

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*



Unione europea
Fondo sociale europeo



REGIONE AUTONOMA
DELLA SARDEGNA



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della
comunicazione pubblica

Ciclo XXVII

TITOLO TESI

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*

Settore scientifico disciplinare di afferenza

IUS 10 – DIRITTO AMMINISTRATIVO

Presentata da:	Nicola Ibba
Coordinatore Dottorato	Prof. Felice Ancora
Relatore	Prof. Andrea Pubusa

Esame finale anno accademico 2013 – 2014

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*

La presente tesi è stata prodotta durante la frequenza del corso di dottorato in Diritto dell'attività amministrativa informatizzata e della comunicazione pubblica dell'Università degli Studi di Cagliari, a.a. 2011-2014 - XXVI ciclo, con il supporto di una borsa di studio finanziata con le risorse del P.O.R. SARDEGNA F.S.E. 2007-2013 - Obiettivo competitività regionale e occupazione, Asse IV Capitale umano, Linea di Attività 1.3.1 "Finanziamento di corsi di dottorato finalizzati alla formazione di capitale umano altamente specializzato, in particolare per i settori dell'ICT, delle nanotecnologie e delle biotecnologie, dell'energia e dello sviluppo sostenibile, dell'agroalimentare e dei materiali tradizionali".

Nicola Ibba gratefully acknowledges Sardinia Regional Government for the financial support of her PhD scholarship (P.O.R. Sardegna F.S.E. Operational Programme of the Autonomous Region of Sardinia, European Social Fund 2007-2013 - Axis IV Human Resources, Objective 1.3, Line of Activity 1.3.1.)".

INDICE

<i>Introduzione</i>	pag. 5
Cap. I <i>L'invalidità del provvedimento amministrativo</i>	
I.1 Breve classificazione dell'invalidità del provvedimento	pag. 8
I.2 (segue) ... I vizi di merito o di opportunità	pag. 12
I.3 (segue) ... L'irregolarità dell'atto amministrativo	pag. 14
I.4 (segue) ... La nullità del provvedimento	pag. 16
I.5 (segue) ... L'inesistenza	pag. 20
I.6 L'eccesso di potere dagli albori ai giorni nostri	pag. 22
I.7 Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere e la loro evoluzione	pag. 29
I.8 La motivazione del provvedimento e l'eccesso di potere	pag. 34
I.9 L'eccesso di potere ed i principi generali dell'ordinamento, il caso dell'apertura in seduta riservata delle offerte tecniche all'attenzione della Plenaria n. 13/2011	pag. 38
I.10 (segue) ... Il principio di trasparenza amministrativa	pag. 47
I.11 Il caso del 'subappalto necessario'	pag. 51
Cap. II <i>L'eccesso di potere ed il rapporto con le nuove tecnologie</i>	
II.1 L'impugnabilità di un 'Tweet'	pag. 62
II.2 L'istruttoria 2.0, l'utilizzo delle informazioni presenti su Facebook ai fini della verifica dell'idoneità alla detenzione del porto d'armi	pag. 69

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*

II.3 (segue) breve analisi del principio di proporzionalità	pag. 78
II.4 Le sanzioni disciplinari ai tempi di Facebook	pag. 83
II.5 Il caso Tortosa, uno spunto di riflessione	pag. 85
II.6 L'utilizzo di programmi quali google earth da parte dell'amministrazione	pag. 93
II.7 La giurisprudenza pone rimedio alle lacune procedurali. Il difetto di istruttoria derivante dall'uso di google maps	pag. 99
II.8 (segue) ... Il codice dell'amministrazione digitale, considerazioni generali in tema di <i>digital divide</i>	pag. 109

Cap. III *Conclusioni*

III.1 Considerazioni conclusive	pag. 118
III.2 Prospettive per una analisi più complessiva dell'istruttoria	pag. 121
<i>Bibliografia</i>	pag. 123

INTRODUZIONE

Il provvedimento amministrativo presenta diverse forme di invalidità o, come è stato definito da autorevole dottrina, anormalità¹.

All'interno di tale lavoro ci si concentrerà prevalentemente sull'eccesso di potere² e sull'evoluzione dello stesso sia in dottrina³ che in giurisprudenza⁴, per quanto l'analisi su tale argomento sia particolarmente complessa e non può certamente avere pretese di esaustività.

Si è scelto di effettuare una breve introduzione, seppur parte della dottrina la ritenga non sempre necessaria⁵, descrivendo il quadro normativo di riferimento

-
- 1 Per un approfondimento del tema dell'anormalità del provvedimento amministrativo si veda M.S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo III,1 l'attività amministrativa*, Milano, 1967, p. 171 ss.
 - 2 Un importante contributo allo studio dell'eccesso di potere è stato fornito da A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976.
 - 3 A proposito del ruolo rivestito sia dal *Conseil d'Etat* che dal Consiglio di Stato nel nostro ordinamento, E. CARDI, S. COGNETTI, in *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, Dig. it./Disc. Pubbl., V, Torino, 1990, p. 343, hanno affermato che questi organismi “sono chiamati ad applicare una legalità che non promana solo dalla legge, ma dalla loro stessa opera di creazione e di costante conformazione del diritto amministrativo”. Sul punto si segnala che la tendenza sopra evidenziata ha trovato piena esplicazione nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 28 luglio 2011, nella quale il Supremo Consesso ha affermato il principio secondo cui nelle procedure ad evidenza pubbliche si debba procedere in seduta pubblica all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche affinché tutti i documenti trovino correttamente ingresso nella procedura. Tale orientamento giurisprudenziale è stato poi seguito dal Legislatore il quale ha novellato l'art. 120, secondo comma, del D.P.R. n. 207/2010 (Regolamentano Appalti) disponendo che “La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti”.
 - 4 G. DE CESARE, *Problematica dell'eccesso di potere, l'eccesso di potere e la giurisprudenza del consiglio di stato*, Padova, 1967, p. 5 ss. effettua una attenta ricostruzione delle origini dell'eccesso di potere, pervenendo a ritenere che la nozione di eccesso di potere “si sia delineata in Francia nel periodo rivoluzionario, come una delle prime applicazioni concrete del principio della divisione dei poteri formulato da Montesquieu”. A. AZZENA, *op. cit.*, p. 17 ss, delinea approfonditamente le origini dell'eccesso di potere, ricordando i due principali indirizzi formati agli inizi del 900, secondo cui, per un verso, l'eccesso di potere avrebbe costituito un vizio comprendente sia lo sviamento che altre figure di creazione giurisprudenziale, e per l'altro si sarebbe trattato di un vizio non nuovo all'interno dell'ordinamento tendente ad indicare lo straripamento o l'assoluta mancanza di potestà del provvedimento.
 - 5 P. M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, p. 90 ss. ritiene che “molto frequentemente le trattazioni in materia di eccesso di potere iniziano con una disamina del vizio dal punto di vista storico (5), anche se non è mancato chi ha posto in

e l'origine dei vizi del provvedimento amministrativo.

Volgere maggiormente l'attenzione all'eccesso di potere significherebbe studiarne l'evoluzione⁶ anche alla luce dell'influenza dei principi generali sia del nostro ordinamento⁷ che di quello comunitario⁸.

dubbio l'utilità del metodo storicistico, sottolineando come l'evoluzione del vizio di eccesso di potere non è stata segnata sempre da logica e linearità(6)".

- 6 A proposito dell'espressione eccesso di potere la dottrina ha autorevolmente affermato che “*nei testi legislativi meno recenti e nella stessa legge istitutiva della giurisdizione amministrativa del Consiglio di Stato (l. 31-3-1889, n. 5992) l'espressione 'eccesso di potere' veniva usata nel senso di straripamento di potere e, cioè di incompetenza assoluta. L'impiego dell'espressione nel senso oggi diventato usuale (da considerare ormai recepito anche dall'art. 26, 1° comma, t.u. Cons. di Stato) -senso che, secondo la terminologia originaria, avrebbe dovuto esser compreso nella 'violazione di legge'- è principalmente dovuto alla elaborazione giurisprudenziale del Consiglio di Stato, la quale, sotto la suggestione di uno scritto di A. Codacci-Pisanelli del 1892 animato da intenti liberali, e ispirandosi al concetto di détournement de pouvoir della giurisprudenza francese (cui corrisponde il nostro sviamento di potere), ne venne gradatamente determinando le applicazioni ed elaborando la nozione, discostandosi dal significato originario dell'espressione*”, in tal senso A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo, Settima edizione*, Napoli, 1962, p. 360.
- 7 B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo generale*, Milano, 2000, p. 869, con riferimento all'evoluzione giurisprudenziale che ha portato all'elaborazione dei principi generali in tema di pubblica amministrazione l'autore ha precisato che la “*giurisprudenza amministrativa, è stata un continuo processo di affinamento del sindacato sulle scelte dell'amministrazione, al di là delle prescrizioni normative*”. Lo stesso autore, peraltro, ricorda altresì che “*il Consiglio di Stato cominciò a imporre alle pubbliche amministrazioni il rispetto non solo delle norme scritte, ma anche dei principi e regole generali, elaborati dallo stesso giudice, tendenti ad assicurare logicità e la ragionevolezza dell'azione amministrativa e a favorire l'effettiva realizzazione dell'interesse pubblico*”.
- 8 Sul punto non si può che richiamare l'importante modifica della legge n. 241/1990 ad opera della legge n. 15/2005, la quale ha introdotto, tra i principi cui si deve informare l'azione amministrativa, anche i principi dell'ordinamento comunitario. La dottrina sul punto ha evidenziato che “*l'art. 1 riassume il percorso storico di arricchimento, nel contesto del diritto 'globale', che ha subito il procedimento amministrativo. Sia sul piano formale che sostanziale. L'articolo infatti dichiara che il disposto legislativo abbraccia l'intero arco dell'attività amministrativa, comprendendo qualsiasi attività o non attività, se significativa, e non riducendosi al solo ambito provvedimentale*” così C. TACCOLA, *Semplificare, accelerare, tutelare Un'analisi storica delle tendenze del procedimento e del processo amministrativo*, Milano, 2012, p. 158. Si veda anche A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. CHITI E G. GRECO, Milano, 1997, p. 431 ss. Cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 10, con riferimento all'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale osserva che “*il diritto amministrativo comunitario costituisce un ordine che si sovrappone a quello statale, stabilendo principi ai quali quest'ultimo deve attenersi: si va dai principi fissati con norme (ad esempio, <<chi inquina paga>>), che operano su norme nazionali, a quelli fissati in sede amministrativa, che agiscono sulle amministrazioni nazionali, Vi è, quindi, un parallelismo legislazione (comunitaria-nazionale)- amministrazione (comunitaria-nazionale), accanto all'innesto legislazione comunitaria-amministrazione nazionale*”.

L'influenza dei principi del diritto comunitario,⁹ come si avrà modo di approfondire, deriva altresì dalle modifiche apportate all'art 1 della legge n. 241/1990 ad opera della legge n. 15/2005, la quale ha previsto che l'attività amministrativa debba informarsi direttamente anche ai principi dell'ordinamento comunitario¹⁰.

Inoltre, assoluto rilievo assumerà l'influenza delle nuove tecnologie nel rapporto tra la pubblica amministrazione e cittadino, oltre che ovviamente nella fase istruttoria.

È innegabile, difatti, che l'avvento dell'informatica pubblica¹¹ ha cambiato, e cambierà sempre più con il passare degli anni, il procedimento amministrativo e le conseguenti patologie del provvedimento amministrativo¹².

L'analisi e le conclusioni cui si giungerà nel presente lavoro non possono certamente essere scollegate da valutazioni di ordine generale sull'evoluzione dell'amministrazione stessa e si ritiene che possa essere utile effettuare una sommaria classificazione dei principali errori commessi dalle amministrazioni nel loro rapporto con i cittadini e nell'impiego delle nuove tecnologie.

9 Si veda in proposito E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 8 ss., il quale analizza brevemente gli aspetti del *diritto amministrativo comunitario*, del *diritto amministrativo europeo* e del *diritto amministrativo italiano nella prospettiva comunitaria*.

10 V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità, Profili ricostruttivi tra attività e processo*, Torino, 2012, p. 1 ss, analizza approfonditamente i principi generali che reggono l'attività amministrativa, dedicando particolare attenzione al principio di proporzionalità, e al percorso che determina l'elaborazione dei principi dell'ordinamento comunitario.

11 Per una introduzione al tema dell'informatizzazione della pubblica amministrazione si veda la relazione di G. DUNI, *Nuove tecniche e nuove procedure dell'attività amministrativa. La teleamministrazione*, in ASSOCIAZIONE TELEAMMINISTRAZIONE ABAKOS S.A.S. (a cura di), *Per una nuova amministrazione pubblica, Atti del Convegno svoltosi a Cagliari il 17 e 18 dicembre 1993*, Cagliari, 1995, p. 25 ss., il quale analizza le principali problematiche derivanti dall'impiego degli strumenti informatici all'interno dell'amministrazione.

Cfr. altresì A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, e G. DUNI, *L'amministrazione digitale, Il Diritto Amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, 2008.

12 S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006, p. 167 ss. analizza quelle che potrebbero essere considerate nuove figure sintomatiche dell'eccesso di potere derivanti dall'utilizzo delle tecnologie informatiche che vengono così classificate: "violazione del principio di autodeterminazione del cittadini (in ordine ai mezzi espressivi utilizzabili, nell'ambito del rapporto procedimentale); violazione dei doveri di assicurare'; deontastualizzazione della fase istruttoria; incongruità dei tempi procedimentali telematici; sproporzionalità o inidoneità della decisione informatica rispetto allo scopo; deindividualizzazione della motivazione".

Sul punto si veda anche A. MASUCCI, *op. cit.*, p. 115 ss.

CAPITOLO PRIMO

L'invalidità del provvedimento amministrativo.

Sommario: I.1 Breve classificazione dell'invalidità del provvedimento; I.2 (segue) ... I vizi di merito o di opportunità; I.3 (segue) ... L'irregolarità dell'atto amministrativo; I.4 (segue) ... La nullità del provvedimento; I.5 (segue) ... L'inesistenza; I.6 L'eccesso di potere dagli albori ai giorni nostri; I.7 Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere e la loro evoluzione; I.8 La motivazione del provvedimento e l'eccesso di potere; I.9 L'eccesso di potere ed i principi generali dell'ordinamento, il caso dell'apertura in seduta riservata delle offerte tecniche all'attenzione della Plenaria n. 13/2011; I.10 (segue) ... Il principio di trasparenza amministrativa; I.11 Il caso del 'subappalto necessario'

I.1 Breve classificazione dell'invalidità del provvedimento

Secondo una classificazione classica dell'anormalità del provvedimento amministrativo¹³, ancora attuale nonostante l'evoluzione normativa (si veda in proposito il capo IV *bis* della legge n. 241/1990 che ha disciplinato per la prima volta il regime della nullità dell'atto amministrativo), possiamo rilevare l'esistenza (i) dell'illegittimità del provvedimento che porta all'annullamento dello stesso (patologia tra le più frequenti), (ii) vizi di merito o inopportunità, (iii) cause di irregolarità ed infine (iv) cause di nullità¹⁴, ora disciplinate dalla legge n. 241/1990, e di inesistenza dell'atto¹⁵.

All'interno del nostro ordinamento l'ipotesi più rilevante di invalidità è sicuramente l'illegittimità¹⁶, ora disciplinata dal legislatore all'interno dell'art. 21 *octies* della legge n. 241 del 1990.

13 Per una attenta analisi di tutte le forme di anormalità si veda M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 171 ss.

14 D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo, Procedimento e processo*, Milano, 2015, analizza in maniera completa tutti gli aspetti più problematici della nullità, dall'inquadramento storico, al regime, senza tralasciare i problemi relativi alla giurisdizione.

15 Cfr. per una analisi di insieme F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, p. 4 ss.

16 Sul punto è stato affermato che "Nel diritto positivo italiano è così sorto un "sistema" le cui linee sono le seguenti: l'invalidità s'incentra su una figura principale, detta "vizio di legittimità" del provvedimento, o illegittimità, in presenza della quale le figure soggettive che dal provvedimento illegittimo siano lese hanno il potere di chiederne l'annullamento in via amministrativa o giurisdizionali" M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 172.

La tripartizione di cui alla sopra richiamata norma, che ritiene annullabile il provvedimento quando sia viziato da violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere, è stata individuata per la prima volta con la legge 31 marzo 1889 n. 5992, istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato¹⁷, la quale all'art. 3, rubricato “*attribuzione della quarta sezione del Consiglio di Stato*”, disponeva che “*spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere¹⁸ o per violazione di legge contro atti e provvedimenti*”¹⁹.

Successivamente con il T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, all'art. 26, è stato precisato che “*Spetta al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere²⁰ o per violazione di legge*”.

In combinato disposto con il predetto articolo 26 deve leggersi anche il 45, il quale disponeva che nei casi in cui l'atto impugnato risultasse viziato il Consiglio di Stato lo avrebbe potuto annullare nei casi di eccesso di potere e violazione di legge, mentre in caso di incompetenza la norma disponeva che “*Se accoglie il ricorso per motivi di incompetenza annulla l'atto e rimette l'affare all'autorità competente*”.

Tale disposizione è stata poi ripresa dal Legislatore all'art. 3 della legge 6

17 Per un approfondimento sul Consiglio di Stato si veda G. PESCATORE, *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, p. VII ss.

18 Con riferimento all'introduzione nel nostro ordinamento della figura dell'eccesso di potere si veda M.S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo, volume primo*, Milano, 1950, p. 390, in cui l'autore evidenzia la nascita di tale vizio ed i propri collegamenti con la giurisprudenza francese del Consiglio di Stato.

19 P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, a p. 402 opera una attenta ricostruzione dell'evoluzione dei vizi del provvedimento amministrativo.

20 L'eccesso di potere, che verrà analizzato più approfonditamente nel corso del presente lavoro, rappresenta “*uno dei tratti più caratteristici del regime giuridico del provvedimento amministrativo, e in particolare del suo schema di validità. Si tratta di una conseguenza della natura funzionale dell'attività amministrativa: perché 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 l'interesse pubblico*”, in tal senso si è espresso B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo generale*, Milano, 2000, p. 872.

dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali.

Da ultimo, seppur brevemente in questa sede, occorre rilevare che mentre il primo comma dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 si limita a richiamare i vizi di legittimità, il secondo comma²¹ introduce due importanti ipotesi di non annullabilità del provvedimento²².

Più precisamente, con la riforma della legge n. 241/90 operata nel 2005, si è inteso prevedere la non annullabilità del provvedimento nei casi in cui sia stato “*adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti*” e nelle ipotesi in cui vi sia stata una “*mancata comunicazione dell'avvio del procedimento*”²³.

21 Tale norma è formata da due proposizioni differenti, la prima dispone che “*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”. Mentre la seconda prevede che “*Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*”.

22 Per un approfondimento sul secondo comma dell'art. 21 *octies* si veda F. G. COCA, *Diritto Amministrativo, Seconda edizione*, Torino, 2011, p. 306 ss.

Si veda anche A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 252 ss., in cui si analizzano approfonditamente le nuove disposizioni in tema di annullabilità del provvedimento amministrativo dando rilievo alle problematiche emerse dall'analisi di tali norme. In proposito “*i problemi interpretativi posti dalla nuova disposizione insistono essenzialmente sull'ampiezza da attribuire al riferimento alla 'natura vincolata del provvedimento' e sul tipo di sindacato rimesso al giudice amministrativo nel valutare che il contenuto del dispositivo dell'atto non avrebbe potuto essere diverso*”.

Inoltre, potrebbe essere estremamente utile un richiamo alle teorie analizzate e sviluppate da A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, p. 48 ss., il quale, con riferimento alla giurisprudenza dei primi del novecento affermava che “*la giurisprudenza di quegli anni si limiterà così a soprassedere, di tanto in tanto, su violazioni formali che appaiano ad essa trascurabili, senza peraltro giungere alla formulazione di alcuna regola generale, bensì sospinta -sembra- soprattutto dalla preoccupazione pratica di evitare l'annullamento di un numero imponente di atti amministrativi*”. L'autore rileva, peraltro, che solo grazie agli spunti della giurisprudenza del secondo dopoguerra si inizierà ad affermare, in materia di procedimento elettorale e gare pubbliche il principio di raggiungimento dello scopo.

23 A. BERTANI, *Le novità introdotte dalla legge 15/05 in tema di invalidità, annullamento d'ufficio e revoca*, in F. MERUSI, A. FIORITTO, G. CIAGLIA, V. GIOMI, A. BERTANI, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2005, p. 107 ss., effettua una interessante comparazione con la disciplina del procedimento amministrativo europeo, con particolare attenzione alla violazione delle forme sostanziali, non trascurando di considerare, tuttavia, il necessario equilibrio costituzionale tra l'efficienza ed efficacia dell'agire della Pubblica amministrazione e garanzie di partecipazione e giusto procedimento.

Fin da subito la dottrina²⁴ ha analizzato la portata di tali disposizioni che in talune ipotesi, pur restando ferma l'illegittimità del provvedimento, impediscono al giudice di disporre l'annullamento dello stesso²⁵.

24 In proposito si veda F. G. COCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in G. C. DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, Atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, Torino, 2005, p. 173 ss.

25 Un interessante approfondimento su tali aspetti viene svolto da A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e procedurali*, in V. C. IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, p. 217 ss.

I.2 (segue) ... I vizi di merito o di opportunità

Con riferimento ai vizi di merito o di opportunità si precisa anzitutto che essi non incidono sulla legittimità dell'atto, ed il provvedimento che ne è affetto può raggiungere ugualmente i fini posti dalla legge seppur non nella maniera più indicata²⁶.

Si possono avere provvedimenti inopportuni assolutamente legittimi²⁷ o, viceversa, provvedimenti illegittimi ma del tutto immuni da qualsiasi vizio di merito²⁸.

Si ritiene che un provvedimento amministrativo sia affetto da un vizio di merito nel momento in cui vi sia una divergenza tra il fine del provvedimento ed il risultato che con lo stesso si è raggiunto²⁹.

L'inopportunità del provvedimento, come chiarito, non incide sulla sua validità dello stesso, ma può portare l'amministrazione, ove lo ritenga, ad una eventuale revoca³⁰, ovvero all'adozione di un provvedimento di secondo grado

26 C. VITTA, *op. cit.*, p. 435 ss. ritiene che “questa inopportunità o sconvenienza deriva da un erroneo accertamento od apprezzamento dei fatti in relazione agli scopi che la legge si propone, all'infuori dei casi che sono stati qualificati come eccesso di potere; [...] nel vizio di merito si include anche generalmente l'essere il provvedimento amministrativo contrario ai precetti di equità. Dell'equità ho già parlato, trattando delle norme di diritto pubblico (retro, n. 27) e ho detto che la manifesta ingiustizia, qualificata come eccesso di potere, rientra anch'essa nel concetto di iniquità dell'atto. Soltanto forse può sostenersi che il concetto di atto contrario all'equità sia più ampio di quello di atto manifestamente ingiusto; anche se non appaia la manifesta ingiustizia, l'atto può non essere conforme all'equità”.

27 Per un approfondimento in merito al rapporto tra vizi di merito e di legittimità si veda B. G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 865 ss.

28 In maniera difforme rispetto a numerosi autori, B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo, Volume terzo*, Padova, 1993, p. 327, premettendo che “è stato sufficiente, invece, l'intervento del moderno legislatore che con l'incipit della legge generale sul procedimento amministrativo ha affermato, con adamantina chiarezza, l'esistenza di una doverosità nella buona amministrazione: i criteri <<normativi>> dell'efficienza e della economicità traducono nell'attività amministrativa quel principio di buon andamento, vanamente interpretato, dai più in dottrina, utile soltanto ai fini dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni”, afferma che “è giunto, pertanto, quel giorno, tanto paventato da una certa dottrina, in cui il provvedimento risulta invalido perché inopportuno, dal momento che è <<contrario>> agli interessi dell'amministrazione”.

29 Autorevolmente si è ritenuto che l'inopportunità “consiste in una difettosa ponderazione degli interessi essenziali in ordine agli interessi secondari; la sua più esatta definizione è per ora impossibile, dipendendo dalle nozioni, come sappiamo tutt'altro che evidenti, di discrezionalità e di merito” M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, p. 400.

30 In tal senso P. VIRGA, *op. cit.*, p. 378 ss.

ove lo ritenga opportuno, o, nel caso in cui venga sollecitata dal privato³¹.

È stato evidenziato che “*tranne ipotesi di giurisdizione di merito espressamente previste dalle fonti del diritto processuale amministrativo, il giudizio sulla opportunità, convenienza e adeguatezza del provvedimento amministrativo, è previsto come giudizio di carattere eccezionale, in un processo successivo a quello di cognizione (processo di ottemperanza), che ha sempre ad oggetto un interesse privato: cioè la tutela in via giurisdizionale esecutiva sulla fondatezza della pretesa già riconosciuta in sede di cognizione, ed in ordine alla quale si è formato il giudicato*”³².

31 E. CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo, nona edizione riveduta, aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo*, Milano, 2007, p. 532 chiarisce che “*l'inopportunità assume rilevanza perché l'ordinamento prevede la sua sindacabilità e, dunque, la sostituzione della valutazione di un terzo a quella compiuta dall'amministrazione. I mezzi predisposti sono: il controllo di merito (ormai superato), l'annullamento in via di autotutela, i ricorsi amministrativi (gerarchici e in opposizione) e i ricorsi giurisdizionali nell'ambito della giurisdizione di merito*”.

32 In tal senso E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 403, il quale precisa altresì che “*con la legge sul procedimento amministrativo sono stati introdotti altri principi giuridici, che si vanno ad affiancare a quelli di logicità e di imparzialità: i principi di efficacia, economicità ed efficienza, che consentono di parametrare l'atto e il procedimento a regole giuridicamente rilevanti ancorché diverse dalle tradizionali regole del diritto*”.

I.3 (segue) ... L'irregolarità dell'atto amministrativo

Con riferimento alle irregolarità dell'atto amministrativo si deve rilevare che in dottrina sono state evidenziate due nozioni³³, una oggettiva ed una soggettiva.

Nel primo caso l'irregolarità si avrebbe quando il provvedimento si discosti dallo schema legale ma nonostante ciò non risulterebbe invalido³⁴, mentre si può ritenere che si tratti di irregolarità soggettiva nel momento in cui oltre alla difformità rispetto allo schema tipico dell'atto, vi sia anche una sanzione a carico dell'agente.

Tra le due nozioni quella preferibile sarebbe la prima, ossia la nozione oggettiva, anche poiché, come autorevolmente evidenziato³⁵, accadrebbe assai di rado che al funzionario che ha adottato l'atto irregolare sia irrogata una sanzione³⁶.

Si rileva, inoltre, che l'irregolarità non era prevista all'interno del nostro ordinamento, mentre grazie alle modifiche del 2005 alla legge n. 241/1990 è possibile che taluni provvedimenti amministrativi, pur essendo illegittimi, non siano annullabili e vengano considerati irregolari³⁷.

33 Si veda in tal senso P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 384 ss.

Cfr. altresì A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993, p. 9 ss., il quale osserva che la nozione più diffusa di irregolarità in dottrina, e al tempo stesso quella a cui aderisce la giurisprudenza, è quella che ricomprende “in tale categoria ogni ipotesi in cui, pur riscontrandosi nel comportamento tenuto una difformità dallo schema legale, l'atto non ne risulta invalidato”. Per un approfondimento dell'autore su tale teoria p. 19 ss.

34 Tra i tanti si veda E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 404, in cui si precisa che “sebbene, strumentalmente, anche l'irregolarità designi pur sempre una difformità del provvedimento o dell'atto amministrativo rispetto allo schema legale tipico, essa si distingue dalle altre in quanto, dal punto di vista del giudizio assiologico di disvalore, l'efficacia dell'atto è considerata prevalente sullo stesso regime di invalidità”.

35 A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo, Quindicesima edizione*, Napoli, 1989, p. 712.

36 Per un approfondimento su tale teoria si veda A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, p. 16 ss.

37 P. FORTE, *Appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo validità*, in G. C. DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, Atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, Torino, 2005, p. 191, poco dopo l'entrata in vigore del capo IV-bis della legge n. 241/1990 effettua una prima analisi sul secondo comma dell'art. 21 *octies* auspicando che “la locuzione <violazione di norme sul procedimento> quale sorta di irregolarità – la quale non conduce,

L'irregolarità³⁸, prima di trovare il timido supporto normativo sopra citato, è stata una figura di origine giurisprudenziale³⁹.

dunque, all'annullamento – venga interpretata in termini strettissimi dal Giudice, come del resto la <natura vincolata> dell'atto, in virtù della quale è inibita la annullabilità”.

Sempre in tema di irregolarità si segnala anche A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, p. 220, il quale, a proposito della irregolarità, afferma che è stata “*poco studiata dalla dottrina, ma costantemente tenuta in vita dalla giurisprudenza, la figura dell'irregolarità dell'atto amministrativo appariva di problematico fondamento, ma, infine, essa sembrava da riportare al fatto che, nella disciplina dell'atto e del procedimento amministrativo, non tutti i comportamenti prescritti hanno finalità da indirizzare il procedimento decisionale dell'amministrazione, condizionandone la finale composizione di interessi, ma alcuni di tali comportamenti sono estranei al decision making process, ed hanno di mira esclusivamente altri interessi, la cui eventuale lesione non può in alcun modo influire sulla corretta determinazione del contenuto decisionale del provvedimento”.*

38 Si veda F. LUCIANI, *Irregolarità del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3279 ss.

39 A tal proposito B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo generale*, Milano, 2000, p. 911, evidenzia che la giurisprudenza fa ricadere sotto tale figura i provvedimenti in cui vi è una difformità rispetto allo schema normativo che non è tale da rendere illegittimo l'atto. L'autore, quale esempio di atto affetto da tale vizio, richiama i casi in cui in un provvedimento manchi la data o il numero di protocollo, vi sia un errato richiamo dei riferimenti normativi, ovvero una inesatta indicazione dei membri di un organo collegiale.

I.4 (segue) ... La nullità del provvedimento

Con riferimento all'ultima categoria di invalidità del provvedimento amministrativo occorre premettere, anzitutto, che la nullità⁴⁰ è stata disciplinata dal legislatore con la novella alla legge n. 241/1990⁴¹ che ha inserito gli articoli 21 *bis* e seguenti⁴².

La recente giurisprudenza ha affermato che *“la nullità dell'atto amministrativo costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi (meglio definiti dal Legislatore nell'art. 21 septies, l. 7 agosto 1990, n. 241) in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità costituisce la regola generale di invalidità, a differenza di quanto avviene nel diritto civile, dove la regola generale in caso di violazione di norme imperative è quella della nullità”*⁴³.

Nel nostro ordinamento, prima dell'entrata in vigore dell'art. 21 *septies*, in più disposizioni normative si faceva riferimento alla nullità del provvedimento⁴⁴

40 Cfr. F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, p. 34 ss.

41 L'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15 ha introdotto il capo IV-*bis* rubricato *“Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso”*, comprendente gli articoli da 21-*bis* a 21-*nonies*. Un interessante approfondimento sulla nullità e sull'annullabilità viene effettuato da P. FORTE, *op. cit.*, p. 177 ss.

42 Nonostante la predetta novella si deve rilevare che solo con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo all'interno dell'ordinamento è stata introdotta l'azione per rilevare la nullità del provvedimento amministrativo. Tuttavia, occorre altresì evidenziare che la dottrina ha portato l'attenzione su un altro importante aspetto, il regime del provvedimento nullo. È stato affermato che l'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990 *“non ne detta il regime compiuto, sicché questo va mutato da quello codicistico: assenza di effetti, insanabilità, rilevabilità d'ufficio e in qualunque tempo, possibilità di conversione dell'atto”*, in tal senso E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 513. D. PONTE, *op. cit.*, p. 213 ss., approfondisce il regime della nullità e conferma i dubbi già evidenziati della dottrina precisando che *“in epoca anteriore al 2010, il regime della nullità derivava in via principale (se non unicamente) dall'inquadramento di teoria generale e, in via particolare, da due diversi ambiti, relativi: per un verso al raffronto con la diversa figura dell'annullabilità del provvedimento; per un altro verso, al raffronto con l'omologa figura di diritto comune”*.

43 Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, in *Foro Amm. CDS*, 4, 864.

44 A proposito della nullità prima dell'entrata in vigore delle norme di cui alla legge n. 241/1990 la dottrina aveva evidenziato che *“alcune norme speciali comminano la nullità a proposito di atti amministrativi assunti in violazione di determinate norme (ad esempio, l'atto di assunzione al pubblico impiego senza il concorso prescritto: art. 3 t.u., imp. stat.) senza tuttavia prevedere un corrispondente regime giuridico; ciò che faceva dubitare che in tali casi si trattasse*

senza che questa fosse disciplinata da alcuna disposizione di legge⁴⁵. Altrettanto, invece, non può dirsi a proposito dell'inesistenza⁴⁶, che ancora oggi non è disciplinata da nessuna norma e si ritiene che sia stata creata dalla Corte di Cassazione⁴⁷.

L'art. 21 *septies* dispone che “È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”⁴⁸.

Gli elementi essenziali del provvedimento⁴⁹, su cui la dottrina anche di

effettivamente di nullità in senso tecnico (Piras)”, in tal senso V. CERULLI IRELLI, Corso di diritto amministrativo, Nuova edizione interamente rivista ed aggiornata al 30 novembre 1999, Torino, 2000.

45 P. M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 426 ss., prima dell'introduzione del capo IV *bis* alla legge generale sul procedimento amministrativo, evidenziava che secondo la dottrina il provvedimento poteva essere nullo in mancanza degli elementi essenziali, per carenza di potere e nei casi previsti dalla legge.

46 P. M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 473 ss., offre importanti spunti a proposito dell'inesistenza, precisando che in materia processuale non si ritengano applicabili i termini decadenziali, ed evidenziando che taluna giurisprudenza ha ritenuto inammissibile un ricorso avverso un provvedimento nullo poiché quest'ultimo sarebbe inidoneo a ledere la posizione giuridica soggettiva del ricorrente.

47 M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo III,1 l'attività amministrativa*, Milano, 1967, p. 178 ss., evidenzia che la creazione dell'inesistenza per opera giurisprudenziale “ha avuto inizio negli anni '40, ed è nata da un moto di reazione alle conseguenze ultime a cui la giurisprudenza della stessa Corte era giunta con l'ammettere l'imperatività piena del provvedimento invalido. Come si è detto al paragrafo precedente (il problema è esaminato anche da altro punto di vista in sede di giustizia amministrativa), ammettendosi che il provvedimento invalido produce effetti interinali, come quello valido, ne deriva che dei diritti soggettivi sacrificati (usiamo un termine agiuridico, anche se di uso frequente) dal provvedimento il giudice ordinario non ne era mai competente a conoscere. La Corte di cassazione ritenne che ciò fosse eccessivo, e che almeno nei casi estremi, in cui più vistoso e grave fosse il sacrificio del diritto del privato, si dovesse conservare la giurisdizione del giudice ordinario”.

48 Appare opportuno considerare che ben prima dell'entrata in vigore dell'art. 21 *septies* la dottrina non era del tutto concorde sulle differenze tra nullità ed inesistenza, giungendo a ritenere che “sulla scorta dell'insegnamento della dottrina privatistica, la inesistenza viene considerata da una parte della dottrina come una terza forma di invalidità, da porsi accanto alla nullità ed alla annullabilità. Si avrebbe inesistenza in quelle ipotesi, in cui il difetto di un elemento essenziale è di gravità tale, da far venire meno perfino la riconoscibilità esteriore dell'atto come provvedimento amministrativo”, in tal senso P. VIRGA, *op. cit.*, p. 391.

Per un approfondimento in merito al regime della nullità così come disciplinato dal codice del processo amministrativo si veda F. ANCORA, *Il regime della nullità dell'atto amministrativo secondo il codice del processo amministrativo*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 2/2011, p. 266 ss.

49 D. PONTE, *op. cit.*, p. 105 ss. condivide con gran parte della dottrina il problema dell'analisi della nullità per mancanza degli elementi essenziali del provvedimento effettuando altresì un

recente ha rivolto la sua attenzione⁵⁰, per quanto non siano previsti da alcuna norma di legge, sono sempre stati individuati dalla dottrina⁵¹, pur con le dovute differenze, nel soggetto, nell'oggetto, nella forma, nel contenuto e nella finalità⁵².

Anche recentemente la giurisprudenza⁵³ si è occupata degli elementi essenziali del provvedimento, precisando che tale disciplina si applica anche agli atti amministrativi privi di valenza provvedimentale⁵⁴, tuttavia, raramente si è occupata di analizzare a fondo gli elementi essenziali oltre alla loro menzione, ossia, il soggetto, l'oggetto, la volontà e la forma⁵⁵.

La previsione della nullità nell'ipotesi di difetto assoluto di attribuzione⁵⁶ è un esplicito richiamo alla figura della carenza di potere di origine giurisprudenziale, utilizzata in un primo momento al fine di determinare il riparto di giurisdizione⁵⁷.

attento richiamo dei principali orientamenti giurisprudenziali su tale tema, sia prima che dopo l'entrata in vigore dell'art. 21 *septies* della legge n. 241/2990.

Si veda anche B. G. MATTARELLA, *Provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4732, il quale a proposito dei caratteri del provvedimento amministrativo afferma che “*questo oggetto, peraltro, non è individuato dalla legge, che non definisce la nozione di provvedimento ma la presuppone. Le nuove norme, quindi, continuano a porre il problema di questa nozione, piuttosto che risolverlo*”.

50 N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali*, I 2007, p. 855 ss.

51 F. CARINGELLA - M. PASTORE, *Manuale di Diritto Amministrativo, V. L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014, p. 110, evidenziano che i caratteri dell'atto amministrativo, sulla base del modello del negozio giuridico di stampo pandettistico, sono illustrati in un primo momento da Oreste Rannelletti e successivamente da Guido Zanobini. Per un approfondimento si veda anche G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo, Volume Primo, Principi generali*, Sesta edizione, Milano, 1950, p. 244-245.

52 In tal senso A. M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 335.

53 A. DE SIANO, *La problematica individuazione degli elementi essenziali dell'atto amministrativo e del loro regime giuridico nella elaborazione giurisprudenziale dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo Venti anni dopo*, Napoli, 2011, p. 393 ss., effettua una attenta analisi giurisprudenziale dell'art. 21 *septies* della legge n. 241 del 1990.

54 In tal senso si è espresso il T.a.r. Liguria, sez. II, n. 169/2007, secondo cui “*la previsione in questione, pur essendo riferita agli atti provvedimentali, deve essere estesa a tutti gli atti amministrativi anche a quelli privi di valenza provvedimentale, essendo del tutto illogico che le due specie di atti possano subire conseguenze sanzionatorie differenziate in presenza di vizi identici ed identicamente idonei a ledere gli stessi valori giuridici protetti*”.

55 Così Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2273/2007.

56 Cfr. D. PONTE, *op. cit.*, p. 122 ss.

57 Sul punto si veda F. G. SCOCA, *op. cit.*, p. 300 ss. il quale richiama la famosa sentenza delle Sezioni Unite della Cass. 4 luglio 1949, n. 1657, in *Foro it.*, 1949, I, c. 926. Sulla carenza di potere E. CASETTA, *op. cit.*, p. 513 ss, analizza la differenza tra 'carenza di potere' e 'cattivo esercizio del potere', a proposito dei limiti della giurisdizione del giudice ordinario e di quella

L'ulteriore ipotesi di nullità prevista dalla norma in oggetto, la violazione o l'elusione del giudicato⁵⁸, ha definitivamente archiviato il dibattito sorto a seguito della celebre Adunanza Plenaria n. 6/1984,⁵⁹ in cui il Consiglio di Stato analizzava le differenze tra la violazione e l'elusione del giudicato, statuendo che nel caso in cui non sussistesse più alcun margine di discrezionalità in capo all'amministrazione, quest'ultima non avrebbe potuto che provvedere in modo differente⁶⁰, con la conseguenza che in questi casi non fosse necessario impugnare i provvedimenti nel termine decadenziale ed esperire il ricorso per ottemperanza.

L'ultima ipotesi di nullità prevista dal legislatore all'interno dell'art. 21 *septies* della legge n. 241/1990, è la nullità testuale⁶¹.

In tal caso la suddetta norma effettua un richiamo generale a tutte le altre ipotesi di nullità previste dal legislatore, in via esemplificativa, si pensi all'art. 11 legge n. 241/1990 in materia di accordi, il quale dispone che debbano necessariamente avere forma scritta a pena di nullità.

del giudice amministrativo. La carenza di potere, inoltre, può essere 'in concreto', ovvero, 'in astratto', nel primo caso si rileva che *"il potere non manca totalmente: sia pur ridotta, una estrinsecazione del potere sussiste, perché 'in astratto' esso c'è, in quanto le norma attributive del potere sono state osservate, e ciò basta perché il suo esercizio (peraltro non conforme al diritto positivo) mantenga quel tanto di autoritatività che gli consente di esplicare effetti giuridici, pur se al suo cospetto il privato rimane titolare di un diritto"*. Un ulteriore approfondimento a questo tema viene dedicato anche in F. CARINGELLA - M. PASTORE, *op. cit.*, p. 93 ss.

58 Cfr. D. PONTE, *op. cit.*, p. 135 ss.

59 Cons. St., A. Plen., 11 marzo 1984 n. 6, in *Cons. St.*, 1984, I, 238.

60 Un approfondimento in merito all'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 6/1984 viene effettuato da P. M. VIPIANA, *op. cit.*, p. 467 ss.

61 D. PONTE, *op. cit.*, p. 148 ss.

I.5 (segue) ... L'inesistenza

Da ultimo, relativamente all'inesistenza dell'atto, corre l'obbligo di precisare che non è stata disciplinata dal legislatore e molto spesso essa è stata affiancata alla nullità⁶².

Autorevole dottrina, difatti, riteneva che *“si avrebbe inesistenza in quelle ipotesi, in cui il difetto di un elemento essenziale è di gravità tale, da far venire meno perfino la riconoscibilità esteriore dell'atto come provvedimento amministrativo”*⁶³.

Tuttavia, anche recentemente dottrina e giurisprudenza si sono occupati del tema dell'inesistenza e si può ritenere che l'inesistenza possa essere di due tipi, materiale e giuridica.

La prima sussisterebbe quando l'atto non esista o la sua esistenza sia del tutto incerta, mentre la seconda potrebbe verificarsi quando l'atto sia privo dei requisiti minimi indispensabili affinché possa essere identificato quale atto amministrativo⁶⁴.

La distinzione tra nullità ed inesistenza porta con sé rilevanti conseguenze sul piano pratico, si è rimarcato, in proposito, che *“il provvedimento inesistente non ha alcuna attitudine a produrre effetti, sul piano materiale. Ciò rileva sotto il profilo della configurabilità del potere di autotutela della pubblica*

62 Cfr. sul punto A. M. SANDULLI, *op. cit.*, p. 333 ss.

63 Così P. VIRGA, *op. cit.*, p. 391. Lo stesso autore ritiene dunque che si ricada in ipotesi di inesistenza quando manchino totalmente gli elementi essenziali del provvedimento tali da renderlo del tutto irricognoscibile, mentre si ricadrebbe in ipotesi di nullità quando manchi un elemento essenziale del provvedimento ma questo comunque sia riconoscibile quale provvedimento. Tuttavia, l'autore giunge alla conclusione che *“sotto un profilo strettamente giuridico inesistenza equivale a nullità ed i due termini possono essere indifferentemente usati, anche se, sotto il profilo della realtà materiale, può esserci qualche differenza fra di essi”*.

64 Sul punto P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 468 ss., l'autore analizza altresì il regime giuridico dell'inesistenza che per certi versi corrisponde a quello della nullità, ma si differenzia, ad esempio, nella possibilità di esperire azioni possessorie per via del fatto che l'attività amministrativa non sia caratterizzata dalla presenza di alcun potere autoritativo. Sul piano processuale, invece, tra le principali differenze rispetto al regime giuridico della nullità, vi sarebbe l'inapplicabilità dei termini di decadenza e l'inammissibilità per carenza di interesse, poiché tale atto non potrebbe ledere posizioni giuridiche soggettive.

amministrazione: è da preferire la tesi per cui il potere di autotutela è configurabile esclusivamente con riguardo al provvedimento invalido (annullabile o nullo), mentre sarebbe invece da escludere in radice per il provvedimento inesistente; e tanto sulla base del semplice rilievo che non è possibile annullare, revocare, caducare o anche solo disconoscere gli effetti di un provvedimento che materialmente o giuridicamente non mai venuto in essere”⁶⁵.

⁶⁵ Così A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 30, in cui l'autore evidenzia altresì che un provvedimento nullo non potrebbe essere sanato né, ancor meno, sarebbe ipotizzabile il c.d. diritto di resistenza poiché l'amministrazione non avrebbe il diritto di portare ad esecuzione un provvedimento inesistente

I.6 L'eccesso di potere dagli albori ai giorni nostri

L'analisi e lo studio dell'eccesso di potere⁶⁶ è estremamente importante poiché attiene all'esercizio della discrezionalità amministrativa⁶⁷, e tale vizio di legittimità è stato plasmato e creato su forte impulso sia della giurisprudenza che della dottrina⁶⁸, anche al fine di limitare la sfera di discrezionalità dell'amministrazione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato⁶⁹ degli albori si ispirò alla nozione

66 N. PAPPALARDO, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, p. 434.

Per un approfondimento F. G. COCA, *Sguardo storico sopra i contenuti ed i limiti della tutela nei confronti dell'amministrazione*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991, p. 564 ss., in cui l'autore, analizzando più generale la nascita e l'evoluzione della giustizia amministrativa italiana, effettua un approfondimento dell'eccesso di potere chiarendo che *"con la riforma del 1989 il diritto soggettivo perde il ruolo di oggetto esclusivo della tutela giurisdizionale riconosciuta al cittadino nei confronti dell'Amministrazione. [...] la tutela nei confronti dell'amministrazione non è più predicabile soltanto quando non sussista il potere discrezionale, ma diventa a pieno titolo tutela nei confronti del potere discrezionale; il sindacato della Quarta Sezione, e quindi, quando sarà stata riconosciuta la sua natura giurisdizionale, del giudice, ha ormai per oggetto diretto ed immediato proprio l'esercizio del potere discrezionale"*.

67 Si vedano in proposito gli studi condotti da S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, e da A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione, studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993.

Con riferimento all'eccesso di potere è stato altresì evidenziato che esso alle sue origini ha rappresentato *"la base per introdurre una caratterizzazione del tutto particolare degli atti amministrativi, incentrata sul concetto di funzione e sulla necessità per gli atti di perseguire l'interesse pubblico. Mentre infatti -come è noto- nei lavori preparatori del parlamento il vizio di eccesso di potere venne inteso come una forma di incompetenza assoluta, e cioè come un vizio 'che rende radicalmente nullo il provvedimento per assoluta mancanza della facoltà di emanarlo', pochi anni dopo la IV sezione del Consiglio di Stato introdusse un concetto di eccesso di potere come vizio ancorato alla razionalità ed agli scopi del potere medesimo, e dunque al concetto di sviamento ed a quello di funzionalità necessaria del potere pubblico"*, così A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico, Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000, p. 48.

68 L'importanza dello studio di tale vizio, come evidenziato da P. VIRGA, *op. cit.*, p. 419, deriva altresì dal fatto che *"quello che contraddistingue in ogni caso l'eccesso di potere dagli altri due vizi di legittimità è il fatto che l'atto, pur essendo stato emanato dall'organo competente e pur non infrangendo nessuna norma positiva di legge o di regolamento, presenta una deviazione nella determinazione discrezionale, deviazione che si concreta o nel soddisfacimento di un interesse diverso da quello pubblico o nel perseguimento di una finalità diversa da quella assegnata al potere ovvero nella violazione del principio di logica o del principio di imparzialità"*.

69 Cfr. G. CRISCI, *Spunti in tema di Giustizia amministrativa*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991, p. 189 ss. per un

di eccesso di potere data dalla giurisprudenza francese⁷⁰, dal momento che, come è stato più volte precisato, il legislatore non diede mai una definizione precisa dell'eccesso di potere⁷¹.

Sulle prime pronunce del Consiglio di Stato francese⁷² è stato autorevolmente affermato che esso “*non si limitò, però, a questa identificazione, ma, andando oltre, estese la propria competenza a ipotesi che sembravano non configurare un'illegittimità. Questo avveniva nelle ipotesi in cui l'amministrazione, nell'esercizio di un proprio potere discrezionale, aveva dato origine ad atti che, mentre apparivano formalmente legittimi, cioè conformi alla espresse prescrizioni di legge, erano invece in realtà contrari al suo spirito, ovvero, ai fini che questa si proponeva di raggiungere. Tale ipotesi, data l'idea allora prevalente, secondo a quale la discrezionalità veniva configurata come un apprezzamento del tutto svincolato da qualsiasi disciplina normativa ed il potere*

approfondimento sul sistema di giustizia amministrativa italiano dalla legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865 in poi.

70 Sul punto appare utile richiamare quanto sinteticamente affermato da R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, terza edizione nuovamente riveduta rielaborata e ampliata*, Milano, 1960, p. 365, il quale chiarisce che “*l'eccesso di potere si ricollega al periodo rivoluzionario in Francia, ed all'istituzione del Tribunale supremo di Cassazione, una delle cui funzioni era quella di impedire ogni sconfinamento del potere giudiziario ai danni di quello legislativo ed esecutivo, periodo in cui dominava ancora assoluta la concezione politica di Montesquieu, ispirata alla rigorosa separazione dei tre poteri dello Stato; si cominciò appunto allora a parlare di 'Excès de pouvoir' nel senso etimologico di 'sconfinamento', di 'usurpazione di funzioni estranee' da parte dell'autorità giudiziaria. Più tardi la nozione di eccesso di potere passò dal campo giudiziario a quello amministrativo, mantenendo da principio anche in questo campo un significato analogo a quello assunto nel campo giudiziario*”.

In tal senso si veda anche A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976, p. 21 ss.

71 Il vizio di eccesso di potere non è stato definito dal legislatore, tuttavia, come sempre evidenziato, esso è stato definito con chiarezza dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il quale, a sua volta, si ha tratto origine dalla nozione di eccesso di potere, come sviamento, dal Consiglio di Stato francese. C. VITTA, *Diritto amministrativo, terza edizione riveduta e aggiornata*, Torino, 1948, p. 426 ss. afferma che “*comprendivamente può dirsi che l'atto è viziato d'eccesso di potere in questo senso, quando va contro gli scopi che la legge si è prefissa nell'attribuire il relativo potere all'a. p., o quando adotta provvedimenti al di là di quelli che per tale scolo la legge ha riconosciuti all'a.p.*”. Lo stesso autore, tuttavia, ritiene che tale definizione non sia sufficiente a delineare i contorni del suddetto vizio.

72 S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994, p. 501 ss., offre una panoramica comparatistica sia delle amministrazioni pubbliche nei principali ordinamenti europei che del sistema di giustizia amministrativa.

discrezionale era ritenuto perciò insindacabile, non avrebbe potuto considerarsi specie di illegittimità; in conseguenza gli atti affetti da vizi siffatti avrebbero dovuto sfuggire al controllo del giudice di legittimità. Tuttavia, il Consiglio di Stato francese ritenne egualmente di poter far rientrare nella propria competenza a statuire sovraneamente sulle domande di annullamento per eccesso di potere queste ipotesi, che esso considerò, peraltro, come autonome rispetto alle altre 'ouvertures' di ricorso, indicandole come 'détournement de pouvoir'⁷³.

Con riferimento, invece, alla giurisprudenza italiana, autorevole dottrina ha precisato che le prime pronunce di annullamento per eccesso di potere siano riscontrabili nel primo decennio del 1900⁷⁴, per quanto taluni, in misura minoritaria, abbiano ritenuto che le prime sentenze di annullamento per eccesso di potere siano ravvisabili fin dal 1892⁷⁵.

Si può quindi affermare che in un primo momento la giurisprudenza del

73 Così A. AZZENA, *op. cit.*, p. 30 ss., il quale giunge alla conclusione che “*all'epoca della sua introduzione nel nostro ordinamento come motivo di annullamento dei provvedimenti amministrativo l'espressione 'eccesso di potere' poteva essere intesa in almeno tre diverse accezioni: come straripamento, come sviamento o, infine, come categoria comprensiva di tutti i vizi di legittimità*”.

74 M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 391 ss., in cui l'autore precisa altresì che in un primo momento si incontrarono particolari difficoltà nella definizione dell'eccesso di potere poiché tale vizio andava ben distinto da altre figure quali “l'eccesso di potere giurisdizionale”, “l'abuso di potere” ed anche “lo straripamento o usurpazione di potere”.

Una importante definizione ed analisi dei concetti di straripamento di potere o difetto assoluto di potere è stata effettuata dal Consiglio di Stato con la decisione 22 ottobre 1940, n. 488.

Per un commento si veda M. DE GIORGI, (con commento di) *Lo straripamento di potere, Moschini (Sezione IV, decisione 22 ottobre 1940, n. 488)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 263 ss.

75 Per un commento a tale sentenza si veda A. SANDULLI, (con commento di) *L'eccesso di potere amministrativo, Vastarini-Cresi (Sezione IV, decisione 7 gennaio 1892, n. 3)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 39 ss.

Sul punto, con riferimento a tale celebre decisione del Consiglio di Stato del 7 gennaio 1892, si veda G. DE CESARE, *Problematica dell'eccesso di potere, l'eccesso di potere e la giurisprudenza del consiglio di stato*, Padova, 1967, p. 55 ss. il quale rileva che il Consiglio di Stato nella predetta sentenza “*affermò non aver riscontrato nel provvedimento nulla di illogico, di irrazionale o contrario allo spirito della legge per riconoscervi un vizio di eccesso di potere*”. Lo stesso autore ritiene che “*da questa affermazione del giudice, infatti, con una nota, prese lo spunto Codacci-Pisanelli, per sostenere, riprendendo in pieno le tesi della giurisprudenza francese, che l'eccesso di potere si ha quando una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti illogici e irrazionali o contrari allo spirito della legge; per Codacci-Pisanelli con questa decisione si sarebbe affermato nella giurisprudenza italiana il concetto francese di sviamento o detournement de pouvoir*”.

Consiglio di Stato intese l'eccesso di potere nella forma dello sviamento⁷⁶, ed in un secondo momento assunse sempre più rilevanza la motivazione del provvedimento al fine di comprendere se fosse o meno affetto da eccesso di potere⁷⁷, giungendo nel corso degli anni ad arricchire la propria analisi attraverso lo studio della contraddittorietà e dell'illogicità della motivazione.

Negli studi sull'eccesso di potere viene sovente richiamata la causa dell'atto⁷⁸, intesa quale “*pubblica utilità che il legislatore ha presa in*

76 Lo sviamento di potere, secondo A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 47 ss., il quale in tale lavoro riporta numerosissime pronunce tra fine ottocento e primi anni '30 del novecento, fu elaborato dalla giurisprudenza dall'espressione “*non contrarietà allo spirito della legge*” utilizzata dal Consiglio di Stato nella sentenza Vastarini-Cresi. Il Consiglio di Stato, in una successiva decisione, elaborando l'eccesso di potere, ritenne che “*potrebbe tuttavia un tale provvedimento trovarsi contrario alla legge, secondo lo spirito suo, e perciò essere annullabile dall'autorità competente*” (Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 1892, n. 32, in *Giust. Amm.*, 1892, I, 59 ss.).

L. CICALINI, (con commento di) *Lo sviamento di potere e l'elaborazione dei criteri di legittimità dei provvedimenti di nomina, Loyola (Sezione IV, decisione 27 aprile 1937, n. 171)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 215 ss., approfondendo lo studio dello sviamento di potere rileva che nella sentenza in questione il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittimi i provvedimenti impugnati, per sviamento di potere, con cui il Ministero dell'educazione nazionale, subito dopo aver nominato due provveditori agli studi, li aveva trasferiti nel ruolo centrale del Ministero stesso.

Tale sentenza è importante poiché il Supremo Consesso afferma esplicitamente che “*l'indagine sullo sviamento di potere è giuridicamente possibile ed è, anzi, più necessaria, in confronto degli atti discrezionali della pubblica amministrazione*”.

L'autrice evidenzia che “*il vizio di eccesso di potere può, dunque, desumersi sia dalla <<manifesta esclusione dello scopo o degli scopi voluti dalla norma di legge, sia, positivamente, dalla dimostrazione dell'esistenza di uno scopo effettivo diverso da quello dichiarato, apparente o presunto>>. In tal caso, il provvedimento è viziato da eccesso di potere non solo <<quando lo scopo [dello stesso] sia (...) illecito, ma anche quando lo scopo dello stesso, pur lecito e lodevole, sia però diverso da quello che la norma si prefiggeva*”.

Con riferimento al caso in esame, dunque, evidenzia che “*la connessione tra i provvedimenti di nomina e di trasferimento nei ruoli del Ministero, lungi dall'attuare i fini voluti dalla legge, come ricostruiti dal Consiglio di Stato, celavano, per le modalità e i tempi di adozione degli stessi, l'intento di favorire l'avanzamento di carriere dei due beneficiari*”.

77 Cfr. M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo III,1 l'attività amministrativa*, Milano, 1967, p. 188 ss.

78 M. S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 391, a proposito della causa afferma che “*Oggi, da noi, si contendono il campo due tesi: che esso sia un vizio della causa dell'atto amministrativo -e abbiamo visto che questo elemento in realtà, per l'atto amministrativo, non esiste-, e che esso sia un vizio dei motivi. Quest'ultima pare l'opinione giusta*”. Giannini afferma che l'atto è viziato quando manchi il motivo essenziale della norma, intendendo per motivo lo specifico pubblico interesse perseguito dalla norma di legge. Sul punto P. VIRGA, *op. cit.*, p. 418 afferma che “*sembra oziosa la disputa ancora assai viva in dottrina per stabilire se esso incida sulla causa o sulla volontà o sui motivi o sull'interesse pubblico o sullo svolgimento della funzione, perché l'eccesso di potere, data la eterogeneità delle figure ricomprese, potrà, di volta in volta, concretarsi in un vizio della volontà o in un vizio della causa, ovvero dell'interesse pubblico o nella violazione di un principio, come quello di imparzialità, che attiene al contenuto*

*considerazione per conferire alla p.a. il relativo potere di emanare il provvedimento*⁷⁹, chiarendo altresì che qualora la causa sia falsa, illecita o assente il provvedimento sia affetto da sviamento di potere dai fini prescritti dalla legge.

L'eccesso di potere, inoltre, è un vizio che concerne la volontà della p.a. e, tra i tanti significati che può assumere vi è senza dubbio lo sviamento di potere, inteso quale *“deviazione del potere discrezionale al fine, che le singole leggi volta per volta intendono che con esso sia raggiunto”*⁸⁰.

L'illegittimità del provvedimento per eccesso di potere⁸¹, inoltre, si è sempre potuta desumere anche dalla illogicità della motivazione⁸², dalle contraddizioni tra le ragioni di fatto e quelle di diritto, dalla contraddittorietà tra un atto anteriore ed uno posteriore, ed anche nel caso in cui l'amministrazione non osservi le prescrizioni che essa stessa si è imposta⁸³.

Si ritiene che la dottrina maggioritaria novecentesca abbia sempre ritenuto

dell'atto”.

79 Così C. VITTA, *op. cit.*, p. 427.

80 Così G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo, Volume Primo, Principi generali*, Sesta edizione, Milano, 1950, p. 251 ss., il quale oltre a tale figura principale precisa altresì che giurisprudenza e dottrina ritengono di far rientrare all'interno dell'eccesso di potere altre irregolarità quali ad esempio l'illogicità manifesta, la contraddizione con un precedente manifestazione di volontà. L'autore si sofferma poi ad analizzare anche ulteriori vizi della volontà che secondo la giurisprudenza rientrano nell'ambito dell'eccesso di potere, ossia la violenza morale e l'errore.

81 Per una analisi critica e comparatistica dell'eccesso di potere si veda anche F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, I*, Napoli, 2001, p. 101 ss.

82 L'analisi della motivazione del provvedimento è fondamentale affinché si possa valutare se il provvedimento assolva alla finalità prevista dalla legge, se vi sia, dunque, sviamento di potere. In tal senso è stato opportunamente evidenziato che *“non limitando l'esame alle sole massime ma estendendolo a tutta quanta la motivazione delle decisioni del Consiglio di Stato, si può vedere chiaramente come non si intendesse colpire il sintomo, vale a dire la contraddizione, l'illogicità, il travisamento, e così via, in sé e per sé, sibbene in quanto rivelatori di un uso – o quanto meno di una possibilità di un uso – di una facoltà discrezionale per uno scopo diverso da quello per cui era stata concessa: in quanto cioè, rivelatori di uno sviamento di potere”* così R. ALESSI, *op. cit.*, p. 369.

Una analisi completa dell'eccesso di potere per mancanza o difetto di motivazione è stato condotto altresì da G. DE CESARE, *op. cit.*, p. 68 ss.

83 Per un maggiore approfondimento si veda C. VITTA, *op. cit.*, p. 432, in cui l'autore analizza le ipotesi in cui si potrebbe considerare sussistente il vizio di eccesso di potere senza che tali casi siano considerati figure sintomatiche.

di evidenziare prevalentemente una distinzione tra lo sviamento di potere⁸⁴ e le altre figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Lo sviamento può essere accertato direttamente mentre le altre figure sarebbero sintomi del vizio stesso. Successivamente, la dottrina ha altresì individuato una ulteriore classificazione dell'eccesso di potere ritenendo le figure sintomatiche situazioni sostanziali, non già idonee a rivelare il vizio dell'atto, bensì vizi dell'atto esse stesse⁸⁵.

Recentemente in dottrina si è anche ritenuto che tale categoria di illegittimità sia fortemente limitata sia per via della riduzione degli ambiti di discrezionalità lasciati all'amministrazione che per via del più penetrante controllo da parte del giudice amministrativo.

In proposito ci si è spinti a ricomprendere tale vizio di legittimità in tre macro categorie:

“- la violazione dell'interesse pubblico attribuito alla norma parametro, che si registra quando, in realtà, con il provvedimento viene perseguito un interesse privato, o comunque un altro interesse pubblico, non primario; ovvero un interesse collettivo (politico, sindacale) o diffuso (sociale, lobbistico ecc.);

- la violazione dei precetti di logica (irragionevolezza, arbitrarietà del provvedimento);

- la violazione dei precetti di imparzialità (disparità di trattamento,

84 In tal senso si veda T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, p. 605 ss., il quale osserva che *“siffatta prospettazione è, del resto, univoca in dottrina. Come osserva Benvenuti, il caso dello sviamento di potere deve essere escluso dal novero delle ipotesi sintomatiche di eccesso di potere giacché in esso 'il giudice deve verificare la sussistenza di uno scopo specifico dell'atto amministrativo ai fini di controllare la validità della causa' e 'l'accertamento della insussistenza di quello scopo dimostra l'esistenza del vizio nell'elemento causale dell'atto’”*.

85 A. PUBUSA, *op. cit.*, p. 1097 ss, ricostruisce il dibattito dottrinale sorto sulla natura sostanzialistica o processualistica delle figure sintomatiche, facendo risalire la tesi sostanzialistica a F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. Dir. pubbl.*, 1950, 1 ss., precisando che le figure sintomatiche *“sarebbero nient'altro che la violazione della disciplina della funzione amministrativa, e, più precisamente, dei tre principi fondamentali che la reggono, e cioè: a) il principio di giustizia sostanziale; b) il principio della ragionevolezza dell'agire amministrativo; c) il principio dell'organizzazione amministrativa”*.

Delle stesse problematiche si da conto in G. DE CESARE, *op. cit.*, p. 93 ss., il quale tuttavia fa risalire la tesi sostanzialistica a Pappalardo.

*manifesta ingiustizia nel trattamento di una parte del procedimento a danno o vantaggio di un'altra egualmente interessata)*⁸⁶.

86 Così E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 400, il quale ritiene altresì che “*queste tre figure di eccesso di potere sono ricomprese nella violazione di legge, intesa come violazione dei principi generali dell'organizzazione e dell'azione amministrativa (v. parte prima) e, quindi, si può affermare che l'eccesso di potere in senso proprio, ossia inteso in modo tradizionale, quale giudizio di carattere sintomatico di spettanza esclusiva della giurisprudenza <<pretoria>> del Consiglio di Stato, costituisca oggi una figura tendenzialmente recessiva*”.

I.7 Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere e la loro evoluzione

Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere sono sempre state individuate dagli studiosi del diritto amministrativo, ed elaborate allo stesso tempo dalla giurisprudenza⁸⁷, per facilitare l'individuazione di tale vizio⁸⁸.

Come evidenziato in alcuni studi sull'eccesso di potere la giurisprudenza del Consiglio di Stato dei primi del 900 ha elaborato le figure sintomatiche nel momento in cui è giunta alla conclusione che la sola motivazione del provvedimento non era idonea a renderlo immune dallo stesso vizio.

La giurisprudenza, quindi, si è spinta oltre analizzando più a fondo il contenuto della motivazione al fine di indagarne i reali motivi posti a fondamento del provvedimento⁸⁹.

Autorevole dottrina, in proposito, ha chiarito che *“è stato merito soprattutto della giurisprudenza avere elaborato le figure caratteristiche dell'eccesso di potere. Tali figure tipiche non sono altro che ulteriori specificazioni dei tre schemi fondamentali (sviamento dall'interesse pubblico o dalla causa, violazione di un precetto di logica o di giustizia, vizio nella formazione della volontà), che rientrano nell'eccesso di potere. Le principali figure tipiche sono le seguenti: a) sviamento dall'interesse pubblico, b) sviamento dalla causa tipica, c) illogicità manifesta, d) contraddittorietà con precedenti manifestazioni, e) violazione di circolari⁹⁰, f) difetto di motivazione, g) disparità di trattamento, h) travisamento*

87 G. DE CESARE, *op. cit.*, p. 68 ss., studia lo sviluppo della giurisprudenza dei primi del novecento analizzando numerosissime sentenze da cui è possibile comprendere quale sia stato il passaggio logico che abbia portato il Consiglio di Stato alla creazione delle figure sintomatiche partendo dalla nozione di sviamento di potere.

88 M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 394 ss., in particolare ritiene che siano cinque: la palese ingiustizia, la manifesta illogicità, il travisamento dei fatti, la contraddittorietà dei provvedimenti e la disparità di trattamento. Si precisa, peraltro, che non si tratta di un numero limitato di figure ma che alcune siano incerte ed altre non ancora consolidate.

89 Cfr. sul punto G. DE CESARE, *op. cit.*, p. 80 ss.

90 M. CHIAPPETTA, M. DE GIORGI, (con commento di) *L'illegittimità del provvedimento per violazione di norme interne, Sacchetto (Sezione IV, decisione 26 settembre 1911, n. 558)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 110 ss. analizza una delle prime decisioni del Consiglio di Stato in materia di violazione di circolari effettuando una attenta ricostruzione dell'elaborazione giurisprudenziale di tale vizio di legittimità creato dal Consiglio di Stato prevalentemente tra gli anni '20 e '40 del novecento.

*dei fatti, i) violenza morale e dolo*⁹¹.

Esse, tuttavia, non sono né necessarie né tipiche, poiché, come noto l'eccesso di potere può essere rilevato dal giudice indipendentemente dalla loro presenza ed allo stesso tempo è possibile che sorgano nuove figure sintomatiche fino ad ora non conosciute⁹².

Più recentemente si è volta l'attenzione all'influenza che i principi fondamentali dell'agire pubblico stanno avendo sulla formazione e sull'evoluzione dell'eccesso di potere, il quale si sta trasformando sempre più da vizio ad accertamento sintomatico in vizio attinente alla violazione dei principi generali⁹³.

In proposito è stato autorevolmente chiarito che *“la differenza tra violazione di legge ed eccesso di potere, a seguito della modificazione subita da quest'ultimo, sta in questo: la prima consiste nella violazione di regole scritte e puntuali; l'eccesso di potere si ha quando la disciplina applicabile non si fonda su disposizioni specifiche e fissate in testi scritti, ma quando la disciplina che si*

91 P. VIRGA, *op. cit.*, p. 421 ss.

Il rapporto tra figura sintomatica e sussistenza effettiva del vizio è sempre stato approfondito dagli studiosi, ed a tal proposito T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, p. 616 ss., ritiene che *“il discorso si puntualizza, dunque, nel decidere -al di là dello schermo puramente descrittivo della relazione logica di sintomaticità- se la nozione di sintomo di eccesso di potere operi sul piano sostanziale o su quello processuale; se cioè, la c.d. figura sintomatica sia ipotesi autonoma e sostanziale dell'eccesso (nel qual caso sembra inutile se non contraddittorio ipotizzare un ulteriore tramite di essa e un presunto difetto di qualche elemento dell'atto) ovvero si definisca in termini meramente probatori (presunzione, indizio e così via)”*. L'autore evidenzia infine che *“limitando per il momento l'analisi della giurisprudenza, è da dire che nella grande maggioranza delle decisioni essa deduce puramente e semplicemente l'invalidità dell'atto dalla constatazione della esistenza di una figura sintomatica; operando così apparentemente in una prospettiva sostanzialistica delle figure”*.

92 Cfr. S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006, p. 166 ss., in cui si analizzano alcune figure sintomatiche di eccesso di potere derivanti dall'introduzione delle tecnologie informatiche nell'amministrazione pubblica.

93 Si veda in proposito F. G. SCOCA, *Diritto Amministrativo, Seconda edizione*, Torino, 2011, p. 295 ss., il quale, sempre a proposito della mutazione dell'eccesso di potere, ritiene che esso emerga *“cioè non più come vizio a cognizione indiretta, ossia la cui conoscenza si può raggiungere soltanto attraverso sintomi, ma viceversa attraverso un tipo di cognizione analoga alla violazione di legge”*.

Secondo A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 51 ss. *“altra trasformazione evolutiva ha riguardato, nel quarantennio che va dagli anni sessanta ad oggi, la possibilità di verificare, in via diretta, anziché attraverso il ricorso a sintomi di eccesso di potere, il rispetto di principi generali dell'azione amministrativa, quali la ragionevolezza (cfr. il caso Codacons), proporzionalità (b. il caso Società Costruzioni Generali), ecc.”*.

*assume violata va ricavata da principi, i quali, anche se scritti in testi legislativi, devono essere resi regole concrete e specifiche mediante l'opera del giudice. I principi generali sono infatti regole ad ampio raggio; regole che vivono se, in quanto e nei termini precisi in cui sono configurate dall'opera del giudice*⁹⁴.

Sempre più la giurisprudenza nel corso degli ultimi anni ha ritenuto sussistente l'eccesso di potere per la violazione dei principi generali⁹⁵, e soprattutto in materia di appalti pubblici tali sentenze hanno avuto una portata particolarmente vasta poiché molto spesso non si sono limitate a determinare conseguenze per il singolo caso ma hanno inciso su tutto il sistema⁹⁶.

Il caso forse più noto, che si avrà modo di analizzare nel corso del presente lavoro è senza dubbio quello relativo all'apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica.

Attualmente, a seguito dell'intervento del legislatore, il comma 2 dell'art. 120 del D.P.R. 207/2010, dispone che *“La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte*

94 F. G. COCA, *Osservazioni sparse sull'invalidità del provvedimento*, in P. PIRAS (a cura di), *Incontri sull'attività amministrativa e il procedimento, itinerari di un percorso formativo*, Torino, 2006, p. 147.

95 Tra i numerosi commenti ai principi costituzionali che regolano l'agire della Pubblica Amministrazione si veda V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO, *Compendio di diritto costituzionale*, a cura di, Milano, 2014, p. 336 ss.

Con riferimento all'influenza dei principi generali L. TARANTINO, *L'invalidità del provvedimento amministrativo tra rule of law e principio di legalità*, in *Urbanistica e Appalti*, 12/2013, p. 1246 ss., analizzando in una prospettiva comparatistica l'invalidità del provvedimento rileva che la complessità sociale del XX secolo determina l'impossibilità per la legge di disciplinare ogni singolo aspetto della società e precisa che *“si sviluppa in quest'ambiente la nozione di discrezionalità amministrativa, quale strumento di ponderazione dei molteplici interessi che giungono di fronte all'amministrazione procedente. Da ciò deriva, da un lato, che la disciplina amministrativa non rinviene i propri precetti solo nella norma scritta, ma anche nei principi generali”*.

96 In merito all'influenza delle decisioni del Consiglio di Stato all'interno del nostro ordinamento G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 12 ss., hanno puntualizzato che sia nell'ordinamento italiano che in quello francese le decisioni del Consiglio di Stato e del *Conseil d'Etat* hanno colmato lacune legislative, introdotto regole e principi al di là di quanto previsto dalla legge stessa, in poche parole, dunque, *“è stato il giudice amministrativo, in definitiva, a creare un sistema di regole speciali relative ai rapporti tra amministrazione e cittadino”*.

Come si è dato contezza in tale lavoro l'opera della giurisprudenza continua tuttora, e come rilevano gli autori, tale funzione non si è interrotta nel corso del Novecento.

tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti”, tuttavia, prima dell'entrata in vigore di tale disposizione, all'interno del nostro ordinamento non vi era alcuna disposizione, né di legge né come in questo caso regolamentare, che disponesse l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche e ciò nonostante, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁹⁷ ha ritenuto illegittimo l'operato di una Stazione Appaltante che non aveva seguito tale semplice adempimento a presidio del principio di trasparenza⁹⁸ negli appalti pubblici.

In maniera analoga la recente giurisprudenza, sempre in materia di appalti, ha ritenuto necessaria, già in sede di presentazione dell'offerta, a differenza di quanto imposto dalle norme di settore, l'indicazione dell'impresa subappaltante nel caso si tratti di un appalto c.d. 'necessario'⁹⁹.

97 L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 13 del 4 luglio 2011, la quale ha affermato il principio secondo cui *“con specifico riguardo al quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria, va sottolineato che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di approfondire le tematiche delle operazioni preliminari da svolgere in seduta pubblica, affermando che la “verifica della integrità dei plichi” non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; 10 novembre 2010, n. 8006; 4 marzo 2008, n. 901; sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856; sez. V, 3 dicembre 2008, n. 5943; sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427). L'Adunanza Plenaria ritiene che la regola affermata dalla giurisprudenza appena richiamata costituisca corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento”*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

98 Cfr. G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5945 ss., osserva che *“la trasparenza dell'amministrazione non è dunque un istituto giuridico bensì un modo di essere dell'amministrazione, un obiettivo da raggiungere con vari mezzi, direttamente o indirettamente finalizzati alla sua realizzazione, come il diritto di accesso o la partecipazione al procedimento amministrativo”*.

99 Si veda da ultimo, tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 944 del 25.02.2015, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

Inoltre le figure sintomatiche, le quali per comune sentire non sono mai state ritenute un numero chiuso¹⁰⁰, alla luce delle innovazioni tecnologiche che stanno interessando le amministrazioni pubbliche nel loro complesso, sono destinate a mutare parzialmente a causa dell'ingresso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione¹⁰¹, tali aspetti verranno comunque maggiormente approfonditi nel secondo capitolo del presente lavoro.

100 Tra i numerosi autori, si veda S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 349 ss., il quale elenca schematicamente le figure sintomatiche “avvertendo che non esiste un numero chiuso di figure sintomatiche, avendo il giudice scelto proprio la strada di usarle come mezzi al fine di rendere più penetrante il sindacato sull'atto e sul procedimento amministrativo”.

Le figure individuate dall'autore sono: *la contraddizione tra motivi e dispositivo, la contraddizione tra provvedimenti, l'illogicità, l'ingiustizia manifesta, la disparità di trattamento, lo sviamento di potere, il travisamento dei fatti, l'elusione del giudicato* (in cui l'autore richiama la sentenza del Cons. giust. Amm. Reg. sic., 21 aprile 1983, n. 48, secondo cui “perché si concreti il vizio di eccesso di potere per elusione del giudicato, occorre che l'amministrazione adotti provvedimenti o tenga comportamenti deliberati ad aggirare il deliberato sfavorevole del giudice ed a conseguire un'utilità analoga a quella che le è stata ormai definitivamente preclusa dal giudicato stesso”), *la proporzionalità*. Alcune di tali figure, a seguito della novella della legge n. 241/1990 sono rientrate nell'ipotesi di nullità quale appunto la violazione o l'elusione del giudicato (art. 21 *septies*), mentre altre, quale la violazione della proporzionalità, si riferisce senza dubbio alla violazione dell'omologo principio e dunque si inquadra nell'evoluzione dell'eccesso di potere evidenziata nel presente lavoro.

101 S. PUDDU, *op. cit.*, p. 168, pone in luce che “*le patologie provvedimentali riscontrabili in tale contesto presentano pertanto una connotazione, se non nuova, quantomeno peculiare. Invero, si tratta perlopiù di anormalità che inficiano 'la coerenza e l'attendibilità del processo decisionale', riconducibili, pertanto, all'eccesso di potere; ciò che muta con l'informatizzazione è la causa dello sviamento del potere autoritativo o, se si preferisce, del suo anomalo esercizio. Come si vedrà, la giurisprudenza ha ricondotto, spesso con notevoli sforzi, tali evenienze alle figure sintomatiche, dell'illogicità o della carenza di istruttoria, proprie dell'atto cartaceo, dando origine ad orientamenti eterogenei e spesso contrastanti*”.

I.8 La motivazione del provvedimento e l'eccesso di potere

Con riferimento alla motivazione del provvedimento amministrativo la dottrina¹⁰², nel corso dei decenni precedenti all'introduzione di un obbligo generalizzato di motivazione, si è sempre interrogata sulla legittimità dei provvedimenti nei casi in cui essa mancasse o fosse insufficiente¹⁰³, tuttavia, è stata l'opera interpretatrice della giurisprudenza a creare fin dai primi del novecento le basi per la creazione dell'istituto attuale¹⁰⁴.

Si riteneva che fosse da escludersi un obbligo motivazionale nei casi di attività amministrativa totalmente vincolata¹⁰⁵, ovvero, che vi era una discrezionalità amministrativa che non incontrava alcun limite.

Mentre, al contrario, vi era un chiaro obbligo di motivazione del provvedimento nei casi in cui il potere dell'amministrazione si imbatteva in limiti giuridici, ossia, nei casi in cui le scelte dell'amministrazione non fossero totalmente discrezionali (giudizi delle commissioni di concorso), in quelli in cui venivano sacrificate posizioni soggettive riconosciute dall'ordinamento o si

102 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3741 ss.

103 Secondo una tra le teorie avanzate dalla dottrina si riteneva che ove la motivazione fosse obbligatoria dovesse anche essere sufficiente, mentre nei casi facoltativi, e fosse stata apposta, avrebbe reso sindacabili i motivi enunciati, in tal senso M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 395.

104 Una tra le prime sentenze in cui la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha affermato l'obbligatorietà della motivazione è sicuramente la decisione 17 maggio 1907, n. 178. In proposito M. CHIAPPETTA, (con commento di) *L'obbligo di motivazione del provvedimento, Società di navigazione generale italiana (Sezione IV, decisione 17 maggio 1907, n. 178)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 101 ss., ha rilevato che in tale decisione "il Consiglio di Stato ha sottolineato, in assenza di un espresso riferimento normativo, la necessità della motivazione dei provvedimenti amministrativi in relazione <<all'indole del procedimento>> e <<alla natura degli interessi in conflitto>>. [...] Il giudice ha descritto, poi, la nozione di motivazione sufficiente. Per evitare di incorrere nel difetto di motivazione, non è sufficiente che il provvedimento indichi <<la procedura seguita e le circostanze di cui si è tenuto conto>>. È necessario, infatti, spiegare <<per quale motivo, fatto, circostanza o apprezzamento si adottava quella soluzione e non altra>>, esponendo <<la ragione del decidere (...) in modo preciso e completo>>. Sono stati evidenziati, in tal modo, i primi caratteri della congruità e sufficienza della motivazione".

105 Cfr. tra i tanti F. BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991, p. 68.

negasse l'autorizzazione all'esercizio di diritti¹⁰⁶.

Le ragioni dell'introduzione dell'obbligo di motivazione sono state individuate nella necessità di “*consentire al cittadino interessato ed al giudice di valutarne la legittimità*”¹⁰⁷.

Con l'entrata in vigore della legge n. 241/1990 è stato codificato il principio generale dell'obbligatorietà della motivazione¹⁰⁸, per quanto sussistessero comunque numerose disposizioni speciali che imponessero un obbligo in tal senso, tuttavia, la dottrina ha evidenziato che in svariate ipotesi la giurisprudenza ha continuato a ritenere il difetto di motivazione una fattispecie ricadente all'interno dell'eccesso di potere e non della violazione di legge¹⁰⁹.

Ci si è anche interrogati spesso se l'eventuale difetto di motivazione possa integrare una fattispecie di violazione di legge ovvero una figura sintomatica di eccesso di potere, poiché a seconda che si ritenga sussistente una ipotesi o l'altra le conseguenze saranno estremamente differenti.

Difatti, ove dovessimo ritenere il difetto di motivazione violazione di legge il giudice amministrativo non potrebbe far altro che ritenerlo illegittimo, mentre, ove tale vizio dovesse ricadere all'interno dell'eccesso di potere, il giudice potrebbe anche non ritenere illegittimo il provvedimento “*ma dovrebbe (comunque) indagare se -da altri atti dello stesso procedimento ovvero dallo*

106 Così A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo, Settima edizione*, Napoli, 1962, p. 350 ss.

107 Così F. BASSI, *op. cit.*, p. 69, il quale osserva altresì che “*quando dall'esame del provvedimento impugnato (motivazione compresa) e dei relativi atti procedurali emerge che l'autorità amministrativa è caduta in un vizio logico, l'accertamento della situazione reale sottostante non appare più necessitato. E ciò in quanto la violazione del principio di ragionevolezza è sufficiente a fondare una pronuncia di annullamento del provvedimento impugnato in considerazione del fatto che la sussistenza del vizio logico fa quanto meno dubitare sulla correttezza della scelta discrezionale operata dall'autorità amministrativa*”.

108 Cfr. A. ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994, p. 37 ss.

109 Si veda in tal senso P. M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997, p. 107 ss.

In maniera analoga anche A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 51, osserva che nel corso degli anni moltissime figure sintomatiche siano state codificate dal legislatore, come è avvenuto appunto per l'obbligo di motivazione ex art. 3 legge n. 241/90, ed afferma che “*in alcune decisioni il Consiglio di Stato ha continuato a considerare come integrante il vizio di eccesso di potere e, cioè, più come sintomo di vizio sostanziale, che come elemento di illegittimità formale*”.

stesso contenuto del provvedimento considerato- possano comunque ricavarsi le ragioni poste a base della scelta compiuta e solo ove detta scelta risulti infruttuosa, ovvero dimostri l'irrazionalità della scelta compiuta, potrebbe concludere per l'illegittimità della decisione adottata”¹¹⁰.

L'insufficienza della motivazione deve essere intesa sia in senso qualitativo che quantitativo, ed essa, come disposto dall'art. 3 della legge n. 241/1990, “*deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria*”¹¹¹.

A seguito dell'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo è stato posto l'accento sulla funzione che essa svolge all'interno del procedimento e dell'ordinamento¹¹², ossia garantire la trasparenza e la conoscibilità dell'azione amministrativa, e perciò la motivazione non può più “*essere considerata come un semplice requisito formale dell'atto valido, ma come strumento di esternazione attraverso cui si estrinseca la sintesi della funzione amministrativa realizzata dal procedimento*”¹¹³.

110 Così A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 229, il quale peraltro rileva anche che “*ciò significa che muovendosi nell'ambito dell'eccesso di potere, la motivazione risulta superflua, e la sua mancanza non invalida l'atto, qualora la potestà discrezionale possa comunque ritenersi correttamente esercitata*”.

111 G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241/90)*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, I*, Napoli, 2001, p. 289 ss., effettua una scrupolosa analisi della giurisprudenza a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 241/90 e si sofferma anche a precisare le differenze di approccio della giurisprudenza all'obbligo di motivazione prima dell'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo. L'autore rileva che fin dagli anni '70 la motivazione era ritenuta necessaria soltanto per talune categorie di atti: “*a) per gli atti restrittivi della sfera giuridica del cittadino; b) per i provvedimenti negativi (quelli che di detta sfera rifiutavano un ampliamento); c) per gli atti di riesame; d) per le decisioni amministrative; e) per gli atti valutativi o di giudizio; e, infine, f) per gli atti con i quali l'amministrazione compiva una scelta in deroga a limiti variamente frapposti alla sua discrezionalità*”.

112 A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo II, Milano, 1994, p. 1595, osserva che “*la funzione 'democratica' della motivazione è sicuramente alla base della generalizzazione del dovere di motivare le sentenze, e spinge ad introdurre un analogo dovere anche nei confronti degli atti legislativi. Per quanto concerne i provvedimenti dell'amministrazione, tale funzione può con certezza rinvenirsi nella disciplina della motivazione degli atti amministrativi di numerosi paesi stranieri, e non era sconosciuta -già prima della l. n. 241/90- al nostro stesso ordinamento, almeno in ambito regionale*”.

113 M. DE PAOLIS, *La struttura del provvedimento amministrativo*, in T. AUTIERI, M. DE

Ratio della motivazione è dunque garantire un controllo generalizzato da parte dei soggetti interessati dell'agire dell'amministrazione attraverso l'esternazione, nella motivazione stessa, del bilanciamento di interessi operato nel provvedimento finale all'esito delle risultanze istruttorie¹¹⁴.

Data dunque l'importanza di tale elemento essenziale del provvedimento amministrativo è agevole comprendere quale sia l'importanza dello studio e dell'approfondimento della patologia della motivazione¹¹⁵.

A seguito dell'introduzione dell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione si è posto il problema della possibilità dell'elaborazione della motivazione da parte dei programmi informatici¹¹⁶.

PAOLIS, R.E. MARCHESE, V. MASCELLO, G. SCHETTINO, S. TERRADOS MOLLEDO, *La motivazione del provvedimento amministrativo, Raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, con il coordinamento di M. DE PAOLIS, Padova, 2002, p. 10, in cui l'autore riassuntivamente ritiene che *“la motivazione è l'estrinsecazione delle modalità di esercizio della funzione amministrativa, nel suo duplice aspetto di temperamento degli interessi e di investimento in favore della collettività”*.

114 S. PUDDU, *Riflessioni sulla motivazione successiva del provvedimento amministrativo*, in *Studi economico – giuridici Volume LIX 2001-2002, In memoria di Franco Ledda*, II, Torino, 2004, p. 1016 ss., ritiene che la motivazione svolga ormai una funzione che si spinge ben oltre il mero aspetto garantista, assicurando anche, indirettamente, la trasparenza e l'imparzialità dell'agire.

115 ROMANO, art. 26, Testo Unico delle leggi sul Consiglio di Stato r.d. 26 giugno 1924 n. 1054, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, p. 1206, ritiene che *“la motivazione del provvedimento, o, se si preferisce, la sua mancanza, il suo difetto, è dopo il principio di ragionevolezza delle scelte discrezionali amministrative, il secondo angolo visuale maggiormente comprensivo dei casi di eccesso di potere: in quanto questi si caratterizzi sempre più come irrazionalità di queste scelte medesime, via via che se ne vengono descrivendo le figure; nelle quali il giudice amministrativo rilevi elementi, e di solito anomalie, che può valutare come sintomi di irrazionalità; e se la motivazione è o strumento che l'amministrazione ha a disposizione per togliere a quegli elementi e anomalie questo significato, ogni caso nel quale il giudice amministrativo ritiene sussistente l'eccesso di potere, può essere visto anche come un caso di mancanza, insufficienza o comunque difetto di motivazione”*.

116 Per un approfondimento sul tema della motivazione degli atti automatici si veda D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata, profili giuridici*, Rimini, 2005, p. 124 ss.

I.9 L'eccesso di potere ed i principi generali dell'ordinamento, il caso dell'apertura in seduta riservata delle offerte tecniche all'attenzione della Plenaria n. 13/2011

Come già accennato, la rilevanza dei principi generali dell'ordinamento è ormai del tutto evidente e la giurisprudenza, attraverso la sua opera interpretativa ed innovativa, sta, di fatto, procedendo ad introdurre nuove regole procedurali che talvolta trovano conferma nella successiva opera del legislatore¹¹⁷.

Tale opinione non è del tutto nuova, ma forse negli ultimi anni, soprattutto nel campo del diritto amministrativo, sta assumendo maggiore rilievo.

In proposito era, ed è, opinione condivisa quella secondo cui *“la situazione di confusione e di disordine determinata dall'incongrua formulazione dei testi legislativi ha per conseguenza il paradosso per cui coloro che dovrebbero essere chiamati soltanto ad eseguire ed applicare le leggi, i burocrati e i giudici, suppliscono al legislatore spesso con indebite interpretazioni correttive”*¹¹⁸.

117 Lo strettissimo rapporto tra giurisprudenza ed interventi legislativi viene evidenziata a livello comunitario da P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2015, p. 134 ss., in cui si evidenzia che *“la nuova direttiva in materia di appalti pubblici, dopo aver preliminarmente riconosciuto il loro ruolo fondamentale nell'ambito della strategia Europa 2020, giustifica l'intervento di modifica della disciplina vigente con l'esigenza di incorporare alcuni principi della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e prosegue nella linea già intrapresa su trasparenza, semplificazione e innovazione”*.

Per un ulteriore approfondimento si veda anche R. CARANTA, D. C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 5/2014, p. 493 ss.

118 Così G. STERLICCHIO, *La collaborazione del Consiglio di Stato alla funzione legislativa: prospettive di sviluppo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, p. 77 ss.

L'autore ritiene altresì che *“muovendo da queste premesse, l'insegnamento che ci viene da alcuni ordinamenti stranieri, nonché, per limitarci al nostro ordinamento, dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente e dai meditati suggerimenti formulati, in epoca successiva, dalla dottrina più accorta, è nel senso di individuare soluzioni, che, senza neppure scalfire la sovranità del Parlamento, ne riducano le difficoltà, assicurando, da un lato, una maggiore perfezione tecnica della normazione di livello legislativo e riducendone, dall'altro, l'ambito, là dove appaia costituzionalmente possibile”*.

La ricerca della riduzione degli spazi di discrezionalità lasciati all'amministrazione, che di sovente vengono colmati dai principi introdotti dalla giurisprudenza amministrativa, come avvenuto nel caso risolto dall'Adunanza Plenaria n. 13/2011, porterebbero molta più certezza del diritto riducendo, contestualmente anche il contenzioso che si crea in materia molto

Uno tra i casi che hanno creato più incertezza giuridica¹¹⁹, soprattutto poiché aveva ad oggetto la disciplina delle procedure ad evidenza pubblica, è stato analizzato e risolto dall'Adunanza Plenaria¹²⁰ del Consiglio di Stato n. 13/2011¹²¹, la quale ha affermato il principio dell'obbligatorietà dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica e non riservata, come prima, invece, era concesso¹²².

sensibili, quale ad esempio il settore degli appalti pubblici.

119 Cfr. E. CASTORINA, *'Certeza del diritto' e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio comune*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino, Volume I*, Padova, 2001, p. 370, analizzando il concetto di certezza del diritto l'autore evidenzia che essa "richieda 'precisione o determinatezza della fattispecie', tanto nel momento della produzione (chiarezza e precisione della norma), quanto nell'applicazione del diritto (prevedibilità ed affidamento dei destinatari in ordine alla stabilità dei comportamenti degli organi a ciò deputati), lasciando sottintendere, comunque, che un preciso interesse alla certezza dei rapporti giuridici presieda all'esercizio delle attribuzioni dei diversi poteri dello Stato, nelle svariate occasioni in cui essi, nella determinazione delle esigenze da soddisfare, si imbattano con le posizioni giuridiche soggettive dei destinatari". Duole osservare, a proposito della nozione di certezza del diritto, che attualmente all'interno dell'ordinamento italiano non si rinvenga tale certezza né nel momento di produzione delle norme, né, tanto meno, nel momento applicativo, dal momento che sempre più la giurisprudenza amministrativa ha assunto un ruolo da protagonista nella creazione del diritto vivente.

Cfr. sempre con riferimento all'incertezza del diritto F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010, p. 60 ss., il quale analizzando i problemi di incertezza legislativa con cui quotidianamente ci si trova osserva che le principali cause di tale stato di cose sarebbero da individuare "nell'ipertrofia delle leggi" e nella "perdita di generalità ed astrattezza delle leggi". L'autore giunge alla conclusione che l'aumento esponenziale delle fonti oltre alla legge statale "è agevolato dalla refrattarietà alla codificazione del diritto amministrativo, che ha consentito il pur prezioso formarsi del c.d. diritto giurisprudenziale".

120 A proposito dell'importanza assunta dalle sempre più frequenti decisioni Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si rende necessario effettuare un breve inciso sull'importanza delle pronunce dei Giudici Amministrativi di primo grado alla luce dell'art. 99 del codice del processo amministrativo. Il comma 3 di tale norma, difatti, stabilisce che "Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso".

Il Consiglio di Stato, pertanto, non si potrà discostare autonomamente da un principio affermato in precedenza dall'Adunanza Plenaria, potrà rimettere a quest'ultima la questione con ordinanza motivata soltanto qualora sussistano determinati requisiti.

A tal proposito, il comma 1 dell'art. 99 del codice del processo amministrativo precisa che "La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria".

Per una analisi storica dello sviluppo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato fin dalle sue origini si veda L. LEVI SANDRI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato, III*, Roma, 1981, p. 1299 ss.

121 Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 4 luglio 2011, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

122 A. VALLETTI, *La pubblicità delle sedute di gara si estende all'offerta tecnica*, in

L'obbligatorietà di svolgere tali adempimenti in seduta pubblica non era prevista da nessuna norma e le amministrazioni procedevano di volta in volta 'in ordine sparso'¹²³, poiché l'obbligo di aprire le buste alla presenza delle imprese partecipanti sussisteva solo ed esclusivamente per la documentazione amministrativa e l'offerta economica¹²⁴.

Tuttavia, la giurisprudenza ha affermato che si debba rispettare il principio di pubblicità e di trasparenza in qualsiasi fase della procedura chiarendo che qualsiasi documento debba fare ingresso all'interno della gara rispettando i suddetti principi, anche per evitare eventuali manomissioni, difficilmente dimostrabili *ex post*¹²⁵.

Urbanistica e Appalti, 11/2011, p. 1314 ss. Analizza l'importa pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 13/2011.

123 Il problema affrontato in questo paragrafo relativo alla problematica dell'obbligatorietà dell'apertura in seduta pubblica delle offerte tecniche ha suscitato numerosissimi commenti a tale sentenza dell'Adunanza Plenaria ed al successivo intervento legislativo. In proposito C. DE PORTU, *Apertura dell'offerta tecnica: novità giurisprudenziali e normative*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2013, p. 129, ha esposto tale problema rilevando che “*il Massimo Consesso del g.a., deputato ex art. 99 c.p.a. A esprimere 'il principio di diritto' nelle questioni controverse, ha fatto proprio l'orientamento -che, invero, pareva minoritario- secondo il quale le buste contenenti le offerte tecniche devono essere aperte in seduta pubblica. La conseguenza -drammatica- del suddetto arresto giurisprudenziale è stata, non solo l'annullamento dell'aggiudicazione e della gara interessante la fattispecie in quella sede decisa, ma anche di molte altre gare dove, similmente, le stazioni appaltanti, alla luce di una prassi consolidata e in difetto di diverse indicazioni normative, avevano proceduto ad aprire le buste in seduta riservata anziché pubblica*”.

124 Cfr. S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, (a cura di) G. PASQUINI, A. SANDULLI, Milano, 2001, p. 1 ss., il quale affronta il tema dell'influenza del Consiglio di Stato nel nostro ordinamento osservando che “*la nozione di interesse pubblico, quella di organo, quella di ente pubblico, le figure e i tipi di illegittimità e, per converso, i principi dell'azione amministrativa, la propria configurazione come giudice e la natura dispositiva del processo che si svolge dinanzi ad esso, tutto questo e molto altro ancora è opera della giurisprudenza del Consiglio di Stato*”. L'autore evidenzia altresì che “*Il Consiglio di Stato come creatore di norme è fenomeno sempre segnalato nella scienza giuridica italiana, ma mai autenticamente studiato. In questo senso, la scienza del diritto amministrativo si è uniformata all'impostazione positivista prevalente, rimanendone prigioniera, nonostante che il diritto amministrativo non presentasse, nel suo sviluppo, gli stessi caratteri degli altri rami del diritto (predominio della norma ovvero posto centrale dell'autonomia privata)*”.

125 V. GASTALDO, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2014, p. 1017, a proposito dei principi affermati dalla Plenaria n. 13/2011, precisa che “*la verifica dell'integrità dei plichi, infatti, non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentale trovi correttamente ingresso nella procedura di gara. La pubblicità delle sedute risponde, quindi, all'esigenza di garantire la parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere*

Nella Plenaria n. 13/2011 sono state analizzate le tesi secondo cui non sarebbe stato possibile procedere ad una dichiarazione di illegittimità dell'operato della p.a. nel momento in cui tale onere procedimentale non era imposto da alcuna disposizione, tuttavia, la Plenaria ha ritenuto di poter applicare direttamente i principi generali dell'ordinamento nazionale e soprattutto comunitario¹²⁶, come sopra richiamati¹²⁷.

permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche l'interesse pubblico alla trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa: infatti, il mancato rispetto dell'esistenza di tali condizioni produrrebbe conseguenze negative nei confronti di queste esigenze difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in assenza di un riscontro immediato”.

126 In tal senso C. DE PORTU, *op. cit.*, p. 134, specifica che “*il leit motiv della pronuncia è costituito dal richiamo al principio di pubblicità delle gare d'appalto, principio che si radica in termini generali nella Carta fondamentale (art. 97), ma, sottolinea particolarmente il Giudice Superiore, proprio con riguardo agli appalti, anche nel diritto comunitario (dir. 2004/17, art. 10; dir. 2004/18, art. 2)*”.

127 A tal proposito i Supremi Giudici hanno chiarito che “*L'indirizzo frequentemente seguito dalle Sezioni giurisdizionali, nel senso – come ricordato dall'ordinanza di rimessione - del riconoscimento di un preciso obbligo di svolgimento in seduta pubblica, a pena di illegittimità della procedura, delle operazioni di apertura delle sole buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, è certamente sorretto da puntuali previsioni normative di pubblicità (artt. 64, comma 5, 67, comma 5, 91, comma 3, d.P.R. n. 554 del 1999, applicabile alla fattispecie ratione temporis, e ora d.P.R. n. 207 del 2010, artt. 117, 119, comma 6, 120, comma 2), che non si rinvergono con riguardo all'apertura della busta dell'offerta tecnica.*

I dati normativi citati, imponendo la valutazione dell'offerta tecnica in seduta riservata, senza dettare alcun precetto in ordine all'apertura del plico, sembrano accreditare l'avviso che tale operazione, diversamente da quanto ritenuto e disposto per la busta della documentazione amministrativa e quella dell'offerta economica, non debba necessariamente svolgersi in seduta pubblica e sia tacitamente rinviata al momento della valutazione di merito in separata sede.

4. Occorre tuttavia verificare se tale conclusione sia compatibile con un riscontro di ordine sistematico condotto alla stregua dei principi che reggono l'affidamento degli appalti pubblici, ed in particolare quello di pubblicità.

Il principio di pubblicità delle gare per i contratti pubblici è radicato in canoni di diritto comunitario e interno costantemente applicati dalla giurisprudenza amministrativa.

In proposito è agevole il richiamo, oltre che all'art. 97 della Costituzione, alle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, da cui è scaturito il Codice italiano dei contratti pubblici, le quali agli articoli, rispettivamente, 10 e 2, stabiliscono, con espressione di portata ineludibile: “Le amministrazioni aggiudicatrici ... agiscono con trasparenza”.

“La pubblicità delle sedute è la principale manifestazione della trasparenza amministrativa ...”, – afferma una decisione della Sezione remittente (16 giugno 2005 n. 3166), poi confermata dal d.lgs. n. 163 del 2006, che, nel recepire le Direttive ricordate, all'art. 2, comma 1, specifica il precetto comunitario imponendo che l'aggiudicazione degli appalti pubblici avvenga nel rispetto del principio, oltre che di trasparenza, di “pubblicità con le modalità indicate dal presente codice”. E se è vero che il d.lgs. n. 163 non enuncia direttamente alcuna regola specifica in materia di svolgimento delle sedute di gara, per un verso, al comma 3 dello stesso art. 2 rende applicabili le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990 “per tutto quanto non espressamente previsto nel presente codice”; per altro

Il predetto orientamento giurisprudenziale ha dunque introdotto una regola procedimentale nuova all'interno delle procedure ad evidenza pubblica sulla base di una interpretazione dei principi di pubblicità e trasparenza e tale disciplina è

verso, rimette al regolamento la disciplina delle modalità con le quali devono operare le commissioni che procedono alla scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 84). Sul richiamo alla trasparenza nella disciplina del procedimento amministrativo non è il caso di indugiare.

Quanto alla normativa regolamentare, l'attenta analisi che ne ha condotto la giurisprudenza, sia con riguardo all'art. 89 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 che al d.P.R. n. 554 del 1999 in materia di appalti di lavori pubblici (sez. V, 9 ottobre 2002 n. 5421, 16 giugno 2005 n. 3166; 11 maggio 2007 n. 2355), pur rilevando l'insufficienza dei dati normativi disponibili, è pervenuta alla conclusione, confortata anche dall'orientamento della giurisdizione contabile (Corte dei conti, sez. contr. St., 9.12.1999, n. 108), secondo cui, onde stabilire la necessità o meno di rendere pubbliche le operazioni compiute in determinate fasi di un procedimento amministrativo finalizzato alla scelta di un contraente, occorre distinguere il momento inderogabile, costituito dall'apertura dei plichi contenenti le offerte, che è operazione preliminare, rispetto alla diversa operazione costituita dalla valutazione delle offerte stesse che, invece, a certe condizioni, può svolgersi senza la presenza delle parti.

Il regolamento di attuazione del codice degli appalti (d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207), confermando nella sostanza la disciplina già dettata dal d.P.R. n. 554 del 1999, risulta orientato a garantire la pubblicità per tutte le operazioni di gara, compresa la comunicazione dell'eventuale anomalia dell'offerta (art. 121), e prevede la seduta riservata per le valutazioni di natura tecnico-discrezionale.

Nel senso che si debba comunque svolgere in pubblico la verifica della integrità di tutti i plichi contenenti l'offerta presentata, con esplicita menzione anche di quello riguardante l'offerta tecnica, si è pronunciata anche la giurisprudenza successiva (Cons. Stato, sez. V, 23 dicembre 2010, n. 8155; 28 ottobre 2008 n. 5386; sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856).

5. Ciò premesso, e con specifico riguardo al quesito sottoposto all'Adunanza Plenaria, va sottolineato che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di approfondire le tematiche della operazioni preliminari da svolgere in seduta pubblica, affermando che la "verifica della integrità dei plichi" non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; 10 novembre 2010, n. 8006; 4 marzo 2008, n. 901; sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856; sez. V, 3 dicembre 2008, n. 5943; sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427).

L'Adunanza Plenaria ritiene che la regola affermata dalla giurisprudenza appena richiamata costituisca corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento".

stata poi recepita altresì dal legislatore nazionale¹²⁸, il quale ha provveduto a modificare il D.P.R. 207/2010 (Regolamento Appalti), novellando l'art. 120, comma 2¹²⁹.

Tale previsione regolamentare ha generato non pochi dubbi in giurisprudenza e dottrina¹³⁰ che sono stati affrontati nuovamente dal Consiglio di

128 Tale tendenza è stata analizzata molto spesso dalla dottrina. In proposito si evidenzia che A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo II, Milano, 1994, p. 1589, afferma che “*le riforme legislative concernenti l'azione, e più ancora il processo amministrativo, si traducono in genere, in Italia, nella codificazione degli orientamenti emersi al riguardo in giurisprudenza. Anche le innovazioni normative più radicali, pertanto, difficilmente impongono all'interprete una profonda revisione del proprio bagaglio concettuale: per cogliere il senso della nuova disciplina, nata sotto il segno della continuità, piuttosto che della rottura, è di solito sufficiente prestare attenzione al dibattito (anche dottrinale, ma soprattutto) giurisprudenziale degli anni immediatamente precedenti la novella*”. Tuttavia l'autore osserva che la legge n. 241/1990 fa eccezione a tale prassi.

129 L'art. 120, comma 2, del Regolamento appalti prevede testualmente che “*La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti*”.

Circa l'interpretazione di tale norma si è pronunciata l'Adunanza Plenaria n. 8/2013, ed un commento alla stessa è stato effettuato da R. RUSSO, *L'irretroattività ex lege della Plenaria n. 13/2011*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2014, p. 205 ss.

130 C. DE PORTU, *op. cit.*, p. 137, si occupa dell'incertezza derivante dall'intervento normativo successivo all'Adunanza Plenaria n. 13/11 e rileva numerosi aspetti critici, difatti, egli rappresenta che “*una delle ragioni probabilmente fondanti l'intervento normativo di cui all'indicato art. 12 D.L. spendig review è da individuare nella ritenuta esigenza di 'salvare' le procedure in corso dagli effetti dirompenti della pronuncia dell'Adunanza Plenaria. Con il comma 3 del suddetto art. 12, infatti, si è stabilito che 'i commi 1 e 2' (cioè appunto quelli con cui si era statuito positivamente l'obbligo di apertura in seduta pubblica delle buste contenenti l'offerta tecnica) 'si applicano alle procedure per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche alla data di entrata in vigore del presente decreto'. Ergo, solo dall'8 maggio 2012 vi sarebbe stato tale obbligo; prima no. Le Amministrazioni con procedure in corso, e che non avevano osservato il precetto di aprire in seduta pubblica le buste in questione, quindi, potevano tirare un sospiro di sollievo*”.

Vi è stato, dunque, un lungo periodo, se si considera che l'operatività del principio espresso dalla Plenaria n. 13/11 ha avuto effetti dirompenti in numerosissime gare d'appalto in corso o appena concluse di assoluta incertezza.

È dunque di tutta evidenza che l'incertezza del diritto ricorra ormai sovente, come accaduto in tale ipotesi in cui la predetta norma introdotta dal legislatore all'interno del Regolamento Appalti abbia ingenerato ulteriori dubbi anziché fugarli.

Ulteriori considerazioni critiche sono state svolte da R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 8-9/2012, p. 857, secondo cui “*la previsione del D.L. sembrerebbe, pertanto, voler escludere la necessità di pubblicità per il caso di plichi aperti prima della sua entrata in vigore, e dunque voler incidere su eventuali contenziosi pendenti, in funzione di riduzione della spesa pubblica, evitando alle amministrazioni le condanne al risarcimento del danno. Tuttavia per il passato vale l'orientamento già espresso, nello stesso senso, dalla Plenaria n. 13/2011, e dunque non sembra che il D.L. Sopravvenuto possa trasformare in disposizione innovativa valevole ex nunc una regola già enucleata dalla*

Stato¹³¹, il quale si è pronunciato affermando che *“reputa il Collegio che l’art. 12 del d.l. 52/2012 valga a tenere fermi gli effetti delle procedure già chiuse o di quelle ancora pendenti, dove le buste siano state già aperte alla data del 9.5.2012, sebbene ciò sia avvenuto in seduta riservata; e che tale soluzione di diritto transitorio sia immune da vizi di costituzionalità o di incompatibilità*

giurisprudenza dal diritto previgente”.

Un ulteriore approfondimento sul tema dell'incertezza del diritto amministrativo vi viene fornito da C. FARALLI, *Il 'diritto alla certezza' nell'età delle decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino, Volume I*, Padova, 2001, p. 626 ss., il quale sostiene che *“la nota tipica della legislazione odierna è il 'compromissismo', che fa sì che la legislazione da attività razionale si trasformi in coacervo di provvedimenti occasionali. Tutto ciò ha portato ad una crescita incontrollata della produzione normativa attraverso testi spesso tra di loro scarsamente coordinati, pieni di formulazioni vaghe, equivocate ed ambigue, frutto di incerte e precarie mediazioni politico-partitiche”.* L'analisi impeccabile dell'autore, che tratteggia un sistema giuridico dai contorni sempre più indefiniti, continua con l'analisi dei fattori che hanno portato a tal punto il diritto italiano nel suo complesso: l'amplissimo numero di leggi, le c.d. clausole di abrogazione innominata, il fenomeno 'dell'intreccio di leggi', l'utilizzo di un linguaggio impreciso ed atecnico, l'utilizzo della decretazione d'urgenza, e l'eccessiva produzione di leggi di dettaglio.

Il medesimo autore, p. 629 ss., in tale contesto, analizza altresì la figura del Giudice osservando che *“è venuto così progressivamente cambiando: nei sistemi di civil law i giudici si trovano oggi ad affrontare problemi analoghi a quelli di un judge made law, ma senza il retroterra culturale dei paesi di common law e la giurisdizione da luogo di applicazione e interpretazione della legge, nel senso di sussunzione di un caso specifico sotto una norma, è divenuta luogo di creazione di diritto nuovo. Infatti la produzione legislativa, come si è sopra detto, sempre più abbondante, caotiva, continuamente modificata, piena di formule oscure e compromissorie, lascia aperti margini molto ampi di creatività da parte del giudice”.*

131 Consiglio di Stato, Sez. III, 31 dicembre 2012, n. 6714, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

Oltre a tale sentenza l'Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 31 del 31 luglio 2012, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, ha stabilito che il principio di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche si debba applicare anche alle gare di cui ai settori esclusi, a cui si applicano esclusivamente i principi generali.

Sul punto si veda il commento di P. CERBO, *Fasi d'aggiudicazione e pubblicità delle sedute: le precisazioni dell'Adunanza Plenaria*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2013, p. 201, il quale precisa che *“l'ordinanza di rimessione della Sezione VI aveva sollecitato l'Adunanza Plenaria a precisare un ulteriore aspetto del principio di pubblicità delle sedute, vale a dire se esso debba trovare applicazione anche nelle procedure selettive relative ai c.d. settori speciali e nelle procedure negoziate, nonché negli affidamenti in economia nei settori ordinari e speciali. Il dubbio era connesso ad alcune decisioni anche recenti (non espressamente citate dall'Adunanza Plenaria) secondo le quali l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara, pur riguardando anche i settori speciali, non si estendeva alla fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche. L'Adunanza Plenaria ha fornito una risposta affermativa, stabilendo che al principio di pubblicità delle sedute 'va assicurata la massima latitudine applicativa'. Anche per i c.d. settori speciali, del resto, trovano applicazione i principi generali in materia di appalti (fra i quali, appunto, quello di pubblicità), ove non espressamente derogati: la pubblicità della seduta è perciò necessaria anche in assenza di una specifica disposizione in tal senso nel bando di gara”.*

comunitaria”¹³².

Si ritiene dunque del tutto dimostrata la teoria evidenziata nei paragrafi precedenti secondo cui l'eccesso di potere si stia sempre più trasformando in vizio di legittimità la cui lesione si ricollega alla lesione dei principi generali dell'ordinamento.

Tale orientamento, per quanto stia trovando sempre più spazio nel corso degli ultimi decenni in dottrina e giurisprudenza, è possibile riscontrare che taluni autori fin dagli anni '60 abbiano mostrato una certa attenzione al rapporto tra azione amministrativa e principi generali che ne regolano l'agire¹³³.

V'è da sottolineare che l'influenza dei principi generali è legata anche al loro studio, difatti, solo relativamente in tempi recenti hanno trovato la luce numerosissime pubblicazioni di analisi dei principi generali ed anche la giurisprudenza, attualmente vi dedica sempre più una particolare attenzione.

132 Sul punto si veda il commento di A. NICOTRA, *Le conseguenze delle Adunanze Plenarie 13/11 e 31/12: un falso caso di overruling*, in *Urbanistica e Appalti*, 4/2013, p. 419 ss.

Una ulteriore riflessione derivante dallo specifico caso analizzato, ma di ordine più generale, porta a ritenere che l'eccessivo contenzioso in materia di appalti pubblici, anziché scemare a seguito dell'introduzione di sempre nuove e più complesse norme, sia di rango primario che secondario, generi ulteriore incertezza giuridica che trova necessità di interpretazione da parte del giudice amministrativo.

In tal senso si richiama quanto affermato da G. STERLICCHIO, *op. cit.*, p. 81 ss., il quale ritiene che “*l'eccessiva proliferazione di cause, talora, non ha altra giustificazione se non l'infelicità della formula legislativa, che comporta -appunto- 'il crescere della litigiosità, malapianta già tanto radicata nel nostro carattere e nel nostro costume, e di riflesso ancora il degradante rispetto delle leggi'. La suesposta analisi conforta l'opinione secondo cui l'efficienza operativa del Parlamento, riformato nel senso appena considerato di un bilanciamento imperfetto, abbisogna, per una esigenza anche e soprattutto di tecnica normativa, di una collaborazione attiva ed istituzionalizzata alla funzione legislativa, che consenta di assicurare la certezza, la chiarezza e la congruità operativa dell'apparato normativo affidato all'osservanza dei cittadini ed all'applicazione degli organi amministrativi e giurisdizionali*”.

133 R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, terza edizione nuovamente riveduta rielaborata e ampliata*, Milano, 1960, p. 373 ss, segnala che “*Passi ulteriori furono ancora compiuti dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato nella elaborazione della nozione di eccesso di potere, anzitutto nel senso di stabilire ed ampliare la fonte delle limitazioni, giuridicamente rilevanti in sede di legittimità, della potestà discrezionale. Notevoli soprattutto le limitazioni (autolimitazioni) al potere discrezionale apportate mediante circolari amministrative (dove il valore indiretto delle circolari stesse, già posto in rilievo) e mediante criteri di massima preliminarmente fissati dalle commissioni di concorso a pubblici impieghi; nonché le limitazioni derivanti dai principi generali di diritto e dall'equità*”. L'autore ritiene quindi che il potere discrezionale della p.a. subisca direttamente i limiti derivanti dall'applicazione dei principi generali. In tale fase, dunque, già si intravedeva quella che sarebbe stata la portata degli stessi nel momento in cui si sarebbero di volta in volta sviluppati ed affermati su stimolo di dottrina e giurisprudenza.

In tale contesto anche il Legislatore ha provveduto ad effettuare maggiori e sempre più chiari richiami ai principi generali, elencandoli di volta in volta come avvenuto all'interno dell'art. 1 della legge generale sul procedimento amministrativo¹³⁴, novellata più volte nel corso degli anni, ovvero effettuando un richiamo generale come avvenuto per i principi dell'ordinamento comunitario¹³⁵, ciò al fine di indirizzare l'attività discrezionale della p.a.¹³⁶.

Tuttavia, come noto, l'ordinamento comunitario influisce sempre più in tutti i settori del diritto e, con particolare riferimento al diritto amministrativo¹³⁷, vi è sempre stata una assoluta influenza in materia di procedure ad evidenza pubblica attraverso l'adozione di direttive comunitarie e cui hanno fatto seguito l'adozione di importanti testi legislativi quali ad esempio il Codice degli Appalti.

134 A proposito delle modifiche all'art. 1 della legge sul procedimento amministrativo si ritiene opportuno precisare che durante i lavori parlamentari furono espunti dal testo definitivo approvato dalle camere il richiamo ai principi di imparzialità, proporzionalità adeguatezza dell'istruttoria, legittimo affidamento e di efficienza.

Tuttavia, grazie al richiamo generico ai *principi dell'ordinamento comunitario*, si ritiene che comunque il mancato richiamo esplicito ai suddetti principi non ne abbia condizionato in maniera eccessiva la loro applicazione.

Per un approfondimento su tali temi, G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo (leggi n. 15 e n. 80 del 2005)*, Padova, 2005, p. 109 ss.

135 Con riferimento all'influenza dell'ordinamento comunitario si veda il commento di M. DE GIORGI, (con commento di) *L'atto amministrativo e le fonti comunitarie*, Fratelli Costanzo (Sezione V, decisione 22 aprile 1991, n. 452), in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 581 ss., relativo ad un caso in cui una norma nazionale in materia di appalti sia contrastante con una direttiva comunitaria. A tal proposito "il Consiglio di Stato ha affrontato due punti di grande interesse per la giurisprudenza più recente: il riconoscimento alla pubblica amministrazione di un potere-dovere di disapplicazione del diritto interno incompatibile con quello comunitario e la dichiarazione di illegittimità di un atto amministrativo applicativo di una normativa nazionale in contrasto con quella comunitaria".

136 A. PUBUSA, *op. cit.* p. 1112, in merito ai principi generali evidenzia che "l'attività discrezionale è dunque un'attività parzialmente regolata attraverso disposizioni puntuali, principi e criteri anche autoimposti dall'amministrazione procedente. La violazione di tali regole o criteri, siano essi di natura procedimentale o contenutistica, o delle c.d. figure sintomatiche, non costituisce prova o presunzione o indizio del fatto che il fine pubblico non è stato raggiunto; costituisce tout court violazione diretta o indiretta della legge".

137 R. IANNOTTA, *Talune raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia amministrativa*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, p. 569 ss., analizza i principali provvedimenti legislativi adottati dalla Comunità Europea nel corso degli anni '70 in materia di pubblica amministrazione.

I.10 (segue) ... Il principio di trasparenza amministrativa

Il principio di trasparenza, come evidenziato dalla dottrina, è un principio di derivazione comunitaria ed “è stato codificato dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990 a seguito delle modifiche introdotte dalla legge n. 15 del 2005 ed è collegato sotto forma di endiadi al principio di pubblicità (v. infra paragrafo 5). Esso tuttavia esprime valori superiori alla mera pubblicità dell'azione della p.a. Se con quest'ultimo si è infatti eliminato il precedente principio del segreto d'ufficio [...], con il primo si vuole sottolineare che l'azione amministrativa nel suo complesso deve svolgersi in modo quanto più possibile lineare e chiaro, così che risulti agevole sia per il destinatario che per le altre parti coinvolte nel procedimento amministrativo ripercorrere senza affanni l'intero iter di svolgimento della attività medesima”¹³⁸.

Esso non va confuso con il principio di pubblicità, e secondo una attenta dottrina esso costituirebbe una specificazione del principio della pubblicità.

La trasparenza assume una enorme importanza anche in relazione alla fase istruttoria del procedimento amministrativo, difatti, nei casi che verranno analizzati qui di seguito v'è un indubbio collegamento tra trasparenza e procedimento¹³⁹.

138 Così E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 97.

Tuttavia, A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996, p. 229 ss., ritiene che il principio di trasparenza fosse già rinvenibile nella codificazione del legislatore del 1990.

139 Cfr. sul punto S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell'azione amministrativa ed il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991, p. 19 ss., il quale ritiene che “l'aspetto fondamentale della trasparenza amministrativa è la partecipazione di tutti i soggetti, comunque coinvolti nell'agire in concreto dei pubblici poteri, ai relativi procedimenti amministrativi (la c.d. partecipazione procedimentale), sicché, ovviamente, essa non può attuarsi se non si realizzano -contestualmente- <<il principio dell'informazione (generale e nei confronti delle parti), il principio dell'audizione delle parti e il principio della motivazione conseguente>> (Allegretti). Tutti e tre tali principi, in realtà, però, altro non sono se non aspetti di un unico, più fondamentale principio: quello del contraddittorio; contraddittorio che, da un lato, non può certamente realizzarsi in un regime di <<dispotismo amministrativo>>, che presuppone, e impone, viceversa, il <<segreto d'ufficio>>, e che, dall'altro, pretende, per il solo fatto di essersi verificato, che la P.A. dia contezza delle proprie determinazioni (spiegando, in motivazione, quali e perché degli interessi manifestatisi nel

Peraltro, è la stessa legge n. 241/1990 ad affiancare trasparenza e partecipazione proprio all'interno dell'articolo 10 relativo ai diritti dei partecipanti al procedimento, nonché a sancire con estrema efficacia il diritto di accesso agli articoli 22 e seguenti della medesima legge¹⁴⁰.

Il fondamento costituzionale del diritto di accesso si trova nell'art. 97 della nostra Carta Fondamentale. In particolare il primo comma afferma che *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità”*.

Un ulteriore presupposto giuridico di tale diritto si rinviene anche negli articoli 24 e 113 della Costituzione, che sanciscono rispettivamente il diritto di difesa e l'effettività della tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della pubblica amministrazione.

Si evidenzia, inoltre, che il principio di trasparenza e pubblicità dell'agire dell'amministrazione garantiscono una maggiore esplicazione del diritto alla difesa, sancito dall'articolo 24 della Costituzione, il quale afferma che *“tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”*¹⁴¹.

È di tutta evidenza, difatti, che il diritto di accesso consenta ai soggetti interessati di prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi, consentendo in molti casi una difesa anticipata alla fase del procedimento amministrativo, anche con una possibilità concreta di riduzione delle controversie amministrative¹⁴².

procedimento ha privilegiato, e quali invece ha sacrificato), e che, quindi, si pone come postulato e corollario, al tempo stesso, della trasparenza amministrativa.

140 F. G. COCA, *Diritto Amministrativo, Seconda edizione*, Torino, 2011, p. 242 ss.

Cfr. altresì F. PUBUSA, *Diritto di accesso ed automazione, Profili giuridici e prospettive*, Torino, 2006, p. 4 ss.

141 U. ALLEGRETTI, in *Pubblica amministrazione e ordinamento democratico*, in *Foro It.*, 1984, volume V, p. 215 ss., sostiene che la partecipazione e l'accesso, di cui agli articoli succitati, siano necessari per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, poiché solo se vi sarà la partecipazione e la conoscenza del procedimento amministrativo si potrà avere un'opportuna protezione della propria sfera giuridica.

142 Per F. LEDDA, in *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Scritti giuridici*, Padova, 2002, p. 336 ss., il cittadino ha la possibilità di tutelare maggiormente, grazie alle conoscenze che può acquisire accedendo agli atti o partecipando al procedimento, la propria sfera giuridica. Secondo l'autore si cerca in questo modo di anticipare la difesa alla fase di formazione del procedimento amministrativo, consentendo ai cittadini di far valere le loro

A seguito dell'entrata in vigore della legge n. 241, anche l'articolo 113 della Costituzione ha trovato una più compiuta applicazione, a mente del quale *“contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”*.

Prima dell'approvazione della legge n. 241 del 1990 si riteneva che principi generali dell'ordinamento come il buon andamento e l'imparzialità, enunciati dalla Costituzione, non potessero trovare applicazione diretta poiché si consideravano norme generiche e di principio, quindi non direttamente applicabili dalle pubbliche amministrazioni.

La legge n. 241 del 1990, all'articolo 22 comma 1, stabilisce che *“l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza”*.

Il criterio della pubblicità, inteso come *modus operandi* della pubblica amministrazione, è un principio altamente innovativo rispetto agli altri enunciati dalla legge¹⁴³.

La legge del 1990 ha dato precise indicazioni in merito alle regole che devono reggere l'attività amministrativa, includendo fra gli altri la pubblicità. Tale criterio desumibile dal principio democratico, inteso come diritto di partecipazione di tutti all'attività amministrativa, risulta realizzabile solo se l'attività amministrativa è trasparente ed accessibile. In tale maniera il popolo, come è sancito dall'articolo 1 della Costituzione, può esercitare il potere sovrano che gli è attribuito¹⁴⁴.

ragioni in quella sede piuttosto che in giudizio.

¹⁴³ D. DI RAGO, in *L'accesso ai documenti amministrativi*, Roma, 1994, p. 144 ss., sostiene che il fondamento del diritto di accesso si rinverga nel principio di pubblicità, facilmente evincibile da diversi principi costituzionali. L'autore ritiene, al contrario di altri autori, i quali ritengono che il diritto di accesso abbia un ampio fondamento costituzionale, che tali teorie sono *“prive di riscontro positivo, nel senso che nessuna disposizione costituzionale fa esplicito riferimento al fenomeno”*.

¹⁴⁴ F. MANGANARO, *La partecipazione popolare nelle autonomie locali*, in *Studi economico-giuridici in memoria di F. Ledda*, Torino, 2004, p. 680.

F. Ledda sostiene che elemento essenziale della cittadinanza attiva sia la possibilità di partecipazione all'attività amministrativa. Si considera anche che quanto più si è messi in

L'accesso favorisce inoltre l'acquisizione di informazioni sull'operato dell'amministrazione, risultando essere in molti casi di fondamentale importanza per il corretto esercizio di alcuni diritti essenziali, come per esempio il diritto di voto e il diritto alla libertà di iniziativa economica.

La partecipazione, enunciata dall'articolo 22 della legge 241, può senza dubbio essere ricollegata anche all'articolo 3 della Costituzione, in cui si afferma che *“é compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”*¹⁴⁵.

A tal proposito l'articolo succitato afferma che *“L'accesso ai documenti amministrativi costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza”*: questa norma protegge inoltre di riflesso anche il buon andamento della pubblica amministrazione, poiché incentiva, o almeno dovrebbe, l'amministrazione a tenere un comportamento leale e corretto nei confronti dei cittadini nella gestione della *“cosa pubblica”*.

Il diritto di accesso è garantito per tutti quei documenti che sono definiti pubblici, ossia non segreti, e quindi conoscibili; tale diritto trova il suo fondamento nel principio democratico dello Stato, improntato alla trasparenza dell'azione amministrativa, contrapposta alla segretezza.

grado di partecipare all'azione amministrativa, tanto più si è in grado di esercitare i diritti connessi alla cittadinanza.

¹⁴⁵ Tale concetto viene espresso da M. P. CHITI, in *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977, p. 122 ss.

I.11 Il caso del ‘subappalto necessario’

Il contratto di subappalto¹⁴⁶ è disciplinato dall’art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006, il cui comma 2 disciplina le modalità a cui si deve attenere l’impresa che intenda avvalersi di tale istituto¹⁴⁷.

Stante la chiarezza di tale norma, tuttavia, si è recentemente affermato un importante orientamento secondo il quale nelle ipotesi di così detto subappalto necessario¹⁴⁸, ossia quando il ricorso al subappalto si rende fondamentale ai fini

146 G. BELLUCCI, *L'esecuzione dei contratti*, in *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, a cura di G. CARLOTTI, Roma, 2011, p. 756 ss.

Sempre in tema di subappalto si veda V. CAPUZZA, *Le modificazioni soggettive dell'appaltatore in fase di esecuzione e il subappalto*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, p. 906 ss.

Cfr. altresì L. DEL PRETE, A. SALVATI, *L'esclusione dagli appalti pubblici, Strategie difensive*, Milano, 2012, p. 51 ss.

147 L’art. 118, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che “L’affidamento in subappalto o in cottimo è sottoposto alle seguenti condizioni:

1) che i concorrenti all’atto dell’offerta o l’affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all’atto dell’affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo;

2) che l’affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell’esecuzione delle relative prestazioni;

3) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l’affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all’articolo 38;

4) che non sussista, nei confronti dell’affidatario del subappalto o del cottimo, alcuno dei divieti previsti dall’articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni”.

148 Una tra le prime sentenze in cui è stata individuata la figura del subappalto c.d. ‘necessario’ è Consiglio di Stato, Sez. VI, 02.05.2012, n. 2508, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, in cui è stato affermato che “Ad avviso del Collegio, la tesi del Tribunale merita di essere condivisa per la parte in cui ritiene che la previsione di cui al comma 2 dell’articolo 118 (in tema di dichiarazione di subappalto) del codice di contratti debba essere intesa nel senso che:

- la dichiarazione in questione possa essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l’esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto del subappalto (ossia, nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, ma non anche una via necessitata per la partecipazione alla gara);

- al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l’indicazione dell’impresa subappaltatrice (nonché la dimostrazione del possesso in capo a quest’ultima dei requisiti di qualificazione) nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a ragione del

della partecipazione a causa della mancanza di determinati requisiti che impedirebbero all'impresa di partecipare alla gara pubblica¹⁴⁹, sia necessaria l'indicazione preventiva del nominativo dell'impresa con cui si intende sottoscrivere il contratto di subappalto, in totale contrasto con quanto disposto dal

mancato, autonomo possesso, da parte del singolo concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione.

Ed infatti, l'ipotesi – per così dire – 'fisiologica' in tema di subappalto è quella in cui il partecipante alla gara sia autonomamente in possesso dei presupposti e dei requisiti per la corretta esecuzione dell'appalto.

Solo in tale ottica si giustifica la possibilità che il partecipante possa integrare ex post la dichiarazione di subappalto (attraverso la postuma indicazione del subappaltatore).

E solo in tale ottica si giustifica l'orientamento giurisprudenziale (correttamente richiamato dal T.A.R.) secondo cui la mancata o incompleta dichiarazione di subappalto non preclude la partecipazione alla gara, ma impedisce soltanto il ricorso al subappalto in quanto tale.

Per evidenti ragioni sistematiche, tuttavia, l'orientamento in questione presuppone che – appunto, in via 'fisiologica' – il partecipante a gara il quale intende far ricorso al subappalto possieda a propria volta per intero i requisiti per eseguire l'appalto.

Al riguardo, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato che l'incompleta o erronea dichiarazione del concorrente relativa all'esercizio della facoltà di subappalto è suscettibile di comportare l'esclusione dello stesso dalla gara nel caso in cui questi risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare (Sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708).

In entrambi i casi, la ratio complessiva del sistema di subappalto postula la necessità che l'amministrazione aggiudicatrice sia messa in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un soggetto il quale dimostri di possedere (in proprio, ovvero attraverso l'apporto altrui) le qualificazioni necessarie per la corretta esecuzione del contratto.

Al contrario, ciò che non è sistematicamente ammissibile è che l'amministrazione ammetta – per così dire – 'al buio' un soggetto pacificamente carente di un requisito di partecipazione e che non si sia curato di dimostrare ab initio la possibilità di avvalersi dei requisiti di terzi soggetti.

In tal caso, è evidente che un sistema in tal modo articolato finirebbe per far gravare per intero in capo all'amministrazione il rischio che l'appaltatore non sia poi in grado di rinvenire gli apporti necessari per la corretta esecuzione delle lavorazioni, con i conseguenti rischi in termini di esecuzioni non adeguate, ovvero in termini di costi per l'integrale ripetizione della gara.

2.4. Giova, a questo punto, richiamare quanto già statuito da questo Giudice di appello con la sentenza 20 giugno 2011, n. 3698”.

149 Un commento a tale orientamento è stato effettuato di recente da M. ACCARDO, *Indicazione del subappaltatore in sede di gara nel caso di subappalto necessario*, in *Urbanistica e Appalti*, 7/2014, p. 809 ss., il quale analizza criticamente l'orientamento espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza n.1224/2014 affermando che “i Giudici di Palazzo Spada, pur prendendo atto che l'art. 118 citato non richiede in maniera espressa l'indicazione preventiva del nominativo del subappaltatore, ritengono, tuttavia, che la norma vada interpretata nel senso che la dichiarazione di subappalto debba anche contenere l'indicazione del nominativo del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo allo stesso, dei requisiti di qualificazione ogni qualvolta il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei requisiti di qualificazione”.

predetto art. 118¹⁵⁰ del Codice degli Appalti.

Tale orientamento, ribadito in numerose sentenze del Consiglio di Stato anche di recente¹⁵¹, è con tutta evidenza la palese dimostrazione dell'influenza dei principi generali del nostro ordinamento, i quali sempre più condizionano l'agire della pubblica amministrazione, andando a colmare, talvolta i vuoti lasciati dal legislatore, ovvero, andando a modificare, di fatto, come è avvenuto nel caso in questione, il dettato normativo.

Non solo, tale orientamento giurisprudenziale, come quello relativo all'apertura in seduta pubblica delle offerte tecniche, dimostra l'assoluta importanza ed influenza della giurisprudenza amministrativa nell'evoluzione e nella creazione del diritto amministrativo¹⁵².

L'analisi di tale principio di diritto -con tutta probabilità- potrebbe

150 Per un commento generale sull'art. 118 del D.Lgs. n. 163/2006 si veda S. FANTINI, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici, Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Tomo I D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (artt. 1-120), IV edizione, Roma, 2011, p. 1228 ss.

151 Si veda in proposito la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 944 del 25.02.2015, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, secondo la quale “*Le doglianze sottoposte all'esame del Consiglio si incentrano, da un lato, sul mancato rispetto da parte del primo giudice dei principi affermati dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in tema di obbligo di indicazione del nominativo del subappaltatore nel caso in cui il concorrente non possieda autonomamente la qualificazione per l'esecuzione dell'appalto, non essendo ammissibile che l'aggiudicazione avvenga “al buio”, ossia senza la previa verifica da parte della stazione appaltante dell'idoneità del concorrente ad eseguire le lavorazioni. [...]* Venendo al merito della prima censura spiegata con l'appello principale, la stessa ha ad oggetto l'applicazione della regola desunta dall'art. 118, comma 2, d.lgs.163/2006, in tema di cd. subappalto necessario. Secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, infatti, in tema di gara d'appalto, l'art. 118 D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163 va applicato tenendo presente che la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, nei casi in cui il subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, la dichiarazione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione (da ultimo Cons. St., Sez. IV, 3 luglio 2014, n. 3344)”.

152 Per un approfondimento si veda P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo “condiviso” delle magistrature superiori*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice, Le magistrature superiori*, in *Foro amministrativo T.a.r.*, Vol. VI – supplemento al n. 7-8/07, Milano, 2007.

approdare all'attenzione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁵³ nel corso dei prossimi mesi dal momento che numerose sentenze di diversi Tribunali amministrativi regionali, contrarie al predetto orientamento, sono state appellate e non ancora definite dal Consiglio di Stato.

Uno tra i Tribunali amministrativi regionali che più volte nel corso degli ultimi anni si è espresso in termini contrari rispetto all'orientamento sopra esposto è stato il T.a.r. Puglia, tuttavia, anche tra le Sezioni di Bari e Lecce non v'è un'unica interpretazione dell'obbligo di indicazione del nome dell'impresa subappaltatrice nei casi di subappalto c.d. necessario.

In una delle sentenze in cui il T.a.r. Puglia ha analizzato con maggiore completezza l'argomento ha affermato, in maniera condivisibile, che *“l'avvertita esigenza di porre l'amministrazione in grado di conoscere l'idoneità dell'esecutore a realizzare i lavori subappaltati non può essere anticipata alla fase della presentazione delle offerte, avendo il legislatore demandato tale verifica alla fase esecutiva (cfr., anche su questo punto, la citata sentenza del Consiglio di Stato n. 3563/2012: <<Al riguardo, va infatti osservato che ai sensi dell'art. 118 d.lgs 163/2006 l'affidatario prima di poter procedere con il subappalto deve consegnare all'amministrazione, oltre alla copia del contratto di subappalto, anche le dichiarazioni afferenti alla idoneità morale e tecnica del subappaltatore. Il legislatore, dunque, nell'ambito del predetto articolo ha individuato tempi e modalità per lo svolgimento dei doverosi controlli sul subappaltatore, controlli che per espressa previsione sono affidati alla fase di esecuzione del contratto e non alla fase precedente di selezione dell'offerente.>>).*

Tale disciplina è giustificata dalla contrapposta esigenza di assicurare la massima speditezza alla fase di gara, evitando che la S.A. sia tenuta a verificare il possesso dei requisiti in capo a tutti i subappaltatori (e, quindi, anche di quelli

153 Per un commento all'art. 99 del codice del processo amministrativo si veda M. MENGOZZI, commento all'art. 99, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo, aggiornato al secondo correttivo processuale (D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160)*, Roma, 2013, p. 913 ss.

indicati dai concorrenti non aggiudicatari), con inutile dispendio di energia in una fase che richiede, invece, la concentrazione dell'attività.

Si deve, inoltre, osservare che l'imposizione al concorrente di indicare nell'offerta i nominativi dei subappaltatori, con la formulazione delle dichiarazioni relative ai requisiti generali e speciali, comporta da un lato la integrazione del disposto legislativo in una materia in cui l'ordinamento persegue l'obiettivo della estrema chiarezza affidandosi a norme che disegnano una casistica completa (al fine di evitare conflitti determinati dalla pluralità delle interpretazioni), nonché l'appesantimento dell'iter burocratico (con il controllo dei requisiti dei subappaltatori nella fase della gara), dall'altro non aggiunge alcuna garanzia a favore della stazione appaltante.

L'esecuzione del subappalto da parte di soggetti in possesso dei necessari requisiti generali e speciali è infatti garantito dalle disposizioni dell'art. 118 del codice degli appalti.

La conoscenza del nome del subappaltatore fin dal momento dell'esame dell'offerta (in che si concreta la finalità dell'interpretazione in esame) non impedirà certo al subappaltatore indicato di rifiutare le proprie prestazioni, se la indicazione del subappaltatore – da parte del concorrente – non è accompagnata da una assunzione dello specifico obbligo da parte dello stesso subappaltatore designato. La richiesta di quest'ulteriore adempimento porterebbe, però, ad assimilare il subappalto all'avvalimento e il giudice al legislatore”¹⁵⁴.

Una giusta e condivisibile osservazione del giudice amministrativo salentino è presente nell'ultimo periodo sopra citato, in cui si riassume una parte delle riflessioni condotte nel presente lavoro, ossia l'immedesimazione della figura del Giudice in quella del Legislatore.

Ma l'orientamento del T.a.r. Puglia non è del tutto univoco, vi sono alcune sentenze, in questo caso sede di Bari, di diverso avviso, in linea con

154 Così T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 05.06.2013, n. 1332, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

Del medesimo tenore anche T.a.r. Puglia, Lecce, Sez. I, 17.10.2013, n. 2135, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

l'orientamento maggioritario della giurisprudenza del Consiglio di Stato, anche se, tuttavia, anche in seno a tale Sezione gli orientamenti non sono univoci¹⁵⁵.

155 In tal senso si veda T.a.r Puglia, Bari, Sez. I, 3.10.2013, n. 1354, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, in cui è stato affermato che “*Deve in proposito rinviarsi alla recente sentenza n.565/2013 di questa Sezione nella quale si è chiarito che, in ipotesi di cd. subappalto necessario, preordinato cioè a supplire all’assenza di requisiti di qualificazione in capo all’impresa affidante, quale quello di specie, il subappaltatore deve tassativamente essere indicato in sede di gara, onde consentire rispetto a quest’ultimo le opportune verifiche*”.

Tuttavia, tale orientamento non è l'unico espresso dal T.a.r Puglia, sede di Bari, difatti, solo qualche mese prima, si pronunciava in maniera totalmente differente.

Tali ragioni indurrebbero a ritenere che sarebbe opportuno un intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato affinché venga affermato un principio di diritto chiaro.

T.a.r Puglia, Bari, Sez. II, 29.05.2013, n. 859, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, analizzando approfonditamente l'istituto di cui all'art. 118 del Codice degli Appalti è giunto ad affermare che “*L’art. 118 del regolamento invero si limita a richiedere al concorrente l’indicazione della volontà di subappaltare, rimandando alla successiva fase di esecuzione dei lavori il deposito del contratto di subappalto e la certificazione dei requisiti di qualificazione e di quelli generali, di cui all’art. 38 del decreto legislativo n. 163/2006, in capo alle imprese subappaltatrici.*

[...]

Tale formulazione costituisce l’esito di una consapevole operazione legislativa che si è concretizzata nella soppressione (da parte dell’art. 9, comma 66, della legge 18 novembre 1998, n. 415) dell’obbligo d’immediata indicazione dei subappaltatori, previsto nell’art. 34, primo comma, della legge 11 febbraio 1994, n. 109.

[...]

In effetti, l’operazione logico-ermeneutica sopra sinteticamente descritta appare, più che un’integrazione da parte delle norme legislative, piuttosto l’assunzione, a parametro di legittimità dell’azione amministrativa, di una ricostruzione giurisprudenziale che presuppone l’esistenza e la rilevanza nella normativa di settore, da un lato, di una distinzione e di un diverso regime applicativo tra il subappalto del soggetto in possesso di tutte le qualificazioni SOA e il c.d. “subappalto necessario” e, dall’altro, di un principio per il quale i requisiti di ammissione alla gara debbano essere tutti verificati, senza distinzione, al momento dell’esame della domanda di partecipazione.

Ora però, poiché tale presupposto non trova nella normativa vigente conferme testuali, per aderire a tale tesi, occorrerebbe ammettere che una ricostruzione di natura sistematico-teleologica, seppur pregevole e autorevole, possa prevalere sulla legge stessa. In realtà, la disciplina attuale non pone l’obbligo d’indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, in nessun caso, senz’alcuna differenza tra il subappalto c.d. “necessario” (utilizzato dal concorrente per integrare la propria qualificazione) e quello c.d. “facoltativo” (configurante una modalità esecutiva dell’opera), ma soltanto l’obbligo di specificare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora privo della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione mancante dev’essere posseduta in relazione alla categoria prevalente. È ciò in definitiva che tutela la stazione appaltante circa la sussistenza della complessiva capacità economico-finanziaria in capo all’appaltatore (Consiglio di Stato, Sez. V, 19 giugno 2012 n. 3563; 16 gennaio 2012 n. 139).

Non può neppure ritenersi che la mancata indicazione dei nominativi dei subappaltatori precluda all’Amministrazione la possibilità di valutarne l’idoneità morale e tecnica.

Al riguardo, va infatti ricordato che, ai sensi dell’art. 118 del decreto legislativo n. 163/2006, l’affidatario, prima di poter procedere con il subappalto, deve consegnare all’amministrazione, oltre alla copia del contratto di subappalto, anche le dichiarazioni afferenti ai requisiti generali e tecnici del subappaltatore e, in caso di accertata mancanza di tali qualità, la ditta

Ebbene, una siffatta situazione di incertezza giuridica può avere degli effetti assolutamente nefasti per le Stazioni Appaltanti le quali sono chiamate quotidianamente a svolgere le procedure di gara nel rispetto delle disposizioni di cui al Codice degli Appalti e del Regolamento.

Pretendere che le amministrazioni, e nello specifico i commissari di gara (i quali molto spesso sono ingegneri, architetti o funzionari non laureati in giurisprudenza), conoscano tutti gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa è assolutamente impensabile, anche perché, come si è visto, può accadere che la stessa Sezione di un T.a.r. possa cambiare orientamento nel giro di qualche mese oppure che lo stesso T.a.r., ma con sede differente, non condivida gli stessi orientamenti.

Inoltre, qualora un principio di diritto derivi da un orientamento

aggiudicataria, nell'ipotesi di subappalto c.d. "necessario", non solo non otterrà dalla Stazione appaltante la relativa autorizzazione, ma sarà essa stessa esclusa dalla gara per carenza dei requisiti di ammissione alla gara.

[...]

Il risultato dell'operazione logico-ermeneutica riferita comporterebbe anche il suo prevalere sul principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione dai pubblici appalti. Esso è stato formalmente sancito dall'art. 46, comma 1-bis, del decreto legislativo n. 163/2006, introdotto dall'art. 4, comma secondo, lett. d), n. 2), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, secondo il quale "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

[...]

In base a tale previsione, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha redatto il "bando- tipo", approvato con la determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, che, come affermato esplicitamente nelle "Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara", ribadisce: "La normativa... non comporta l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede in offerta .., ma solamente l'obbligo di indicare le quote che il concorrente intende subappaltare, qualora non in possesso della qualificazione per la categoria scorporabile, fermo restando che la qualificazione "mancante" deve essere comunque posseduta in relazione alla categoria prevalente..".

Di conseguenza, il ragionamento sostenuto in ricorso comporterebbe, in ultima analisi, la disapplicazione del complesso normativo appositamente e intenzionalmente introdotto nel 2011, nel quadro della predisposizione di "disposizioni finalizzate alla promozione dello sviluppo economico e della competitività del Paese, anche mediante l'adozione di misure volte alla semplificazione dei procedimenti amministrativi concernenti, in particolare, la disciplina dei contratti pubblici...", come si legge nella premessa del D.L. n. 70/2011".

giurisprudenziale non ancora affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, come avvenuto per l'apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica, non avrà una portata generale e potrebbe non essere di pubblico dominio e dunque sconosciuto ai commissari di gara.

Infine, ogni qualvolta si affermi un orientamento giurisprudenziale che possa portare in errore le amministrazioni, con tutte le conseguenze che derivano dal contenzioso in materia di appalti pubblici, si riterrebbe opportuno un immediato intervento del legislatore atto a chiarire con una norma generale ed astratta la fattispecie, affinché tutte le amministrazioni possano darvi diretta applicazione.

Tuttavia, come si è visto, gran parte dei problemi di interpretazione delle norme non derivano dallo loro stretta interpretazione, ma quasi dallo stravolgimento del dato normativo ad opera della giurisprudenza amministrativa che, come evidenziato dai giudici amministrativi pugliesi, talvolta si sostituisce al legislatore non soltanto colmando un vuoto normativo (operazione comprensibile e del tutto legittima) ma anche andando ad interpretare le norme in maniera contrastante con il dato testuale delle stesse.

Ma gli orientamenti contrari a quello emerso di recente dal Consiglio di Stato¹⁵⁶ non sono stati del tutto isolati e localizzati nella giurisprudenza del T.a.r. Puglia, difatti, dall'analisi della giurisprudenza degli ultimi anni si ritrovano sentenze contrarie emesse da parte del T.a.r. Campania¹⁵⁷.

Nella recente pronuncia del T.a.r. Campania, n. 1236/2015 vi è un ulteriore

156 Tra le tante sentenze si veda anche Consiglio di Stato, Sez. V, 25.02.2015, n. 944, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

157 Si veda T.a.r. Campania, Sez. I, 25.02.2015, n. 1236, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, facendo applicazione dei principi sostanzialistici che impongono alla stazione appaltante di provvedere a richiedere la modifica o l'integrazione della dichiarazione incompleta, ha affermato che *“essendosi proceduto all'esclusione senza previa richiesta di integrazione, in sede di istruttoria, della dichiarazione imprecisa; essendo stata disposta l'esclusione anche in base all'assunto, non condivisibile, che assimila i requisiti di qualificazione a quelli per l'esecuzione delle opere, pretendendo la previa individuazione dell'impresa subappaltatrice già in fase di ammissione alla gara; deve concludersi per l'accoglimento del ricorso e, per l'effetto, devono essere annullati i provvedimenti impugnati, con conseguente riammissione della ricorrente alla procedura di gara”*.

problema, ossia, il rapporto tra la disciplina di cui all'art. 118 in materia di subappalto c.d. necessario e le norme di recente introduzione che impongono alla stazione appaltante di richiedere un'integrazione documentale all'impresa ogni qualvolta la documentazione sia carente o incompleta, come ben si potrebbe verificare per la mancata indicazione del nominativo del subappaltatore.

Tuttavia, anche tale orientamento, alla luce delle modifiche agli articoli 38 e 46 del Codice degli Appalti in senso sostanzialistico¹⁵⁸, non è condiviso da tutta la giurisprudenza, difatti, recentemente il T.a.r. Lazio¹⁵⁹ si è espresso in maniera conforme all'orientamento del Consiglio di Stato.

Corre l'obbligo di segnalare altresì che il T.a.r. Basilicata¹⁶⁰, in una recente sentenza, ha deciso di conformarsi all'orientamento maggioritario in un caso in cui addirittura il vizio era speculare, ossia era presente sia nell'offerta della ricorrente principale che in quella incidentale¹⁶¹, tuttavia, ha accolto il ricorso

158 Si veda in proposito l'approfondimento svolto da F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014*, su www.lexitalia.it.

159 In tal senso si veda T.a.r. Lazio, Roma, Sez. III, 10.02.2015, n. 2385, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, a margine dell'enucleazione dell'orientamento maggioritario ben noto ha rilevato che “*Del resto e a fronte del suindicato interesse pubblico, sarebbe arduo considerare utilmente la possibilità per una qualsiasi Amministrazione di aggiudicare appalti di lavori di tale tipo e per rilevanti importi senza nemmeno conoscere in sede di gara quale Ditta potrebbe in concreto eseguirli e senza possibilità di verificarne la relativa qualificazione*”.

Tale preoccupazione è del tutto infondata poiché è proprio l'art. 118 a prevedere che l'indicazione del subappaltatore debba essere fornita a seguito dell'aggiudicazione ed in tale fase la Stazione Appaltante provvederà alla verifica di tutti i requisiti necessari, ed ove dovesse riscontrare una mancanza ben potrebbe procedere allo scorrimento della graduatoria a favore della secondo classificata.

Ma anche in termini più generali di rispetto del principio di efficienza ed efficacia si ritiene assolutamente legittimo e logico valutare solo in una fase successiva la sussistenza dei requisiti in capo al subappaltatore.

Tale operazione, se svolta dopo (seppur si tratti di una operazione abbastanza veloce) porterebbe un risparmio di tempo in capo all'amministrazione, difatti, verrebbe svolta solo nel caso in cui l'impresa che abbia scelto di subappaltare una parte dei lavori risulti aggiudicataria.

160 T.a.r. Basilicata, Sez. I, 29.11.2014, n. 814, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

161 Per un approfondimento in merito al rapporto tra ricorso incidentale e ricorso principale alla luce della pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. si veda C. LAMBERTI, *L'Adunanza Plenaria 'boccia' l'interesse strumentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2011, p. 682 ss.

Del medesimo autore si veda anche C. LAMBERTI, *Per la Corte di giustizia l'incidentale non è più 'escludente'*, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2013, p. 1006 ss., in cui viene analizzata

incidentale secondo i principi di cui alla Plenaria n. 4/2011.

Un ulteriore orientamento critico è stato espresso anche dal T.a.r. Palermo¹⁶², il quale da ultimo ha affrontato il tema del ricorso al subappalto necessario precisando anzitutto che ritiene di aderire all'orientamento maggioritario espresso di recente dal Consiglio di Stato, rilevando, tuttavia, che tale orientamento deve essere interpretato alla luce delle recenti modifiche agli artt. 38 e 46 del Codice degli Appalti¹⁶³.

Alla luce di tali differenti orientamenti è del tutto evidente che si renderà

l'importante sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 4 luglio 2013 in tema di rapporto tra ricorso principale ed incidentale, con specifico riferimento proprio alle ipotesi in cui ricorso incidentale e principale abbiano ad oggetto vizi c.d. speculari, ossia identici.

Si veda anche l'approfondimento di G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

Per una analisi completa del tema si veda R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

Cfr. altresì F. GARUFFI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2009, p. 1047 ss.

In merito al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale, a seguito dell'Adunanza Plenaria n. 4/2011 si segnala un ulteriore intervento con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9/2014, e per un commento a tale pronuncia si veda S. FANTINI, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2014, p. 1075 ss.

162 T.a.r. Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 aprile 2015, n. 1040, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it.

163 Per un primo commento a tale sentenza si veda O. CARPARELLI, *Subappalto necessario ed omessa indicazione del subappaltatore: esclusione o soccorso istruttorio?*, consultabile su www.lexitalia.it, in cui l'autore osserva che “è stato perentoriamente osservato che una ditta che ha già chiaramente manifestato la volontà di fare ricorso al subappalto e, quindi, di giovare di altro operatore economico al fine di supplire al proprio deficit di qualificazione, ha, sostanzialmente, già effettuato una dichiarazione, che deve essere ritenuta non già mancante, ma solo incompleta, avuto riguardo al fatto che il subappaltatore non è assimilabile al concorrente, perché non è colui che presenta l'offerta, né, tanto meno, è avvinto alla P.A. da un rapporto negoziale. E ciò a maggior ragione ove si consideri che, nel caso affrontato dal TAR Sicilia-Palermo, la legge di gara e il modello di dichiarazione messo a disposizione dei concorrenti non prescrivevano lo specifico obbligo, a pena di esclusione, di indicazione del nominativo del subappaltatore fin dalla fase di presentazione della domanda di partecipazione. La sentenza del TAR Sicilia in commento, dunque, è uno dei primi provvedimenti giurisdizionali che effettua un valido raccordo tra le nuove norme in tema di tassatività delle clausole di esclusione, come disciplinate dall'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, come modificate recentemente a seguito dell'entrata in vigore del c.d. soccorso istruttorio a pagamento, ex combinato disposto di cui agli artt. 38, co. 2 bis, e 46, co. 1 ter, d. lgs. n. 163 del 2006, come modificati dall'art. 39 del d.l. n. 90 del 2014. Infatti, a seguito della entrata in vigore del combinato disposto suddetto, il soccorso istruttorio a pagamento costituisce, in sostanza, la regola da osservare nelle pubbliche gare; regola da rispettare necessariamente in ogni caso di omissione ed irregolarità di dichiarazioni ed elementi essenziali sanabili”.

necessario o un intervento da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ovvero un intervento del Legislatore affinché chiarisca i contorni del c.d. subappalto necessario.

Dal momento che è del tutto improbabile un intervento da parte del Legislatore si ritiene, nel contempo, probabile un intervento dell'Adunanza Plenaria affinché vengano chiariti i maggiori dubbi espressi dalla giurisprudenza nel corso di questi mesi, in particolare:

- 1) se esista o meno la figura del subappalto necessario;
- 2) se in caso di mancata dichiarazione del subappaltatore necessario la stazione appaltante debba sempre disporre l'esclusione dell'impresa;
- 3) se la stazione appaltante, facendo applicazione dei principi sostanzialistici di cui agli artt. 38 e 46 del Codice degli Appalti, debba consentire la regolarizzazione della dichiarazione di subappalto.

CAPITOLO SECONDO

L'eccesso di potere ed il rapporto con le nuove tecnologie

Sommario: II.1 L'impugnabilità di un 'tweet'; II.2 L'istruttoria 2.0, l'utilizzo delle informazioni presenti su facebook ai fini della verifica dell'idoneità alla detenzione del porto d'armi; II.3 (segue) breve analisi del principio di proporzionalità; II.4 Le sanzioni disciplinari ai tempi di Facebook; II.5 Il caso Tortosa, uno spunto di riflessione; II.6 L'utilizzo di programmi quali google earth da parte dell'amministrazione; II.7 La giurisprudenza pone rimedio alle lacune procedurali. Il difetto di istruttoria derivante dall'uso di google maps; II.8 (segue) ... Il codice dell'amministrazione digitale, considerazioni generali in tema di *digital divide*.

II.1 L'impugnabilità di un 'tweet'

L'analisi dell'eccesso di potere nell'era delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione deve necessariamente rapportarsi con lo studio di tali tecnologie e fenomeni di cui sempre più le amministrazioni si servono sia per interfacciarsi che per comunicare con i cittadini¹⁶⁴.

Accade ormai sempre più spesso che le amministrazioni siano in possesso di profili pubblici sui c.d. *social network* quali ad esempio facebook o twitter, e, allo stesso tempo, che anche Sindaci, Presidenti di Regione, Ministri e Presidenti del Consiglio abbiano un loro profilo pubblico con cui periodicamente aggiornano la collettività¹⁶⁵ comunicando di volta in volta l'approvazione di importanti

164 G. DUNI, *L'amministrazione digitale, Il Diritto Amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, 2008.

S. RICCIO, *L'informatica nella pubblica amministrazione*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, p. 299 ss., consente allo studioso di analizzare la prospettiva dell'introduzione dell'informatica nell'amministrazione pubblica agli inizi degli anni '80.

165 Cfr. sul punto E. COLARULLO, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Torino, 2006, p. 118, il quale analizza i profili della comunicazione pubblica e rileva che essa può essere di due tipi, una esterna ed una interna, quella esterna si rivolge ai destinatari dell'operato della p.a mentre quella interna ha una funzione legata alla condivisione delle informazioni affinché esse possano essere utilizzate nello svolgimento delle proprie funzioni.

Tuttavia l'utilizzo dei canali di comunicazione effettuato in tale caso Ministro non si può inquadrare pienamente nel primo tipo di comunicazione dal momento che esso non ha avuto la finalità di comunicare il raggiungimento di qualche obiettivo o di qualche programma bensì

provvedimenti¹⁶⁶ o, come avvenuto nel caso che ci si appresta ad analizzare, 'stimolano e sollecitano' l'avvio di nuovi procedimenti¹⁶⁷.

Recentemente i giudici amministrativi hanno analizzato un ricorso avente ad

semplicemente si è trattato di un impegno pubblico del Ministro per la rivalutazione di un procedimento non di propria competenza.

In ogni caso non bisogna sovrapporre la comunicazione pubblica dell'amministrazione dalla comunicazione politica, sul punto si veda E. COLARULLO, *op. cit.*, p. 124 ss.

166 La tematica della comunicazione è stata affrontata da B. G. MATTARELLA, *Informazione amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 3128, osserva attentamente che “*l'ultima fase dello sviluppo è quella nella quale le amministrazioni sono tenute a trasmettere conoscenze alla generalità dei cittadini, indipendentemente dalle richieste e dagli interessi degli individui e anche dallo svolgimento di attività amministrativa: in questi casi, in effetti, la trasmissione di conoscenze non è il complemento di altre attività, ma una funzione a sé stante. È un passo ulteriore rispetto ai regimi di accessibilità e di pubblicità: sia perché l'informazione non riguarda solo l'attività delle amministrazioni, ma anche altri temi di interesse generale; sia perché le amministrazioni assumono un ruolo attivo di diffusione delle conoscenze. Quello di essere informati dalle pubbliche amministrazioni è un ruolo di 'terza generazione' dei cittadini*”.

167 Tale problema attiene al rapporto tra politica ed amministrazione, da sempre studiato dalla dottrina al fine di comprenderne le dinamiche. Sul punto M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, p. 347 ss., effettua una attenta analisi delle problematiche sottese a tali rapporti, che possono essere di due tipi. Il primo avente ad oggetto “*l'annoso problema della c.d. politicizzazione indotta che, introducendo nei circuiti decisionali della amministrazione interessi settoriali di tipo partitico e clientelare, è in grado di determinare una passività e una sostanziale subordinazione dell'amministrazione nei confronti della leadership politica, che nulla hanno a che fare con la fisiologica e incontaminata relazione di complementarietà – e dipendenza, anzi – tra scelte amministrative e scelte politiche elaborate nelle sedi appropriate dagli organi competenti*”. Tale rapporto è quello che si è innescato con l'indebito tweet da parte del Ministro, difatti, l'amministrazione aveva già provveduto a svolgere la propria istruttoria ed a concedere il nulla osta. Vi è stata, dunque, una indebita ingerenza da parte del Ministro che ha portato all'avvio di un secondo procedimento che mai avrebbe visto la luce senza il proprio intervento, si ricade, dunque, nell'ipotesi sopra descritta. L'autrice evidenzia, altresì, una ulteriore forma patologica del rapporto politica amministrazione, ossia, gli “*indebiti interventi della amministrazione nella sfera politica e perfino delle resistenze, spinte talvolta al vero e proprio sabotaggio nei confronti dei programmi politici, sabotaggio che allo stesso modo è in grado di alterare il volto e il peso della amministrazione nel quadro del sistema costituzionale e nei confronti del sistema politico*”.

Un ulteriore approfondimento viene svolto da E. COLARULLO, *op. cit.*, p. 135 ss., il quale analizza i tre tipi di comunicazione, quella istituzionale, quella politica e quella sociale, precisando che “*la comunicazione politica è la comunicazione posta in essere dai partiti o movimenti politici, o da loro esponenti [...] la differenza con la comunicazione istituzionale sembrerebbe chiara, ma in realtà esistono zone di contiguità fra le due modalità, soprattutto quando la comunicazione delle istituzioni promuove l'operato e i risultati dell'azione degli esponenti politici posti al vertice dei soggetti pubblici: ministri, sindaco, presidente regionale, ecc. In questo caso, mutando il soggetto comunicante (dai partiti alle istituzioni), ma identificandosi invece il soggetto della comunicazione con l'istituzione stessa, in quanto ad essa posto a capo, si può creare una commistione fra la comunicazione istituzionale e quella politica*”.

oggetto l'impugnazione di un tweet di un Ministro della Repubblica Italiana¹⁶⁸, nello specifico il Ministro per i beni e le attività culturali, il quale, due giorni prima che i propri uffici avviassero un procedimento di secondo grado volto alla verifica di un precedente nulla osta rilasciato dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici della Liguria ne aveva comunicato/sollecitato l'avvio¹⁶⁹.

Nello specifico caso oggetto delle sentenze che si analizzeranno, che si ritiene di dover approfondire al fine di comprendere appieno quali possano essere le insidie per la pubblica amministrazione derivanti da un utilizzo improprio dei *social network*, il tweet del Ministro¹⁷⁰ è stato ritenuto sicuro sintomo di eccesso

168 Cfr. sul punto l'approfondimento di C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 516 ss., la quale evidenzia che “tra gli atti normativi ed i provvedimenti di amministrazione attiva si trova una fascia di atti caratterizzati da un’ampia discrezionalità, posti in essere dagli organi di vertice dell’amministrazione, la cui funzione consiste nella saldatura tra gli indirizzi esposti a livello politico e i provvedimenti di attuazione ed è realizzata attraverso l’impulso, la programmazione, l’indirizzo, il coordinamento della futura attività”.

Per un approfondimento sulla insindacabilità degli atti politici fin dall’approvazione della legge 31 marzo 1989 n. 5292 si veda G. DI GASPARE, *Considerazione sugli atti di governo e sull’atto politico, L’esperienza italiana e francese nello stato liberale*, Milano, 1984, p. 157 ss.

169 Un commento generale alle principali norme che disciplinano il rapporto tra politica e amministrazione, anche a livello di amministrazioni locali viene svolto da R. CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell’amministrazione*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, II*, Napoli, 2001, p. 1009 ss.

170 Con riferimento agli atti politici utili spunti di riflessione possono derivare dall’analisi di L. CICALINI, (con commento di) *L’atto politico, Torlonia (Sezione IV, decisione 27 luglio 1937, n. 425)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 231 ss.

Per un inquadramento generale degli atti politici e sulla loro portata ed impugnabilità cfr. T. ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milano, 1963, p. 1 ss. in cui l’autore comincia la sua analisi dall’art. 31 del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato e sull’art. 113 della Costituzione.

Un ulteriore approfondimento si rende opportuno in ordine alla distinzione tra attività politica ed attività amministrativa. In tal senso si vedano le considerazioni dell’autore a p. 84 ss., il quale ritiene che “l’attività politica è elaborazione di fini e individuazione di mezzi come determinazioni della volontà umana in ordine all’unione fra gli uomini”, e che “l’attività amministrativa riproduce, reperisce e applica all’esterno quei fini e quei mezzi secondo norme di legge e secondo direttive prestabilite”.

Infine, si ritiene opportuno sottolineare che l’autore giunge alla conclusione che “gli atti del potere esecutivo rimangono esclusi dall’impugnabilità, anche dopo l’entrata in vigore della nuova Costituzione, solo se risultano assolutamente privi di elementi o aspetti amministrativi (che in sé sono sempre disciplinati in legge), cioè sono attività svolte bensì da esponenti del potere esecutivo, ma non sono vere attività di natura esecutiva. Però in tal caso si tratta, non più di atti e provvedimenti estrinsecati in sede amministrativa con possibilità di lesione diretta concreta e attuale sui singoli cittadini, ma solo di attività di formazione e maturazione di

di potere¹⁷¹, ma non un atto amministrativo autonomamente impugnabile¹⁷².

Il T.a.r Liguria, con la sentenza n. 787/2014¹⁷³, recentemente confermata dal Consiglio di Stato, sembrerebbe essere stato il primo Tribunale Amministrativo Regionale ad essersi occupato di una caso del genere e si è sicuri che tale precedente avrà una sicura influenza nella giurisprudenza futura, sia per quanto riguarda l'eccesso di potere che per il *modus operandi* sia delle amministrazioni che dei propri rappresentanti.

intenti, di programmazioni ideologiche o economiche, di iniziative, di finalità, già di per sé stesse inoppugnabili secondo le norme generali della giustizia amministrativa”.

171 La dottrina si è interrogata sovente sulla natura delle figure sintomatiche al fine di comprendere se esse possano avere natura sostanziale o processuale. È stato affermato che “secondo taluni esse sono mezzi necessari per mostrare l'eccesso di potere. La presenza di una di dette figure comporterebbe normalmente, ma non necessariamente, l'esistenza di tale vizio. In altri termini, le figure in parola avrebbero un valore probatorio o indiziario. La sintomaticità sarebbe connessa alla circostanza che dalla dimostrazione di un fatto (situazione sintomatica) si dedurrebbe, attraverso delle argomentazioni logiche, l'esistenza ed il modo di essere di un altro fatto (fonte del vizio di un elemento, quello causale, dell'atto) oppure, secondo la ricostruzione della giurisprudenza, saremmo in presenza di una presunzione sull'esistenza di una relazione fra situazione sintomatica e vizio di eccesso di potere. Sarebbe insomma l'accertamento di questa relazione ad essere sostituito e reso superfluo dall'accertamento del sintomo” Così A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, p. 1097 ss.

Si veda anche le considerazioni svolte da A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 227, il quale, con riferimento alla teoria sostanzialistica delle figure sintomatiche evidenzia che “l'amministrazione non è ammessa a dimostrare che, pur ricorrendo una figura sintomatica dell'eccesso di potere, l'interesse pubblico è stato correttamente perseguito”, mentre, dando conto della teoria che ritiene che le figure sintomatiche abbiano una valenza processuale, precisa che “si tratterebbe di manifestazioni tipiche da cui desumere, in via di deduzione logica, la sussistenza potenziale del vizio. La figura sintomatica, quindi, non sarebbe un vizio, ma un mezzo per addivenire alla conoscenza di una causa invalidante”.

172 A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico, Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000, p. 215 ss., individua cinque indici rivelatori della presenza di un atto amministrativo. Essi sarebbero (i) la riserva di legge di cui all'art. 97 Cost., (ii) la procedimentalizzazione dell'attività volta all'approvazione dell'atto, (iii) la finalità pubblica, (iv) l'imperatività ed infine (v) l'essere inserito all'interno di una normativa pubblicistica.

Si veda altresì E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 31 ss., effettua un attento ed interessante approfondimento della nozione di atto giuridico, rilevando che “gli atti giuridici amministrativi, si dividono invece in due grandi categorie:

- gli atti reali, o meri atti amministrativi, non legati e non collegati all'adozione di provvedimenti amministrativi;
- le dichiarazioni amministrative, divise in provvedimenti e in atti strumentali al provvedimento amministrativo”.

173 T.a.r. Liguria, Sez. I, 19.05.2014, sentenza n. 787, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

Con la predetta sentenza, confermata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 769/2015¹⁷⁴, il Tribunale amministrativo regionale ligure ha affermato che *“Un’ulteriore spia dell’eccesso di potere è rinvenibile nella circostanza che i provvedimenti degli organi decentrati del Ministero, di sospensione dei lavori di rimozione dell’alberatura centrale, hanno fatto seguito - con stretta cadenza temporale - alle dichiarazioni via tweet del Ministro, che preannunciava la richiesta di sospensione dei lavori in piazza Verdi (doc. 1 delle produzioni 17.1.2014 di parte comunale).*

Ora, sebbene le dichiarazioni via tweet del Ministro non integrino un atto amministrativo annullabile per incompetenza (posto che al Ministro compete soltanto l’adozione degli atti di indirizzo, non già dei concreti atti di gestione del vincolo culturale, di competenza dei dirigenti – art. 4 D. Lgs. 30.3.2001, n. 165), essi nondimeno costituiscono sicura spia dell’eccesso di potere per sviamento, nel senso che gli organi decentrati del MIBAC sembrano essersi determinati a sospendere i lavori – oltretutto in palese contrasto con le proprie recenti determinazioni – non già sulla base di una meditata valutazione di nuovi elementi istruttori circa l’epoca di piantumazione del filare di pini (elementi emersi soltanto in seguito, e valorizzati nel decreto del Direttore regionale 8.11.2013), ma al fine di assecondare gli impegni ormai pubblicamente assunti dal Ministro, di sospendere i lavori di realizzazione del progetto Vannetti-Buren”.

Il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza del T.a.r. ligure, a proposito della volontà del Ministro espressa via twitter, ha chiarito che *“In realtà il Comune ha proposto appello incidentale senza qualificarlo oltremodo, chiedendo la riforma della sentenza nel punto in cui essa non ha ritenuto di annullare il “tweet” o “cinguettio” del Ministro, ma ne ha solo dedotto una spia di eccesso di potere, avendo gli organi statali avuto un ripensamento rispetto alle precedenti valutazioni soprattutto, o addirittura solo, per compiacere o per non discostarsi da posizioni pubblicamente assunte dall’autorità politica.*

174 Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.2.2015, sentenza n. 769, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

La pretesa svolta nell'appello incidentale, ad opinione del Collegio, deve ritenersi pienamente assorbita dal confermato accoglimento della domanda di annullamento del ricorso originario, sicché è superflua sia la ricerca di una ulteriore e distinta causa di illegittimità (per quanto sia evidente quantomeno la "spia" della disfunzione) sia soprattutto l'esame della domanda, da ritenersi per logica elementare condizionata, diretta ad annullare l'atto dell'autorità politica, perché da intendersi esso già quale manifestazione di volontà attizia.

Al riguardo, solo per scrupolo di completezza, il Collegio osserva che gli atti dell'autorità politica, limitati all'indirizzo, controllo e nomina ai sensi del decreto legislativo n.165 del 2001, debbono pur sempre concretarsi nella dovuta forma tipica dell'attività della pubblica amministrazione (Cons. Stato, V, 24 settembre 2003, n.5444, Cassazione civile, sezione II, 30 maggio 2002, n.7913; III, 12 febbraio 2002, n.1970), anche, e a maggior ragione, nell'attuale epoca di comunicazioni di massa, messaggi, cinguettii, seguiti ed altro, dovuti alle nuove tecnologie e alle nuove e dilaganti modalità di comunicare l'attività politica".

Dall'analisi delle predette sentenze emerge inequivocabilmente che un 'tweet', pur non essendo affatto qualificabile quale atto amministrativo¹⁷⁵, possa essere considerato una probabile spia di eccesso di potere per sviamento¹⁷⁶.

Secondo tale orientamento, pur non costituendo un provvedimento amministrativo¹⁷⁷, un tweet, ma si potrebbe arrivare alle medesime conclusioni anche per uno status su facebook o su qualsiasi altro *social network*, potrebbe essere ritenuto sintomo di eccesso di poter nel momento in cui abbia la finalità di

175 B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo, Volume terzo*, Padova, 1993, p. 1 ss. analizza la nozione di atto amministrativo, con particolare attenzione agli atti politici, agli atti impugnabili ed anche alla differenza tra atto e provvedimento amministrativo.

176 Una attenta analisi dello sviamento di potere e delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere viene svolta da A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione, studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993, p. 190 ss.

177 Nel corso degli ultimi decenni ha assunto notevole importanza l'informatica nella formazione e nella conservazione dei documenti e degli atti amministrativi che ben possono essere creati e conservati anche direttamente in forma informatica. Sul punto si veda A. MASUCCI, *Per una nozione di documento amministrativo informatico*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, II*, Napoli, 2001, p. 783 ss.,

indirizzare/vincolare l'attività amministrativa¹⁷⁸, prima dell'avvio di un formale procedimento o durante il proprio iter, poiché l'impegno preso pubblicamente potrebbe in alcuni casi vincolare l'attività futura dell'amministrazione¹⁷⁹.

L'importanza di tali sentenze è del tutto evidente in questi anni in cui la comunicazione politica è sempre più veloce ed incontrollabile poiché ogni amministratore pubblico comunica istantaneamente con la collettività attraverso gli strumenti offerti dalle tecnologie.

Si potrebbe dire quindi che vi è una nuova figura sintomatica di eccesso di potere di creazione giurisprudenziale derivante dall'impegno pubblico preso nel momento in cui vengono pubblicizzati provvedimenti già adottati ovvero provvedimenti che verranno adottati e vengono dunque stimolati e sollecitati dall'organo politico che poi non avrà comunque alcuna competenza nel procedimento di adozione degli stessi.

Difatti, nel caso oggetto delle sentenze sopra richiamate, il problema è sorto poiché il procedimento formale è stato avviato solo a seguito del tweet del Ministro, che nessun ruolo avrebbe avuto nel successivo procedimento amministrativo di rivalutazione dell'autorizzazione allo svolgimento dei lavori già concessa.

178 Per un approfondimento generale sul tema dell'autovincolo si veda P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990.

179 Riprendendo l'analisi delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quale è stata ritenuto nel caso di cui alle sentenze del T.a.r. Liguria e del Consiglio di Stato analizzate, appare opportuno richiamare altresì quell'orientamento che ritiene che esse abbiano natura sostanziale e non processuale. In proposito si veda l'approfondimento di A. PUBUSA, *op. cit.*, p. 1098, secondo cui le figure sintomatiche “sarebbero nient'altro che la violazione della disciplina della funzione amministrativa, e, più precisamente, dei tre principi fondamentali che la reggono, e cioè: a) il principio di giustizia sostanziale; b) il principio della ragionevolezza dell'agire amministrativo; c) il principio dell'organizzazione amministrativa. Al primo di tali principi sono da ricondurre la manifesta ingiustizia e la disparità di trattamento; al secondo l'illogicità manifesta e la contraddittorietà della motivazione; al terzo, infine, la violazione di circolari e la deviazione dalla prassi. Tali vizi della funzione si ripercuoterebbero direttamente sull'espressione di essa, sull'atto, determinandone l'invalidità. Secondo questo orientamento, dunque, le figure sintomatiche sarebbero cause estrinseche d'invalidità dell'atto, non sintomi rilevatori dell'esistenza di un vizio di esso”.

II.2 L'istruttoria 2.0, l'utilizzo delle informazioni presenti su facebook ai fini della verifica dell'idoneità alla detenzione del porto d'armi

Un ulteriore aspetto del rapporto tra pubbliche amministrazioni e nuove tecnologie che si intende affrontare in tale lavoro è legato all'utilizzo delle stesse nella fase istruttoria.

L'impiego sempre maggiore dei sistemi informatici in tale fase procedimentale, peraltro, è incentivato anche a livello legislativo dall'art. 3 *bis* della legge n. 241/1990¹⁸⁰.

Si è riscontrato, tuttavia, che le amministrazioni di sovente non sfruttano pienamente le possibilità che potrebbero derivare da un corretto e ponderato impiego delle tecnologie informatiche. Tali problematiche potrebbero derivare dal difficile approccio che taluni dipendenti hanno nel rapporto con le tecnologie informatiche, poiché molto spesso si tratta di soggetti non abituati ad utilizzare in maniera opportuna gli strumenti in loro possesso, o che magari, più semplicemente, non ne conoscono né le potenzialità né, tanto meno, le insidie.

Dall'analisi della giurisprudenza amministrativa più recente si rinvencono sempre più spesso sentenze in cui emerge che l'utilizzo delle informazioni acquisite all'interno del procedimento amministrativo attraverso la ricerca su internet possa portare a provvedimenti non sempre legittimi, spesso affetti da eccesso di potere per difetto di istruttoria.

È ormai una realtà che le amministrazioni pubbliche stiano acquisendo informazioni dal web, inteso sia come utilizzo di piattaforme quali facebook, che da programmi quali google earth o google maps che semplicemente su siti internet di varia natura.

Internet, come noto, è un potentissimo strumento che consente sempre più la

180 L'art. 3 *bis* della legge n. 241/1990, inserito con la legge 11 febbraio 2005 n. 15, dispone che *“Per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche incentivano l'uso della telematica, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati”*.

creazione di piattaforme di condivisione in cui gli utenti registrati possono condividere con amici, conoscenti e, talvolta, sconosciuti, emozioni, foto, video etc etc, tuttavia, tale fenomeno non sempre è del tutto attendibile e controllabile.

È ormai noto ai più che le informazioni, che possono avere la forma del video del messaggio, o della fotografia, non appena entrano nel web, sia per nostra volontà che contro la stessa, o anche a totale nostra insaputa, sfuggono al proprio controllo e molto spesso ci si dimentica, o lo si ignora, che il web costituisca una vera e propria realtà virtuale, parallela a quella reale, che, tuttavia, molto spesso non corrisponde a quella reale.

È in tale contesto che si intende analizzare l'uso che talune amministrazioni stanno facendo di tali informazioni ottenute attraverso i c.d. social network, in particolare, in questo caso, attraverso facebook.

A tal proposito si evidenzia che i giudici amministrativi hanno analizzato diversi casi in cui hanno dovuto valutare se il provvedimento sottoposto al loro vaglio di legittimità, adottato sulla base di informazioni acquisite tramite le suddette piattaforme, fosse o meno legittimo.

Nella sentenza n. 388/2014 del T.a.r. Abruzzo¹⁸¹, in un caso di revoca di porto d'armi, per cui particolarmente delicato, è stato affermato: *“il ricorrente ha impugnato il provvedimento della Questura di Chieti del 6 dicembre 2012, con il quale è stato disposto il ritiro della licenza di porto di fucile per uso sportivo rilasciatagli dal Commissariato di P.S. di Vasto in data 13 maggio 2011;*

che il provvedimento impugnato è motivato con riferimento alla possibilità di abuso del titolo in relazione alla divulgazione via web, sulla piattaforma Facebook, da parte del ricorrente medesimo di alcuni propositi violenti del tipo: “ammazzerò il primo di quei bastardi che ci ha portato alla povertà”, e ancora: “combattevo per ridare la libertà ai miei figli e sarò, per questo, anche disposto a morire”;

che, secondo il ricorrente, l'occasionalità e la natura evidentemente

181 Si veda T.a.r. Abruzzo, sezione staccata di Pescara, Sezione Prima, 08.09.2014, sentenza n. 388, consultabile sul sito della Giustizia Amministrativa www.giustizia-amministrativa.it.

provocatoria dei messaggi non consentirebbero di desumere reali propositi delittuosi e quindi di ritenere venuta meno l'affidabilità del titolare della licenza di polizia".

In tale sentenza è stato ritenuto legittimo il provvedimento di revoca del porto d'armi poiché si è ritenuto del tutto sufficiente, al fine di determinare la pericolosità sociale del possessore del porto d'armi, l'analisi della pubblicazione su un social network di pensieri particolarmente violenti.

Dunque, in maniera del tutto ragionevole e condivisibile, la revoca del porto d'armi, che com'è noto, è un provvedimento estremamente discrezionale in ragione della pericolosità del possesso di armi e munizioni, è stata ritenuta legittima.

Tuttavia, in un differente caso relativo sempre al porto d'armi, la giurisprudenza è riuscita ad analizzare con attenzione un analogo messaggio, ma meno violento, condiviso nel web per addivenire ad una conclusione differente.

Il T.a.r. Lazio¹⁸², sempre in tema di porto d'armi, ha recentemente statuito che *“Con il ricorso in epigrafe il ricorrente, guardia particolare giurata alle dipendenze della società International Security Service Vigilanza, ha impugnato i provvedimenti del Prefetto di Roma del 19 giugno 2013 e del Questore di Roma del 13 maggio 2013, notificati entrambi il 17 luglio 2013, con i quali è stato disposto il divieto di detenzione di armi, munizioni e materiale esplosivo, ed è stato revocato il decreto di nomina a guardia particolare giurata e la licenza di porto di pistola per difesa personale a tassa ridotta.*

I provvedimenti si fondano sulla vicenda occorsa al ricorrente il 4 aprile 2013, giorno in cui ha subito un incidente stradale mentre era alla guida di un veicolo dell'istituto di vigilanza.

Il collega che lo ha soccorso ha redatto una relazione di servizio nella quale ha ricostruito la vicenda mettendo in cattiva luce il ricorrente, tanto da indurlo ad inviargli sulla pagina del suo profilo Facebook un messaggio

182 T.a.r. Lazio, Sezione Prima Ter, 03.11.2014, sentenza n. 10982, consultabile sul sito della Giustizia Amministrativa www.giustizia-amministrativa.it.

minatorio, il cui tenore è riportato nel provvedimento del Questore di Roma.

Basandosi su detta minaccia, il Questore di Roma ha ritenuto che fosse venuto meno per il ricorrente il requisito della buona condotta, decretando la revoca del suo provvedimento di nomina a guardia particolare giurata e del porto di pistola. A sua volta il Prefetto di Roma, ha decretato il divieto di detenzione di armi.

Avverso detti provvedimenti il ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 7 e 8 della L. 241/90 e la falsa applicazione dell'art. 21 octies della stessa legge, ed il difetto di motivazione.

Ha poi dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del T.U.L.P.S., rilevando, in particolare, la violazione del principio di proporzionalità e di ragionevolezza.

L'Amministrazione si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto del ricorso per infondatezza.

Con ordinanza n. 4854/2013 la domanda cautelare è stata accolta, avendo rilevato il Collegio la sproporzione delle misure adottate rispetto alla gravità del fatto contestato, costituente un episodio isolato, verificatosi in occasione di particolari circostanze.

All'udienza pubblica del 16 ottobre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Ai sensi del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, va riconosciuto al Prefetto e al Questore il potere discrezionale di vietare la detenzione di armi e munizioni e il porto di armi ai soggetti ritenuti capaci di abusarne. Si tratta di un potere connotato da elevata discrezionalità, in considerazione delle finalità per cui il potere è attribuito. Il fine perseguito è infatti la tutela dell'ordine pubblico, non solo in caso di accertata lesione, ma anche in caso di pericolo di lesione (Consiglio Stato sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3516).

Il nostro ordinamento è caratterizzato infatti da un marcato disfavore nei confronti del possesso e la circolazione delle armi che autorizza l'autorità di P.S. ad apprezzare in modo rigoroso i presupposti al ricorrere dei quali la loro

detenzione è eccezionalmente consentita; per cui si deve ritenere che il pericolo di abuso a cui si riferiscono le norme citate va inteso nella più ampia accezione possibile.

Ed invero, le preminenti esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della tranquilla convivenza della collettività che l'ordinamento intende salvaguardare attraverso le norme citate non permettono il minimo dubbio in proposito e legittimano il massimo rigore nella valutazione, ampiamente discrezionale, relativa all'adozione delle misure riguardanti la detenzione di armamenti.

Tale pericolo può essere dunque ravvisato in tutti i casi in cui sul conto del soggetto interessato, ovvero dal suo comportamento, emergono sospetti o indizi negativi che inducono ragionevolmente a dubitare che le armi siano godute ed usate nella più perfetta e completa sicurezza. Il che abilita il Prefetto all'esercizio del potere generale di vietare la detenzione di armi e munizioni ai soggetti ritenuti capaci di abusarne, ai sensi degli articoli 39, 43, 10 e 11, t.u. 18 giugno 1931, n. 773.

E' stato ritenuto dalla giurisprudenza che il potere discrezionale dell'Amministrazione deve essere esercitato nel rispetto dei canoni tipici della discrezionalità amministrativa, sia sotto il profilo motivazionale che sotto quello della coerenza logica e della ragionevolezza, dandosi conto in motivazione dell'adeguata istruttoria espletata al fine di evidenziare le circostanze di fatto in ragione delle quali il soggetto sia ritenuto pericoloso o comunque capace di abusi. Nell'esercizio di detto potere discrezionale, l'Amministrazione procedente deve, oltre ad indicare le circostanze ritenute ostative, valutarne l'incidenza in ordine al giudizio di affidabilità e/o probabilità di abuso delle armi, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto. Ciò, in quanto la valutazione della possibilità di abuso si fonda su considerazioni probabilistiche e su una congrua ed adeguata istruttoria, della quale dar conto in motivazione, onde evidenziare le circostanze di fatto che farebbero ritenere il soggetto richiedente pericoloso o comunque capace di abusi (T.A.R. Napoli Campania sez. V 12 luglio 2010 n. 16669; T.A.R. Catanzaro Calabria sez. I 10 novembre 2011 n. 1350).

Nel caso di specie, il giudizio sulla carenza del requisito della buona condotta e sulla inaffidabilità sul corretto uso delle armi è correlato al solo contenuto del messaggio su Facebook, che si appalesa più come uno sfogo e una rimostranza – anche se espressa in termini offensivi – che non in una vera e propria minaccia di lesioni personali.

Né sono stati adottati ulteriori elementi di fatti da quali si possa desumere l'effettiva volontà di arrecare pregiudizio ad altri, tanto da poter indurre con un giudizio prognostico la pericolosità per la pubblica incolumità dell'uso delle armi da parte del ricorrente, che mai ha dato motivo in passato di far dubitare sulla sua capacità sul corretto uso delle armi.

Il provvedimento del Questore, sulla base del quale è stato poi assunto quello prefettizio, nel suo tenore e nelle sue conseguenze – il licenziamento del ricorrente – appare dunque sproporzionato rispetto alla reale entità dei fatti, in mancanza di ulteriori approfondimenti istruttori dai quali possa desumersi la concreta ed effettiva inaffidabilità del ricorrente circa il corretto uso delle armi”.

I Giudici amministrativi, riconducendo i fatti di causa ad un mero sfogo avvenuto a seguito di un incidente stradale durante l'orario di servizio, hanno ritenuto che tale fatto fosse del tutto inidoneo a determinare una carenza dei requisiti per il possesso del porto d'armi, che avrebbe portato con sé anche la perdita del posto di lavoro quale guardia giurata¹⁸³.

Una attenta analisi dei provvedimenti impugnati, come già precisato, ha

183 G. ARENA, *La tutela della riservatezza nella società dell'informazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994, p. 87 ss, a proposito dell'utilizzo della possibilità di reperire informazioni grazie all'utilizzo dell'informatica, ben prima dello sviluppo massiccio di internet, afferma che “*si comprende allora, in questa ottica, in che modo le banche dati possono rappresentare un pericolo: il problema non è soltanto l'intrusione in sé e per sé nella sfera privata (cioè la lesione della riservatezza derivante dalla conoscenza non autorizzata di determinate informazioni) quanto la possibilità di usare le informazioni personali tratte da tali fonti per ridurre l'incertezza circa le future decisioni (politiche, sociali, di consumo, etc) del soggetto inquisito. L'obiettivo finale di chi detiene il potere, naturalmente, è poi quello di utilizzare tale riduzione di incertezza per influire sul soggetto in questione prima che tali decisioni vengano poste in atto*”. L'autore, ancora non poteva immaginare di preciso la nascita dei c.d. social network, tuttavia, si ritiene che l'utilizzo di tali informazioni, ove detenute dall'amministrazione, sia assolutamente fondamentale in casi come quello alla nostra attenzione al fine di determinare se il soggetto costituisca o meno un pericolo per la società. Si ritiene, dunque, che a scopi di sicurezza l'utilizzo delle informazioni facilmente reperibili grazie agli strumenti informatici debba essere considerato tendenzialmente positivo.

portato al loro annullamento nonostante in materia di revoca del porto d'armi vi sia una elevatissima discrezionalità in capo all'amministrazione procedente.

La valutazione del giudice amministrativo ha avuto ad oggetto l'assoluta sproporzione tra il provvedimento adottato ed i suoi effetti¹⁸⁴.

Si è considerato, infatti che le conseguenze del provvedimento di revoca del porto d'armi avrebbe portato il ricorrente al licenziamento e, pertanto, anche in ragione di ciò il provvedimento è stato ritenuto illegittimo per manifesta violazione del principio di proporzionalità¹⁸⁵ e difetto di istruttoria¹⁸⁶.

Dal confronto dei due orientamenti sopra richiamati si può desumere che l'amministrazione, in presenza di due pensieri espressi sulla medesima piattaforma si debba sempre spingere ad analizzare la ragione per cui gli stessi siano stati pubblicati, affinché, dunque, non ci si limiti esclusivamente a prendere atto in maniera acritica di quanto condiviso dall'utente su internet, bensì, uno 'sforzo' istruttorio ulteriore che analizzi l'origine di tale comportamento al fine di cercare di comprenderne la reale portata.

Si richiede, pertanto, un'istruttoria accurata¹⁸⁷, eventualmente, anche

184 Come noto l'agire amministrativo deve sempre conformarsi ai principi generali dell'ordinamento, tra i quali, come noto, vi è anche il principio di ragionevolezza, sicuramente violato in tale ipotesi. A tal proposito V. CERULLI IRELLI, *Sui principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, p. 32, a proposito del principio di ragionevolezza afferma che “ragionevolezza ed imparzialità rappresentano due declinazioni dello stesso principio; due differenti aspetti nei quali esso si presenta. Ragionevolezza significa non arbitrarietà delle scelte. Ogni scelta che l'amministrazione va ad assumere negli spazi lasciati aperti dalla legge, nella sua discrezionalità (presupponendo perciò il rispetto della legge), deve essere logicamente consequenziale rispetto alle premesse alle quali risultano sulla base dei fatti e degli interessi acquisiti con riferimento a una situazione concreta”.

185 Sul principio di proporzionalità cfr. l'esautiva analisi di S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011.

186 L'attività amministrativa, secondo autorevole dottrina “risulta quindi assoggettata non solo alle norme specifiche per il singolo caso, ma ad una rete di principi generali che assicurano l'adeguatezza (o congruità o proporzionalità) della scelta adottata dall'Amministrazione in relazione a questi due ordini di elementi entro cui l'azione si sviluppa”, così A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2011;

187 Un provvedimento adottato all'esito di una fase istruttoria che non abbia debitamente tenuto in considerazione ulteriori elementi circa la pericolosità sociale del portatore d'armi potrà sicuramente essere giudicato illegittimo per difetto di istruttoria. Secondo P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003, p. 187 ss. “ricorre la figura del difetto di istruttoria quando la pubblica amministrazione

mediante l'acquisizione di ulteriori informazioni sul soggetto, al fine di adottare un provvedimento che non sia illegittimo per violazione dei principi generali dell'ordinamento più volte richiamati.

Il Giudice Amministrativo, come si è visto, domanda altresì all'amministrazione una ulteriore valutazione circa l'attendibilità del pensiero pubblicato, al fine di determinare, prima dell'adozione di un provvedimento restrittivo della sfera giuridica, se il pensiero espresso sia sintomo di una reale pericolosità sociale.

Difatti, molto spesso, tali messaggi vengono fraintesi dallo stesso soggetto che li condivide, nel senso che non si comprende che l'esposizione di un pensiero in un social network potrebbe comportare conseguenze di estrema gravità, come, ad esempio l'avvio di un procedimento penale.

Ad avviso di chi scrive, si ritiene che una parte della cittadinanza non ritenga che il proprio profilo virtuale coincida sempre più con quello reale, per cui ciò che si pubblica su un qualsiasi social network, ad esempio facebook, può sempre essere considerato quasi un gioco o semplicemente uno sfogo che non potrà portare ad alcuna conseguenza, invece, come già si è dimostrato, non è così.

Si tende, sempre più, a sfogare la propria rabbia nel mondo virtuale pensando che ciò non andrà ad incidere su quello reale.

È in tale contesto, pertanto, che l'istruttoria¹⁸⁸, soprattutto in ipotesi

[...] pervenga alla decisione senza aver proceduto direttamente a quell'accertamento e senza aver prima valutato altre soluzioni praticabili". Il difetto di istruttoria ricorre, tuttavia, non soltanto quando l'istruttoria sia del tutto assente, ma anche quando quest'ultima sia del tutto inadeguata.

188 R. IANNOTTA, *Talune raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia amministrativa*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato, II*, Roma, 1981, p. 585, prendendo spunto dallo studio della risoluzione n. 31 del 1977 adottata dal Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa in data 28 settembre 1977, ben prima dell'entrata in vigore della legge generale sul procedimento amministrativo, osservava che "la vigenza del principio di contraddittorio ha notevole importanza sotto il profilo dell'imparzialità amministrativa, in quanto costituisce uno strumento per valutare compiutamente una situazione sulla quale si deve intervenire. Questo rilievo vale tanto con riferimento all'attività discrezionale quanto in rapporto all'attività vincolata. La completezza dell'istruttoria è uno dei modi di attuazione del principio di imparzialità amministrativa, da intendere quale principio di diritto sostanziale di qualunque tipo di azione amministrativa. Inoltre il contraddittorio ha rilevanza sotto il profilo dell'eccesso di potere e della motivazione. La possibilità dell'incidenza dell'eccesso di potere segue alla più ampia occasione, offerta all'Amministrazione, di acquisire dati e di compararli

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*

particolarmente delicate come quelle sopra descritte, dovrebbe essere estremamente attenta ed approfondita, poiché l'adozione del provvedimento amministrativo reca pesanti conseguenze in capo al cittadino.

a quelli già conosciuti e valutati. Inoltre l'ulteriore possibilità di ampliare l'ambito dell'istruttoria importa il maggior impegno della motivazione, intesa come modo di comparare i dati a disposizione con quelli prospettati dall'amministrato e procedere alla scelta giustificata dai fatti".

II.3 (segue) ... breve analisi del principio di proporzionalità

Un importante principio di derivazione comunitaria che si ritiene fondamentale richiamare ed analizzare brevemente nel presente lavoro è il principio di proporzionalità¹⁸⁹, poiché in numerosissimi casi esso viene richiamato dalla giurisprudenza amministrativa al fine di valutare la legittimità dei provvedimenti sottoposti alla sua attenzione.

Il principio di proporzionalità¹⁹⁰ è stato elaborato in un primo momento dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesca, ed alle sue origini fu introdotto dalla giurisprudenza prussiana quali limite ai poteri discrezionali delle autorità di polizia; è possibile risalire, difatti, alla sentenza Kreuzberg del 1882 con la quale i giudici ritennero illegittimo un provvedimento di chiusura di un negozio che vendeva alcolici per non essere stata valutata dall'autorità amministrativa alcuna

189 E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Milano, 2012, analizza il principio di proporzionalità nell'ordinamento tedesco, in quello europeo, ed infine in quello italiano. Tale analisi è particolarmente interessante, poiché, come noto, i principi dell'ordinamento comunitario derivano dall'elaborazione dei principi dei singoli stati membri dell'Unione Europea.

Cfr. anche A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4643 ss.

V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, p. 33, con riferimento al principio di proporzionalità, afferma che esso costituisce una declinazione dei principi di ragionevolezza ed imparzialità e che “*esso è particolarmente presente nel diritto europeo, come quello inteso prioritariamente a ciò, che singole situazioni facenti capo a determinati soggetti, situazioni di carattere privato perciò, in genere a contenuto patrimoniale, non vengano sacrificate al di là di ciò che è strettamente necessario. Esso comporta che ogni misura incidente su singole situazioni private, non solo debba essere idonea, cioè adeguata all'obiettivo da perseguire (suitability), ma anche necessaria nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace ma meno negativamente incidente sia disponibile (necessity) (v., nella nostra giurisprudenza, tra le tante, Cons. St., IV, 18.10.02, n. 5714)*”.

L'importanza di tale principio a livello comunitario, tra i tanti, viene analizzata da G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo (leggi n. 15 e n. 80 del 2005)*, Padova, 2005, p. 120, il quale precisa che “*il grande rilievo del principio di proporzionalità, nel quadro degli assetti fondamentali del diritto comunitario, è dimostrato dall'elevato rango normativo delle fonti che lo enunciano: il riferimento ad esso si coglie, invero nell'art. 5, 3° pr., Tr.CE (ex art. 3B); le modalità applicative del principio sono poi tratteggiate nel ricordato Protocollo n. 7, allegato al Trattato di Amsterdam*”.

190 E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 103, a proposito del principio di proporzionalità sostiene che “*in linea generale dunque il principio di proporzionalità esprime l'obbligo per la pubblica amministrazione di non eccedere attraverso l'uso degli strumenti operativi e delle misure di cui dispone, dallo scopo che si è proposta con la sua attività adeguata. In altri termini l'azione deve essere adeguata e non eccedere gli obiettivi che si è prefissata di raggiungere*”.

altra sanzione meno afflittiva¹⁹¹.

Un interessante spunto di riflessione sul principio di proporzionalità è stato fornito dalla recente dottrina la quale ha analizzato la correlazione tra la discrezionalità ed il principio di proporzionalità nelle opere di Romagnosi¹⁹².

Il principio di proporzionalità, come precisato, è stato ritenuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente di derivazione comunitaria¹⁹³, tuttavia, recentemente, si è messo in luce che anche la dottrina italiana lo aveva già elaborato con propri caratteri sulla scorta del pensiero di Romagnosi¹⁹⁴.

Recentemente il Consiglio di Stato¹⁹⁵ si è occupato in più occasioni di ribadire e riaffermare l'importanza del principio di proporzionalità, chiarendo che *“il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone*

191 Per un maggiore approfondimento sul punto V. FANTI, *op. cit.*, p. 40 ss., in cui l'autore evidenzia altresì la c.d. 'tecnica dei tre gradini' della proporzionalità, ossia la congruità (o idoneità), la necessità e l'adeguatezza (o proporzionalità), che dovranno essere analizzati di volta in volta dal giudice al fine di comprendere se il provvedimento alla propria attenzione rispetti i predetti criteri.

192 V. FANTI, *op. cit.*, p. 98, mette in luce che *“la nascita del potere discrezionale e la connaturata necessità che esso sia esercitato attraverso il criterio della proporzionalità, quindi, può ben farsi risalire a Gian Domenico Romagnosi. Una discrezionalità intesa come attributo interno ed immanente del potere della P.A., ovvero un modo di esercizio dell'azione amministrativa che si estrinseca in una scelta tra più soluzioni possibili compiuta nel rispetto del vincolo di fine, nonché con la osservanza di criteri e principi che presiedono all'esercizio del potere: in primo luogo la proporzionalità”*.

193 G. CARLOTTI, *op. cit.*, p. 121, evidenzia che *“secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la proporzionalità, normalmente evocata per valutare l'adeguatezza delle misure interne di trasposizione adottate dai singoli Stati membri in attuazione di obblighi comunitari, implica che ogni provvedimento legislativo o amministrativo, specialmente se sfavorevole per il destinatario, debba configurarsi come idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi perseguiti dalla singola normativa, tal che ogniqualvolta sia possibile una scelta tra più misure alternative, tutte ugualmente appropriate rispetto a detti scopi, andrebbe sempre preferita la meno restrittiva o quella che comporti gli inconvenienti meno gravosi”*.

Sul punto si veda anche G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 589, il quale osserva che il principio di proporzionalità è stato da molti ricompreso all'interno del principio di ragionevolezza, il quale, tuttavia, non può comprendere tutte le sfumature del principio di proporzionalità. L'autore evidenzia altresì, prima che il legislatore nazionale modificasse la legge n. 241/1990 introducendo il richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario, che tale principio è da considerarsi cogente sia per il legislatore nazionale nel dare esecuzione alla disciplina comunitaria, che, tanto più, per l'amministrazione pubblica.

194 V. FANTI, *op. cit.*, p. 98 ss.

195 Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2015, sentenza n. 964, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato.

Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile: in questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi.

Date tali premesse, la proporzionalità non deve essere considerata come un canone rigido ed imm modificabile, ma si configura quale regola che implica la flessibilità dell'azione amministrativa ed, in ultima analisi, la rispondenza della stessa alla razionalità ed alla legalità.

In definitiva, il principio di proporzionalità va inteso “nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale” (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2015 n. 284).

Parallelamente, la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l'amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali.

In virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza.

Sul punto, la giurisprudenza di questo Consiglio ha chiarito che il criterio di ragionevolezza impone di far prevalere la sostanza sulla forma qualora si sia

in presenza di vizi meramente formali o procedurali, in relazione a posizioni che abbiano assunto una consistenza tale da ingenerare un legittimo affidamento circa la loro regolarità (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014 n. 5609; id. 18 agosto 2009 n. 4958; id. 2 ottobre 2007, n. 5074)”.

Tale principio, tra gli altri, per via dell'art. 117, comma 1, della Costituzione italiana, il quale come noto dispone che *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*, trova diretta applicazione nel nostro ordinamento anche quale limite al potere legislativo¹⁹⁶.

Non solo, per effetto del richiamo contenuto all'interno della legge 241/1990, il principio di proporzionalità, come tutti i principi dell'ordinamento comunitario devono orientare l'azione amministrativa¹⁹⁷.

Una tra le prime sentenze della giurisprudenza amministrativa italiana è sicuramente stata opera del Tribunale amministrativo regionale lombardo¹⁹⁸, il

196 Cfr. per un approfondimento G. CORSO, *Norme comunitarie, norme interne e unità dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994, p. 639 ss., il quale tra gli altri argomenti, affronta anche il tema del rapporto tra l'ordinamento italiano e quello comunitario.

197 Il comma 1 dell'art. 1 della legge n. 241/1990, così come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. a) della legge 11 febbraio 2005 n. 15, e successivamente dall'art. 7, comma 1 della legge n. 69/2009, dispone che *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”*, a proposito di tali modifiche cfr. il commento ad opera di A. POLICE, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, ID., A. ZITO (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005, p. 49 ss.

Recentemente T.a.r. Catania, Sez. III, 26 settembre 2013, in *Foro Amm. Tar 2013, Vol XII*, p. 2912, ha statuito che *“la denunciata violazione dei principi comunitari, ove effettivamente sussistente, comporta soltanto un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo, ciò in quanto l'art. 21 septies, l. n. 241/1990 ha codificato in un numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento, tra cui non è stata ricompresa la violazione del diritto comunitario”*.

198 Il T.a.r. Lombardia, Milano, 5.5.1998, n. 922, TAR, 1998, I, 2416, s.m., precisò che *“il principio di proporzionalità costituisce in altri ordinamenti (tra i quali quello comunitario) abituale parametro di valutazione di legittimità dell'azione amministrativa; laddove esso è stato particolarmente approfondito (è il caso dell'ordinamento tedesco) se ne sono evidenziati i seguenti tre elementi costitutivi, da esaminare in successione:*

a) l'idoneità: un mezzo appare idoneo allo scopo se, in base ad un giudizio prognostico, possa ragionevolmente ritenersi in grado di agevolare concretamente il raggiungimento dell'obiettivo;

b) la necessità: un mezzo è necessario se, tra quelli idonei ed egualmente efficaci, sia il

quale richiamò la teoria dei tre scalini: idoneità, necessità e proporzionalità, quali parametro dell'azione amministrativa.

Successivamente anche il Consiglio di Stato¹⁹⁹ precisò che “*il principio di proporzionalità si risolve nell'affermazione, secondo cui le Autorità comunitarie e nazionali, non possono imporre, sia con atti normativi, sia con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario, in misura superiore (cioè sproporzionata) a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo che l'Autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo (cioè adeguato all'obiettivo da perseguire) e necessario (nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile)*”.

meno gravoso per gli interessi sacrificati (il mezzo 'più mite');

c) la proporzionalità in senso stretto: un mezzo è proporzionale se non eccessivo, cioè intollerabile in raffronto al fine perseguito.

Nel nostro ordinamento tale principio non è oggetto di richiami testuali nelle disposizioni costituzionali ma ben può essere correlato al principio di buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (a cui è ispirata anche la legge sul procedimento amministrativo 7.8.1990, n. 241) e, più in generale, al principio di ragionevolezza”.

199 Consiglio di Stato, Sez. VI, 1.4.2000, n. 1885, CS, 2000, I, 833.

II.4 Le sanzioni disciplinari ai tempi di Facebook

Ritornando ad analizzare la recente giurisprudenza in tema di istruttoria si possono riscontrare numerosi casi in cui essa viene condotta esclusivamente sulla base di informazioni rilevate sui vari social network²⁰⁰.

A tal proposito si ritiene utile analizzare brevemente una sentenza in cui ad una studentessa liceale è stata comminata una sanzione disciplinare particolarmente grave, la sospensione scolastica per 15 giorni²⁰¹, che teoricamente l'avrebbe potuta anche portare a dover rifrequentare interamente l'anno scolastico per via della non ammissione alla classe successiva o, come nel caso alla nostra attenzione, alla non ammissione all'esame finale.

Tale sanzione, annullata dal giudice amministrativo esclusivamente per un vizio di forma, avrebbe portato, come precisato, alla non ammissione all'esame finale di maturità, ed è stata comminata per via di alcune espressioni utilizzate in un gruppo privato su facebook rivolte al Dirigente scolastico.

Anche da tale sentenza appare del tutto evidente che sempre più le amministrazioni nella fase istruttoria acquisiscano informazioni dai c.d. social network che poi vengono valutate ai fini dell'adozione del provvedimento finale, proprio come avvenuto in tale caso, il quale, purtroppo, non è assolutamente il solo.

Anche in tale ipotesi, come in alcune di quelle sopra descritte e che si descriveranno appresso, si ritiene che la studentessa abbia assolutamente sottovalutato la propria condotta e gli effetti della stessa, la quale, tuttavia,

200 Un interessante di riflessione spunto in tema di condivisione esasperata di informazioni da parte dei cittadini ci viene dato da G. ARENA, *La tutela della riservatezza nella società dell'informazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994, p. 76 ss., il quale, a proposito della riservatezza nella società dell'informazione, un decennio prima della nascita di facebook e circa quindici anni prima dalla sua diffusione di massa, afferma che “*in passato, questo genere di informazioni veniva raccolto mediante pedinamenti, indagini, intercettazioni telefoniche e così via; oggi, l'informatica consente di avere rapidamente ed economicamente tutte quelle informazioni e molte altre ancora. E in più, consente di 'organizzare' queste informazioni in modo da trarre il massimo vantaggio dalla loro combinazione e dal reciproco interagire*”.

201 T.a.r. Campania, Sez. IV, 20.09.2012, sentenza n. 3900, consultabile sul sito della Giustizia Amministrativa www.giustizia-amministrativa.it.

avrebbe potuto portare a serissime conseguenze sia sul piano amministrativo che eventualmente anche su quello penale.

Inoltre, quando ci si trova ad analizzare tali casi si potrebbe porre altresì un ulteriore problema relativo all'attribuibilità del comportamento tenuto su internet al soggetto a cui corrisponde il profilo virtuale.

Difatti, ben potrebbe accadere che ad utilizzare l'account su uno dei vari social network sia un soggetto differente rispetto al proprietario.

Tale fenomeno, per via del fatto che i profili possono essere presenti su svariati dispositivi, smartphone, tablet, pc, può portare, come talvolta è accaduto ad un furto di identità o, anche più semplicemente, ad un uso improprio dello stesso in una classe scolastica in cui si ritrovano decine di persone che potrebbero avere libero accesso alla piattaforma.

Ove ciò si dovesse verificare, il proprietario del profilo si troverebbe dinanzi ad una vera e propria *probatio diabolica* per dimostrare che le frasi o più in generale i comportamenti virtuali che gli sono stati attribuiti, poiché presenti sul proprio profilo, non siano stati dallo stesso posti in essere.

In tale sentenza, pur essendo emersa solo in parte tale circostanza, non è stata affrontata nel merito, ma si è sicuri che in futuro tale problema sarà oggetto di analisi e studio futuro poiché sicuramente si potrebbero verificare casi del genere.

II.5 Il caso Tortosa, uno spunto di riflessione

Le recenti cronache consentono di analizzare un caso che sta facendo molto discutere l'opinione pubblica ma che porta con sé anche evidenti conseguenze giuridici di particolare interesse.

Si tratta delle affermazioni di Fabio Tortosa, appartenente alla Polizia di Stato, condivise sul web, più precisamente su facebook, a proposito dell'intervento delle forze dell'ordine all'interno della Scuola Diaz di Genova nel corso delle manifestazioni contro il G8 di Genova dell'anno 2001, ritornato pesantemente all'attenzione dell'opinione pubblica a seguito della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²⁰².

Il poliziotto in questione con le proprie esternazioni ha suscitato notevolissime polemiche per aver pubblicato un post su facebook, a cui sono seguiti vari commenti, dal seguente tenore:

<<Io sono uno degli 80 del VII nucleo. Io ero quella notte alla Diaz. Io ci rientrerei mille e mille volte>>.

Come spesso avviene in tali casi le informazioni che condividiamo nel web nel giro di qualche ora sfuggono al nostro controllo, ed è stato così che è successo al Tortosa, il quale nel giro di qualche giorno ha visto la condivisione e del proprio pensiero sul social network, senza poterne più controllare gli effetti, e suscitando, com'è immaginabile, una enormità di critiche.

Il post è stato condiviso numerosissime volte da tantissime persone che neppure conoscevano l'autore ed è arrivato all'attenzione dell'opinione pubblica generale e, purtroppo, per l'autore dello stesso, anche ai vertici della Polizia di Stato e delle massime cariche dello Stato.

Non solo, tale post ha poi dato vita ad una ulteriore attività nel social network che ha coinvolto anche altri soggetti, taluni appartenenti alla Polizia di Stato come il Tortosa, i quali a loro volta, come vedremo, hanno avuto

202 Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sezione Quarta, Cestaro / Italia, richiesta n. 6884/11, 7 aprile 2015, consultabile su <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>.

conseguenze sul piano disciplinare.

Tale caso, com'era prevedibile, ha avuto delle conseguenze disciplinari non indifferenti sia per l'autore del post che per un collega che si è limitato a mettere un c.d. 'mi piace' al pensiero espresso sottoforma di post.

Come avvenuto nel primo caso analizzato nel presente lavoro (Cap. II, par. 1), relativo al tweet emesso dal Ministro dei Beni Culturali, anche in tal caso vi è stata la presa di posizione del Ministro competente, in questo caso si è trattato del Ministro dell'Interno, il quale, a sua volta, prima dell'adozione di qualsiasi tipo di provvedimento disciplinare, ha espresso il proprio pensiero mediante l'utilizzo di Twitter.

Come avvenuto nel predetto caso del Ministro dei Beni Culturali anche il Ministro dell'Interno ha 'invitato', o meglio, sollecitato, l'amministrazione a cui appartiene l'autore del post all'avvio di un procedimento amministrativo condividendo il seguente pensiero:

<<Valuteremo con celerità e con il dovuto rigore comportamento e dichiarazioni del poliziotto Tortosa sui fatti Diaz>>²⁰³.

V'è stata dunque una immediata posizione politica da parte del Ministro che tuttavia non riveste alcun ruolo all'interno della Polizia di Stato, né, tuttavia, ha alcuna influenza, o meglio, non dovrebbe avere, all'interno del procedimento disciplinare regolato dal D.P.R. 25 ottobre 1981 n. 737.

La gravità delle affermazioni del Ministro risiede nel fatto che lo stesso non solo ha sollecitato l'avvio di un procedimento disciplinare, ma lo ha quasi imposto alla Polizia di Stato. Non solo, nel tweet incriminato si chiedeva altresì il rigore nell'analisi delle affermazioni del Poliziotto Tortosa, quasi a chiedere l'applicazione di una sanzione disciplinare esemplare a dimostrazione della ferma condanna da parte dello Stato.

Alla sopra richiamata dichiarazione del Ministro faceva seguito un ulteriore tweet da parte dello stesso, con il quale comunicava:

203 Così il Ministro dell'Interno Angelino Alfano mediante un tweet pubblicato in data 14.04.2015 alle ore 20.42.

<<Tortosa sospeso dal servizio. Bene decisione Polizia. Abbiamo fatto il giusto e lo abbiamo fatto presto>>²⁰⁴.

Si può notare senza ombra di dubbio che sia lo stesso Ministro ad intestarsi il merito del provvedimento disciplinare inflitto al poliziotto, senza che quest'ultimo potesse avere alcun ruolo all'interno del procedimento disciplinare stesso²⁰⁵.

A tal proposito non possono non notarsi le similitudini con il caso del tweet del Ministro dei Beni Culturali, e ben si potrebbero ritenere applicabili i principi affermati in quella occasione dal Consiglio di Stato e dal T.a.r. Liguria in materia di eccesso di potere.

Difatti, in quella occasione i giudici amministrativi ebbero modo di chiarire che il tweet non è affatto un provvedimento amministrativo, tuttavia, può essere sintomo di eccesso di potere per sviamento.

Il T.a.r. Liguria²⁰⁶ precisò che *“sebbene le dichiarazioni via tweet del Ministro non integrino un atto amministrativo annullabile per incompetenza (posto che al Ministro compete soltanto l'adozione degli atti di indirizzo, non già*

204 Così il Ministro dell'Interno Angelino Alfano mediante un tweet pubblicato in data 16.04.2015 alle ore 10.26.

205 Appare evidente che in questo caso il Ministro sia venuto meno ad uno dei principi fondamentali del nostro ordinamento, l'imparzialità.

Con riferimento a tale principio in dottrina è stato affermato che *“imparzialità non significa neutralità o indifferenza rispetto allo scopo della propria azione (questa è invece la condizione del Giudice), ma potere-dovere della p.a. di non privilegiare nessun interesse, ma di identificare e valutare gli interessi coinvolti, sicché la scelta risulta il risultato coerente di una esatta e completa rappresentazione e ponderazione di tali interessi. Numerose applicazioni del principio di imparzialità riguardano infatti il procedimento amministrativo (ed anzi la stessa procedimentalizzazione nasce dall'imparzialità): il contraddittorio, la completezza dell'attività istruttorio, l'obbligo della previa determinazione dei criteri di massima, il rispetto dei criteri autodati, la motivazione degli atti, la loro pubblicità. Sotto molti aspetti, il principio di imparzialità coincide con quello di legalità, essendo volto a garantire l'esercizio del potere secundum legem, ma rispetto a questo ha una maggiore estensione in quanto regola l'attività discrezionale nella parte in cui non è direttamente disciplinata dalla legge”*, così G. PERICU, *Attività amministrativa*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, II*, Bologna, 1993, p. 990 ss.

Nel caso alla nostra attenzione, a differenza di quanto sarebbe dovuto avvenire, il Ministro sia prima che dopo l'adozione del provvedimento disciplinare da parte degli organi competenti della Polizia di Stato, aveva preso una posizione chiara condannando pubblicamente l'accaduto ed auspicando un intervento dell'organo disciplinare.

206 T.a.r. Liguria, Sez. I, 19.05.2014, sentenza n. 787, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, per un commento più approfondito si veda il Cap. II.1.

dei concreti atti di gestione del vincolo culturale, di competenza dei dirigenti – art. 4 D. Lgs. 30.3.2001, n. 165), essi nondimeno costituiscono sicura spia dell'eccesso di potere per sviamento, nel senso che gli organi decentrati del MIBAC sembrano essersi determinati a sospendere i lavori – oltretutto in palese contrasto con le proprie recenti determinazioni – non già sulla base di una meditata valutazione di nuovi elementi istruttori circa l'epoca di piantumazione del filare di pini (elementi emersi soltanto in seguito, e valorizzati nel decreto del Direttore regionale 8.11.2013), ma al fine di assecondare gli impegni ormai pubblicamente assunti dal Ministro, di sospendere i lavori di realizzazione del progetto Vannetti-Buren”.

Ritornando all'analisi dei fatti corre l'obbligo di soffermarsi anche su comportamento tenuto dalla Polizia di Stato, poiché nella medesima giornata del 16.04.2015 è stata data dall'Ansa la notizia della sospensione del Tortosa per le sue dichiarazioni.

Tutto ciò è avvenuto dopo che il Ministro dell'Interno aveva già dato notizia, sempre mediante Twitter, dell'avvenuta sospensione dell'agente di Polizia.

Il Capo della Polizia, in tale contesto di fortissima critica nei confronti delle dichiarazioni dell'appartenente al proprio corpo, ha scritto anche una lettera pubblica al Direttore di un importante quotidiano, rivolgendosi, tuttavia, all'intera opinione pubblica, in cui prendeva posizione sui fatti accaduti.

Lungi dal voler effettuare un giudizio prognostico sulla eventuale illegittimità dei provvedimenti che i protagonisti della vicenda hanno già preannunciato di voler impugnare, tuttavia, qualche considerazione si rende assolutamente necessaria²⁰⁷.

207 Un primo spunto di riflessione analizzando i fatti descritti porta a ritenere che il provvedimento di sospensione potrebbe essere affetto da eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità. La dottrina si è occupata specificamente dell'applicazione di tale principio ai procedimenti disciplinari ed è stato evidenziato che “*per quanto riguarda i procedimenti sanzionatori ed equiparati il principio di proporzionalità esprime, invece, l'obbligo che la pena o la sanzione o la misura esecutiva siano adeguate al procedimento presupposto di accertamento dell'illecito: per cui la sanzione deve essere fissata in modo da avere un effetto dissuasivo e/o efficacemente punitivo del comportamento illecito, ma non deve essere appunto sproporzionata rispetto al medesimo quasi per voler <<infierire>> sul soggetto autore dell'illecito amministrativo. Un esempio applicativo è desumibile dalle*

L'art. art. 1 del D.P.R. 25 ottobre 1981 n. 737, rubricato ‘*Sanzioni disciplinari*’ prevede che “*L'appartenente ai ruoli della Amministrazione della pubblica sicurezza che viola i doveri specifici e generici del servizio e della disciplina indicati dalla legge, dai regolamenti o conseguenti alla emanazione di un ordine, qualora i fatti non costituiscano reato, commette infrazione disciplinare ed e' soggetto alle seguenti sanzioni:*

- 1) richiamo orale;*
- 2) richiamo scritto;*
- 3) pena pecuniaria;*
- 4) deplorazione;*
- 5) sospensione dal servizio;*
- 6) destituzione.*

Le predette sanzioni devono essere graduate, nella misura, in relazione alla gravita' delle infrazioni ed alle conseguenze che le stesse hanno prodotto per la Amministrazione o per il servizio.

Il provvedimento che infligge la sanzione deve essere motivato”.

I provvedimenti disciplinari, come previsto dalla norma qui richiamata, sono graduati e la sospensione dal servizio, la sanzione effettivamente irrogata al poliziotto nel presente caso, è quasi la più grave in una scala di sei provvedimenti disciplinari²⁰⁸.

sanzioni vigenti in materia urbanistico edilizia, ma la regola generale è già codificata dalla legge quadro sulle sanzioni amministrative n. 689 del 1981. Inoltre anche se detto principio non è stato espressamente codificato dalla legge sul procedimento amministrativo, l'obbligo di osservanza si ricava direttamente dal vincolo al rispetto dei principi di diritto comunitario, tra i quali come si è già affermato sopra, quello di proporzionalità occupa una posizione veramente importante, soprattutto in materia di attività economiche”, così E. PICOZZA, Introduzione al diritto amministrativo, Padova, 2006, p. 103 ss.

208 Per un approfondimento più generale del tema degli illeciti disciplinari si veda E. PICOZZA, *op. ult. cit.*, p. 537, il quale, analizzando i procedimenti disciplinari, chiarisce che “*nel procedimento disciplinare, fin dall'atto di iniziativa (c.d. contestazione degli addebiti) deve essere strettamente applicata una serie di principi, già esaminati a proposito del procedimento sanzionatorio amministrativo, in particolare:*

- la predeterminazione normativa e l'interpretazione tassativa della fattispecie costituente l'illecito, e di quella costituente la relativa sanzione da applicare all'illecito stesso;*
- il diritto di difesa, in contraddittorio, in ogni stato e grado del procedimento disciplinare;*
- il principio di proporzionalità nella applicazione della sanzione;*
- il principio della (relativa) indipendenza, neutralità, e terzietà dell'organo collegiale*

Appare dunque evidente che la sospensione dal servizio, essendo una tra le sanzioni disciplinari più gravi, disciplinata dall'art. 6 del D.P.R. 25 ottobre 1981 n. 737²⁰⁹, debba essere applicata esclusivamente qualora si verificano situazioni di particolare gravità.

La predetta norma dispone che *“Può essere inflitta nei seguenti casi:*

- 1) mancanze previste dal precedente art. 4, qualora rivestano carattere di particolare gravità ovvero siano reiterate o abituali;*
- 2) condanna, con sentenza passata in giudicato, per delitto non colposo che non comporti gli effetti di cui al successivo art. 8;*
- 3) denigrazione dell'Amministrazione o dei superiori;*
- 4) comportamento che produce turbamento nella regolarità o nella continuità del servizio di istituto;*
- 5) tolleranza di abusi commessi da dipendenti;*
- 6) atti contrari ai doveri derivanti dalla subordinazione;*
- 7) assidua frequenza, senza necessità di servizio ed in maniera da suscitare pubblico scandalo, di persone dedite ad attività immorale o contro il buon costume ovvero di pregiudicati;*
- 8) uso non terapeutico di sostanze stupefacenti o psicotrope risultante da referto medico legale;*
- 9) allontanamento, senza autorizzazione, dalla sede di servizio per un periodo superiore a cinque giorni;*
- 10) omessa o ritardata presentazione in servizio per un periodo superiore a*

giudicante, rispetto all'organo od ufficio di amministrazione attiva che deve applicare la sanzione”.

209 L'art. 6 del D.P.R. 25 ottobre 1981, n. 737, rubricato 'Sospensione dal servizio', dispone: <<La sospensione dal servizio consiste nell'allontanamento dal servizio per un periodo da uno a sei mesi, con la privazione della retribuzione mensile, salva la concessione di un assegno alimentare di importo pari alla metà dello stipendio e degli altri eventuali emolumenti valutabili a tal fine a norma delle disposizioni vigenti, oltre gli assegni per carichi di famiglia. Comporta la deduzione dal computo della anzianità di un periodo pari a quello trascorso dal punito in sospensione dal servizio nonché il ritardo di due anni nella promozione o nell'aumento periodico dello stipendio o nell'attribuzione di una classe superiore di stipendio con la decorrenza di cui al precedente art. 5. Tale ritardo e' elevato a tre anni se la sospensione dalla qualifica e' superiore a quattro mesi. [...]>>.

quarantotto ore e inferiore ai cinque giorni o, comunque, nei casi in cui l'omissione o la ritardata presentazione in servizio di cui all'art. 4, n. 10, provochi gravi disservizi ovvero sia reiterata o abituale.

La sospensione dal servizio e' inflitta con decreto del capo della polizia - direttore generale della pubblica sicurezza, previo giudizio del consiglio centrale di disciplina, qualora trattisi di personale appartenente alle qualifiche dirigenziali e direttive e, previo giudizio del consiglio provinciale di disciplina, per il restante personale”.

Posto che il comportamento tenuto dal Tortosa sia stato assolutamente non condivisibile ed estremamente offensivo e violento, soprattutto poiché esso ha fatto seguito alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo la quale aveva ritenuto che i fatti di Genova 2001 costituissero tortura, tuttavia, si impone all'interprete una analisi più generale dei fatti al fine di comprendere se l'utilizzo del potere di repressione dell'illecito disciplinare commesso dal poliziotto sia stato ben esercitato o se lo stesso possa essere eventualmente considerato illegittimo per sviamento di potere.

Difatti, una sanzione così pesante, per un soggetto che tranne le frasi in questione non aveva mai avuto alcun richiamo nella propria carriera professionale appare viziata anche per violazione del principio di proporzionalità.

In tale vicenda sono principalmente due elementi gli elementi maggiormente evidenti che potrebbero far ritenere che l'agire della Polizia di Stato possa essere considerato illegittimo: il tempo impiegato per lo svolgimento e l'estrema compressione delle garanzie procedurali.

Con riferimento al primo aspetto si evidenzia che dal momento della condivisione del proprio pensiero sulla piattaforma facebook e l'irrogazione della sanzione disciplinare sono trascorsi solo alcuni giorni, vi è dunque stata una repressione dell'illecito disciplinare particolarmente celere²¹⁰.

210 Con riferimento alla discrezionalità nel quando, ossia il tempo del procedimento amministrativo In proposito si veda A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988, p. 20, la quale afferma che “*sintomatica di questo scarso interesse è la stessa tendenza a disconoscere l'esistenza, nell'ambito del più ampio genus 'discrezionalità', di*

Non solo, tale celerità ha sicuramente leso il diritto di difesa del Tortosa, e le garanzie procedurali saranno sicuramente state comprese, e senza ombra di dubbio l'agente di polizia non avrà potuto apprestare le difese più opportune nei confronti delle contestazioni mosse dagli organi disciplinari della Polizia di Stato.

Inoltre, per quanto il procedimento delineato dalla norma sopracitata sia alquanto snello, si ritiene che possano e debbano applicarsi le garanzie procedurali di cui alla legge n. 241/1990, ossia la comunicazione di avvio del procedimento disciplinare, la partecipazione allo stesso con la possibilità di presentazione di memorie e di documenti.

È di tutta evidenza che tale sanzione sia servita per porre fine alle numerosissime polemiche che si sono sviluppate a seguito della frase dell'agente Tortosa, tuttavia, ci si interroga se con strumenti alternativi e seguendo strade differenti non si sarebbe potuti giungere allo stesso risultato.

In primo luogo si ritiene che un forte comunicato pubblico da parte dei vertici della Polizia di Stato e degli organi politici avrebbe certamente potuto attenuare le polemiche della prima ora, e solo in seguito, con maggiore ponderazione, la Polizia di Stato avrebbe potuto avviare il procedimento disciplinare ed irrogare la sanzione ritenuta più opportuna, che, ad avviso di chi scrive, se adottata in un momento differente da quello caratterizzato da una forte indignazione pubblica, sarebbe stata certamente molto più modesta rispetto alla sospensione dal servizio²¹¹.

una species ad hoc in fattispecie caratterizzate dal coagularsi del relativo potere sui profili del quando dell'agire amministrativo: considerandosi la scelta sul tempo dell'attività alla stregua di una delle circostanze o presupposti dell'atto amministrativo, è accaduto, infatti, che il giudizio sulla determinazione del dies più opportuno per l'emanazione di un provvedimento sia stato attratto, dal punto di vista logico giuridico, nella sfera delle valutazioni concernenti il 'se' dell'azione della pubblica Amministrazione. Quasi che siffatti apprezzamenti siano sempre e comunque riconducibili allo schema logico del 'se convenga emanare l'atto nell'uno o nell'altro momento'".

211 A. ANGIULI, *op. cit.*, p. 21 ss., osserva, ancora, che “è, in altri termini, possibile che, risoltosi -nella sede preordinata- in senso affermativo, o per effetto della presenza di una norma cogente ovvero di precedenti scelte dell'Amministrazione il problema del 'se' dell'azione, la successiva valutazione di opportunità, rimessa all'Amministrazione, concerna soltanto il profilo (apparentemente) residuale dei tempi nei quali portare ad esecuzione ciò che sia (per il primo o per il secondo motivo) da considerarsi dovuto”.

II.6 L'utilizzo di programmi quali google earth da parte dell'amministrazione

Dall'analisi della recente giurisprudenza amministrativa si può rilevare che molto spesso l'amministrazione si affida totalmente a programmi informatici che possono essere assolutamente inattendibili, portando così all'adozione di provvedimenti che ben potrebbero essere affetti da eccesso di potere per carenza di istruttoria ovvero difetto di motivazione.

Si evidenzia in proposito che secondo un costante orientamento giurisprudenziale, emerso in seno al T.a.r. Campania, si ritiene ormai assodata l'assoluta inattendibilità del programma 'google heart', un programma che consente la visione dall'alto di tutto il pianeta, sia in formato bidimensionale che tridimensionale.

Con l'ordinanza n. 1303/2014²¹² è stato ritenuto illegittimo, e quindi sospeso, un provvedimento amministrativo adottato all'esito di un procedimento amministrativo al cui interno vi erano esclusivamente rilevazioni effettuate mediante l'utilizzo del programma Google Earth, senza che, ad esempio, l'amministrazione avesse svolto alcuna ulteriore attività istruttoria di approfondimento della situazione di fatto riscontrata nelle immagini contenute nel programma.

L'utilizzo dei differenti programmi informatici richiamati nel presente lavoro potrebbe dare l'illusione di infallibilità dell'agire dell'amministrazione dal momento che la stessa si affida a macchine che provvedono di volta in volta ad elaborare la soluzione per il caso concreto, tuttavia, come vedremo, si tratta di una

212 T.a.r. Campania, Sez. II, 25.07.2014, ordinanza n. 1303, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui *“Ritenuto che il pregiudizio dedotto da parte ricorrente presenta i connotati della gravità ed irreparabilità e considerato, altresì, che il ricorso non appare del tutto privo di fondamento, tenuto conto, in particolare:*
- della circostanza che il provvedimento dichiarativo gravato reca a proprio esclusivo fondamento le evidenze tratte da Google Earth, strumento che, come già questa Sezione ha avuto modo di chiarire, risulta privo di valenza probatoria non essendovi certezza né in ordine al periodo al quale si riferiscono le immagini né quanto ai metodi utilizzati per i rilevamenti (cfr. precedente di questa Sezione n. 5331 del 2013)”.

mera illusione poiché le risultanze dell'istruttoria condotta mediante l'utilizzo di taluni programmi informatici è assolutamente carente²¹³.

In tale ordinanza i giudici amministrativi hanno richiamato un proprio importante precedente, la sentenza n. 5331/2013²¹⁴, con la quale era stato affermato con assoluta chiarezza che l'inattendibilità dello strumento utilizzato dall'amministrazione deriva dall'impossibilità di determinare con precisione il momento in cui le immagini sono state scattate²¹⁵.

213 S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 316 ss., elabora i principi giurisprudenziali comuni ai vari tipi di procedimento, i quali sono, la *necessarietà*, l'*esattezza e completezza della rappresentazione dei fatti e degli interessi*, la *coerenza e logicità*, l'*imparzialità*, la *trasparenza*, *proporzionalità e standards*, ed il *giusto procedimento*.

214 T.a.r. Campania, Sez. II, 22.11.2013, sentenza n. 5331, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

Tale pronuncia appare di fondamentale interesse nell'analisi del rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino poiché afferma un principio di assoluta garanzia di certezza dell'operato della p.a., poiché afferma la sostanziale inattendibilità del programma Google Earth, strumento utilizzato sempre più spesso dalle amministrazioni.

Il T.a.r. Campania, nella predetta sentenza ha affermato che *“Il Collegio evidenzia, in primo luogo, che, come correttamente dedotto dalla difesa di parte ricorrente, il suddetto rilevamento risulta sfornito di valenza probatoria, non essendovi certezza né in ordine al periodo al quale si riferisce l'immagine (come specificato, infatti, dalla stessa Google le immagini visualizzate non necessariamente sono rappresentative della situazione sussistente alla data dell'accesso al software, potendo darsi l'ipotesi di visualizzazione di immagini meno recenti ove maggiormente nitide) né ai metodi utilizzati per il rilevamento stesso.*

2.3. Ai sensi dell'art. 2712 c.c., inoltre, le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fotografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate esclusivamente nel caso in cui colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime.

2.4 La suddetta produzione, dunque, non esimeva l'amministrazione dallo svolgimento di una istruttoria adeguata e sufficientemente esaustiva, anche considerando la possibilità di acquisire rilevamenti aerofotogrammetrici connotati dall'ufficialità (il riferimento è, in particolare, ai rilevamenti detenuti dall'Istituto Geografico Militare) ovvero caratterizzati da una maggiore attendibilità, e la circostanza che, a fronte delle osservazioni presentate dall'interessato, l'amministrazione non ha ritenuto di sviluppare un reale contraddittorio, omettendo finanche di rendere disponibile una immagine che, in quanto tratta da un software liberamente accessibile mediante internet, era priva di ogni connotato di segretezza”.

Nella medesima sentenza si afferma, ancora, che *“Né è possibile ritenere, contrariamente a quanto affermato dalla difesa di parte resistente, che il rilevamento tratto da Google Earth possa costituire, di per sé ed in assenza di più circostanziati elementi, documento idoneo a sostenere la falsità della dichiarazione sostitutiva allegata all'istanza di sanatoria e ciò, in particolare, tenuto conto della provenienza del suddetto rilevamento, delle incertezze in merito all'epoca di risalenza dell'immagine visualizzata, della genericità delle informazioni relative ai metodi di esecuzione del rilevamento medesimo”.*

215 A tal proposito si ritiene utile richiamare quanto affermato da altresì A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, p. 120 ss., il quale ha analizzato l'invalidità dell'atto amministrativo informatico con specifico riferimento ai

Allo stesso tempo, per via delle impostazioni del programma, nei predetti provvedimenti giurisdizionali si evidenzia altresì che non si può escludere nemmeno che le immagini possano essere state modificate di volta in volta nel momento in cui ve ne sia una più nitida, creando ulteriore incertezza in merito allo stato dei luoghi fotografato.

Si è passati, dunque, dalla certezza che le immagini corrispondessero all'assoluta realtà, al semplice rilievo operato dal giudice amministrativo secondo cui tali immagini non possono essere attendibili sia con riferimento al momento in cui sono state scattate sia alla loro reale rappresentazioni.

Tali ragioni dovrebbero sempre indurre le amministrazioni, soprattutto in campo urbanistico, ad un uso molto ponderato e residuale di tale strumento, ovvero, affiancarlo a metodi che consentano il formarsi di una prova più granitica che consenta alla p.a. di avere la certezza in ordine ai fatti emersi in fase istruttoria.

Un orientamento analogo a quello evidenziato dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania è stato affermato anche dal Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia²¹⁶, il quale, del tutto condivisibilmente, ha affermato il principio secondo cui un provvedimento adottato all'esito di un procedimento nel quale siano state assunte informazioni acquisite mediante il software 'Google earth' sia del tutto inattendibile, poiché, affermano i giudici lombardi, *“Si tratta, a ben vedere, di documentazione ricavata da un sito web privo di carattere istituzionale e relativa a foto che risultano, comunque, prive di data certa.*

Sul punto, preme altresì chiarire che, ai sensi dell'art. 2712 cod. civ., le rappresentazioni meccaniche di fatti e di cose “formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime”. Ebbene, in relazione al caso che qui

vizi derivanti dal programma. Nei casi analizzati nelle sentenze sopracitate, tuttavia, non si può parlare propriamente di vizio del programma informatico, in primo luogo, poiché il programma di cui si è servita l'amministrazione per l'istruttoria è un programma non di sua proprietà che ha una funzione totalmente differente da quella per cui è stato impiegato.

216 T.a.r. Lombardia, Sez. IV, 14.04.2010 sentenza n. 1078, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

occupa, non v'è dubbio che tale disconoscimento emerga dalle argomentazioni di parte ricorrente, ribadite nelle memorie conclusive, ove si nega la preesistenza del bosco nell'area interessata dall'edificazione delle villette in questione.

D'altra parte, quanto all'attestazione del funzionario provinciale sulla circostanza che "il riferimento temporale indicato sulle foto è effettivamente conforme al vero", la stessa risulta sfornita di ogni valenza probatoria. Ciò, in quanto si tratta di attestazione apposta sulla stampa di pagine ricavate dal predetto indirizzo web e, quindi, proveniente da un soggetto diverso da quello che ha formato il documento".

Sempre con riferimento all'utilizzo di strumenti informatici quali ad esempio google maps, se correttamente utilizzati, possono essere un validissimo strumento da affiancare ad altri accertamenti istruttori atti alla verifica di quanto emerso dall'utilizzo del programma informatico.

L'inattendibilità del solo utilizzo di un programma informatico, difatti, ben può essere superata mediante il sopralluogo da parte delle forze dell'ordine o dei tecnici dell'amministrazione.

Sul punto le Sezioni Riunite del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, nell'adunanza del 29 gennaio 2013, adottando il parere n. 1041/12 hanno affermato che *"le risultanze del rilievo satellitare, effettuato da ultimo nel 2010 con tecnica "Google Maps con Street View" sono state confermate dal personale dell'Ispettorato Ripartimentale delle Foreste di Catania nel corso del sopralluogo in data 15 settembre 2011 (cfr. nota verbale di accertamento del Distaccamento Forestale di Bronte, n. 1066 del 30 settembre 2011 versato in atti)"*²¹⁷.

In una recente sentenza anche il T.a.r. Calabria²¹⁸ ha ritenuto illegittima una ordinanza di annullamento in sede di autotutela di un permesso di costruire adottata esclusivamente sulla base di una istruttoria condotta mediante l'utilizzo di

217 C.g.a.r.s., Sez. Riunite, 29 gennaio 2013, adottando il parere n. 1041/12, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

218 T.a.r. Calabria, Sez. I, 20.03.2014, n. 443, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

google maps.

In tale pronuncia il tribunale amministrativo regionale calabrese ha statuto che *“Alla luce di quanto sopra esposto, risulta evidente, come l'ordinanza impugnata sia del tutto carente di istruttoria, in quanto priva di qualsiasi supporto probatorio. Per quanto riguarda il fabbricato da destinare ad agriturismo, l'immobile oggetto di contestazione è ricadente nel N.C.T. del predetto Comune al foglio 48 particella 476. Nello specifico, trattasi di un fabbricato di vecchia costruzione esistente ancor prima dell'anno 1967. In ordine alla errata rappresentazione grafica della consistenza del fabbricato da destinare ad agriturismo, si fa rilevare come la stessa sia stata accertata tenendo in considerazione le sole immagini presenti su "google maps", strumento che non ha alcuna valenza probatoria per le ragioni sopradette”*.

Tali esempi dimostrano l'assoluta superficialità, cui ha posto rimedio una attenta giurisprudenza, dell'utilizzo da parte dell'amministrazione di strumenti che potrebbero essere realmente utili e quasi infallibili se utilizzati correttamente.

A conclusione di tale indagine sugli errori più comuni rilevati dall'analisi della giurisprudenza amministrativa, si ritiene opportuno richiamare quanto attentamente affermato a proposito della fase istruttoria e dei principi che la regolano: *“non sono da escludere, invero, le ipotesi in cui da singole decisioni giurisprudenziali, che censurano il comportamento omissivo tenuto dall'autorità in determinate fattispecie, è possibile risalire alla indicazione, sufficientemente precisa, delle indagini istruttorie che avrebbero dovuto essere poste in essere nel caso specifico dall'amministrazione o, perlomeno, della direzione verso cui esse avrebbero dovuto muoversi”*²¹⁹.

Ebbene, alla luce degli orientamenti sopra evidenziati è già possibile giungere alle prime conclusioni poiché la tendenza a ritenere illegittime talune prassi è comune a tutti i T.a.r.:

²¹⁹ Così M. T. SERRA, *op. cit.*, p. 130.

Per un approfondimento dei principi che reggono i procedimenti amministrativi comunitari si veda G. DELLA CANANEIA, *I procedimenti amministrativi della comunità europea*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, p. 230 ss.

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*

si devono ritenere inattendibili le immagini tratte da programmi quali ad esempio google maps poiché non vi può essere la certezza in ordine al momento in cui siano state scattate né in ordine alla reale portata delle stesse;

l'amministrazione, prima di procedere all'adozione del provvedimento, deve effettuare ulteriori verifiche al fine di avere la dimostrazione che quanto emerso dall'utilizzo del programma informatico corrisponda al reale stato dei luoghi.

II.7 La giurisprudenza pone rimedio alle lacune procedurali. Il difetto di istruttoria derivante dall'uso di google maps

In un ulteriore caso emerso dall'analisi della recente giurisprudenza amministrativa si è reso necessario, al fine di determinare la legittimità dei provvedimenti impugnati, e la completezza dell'istruttoria²²⁰ svolta dall'amministrazione, disporre una verifica.

In tale caso il Consiglio di Stato²²¹, analizzando l'utilizzo del programma google maps da parte di Poste Italiane, ha ritenuto necessario, al fine di determinare la conformità al dettato normativo dei provvedimenti sottoposti alla propria valutazione di legittimità, come già precisato, effettuare una verifica.

A differenza delle pronunce precedentemente richiamate, in tale ipotesi, l'esito della verifica ha dimostrato l'assoluta insufficienza dell'utilizzo del

220 Cfr. A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4517, il quale rileva, come noto, che *“l'istruttoria è la fase centrale del procedimento, in seno alla quale si forma la decisione amministrativa, per il tramite dell'acquisizione degli interessi e dei fatti rilevanti. L'acquisizione di tutti gli interessi compressi prelude all'attività di ponderazione dei medesimi, che implica l'esercizio della potestà discrezionale amministrativa”*.

Per un approfondimento più generale sulla partecipazione e l'apporto che può essere dato all'amministrazione si veda N. DANIELE, *La partecipazione del cittadino alla funzione amministrativa: i consigli scolastici*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981, po. 1015 ss.

Sempre con riferimento all'istruttoria si precisa che il principio che regge tale fase, come noto, è il principio inquisitorio. Autorevolmente è stato affermato che *“l'amministrazione deve infatti emanare i provvedimenti su presupposti rigorosamente verificati e su dati sicuri, e non devono esservi margini di incertezza come del resto si ricava dal principio di 'buon andamento'. Dalla esigenza di piena conoscenza della situazione sottostante al provvedimento in fieri deriva che non vi sono preclusioni in ordine allo svolgimento dell'attività istruttoria. Il che significa che l'amministrazione, oltre agli strumenti istruttori obbligatori (perché richiesti dalla legge), può ricorrere a strumenti istruttori facoltativi vale a dire liberamente assunti”*, così G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, II, Bologna, 1993, p. 1066 ss.

Ebbene, non v'è dubbio alcuno per ritenere che tali principi debbano necessariamente trovare applicazione anche nei casi in cui l'uomo deleghi parte dell'istruttoria ai computer. Anzi, si è convinti che in tali casi, essendo rimesso l'accertamento dei presupposti per l'adozione di un determinato provvedimento ad un soggetto terzo rispetto al funzionario responsabile del procedimento, ossia il computer, esso debba avere la certezza in ordine ai fatti emersi dall'istruttoria condotta con gli strumenti informatici.

221 Consiglio di Stato, Sez. VI, 09.02.2015, sentenza n. 635, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

programma google maps ai fini della determinazione della distanza minima tra un comune e l'altro al fine di disporre una eventuale chiusura di un ufficio postale.

Secondo l'istruttoria condotta da Poste Italiane, utilizzando detto programma, il quale consente di indicare un percorso tra una località e l'altra, tra i due centri abitati vi sarebbe stata la distanza minima che avrebbe consentito a Poste Italiane, secondo la normativa vigente, la soppressione dell'ufficio postale.

Senonché, dalla sentenza n. 635/2015 del Consiglio di Stato, è emerso che *“La verifica, quindi, appare aver valutato l'effettiva percorribilità della strada di collegamento, senza omettere di segnalare le stesse difficoltà e criticità incontrate sulla medesima, dal che si deduce che la strada comunale cui si riferisce presuntivamente il calcolo operato, tramite Google maps, da Poste Italiane, fosse in condizioni peggiori in termini di percorribilità, come del resto segnalato con la nota del 13 marzo 2013 redatta dal responsabile dell'Ufficio tecnico comunale e trasmessa il 1 agosto 2014 dal Sindaco alla dottoressa Caso incaricata della verifica”*²²².

È stato quindi fondamentale, al fine di dimostrare l'assoluta lacunosità dell'istruttoria, disporre una verifica, che non sarebbe stata affatto necessaria ove l'amministrazione avesse condotto con scrupolo l'istruttoria²²³ valutando

222 A proposito dell'importa della fase istruttoria si evidenzia che A. SANDULLI, *op. cit.*, p. 4517, precisa che *“l'acquisizione dei fatti è volta alla esatta ricostruzione della situazione di fatto e può richiedere accertamenti tecnici, ispezioni ed inchieste, pareri e valutazioni tecniche”*.

Ebbene, nella sentenza qui analizzata nessuna di tali operazioni è stata svolta ed al giudice amministrativo non è restato che annullare gli atti impugnati.

223 Con riferimento all'importanza della partecipazione S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991, p. 286, prima dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990, afferma che *“per quanto riguarda gli interessi partecipativi è forse poco noto che essi sono i più antichi nell'ordinamento; risalgono infatti all'art. 3 della legge del 1865 abolitiva del contenzioso amministrativo, che dispose che nelle materie non attinenti a diritti civili o politici l'autorità amministrativa avrebbe provveduto con decreto motivato <<ammesse le deduzioni e le osservazioni in iscritto delle parti interessate>>. Da ciò discendeva che gli interessati avevano titolo ad intervenire nel procedimento; e che l'Amministrazione aveva il dovere (non ancora l'obbligo, in mancanza di una pretesa azionabile in tal senso) di esternare nel provvedimento i motivi per i quali le osservazioni e le deduzioni erano state accolte o respinte”*. L'autore giunge così alla conclusione che *“questa norma è tuttora vigente; ed in pratica basterebbe riesumarla, ed applicarla alla luce della Costituzione e dei principi successivamente elaborati dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza, per avere una*

anche concretamente quelli che erano i risultati cui si perveniva mediante l'utilizzo di google maps.

L'amministrazione procedente, nel caso alla nostra attenzione Poste Italiane, pur essendo il programma google maps astrattamente molto affidabile nell'elaborazione dei percorsi tra una località e l'altra, avrebbe dovuto verificare se ciò che risultava corrispondeva alla realtà.

È accaduto infatti che la strada proposta da percorrere quotidianamente per giungere da un paese all'altro fosse esistente ma non consentisse una agevole percorrenza per via delle condizioni del fondo stradale e per alcune deviazioni.

Ciò, dunque, ha portato l'amministrazione all'adozione di un provvedimento illegittimo per un palese difetto di istruttoria²²⁴, imputabile sia al programma informatico²²⁵ che ad una mancata valutazione delle risultanze istruttorie²²⁶.

normativa pressoché completa sul procedimento amministrativo, senza bisogno di attendere l'intervento -più volte promesso e mai mantenuto- del legislatore”.

Sui medesimi temi si vedano gli studi condotti da A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988, p. 285 ss., in cui l'autore giunge alla conclusione opposta rispetto alla tesi sopraesposta, osservando che “*si è dato un fondamento alla partecipazione e all'intervento nella procedura al di fuori dell'art. 3 della legge abolitiva, che -come si è visto-, nonostante sia stato da più parti invocato, non è utilizzabile in questa direzione”.*

224 Come evidenziato dalla dottrina tali tipologie di illegittimità che attengono al travisamento dei fatti, ovvero, all'errore di fatto ben potrebbero ricondursi alla violazione di legge ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a) e b) della legge n. 241/1990, secondo cui il responsabile del procedimento valuta i presupposti rilevanti per l'adozione del provvedimento e la completezza dell'istruttoria, A. PUBUSA, *op. cit.*, p. 1100.

225 In tal caso l'errore a cui è pervenuta l'amministrazione è dipeso, in parte, dall'erroneità dei dati contenuti all'interno del programma informatico, difatti, sulla base delle informazioni in suo possesso la strada evidenziata tra i due paesi era esistente e senza alcuna interruzione.

Una modifica al programma informatico che potrebbe essere utile al fine di evitare in futuro simili errori potrebbe derivare dall'introduzione della possibilità che il programma valuti anche il buono stato della strada, soprattutto quando si tratta di strade sterrate, e le eventuali interruzioni o deviazioni.

Tali considerazioni, ovviamente, possono valere per qualsiasi tipo di utilizzo del programma informatico, nel senso che l'introduzione di ulteriori elementi di valutazione potrebbe consentire all'amministrazione l'adozione di atti sempre più precisi, maggiormente rispondenti alle esigenze pubbliche, ed altresì immuni dal difetto di istruttoria.

Per un approfondimento su tali temi, fin dalle origini delle teorie del provvedimento informatico si veda A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, p. 116 ss., il quale, fin dai primi studi dell'informatica pubblica rileva che “*la parte più consistente dell'area dell'illegittimità dell'atto amministrativo informatizzato non è quella derivante dai c.d. errori di macchina, bensì quella derivante dai vizi dell'input. La peculiare rilevanza del ruolo dell'input sulla legittimità dell'atto deriva innanzitutto dal fatto che, come abbiamo già accennato, i dati immessi nel computer rappresentano le 'premesse della decisione', i momenti costitutivi della stessa. E questo fatto*

Il provvedimento adottato sulla base dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, seppur demandata ad un programma informatico, era dunque affetto da eccesso di potere sia per errore di fatto che travisamento dei fatti²²⁷.

L'erroneo utilizzo dello strumento informatico non attenua le responsabilità del funzionario il quale avrebbe senza ombra di dubbio dovuto affiancarsi all'operato della macchina per verificare se le risultanze fossero idonee a consentire lo spostamento da un paese all'altro in maniera agevole.

In ipotesi analoghe in cui l'adozione del provvedimento potrebbe essere imputata direttamente all'amministrazione centrale, la quale può legittimamente non conoscere affatto lo stato dei luoghi, per superare tali ostacoli sarebbe sufficiente la partecipazione dei soggetti interessati dal provvedimento.

Le nuove tecnologie debbono essere impiegate nei procedimenti amministrativi, talvolta anche in sostituzione dell'attività umana, quando, tuttavia, ne garantiscano l'assoluta correttezza dell'operato, ossia quando trattasi di attività vincolata²²⁸ ovvero non residuino più margini di discrezionalità. Nel caso alla

comporta ovviamente che un'eventuale incompletezza o inesattezza di dati o anche un utilizzo degli stessi in contrasto con norme dell'ordinamento vizia l'atto finale".

226 Per comune sentire la "figura sintomatica di eccesso di potere (per difetto di istruttoria) ricorre sia quando l'istruttoria sia mancata del tutto (come accade, ad esempio, quando l'amministrazione si limita a richiamare le circostanze addotte nell'atto di iniziativa del privato oppure nell'atto di altre autorità), sia quando l'istruttoria si sia verificata ma presenti gravi vizi (perché poco approfondita o incompleta)", così A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 241.

227 Un attento studio della fase istruttoria nel procedimento amministrativo viene condotta da M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, la quale dall'analisi della giurisprudenza precedente all'entrata in vigore della legge n. 241/1990, ha elaborato "la regola generale secondo la quale l'adeguato accertamento della sussistenza in concreto dei presupposti giustificativi del provvedimento ed il reperimento dei dati occorrenti per fondare la determinazione dell'autorità su elementi individuati esattamente e documentati in concreto, costituisce un obbligo per la pubblica amministrazione, preliminare all'emanazione di ogni atto amministrativo". Tale regola, prima di derivazione giurisprudenziale, si può ritenere ora trasfusa all'interno della legge n. 241/90, specificamente all'art. 6, comma 1, lett. b) dispone che il responsabile del procedimento "accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali".

228 Cfr. U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, Profili giuridici*, Bologna, 1993, p. 63 ss., secondo cui "quando l'atto che l'amministrazione deve compiere è vincolato

nostra attenzione l'attività di determinazione di un percorso tra un paese e l'altro non poteva affatto essere demandata all'elaboratore elettronico poiché si rendono necessarie ulteriori attività umane di valutazione del percorso elaborato dal computer²²⁹.

O meglio, si potrebbe anche pensare che nel caso di una amministrazione complessa quale è effettivamente Poste Italiane, all'istruttoria mediante l'utilizzo di programmi informatici si possa affiancare un apporto umano, difatti, basterebbe semplicemente applicare le norme sul procedimento che impongono la partecipazione al fine di prevenire eventuali distorsioni derivanti dall'utilizzo di un determinato programma²³⁰.

non vi sono ostacoli, ad avviso della maggioranza degli autori che si sono occupati del nostro tema, a che l'emanazione dello stesso sia resa automatica con l'ausilio dell'elaboratore elettronico. La necessità della vincolatezza viene fatta risalire alle caratteristiche della programmazione del calcolatore, la quale, come si è detto, proceder per passaggi logici predeterminati tali per cui nelle circostanze date la determinazione da assumere sia univoca. Qualche elemento ulteriore di giustificazione lo si ricava dalle conseguenti affermazioni sulla non computerizzazione delle scelte discrezionali”.

229 Un esaustivo approfondimento in materia di procedimento amministrativo elettronico è stato svolto da A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie, Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011, p. 81 ss., in cui l'autore analizza la possibilità che il provvedimento finale sia adottato dal computer in maniera automatica.

Cfr. altresì Cfr. altresì A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993, p. 119 in cui l'autore approfondendo gli errori negli atti automatici evidenzia che a differenza dei procedimenti tradizionali curati dell'uomo in questi casi non è mai possibile l'autocorrezione, difatti, la macchina non si potrà mai rendere conto degli eventuali errori nell'immissione dei dati necessari all'elaborazione del provvedimento finale, proprio come avvenuto nel caso analizzato. L'autore evidenzia l'estrema importanza della correttezza delle informazioni immesse nel programma attraverso la logica e condivisibile affermazione secondo cui non “*si può pensare di sottoporre l'intero procedimento automatizzato a continue e penetranti verifiche. Questo non solo contrasterebbe con la 'ratio' del procedimento informatizzato (che vuole che si debba procedere alle sole verifiche intrinseche allo stesso procedimento informatico), ma significherebbe raddoppiare, se non 'triplicare' il lavoro amministrativo, rendendolo antieconomico*”.

230 La partecipazione al procedimento amministrativo, dall'entrata in vigore della legge sul procedimento amministrativo è divenuto un momento essenziale per l'attività della pubblica amministrazione.

Come evidenziato dalla dottrina “*la partecipazione dei privati (o anche dei soggetti pubblici coinvolti non istituzionalmente) può avere una funzione di difesa della propria posizione giuridica (partecipazione 'difensiva' o di 'tutela', o, come sovente si dice, in contraddittorio, anche se questo termine talvolta è utilizzato in senso generico, alla stregua del termine 'partecipazione'): di norma si esprime con un atto definito 'opposizione'. Oppure può avere una funzione collaborativa (o partecipazione in senso stretto), nel senso che attraverso di essi si danno alla p.a., nell'oggettivo interesse pubblico, gli elementi per una esaustiva valutazione del caso*”, così G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, II*,

È di tutta evidenza che nel momento in cui una amministrazione radicata su tutto il territorio nazionale, come nel caso delle Poste, decida di sopprimere determinati uffici sulla base di un criterio di distanza chilometrica tra un centro e l'altro ben si possa avvalere del programma informatico che determina i percorsi più brevi tra i diversi comuni, tuttavia, al fine di prevenire eventuali errori derivanti ad esempio dallo stato di percorribilità della strada, variante che non può ancora essere presa in considerazione dal software, si ritiene assuma fondamentale rilevanza la partecipazione procedimentale²³¹.

Non v'è dubbio che basterebbe coinvolgere nel procedimento, come infruttuosamente avvenuto nel caso di cui alla sentenza sopracitata, le amministrazioni locali e tutti i soggetti interessati al fine di evidenziare, ove ve ne siano, delle anomalie nei percorsi evidenziati a livello di amministrazione centrale dal programma informatico²³².

Bologna, 1993, p. 1084.

231 Cfr. A. PUBUSA, *op. cit.*, p. 158, il quale osserva che “*nello stesso ordine di idee si muove chi argomenta dagli artt. 1 97 e 113 Cost. Secondo questo orientamento i principi del buon andamento e dell'imparzialità si porrebbero come attuativi del principio della sovranità popolare, il quale 'vuole' in linea generale i cittadini 'vicini' all'attività dei pubblici uffici. Da essi si trarrebbe pertanto in via di principio 'la possibilità del privato di intervenire in un procedimento, che porti all'emanazione di un atto al quale egli sia interessato. L'audizione degli interessati consentirebbe in ultima analisi non solo la considerazione delle posizioni dei privati meritevoli di tutela, ma anche la miglior cura dell'interesse collettivo*”.

L'autore, analizzando la giurisprudenza precedente all'entrata in vigore della legge n. 241/1990, evidenzia altresì che “*in conclusione, la giurisprudenza amministrativa, pur con qualche apertura suggestiva, si pone rispetto alla tematica afferente al contraddittorio nell'ambito del procedimento amministrativo in una posizione restrittiva rispetto a quella della dottrina, e con un atteggiamento complessivamente negativo rispetto all'esistenza di un principio generale del contraddittorio nel nostro ordinamento*”.

232 In relazione alla partecipazione F. PUBUSA, *Riflessioni sulla lex e νόμος nel pensiero di Franco Pugliese*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, (a cura di) *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 255 ss., afferma che “*da vent'anni a questa parte, la partecipazione è l'istituto fondamentale: il coinvolgimento nel procedimento di coloro che, direttamente o indirettamente, saranno interessati dal provvedimento soddisfa la necessità cui si accennava poco sopra. Infatti, in primo luogo, l'apporto dei partecipanti arricchisce le conoscenze dell'amministrazione in ordine alla realtà su cui sta per incidere: si tratta di un arricchimento non solo quantitativo, ma anche qualitativo, visto che i dati provengono da soggetti i quali, a prescindere dalla loro condizione di beneficiari o di pregiudicati dal provvedimento, vedono la questione oggetto del procedimento da un punto di vista diverso da quello dell'amministrazione*”. Non si può che concordare con tale tesi poiché ciò che è mancato totalmente nelle sentenze analizzate in tali paragrafi è essenzialmente la partecipazione. Sempre sul punto l'autrice evidenzia altresì che “*questo incremento di conoscenza arricchisce anche la ponderazione discrezionale, sia nel contenuto che negli esiti, in quanto,*

Un siffatto adempimento, che prima ancora che a ragioni di logica discende da un obbligo ben preciso previsto dalla legge n. 241/1990 di comunicazione di avvio del procedimento, eviterebbe qualsiasi errore del software, in ogni caso non attribuibile al programma ma all'assenza di informazioni all'interno dello stesso²³³.

Nel caso alla nostra attenzione non può parlarsi di procedimento automatico poiché in questo caso il programma è stato inserito all'interno del procedimento al fine di acquisire informazioni utili sulla distanza tra i comuni al fine di disporre un eventuale accorpamento degli uffici postali. Si sarebbe trattato, invece, di procedimento informatico ove l'amministrazione a livello centrale e preliminarmente all'avvio del singolo procedimento avesse elaborato un programma informatico in grado di determinare l'eventuale chiusura di una o più filiali di Poste Italiane al variare delle impostazioni inserite nel programma.

In tale ipotesi, dunque, l'operatore si sarebbe limitato ad inserire la distanza minima tra un comune e l'altro ed il programma in automatico avrebbe determinato quali sarebbero state da chiudere²³⁴.

Tale procedimento non è stato seguito ed il funzionario nello svolgimento della fase istruttoria si è limitato a dare conto di una distanza minima tra una sede e l'altra basato su un calcolo effettuato dal programma google maps, senza effettuare alcuna verifica²³⁵, e ciò ha portato all'adozione di un provvedimento

aumentandone gli elementi, cresce anche il numero delle possibili soluzioni al problema concreto".

La rilevanza della partecipazione, come evidenziato, ha anche l'effetto di vincolare l'amministrazione stessa nell'adozione del provvedimento finale poiché, come noto, l'art. 10 della legge n. 241/1990 dispone specificamente l'obbligo a carico della p.a. di valutare le memorie ed i documenti presentati "*ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento*".

233 Sull'adozione dell'atto amministrativo informatico si veda A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in Enc. Dir., Agg., vol. I, Milano, 1997, p. 221 ss.

234 Tale procedimento è spiegato esaurientemente da A. MASUCCI, *op. cit.*, p. 82, il quale precisa che "*il programma non è altro che lo sviluppo di un algoritmo, grazie al quale è possibile stabilire quali calcoli e quali confronti il computer deve eseguire e secondo quale sequenza deve operare per risolvere un certo tipo di problema. Più specificamente, il programma contiene l'insieme ordinato in sequenza di tutte le regole precise, inequivoche, analitiche, generali ed astratte formulate ex nte (cioè prima che si presentino concrete questioni da risolvere e senza riferimento specifico ad esse) la cui applicazione porta all'adozione dell'atto amministrativo*".

235 Il *modus operandi* della p.a., come evidenziato in tali sentenze, denota una totale

illegittimo²³⁶.

Ciò ha reso necessario un supplemento di istruttoria da parte del giudice amministrativo sotto forma di verifica al fine di dimostrare che il procedimento seguito dall'amministrazione non era rispettoso della normativa che disponeva la distanza massima tra un centro e l'altro poiché la strada elaborata dal programma non era facilmente percorribile per un tratto e chiusa per un altro.

Si è quindi dimostrato, grazie all'analisi della sentenza sopra richiamata, che non sempre i programmi informatici cui l'amministrazione si affida di volta in volta nella propria azione quotidiana siano idonei a garantire un reale ponderazione dei vari interessi in gioco.

Ove l'amministrazione si limiti ad accettare acriticamente la soluzione proposta dal programma senza riscontrare se questa strada, intesa in senso lato, sia realmente percorribile potrebbe essere tratta in errore, anziché essere agevolata, dalle nuove tecnologie²³⁷.

superficialità ed inosservanza delle norme poste a fondamento del procedimento amministrativo dalla legge n. 241/1990 e porta alla mente le parole di F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, (a cura di) *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 283 ss., secondo cui “la normativa sulla partecipazione non venne accolta dalla dottrina con l'entusiasmo che avrebbe meritato. Da molti venne ritenuta fonte di rallentamento dell'azione amministrativa, anziché strumento per amministrare seguendo un metodo ispirato all'idea della condivisione, e non dell'imposizione autoritaria di una scelta”. Lo stesso autore evidenzia, tuttavia, che “la legge ebbe però subito un riconoscimento di grande significato da parte della giurisprudenza, da cui sarebbe potuto nascere l'ordo novus dei rapporti tra cittadini ed amministrazione”.

236 Il procedimento amministrativo informatico, ed il ruolo del funzionario all'interno dello stesso, viene approfondito da S. TATTI, *La “nuova” partecipazione al procedimento*, Napoli, 2009, p. 88 ss. il quale approfondisce anche il tema della partecipazione, rilevando che il responsabile del procedimento “immette una serie di dati necessari affinché il sistema giunga a definire il problema amministrativo. Formalmente l'operazione non coinvolge il cittadino interessato al procedimento, infatti è il funzionario che materialmente imposta la procedura elettronica. Andando a fondo, invece, si coglie il pieno coinvolgimento del privato. I dati, prima di venire immessi, devono essere conosciuti. Nei suoi compiti il responsabile del procedimento è agevolato dalla partecipazione degli interessati alla procedura. Il loro intervento genera informazione destinata a influenzare la scelta dell'autorità, quindi, quanto introdotto nel circuito elettronico è il frutto di un concorso di attività, quella pubblica e quella privata”. Ebbene, se nel caso di cui alla sentenza oggetto di analisi nel presente paragrafo vi fosse stata tale partecipazione l'amministrazione si sarebbe potuta rendere conto immediatamente dell'erroneità dei risultati cui era pervenuta mediante l'utilizzo del programma informatico.

237 In una siffatta ipotesi l'amministrazione si è rimessa quasi totalmente agli esiti dell'istruttoria condotta mediante l'utilizzo di un programma informatico, non si può quindi in

In un caso analogo in cui l'amministrazione si è servita del programma google maps per effettuare dei rilievi di distanze tra due abitazioni l'operato dell'amministrazione è stato ritenuto illegittimo da parte del T.a.r. Trento²³⁸ il quale ha affermato che “è sussistente il dedotto vizio di eccesso di potere per difetto del presupposto, poiché l'Amministrazione non ha verificato in concreto se la lunghezza della strada pubblica più breve, purché carrozzabile e in concreto percorribile (vedasi quanto sopra specificato al punto 8.), tra l'abitazione della ricorrente, residente e domiciliata a Povo di Trento, e quella della madre assistita, residente e domiciliata invece a Nogarè di Pergine Valsugana, sia inferiore o uguale a 10 chilometri, ossia alla distanza massima stabilita dalla sopra citata disciplina di settore.

Deriva da ciò che l'omesso accertamento in concreto, e nel rispetto dei principi di partecipazione codificati dagli artt. 24 e ss. della legge provinciale sul procedimento amministrativo 30.11.1992, n. 23, della distanza fra le due abitazioni inficia la legittimità del provvedimento impugnato”.

questo caso parlare di atto automatico, tuttavia sempre più l'amministrazione potrà demandare ad un programma informativo l'elaborazione di atti di natura ripetitiva ai personal computer. Sul punto D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata, profili giuridici*, Rimini, 2005, p. 23 ss. il quale evidenzia che “fra le diverse funzioni che il calcolatore può svolgere nell'ambito di una pubblica amministrazione, quella che ci apprestiamo ad analizzare è quindi la più avanzata, in quanto la macchina non funge più solamente da ausilio all'attività decisionale dei funzionari [ndr. Come è avvenuto nel caso di Poste Italiane nella sentenza qui analizzata], ma si sostituisce all'uomo nel momento della determinazione del contenuto del provvedimento”.

Sul medesimo tema un interessante approfondimento è stato svolto da R. BORUSSO, *Nuove tecniche e nuove procedure dell'attività amministrativa. La teleamministrazione*, in ASSOCIAZIONE TELEAMMINISTRAZIONE ABAKOS S.A.S. (a cura di), *Per una nuova amministrazione pubblica, Atti del Convegno svoltosi a Cagliari il 17 e 18 dicembre 1993*, Cagliari, 1995, p. 33 ss., il quale analizzando le potenzialità dei computer, fin dall'ormai lontano (considerando i tempi dell'informatica) 1993, afferma che “va posto in rilievo che il computer può 'ragionare' (ovviamente senza averne l'autocoscienza). Infatti, se per 'ragionare' intendiamo la capacità di dedurre da determinati presupposti, determinate conseguenze secondo regole determinate, ben può dirsi che il computer ragiona allorché dalla presenza o assenza di talune variabili, deduce un concreto risultato secondo le tabelle di verità proprie degli operatori logici booleani indicati dal programmatore (AND, OR, NOT)”.

Si veda anche U. FANTIGROSSI, *op. cit.*, p. 51 ss.

Per un ulteriore approfondimento si veda anche E. PICOZZA, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, (a cura di) *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, p. 203 ss.

238 Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento, Sez. Unica, 09/07/2014, n. 266, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it.

Vi è quindi la riprova che l'illegittimità dell'operato derivi dall'erroneo utilizzo del programma informatico²³⁹, le cui risultanze istruttorie non vengono mai sottoposte ad alcun tipo di verifica istruttoria.

Nelle sentenze sopra richiamate, alla luce dell'evidente difetto di istruttoria, il giudice amministrativo si è visto costretto ad operare una integrazione di istruttoria al fine di determinare se il provvedimento sia da considerarsi o meno legittimo.

239 A proposito del programma informatico R. BORUSSO, *op. cit.*, p. 34 ss., precisa che “*un computer, inteso come pura macchina (cioè come hardware), è un ammasso di circuiti elettronici e di aree di memoria su cui registrare bit: ma quali siano gli operatori logici da attivarsi, quando vadano attivati, su quali bit e con quale sequenza operativa, tutto ciò è comunicato dall'uomo al computer mediante uno scritto, registrato oggi solitamente su dischetto, che si chiama programma (software) e che occorre inserire nel computer per farlo funzionare. Il programma può, quindi, essere definito il complesso di tutte le istruzioni, ordinate in sequenza per far eseguire al computer un determinato lavoro. Un computer senza programma è come un corpo senza anima*”.

II.8 (segue) ... Il codice dell'amministrazione digitale, considerazioni generali in tema di *digital divide*

L'errato o insufficiente utilizzo delle tecnologie informatiche, in tale fase di transizione, può essere annoverato, tra i tanti fattori, all'assenza di esperienza ed alla scarsa conoscenza dei sistemi informatici da una parte di dipendenti pubblici²⁴⁰.

240 Uno dei problemi più noti, legato più in generale ai principi di efficienza ed efficacia è quello della conoscenza dell'informatica e, più ad ampio spettro, la riorganizzazione della pubblica amministrazione.

S. CACACE, *Codice dell'amministrazione digitale D.lgs. n. 82/2005 e n. 159/2006, Finalità ed ambito di applicazione – Diritti dei cittadini e delle imprese – Organizzazione delle pubbliche amministrazioni e tecnologie dell'informazione, Relazione al corso di specializzazione organizzato dalla Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di perfezionamento di Pisa – Pisa 7 e 8 giugno 2006*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it, in proposito osserva che “Basti in proposito ricordare che miglioramento dell'efficienza e della produttività e riorganizzazione dell'universo della pubblica amministrazione erano le finalità, che la legge 23 ottobre 1992, n. 421, nell'occuparsi, all'art. 2, del pubblico impiego, affermava come obiettivi da realizzarsi nell'esercizio della delega all'uopo conferita al Governo.

Si trattava della prima, effettiva, traduzione operativa di quel principio di buon andamento dei pubblici uffici, proclamato dall'art. 97 della Costituzione, che, pur costituendo un pacifico paradigma generale dell'attività amministrativa pubblica, scarse occasioni aveva trovato, nei primi quarant'anni di vita della nostra Costituzione, per concretizzarsi in un'azione amministrativa, che, superando i molteplici vizi di irrazionalità presenti, raschiasse finalmente via quegli strati di burocrazia, che per decenni hanno afflitto le imprese ed i cittadini nei loro rapporti con il settore pubblico.

L'inefficienza cronica della p.a. diventava, dunque, il primo bersaglio della rivoluzione copernicana effettuata con la legge n. 421 del 1992 e con i decreti attuativi, al fine di annullare (o, quanto meno, ridurre) il “gap” che ci separava, all'inizio degli anni '90, dagli altri paesi dell'Unione Europea.

Ed a tal fine si poneva mano, col decreto delegato, alle due leve essenziali di qualsiasi manovra di riorganizzazione di una struttura complessa:

- le dotazioni strumentali, che devono caratterizzarsi, nella logica dei nostri tempi, per un “coordinato sviluppo” dei sistemi e delle tecnologie informative, che ne tragga le potenzialità enormi di cui essi sono capaci e che l'amministrazione pubblica aveva abbondantemente trascurato;

- le risorse umane, la cui “migliore utilizzazione”, coniugata alla “formazione e sviluppo professionale” ed alla contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego (principio che viene affermato nella sua più generale portata), costituiscono il vero volano di una riforma, che sradica ogni tradizionale approccio al mondo del rapporto di lavoro dipendente pubblico: non più “peso morto” da incrementare per fini assistenziali e clientelari, ma “risorsa” da valorizzare professionalmente nell'interesse e per il soddisfacimento dei bisogni della collettività ed in piena coerenza con la necessità di un apporto di produttività del settore pubblico allargato all'intera economia nazionale e comunitaria.

Su entrambi i campi di intervento torna ad incidere il Codice dell'amministrazione digitale.

Da un lato, infatti, si prescrive che la ormai indifferibile “riorganizzazione strutturale e gestionale” si traduca nella razionalizzazione e semplificazione, grazie all'utilizzo delle

Se è ragionevole ritenere che nel corso degli anni tali problemi possano essere superati²⁴¹, tuttavia, si può cercare di limitare tale problema attraverso l'alfabetizzazione informatica del personale della pubblica amministrazione, poiché sempre più spesso essi sono chiamati ad operare con strumenti informatici che non padroneggiano pienamente²⁴².

tecnologie dell'informazione e della comunicazione, dei procedimenti amministrativi, delle attività gestionali, dei documenti, della modulistica e delle modalità di accesso e di presentazione di istanze da parte dei cittadini e delle imprese; ma costituisce forte elemento di perplessità circa la effettiva capacità innovatrice del codice l'assenza anche solo del disegno di un procedimento informatico "tipo" o quanto meno della previsione della necessità di un riordino, anche a livello normativo secondario, dei "tipi" di procedimento amministrativo, da ridefinirsi sulla base delle conclamate esigenze di semplificazione ed alla luce dell'ormai pacifica acquisizione, secondo cui il procedimento informatico non è altro che uno dei modi in cui si esprime l'azione amministrativa, sì che dette pur rilevanti finalità paiono attestarsi comunque al livello delle mere petizioni di principio.

Dall'altro, si prevedono azioni adeguate per l'implementazione dei nuovi processi, sia dal punto di vista tecnico che da quello umano, con riferimento ad appositi processi formativi e di "alfabetizzazione informatica avanzata" dei dipendenti pubblici (art. 13), da attuarsi ricorrendo a quello strumento dei piani di formazione del personale, di cui all'art. 7-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, dello stesso decreto, con esclusione delle università e degli enti di ricerca, nell'ambito delle attività di gestione delle risorse umane e finanziarie, predispongono annualmente, "tenendo conto dei fabbisogni rilevati, delle competenze necessarie in relazione agli obiettivi, nonché della programmazione delle assunzioni e delle innovazioni normative e tecnologiche" (primo periodo del comma 1); con il piccolo neo, ancora una volta, del limite "delle risorse finanziarie previste dai piani medesimi" (art. 13 citato) e dunque dell'assenza di una consona copertura finanziaria ed amministrativa del processo di cambiamento innestato".

241 Del problema della scarsa efficienza dell'impiego dei sistemi informatici all'interno della p.a. si occupava già A. MASUCCI, *Nuove tecniche e nuove procedure dell'attività amministrativa. La teleamministrazione*, in ASSOCIAZIONE TELEAMMINISTRAZIONE ABAKOS S.A.S. (a cura di), *Per una nuova amministrazione pubblica, Atti del Convegno svoltosi a Cagliari il 17 e 18 dicembre 1993*, Cagliari, 1995, p. 59 ss., il quale, a proposito dell'elaborazione del proprio studio *'l'atto amministrativo informatico'* evidenzia che nella Francia degli anni '90 sussistevano gli stessi problemi presenti in Italia, ossia, evidenzia l'autore, *"i computer ci sono, i funzionari ci sono, i soldi si spendono, gli uffici adatti sono stati creati e in Francia, che rappresenta la culla di tutte le amministrazioni, non si è realizzata una vera e propria informatizzazione della Pubblica Amministrazione"*. Molto spesso, come già messo in luce nei primi anni '90, l'incapacità dell'amministrazione di sfruttare a pieno le potenzialità derivanti dall'impiego delle nuove tecnologie all'interno del procedimento è imputabile ad inefficienze e scarsa attenzione dell'amministrazione stessa.

242 In proposito il Codice dell'amministrazione digitale, all'art. 13, rubricato appunto "Formazione informatica dei dipendenti pubblici", dispone che *"Le pubbliche amministrazioni nella predisposizione dei piani di cui all'articolo 7-bis, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e nell'ambito delle risorse finanziarie previste dai piani medesimi, attuano anche politiche di formazione del personale finalizzate alla conoscenza e all'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, nonché dei temi relativi all'accessibilità e alle tecnologie assistive, ai sensi dell'articolo 8 della legge 9 gennaio 2004, n. 4"*. Per un commento a tale articolo cfr. M. ATELLI, S. ATERNO, A. CACCIARI, R. CAUTERUCCIO, *Codice dell'amministrazione digitale, Commentario*, Roma, 2008, p. 31 ss.

Si pensi alle difficoltà riscontrate quotidianamente a seguito della recentissima introduzione del processo civile telematico, il quale richiede elevate conoscenze informatiche per l'utilizzo da parte di tutti gli operatori, avvocati, magistrati e cancellieri dei programmi necessari a farlo funzionare.

In proposito si rileva che il Consiglio di Stato, già in sede di emanazione del Codice dell'Amministrazione Digitale, nel parere rilasciato dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 7 febbraio 2005, n. 11995/04²⁴³, si occupò del problema del divario digitale, meglio noto come *digital divide*.

Con riferimento a tale problema, sia per quanto riguarda l'apparato pubblico che i cittadini che devono fruire dei servizi dell'amministrazione, il Consiglio di Stato riteneva estremamente importante che tale testo fosse “*accompagnato dalla previsione di risorse umane e finanziarie adeguate, nonché dalle ulteriori disposizioni di preparazione, attuazione e messa a regime, anche graduale, che consentano una effettiva realizzazione della riforma e delle finalità della delega*”²⁴⁴.

Appare chiaro, dunque, che fin dall'approvazione del c.a.d. vi era la consapevolezza che molte norme avessero carattere programmatico e non precettivo e si riteneva che per rendere maggiormente precettivo il Codice dell'Amministrazione Digitale fosse necessario prevedere una copertura

243 Consiglio di Stato in sede consultiva, adunanza del 7 febbraio 2005, parere n. 11995/04, consultabile su http://www.interlex.it/testi/pdf/parere_cds.pdf.

244 Del problema del digital divide, ossia del divario digitale, riferito ai cittadini si occupa B. PONTI, *Diritti dei cittadini e delle imprese*, in *Codice dell'amministrazione digitale, Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, (a cura di) E. CARLONI, Rimini, 2005, p. 89 ss., il quale osserva che a causa di tale fenomeno “*ampi settori di popolazione, per ragioni anagrafiche/socio-culturali/personali si ritrovano sprovvisti degli strumenti minimi necessari per accedere alla fruizione dei servizi ad alto contenuto tecnologico*”. Il medesimo autore evidenzia altresì quali potrebbero essere i problemi derivanti da un determinato tipo di approccio da parte dello Stato che anziché affrontare fin da subito tale problema attenda che si vada sempre più riducendo con il passare del tempo: “*a) in termini di equità, poiché sarebbe fondata sulla consapevole discriminazione di una ampia fetta di popolazione rispetto alla fruizione dei servizi innovativi; b) in termini di efficienza, in quanto finirebbe per prolungare a tempo (potenzialmente) indefinito la convivenza tra le modalità tradizionali e quelle tecnologicamente avanzate di erogazione dei servizi (specie di quelli burocratici), periodo che al contrario dovrebbe essere per quanto possibile contenuto, in modo tale da consentire la piena affermazione del nuovo modello, e con esso dei benefici in termini di efficienza e contenimento dei costi, da più parti attesi*”.

finanziaria che al momento non era stata prevista²⁴⁵.

L'importanza dell'alfabetizzazione informatica è stata più volte sottolineata a proposito del superamento del grosso problema del *digital divide*, tuttavia occorre considerare che tale problema ha due aspetti, trattati separatamente all'interno del Codice dell'Amministrazione Digitale, specificamente all'articolo 8 ed all'articolo 13, rispettivamente rubricati “*Alfabetizzazione informatica dei cittadini*” e “*Formazione informatica dei dipendenti pubblici*”.

La prima norma, di ordine programmatico, si riferisce alla diffusione della conoscenza delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione tra i cittadini, affinché essi siano in grado di sfruttare le enormi potenzialità che giorno per giorno gli vengono concesse.

Questa norma, seppur programmatica, ha l'obiettivo di stimolare tutte le amministrazioni all'adozione di misure volte a diffondere l'utilizzo delle nuove tecnologie, con particolare riferimento a quei soggetti che fin da ora si trovano in situazioni svantaggiate, per cui già in questa fase di sviluppo primordiale in cui non c'è una completa trasformazione dell'amministrazione attuale in una vera e propria amministrazione elettronica si trovano esclusi dalla stessa.

Si ritiene sia normale che in un'epoca di cambiamento, come lo è quella che stiamo vivendo, ci siano dei soggetti che rispetto ad altri non riescano ad aggiornarsi e ad essere in grado di avere le conoscenze informatiche minime, si ritiene però altresì molto importante cercare di limitare e ridurre quanto più possibile questo problema. L'informatica ha iniziato a svilupparsi circa 30 anni fa, ma è stato nell'ultimo decennio che ha avuto una diffusione rapidissima e capillare, e tanto più è veloce e rivoluzionaria tale trasformazione tanto più è

245 Seppur corrisponda al vero che il Codice dell'Amministrazione Digitale non è stato dotato di una copertura finanziaria in grado di trasformare in pratica molti dei principi e delle azioni in esso contenuti, si ritiene che il Governo nel corso degli anni abbia adottato alcune misure al fine di diffondere l'utilizzo degli strumenti informatici.

A tal proposito si ricorda che lo Stato, con le leggi finanziarie del 2003, 2004 e 2005, ha intrapreso delle iniziative concrete, consistenti nell'erogazione di contributi economici volti all'acquisto di PC, per diffonderne l'utilizzo tra i giovani, tra i docenti e tra i dipendenti pubblici.

elevato il numero delle persone che ne sono tagliate fuori. Ai soggetti che non sono in grado di accedere a queste tecnologie a causa di fattori anagrafici se ne affiancano altri che non sono in grado di avere conoscenze informatiche adeguate a causa di fattori socio-culturali.

La prima fascia di popolazione esclusa dall'uso delle tecnologie tenderà a diminuire fisiologicamente con il trascorrere del tempo, si dovrà semplicemente cercare di limitare gli inconvenienti che avranno tali soggetti nel loro rapporto con un'amministrazione elettronica, quindi nel medio-lungo periodo tale frattura generazionale-culturale andrà scomparendo²⁴⁶.

A differenza di questa prima categoria di soggetti quella che richiede maggiori interventi positivi è la categoria dei soggetti esclusi dall'utilizzo delle nuove tecnologie a causa della loro condizione sociale, poiché a differenza dei primi soggetti costoro con il passare del tempo, se non ci saranno interventi positivi volti alla limitazione del divario digitale, vedranno peggiorare fortemente la loro posizione, poiché la loro condizione non è determinata da fattori generazionali ma da fattori sociali che vanno inevitabilmente modificati con misure positive se si vuole evitare che tali soggetti vengano ulteriormente penalizzati.

In entrambi i casi si è del parere che siano necessarie forti interventi volti al cambiamento dello stato attuale delle cose affinché tutti abbiano la possibilità di accedere ai servizi dell'amministrazione telematica, anche in virtù dei principi di uguaglianza e non discriminazione.

È sempre più pressante l'esigenza di fornire a tutti i cittadini gli strumenti materiali e le conoscenze per potersi adeguare alla società che si sta evolvendo così rapidamente, tale necessità nasce dal dovere di garantire quanto più possibile l'equità tra tutti i cittadini, poiché sarebbe impensabile lo sviluppo di una società democratica che consapevolmente opera una discriminazione senza porre in essere alcuna azione positiva volta a combattere queste differenze sociali.

²⁴⁶ Per un approfondimento su tali problematiche si veda il commento di B. PONTI, *Diritti di cittadini ed imprese*, in *Codice dell'amministrazione digitale, Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n 82*, E. CARLONI (a cura di), Rimini, 2005, p. 89 ss.

Da un altro punto di vista l'estendersi del divario digitale tra soggetti che sono in grado e soggetti che non sono in grado di utilizzare gli strumenti tecnologici porta ad una scarsa efficienza dell'amministrazione, poiché essa si vedrà costretta per lungo tempo a dover far convivere le tecnologie informatiche e allo stesso tempo mantenere operative le tradizionali modalità di erogazione dei servizi; tanto più sarà lungo questo periodo tanto più sarà dispendioso per l'amministrazione, sia dal punto di vista economico sia dal punto di vista della durata dei procedimenti²⁴⁷.

Questo fenomeno, chiamato dell'informatica parallela, deve essere temporaneo e volto all'erogazione di un servizio efficiente e alla portata di tutti i cittadini, fin quando la maggior parte di essi sarà in grado di sganciarsi da questo sistema per utilizzare solo quello più tecnologico.

Per far ciò si richiederà la creazione di progetti di alfabetizzazione informatica con l'obiettivo di coinvolgere tutti i cittadini, con particolare attenzione a coloro che si vedono già esclusi e che hanno maggiori difficoltà ad aggiornarsi per proprio conto; nel presente lavoro si sono già segnalate alcune iniziative che consentono di diffondere le nozioni minime per l'utilizzo dei sistemi informatici.

Si è fino ad ora analizzato il problema dal punto di vista del cittadino, che consideriamo essere il reale fruitore dei servizi che possono, e dovranno, essere resi per via telematica; si ritiene che al momento si debba analizzare lo stesso fenomeno dal punto di vista dell'amministrazione. In questo caso, come nel precedente, si è convinti che vi sia la necessità di effettuare una vera e propria alfabetizzazione informatica dei funzionari amministrativi, ossia coloro che sono tenuti a garantire una corretta ed efficiente erogazione dei servizi per via telematica²⁴⁸.

247 Su tali aspetti si possono trovare interessanti spunti nel commento di B. PONTI in *P.A. E RAPPORTI FRA STATO, REGIONI, AUT. LOC., Codice dell'amministrazione digitale, Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n 82*, E. CARLONI (a cura di), Rimini, 2005.

248 Sul punto M. SCHAEFER e L. PACINI su "*InnovAzione*" periodico del CNIPA, numero 1 gennaio 2007, espongono alcuni progetti di *E-LEARNING* all'interno delle pubbliche amministrazioni locali volti alla formazione dei dipendenti ed osservano che "*nell'ambito del*

In proposito, all'articolo 13 del Codice dell'Amministrazione Digitale, si prevede la predisposizione di politiche attive volte alla formazione del personale e si prevede, come disposto dall'art. 7-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che le amministrazioni “*predispongano annualmente un piano di formazione del personale, compreso quello in posizione di comando o fuori ruolo, tenendo conto dei fabbisogni rilevati, delle competenze necessarie in relazione agli obiettivi, nonché della programmazione delle assunzioni e delle innovazioni normative e tecnologiche*”.

Si vede quindi che l'aggiornamento annuale è di fondamentale importanza affinché coloro che lavorano all'interno dell'amministrazione siano sempre in possesso delle conoscenze tecnico giuridiche essenziali allo svolgimento del loro lavoro, in proposito il Governo ha mostrato una piena consapevolezza di tale esigenza già anni addietro, poiché come dimostrato nel piano d'azione *e-government*, approvato da Governo il 22 giugno 2000, si sosteneva che “l'introduzione delle tecnologie informatiche nel lavoro di ufficio a tutti i livelli crea la necessità di fornire una adeguata formazione a tutti i pubblici dipendenti.

La scarsa conoscenza delle potenzialità di tali tecnologie e la mancanza di addestramento all'uso degli strumenti creano fenomeni di rigetto e vanificano gli ingenti investimenti che l'amministrazione sta facendo in questo campo”.

Il Governo negli ultimi anni ha ribadito più volte la necessità di un sempre maggiore impegno in questa direzione, un ruolo di primo piano nella diffusione di

progetto “Scuola virtuale della PA” il CNIPA ha approvato, lo scorso 15 giugno, il co-finanziamento di 10 progetti e-learning selezionati tra quelli presentati da Regioni e da Province autonome in risposta all'Avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 12 luglio 2005. Destinatari dei progetti i dipendenti delle medesime amministrazioni e per almeno il 50% dipendenti di Amministrazioni locali situate nei medesimi territori con un finanziamento massimo del 40% del costo dei progetti fino ad un massimo di 400.000 euro. Il co-finanziamento di progetti di e-learning proposti dalle Amministrazioni territoriali nasce dall'esigenza, più generale, perseguita con convinzione dal CNIPA, di rafforzare l'introduzione nelle pubbliche amministrazioni di nuove metodologie formative che con minori costi e maggiore efficienza ed efficacia, raggiungendo capillarmente tutti i settori dell'amministrazione garantiscano lo sviluppo delle competenze professionali dei dipendenti pubblici, consentendone anche il costante aggiornamento ed un più flessibile e rapidi adeguamento alle differenti necessità”.

Consultabile alla pagina web:

http://www.cnipa.gov.it/site/contentfiles/01384600/1384603_cnipa_innovazione_20071.pdf

tali conoscenze è stato ricoperto dal CNIPA²⁴⁹, svolgeva una costante attività di formazione dei dipendenti pubblici, e oltre a mettere a disposizione presso il proprio sito numerosi documenti svolge altresì una attività di consulenza e proposta relativamente a strategie e azioni puntuali rivolte ai decisori politici, alle Pubbliche amministrazioni e agli operatori del settore²⁵⁰.

La dottrina analizza altresì il *digital divide* che esiste tra pubbliche amministrazioni di grandi e piccole dimensioni, in questo caso ci troviamo ad avere a che fare con amministrazioni che hanno possibilità di sviluppo notevolmente diverse, poiché è facilmente intuibile che qualsiasi piccolo comune si trovi nell'impossibilità di fare gli investimenti necessari alla propria modernizzazione.

Una possibile soluzione a tale problema può essere l'incorporamento di queste realtà in “*sistemi operativi più ampi, creati con consorzi, ove possibile,*

249 Il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) opera presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri per l'attuazione delle politiche formulate, a nome del Governo dal Ministro per le Riforme e le Innovazioni nella Pubblica Amministrazione, con la missione di contribuire alla creazione di valore per cittadini e imprese da parte della Pubblica Amministrazione, fornendo a questa supporto nell'uso innovativo dell'informatica e, più in generale, dell'ICT (*Information and Communication Technology*).
Tratto da: http://www.cnipa.gov.it/site/it-IT/IL_Centro_Nazionale/Chi_siamo/
Per un approfondimento si veda D. Marongiu, *Il governo dell'informatica pubblica, Tra Stato, regioni ed enti locali*, Napoli, 2007.

250 Nella relazione annuale sull'attività del CNIPA svolta nel 2008 sono indicate le attività che sono state svolte per diffondere la conoscenza dell'informatica tra i dipendenti pubblici e tra queste si evidenzia che “*nel corso del 2008 sono stati organizzati 4 seminari di sensibilizzazione, informazione e formazione collegati, per lo più, ai progetti e alle principali linee di attività del CNIPA. In particolare l'8 e 9 maggio, nell'ambito del progetto IRESud, sono state organizzate due giornate formative presso le sale messe a disposizione dal CED della Corte di Cassazione sui seguenti temi:*

A. Il Project management fuori dagli schemi;

B. Linee guida sulla qualità negli acquisti di beni e servizi ICT nella PA.

Il CNIPA si è occupato altresì di erogare e monitorare “un corso pilota in modalità e-learning rivolto ai dirigenti e funzionari europei (progetto ESCS in collaborazione con la SSPA).” Il CNIPA inoltre si è fatto promotore di una iniziativa volta alla creazione di una community virtuale con lo scopo di mettere in contatto e favorire l'aggregazione e lo scambio di informazioni tra diversi soggetti facenti parte di diverse amministrazioni aventi ad oggetto le stesse tematiche.

Si ritiene inoltre degna di menzione l'iniziativa intrapresa dal CNIPA volta alla “condivisione e al riuso del learning object nella PA, in questo caso sono stati esaminati e recensiti alcuni prodotti formativi realizzati da altre amministrazioni, quali ad esempio Guardia di Finanza, per poterne valutare la loro riusabilità da parte di altre PA”. La relazione integrale è disponibile al seguente indirizzo internet:

<http://www.cnipa.gov.it/html/docs/Relazione%20annuale%202008%20v6.pdf>

*oppure da enti maggiori, che offrano a tali amministrazioni il servizio completo per la gestione dell'amministrazione digitale di competenza*²⁵¹.

251 Tale possibilità in cui le amministrazioni minori vengono sollevate dal dover predisporre e curare l'aggiornamento dei software e dei sistemi informatici necessari per far funzionare una amministrazione elettronica viene prospettata ed approfondita da G. DUNI, *L'amministrazione digitale, Il diritto amministrativo nell'evoluzione telematica*, Milano, 2008, p. 82 ss.

CAPITOLO TERZO

Conclusioni

Sommario: III.1 Considerazioni conclusive; III.2 Prospettive per una analisi più complessiva dell'istruttoria.

III.1 Considerazioni conclusive

A conclusione di tale lavoro si impone una riflessione che scaturisce da considerazioni di ordine generale dall'analisi della giurisprudenza degli ultimi anni qui riportata.

In primo luogo, si può affermare che molti dei casi analizzati siano diretta conseguenza di disattenzione, imprudenza, scarsa conoscenza degli strumenti informatici ed infine scarso coordinamento tra norme e principi del diritto amministrativo e l'utilizzo dell'informatica nei più disparati procedimenti amministrativi.

Con riferimento al primo problema, ossia l'imprudenza la disattenzione o la superficialità nell'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, si ritiene che tali problemi potranno essere superati con il trascorrere del tempo senza che sia necessario nessun particolare intervento, difatti, molte amministrazioni, i propri rappresentanti (Ministri, Sindaci etc etc), o semplicemente i propri funzionari (si pensi tra i tanti al caso del poliziotto Tortosa), con il passare degli anni comprenderanno appieno l'importanza e la delicatezza con cui ci si deve rapportare a tali strumenti nel momento in cui si riveste una determinata carica.

Si comprenderà che ogni messaggio che verrà condiviso in rete sfuggirà alla propria portata ed al proprio controllo, e che potrebbe impegnare, seppur involontariamente, l'amministrazione di appartenenza nel proprio agire.

È di tutta evidenza, difatti, che molto spesso non si ritiene che il proprio profilo digitale, come avvenuto nel caso del poliziotto e del Ministro dei Beni

Culturali, corrisponda in tutto e per tutto al proprietario dello stesso e le conseguenze delle proprie azioni digitali avranno ripercussioni nella vita di tutti i giorni, e, come avvenuto, anche sui provvedimenti amministrativi che potranno nel frattempo essere adottati.

Un ulteriore elemento comune nelle sentenze analizzate è la scarsa conoscenza dei programmi informatici utilizzati all'interno dell'amministrazione.

Difatti, ove fosse stata ben noto, ad esempio, che programmi quali google maps non garantiscono affatto il momento in cui è stata scattata una fotografia satellitare, ovvero, che una determinata strada che risulta dal software non è detto che esista ancora e sia facilmente percorribile, un funzionario ben potrebbe utilizzare tali elementi quale spunto per ulteriori atti istruttori finalizzati ad esempio alla verifica dello stato dei luoghi ma giammai quale unico elemento a fondamento di un provvedimento amministrativo.

Anche in questi casi, dunque, si ritiene che le amministrazioni con il passare del tempo, e con il radicarsi della giurisprudenza amministrativa che sta delineando con precisione entro quali limiti ci si può spingere nell'impiego di tali strumenti, ben saranno in grado di porre rimedio a quelle lacune che si sono create in questi anni.

L'ultima considerazione, forse quella più rilevante, attiene allo scarso coordinamento tra l'introduzione delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione e le norme che regolano il procedimento amministrativo, e più in generale l'agire pubblico.

Si evidenzia, in proposito, che fu proprio il Consiglio di Stato, alla vigilia dell'approvazione del Codice dell'Amministrazione Digitale, in fase consultiva ad esporre la necessità di avere *“un testo che non renda incomplete altre discipline già organiche ma che operi il necessario riordino ripensando 'a livello informatico' la disciplina sostanziale, nelle sedi sistematicamente proprie”*²⁵².

Tale esigenza, per quanto con il passare del tempo si sta avendo sempre più

252 Consiglio di Stato in sede consultiva, adunanza del 7 febbraio 2005, parere n. 11995/04, consultabile su http://www.interlex.it/testi/pdf/parere_cds.pdf.

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*

una proficua integrazione, dovrebbe trovare pieno riconoscimento da parte del legislatore.

III.2 Prospettive per una analisi più complessiva dell'istruttoria

In un'ottica di prospettive future di ricerca su tali argomenti si ritiene che potrebbe essere utile analizzare il rapporto delle pubbliche amministrazioni con le tecnologie informatiche andando oltre l'analisi giurisprudenziale poiché uno studio più approfondito dei procedimenti amministrativi dal loro interno potrebbe portare a risultati anche inaspettati.

Sarebbe interessante analizzare in primo luogo l'istruttoria per valutare come essa sia cambiata grazie alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, dal momento che il responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 6 della legge n 241/1990 ha una enorme libertà nella gestione di tale fase.

Grazie a tale studio si potrebbero catalogare sia le buone prassi, in grado di rendere i procedimenti più efficienti ed efficaci, che le cattive, portatrici di enormi inefficienze per l'amministrazione pubblica che si ripercuotono inevitabilmente anche sul cittadino.

A proposito di cattive prassi si ricordano, tra i tanti casi, i numerosi bandi in cui l'unico criterio di ammissibilità della domanda corrisponde all'ordine di arrivo, c.d. a sportello, un criterio assolutamente contrastante con i canoni di buona amministrazione poiché non premia né merito né la bontà del progetto.

La giurisprudenza, molto spesso, ha ritenuto legittimo tale strumento poiché previsto direttamente dalla legge, tuttavia, corre l'obbligo di evidenziare che grazie all'utilizzo di un semplice software in moltissimi casi si potrebbe procedere alla valutazione di tali domande, pur essendo particolarmente numerose, secondo criteri di merito che possono essere determinati di volta in volta dall'amministrazione.

Una ulteriore prassi negativa che si riscontra spesso nelle amministrazioni, causa di inefficienze e ritardi, è il procedimento c.d. parallelo, ossia svolto sia in forma cartacea che elettronica.

In tali casi l'utente è tenuto molto spesso a compilare il formulario on line predisposto dall'amministrazione pubblica e successivamente ad inviare copia

della documentazione in formato cartaceo.

Tale *modus operandi*, palesemente contrario ai principi generali in tema di pubblica amministrazione quali l'efficienza, l'efficacia, il buon andamento, oltre a comportare un lavoro molto oneroso per coloro che si interfaccino con l'amministrazione, genera enormi inefficienze in capo all'amministrazione, la quale non trae alcun vantaggio dall'impiego degli strumenti informatici, anzi, molto spesso è tenuta a valutare la corrispondenza tra i documenti cartacei e quelli digitali

Gli esempi sopra citati sono esemplificativi di un lavoro che potrebbe essere condotto con metodo scientifico affinché comparando i vari tipi di procedimento si possa giungere all'individuazione di quello che garantisca maggiormente l'efficienza e l'efficacia dell'agire pubblico ed allo stesso tempo non arrechi pregiudizio ed inutili aggravii in capo ai fruitori del servizio.

Molto spesso le cattive prassi non portano all'adozione di un provvedimento illegittimo ma sono comunque fonte di sicure inefficienze che su larga scala potrebbero portare ad un decisivo miglioramento dell'amministrazione pubblica.

BIBLIOGRAFIA

- M. ACCARDO, *Indicazione del subappaltatore in sede di gara nel caso di subappalto necessario*, in *Urbanistica e Appalti*, 7/2014;
- S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell'azione amministrativa ed il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991;
- R. ALESSI, *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano, terza edizione nuovamente riveduta rielaborata e ampliata*, Milano, 1960;
- T. ALIBRANDI, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato, II*, Roma, 1981;
- F. ANCORA, *Il regime della nullità dell'atto amministrativo secondo il codice del processo amministrativo*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n. 2/2011;
- F. ANCORA, *Legge 11 febbraio 2005, n. 15. Nullità dell'atto amministrativo e invalidità*, commento a T.A.R. Roma, 22 luglio 2004, n.7231, sez. III, in *Giur. merito*, fasc. 5, 2005;
- A. ANDREANI, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994;
- A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988;
- D. ANTONUCCI, *Il Procedimento Disciplinare le Pubblico Impiego, Dalla Riforma Brunetta al nuovo codice di comportamento dei pubblici dipendenti (D.P.R. 16-04-2013, n. 62)*, Napoli, 2013;
- G. ARENA, *La tutela della riservatezza nella società dell'informazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994;
- G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;
- ASSOCIAZIONE TELEAMMINISTRAZIONE ABAKOS S.A.S., *Per una nuova amministrazione pubblica, Atti del Convegno svoltosi a Cagliari il 17 e 18 dicembre 1993*, Cagliari, 1995;
- M. ATELLI, S. ATERNO, A. CACCIARI, R. CAUTERUCCIO, *Codice dell'amministrazione digitale, Commentario*, Roma, 2008;

- T. AUTIERI, M. DE PAOLIS, R.E. MARCHESE, V. MASCELLO, G. SCHETTINO, S. TERRADOS MOLLEDO, *La motivazione del provvedimento amministrativo, Raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, Padova, 2002;
- A. AZZENA, *Natura e limiti dell'eccesso di potere*, Milano, 1976;
- A. AZZENA, *Potere amministrativo e discrezionalità*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I*, Bologna, 1993;
- A. AZZENA, *Validità ed invalidità degli atti amministrativi*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I*, Bologna, 1993;
- S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), D. Dongiovanni, D. Sabatino, (con il coordinamento di), *Codice dell'appalto pubblico (d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 e Regolamento di Attuazione)*, Milano, 2011;
- G. BACOSI, F. LEMETRE, *La legge n. 15 del 2005: ecco il nuovo volto della "241"*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it;
- A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008;
- A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006;
- F. BASSI, *Brevi note sull'eccesso di potere per difetto di motivazione*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991;
- G. BELLUCCI, *L'esecuzione dei contratti*, in *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, a cura di, Roma, 2011;
- L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986;
- G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241/90)*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, I*, Napoli, 2001;
- A. BERTANI, *Le novità introdotte dalla legge 15/05 in tema di invalidità, annullamento d'ufficio e revoca*, in F. MERUSI, A. FIORITTO, G. CIAGLIA, V. GIOMI, A. BERTANI, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2005;
- R. BORUSSO, *Nuove tecniche e nuove procedure dell'attività amministrativa. La teleamministrazione*, in ASSOCIAZIONE TELEAMMINISTRAZIONE ABAKOS S.A.S. (a

cura di), *Per una nuova amministrazione pubblica, Atti del Convegno svoltosi a Cagliari il 17 e 18 dicembre 1993*, Cagliari, 1995;

A. BOTTIGLIERI, S. COGLIANI, D. PONTE, R. PROIETTI, *Commentario alla legge sul procedimento amministrativo, l. n. 241 del 1990 e successive modificazioni*, a cura di S. COGLIANI, Padova, 2007;

E. BUOSO, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Milano, 2012;

G. BUTTARELLI, C. MARZUOLI, L. FERRARA, C. PAOLINI, *Il procedimento amministrativo a un anno di distanza dalla riforma*, a cura di A. C. BATELLI, Torino, 2007;

S. CACACE, *Codice dell'amministrazione digitale D.lgs. n. 82/2005 e n. 159/2006, Finalità ed ambito di applicazione – Diritti dei cittadini e delle imprese – Organizzazione delle pubbliche amministrazioni e tecnologie dell'informazione, Relazione al corso di specializzazione organizzato dalla Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di perfezionamento di Pisa – Pisa 7 e 8 giugno 2006*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it;

V. CAPUZZA, *Le modificazioni soggettive dell'appaltatore in fase di esecuzione e il subappalto*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010;

R. CARANTA, *Compiti della politica e compiti dell'amministrazione*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, II*, Napoli, 2001;

R. CARANTA, D. C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 5/2014;

R. CARANTA, L. FERRARIS, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000;

F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo, seconda edizione*, Roma, 2011;

F. CARINGELLA - M. PASTORE, *Manuale di Diritto Amministrativo, V. L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014;

F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo, aggiornato al secondo correttivo processuale (D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160)*, Roma, 2013;

- G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo (leggi n. 15 e n. 80 del 2005)*, Padova, 2005;
- G. CARLOTTI, *Manuale degli appalti di servizi e forniture*, a cura di, Roma, 2011;
- O. CARPARELLI, *Subappalto necessario ed omessa indicazione del subappaltatore: esclusione o soccorso istruttorio?*, su www.lexitalia.it;
- E. CASSETTA, *Manuale di Diritto amministrativo, nona edizione riveduta, aggiornata e corredata di schemi grafici sul processo*, Milano, 2007;
- S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997;
- S. CASSESE, *Grandezza e insuccessi del giudice amministrativo*, in *Giorn. Dir. amm.*, 1998;
- S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, (a cura di) G. PASQUINI, A. SANDULLI, Milano, 2001;
- S. CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994;
- S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000;
- E. CASTORINA, *'Certezza del diritto' e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio comune*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino, Volume I*, Padova, 2001;
- B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo, Volume terzo*, Padova, 1993;
- P. CERBO, *Fasi d'aggiudicazione e pubblicità delle sedute: le precisazioni dell'Adunanza Plenaria*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2013;
- V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo, Nuova edizione interamente rivista ed aggiornata al 30 novembre 1999*, Torino, 2000;
- V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007;
- V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009;

L. CICALINI, (con commento di) *L'atto politico, Torlonia (Sezione IV, decisione 27 luglio 1937, n. 425)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

L. CICALINI, (con commento di) *Lo sviamento di potere e l'elaborazione dei criteri di legittimità dei provvedimenti di nomina, Loyola (Sezione IV, decisione 27 aprile 1937, n. 171)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

L. CIMELLARO, *Le garanzie del procedimento amministrativo nella L. 241/90, Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla partecipazione al procedimento e la motivazione del provvedimento*, Padova, 1997;

M. CHIAPPETTA, (con commento di) *L'obbligo di motivazione del provvedimento, Società di navigazione generale italiana (Sezione IV, decisione 17 maggio 1907, n. 178)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

M. CHIAPPETTA, M. DE GIORGI, (con commento di) *L'illegittimità del provvedimento per violazione di norme interne, Sacchetto (Sezione IV, decisione 26 settembre 1911, n. 558)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997;

M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013;

S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011;

S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993;

E. COLARULLO, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Torino, 2006;

G. CORSO, *Norme comunitarie, norme interne e unità dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo I, Milano, 1994;

G. CRISCI, *Spunti in tema di Giustizia amministrativa*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991;

N. DANIELE, *La partecipazione del cittadino alla funzione amministrativa: i*

consiglio scolastici, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981;

G. DE CESARE, *Problematica dell'eccesso di potere, l'eccesso di potere e la giurisprudenza del consiglio di stato*, Padova, 1967;

M. DE GIORGI, (con commento di) *L'atto amministrativo e le fonti comunitarie*, Fratelli Costanzo (Sezione V, decisione 22 aprile 1991, n. 452), in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

M. DE GIORGI, (con commento di) *Lo straripamento di potere*, Moschini (Sezione IV, decisione 22 ottobre 1940, n. 488), in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

P. DE LISE, *La pienezza della tutela del cittadino come obiettivo "condiviso" delle magistrature superiori*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Il ruolo del giudice, Le magistrature superiori*, in *Foro amministrativo T.a.r.*, Vol. VI – supplemento al n. 7-8/07, Milano, 2007;

R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice degli appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, 8-9/2012;

M. DE PAOLIS, *La struttura del provvedimento amministrativo*, in T. AUTIERI, M. DE PAOLIS, R.E. MARCHESE, V. MASCELLO, G. SCHETTINO, S. TERRADOS MOLLEDO, *La motivazione del provvedimento amministrativo, Raccolta di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, con il coordinamento di M. DE PAOLIS, Padova, 2002;

C. DE PORTU, *Apertura dell'offerta tecnica: novità giurisprudenziali e normative*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2013;

A. DE SIANO, *La problematica individuazione degli elementi essenziali dell'atto amministrativo e del loro regime giuridico nella elaborazione giurisprudenziale dell'art. 21 septies della legge n. 241 del 1990*, in A. SANDULLI, G. PIPERATA (a cura di), *La legge sul procedimento amministrativo Venti anni dopo*, Napoli, 2011;

L. DEL PRETE, A. SALVATI, *L'esclusione dagli appalti pubblici, Strategie difensive*, Milano, 2012;

G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi della comunità europea*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997;

G. DI GASPARE, *Considerazione sugli atti di governo e sull'atto politico, L'esperienza italiana e francese nello stato liberale*, Milano, 1984;

G. DUNI, *L'amministrazione digitale, Il Diritto Amministrativo nella evoluzione telematica*, Milano, 2008;

G. DUNI, *Nuove tecniche e nuove procedure dell'attività amministrativa. La teleamministrazione*, in ASSOCIAZIONE TELEAMMINISTRAZIONE ABAKOS S.A.S. (a cura di), *Per una nuova amministrazione pubblica, Atti del Convegno svoltosi a Cagliari il 17 e 18 dicembre 1993*, Cagliari, 1995;

P. FALCONE - A. POZZI, *Il Diritto Amministrativo nella giurisprudenza, Volume primo*, Torino, 1998;

V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità, Profili ricostruttivi tra attività e processo*, Torino, 2012;

U. FANTIGROSSI, *Automazione e pubblica amministrazione, Profili giuridici*, Bologna, 1993;

S. FANTINI, *commento art. 118 Codice degli Appalti*, in R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici, Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Tomo I D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (artt. 1-120), IV edizione, Roma, 2011;

S. FANTINI, *Ricorso principale e incidentale: alla ricerca dell'interesse strumentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2014;

C. FARALLI, *Il 'diritto alla certezza' nell'età delle decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino, Volume I*, Padova, 2001

E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, (a cura di) *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010;

P. FORTE, *Appunti in tema di nullità ed annullabilità dell'atto amministrativo validità*, in G. C. DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento, Atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, Torino, 2005;

C. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, a cura di, Torino, 2010;

G. GARDINI, R. SCARCIGLIA, C. TUBERTINI, O. ZANASI (a cura di), *Atti e procedimenti amministrativi, La legge 241/1990 e l'attività amministrativa nella giurisprudenza*, coordinamento di L. VANDELLI, Rimini, 1997;

R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici, Annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, Tomo I D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (artt. 1-120), IV edizione, Roma, 2011;

R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo, quarta edizione*, Roma, 2010;

F. GARUFFI, *Il ricorso incidentale nel giudizio amministrativo di primo grado: alcune note sulla sua natura e sul rapporto con il ricorso principale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4/2009;

V. GASPARINI CASARI, *Principio di legalità e di ragionevolezza nella evoluzione dello stato di diritto*, in *Studi economico – giuridici Volume LIX 2001-2002, In memoria di Franco Ledda*, I, Torino, 2004;

V. GASTALDO, *Il diritto di accesso nel settore degli appalti pubblici e gli obblighi di trasparenza delle stazioni appaltanti*, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2014;

P. GIACALONE, *La normativa sul governo elettronico, dal decreto legislativo 39/93 al codice dell'amministrazione digitale*, Milano, 2007;

S. GIACCHETTI, *L'interesse legittimo alle soglie del 2000*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991;

M. S. GIANNINI, *Corso di diritto amministrativo III, I l'attività amministrativa*, Milano, 1967;

M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo, volume primo*, Milano, 1950;

R. GIOVAGNOLI, *Il ricorso incidentale*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it;

G. GRASSO, *La dequotazione dei vizi formali tra procedimento e processo, relazione al convegno "Riforma della legge n. 241/90 e ruolo del giudice amministrativo"*, Salerno 7-8 ottobre 2005, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it;

G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997;

G. GRECO, *Rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in M. P. CHITI, G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997;

R. IANNOTTA, *Talune raccomandazioni del Consiglio d'Europa in materia amministrativa*, in *Studi per il centocinquantesimo anniversario del Consiglio di Stato*, II, Roma, 1981;

- C. LAMNBERTI, *L'Adunanza Plenaria 'boccia' l'interesse strumentale*, in *Urbanistica e Appalti*, 6/2011;
- C. LAMNBERTI, *Per la Corte di giustizia l'incidentale non è più 'escludente'*, in *Urbanistica e Appalti*, 10/2013;
- T. LANCIERINI, *Giurisprudenza sull'art. 21-octies della l. n. 241/1990*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009;
- F. LEDDA, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, I*, Napoli, 2001;
- L. LEVI SANDRI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato, III*, Roma, 1981;
- C. LINDA, *commento art. 118 Codice degli Appalti*, in S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI (a cura di), D. Dongiovanni, D. Sabatino (con il coordinamento di), *Codice dell'appalto pubblico (d.lg. 12 aprile 2006, n. 163 e Regolamento di Attuazione)*, Milano, 2011;
- A. LOLLI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico, Studio sulla qualificazione giuridica*, Milano, 2000;
- F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009;
- F. LUCIANI, *Irregolarità del provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;
- D. MARONGIU, *L'attività amministrativa automatizzata, profili giuridici*, Rimini, 2005;
- D. MARONGIU, *Il governo dell'informatica pubblica, Tra Stato, regioni ed enti locali*, Napoli, 2007;
- M. MENGOZZI, *commento all'art. 99*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo, aggiornato al secondo correttivo processuale (D.Lgs. 14 settembre 2012, n. 160)*, Roma, 2013;
- A. MASSERA, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. CHITI E G. GRECO, Milano, 1997;
- A. MASUCCI, *Atto amministrativo informatico*, in *Enc. Dir., Agg.*, vol. I, Milano,

1997;

A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico, primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, 1993;

A. MASUCCI, *Nuove tecniche e nuove procedure dell'attività amministrativa. La teleamministrazione*, in ASSOCIAZIONE TELEAMMINISTRAZIONE ABAKOS S.A.S. (a cura di), *Per una nuova amministrazione pubblica, Atti del Convegno svoltosi a Cagliari il 17 e 18 dicembre 1993*, Cagliari, 1995;

A. MASUCCI, *Per una nozione di documento amministrativo informatico*, in V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, II*, Napoli, 2001;

A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie, Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, 2011;

B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo generale*, Milano, 2000;

B. G. MATTARELLA, *Informazione amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;

B. G. MATTARELLA, *Provvedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;

L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I*, Bologna, 1993;

L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, II*, Bologna, 1993;

L. MAZZAROLLI, *Ragioni e peculiarità del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I*, Bologna, 1993;

A. MEALE, *L'annullamento condizionato dei provvedimenti amministrativi e l'effetto conformativo della sentenza*, in *Urbanistica e Appalti*, 1/2013;

F. MERUSI, A. FIORITTO, G. CIAGLIA, V. GIOMI, A. BERTANI, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Pisa, 2005

L. MEZZETTI, a cura di, *Principi costituzionali*, Torino, 2011;

C. MIGNONE, *Gli elementi dell'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU,

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*

A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I*, Bologna, 1993;

V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, I*, Napoli, 2001;

V. MOLASCHI, C. VIDETTA, a cura di, *Scritti in onore di Elio Casetta, II*, Napoli, 2001;

L. MONTEFERRANTE, *Riflessioni sull'interesse pubblico*, in *Studi economico – giuridici Volume LIX 2001-2002, In memoria di Franco Ledda, II*, Torino, 2004;

C. MONTELEONE, *Uso della telematica*, in *L'azione amministrativa, Commento alla l. 7 agosto 1990, n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35*, Milano, 2005;

G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, I*, Bologna, 1993;

A. NICOTRA, *Le conseguenze delle Adunanze Plenarie 13/11 e 31/12: un falso caso di overruling*, in *Urbanistica e Appalti*, 4/2013;

V. ONIDA, M. PEDRAZZA GORLERO, *Compendio di diritto costituzionale*, a cura di, Milano, 2014;

G. P. ORSELLO, *Il diritto dell'Unione Europea*, a cura di, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo, Volume trentaduesimo*, Padova, 1999;

N. PAOLANTONIO, voce *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali*, I 2007;

F. PAONE, C. PRIVITERA, *Casistica sullo sviamento di potere*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009;

G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

G. PELLEGRINO, *Ricorso incidentale: i nodi tornano al pettine*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it;

G. PERICU, *Attività amministrativa*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto Amministrativo, II*, Bologna, 1993;

- G. PESCATORE, *Il Consiglio di Stato: da Carlo Alberto ai problemi attuali*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981;
- E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004;
- E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006;
- E. PICOZZA, *Teorie postmoderne del diritto e diritto amministrativo*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, (a cura di) *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010;
- P. PIRAS, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2015;
- A. POLICE, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce della distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Studi economico – giuridici Volume LIX 2001-2002, In memoria di Franco Ledda*, II, Torino, 2004;
- A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F. G. COCCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, Torino, 2011;
- A. POLICE, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in N. PAOLANTONIO, ID., A. ZITO (a cura di), *La pubblica Amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005;
- A. POLICE, *Trasparenza e formazione graduale delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 1996;
- D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo, Procedimento e processo*, Milano, 2015;
- B. PONTI, *Diritti dei cittadini e delle imprese*, in *Codice dell'amministrazione digitale, Commento al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82*, (a cura di) E. CARLONI, Rimini, 2005.
- E. PRESUTTI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo Italiano, Terza edizione aggiornata con la attuale legislazione, Volume primo*, Messina, 1934;
- A. PUBUSA, *L'attività amministrativa in trasformazione, studi sulla l. 7 agosto 1990, n. 241*, Torino, 1993;
- A. PUBUSA, *Note sulle tendenze dell'eccesso di potere alla luce della l. 7 agosto 1990, n. 241*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993;
- A. PUBUSA, *Procedimento amministrativo e interessi sociali*, Torino, 1988;

- F. PUBUSA, *Diritto di accesso ed automazione, Profili giuridici e prospettive*, Torino, 2006;
- F. PUBUSA, *Riflessioni sulla lex e νόμος nel pensiero di Franco Pugliese*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, (a cura di) *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010;
- S. PUDDU, *Contributo ad uno studio sull'anormalità dell'atto amministrativo informatico*, Napoli, 2006;
- S. PUDDU, *Riflessioni sulla motivazione successiva del provvedimento amministrativo*, in *Studi economico – giuridici Volume LIX 2001-2002, In memoria di Franco Ledda*, II, Torino, 2004;
- G. RECCHIA, *Ordinamenti Europei di giustizia amministrativa*, a cura di, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo, Volume venticinquesimo*, Padova, 1996;
- S. RICCIO, *L'informatica nella pubblica amministrazione*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981;
- ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009;
- A. ROMANO TASSONE, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993;
- A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo. Prime osservazioni*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo II, Milano, 1994;
- A. ROMANO TASSONE, *Motivazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;
- R. RUSSO, *L'irretroattività ex lege della Plenaria n. 13/2011*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2014;
- F. SAITTA, *Forma e sostanza nelle procedure di affidamento di contratti pubblici alla luce degli ultimi interventi legislativi: considerazioni sparse sull'art. 39 del decreto legge n. 90 del 2014, convertito con legge n. 114 del 2014*, su www.lexitalia.it;
- A. SANDULLI, (con commento di) *L'eccesso di potere amministrativo, Vastarini-Cresi (Sezione IV, decisione 7 gennaio 1892, n. 3)*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001;

A. SANDULLI, *Procedimento amministrativo*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;

A. SANDULLI, *Proporzionalità*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;

A. SANDULLI, G. PIPERATA, a cura di, *La legge sul procedimento amministrativo, venti anni dopo*, Napoli, 2011;

A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo, Settima edizione*, Napoli, 1962;

A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo, Quindicesima edizione*, Napoli, 1989;

M. A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011;

F. SATTA, *Contraddittorio e partecipazione nel procedimento amministrativo*, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, (a cura di) *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010;

M. SCHINAIA, *Notazioni sulla nuova legge sul procedimento amministrativo con riferimento alla deregulation delle attività soggette a provvedimenti di autorizzatori ed all'inerzia dell'amministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Tomo II, Milano, 1994;

F. SCIARETTA, *L'art. 21-octies, 2° co., primo periodo, l. n. 241/1990: aspetti sostanziali e processuali*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009;

F. G. COCA, *Diritto Amministrativo, Seconda edizione*, Torino, 2011;

F. G. COCA, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi: una lettura critica*, in G. C. DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, *Atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005*, Torino, 2005;

F. G. COCA, *Osservazioni sparse sull'invalidità del provvedimento*, in P. PIRAS (a cura di), *Incontri sull'attività amministrativa e il procedimento, itinerari di un percorso formativo*, Torino, 2006;

F. G. COCA, *Sguardo storico sopra i contenuti ed i limiti della tutela nei confronti dell'amministrazione*, in *Scritti per Mario Nigro, Volume terzo, Giustizia amministrativa e giustizia civile*, Milano, 1991;

M. T. SERRA, *Contributo ad uno studio sulla istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991;

F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, 2010;

G. STERLICCHIO, *La collaborazione del Consiglio di Stato alla funzione legislativa: prospettive di sviluppo*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981;

A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005;

C. TACCOLA, *Semplificare, accelerare, tutelare Un'analisi storica delle tendenze del procedimento e del processo amministrativo*, Milano, 2012;

L. TARANTINO, *L'invalidità del provvedimento amministrativo tra rule of law e principio di legalità*, in *Urbanistica e Appalti*, 12/2013;

S. TATTI, *La "nuova" partecipazione al procedimento*, Napoli, 2009;

D. F. G. TREBASTONI, *La sanatoria dell'invalidità dei provvedimenti nel processo amministrativo*, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it;

C. TUBERTINI, *Atti politici e di alta amministrazione*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006;

A. VALLETTI, *La pubblicità delle sedute di gara si estende all'offerta tecnica*, in *Urbanistica e Appalti*, 11/2011;

P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di merito, cause di nullità ed irregolarità*, Padova, 2003;

P. M. VIPIANA, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997;

P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990;

P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo, IV edizione interamente rifatta*, Milano, 1972;

C. VITTA, *Diritto amministrativo, terza edizione riveduta e aggiornata*, Torino, 1948;

*La patologia del provvedimento amministrativo:
analisi e sviluppo dell'eccesso di potere*

T. ZAGO, *Attività amministrativa e attività politica del potere esecutivo*, Milano, 1963;

G. ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo, Volume Primo, Principi generali*, Sesta edizione, Milano, 1950;

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO, *Codice dell'amministrazione digitale, Commentario, Profili di diritto amministrativo e penale*, Roma, 2008;