è tale perché scevra tanto da equivocità che ostacolano la comprensione del tipo di potere esercitato, quanto da interpretazioni che, divergendo, si contraddicono. Sicché, piuttosto che “ricavare dalla chiarezza di un

---

l'espressione di un Diritto preesistente, ma il Diritto stesso” (ID., *op. ult. cit.*, 96). Per H. Kelsen (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2000, 156) John Chipman Gray “è nel giusto allorché, contro l'opinione tradizionale, sostiene che i tribunali creano diritto. Ma è in errore allorché ritiene che il diritto viene creato soltanto dai tribunali. Soprattutto se si intende il rapporto dinamico fra la sentenza e la legislazione, diventa impossibile spiegare perché soltanto quella, ma non questa, dovrebbe rappresentare il diritto”. Per F. Modugno (*Interpretazione giuridica. L'oggetto*, Tomo I, Vicenza, 2015, 28) “(i)nterpretazione degli atti-testi-documenti giuridici, da un lato, e ricostruzione dei fatti, dall'altro, costituiscono, insieme, la c.d. concretizzazione (*Konkretisierung*) del diritto, di cui sono inseparabili momenti”.

<sup>7</sup> E. Paresce, *Interpretazione I. Filosofia del diritto e teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXII Milano, 1972, 235. Per un ridimensionamento del “*sensus grammaticus*” dell'interprete, cfr. N. Irti, *Testo e contesto*, cit., 190-191, per il quale: “Nessuna *chiarezza* può essere raggiunta quando le parole siano assunte soltanto nell'accezione grammaticale, la quale segna bensì il principio, ma non il risultato dell'attività interpretativa”. Al riguardo, v. inoltre G. Zaccaria, *Tra ermenutica e analitica: dal contrasto alla collaborazione*, in *Ermeneutica e filosofia analitica – Due concezioni del diritto a confronto* (a cura di M. Jori), Torino, 1994, 143, secondo cui “la riduzione della plurivocità non si può tanto conseguire su un piano puramente *testuale*, quanto piuttosto su di un piano *contestuale*, dove per contesto deve intendersi sia il contesto linguistico e istituzionale di enunciazione, sia il contesto di applicazione ad una situazione di tipo particolare”.

<sup>8</sup> Cfr. N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 290 e 289.

<sup>9</sup> TAR Valle d'Aosta, Sez. Unica, 3 agosto 2020, n. 33.

<sup>10</sup> E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 279.

testo la conseguenza che è ragionevolmente impossibile non esser d'accordo sul suo significato e sulla sua portata, andrebbe affermato piuttosto il contrario: visto che ciò non è oggetto di interpretazioni divergenti e ragionevoli lo si considera chiaro”<sup>11</sup>.

In altri termini, è la chiarezza del testo ad agevolare l'interpretazione, l'una risultando presupposto dell'altra, tanto da indurre a ritenere che il noto brocardo *in claris non fit interpretatio* si risolva “paradossalmente in un altro: *in obscuris non fit interpretatio*”<sup>12</sup>.

La chiarezza, così intesa, non esprime una qualità intrinseca dell'atto bensì riflette l'assenza dell'equivoco, quindi, del conflitto<sup>13</sup>, sì che gli effetti dell'atto stesso coincidano con ciò che il destinatario possa ragionevolmente intendere<sup>14</sup>. E ciò deve avvenire nel segno del buon andamento e della buona fede, che impongono all'amministrazione, altresì, di operare in modo chiaro e lineare, onde fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto se da esse possano derivare conseguenze lesive<sup>15</sup>.

Un paradigma, questo, che ormai permea la funzione tutta, esso trovando infatti sintesi nell'ordinamento, per il quale i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> C. PERELMAN, *Logica giuridica nuova retorica*, trad. it. G. Crifò, Milano, 1979, 72. In ordine al testo legislativo, cfr. P. PERLINGIERI (*Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, 141 ss.), per il quale: “Porsi il problema della chiarezza di un testo (...) non ha senso se limitato al primo impatto della “precomprensione”, cioè al profilarsi della prima lettura e quindi di una sommaria interpretazione; la qualifica di chiarezza attribuibile ad un testo (...) ha senso invece là dove sia il risultato, un dopo, della sua interpretazione attuata nella complessità dell'ordinamento e dell'esperienza. Chiaro sarà quel testo che, letto in connessione con gli altri testi, con i principi ed i valori giuridicamente rilevanti acquisterà forza normativa senza che sia necessario forzare apertamente la sua lettera. Tuttavia, pur sempre la sua lettura non potrà essere influenzata dalla conoscenza o lettura dell'universo normativo. La chiarezza in tal guisa non implica tuttavia un giudizio di congruenza tra “significato naturale” delle parole adoperate e la soluzione prescelta”.

<sup>12</sup> N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 65.

<sup>13</sup> N. IRTI, *op. ult. cit.*, 64 n. 20.

<sup>14</sup> Per H. KELSEN (*La dottrina pura del diritto*, cit., 381-382) infatti “anche gli individui che devono non già applicare, ma obbedire al diritto, tenendo quel comportamento con cui si evita la sanzione, devono comprendere le norme cui devono obbedire e quindi accertarne il significato. (...) Ne risultano due tipi di interpretazione chiaramente distinguibili l'uno dall'altro: l'interpretazione del diritto da parte dell'organo che deve applicarlo e l'interpretazione del diritto che ha luogo non da parte di un organo giuridico, ma di una persona privata e, particolarmente, da parte della scienza del diritto”. È stato osservato che “(l)a *controversia interpretativa* è sempre *controversia sugli effetti*, che da una parte si vogliono ricollegare a una certa fattispecie, e che dall'altra vengono negati ed esclusi” (N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 194).

<sup>15</sup> Cfr. TAR Sardegna, Sez. II, 4 maggio 2020, n. 260; Cons. Stato, Sez. III, 10 giugno 2016, n. 2497.

<sup>16</sup> Art. 1, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990.

Il provvedimento va, pertanto, inteso nella sua “oggettiva legalità”<sup>17</sup> ossia nei suoi significati tipici, gli unici che possono garantire la trasparenza<sup>18</sup> dell’azione, salvaguardare l’affidamento del destinatario, preservare l’uguaglianza, scongiurando, quindi, l’anonimato<sup>19</sup> del potere e il suo arbitrio<sup>20</sup>.

Tutto questo vale a prescindere dal *nomen iuris* recato dall’atto, sicché l’apparenza, determinata da formulazioni testuali improprie, che la rendono irrilevante, non vincola l’interprete, rilevando, invece, la sussistenza dei presupposti formali e sostanziali che riflettono il potere realmente esercitato<sup>21</sup>.

E così, in giurisprudenza, si è soliti rimarcare che “l’esatta qualificazione di un provvedimento amministrativo va effettuata tenendo conto del suo effettivo contenuto e della sua causa, anche a prescindere dal *nomen iuris* formalmente attribuito dall’Amministrazione, con la conseguenza che l’apparenza derivante da una terminologia eventualmente imprecisa od impropria, utilizzata nella

<sup>17</sup> Cfr. N. IRTI, *Testo e contesto*, cit., 165, il quale, altresì, osserva che: “L’oggettività esalta il senso di responsabilità ed eccita l’avvedutezza del parlante. Questi sa che l’uso della parola non è mai innocuo; e che qualsiasi testo linguistico reca in sé il rischio dell’oggettività. Non si tratta di vecchie antitesi, tra volontà e dichiarazione, tra realtà ed apparenza, tra interna verità ed esterna falsità; ma di ciò, che il testo segna l’estremo orizzonte dell’interprete, il quale può percorrerlo o con l’ausilio dell’intenzione comune alle parti o con le semplici risorse della lingua” (ID., *op. ult. cit.*, 180).

<sup>18</sup> Sul fondamento costituzionale della trasparenza amministrativa, cfr. A. BARONE, *La trasparenza e il diritto di accesso*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 200, per il quale: “La trasparenza amministrativa, in tal guisa, resta ancorata ai principi di imparzialità e buon andamento ma si apre al contempo ad altri valori dotati di dignità costituzionale: integrità e lealtà al servizio della nazione nella prospettiva della prevenzione in via amministrativa del rischio corruzione nella pubblica amministrazione (artt. 54 e 98 Cost.)”. Un’amministrazione trasparente postula “il passaggio da una concezione dell’amministrazione di tipo soggettivo-istituzionale ad una concezione di tipo oggettivo-funzionale” (M. IMMORDINO (*Il responsabile del procedimento*, in *Codice dell’azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), Milano, 2017, 533).

<sup>19</sup> Sull’“anonimato” quale antico privilegio della pubblica amministrazione, cfr. M. IMMORDINO, *Il responsabile del procedimento*, cit., 531.

<sup>20</sup> Secondo G. DE GIORGI CEZZI (*Libertà dalla paura. Verso nuove forme di libertà per le collettività?* in *federalismi.it*, 18.3.2020, 210) diventa “utile allora ricordare che la ‘libertà dalla paura’ riguarda fra i vari temi quello dell’uguaglianza intesa come libertà dal privilegio e dall’arbitrio dell’autorità, e in particolare dell’applicazione amministrativa di quella libertà (...)”. Secondo l’Autrice (*I diritti fondamentali procedurali e il mondo degli interessi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II, Napoli, 2020, 1615) laddove “si osserva la dimensione amministrativa della c.d. ‘libertà dalla paura’ ci si accorge pertanto che la stessa, proprio in quanto impone il soffrire (...) finisce con l’averne un’incidenza non solo sulla persona ma anche sulla collettività. Rispetto alla persona, definire i rapporti tra l’autorità e la libertà richiede il controllo sulla possibile trasmutazione negli strumenti amministrativi di tecniche che non si possono dire immuni da violazioni del principio istituzionale di cui si parla, per il sol fatto di assumere la forma amministrativa (...)”.

<sup>21</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 dicembre 2019, n. 8214. V., anche, Cons. Stato, Sez. V, 28 agosto 2019, n. 5921; TAR Sardegna, Sez. II, 4 maggio 2020, n. 260. Sull’apparenza come “situazione di fatto che manifesta e fa apparire reale una situazione giuridica non reale” cfr. A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica*, Milano, 1997, 823.

formulazione testuale dell'atto stesso, non è vincolante, né può prevalere sulla sostanza e neppure determina di per sé un vizio di legittimità dell'atto, purché ovviamente sussistano i presupposti formali e sostanziali corrispondenti al potere effettivamente esercitato<sup>22</sup>.

2. *La perplessità decisionale quale vizio intrinseco dell'atto. Perplessità decisionale e motivazione perplessa tra diversità ed analogie. Perplessità ed apparenza decisionale*

La perplessità decisionale è quel tratto che rende oscuro il contenuto del provvedimento, il quale, così, risulta inidoneo a palesare ovvero a rendere intellegibile il tipo di potere che l'amministrazione ha scelto di espletare. Trattasi di profilo che riflette ed amplifica quel “mistero”<sup>23</sup> che caratterizza l'illegittimo esercizio del potere per eccesso di potere, un vizio, questo, ancora oggi, concettualmente non definito dal legislatore<sup>24</sup>.

Si è soliti, infatti, sussumere detta ambiguità decisionale proprio in quel cattivo uso del potere, che legittima il giudice amministrativo a sindacare il processo di formazione della decisione e, dapprima, l'identità del potere stesso. L'identificazione del potere esercitato diviene, così, la preconditione del sindacato della funzione e, quindi, dell'atto adottato, non potendosi valutare il corretto esercizio della funzione se prima non si accerta la natura del potere reso. Si ravvisa, così, nella fattispecie quel disvalore costituito da un potere di scelta sviato, tale perché volto a deviare l'attività decisionale “dalle norme che disciplinano nei suoi elementi l'atto in cui pretende esercitarsi (eccesso di potere – per vizio – intrinseco)”<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> TAR Veneto, Sez. I, 14 gennaio 2021, n. 52. E sempre in giurisprudenza si è così rimarcato: “È infatti noto che “Ai fini della di una corretta qualificazione della sua natura l'atto amministrativo va interpretato non solo in base al tenore letterale, ma soprattutto in base al suo specifico contenuto e risalendo al potere concretamente esercitato dall'amministrazione, prescindendo dal *nomen iuris* che gli è stato assegnato” (Cons. Stato, sez. II, 30 settembre 2019, n.6534). In assenza di specifiche disposizioni, gli atti amministrativi vanno infatti interpretati secondo le regole fissate dal codice civile per l'interpretazione del contratto, sia pure adeguandole alla natura dell'atto medesimo, espressione di un potere pubblico. In particolare, ove il dato letterale non conduca ad una interpretazione univoca, sarà possibile valutare il contenuto complessivo dell'atto, applicando in via analogica i criteri interpretativi di cui agli artt. 1362 e ss. del codice civile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 24 settembre 2019, n.6378). In sostanza, l'individuazione del potere esercitato dall'amministrazione deve farsi discendere non già (o non soltanto), dal *nomen iuris* che gli viene formalmente attribuito o dal compendio normativo richiamato, bensì dalla funzione cui concretamente assolve” (Cons. Stato, Sez. IV, 5 giugno 2020, n. 3552).

<sup>23</sup> Sull'eccesso di potere quale vizio che reca “un suo mistero”, cfr. M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 183 nonché A. PIRAS, *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 604.

<sup>24</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Id.*, *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 2006, 992-993.

<sup>25</sup> F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 1035. Secondo B.G. MATTARELLA (*Il provvedimento*, in *Trattato*

L'amministrazione, del resto, deve assumere scelte che siano la conseguenza della funzione, donde il nesso che lega il potere alla decisione, la quale così diviene l'esito del potere stesso<sup>26</sup>. Del resto, la funzione amministrativa "non è la generica attività amministrativa, ma la specifica attuazione di un potere"<sup>27</sup>, ossia il suo concretarsi "in un singolo atto amministrativo"<sup>28</sup>.

---

*di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, 2003, 978) affinché "il potere amministrativo venga validamente esercitato, non è sufficiente che tutte le norme che lo riguardano siano rispettate, è altresì necessario che le scelte riservate all'amministrazione siano fatte in modo da assicurare la realizzazione dell'interesse pubblico". Per P. GASPARRI (*Eccesso di potere (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 128) l'eccesso di potere può concepirsi come "una metatesi intesa a mettere in evidenza che non tanto il potere, quanto l'organo titolare di un potere e responsabile del suo uso, è uscito dal binario logico che la legge gli prescrive di rispettare nei ragionamenti preliminari alle decisioni sull'uso del potere". L'Autore, nel ricondurre la "perplexità", che riguarda l'atto, nell'alveo dei sintomi di eccesso di potere intrinseci all'atto stesso, precisa che detti sintomi "sono in genere connessi alla motivazione: cioè a quella parte dell'atto che si richiede appunto per dare ragione dell'iter logico seguito dall'organo nel fare la sua scelta dispositiva o consultiva" (Id., *op. ult. cit.*, 131). Del resto, l'Autore precisa che i sintomi intrinseci di eccesso di potere "consistono (...) in modi di essere della sua redazione, e sono rilevabili da una semplice lettura di esso" (*Ibidem*).

<sup>26</sup> Sulla funzione quale "relazione tra il potere e l'atto amministrativo", cfr. F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1025.

<sup>27</sup> F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 1018.

<sup>28</sup> F. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 1020 n. 60. L'Autore osserva che con la suddetta "concretizzazione (...) il potere, e così la modificazione giuridica astrattamente preordinata, assume una effettività reale, si adegua cioè ad una realtà, nei cui confronti diviene operante, trasfondendosi in un atto: il quale è, infatti, l'applicazione puntuale di un potere ad una realtà. Ora però questo concretarsi del potere in un atto non è mai così istantaneo che tra il potere e l'atto, che ne è espressione, non vi sia almeno uno *jatus*: solo se il potere si trasformasse istantaneamente nell'atto la sua trasformazione non assumerebbe mai una propria reale individualità. Ma, quando manca una tale istantaneità tra il potere e l'atto, vi è qualche cosa che, mentre si concreta, non è più potere ma non è ancora atto. (...) Sotto il profilo obbiettivo, dunque, la funzione è un momento della concretizzazione del potere in un atto: momento di cui è appena da sottolineare qui la sostanziale unitarietà" (Id., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., 1119-1120). Sulla plurivocità dell'espressione "funzione", l'Autore osserva che detta espressione "può infatti avere vari significati a seconda che la si consideri nel linguaggio delle diverse scienze. Nel diritto suole essere usata, secondo una sua lata e spesso ambigua accezione, precisamente onde esprimere sia il concetto di competenza, sia, per lo più, il concetto di "esercizio di un potere in ordine ad un effetto". Come tale espressione non può essere usata per indicare un concetto diverso da quello di attività, che è ciò che essa esprime e qualifica secondo una sua nota particolare. Nel testo invece l'espressione è usata in un senso proprio. Si osserva che l'attività è l'estrinsecazione di un potere, tende a realizzarsi in un atto: ma tra l'attività, e l'atto, benché la prima implica il secondo, vi è una distanza nettamente segnata, il cui spazio è occupato dalla funzione. Funzione è dunque, in senso stretto, non un aspetto dell'attività, ma è l'attività nel suo farsi e perciò rappresenta un momento dell'agire in cui questo non è ancora atto, ma è però già più che attività e cioè più che l'astratta possibilità di agire sia pure in vista di un fine o per un effetto (...) cosicché è pienamente giustificato l'uso dell'espressione funzione ad indicare, se usata in senso lato, l'attività amministrativa in ordine ad un fine amministrativo, e, se usata in senso stretto, il realizzarsi dell'attività amministrativa, natural-

La sussunzione della perplessità decisionale nella categoria dell'eccesso di potere, pertanto, rende il vizio generato non già espressione di una "ribellione (...) al disposto di una norma"<sup>29</sup>, bensì una "patologia che si manifesta in via di deduzione logica complessa"<sup>30</sup>.

Non essendo quindi "chiaro quale sia il potere esercitato dall'amministrazione"<sup>31</sup>, il provvedimento risulta viziato "perché sussiste il dubbio che il potere sia stato speso per un fine diverso da quello tipico"<sup>32</sup>. La perplessità, in tal guisa, atterrebbe all'incertezza che affligge il processo volitivo della p.a., costituita, in particolare, da quelle esitazioni o dubbi che segnano la natura della determinazione adottata ovvero il potere che si è inteso esercitare<sup>33</sup>.

Una ipotesi, quella della 'perplessità', dalla giurisprudenza ritenuta distinta dalla figura della 'motivazione perplessa', giacché mentre la prima precluderebbe la possibilità di "individuare quale sia il potere in concreto esercitato dall'amministrazione"<sup>34</sup>, la seconda, invece, impedirebbe di identificare "il potere di cui l'amministrazione intese far uso, dal momento che nel provvedimento sono enunciati vari motivi, inerenti a diversi istituti ed a diverse potestà"<sup>35</sup>. Quest'ultima rifletterebbe, altresì, un'ipotesi di illogicità e di contraddittorietà della decisione, laddove la decisione recasse "una pluralità di motivi inconciliabili (...) o semplicemente non univoci (...) non invece quando si adducano motivi diversi, ma tra loro non contrastanti"<sup>36</sup>.

---

mente qualificata anche in realizzazione ai suoi scopi, nell'atto amministrativo" (ID., *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1018-1019, n. 59).

<sup>29</sup> Cons. Stato, Sez. Sez. VI, 13 aprile 1992, n. 256.

<sup>30</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 510.

<sup>31</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 541.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 8. Sulla certezza dei rapporti giuridici quale principio dell'ordinamento cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in *Diritto amministrativo* (a cura di F.G. SCOCA), Torino, 2021, 322, secondo la quale: "La stabilità e la certezza dei rapporti giuridici costituiscono, infatti, al pari del principio di legalità e del buon andamento, un principio fondante dell'ordinamento". In giurisprudenza (cfr. Cons. Stato Sez. V, 27/06/1983, n. 270) si è ritenuto illegittimo l'atto amministrativo la cui motivazione, pur formalmente ampia e articolata, risulti in definitiva ambigua e perplessa (nella specie: trattavasi del provvedimento di dimissione di un pubblico dipendente per esito insoddisfacente del periodo di prova preceduto da una motivazione in sostanza più favorevole all'interessato che contraria).

<sup>34</sup> La giurisprudenza è rievocata da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, 532.

<sup>35</sup> *Ibidem*. Sulla motivazione perplessa o dubitativa, cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, cit., 131, per il quale detta perplessità si configura qualora la motivazione sia "redatta in modo da far ritenere che l'organo, quando ha agito, non era convinto della verità e dell'esattezza dei fatti addotti a movente, o dei valori a questi da esso attribuiti".

<sup>36</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, cit., 7. Sussiste l'illogicità del provvedimento laddove "ricorra un vizio nell'iter seguito per formulare la valutazione" (R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 539). Sulla sussunzione della motivazione contraddittoria nell'alveo della violazione di legge, in quanto vizio di esternazione, cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 437.

Si assiste, così, ad un atto che, per la sua opacità, si rivela del pari irragionevole, quindi, lesivo dell'esigenza di certezza del diritto pretesa dal cittadino, il quale, qualora conculcato nella sua sfera giuridica, esige di conoscere, chiaramente, le ragioni del provvedimento<sup>37</sup>.

In realtà, si tratta di ipotesi strettamente connesse<sup>38</sup>, se non espressione di una fattispecie unitaria, poggiando il distinguo su sfumature terminologiche che non giustificano diversità tipologiche, costituendo, a ben vedere, situazioni ontologicamente riconducibili al medesimo *genus*. Si profila, infatti, un atto, in ogni caso, segnato da un'ambiguità decisionale causata da una eterogenea motivazione, che diviene ambigua ed oscura perché fondata su differenti presupposti ed antitetiche finalità<sup>39</sup>. Anzi, si può ritenere che è proprio – e per molti versi solo – la motivazione che rende evidente il vizio generato dalla perplexità, la quale, infatti, può inverarsi e rivelarsi solo laddove l'amministrazione tenti di giustificare la propria scelta.

In entrambi i casi, infatti, la suddetta plurivocità ostacola il compito del giudice di indagare la conformità del potere alla fattispecie normativa, ossia all'insieme degli elementi, formali e sostanziali, che la costituiscono<sup>40</sup>, incluso, quindi, il fine per il cui conseguimento il potere stesso è stato tipizzato. La perplexità decisionale, così intesa, inficia il contenuto stesso dell'atto<sup>41</sup>, postulando una scelta che non consente al destinatario della funzione ed al giudice di conoscere la tipologia del potere esercitato<sup>42</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, 367, per il quale quindi “Non è sufficiente, cioè, che l'attività amministrativa sia obiettivamente ragionevole; occorre che le ragioni che la sorreggono siano rese manifeste al privato, attraverso la motivazione”.

<sup>38</sup> Si osserva, infatti, che “(i)l sovrapporsi del difetto di motivazione ad altre figure distinte di eccesso di potere è evidente (...) nell'ipotesi di motivazione perplesso, legata in maniera assai stretta alla più generale figura della perplexità” (R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *op. ult. cit.*, 532).

<sup>39</sup> In giurisprudenza, da tempo, si ritiene che “l'enunciazione dei motivi separati e giuridicamente indipendenti, promiscuamente caratteristici di diversi istituti e potestà, impedisce la identificazione del potere di cui l'Amministrazione ha inteso far uso” (Cons. Stato, Sez. VI, 29 ottobre 1951, n. 537).

<sup>40</sup> F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, cit., 3.

<sup>41</sup> Sull'eccesso di potere come vizio del contenuto dell'atto, cfr. W. JELLINEK, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung*, Tübingen, 1910, 223 ss.; K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, 388 ss.; P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, Tübingen, 1911, 189 ss. Di contrario avviso è F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, cit., 1003-1004, per il quale “(n)on è (...) infatti concepire il contenuto come un elemento dell'atto amministrativo. Sia invero che per contenuto dell'atto si intenda la sua stessa causa giuridica nella sua esternazione concreta, sia che si intenda l'aspetto precettivo della dichiarazione di volontà nella determinazione di ciò che è stato chiamato il contenuto necessario, il contenuto implicito e il contenuto eventuale del provvedimento, è evidente che non vi può essere ragione di invalidità del contenuto che non sia ragione di invalidità o della causa o della volontà dell'atto, benché il contenuto sia, come determinazione dell'efficacia dell'atto nel caso concreto, puro sviluppo, e perciò più ampio, della causa essenziale o della determinazione volitiva del provvedimento. Se poi addirittura per contenuto si comprenda (...) l'intera relazione tra motivi-presupposti, causa, ed effetti pratici voluti in concreto, in realtà dicendo “contenuto” non si dice altro che l'intero atto nella sua direzione a produrre in concreto gli effetti che gli sono propri”.

<sup>42</sup> Cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. V, 13 dicembre 2019, n. 5939, il quale, rilevando la

Ipotesi, queste, da non confondere, però, con la differente fattispecie della motivazione apparente del provvedimento, giacché, mentre nelle ipotesi sinora esaminate la perplessità ostacola la comprensione del tipo di potere esercitato, nel caso, invece, dell'apparente motivazione l'ambiguità preclude la comprensione delle reali ragioni, *de iure* e/o *de facto*, sottese alla decisione.

E ciò si verifica laddove l'amministrazione, attraverso un portato motivazionale laconico o stereotipato, si limiti solo a dichiarare e non già ad esternare<sup>43</sup> le ragioni della scelta, ad esempio, non dando conto delle concrete ragioni che hanno legittimato la scelta adottata, ovvero limitandosi a formulare una giustificazione<sup>44</sup> scollata dagli elementi

---

perplessità del provvedimento, precisa che dalla fattispecie “non emergono sufficienti e univoci indici per individuare in via interpretativa quale sia il potere che l'amministrazione, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato, ha inteso esercitare in concreto, in tal modo rendendo oltremodo gravoso l'esercizio del diritto di difesa per il destinatario dell'ordine, che non è posto in condizioni di percepire le ragioni giuridiche e l'iter logico seguito dall'amministrazione per giungere alla decisione adottata. Nel corpo del provvedimento gravato, infatti, si fa richiamo a plurime disposizioni di legge disciplinanti altrettante diverse fattispecie astratte, come accennato caratterizzate da precisi presupposti e limiti sostanziali e procedurali, posti anche a garanzia delle posizioni di interesse incise dall'esercizio dei poteri in questione, che, in ogni caso, in alcun modo sono riscontrabili nel caso in esame (...) Applicando le superiori coordinate ermeneutiche al caso in esame emerge la difficoltà di ricondurre la fattispecie concreta al (...) richiamato paradigma normativo (...)”.

<sup>43</sup> Sul distinguo tra esternazione e dichiarazione del motivo, cfr. M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 260. Sul tema della motivazione, più in generale, cfr. inoltre, G. CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, agg., vol. V, Milano, 2001, 785 ss.; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 872-873; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1989, 34 ss.; ID., *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XIII, 1997, 683 ss.

<sup>44</sup> Sulla differenza tra motivazione in senso stretto e giustificazione, cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 259, per il quale: “la motivazione in senso stretto è cosa diversa dalla giustificazione (...) potendo accadere che vi sia motivazione anormale e giustificazione corretta, e viceversa (...) mentre la giustificazione è dichiarazione di scienza che consegue ad un mero giudizio di esistenza (...) la motivazione consegue a giudizi ponderativi, di opportunità o di altro contenuto”. Per completezza giova precisare che se la motivazione in senso ampio concerne “una indicazione ai fini dell'atto, l'indicazione di un ragionamento seguito, l'indicazione dei motivi, l'indicazione del fatto, l'indicazione dei presupposti, ovvero più di queste indicazioni insieme: la motivazione in senso ampio sarebbe quindi tutta la parte della dichiarazione contenuta nel provvedimento che non sia dichiarazione di volontà (...) la motivazione in senso stretto riguarderebbe solo i motivi propri della decisione, anzi consisterebbe nella esternazione dei motivi?” (così F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), cit., 389-390). Sul superamento formale della differenza tra motivazione e giustificazione, cfr. F. CARDARELLI, *op. ult. cit.*, 386 e 389, il quale ritiene che: “la distinzione tra giustificazione e motivazione è stata seguita dalla dottrina (e (...) tuttora presente all'interno della giurisprudenza), anche se si deve ritenere che sia progressivamente mutato il senso originario del discrimine: in particolare esso non poggia più sulla natura sostanzialmente subiettiva dei motivi ed obiettiva dei presupposti, quanto piuttosto sulla diversa funzione del discorso giustificativo rispetto a quello più generalmente motivazionale. (...) In conclusione sul punto si può convenire sulla circostanza che l'art. 3 della legge 241/90 abbia consentito il superamento formale della distinzione giustificazione-motivazione, e della sottostante asimmetria del contesto di decisione e di giustificazione, prevedendo una composizione

fattuali emersi dall'istruttoria, ovvero ancora evocando, tautologicamente, un certo enunciato, lungi però dal palesarne le ragioni poste a suo fondamento<sup>45</sup>.

Tuttavia, sebbene diversa sia la ragione del *discrimen* o, per meglio dire, la genesi ontologica delle suddette partizioni, invero, identico è il sacrificio che, in ogni caso, viene generato, perché identici sono i valori violati, impedendosi infatti al destinatario dell'atto di difendersi effettivamente ed al Giudice di sindacare compiutamente<sup>46</sup>.

### 3. *Il parametro violato e la natura del vizio inveratosi. La perplexità decisionale tra motivazione-testo e motivazione-contenuto*

La tendenziale sussunzione della perplexità decisionale nell'alveo dell'eccesso di potere non esime dal tentativo di identificare il parametro violato, quindi, la regola la cui inosservanza genera l'illegittimità dell'atto adottato. E ciò, *a fortiori*, a fronte della progressiva erosione subita, nel tempo, dal perimetro dell'eccesso di potere, ove si ritiene rientrano ormai solo quelle figure che “tradiscono non la violazione di regole generali elaborate dal giudice, ma anomalie del processo di formazione della decisione, valutate alla luce di *standards* generali di logicità e

---

strutturale della motivazione articolata sia sulle ragioni giuridiche, sia sui presupposti di fatto (...): ne consegue che, almeno nelle intenzioni del legislatore, la motivazione assume una denotazione formale di carattere sostanzialmente linguistico, che va colta nel suo complesso come discorso a contenuto argomentativo”. Su tale differenza, cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 868-869, il quale, ritenendo l'esternazione del provvedimento particolarmente ampia, precisa che “essa, infatti, non è data solo dalla dichiarazione della volontà e dell'oggetto, ma anche da altre componenti, quali la motivazione in senso stretto (esternazione dei motivi) e la giustificazione (esternazione dei presupposti e dei fatti di legittimazione). (...) La motivazione, come parte dell'esternazione del provvedimento, è un “discorso giustificativo” della decisione racchiusa nel provvedimento. (...) Alla nozione (a volte definita “formale”) di motivazione come discorso giustificativo si è affiancata nel tempo quella (“sostanziale”) di motivazione come complesso dei fattori determinanti la decisione, e quindi come giustificabilità della decisione stessa alla luce di quei fattori”.

<sup>45</sup> Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 11 novembre 2021, n. 1975; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 18 ottobre 2021, n. 1895; TAR Lazio, Roma, Sez. I Ter, 20 maggio 2021, n. 5921; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 9 marzo 2017, n. 390; TAR Toscana, Sez. III, 26 maggio 2021, n. 796, secondo cui non sussiste motivazione apparente “quando nel provvedimento sia esplicitamente indicato e motivato il contrasto (...) e risulti evidente l'iter logico seguito nel percorso valutativo (...)”. Sulla nozione di “motivazione (in senso largo) artificiosa, ossia quella tipologia motivazionale “valida per quanto enuncia, ma non rispondente ai presupposti o ai motivi reali”, cfr. M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 267.

<sup>46</sup>Per un'ampia disamina della “polifunzionalità” della motivazione, cfr. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., 397 ss. In argomento, cfr. altresì M.S. GIANNINI, *Motivazione dell'atto amministrativo*, cit., 262, per il quale la “motivazione (in senso largo)” si rivela “strumento d'interpretazione dell'atto amministrativo (...) strumento per il controllo amministrativo e per l'accertamento giudiziale (...) garanzia del privato in ordine all'operato dell'amministrazione”.

ragionevolezza<sup>47</sup>. Sicché indagare la natura e il tipo di parametro violato rileva rispetto non già alla tipologia di vizio configurato ma alla regola inosservata, quindi, alla fonte del disvalore determinatosi<sup>48</sup>.

Infatti, privare l'atto della dovuta chiarezza e coerenza decisionale rende lo stesso irrazionale<sup>49</sup>, poiché lo devia dal suo vincolo teleologico, ossia dalla tutela di quell'interesse per il cui perseguimento "il potere fu dato"<sup>50</sup>. Di qui, dover rinvenire il parametro violato nella inosservanza di quella "norma (legislativa) da cui è positivamente definita l'ampiezza della scelta discrezionale, il margine entro cui l'organo agente può ulteriormente completare, oggettivando la propria valutazione, la prescrizione della legge"<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 981. Cfr., in argomento, G. SALA, *Potere amministrativo principi dell'ordinamento*, Milano, 1993, 151 ss.

<sup>48</sup> Sulla distinzione tra i tre tipi di vizi di legittimità, cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 978, per il quale: "Nonostante la tripartizione dei vizi di legittimità non possa costituire un limite alla tutela contro di essi, e nonostante la scarsa importanza dell'inclusione del singolo vizio nell'una o nell'altra figura, questa tripartizione rimane il modo migliore per raggruppare ed esaminare i vizi stessi". Cfr., inoltre, F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 6, per il quale la suddetta distinzione, sebbene "rilevante anteriormente alla Costituzione repubblicana, perché la normativa allora vigente, in particolari ipotesi, poteva non prevedere o ammettere ora l'uno ora l'altro di essi (...), ha perso gran parte della sua importanza pratica, dal momento che l'art. 113, cpv., Cost. (...) è stato generalmente inteso nel senso di aver direttamente e immediatamente abrogato, tra l'altro, tutte le norme anteriori che ammettevano l'impugnativa per taluni vizi e non per altri, dando per scontata l'identificazione tra 'mezzi di impugnazione' e 'vizi dell'atto'".

<sup>49</sup> Per un'ampia disamina del principio di razionalità, cfr. A. ZITO, *Decisione amministrativa e principio di razionalità nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. V, Napoli, 2020, 5393, per il quale detto principio costituisce un indefettibile presupposto dell'art. 3 della l. n. 241/1990.

<sup>50</sup> A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, vol. II, Milano, 1962, 445 n. 99.

<sup>51</sup> *Ibidem*. L'Autore (*Invaldità (dir. amm.)*, cit., 605) altresì osserva che: "La scelta discrezionale si esprime attraverso la determinazione di una regola che ha come termine di riferimento l'interesse primario specifico attribuito alla cura dell'autorità e ogni altro interesse – evidenziato nel procedimento – che concorra a definire il valore del primo nel caso concreto. La creazione della regola individuale, la concreta scelta discrezionale obbedisce alle esigenze della funzione e, quindi, trova una serie di limiti e di vincoli nelle norme e nei principi – scritti e non scritti – che dettano la disciplina (generale) dell'attività a garanzia degli interessi e dei rapporti che confluiscono nell'atto". In argomento, cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, cit., 2, il quale ritiene che "(i)n tutti i casi, infatti, l'eccesso di potere va inteso quale vizio di illegittimità (contrasto con norme di legge) dell'atto espressione del "potere" contenuto nella situazione soggettiva attiva di cui è titolare un soggetto od organo (...) l'eccesso di potere come vizio di illegittimità dell'atto che risulta dall'attività-funzione non sembra differire di per sé, in radice, dall'eccesso di potere come vizio di illegittimità dell'atto compiuto da un soggetto od organo appartenente ad un complesso soggettivo od organico istituzionalmente determinato, appunto, in ragione di una determinata finalità da perseguire o funzione da compiere (...) in quanto espressione di un potere o potestà esercitati fuori dai limiti della sfera di attribuzione". Sulla violazione dei parametri di logicità e razionalità come violazione dello spirito della legge, cfr. G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge*

Del resto, e da tempo, è stato chiarito che il controllo di razionalità non può isolarsi dal precetto violato, dovendosi il primo concepire proprio “come controllo sulla applicazione della norma”<sup>52</sup>, laddove l’apprezzamento delle circostanze potrà ritenersi razionale solo “se permetterà una corretta applicazione della norma (stessa) (...)”<sup>53</sup>.

Il potere, quindi, trae legittimazione proprio dal suo esercizio razionale<sup>54</sup> e ciò trova riprova nella ragione che accomuna i principi dell’agire amministrativo discrezionale, incluso quindi lo stesso vincolo di razionalità, tutti infatti legati “da una sola identica matrice: l’amministrazione, avendo il potere di concretizzare l’interesse pubblico, deve assumere scelte fondate su una congruenza tra i fatti e la norma attributiva del potere, e cioè sul fine desumibile da essa”<sup>55</sup>.

E ciò perché l’ordinamento, nel conferire il potere, ne determina i titolari e i limiti, procedurali e teleologici, entro cui esercitarlo. In altri termini, attraverso siffatta attribuzione, l’ordinamento delinea “sia le sfere di attribuzione

---

*ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, 109. Per quanto, invece, attiene al rapporto tra violazione di legge ed eccesso di potere, cfr. P. GASPARRI, *Eccesso di potere (dir. amm.)*, cit., 133-134, il quale osserva che “l’espressione “violazione di legge” è dal legislatore usata in un senso restrittivo e letterariamente non proprio, per indicare una nozione che rispetto a quella di “eccesso di potere” è non qualcosa di più, ma qualcosa di diverso. Una volta configurato l’“eccesso di potere” come un vizio di legittimità inerente alle norme regolanti le operazioni mentali di scelta discrezionale, ne deriva, come conseguenza, che possiamo riferire l’espressione “violazione di legge” ai vizi che concernono gli atti amministrativi nei casi e nella misura in cui non siano discrezionali. Ma, anche impostata la distinzione in questi termini, non si riesce ad escludere che tra l’“eccesso di potere” come configurato addietro, e la “violazione di legge”, rimanga, accanto a due zone di sicura separazione, una certa fascia di interferenza”.

<sup>52</sup> F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell’eccesso di potere*, in Id., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 567 ss. Osserva l’Autore che “una corretta rappresentazione del sindacato dell’eccesso di potere consente la più piena e incondizionata riaffermazione del principio di legalità, in quanto concorre a restituire quel contenuto di senso che non può certo essere artificiosamente separato dalla c.d. lettera, se non si vuole che la legge venga mortificata quasi integralmente” (Id., *op. ult. cit.*, 576 ss.).

<sup>53</sup> G. PALMA, *Note intorno alle nozioni di conformità alla legge ed eccesso di potere nella evoluzione della giurisprudenza*, cit., 109.

<sup>54</sup> Al riguardo, cfr. G. MARONGIU, *Funzione II) Funzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 6, per il quale il potere “si legittima solo in base al suo esercizio razionale, o in termini di razionalità rispetto allo scopo o in termini di razionalità rispetto al valore, o ad ambedue insieme”.

<sup>55</sup> R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 507-508. Sulla violazione dei principi dell’attività amministrativa concernenti il “potere nel suo farsi atto” come violazione “di condizioni indirette (esterne) di legittimità di qualsiasi atto amministrativo, e non come condizioni di legittimità (interne) degli elementi del singolo atto”, cfr. F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, cit., 5. Sulla differenza tra “violazione di legge” e “violazione della legge”, cfr. F. MODUGNO, *Eccesso di potere. I) Profili generali*, cit., 7, il quale chiarisce che: “La “violazione di legge” è espressione enfatica e specifica rispetto alla “violazione della legge” che ricomprende genericamente le tre figure. La categoria è infatti residuale: gli atti affetti da vizi di legittimità diversi dall’incompetenza e dall’eccesso di potere sono viziati per violazione di legge”.

per l'esercizio di esse (definisce cioè *quali* sono propriamente le *potestà*), sia il modo, la misura, l'indirizzo, lo scopo, il fine, per l'esercizio di una singola, particolare potestà, determina cioè in quale modo, entro quali limiti, a quale fine può esercitarsi la potestà<sup>56</sup>.

La violazione, in tal caso, coinciderà con l'inosservanza della norma, che conferisce il potere e, quindi, più in generale, con la violazione della nominatività e tipicità del provvedimento. L'atto, infatti, deve sempre rinvenire nella norma stessa il suo "preciso e puntuale fondamento"<sup>57</sup>, donde l'indefettibile conformità al suo schema normativo<sup>58</sup>, cui segue "una connessione, fissata dalle norme, tra i vari elementi dell'atto, e una predeterminazione, sempre normativa, degli effetti che esso può produrre"<sup>59</sup>.

La perplessità della decisione, precludendo la conoscibilità della tipologia del potere esercitato, inevitabilmente, impedirà al giudice di verificare la conformità normativa del potere espletato, laddove il processo diviene la sede ove acclarare se quanto compiuto e perseguito risulti coerente con quanto voluto dalla norma. Il giudice dovrà, quindi, verificare l'osservanza di quelle regole funzionali all'idea di un'amministrazione intesa come "fare", ossia come assetto dominato da regole che "danno "misura" al fare stesso"<sup>60</sup>, rendendolo, quindi, capace di perseguire il fine contemplato dall'ordinamento<sup>61</sup>.

Quanto detto, però, non esaurisce l'esame del vizio generato dalla perplessità, consapevoli della differenza che separa la motivazione-testo dalla motivazione-contenuto, dovendosi intendere la prima quale mero testo materiale ossia "sequela (neutra) di parole"<sup>62</sup>, la seconda, invece, quale significato derivante dal testo materiale e riflesso, a sua volta, del ragionamento logico-giuridico profuso<sup>63</sup>.

<sup>56</sup> F. MODUGNO, *L'eccesso di potere. I) Profili generali*, cit., 3.

<sup>57</sup> M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 669. Per G. CORSO (*Manuale di diritto amministrativo*, cit., 366), a ben vedere "ciascuna forma di eccesso di potere presuppone un principio: costituisce la violazione di tale principio".

<sup>58</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 670. Cfr., altresì, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 512, i quali rimarcano che "ogni tipo di atto è caratterizzato da una funzione peculiare istituzionalmente stabilita e il fine di interesse pubblico specifico perseguito da ciascun atto deve corrispondere a quello tipico, dal momento che la giurisprudenza finisce per riconoscere, ben più ampiamente, che un provvedimento concreto è legittimo se non persegue fini diversi da quelli che rientrano nella competenza dell'autorità emanante".

<sup>59</sup> M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 678. Per l'Autore "(i)l principio di nominatività del provvedimento (...) gioca nel senso di dare una "tipicità" al provvedimento medesimo (...)" (*Ibidem*). Cfr., altresì, R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 511.

<sup>60</sup> G. MARONGIU, *Funzione II) Funzione amministrativa*, cit., 6.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> L. D'ANGELO, *Difetto di motivazione ed interferenze tra regole di validità del provvedimento amministrativo*, in *www.altalex.com*.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

Distinguo, questo, che trova piena riprova nello stesso art. 3 della legge n. 241 del 1990, il quale, al comma 1, dopo aver previsto che “(o)gni provvedimento amministrativo, (...) deve essere motivato (...)” (motivazione-testo), aggiunge che “(l)a motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria” (motivazione contenuto). Sembraerebbe, così, che la norma tuteli, accanto “alla esigenza “formale” che la motivazione vi sia; (...) quella “sostanziale” che essa corrisponda a quanto emerso nel corso del procedimento, e quindi che la decisione racchiusa nel provvedimento sia la corretta conclusione del procedimento stesso”<sup>64</sup>. In tal modo, l’ordimento rimarca la relazione che deve legare la scelta alla funzione, sancendo così che “l’esito del procedimento è condizionato da tutto quanto in esso avvenga”<sup>65</sup>. Pertanto, se la perplessità, che segna la decisione, preclude alla parte di comprendere finanche il tipo di potere esercitato, impedendo del pari al Giudice di sindacare compiutamente la scelta adottata, la stessa diventa fonte di disvalore in quanto priva l’atto stesso di un suo “requisito di validità (*rectius* legittimità)”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup>B.G. MATTARELLA (*Il provvedimento*, cit., 874), per il quale “(c)ìò risulta con evidenza dal collegamento, stabilito dalla norma, tra istruttoria procedimentale e motivazione: si può dire che la motivazione non è solo una componente dell’esternazione del provvedimento, ma anche la sintesi dell’istruttoria stessa. Essa è anche lo strumento attraverso il quale l’amministrazione dimostra di avere seguito le norme procedurali e giustifica le scelte compiute nel corso del procedimento (...)” (*Ibidem*).

<sup>65</sup> S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, 208.

<sup>66</sup> Cfr. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., 426. Secondo l’Autore è “condivisibile il principio, ispirato alla natura funzionale piuttosto che strutturale del provvedimento (...), in forza del quale (salvo scelta diversa del legislatore da indicarsi attraverso le c.d. nullità testuali) con l’annullabilità si sanzionano i vizi che attengono alla fase di formazione dell’atto e che alterano l’assetto finale di interessi in esso contenuto, mentre la nullità attiene al difetto degli elementi identificativi della realtà esterna che impedisce al provvedimento di avere un contenuto dispositivo e, dunque, di generare effetti costitutivi, modificativi o estintivi (...) Ne consegue l’impossibilità sistematica di cogliere nella motivazione un elemento essenziale dell’atto in assenza del quale esso deve essere considerato radicalmente nullo: la motivazione diviene quindi un requisito del provvedimento rilevante ai fini della sua (graduata) validità (...) e la sua assenza o meno rileva ai fini di vizi comportanti pronunce costitutive di annullamento dell’atto, e non meramente dichiarative della sua nullità (ID., *op. ult. cit.*, 424-425). Sulla qualificazione della motivazione come elemento costitutivo ma non essenziale del provvedimento amministrativo, cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 208-209-210, per il quale “(u)n contributo decisivo per la qualificazione della motivazione come elemento del provvedimento amministrativo si desume dalla problematica relativa all’ammissibilità di una motivazione *per relationem*. (...) Se la motivazione può essere desunta da un atto diverso dal provvedimento, essa non costituisce un elemento essenziale del provvedimento che, per la sua assenza, dovrebbe necessariamente essere qualificato come atto nullo. La motivazione costituisce senza alcun dubbio un elemento costitutivo del provvedimento. Tuttavia, non si è presenza di un elemento essenziale perché difetta una qualificazione normativa in tal senso e perché la convinzione generale, della giurisprudenza e della dottrina, non ritiene

4. *Perplexità decisionale e riesercizio della funzione. L'ibridazione dei poteri e la violazione della pretesa all'intelligibilità del potere esercitato*

Sebbene, nel tempo, l'ordinamento abbia contribuito a chiarire il portato costitutivo della fattispecie amministrativa, delineandone i tipi e, quindi, agevolandone l'esercizio, tuttavia, sovente l'amministrazione preferisce scegliere non già ancorando la propria decisione ai presupposti dettati dalla norma, bensì formulando argomentazioni composite, tali perché fondate su plurime giustificazioni normativamente differenti se non antitetiche. Matura, così, una decisione per nulla agevole da comprendere, che, tradendo la pretesa all'intelligibilità del potere, inevitabilmente conculca le prerogative (sostanziali) di difesa del destinatario.

Quanto detto trova eloquente riprova nel riesercizio di un potere, che, non esauritosi nell'adozione della decisione, viene nuovamente esercitato nel segno non già della norma istitutiva bensì di disposizioni diverse per struttura e funzione.

Più segnatamente, si assiste all'adozione di decisioni fondate sul richiamo giustificativo di presupposti eterogenei, che, postulando funzioni variegiate se non antitetiche, rendono inintelligibile il potere reso, in tal guisa negando l'univocità delle ragioni sottese all'esercizio del potere stesso.

Emblematico, al riguardo, è il promiscuo richiamo degli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio, in particolare laddove il provvedimento rechi "valutazioni che afferiscono a profili di opportunità e convenienza (...) in uno a profili che involgono questioni di legittimità (...) fra loro avvinti in modo inestricabile"<sup>67</sup>. Si assiste, così, ad "(u)na sorta di "ibridazione" dei poteri esercitati dall'Amministrazione resistente"<sup>68</sup> resa viepiù illegittima dal nitido distinguo, che l'ordinamento contempla tra l'annullamento d'ufficio<sup>69</sup> e la revoca<sup>70</sup>.

Infatti, pur consapevoli che la revoca "ha da sempre costituito un tema tra i più insensibili ad una esauriente sistemazione dogmatica"<sup>71</sup>, si è soliti ritenere

---

che il vizio della motivazione, anche nella sua forma estrema di difetto assoluto e di inesistenza, determini la nullità del provvedimento". Sempre in dottrina si discerne la parte della motivazione funzionale alla identificazione del potere esercitato "dove la relativa assenza potrebbe determinare la nullità del provvedimento per vizio della causa" e la parte della motivazione che, invece, "si riferisce all'articolazione dei motivi in senso proprio, i cui vizi continuerebbero a determinare l'annullabilità del provvedimento stesso" (L. FERRARA, *Motivazione e impugnabilità degli atti amministrativi*, in *Foro amm.-TAR*, 4/2008, 1197).

<sup>67</sup> TAR Veneto, Sez. I, n. 52/2021.

<sup>68</sup> TAR Veneto, Sez. I, n. 52/2021.

<sup>69</sup> Cfr. art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990.

<sup>70</sup> Cfr. art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990.

<sup>71</sup>M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO), Torino, 2005, 486.

che la scelta di revocare postuli non già un atto viziato ma un rapporto, derivante da un atto, non più opportuno, giacché inidoneo “ad assicurare quel vincolo di scopo in cui si esprime la funzionalizzazione del potere amministrativo al perseguimento del pubblico interesse”<sup>72</sup>. Attraverso “l’esercizio del potere di revoca l’amministrazione (...) non si tutela in senso tecnico ma si limita a gestire l’interesse pubblico e cioè a dare un differente assetto ad una situazione che in quanto destinata a durare nel tempo è passibile di continui adeguamenti”<sup>73</sup>. Tutto questo, del resto, altro non è che il riflesso di quel “carattere di inesauribilità del potere che, in quanto funzionalizzato al perseguimento del pubblico interesse, non è insensibile ai sopravvenuti mutamenti dell’interesse pubblico medesimo”<sup>74</sup>.

Viceversa, la scelta di annullare, determinando un’inversione “dell’itinerario logico giuridico delle valutazioni esperite in sede di ricorso giurisdizionale o amministrativo”<sup>75</sup>, si rivolge “in primo luogo, piuttosto che al contenuto e ai vizi che affettano l’atto, agli effetti da esso concretamente prodotti”<sup>76</sup>. Di qui, l’esauribilità di siffatto potere che trova fonte proprio nella delimitazione temporale sancita dalla norma, per la quale infatti il potere stesso può essere esercitato “entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di

<sup>72</sup> M. IMMORDINO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. V, Milano, 2006, 5203.

<sup>73</sup> *Ibidem.* V, inoltre. G. CORAGGIO, *Autotutela*, in *Enc. giur.*, vol. IV, Roma, 1988, 5.

<sup>74</sup> M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 5203. Sul “limite dei diritti” rispetto all’esercizio del potere di revoca, cfr. sempre M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento*, cit., 509. Sulla problematica dell’inesauribilità del potere, cfr. G. DE GIORGI CEZZI, *Sulla “inesauribilità” del potere*, in *Urb. app.*, 2002, 958 ss.; M. TRIMARCHI, *L’inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 177. Per quanto, invece, concerne l’esercizio dell’autotutela amministrativa nella c.d. “logica del rischio”, è d’uopo richiamare la nozione di “amministrazione “riflessiva”, evocando, al riguardo, A. BARONE, *L’Amministrazione del rischio*, in *Cittadini, imprese e pubbliche funzioni* (a cura di A. BARONE), Bari, 2018, 117, per il quale “(n)ella logica del rischio (...) non già il singolo procedimento ma tutti i procedimenti di rilascio, rinnovo e riesame, non separabili tra loro in modo netto, costituiscono la forma di una funzione amministrativa che costruisce progressivamente e permanentemente i connotati del medesimo rapporto amministrativo. Ciò secondo un *continuum* che non sembra ammettere distinzioni tra procedimenti di primo e secondo grado. (...) Nel diritto del rischio l’azione delle pubbliche amministrazioni non può esaurirsi nel singolo provvedimento amministrativo. La rilevanza globale della funzione amministrativa si esplica attraverso il riesame continuo delle determinazioni assunte alla luce dell’evoluzione del dato tecno-scientifico. È proprio in questo obbligo di valutazione e riesame del dato scientifico che si inverte giuridicamente il concetto sociologico di amministrazione ‘riflessiva’”.

<sup>75</sup> G. CORSO, *Annullamento*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. I, Milano, 2006, 339. Sul rapporto tra la violazione del diritto europeo e l’esercizio del potere di annullamento, cfr. A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, 198 ss.

<sup>76</sup> G. CORSO, *op. ult. cit.*, 339.

vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20<sup>77</sup>.

Tuttavia, il rapporto tra i suddetti istituti non è segnato solo da diversità, rinvenendosi, infatti, affinità che possono agevolare un processo di ibridazione delle rispettive funzioni, foriero, a sua volta, di perplessità decisionali, che ostacolano il corretto esercizio della funzione e l'agevole comprensione della natura del potere esercitato. Del resto “(è) noto come i due istituti siano stati tradizionalmente studiati l'uno in relazione o in contrapposizione all'altro, sia sotto il profilo strutturale che funzionale, pur mettendosi anche in luce le strette assonanze esistenti tra gli stessi. Assonanze che non di rado hanno portato ad una commistione tra i medesimi, tanto che non è difficile trovare nella giurisprudenza, soprattutto in quella più risalente, affermazioni riferite indifferentemente ad entrambi gli istituti”<sup>78</sup>.

E così, vero è che requisito di entrambi sia l'“esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale”<sup>79</sup>, ma è altrettanto vero che “differente è il ruolo che lo stesso gioca nell'uno o nell'altro istituto”<sup>80</sup>. Infatti “(n)ella revoca l'interesse pubblico costituisce l'oggetto esclusivo dell'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione”<sup>81</sup>, nell'annullamento, invece, la pretesa di ritirare un atto postula la ricorrenza di una molteplicità di presupposti, inclusa l'“esistenza di un vizio di legittimità, il quale costituisce condizione ineliminabile per l'apprezzamento dell'interesse pubblico”<sup>82</sup>.

E senza tacere che la norma<sup>83</sup>, nel disciplinare l'annullamento d'ufficio, ormai

<sup>77</sup> Art. 21 *nonies*, co. 1, della l. n. 241/1990.

<sup>78</sup> M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies. Revoca del provvedimento*, cit., 516.

<sup>79</sup> M. IMMORDINO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 5204.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibidem*.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Cfr. art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990. Sui tratti che permeano l'interesse pubblico contemplato dalla predetta norma, cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit., 325-326, per la quale la citata norma ha accentuato il profilo discrezionale dell'annullamento d'ufficio “rafforzandone in questo modo il carattere di strumento funzionalizzato, come la revoca, alla cura dell'interesse pubblico. (...) L'illegittimità non è, in altri termini, sufficiente da sola a giustificare l'annullamento d'ufficio (...) ma occorre anche un interesse pubblico, concreto ed attuale, del quale deve darsi conto nella motivazione dell'atto stesso”. Inoltre, secondo l'Autrice “il requisito dell'attualità dell'interesse pubblico (...) non sembra, invero, essere venuto meno. Tale interesse, che è diverso e ulteriore rispetto all'interesse al mero ripristino della legalità violata, è della stessa natura di quello perseguito con il provvedimento di primo grado, corrisponde, cioè, a quello per la cui cura il potere è stato dalla norma originariamente attribuito alla competenza dell'amministrazione agente”. Rilevante, pertanto, è il momento della valutazione degli interessi in gioco che deve essere “fatta alla luce del principio della buona fede che informa ormai anche il rapporto amministrativo e del quale il legittimo affidamento è in una certa misura espressione” (M. IMMORDINO, *Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto*

degrada «l'interesse pubblico primario, genericamente inteso, alla sussistenza di (oggettive di cui si deve dar conto nella motivazione) “ragioni di interesse pubblico” che, senza ulteriori aggettivazioni, è posto in pari rilievo agli interessi pubblici e privati, facenti capo ai destinatari ed ai controinteressati, coinvolti dall'annullamento d'ufficio»<sup>84</sup>.

Di qui, l'inverarsi di una perplexità decisionale vieppiù invalidante, giacché “non emergono sufficienti e univoci indici per individuare in via interpretativa quale sia il potere che l'Amministrazione, a prescindere dal *nomen iuris* utilizzato (...) ha inteso esercitare in concreto (...) risultando richiamate nel corpo del provvedimento gravato una pluralità di elementi riconducibili a differenti fatti-

---

*alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a.*, cit., 2805). In argomento, v. inoltre M. IMMORDINO, *Risarcimento del danno e obbligo dell'amministrazione di annullare un proprio atto inoppugnabile si istanza del privato interessato*, in *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione* (a cura di S. PERONGINI), Milano, 2017, 254 ss; Id., *Riesame dell'atto ad esito conservativo e situazioni giuridiche soggettive dei privati*, in *Temi e questioni di diritto amministrativo* (a cura di L. GIANI, M. IMMORDINO, F. MANGANARO), Napoli, 2019, 263 ss.

<sup>84</sup> Così G. CORSO, *Annullamento*, cit., 339, il quale, altresì, osserva che “il riferimento agli interessi dei destinatari e dei controinteressati dà corpo alla valutazione comparativa – in funzione neutra quasi regolativa – del legittimo affidamento da essi rispettivamente riposto: i primi nella certezza delle relazioni giuridiche scaturite dall'efficacia dell'atto (...); i secondi nel dovere della p.a. di porre prontamente rimedio agli atti illegittimi ed alle situazioni antiggiuridiche pregiudizievoli per i titolari di posizioni giuridiche qualificate (...)”. Per quanto, invece, attiene al rapporto tra il potere di revoca e l'affidamento vantato dal destinatario, cfr. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, *passim*; Id., *Revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 5206, per la quale: “Il limite dei diritti, se ha trovato scarsa applicazione quale limite di esistenza, al contrario ha operato sul piano dell'esercizio legittimo del potere di revoca, determinando l'applicazione di regole di bilanciamento tra le ragioni dell'interesse pubblico e le ragioni dell'interesse del privato, e regole motivazionali più severe (...), soprattutto se, per il lungo tempo trascorso tra l'adozione del provvedimento e la revoca, dette situazioni si siano consolidate determinando un ragionevole affidamento alla loro conservazione. Sicché è il consolidamento di dette situazioni, o meglio il differente grado raggiunto, che può costituire sia limite di esistenza del potere di revoca, sia parametro di legittimità del relativo provvedimento. Oggi, la previsione di un indennizzo da parte della novella del 2005 ha notevolmente depotenziato il problema della tutela dell'affidamento del privato interessato e, di conseguenza, del limite dei diritti all'esercizio del potere di revoca”. In argomento cfr., altresì, G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 219 ss. Per quanto, invece, concerne gli effetti dei rispettivi atti (di annullamento e di revoca), giova rievocare quanto osservato da M. IMMORDINO (*op. ult. cit.*, 329), ove l'Autrice offre una lettura, al riguardo, unitaria della problematica, precisando che “l'art. 21-*nonies* non fa alcun riferimento all'effetto retroattivo”, donde, poiché “nell'annullamento d'ufficio si pone un problema di tutela del legittimo affidamento del privato nella certezza e stabilità del precedente assetto d'interessi a lui favorevole nonché la necessità di una ponderazione comparativa di tutti gli interessi comunque coinvolti, non sembra (...) che esistano ragioni tali da escludere la decorrenza temporale degli effetti dell'annullamento soltanto per il futuro”. V., inoltre, M. IMMORDINO, *Svolgimento nel tempo del potere amministrativo tra certezza ed incertezza*, in AIPDA – Annuario 2014, *L'incertezza delle regole*, Napoli, 2014, 121 ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 206 ss.

specie astratte, caratterizzate da presupposti e limiti sostanziali diversificati, posti anche a garanzia delle posizioni incise<sup>285</sup>.

5. *La natura degli effetti dell'atto tra aporie e perplessità. La volontà amministrativa e l'ambiguità degli effetti lesivi dell'atto endoprocedimentale*

Il disvalore della perplessità non si esaurisce nel solo portato contenutistico della scelta, lo stesso potendo infatti interessare, altresì, l'atto nella sua attitudine a ledere la sfera giuridica del destinatario. In altri termini, la volontà dell'amministrazione potrebbe apparire equivoca anche nel suo inverarsi lesivo, quindi, nella sua capacità a compromettere l'interesse, pretensivo ovvero oppositivo, del destinatario.

Di qui, la necessità di distinguere una perplessità interna, ossia quella che rende inintelligibile le ragioni ed il tipo di potere esercitato, da una perplessità esterna, che invece riguarda il momento dell'incidenza dell'atto sulla sfera giuridica interessata, in tal guisa, vulnerandone la tutela.

Quest'ultima problematica è stata, invero, alimentata tanto da una genericità previsionale, quanto da una difformità interpretativa maturata in giurisprudenza, che non ha restituito al destinatario del potere alcuna certezza finanche rispetto al *quando* della tutela.

Non poche, infatti, sono le perplessità o, più segnatamente, le incertezze che costellano la manifestazione di volontà dell'amministrazione, se si considera che la stessa, sovente, si rivela in momenti endoprocedimentali. Tutto questo è stato di certo favorito da un progressivo processo di arretramento della soglia di lesività dell'atto amministrativo, a sua volta, derivante da un ridimensionamento della rilevanza assunta nel tempo dalla posizione dell'atto stesso nel procedimento. E ciò in ragione della capacità dell'atto, già nel divenire della funzione, di incidere, *in peius*, sulla sfera giuridica dell'interessato.

Di qui, il possibile inverarsi di effetti lesivi derivanti già da atti non provvedimentali, quindi, endoprocedimentali, qualora gli stessi rivelino una natura vincolata ovvero interlocutoria (se capaci di arrestare il procedimento e ledere l'aspirazione alla celere soddisfazione del bene della vita) ovvero ancora soprassessoria (se volti a determinare un arresto procedimentale *sine die*)<sup>86</sup>.

In verità, si tratta solo di una possibile classificazione, che, infatti, non rimuove la perdurante perplessità che connota l'atto lesivo e, quindi, la sua

<sup>85</sup> TAR Veneto, Sez. I, n. 52/2021. V., inoltre, TAR Campania, Napoli, Sez. V, n. 5939/2019.

<sup>86</sup> Cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 23 marzo 2015, n. 523; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1799; Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 296; Cass. s.u., 21 febbraio 2019, n. 5194.

impugnabilità. L'ambiguità interpretativa, sottesa alla corretta identificazione della natura lesiva dell'atto endoprocedimentale, costituisce ormai una costante della funzione, attesa la genericità della norma e le difformità applicative, foriere, a loro volta, di aporie e perplessità interpretative.

Infatti, al di là dell'atto vincolante, agevolmente identificabile, non poche incertezze riguardano l'incidenza lesiva ascrivibile agli atti interlocutori ed a quelli soprassessori, rispetto altresì all'obbligo dell'amministrazione di provvedere entro il termine previsto.

Al riguardo, giova premettere che la determinazione idonea ad interrompere l'inerzia sia solo quella volta a concludere il procedimento e non anche l'adozione di un atto meramente soprassessorio, interlocutorio o endoprocedimentale<sup>87</sup>.

Ebbene, qualora l'atto soprassessorio rinviasse il soddisfacimento dell'interesse pretensivo ad un accadimento futuro ed incerto nel *quando*, determinando un arresto a tempo indeterminato del procedimento, in tal caso l'atto rivelerebbe una immediata capacità lesiva della posizione giuridica dell'interessato, evidentemente impugnabile, in deroga quindi alla *opinio* che nega natura lesiva all'atto amministrativo endoprocedimentale<sup>88</sup>.

Si è soliti, del resto, rimarcare la non autonoma impugnabilità di un atto soprassessorio, allorché lo stesso rechi contenuto interlocutorio e sia, quindi, inidoneo a manifestare la volontà dell'amministrazione, in tal guisa, non rinviando il soddisfacimento dell'interesse pretensivo al verificarsi di un evento futuro ed incerto nel *quando*, quindi non determinando un arresto a tempo indeterminato del procedimento<sup>89</sup>. In tal caso, permane una situazione di inerzia illegittima che radica l'interesse ad agire avverso il silenzio invero, in quanto l'adozione di un tale atto endoprocedimentale o soprassessorio rifletterebbe un rinvio *sine die* e non già l'adozione di un atto ultimativo del procedimento, che la stessa amministrazione ha l'obbligo di concludere<sup>90</sup>.

Non meno ambigua si è rivelata nel tempo, altresì, la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, la quale, sebbene solitamente ritenuta non lesiva, tuttavia, in alcune ipotesi, può lesivamente lambire la sfera giudica del destinatario. E ciò avviene tanto se l'atto sortisca un arresto del procedimento *sine die*, quanto se il successivo provvedimento non venga adottato entro un termine ragionevole<sup>91</sup>.

<sup>87</sup> Cfr. TAR Campania, Salerno, Sez. II, 19 ottobre 2020, n. 1481.

<sup>88</sup> TAR Lazio, Latina, sez. I, 5 ottobre 2020, n. 357.

<sup>89</sup> TAR Campania, Salerno, Sez. II, 22 giugno 2020, n. 704.

<sup>90</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 26 maggio 2020, n. 5565.

<sup>91</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3554; TAR Lazio, Sez. II quater, 30 gennaio 2015, n. 1768. Sul rapporto tra la fase predecisoria e quella decisoria, cfr. A. ZITO, *Profili funzionali del procedimento*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema* (a cura di V. CERULLI IRELLI), Napoli, 2006, 166.

Si profila, così, un'ambiguità che permea la natura degli effetti giuridici, rendendo la lesività dell'atto vieppiù atipica in ragione, infatti, di una perplessità che preclude al destinatario della funzione di discernere, agevolmente, l'atto impugnabile da quello, invece, inidoneo a cagionare conseguenze lesive. Donde, la necessità di valutare l'effetto lesivo con riguardo all'attualità del pregiudizio arrecato e non già alla futura attitudine dell'atto stesso di incidere sulla sfera giuridica del destinatario<sup>92</sup>.

6. *Ambiguità decisionale e giustificazione postuma: la prevalenza delle pretese partecipative sul principio del raggiungimento dello scopo. Il vizio motivazionale e la convalida dell'atto*

Consapevole dell'ambiguità che segna la decisione adottata, l'Amministrazione tenta, sovente, di ovviare alla perplessità inveratasi, esercitando un'autocorrezione postuma, ossia integrando la motivazione in corso di giudizio finanche attraverso argomentazioni difensive.

Invero, detta tendenza non ha trovato conforto soprattutto in giurisprudenza, laddove è stata, condivisibilmente, rimarcata l'indefettibilità di una motivazione che sia anteriore al giudizio onde non dequotare gli apporti, oppositivi o collaborativi, di chi partecipa al procedimento<sup>93</sup>.

Del resto, se “la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”<sup>94</sup>, dovendo la stessa quindi “precedere e non seguire”<sup>95</sup> il provvedimento, non è dato all'amministrazione il potere di modificare,

<sup>92</sup> Cfr. TAR Basilicata, Sez. I, 3 luglio 2015, n. 370.

<sup>93</sup> Per un approfondimento del procedimento come funzione partecipata, cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative*, Milano, 1996, 61 ss.

<sup>94</sup> Art. 3, co. 1 ult. parte, della legge n. 241/1990.

<sup>95</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 30 novembre 2021, n. 7981, secondo cui: “la motivazione del provvedimento amministrativo non può essere integrata nel corso del giudizio con la specificazione di elementi di fatto, dovendo la motivazione precedere e non seguire ogni provvedimento amministrativo, individuando con ciò il fondamento dell'illegittimità della motivazione postuma nella tutela del buon andamento amministrativo e nell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario”. In senso analogo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 settembre 2017 n. 4253; Cons. Stato, Sez. V, 27 giugno 2017, n. 3136. In argomento, cfr. F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, cit., 442, per il quale “i margini di integrazione della motivazione carente, o la degradazione del vizio a mera irregolarità, devono esser ridotti esclusivamente a quei casi in cui, non controverso né controvertibile il fatto, le ragioni giuridiche sono inequivocamente desumibili dal contenuto precettivo del provvedimento (vincolato nell'*an* e nel *quid*), ancorché in esso non correttamente e compiutamente esplicitate: con esclusione quindi di casi in cui si deducono nuovi presupposti di fatto, elementi sottratti alla partecipazione procedimentale, ragionamenti diretti all'interpretazione di norme giuridiche mai ostesi, confutazione di elementi dedotti dal partecipante non contemplati

attraverso l'atto difensivo, l'oggetto del giudizio, che è infatti costituito proprio da quell'atto originariamente adottato.

E così è da ritenersi inammissibile “la formulazione di argomentazioni difensive a giustificazione del provvedimento impugnato non evincibili nemmeno implicitamente dalla sua motivazione, ciò soltanto costituendo un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, come tale non consentita in quanto non inserita nell'ambito di un procedimento amministrativo”<sup>96</sup>. In caso contrario, si vanificherebbero gli esiti dell'istruttoria procedimentale, costringendo, quindi, il privato ad adire il giudice ‘al buio’, il primo venendo a conoscenza delle ragioni della decisione solo nel corso del processo<sup>97</sup>.

Né varrebbe invocare gli esiti sananti derivanti dall'art. 21 *octies*, co. 2 della legge n. 241 del 1990, ossia la regola – ispirata alla logica più del risultato che della conformità formale – della non applicabilità della misura caducatoria, laddove si verifici una difformità dallo schema legale inidonea ad incidere sul regolamento di interessi prefigurato nel dispositivo della decisione adottata<sup>98</sup>.

Il difetto di motivazione provvedimentale, pertanto, non può essere, in alcun modo, assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo esso stesso un presidio di legalità sostanziale insostituibile, per nulla dequotabile neanche dal suddetto ragionamento ipotetico, che conserva il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti<sup>99</sup>. Si preserva, così,

---

nel corpo dell'atto, che rappresentano garanzie sostanziali il cui pieno esplicarsi è riservato alla dinamica procedimentale e non a quella irredimibile del processo”.

<sup>96</sup> Così Cons. Stato, Sez. III, 10 luglio 2015, n. 3488. Cfr. inoltre, Cons. Stato, Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 790; Cons. Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4303; Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014 n. 4770.

<sup>97</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

<sup>98</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021. Per un approfondito esame del processo di dequotazione del vizio formale, cfr. F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, 176 ss.

<sup>99</sup> Al riguardo, la Corte Cost. (ord., 26 maggio 2015, n. 92) ha rimarcato che “secondo un diffuso orientamento della giurisprudenza amministrativa, «il difetto di motivazione nel provvedimento non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della legge n. 241 del 1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti» (...)”. La giurisprudenza amministrativa, infatti, ha sovente così ribadito: “Non è sufficiente a giustificare la legittimità del provvedimento impugnato la disposizione dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. 241/1990, (...), poiché il difetto di motivazione (...) non può essere in alcun modo assimilato alla violazione di norme procedurali o ai vizi di forma, costituendo la motivazione del provvedimento il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della l. 241/1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno median-

l'indifettibilità del vincolo del giusto procedimento così come delineato, altresì, dal diritto eurounitario (in specie dagli artt. 296 TFUE e 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e rimarcato dalla Corte di Giustizia, che qualifica la stessa motivazione come “forma sostanziale” e motivo di ordine pubblico da sollevarsi d'ufficio<sup>100</sup>.

Non meno problematica si rivela l'emendabilità della motivazione affetta da perplessità decisionale, in specie qualora si tenti di rimuovere il disvalore attraverso la convalida dell'atto viziato. È necessario, così, distinguere la convalida che intervenga al di fuori del processo da quella che, invece, si inverte nel corso del giudizio.

Nel primo caso, a ben vedere, permane la rilevanza dirimente del vizio sostanziale, tale perché capace di alterare l'equilibrio raggiunto dalla decisione, donde la sua rimozione inciderebbe sulla scelta adottata, mutandola. E così, qualora il limite motivazionale rifletta un'ambiguità che genera aporie, contraddittorietà o difetto dei presupposti della scelta medesima, il vizio non potrà essere emendato. Qualora, invece, il limite motivazionale coincida con una insufficienza del portato giustificativo-formale, costituita, ad esempio, da un errato riepilogo della decisione, trattandosi di vizio meramente formale, in tal caso, non vi sarebbe ragione per non riconoscere “all'amministrazione la possibilità di tirare le fila delle stesse risultanze procedurali, munendo l'atto originario di un'argomentazione giustificativa sufficiente e lasciandone ferma l'essenza dispositiva”<sup>101</sup>. E ciò perché detta essenza esprime “la corretta sintesi ordinatoria degli interessi appresi nel procedimento”<sup>102</sup>.

Nel caso in cui, invece, la convalida intervenga nel corso del giudizio, la tesi ostativa, volta a preservare le prerogative partecipative e, quindi, il diritto ad ottenere l'annullamento del provvedimento invalido, trova limite nella possibilità, per il privato, di proporre motivi aggiunti, nel segno dei principi di effettività e di concentrazione della tutela processuale di cui all'art. 7, co. 7, c.p.a.<sup>103</sup>.

---

te il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della l. 241/1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti” (Cons. Stato, Sez. III, 7 aprile 2014 n. 1629). E sempre in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, VI, n. 3385/2021; Cons. Stato, Sez. VI, 22 settembre 2014, n. 4770; Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247; Cons. Stato, Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1808. Sull'obbligo di motivazione nell'ordinamento dell'Unione europea, cfr. C. FRANCHINI, *Il procedimento*, in *I principi dell'amministrazione europea* (di G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI), Torino, 2017, 233, il quale osserva che il principio dell'obbligo di motivazione, nel suddetto ordinamento, è annoverato tra i principi generali comuni ai procedimenti normativi e amministrativi.

<sup>100</sup> Cfr., *ex multis*, Corte di Giustizia UE, Sez. VII, 11 aprile 2013, n. 652, C-652/11.

<sup>101</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021.

<sup>102</sup> Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021.

<sup>103</sup> In argomento, cfr. B.G. MAITARELLA, *Il provvedimento*, cit., 877-878, il quale osserva che “l'oscillazione tra il profilo formale e quello sostanziale della motivazione si riflette sulla giurisprudenza in materia di integrazione successiva della motivazione: il problema si pone, in particolare,

Accanto all'ampliamento del contenuto dell'accertamento del giudicato amministrativo, l'ordinamento ha agevolato la tutela del privato, altresì, attraverso il novellato art. 10 *bis* della l. n. 241/1990, laddove la norma prevede che "(i)n caso di annullamento in giudizio del provvedimento così adottato, nell'esercitare nuovamente il suo potere l'amministrazione non può addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato". Norma, questa, che, nell'ascrivere rilevanza al c.d. "giudizio di sufficienza degli elementi informativi"<sup>104</sup>, per chiare "ragioni sistematiche (e per evitare facili aggiramenti)"<sup>105</sup>, non può non trovare applicazione, altresì, nell'ipotesi in cui, per cause motivazionali, l'amministrazione intenda convalidare una sua precedente decisione.

#### 7. *Perplexità decisionale e inosservanza del canone di buona fede: la rilevanza della funzione e l'oggettivazione del giudizio*

Si può ritenere ormai acquisita la soggezione della fattispecie procedimentale ai canoni della correttezza, della buona fede e dell'affidamento<sup>106</sup>, nel segno di un

---

con riferimento all'integrazione in corso di giudizio, operata attraverso un provvedimento di convalida di quello impugnato e volta a prevenirne l'annullamento. Fino a tempi recenti, dall'esigenza "formale" della motivazione, come parte dell'esternazione, la giurisprudenza pressoché costante faceva derivare la regola secondo la quale la motivazione deve essere contestuale all'emanazione del provvedimento, non potendo essere integrata successivamente. Nel corso dell'ultimo decennio, peraltro, si sono avute aperture della giurisprudenza, fino all'esplicita enunciazione della regola opposta, motivata tra l'altro con l'esigenza di far riferimento alla "pretesa sostanziale fatta valere dal ricorrente" piuttosto che alla legittimità formale del provvedimento". Tra i vizi emendabili con la convalida è, quindi, pacifico annoverare "la carenza o insufficienza della motivazione" (così M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit., 340).

<sup>104</sup> Così A. ZITO, *Decisione amministrativa e principio di razionalità nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, cit., 5395, il quale inoltre osserva che: "Se infatti la pubblica amministrazione non può dopo l'annullamento in sede giurisdizionale riadottare il provvedimento di diniego adducendo nuovi motivi ostativi, è evidente che a non potere essere modificato sia proprio il suddetto giudizio di sufficienza. Dunque tale giudizio ha una sua autonoma rilevanza e consistenza tale addirittura dal determinare effetti preclusivi rispetto all'adozione di un nuovo provvedimento puntuale successivo alla sentenza di annullamento del giudice" (Id., *op. ult. cit.*, 5395).

<sup>105</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021, per il quale "(l)'ammissibilità, nei limiti anzidetti, di una motivazione successiva non comporta una 'dequotazione' dell'obbligo motivazionale, sussistendo adeguati disincentivi alla sua inosservanza: sul piano individuale, perché restano ferme le ricadute negative sulla valutazione della performance del funzionario; sul piano processuale, in quanto il giudice potrà accollare (in tutto o in parte) le spese di lite all'Amministrazione che (pur non soccombente, cionondimeno) abbia con il suo comportamento dato scaturigine alla controversia".

<sup>106</sup> Sulla declinazione dei suddetti principi, cfr. G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, Milano, 2018, 315, il quale ha osservato che "il principio di buona fede ha due diverse manifesta-

processo di qualificazione unitaria delle categorie giuridiche<sup>107</sup>, che adesso trova eloquente riprova nell'art. 1, co. 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990<sup>108</sup>.

Il legislatore ha voluto così favorire l'ingresso nel corpo della funzione di regole che, proprio perché tipiche dell'agire paritetico, tendono a corroborare la tutela del privato, vincolando tutte le parti della relazione giuridica all'osservanza di canoni, che prescindono dalla natura dell'interesse tutelato.

---

zioni, come principio di non contraddizione con un precedente comportamento e come canone di correttezza non riferito ad un precedente comportamento del soggetto agente". L'Autore ha, inoltre, precisato che "per buona fede oggettiva si intende l'aspettativa a che coloro con i quali si viene a contatto si comportino secondo le regole di correttezza imposte dal principio di buona fede. Mentre, per affidamento in senso stretto si intende l'aspettativa a che il comportamento altrui sia coerente col comportamento precedente" (ID., *op. ult. cit.*, 316).

<sup>107</sup> Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Napoli, 2012, 171 ss. È stato osservato da L. TORCHIA (*Studiare il diritto amministrativo oggi*, in *La dinamica del diritto amministrativo* (a cura di L. TORCHIA), Bologna, 2017, 9) che "(a)bbandonati ormai definitivamente gli archetipi tradizionali – l'ancoraggio allo Stato, i connotati necessariamente autoritativi, la dicotomia fra pubblico e privato – ci si interroga sulla dimensione sistemica o solo strumentale del diritto amministrativo e sugli intrecci sempre più stretti e a volte di difficile decifrazione con (...) il diritto civile". Rievocando l'esperienza greca in ordine al rapporto tra la sfera pubblica e la sfera privata, B. SORDI (*Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020, 14) osserva che nel corso della suddetta esperienza "la costante interazione tra *idion* (privato) e *koinon* (comune, collettivo), in un contesto dominato dalla centralità della politica, come categoria in grado di assorbire l'intera dimensione comunitaria, e dall'assenza di una scienza giuridica in senso proprio, impedisce persino di radicare una contrapposizione tra sfera pubblica e sfera privata, che non assurgono mai al rango di distinte identità, mescolandosi continuamente in combinazioni variabili di situazioni e nozioni". Per F. LIGUORI (*La funzione amministrativa. Aspetti di una trasformazione*, Napoli, 2010, 17) a ben vedere "(l)'utilizzabilità di strumenti di diritto comune da parte dell'amministrazione pubblica è fenomeno connaturato al formarsi del sistema amministrativo e, sul finire del secolo scorso, ha assunto forme nuove ed estese nell'ambito del processo di privatizzazione della organizzazione e dell'azione amministrativa".

<sup>108</sup> *Ex art.* 1, co. 2 *bis*, della legge n. 241/1990: "I rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede". A tal fine, v. inoltre l'art. 1, co. 1 *bis*, della cit. legge n. 241/1990, secondo cui: "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente". La vigenza di tale ultima previsione ha indotto a ritenere che: "La presunzione che il diritto pubblico sia la regola e il diritto privato l'eccezione nell'agire della pubblica amministrazione non può più essere sostenuta, come il pensiero giuridico ha ampiamente acquisito e dimostrato. E il merito del comma 1-*bis* è appunto quello di aver sancito un principio (quasi) opposto: non già quello che l'attività della pubblica amministrazione si presume – salvo norma di legge contraria – di diritto privato, sebbene quello (meno radicale) che l'attività non autoritativa si presume di diritto privato (e salva sempre diversa disposizione di legge)" (G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema* (a cura di V. CERULLI IRELLI), cit., 81). Cfr., in argomento, N. PAOLANTONIO, *Articolo 1, comma 1 bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* (a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO), cit., 77 ss.

Del resto, non persuade più, e da tempo, il tentativo di assorbire il canone della buona fede nel concetto di interesse pubblico, in quanto “anche distinguendo tra norme finali, che identificano l’interesse pubblico perseguito, e norme strumentali, che disciplinano il modo per raggiungerlo (...) il rapporto che intercorre tra norma finale e norma strumentale è di complementarietà e non di contraddizione”<sup>109</sup>.

Detti canoni, infatti, proprio in virtù di una “naturale forza espansiva (...) penetrano nella parte forse più viva e tipica del regime pubblico”<sup>110</sup>, sussumendo la fattispecie procedimentale “nella logica di un rapporto obbligatorio”<sup>111</sup>, laddove “(l)’inadempimento dei relativi obblighi si traduce nella violazione di corrispondenti pretese del privato”<sup>112</sup>.

<sup>109</sup> Così G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., 315, il quale, altresì, precisa che “(l)’interesse pubblico va inteso come interesse identificato da una norma. L’interesse soggettivo della pubblica amministrazione va inteso come corpo organizzato e non una regola che valga nei rapporti giuridici che essa instaura con altri soggetti. Questi ben possono svolgersi sulla base del principio di buona fede, anche quando tali rapporti non si snodano su posizioni paritarie, anzi ancor di più nei rapporti di potestà-interesse”.

<sup>110</sup> Così G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 99. In tema, cfr. P. CHIRULLI, *Autonomia pubblica e diritto privato nell’amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005, *passim*.

<sup>111</sup> G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 99. È stato, al riguardo, osservato che “(i)l principio di buona fede come norma di comportamento (...) si può agevolmente estendere ad ogni forma di contatto sociale, che certamente non manca neppure tra la pubblica amministrazione e il destinatario del provvedimento amministrativo” (G.P. CIRILLO, *Sistema istituzionale di diritto comune*, cit., 316).

<sup>112</sup> G. NAPOLITANO, *op. ult. cit.*, 99-100. Sull’evoluzione che ha subito il rapporto diritto pubblico-diritto privato e, più in particolare, sul processo di “decostruzione dell’antinomia tra autorità e libertà”, cfr. A. ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 246 ss., per il quale: “a) La prima constatazione è che il diritto pubblico e il diritto privato appaiono non (*più*) in un rapporto di necessaria alternativa, quanto piuttosto configurano sistemi di regole tra loro “reciprocamente interscambiabili”, che talora condividono la medesima missione sul piano regolatorio, ma espongono modalità operative e una dinamica effettuale rilevantemente diverse. (...) b) La diade autorità-libertà appare insufficiente a esprimere compiutamente il senso della distinzione tra norme e interessi pubblici e privati. La stessa nozione di “autorità” (...) non arricchisce il bagaglio espressivo del giurista quando si confonde e semanticamente si sovrappone all’imperatività ovvero all’inderogabilità. Al contrario, la norma imperativa è suscettibile d’essere apprezzata diversamente – si parla allora di regola condizionale a confronto di quella finalistica –, a seconda che faccia (*o non*) prevalere sul regolamento di interessi privati un interesse pubblico eminente ovvero si limiti a realizzare le condizioni d’esercizio dell’iniziativa economica e della libertà contrattuale. Per altro verso, il paradigma concorrenziale smentisce l’idea dell’autonomia privata intesa nei termini di norme attributive e ricognitive d’un interesse finale, e quindi d’una *libertà*, consegnato integralmente alla valutazione dell’attore del mercato. Basti considerare che la nozione e l’interesse concorrenziale protetto postulano il realizzarsi d’un fine esterno al rapporto contrattuale singolarmente considerato (e che può declinarsi, a seconda delle opzioni giuspolitiche e dei contesti economici, nei termini della tutela di piccoli produttori indipendenti, della tutela dei consumatori, del favorire e promuovere il dinamismo concorrenziale). c) La parità quale elemento ontologicamente costi-

La perplessità decisionale, ancor prima che riflettere un cattivo uso del potere, esprime un agire contrario al vincolo di correttezza, in quanto, impedendo al destinatario della decisione di comprendere il tipo di potere esercitato, tradisce quel “rapporto di reciproco affidamento”<sup>113</sup>, che caratterizza la relazione che si instaura, anche nel procedimento, tra l’amministrazione e il cittadino.

Un agire, questo, che si rivela contrario al vincolo della buona fede, poiché in alcun modo volto ad assicurare al privato una decisione chiara, comprensibile e, quindi, intelligibile. L’amministrazione, infatti, non assicurando univocità decisionale, viola quel principio di giustizia superiore che impone alle parti di assicurare la dovuta solidarietà, alla cui stregua l’una deve tener conto dell’interesse e, quindi, della pretesa dell’altra<sup>114</sup>.

E del pari violato risulta l’obbligo di diligenza, da intendersi “come criterio fondamentale di determinazione della prestazione obbligatoria e, insieme, come criterio di responsabilità”<sup>115</sup>.

---

tutivo dei rapporti di diritto privato è oggi largamente revocata in dubbio. Si registra, al riguardo, una duplice e opposta traiettoria evolutiva, di cui i segmenti essenziali sono, da un lato, la tendenza del diritto amministrativo contemporaneo a configurarsi come diritto dell’uguaglianza; dall’altro, la produzione di regole di diritto privato pensate per riequilibrare i rapporti giuridici che evidenziano una strutturale disparità di potere contrattuale. Nel porre rimedio alle asimmetrie informative o relazionali e correggere gli abusi dell’autonomia privata, la norma imperativa ristabilisce quell’assetto paritario che si predica(va) connaturato al diritto privato. La parità non è dunque, *a priori* rispetto alla fattispecie e poi alla disciplina del rapporto, ma un risultato cui bisogna tendere per assicurare l’efficiente funzionamento del mercato. Essa è frutto d’una *valutazione* e poi d’una correzione procedurale (...) che convoglia e argina l’esercizio del potere privato (...).”

<sup>113</sup> F. CARUSI, *Correttezza (Obblighi di)*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, 710. Cfr., inoltre, K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, München u. Berlin, 1953, 79. In argomento, cfr. F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 211 ss.

<sup>114</sup> Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3 Il contratto*, Milano, 1998, 493. In argomento, cfr. ID., *La nozione di buona fede quale regola di regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 205 ss.; F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea (atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese), Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001* (a cura di L. GAROFALO), Vol. III, Padova, 2003, 471 ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 235-236, secondo cui “il principio di correttezza e buona fede (...) espressione del dovere di solidarietà fondato sull’art. 2 Cost., impone a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, se ciò comporti un apprezzabile sacrificio dell’interesse proprio, e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico di entrambe, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge”.

<sup>115</sup> C.M. BIANCA, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2018, 279-280, il quale inoltre osserva che: “Come criterio di responsabilità la diligenza indica lo sforzo che il debitore deve impiegare per evitare l’inadempimento o l’inesattezza dell’adempimento. Come criterio di determinazione della prestazione la diligenza indica il modello di precisione e di abilità tecnica cui il comportamento dovuto deve conformarsi” (ID., *op. ult. cit.*, 280).

L'osservanza di detti canoni, dotando il giudizio amministrativo di "parametri che sono neutri rispetto agli interessi delle parti in gioco"<sup>116</sup>, attenua, altresì, l'indeterminatezza che segna il vizio della funzione, ossia quell'eccesso di potere che, non avendo "un significato pregnante (...) assume il proprio parametro altrove: né nella norma attributiva del potere, né nell'interesse pubblico genericamente inteso, ma in standard di comportamento con cui confrontare la decisione assunta nel caso concreto"<sup>117</sup>.

Risulta, in tal guisa, rilevante non solo il fine perseguito, quanto, altresì, le modalità del suo perseguimento, attraverso la cogenza di vincoli che attenuano la prevalenza dell'autorità sulla libertà, nel segno quindi di una funzione che, sebbene vincolata nel fine, deve essere volta a tutelare e non a prevaricare<sup>118</sup>.

L'agire amministrativo si rivela così "sintesi dei valori pubblici e privati propri dell'ordinamento (...) in grado di assicurare i diritti e i bisogni della persona, ma anche il suo intimo spirito relazionale, il suo essere parte di una comunità, con le sue regole di solidarietà e di convivenza democratica"<sup>119</sup>.

Tutto questo corrobora, altresì, la sostanziale terzietà del sindacato giurisdizionale e, quindi l'indipendenza del giudice, ancorando la sussistenza del vizio alla violazione diretta di un parametro, in tal modo, scongiurando il rischio

<sup>116</sup> Cfr. G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, cit., 173. Sull'indefettibilità dell'eccesso di potere, cfr. G. GRECO, *L'azione amministrativa secondo il diritto privato: i principi*, cit., 79, secondo il quale: "per quanto acrobazie dialettiche si facciano, anche valorizzando al massimo la buona fede nei rapporti tra privati, in nessun caso è traducibile in istituti privatistici la patologia dell'eccesso di potere e l'ampio sindacato che esso garantisce nel diritto pubblico all'azione amministrativa". Sulle criticità dell'eccesso di potere, cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie tra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, V, 378, il quale osserva che il sindacato che riguarda l'eccesso di potere "seppur penetrante, è quanto di meno comprensibile, anche agli addetti ai lavori".

<sup>117</sup> Cfr. G. SIGISMONDI, *op. ult. cit.*, 174-175. Per l'Autore "il riferimento all'interesse pubblico genericamente inteso, che dovrebbe asseritamente costituire la misura sulla cui base valutare l'irragionevole uso della discrezionalità amministrativa, infatti, nell'ambito del sindacato svolge una funzione esclusivamente formale (...) (Id., *op. ult. cit.*, 174). Secondo S. CASSESE (*Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 1997, 317) "il ricorso a "standards" ha le sue radici in una tradizione che antepone la pratica alle regole determinate con legge ed accomuna amministrazioni dette a diritto amministrativo e amministrazioni dette a diritto comune, nonché diritto pubblico e diritto privato (si pensi solo alla buona fede)". In tema, cfr. F.G. SCOCA, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, cit., 471 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, 60, secondo cui: "calibrare la tutela giurisdizionale sull'interesse pubblico significa fare entrare l'amministrazione nel processo come autorità, e quindi snaturare il valore stesso della funzione giurisdizionale".

<sup>118</sup> Resta attuale il monito di M.S. GIANNINI (*Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 254), il quale, in relazione al rapporto dialettico autorità-libertà, precisa che "la prima, affermandosi, limita la seconda, che si riespande recedendo l'altra". L'Autore, del pari, ritiene che "vi è un elemento di mediazione tra i due termini del "rapporto dialettico", che è costituito dal procedimento" (*Ibidem*).

<sup>119</sup> B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, cit., 18.

di un giudizio permeato di sola imparzialità<sup>120</sup>. Il giudizio sull'atto si proietta, così, verso una maggiore oggettivazione, attenuandosi l'ontologica 'non indifferenza' del giudizio stesso rispetto alla natura dell'interesse pubblico tutelato.

#### 8. *Intelligibilità del potere e certezza del diritto*

L'intelligibilità del potere, affinché non resti mera aspirazione, se non utopia, deve necessariamente postulare l'intelligibilità della legge, poiché se proprio "la legge si presta a mille malintesi, o se comunque essa riceve in sorte un'esistenza per così dire clandestina (giacché i più la ignorano del tutto), l'asse della lotta politica si sposta fatalmente dall'approvazione all'applicazione della legge, e quest'ultima si trasforma (...) nella continuazione della politica con l'impiego di altri mezzi"<sup>121</sup>.

<sup>120</sup> Sulla differenza che intercorre tra imparzialità e indipendenza, predicato l'una della funzione e l'altra dell'ufficio, cfr. U. POTOTSCHNIG, *Il giudice interessato non è indipendente*, in ID., *Scritti scelti*, Padova, 1999, 146, per il quale: "Indubbiamente tra imparzialità e indipendenza del giudice nessuna equazione è possibile. L'imparzialità è regola che concerne la funzione, mentre l'indipendenza attiene all'ufficio. Ciò spiega perché il difetto di imparzialità non è rilevabile, di regola, che nel concreto esercizio del potere e cioè soltanto dopo l'instaurazione del rapporto giuridico processuale: prima di tale momento non si conoscono ancora né le parti né l'oggetto del giudizio, sicché nessuna parzialità del giudice rispetto alla controversia può sussistere, né, tanto meno, essere denunciata. L'indipendenza, al contrario, proprio perché attiene all'ufficio, è requisito richiesto al giudice prima ancora e indipendentemente dalla instaurazione di fronte a lui di un qualunque rapporto processuale; nel prescrivere l'indipendenza, la norma costituzionale intende soltanto precostituire un giudice che, quando fosse chiamato a conoscere di una qualunque controversia tra quelle affidate alla sua competenza, sia in grado di decidere sciolto da legami o vincoli di qualunque genere. Tale situazione certamente non ricorre quando tra il giudice precostituito dalla legge e le controversie che possono essere portate dinnanzi a lui sussista una certa qual relazione, che non gli consente di essere, di fronte ad esse, in posizione indipendente, perché a quelle controversie egli stesso è comunque "interessato". Contrasta dunque col principio della indipendenza non la figura del giudice parziale, ma quella del giudice la cui posizione sia istituzionalmente interessata". Sulla differenza tra amministrazione e giurisdizione rispetto, altresì, all'esercizio di poteri "neutrali", cfr. A.M. SANDULLI *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Napoli, 1990, 264-265, il quale chiarisce che "(u)na "neutralità" di tipo particolare si incontra anche nel campo dell'azione della pubblica Amministrazione. È quella che caratterizza talune decisioni "contenziose" di autorità amministrative. (...) Si tratta nondimeno di neutralità "impropria", in quanto "particolare". Qui non viene in questione una neutralità in senso assoluto, bensì una neutralità, la quale è tale se si esaurisce nell'ambito della pubblica Amministrazione (di volta in volta di un singolo settore della pubblica Amministrazione o dell'ordinamento unitario della pubblica Amministrazione): dell'osservanza di essa l'autorità decidente non "risponde" infatti se non nell'ordine amministrativo".

<sup>121</sup> Cfr. M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2007, 181. Sul rapporto fra la legge e il provvedimento amministrativo nello Stato di diritto, cfr. S. PERONGINI, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, cit., 138.

L'agire amministrativo è, da tempo, succube di un profluvio disordinato di norme, la cui continua e caotica produzione, simile ad “un sacco d'ossa buttate alla rinfusa”<sup>122</sup>, è orientata non già a perseguire il fine da tutelare bensì al desiderio di ingenerare nel cittadino la convinzione che, proprio attraverso quella ennesima norma, il fine venga perseguito.

Decodificando l'ordinamento, si è favorito il formarsi di ambiti separati di regole ovvero “micro-sistemi normativi logicamente autonomi”<sup>123</sup>, laddove la società, confusa da una incessante pletora di norme, risulta sempre più conformata da provvedimenti colmi di asserzioni “vaghe, equivoche ed ambigue”<sup>124</sup>.

Una perdurante patologia, questa, generata dal più ampio e complesso processo di trasformazione che ha investito la società e, quindi, inevitabilmente, il diritto, da intendersi quale sistema di regole che, dominando il comportamento umano, ne diventa suo ordinamento<sup>125</sup>.

La comprensione del diritto, del resto, è un tratto individualmente e socialmente irrinunciabile, giacché solo attraverso “una chiara comprensione”<sup>126</sup> dei rapporti che legano le norme di un ordinamento “si può intendere la natura del diritto”<sup>127</sup>, il quale “non è una regola, come talvolta si dice” ma “un complesso di regole aventi quel genere di unità che concepiamo come un sistema”<sup>128</sup>.

Ed è proprio in tal contesto di persistenti cambiamenti che matura la crisi del diritto e la sua incertezza, riflesso di un progressivo mutamento che, a sua volta, ha determinato la crisi della struttura dei vecchi sistemi giuridici, interessati da un continuo mutamento tecnologico, economico e politico<sup>129</sup>. Di qui, il propagarsi

<sup>122</sup> S. CASSESE, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 324, nt. 24.

<sup>123</sup> P.B. HELZEL, *L'incerta certezza del diritto e la sua crisi*, in *Certezza e trasparenza tra diritto ed economia* (a cura di J. A. RAMOS VAZQUEZ, C. FAVA), Milanofiori Assago, 2017, 32. Sulla crisi della codificazione, cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1989, *passim*.

<sup>124</sup> C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/1997, 101. Osserva L. TORCHIA (*Introduzione. La lentissima modernizzazione*, in *Il sistema amministrativo italiano* (a cura di L. TORCHIA), Bologna, 2009, 8) che gli stessi studi sull'amministrazione pubblica sono “in genere polarizzati fra l'analisi giuridica, volta a svalutare tutto ciò che non sia veicolato attraverso una norma, e l'analisi organizzativa, che troppo spesso vede, invece, il diritto nel quale l'amministrazione è immersa come un ostacolo alla comprensione del “reale” e alla stessa funzionalità delle organizzazioni pubbliche”.

<sup>125</sup> Secondo H. KELSEN (*Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2000, 3) il “diritto è un ‘ordinamento del comportamento umano’. Un “ordinamento” è un sistema di regole”.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> *Ibidem*.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> L. GALANTINI, M. PALMARO, *Relativismo giuridico*, Milano, 2011, 63. Per L. TORCHIA (*Introduzione. La lentissima modernizzazione*, cit., 20) i fattori di innovazione che maggiormente hanno inciso sul sistema amministrativo italiano “sono stati soprattutto esogeni – l'integrazione europea, la trasformazione del sistema politico, l'accresciuta esigenza di servizi – piuttosto che endogeni e hanno trovato un differente grado di radicamento e di sviluppo nelle diverse componenti del

di una incertezza che, investendo l'ordinamento, contamina altresì l'azione amministrativa, la quale, vulnerata da continui mutamenti di sistema, provvede non sempre lungi da aporie, ambiguità ed incertezze<sup>130</sup>.

Si assiste, così, all'inverarsi di una perplessità decisionale esito di scelte sovente inidonee ad assicurare provvedimenti univoci, intellegibili, non affetti, quindi, da quella indecidibilità, che impedisce di trarre dall'atto un significato che non sia ambiguo, irrazionale o incoerente<sup>131</sup>.

Tutto questo non solo acuisce la crisi del principio di legalità<sup>132</sup>, quanto configge

---

sistema". Secondo C. FRANCHINI (*La disciplina pubblica dell'economia tra diritto nazionale diritto europeo e diritto globale*, Napoli, 2020, 61), lo Stato "produce norme che talvolta si contrappongono a quelle europee (...) La situazione che si è creata è frutto di una causa interna, di carattere specifico, e di una causa esterna, di natura generale, all'ordinamento italiano. La prima è la riduzione della fiducia nei pubblici poteri. (...) La seconda è la globalizzazione dell'economia e del diritto". Cfr., in argomento, I.M. MARINO, *Diritto, Amministrazione, Globalizzazione*, in *Cittadini, imprese e pubbliche funzioni* (a cura di A. BARONE), Bari, 2018, 58; D. TURPIN, *Les libertés publiques sous la V<sup>e</sup> République*, in *Rev. Droit Public et de la science politique en France et a l'étranger*, 1998, 1838.

<sup>130</sup> Per un'approfondita analisi della 'certezza del diritto' nell'ambito del 'diritto del rischio', cfr. A. BARONE, *L'Amministrazione del rischio*, cit., 120, il quale rileva che: "Nel diritto del rischio (...) la certezza del diritto può essere ricollegata alla "certezza dell'azione", intesa sia come obbligo di adozione di misure preventive e precauzionali che come obbligo di valutazione e di intervento di fronte a nuove informazioni scientifiche. Siffatta certezza dell'azione coinvolge pubbliche amministrazioni e imprese". Secondo l'Autore "(l)'a "riflessività delle pubbliche amministrazioni, obbligate a rivedere continuamente le proprie statuizioni, non può essere considerata lesiva dei principi di certezza del diritto e di legittimo affidamento" (Id., *op. ult. cit.*, 117).

<sup>131</sup> Cfr. M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, cit., 144 ss. L'Autore, in ordine al significato da ascrivere alle nozioni di ambiguità, irrazionalità e incoerenza della regola giuridica osserva che "(l)'ambiguità genera (...) un corto circuito del linguaggio, una distorsione fra il suono delle parole e il significato che esse assumono; e in questo senso il tarlo dell'ambiguità morde ben più a fondo dell'indeterminatezza. La frase indeterminata esprime un significato generico, non circostanziato (...), ma il significato c'è, ed è pur sempre uno; la frase ambigua (...) viceversa esprime simultaneamente più significati, oppure non ne esprime nessuno. A sua volta, l'ambiguità fa capolino nei discorsi sotto varie foggie: i linguisti distinguono fra ambiguità lessicali, funzionali, morfologiche sintattiche" (Id., *op. ult. cit.*, 144-145). Secondo l'Autore nel caso dell'irrazionalità, che postula un contrasto con la logica o una pretesa impossibile da soddisfare, il "contenuto della regola giuridica a prima vista è chiaro; ma si trasforma subito in un vero rompicapo non appena essa venga posta in relazione con la situazione di fatto su cui vorrebbe incidere, o altrimenti se la regola medesima sia letta congiuntamente a un'altra regola giuridica" (Id., *op. ult. cit.*, 148). Infine, per quanto concerne l'incoerenza, l'Autore osserva che la coerenza della regola giuridica sia da rinvenirsi "nella sua coesione, nel rapporto che s'instaura tra le finalità da cui muove una legge e gli strumenti che essa spende per raggiungerle" (Id., *op. ult. cit.*, 153). In relazione all'uso di espressioni vaghe nel linguaggio giuridico, cfr. C. PERELMAN, *Essai de synthèse*, in *Les notions à contenu variable en droit* (a cura di C. PERELMAN e R. VANDER ELST), Bruxelles, 1984, 363 ss.

<sup>132</sup> Sulla crisi del principio di legalità, cfr. M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in *Principio di legalità ed amministrazione di risultato* (a cura di M. IMMORDINO e A. POLICE), Giappichelli, Torino 2004, 16, per la quale detta crisi "trova le ragioni più prossime nella crescente europeizzazione ed internalizzazione del diritto amministrativo, nell'ipertrofia normativa,

con i noti vincoli dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, minando, altresì, la certezza del diritto<sup>133</sup>, il cui compiuto significato non può non includere, oltre alla stabilità, all'efficacia ed all'osservanza delle regole, altresì, l'accessibilità del cittadino alle prescrizioni del potere, l'effettiva comprensione delle scelte amministrative e, quindi, l'univocità delle decisioni.

Se così non fosse, quindi, se l'univocità decisionale non costituisse un tratto indefettibile del potere, il "diritto, terraferma salda e indiscussa fonte di certezza"<sup>134</sup>, si frantumerebbe, trasformandosi in "un arcipelago"<sup>135</sup>, che riserva "all'interprete, al giudice, al cittadino il gravoso compito di muoversi tra le isole che lo compongono"<sup>136</sup>.

---

nella cattiva qualità delle leggi, che degenera, sempre più spesso, nella loro oscurità, con effetti devastanti sul piano della conoscibilità e, quindi, della effettività del diritto stesso, nella crescente provvedimentalizzazione della legge, nel ricorso, sempre più frequente, alle c.d. leggi *omnibus* o alle leggi manifesto, nella crescita vertiginosa della legislazione speciale, nella sistematica violazione del principio della separazione dei poteri, per indicarne soltanto alcune".

<sup>133</sup> In argomento, cfr. M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 16 ss.; ID., *Codificazione, semplificazione, qualità delle regole e certezza del diritto*, in *www.giustamm.it*; F. LOPEZ DE ONATE, *Certezza del diritto*, trad. it., Milano, 1968, 38.

<sup>134</sup> A. ABIGNENTE, *L'incerto ed il possibile: lo spazio dell'argomentazione giuridica*, in *Filosofia politica del diritto. Scritti in onore di Francesco M. De Sanctis* (a cura di G.M. LABRIOLA), Napoli, 2014 194.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> *Ibidem*.

### Abstract

Nel novero dei principi che regolano le relazioni giuridiche si è soliti sussumere, altresì, il vincolo della chiarezza, in virtù del quale la parte deve poter comprendere, agevolmente, l'altrui volontà così da poterne calcolare e misurare gli effetti.

La chiarezza non esprime una qualità intrinseca dell'atto bensì riflette l'assenza dell'equivoco, quindi, del conflitto, cosicché gli effetti dell'atto stesso coincidano con ciò che il destinatario ragionevolmente intende. E ciò deve avvenire nel segno del buon andamento e della buona fede, che impongono all'amministrazione, altresì, di operare in modo chiaro e lineare, onde fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto se da esse possano derivare conseguenze lesive.

Un paradigma, questo, che ormai permea la funzione tutta, esso trovando infatti sintesi nell'ordinamento, per il quale i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede.

La perplessità decisionale, pertanto, rende oscuro il contenuto del provvedimento, il quale, così, risulta inidoneo a palesare ovvero a rendere intellegibile il tipo di potere che l'amministrazione ha scelto di espletare.

Tutto questo non solo acuisce la crisi del principio di legalità, quanto confligge con i noti vincoli dell'imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, minando, altresì, la certezza del diritto, il cui significato non può non includere, oltre alla stabilità, all'efficacia ed all'osservanza delle regole, altresì, l'accessibilità del cittadino alle prescrizioni del potere, l'effettiva comprensione delle scelte amministrative e, quindi, l'univocità delle decisioni.

#### Decision-making perplexity and intelligibility of power

In the list of principles governing legal relations, it is customary to subsume, also, the constraint of clarity, by virtue of which the party must be able to understand, easily, the will of others so as to be able to calculate and measure its effects.

Clarity does not express an intrinsic quality of the act but reflects the absence of the misunderstanding, therefore, of the conflict, so that the effects of the act itself coincide with what the addressee reasonably intends. And this must be done in the name of good performance and good faith, which also require the administration to operate in a clear and linear way, in order to provide citizens with certain and safe rules of conduct, especially if they may have harmful consequences.

This is a paradigm that now permeates the entire function, finding in fact synthesis in the system, for which the relations between the citizen and the public administration are marked by the principles of collaboration and good faith.

The decision-making perplexity, therefore, obscures the content of the measure, which, thus, is unsuitable to reveal or to make intelligible the type of power that the administration has chosen to carry out.

All this not only exacerbates the crisis of the principle of legality, but also conflicts with the well-known constraints of impartiality and good performance of the administration, also undermining the certainty of the law, the meaning of which cannot fail to include, in addition to stability, effectiveness and observance of the rules, also the accessibility of the citizen to the prescriptions of power, the effective understanding of administrative choices and, hence, the unambiguity of decisions.