

# UNIVERSITA' IUAV VENEZIA

---

Scuola Dottorato Iuav

Dottorato di Ricerca in

Nuove Tecnologie Informazione Territorio & Ambiente

XXIII Ciclo

## **Il principio di proporzionalità nel governo “amministrativo” del territorio**

Coordinatore: Prof. Domenico Patassini

Relatore: Prof. Marco Dugato

Tesi di dottorato della  
Dott.ssa Antonella Sau

# **Il principio di proporzionalità nel “governo amministrativo” del territorio**

## **CAPITOLO I**

### **Il principio di proporzionalità nel diritto amministrativo**

1. Considerazioni introduttive
2. Il problema dell'identificazione di un principio autonomo di proporzionalità dell'azione amministrativa
3. La ragionevolezza dell'azione amministrativa
4. Dalla ragionevolezza alla proporzionalità dell'azione amministrativa
  - 4.1 Il giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa
5. Le componenti strutturali del principio di proporzionalità: idoneità; necessità e adeguatezza.

## **CAPITOLO II**

### **Il principio di proporzionalità nel governo “amministrativo” del territorio**

#### **Sezione Prima**

##### **Il principio di proporzionalità negli strumenti generali di pianificazione urbanistica e territoriale**

1. Il principio di proporzionalità e il “governo del territorio”
2. Il potere discrezionale nella pianificazione urbanistica comunale: natura e limiti
3. Dalla natura agli effetti del potere urbanistico. Alla ricerca di un bilanciamento “proporzionato” nella pianificazione generale
  - 3.1 Segue: I vincoli ambientali: una questione “in parte” diversa?
4. Gli strumenti della proporzionalità
5. La realizzazione di un bilanciamento proporzionato: dalla ricerca del consenso all'adeguatezza della soluzione adottata
6. La discrezionalità amministrativa tra urbanistica pianificata e urbanistica contrattata:
  - 6.1 Il principio di proporzionalità negli accordi “a monte” delle scelte urbanistiche

- 6.2 Il principio di proporzionalità negli accordi valle delle scelte urbanistiche.

## **Sezione Seconda**

### **Il principio di proporzionalità negli atti amministrativi individuali**

1. Il principio di proporzionalità negli atti amministrativi individuali ovvero nell'imposizione di vincoli diretti e indiretti su beni di interesse storico-artistico, vincoli paesaggistici, vincoli idrogeologici e forestali
2. Il principio di proporzionalità negli atti amministrativi individuali non ablatori. Ovvero l'altra faccia del potere amministrativo
3. Qualche riflessione conclusiva sull'operatività del principio di proporzionalità nel governo amministrativo del territorio.

## **CAPITOLO III**

### **Gli strumenti di controllo della proporzionalità**

1. La motivazione del provvedimento amministrativo quale strumento procedimentale di controllo della proporzionalità
2. Il principio di proporzionalità come nuovo parametro del giudizio di legittimità dell'azione amministrativa.

## **Bibliografia**

# CAPITOLO I

## Il principio di proporzionalità nel diritto amministrativo

Sommario: 1. *Considerazioni introduttive* 2. *Il problema dell'identificazione di un principio autonomo di proporzionalità dell'azione amministrativa* 3. *La ragionevolezza dell'azione amministrativa* 4. *Dalla ragionevolezza alla proporzionalità dell'azione amministrativa* 4.1 *Il giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa: l'autonomia "sostanziale" ma non (sempre) "processuale" dei due principi* 5. *Le componenti strutturali del principio di proporzionalità: l'idoneità, la necessità, l'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto.*

### 1. *Considerazioni introduttive*

Il tema della proporzionalità dell'azione amministrativa, per quanto solo in tempi relativamente recenti sia stato fatto oggetto di specifiche attenzioni da parte della dottrina amministrativa italiana<sup>1</sup>, ha origini lontane che affondano le proprie radici nella stessa costruzione teorica dello Stato di diritto liberale<sup>2</sup>.

Ciò, sebbene la prima comparsa della proporzionalità quale criterio generale di applicazione delle pene e delle misura di polizia si registri, nella legge e nella dottrina tedesca<sup>3</sup>, già alla fine del 1700.

Come è stato attentamente osservato<sup>4</sup>, nello Stato di polizia settecentesco il principio di proporzionalità si inseriva all'interno di una teoria dei diritti che, assolutamente autoritaria nella sua impostazione di fondo, non riconosceva

---

<sup>1</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa*, Milano, 1998.

<sup>2</sup> La letteratura scientifica, giuridica e storica, sulla nozione liberale di "Stato di diritto" è ovviamente sterminata al punto che qualsiasi elencazione potrebbe fatalmente apparire incompleta, per cui sia consentito rinviare agli studi di cui si è tenuto in particolare conto nel presente lavoro per una ricostruzione dei due pilastri su cui essa si fonda, ossia il principio di legalità e quello della divisione dei poteri: G. Treves, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1960, 1859 ss.; F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto It.*, 1968, XIII, 472 ss.; N. Bobbio, *Stato*, in *Enciclopedia Einaudi*, 1981, XIII, 453 ss.; C. Smith, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984; G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, 1985, XXXIV, 710 ss.; M. Fioravanti, *Stato (storia)*, in *Enc. Dir.*, 1990, XLIII, 708 ss.; Idem, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 2, 600 ss.; Idem, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, (a cura di) M. Fioravanti, Roma-Bari, 2006, 3 ss.; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992; L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 40 ss.; A. Cerri, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XXIII; G. Margiotta, *Quale stato di diritto?*, in *Teoria e politica*, 2001, 2, 17 ss.; P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002; R. Bin, *Lo stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 2004.

<sup>3</sup> Sui fondamenti storici e teorici del principio di proporzionalità nel diritto pubblico tedesco: D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 11 ss.; G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, (a cura di) S. Mangiameli, Milano, 2006, 225 ss., 227-233.

<sup>4</sup> G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità cit*, 228.

alcuna libertà individuale che non si collocasse all'interno della volontà statale; motivo per cui la proporzionalità finiva col tradursi in un mero divieto per le autorità di pubblica sicurezza di impiegare strumenti limitativi della libertà individuale oltre quanto strettamente necessario per la realizzazione dell'interesse pubblico.

In altri termini, atteggiandosi a mero canone di moderazione del principio monarchico, il controllo di proporzionalità implicava in tale contesto un semplice riscontro di idoneità e di necessità dei mezzi coercitivi utilizzati dalla polizia rispetto al fine pubblico perseguito rappresentato dalla sicurezza e dall'ordine pubblico, senza che ciò comportasse alcun bilanciamento o valutazione comparativa tra diversi interessi e beni coinvolti dall'azione statale.

Si dovrà pertanto aspettare l'affermazione del moderno Stato di diritto per aver un'applicazione del principio di proporzionalità che abbia come presupposto un vero e proprio bilanciamento tra mezzi utilizzati e fini perseguiti, essendo tale bilanciamento intimamente legato alla pretesa di legalità dell'azione amministrativa sulla quale si fonda tale modello teorico.

Anzi, è proprio nel momento in cui il modello dello Stato di diritto ha raggiunto la sua forma espressiva più elevata e compiuta che sono emersi i limiti di un sistema rigidamente costruito sui pilastri della divisione dei poteri e del principio di legalità e che si è resa necessaria da parte dei giuristi dello stato liberale quell'attività di manutenzione e di revisione strutturale dell'intero sistema che, in ultima istanza, ha portato all'elaborazione della teoria del potere discrezionale e alla contestuale piena emersione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa<sup>5</sup>.

Nella concezione classica dello Stato di diritto, come noto, la legge, intesa in senso formale come atto deliberato da un organo (il Parlamento) direttamente rappresentativo della volontà popolare, rappresentava l'ineludibile garanzia dei cittadini contro l'(eventuale) uso arbitrario del potere da parte degli apparati pubblici.

Ne conseguivano la supremazia della legge sull'amministrazione, la subordinazione alla legge (e solo ad essa) dei diritti dei cittadini, con esclusione di poteri autoritativi dell'amministrazione capaci di incidere su di essi ed infine la presenza di giudici indipendenti competenti in via esclusiva ad applicare la legge (e solo essa) alle controversie tra cittadini e tra cittadini e amministrazioni dello Stato<sup>6</sup>.

Il primato della legge sul quale era stato costruito il modello "legale" dello Stato di diritto ha dovuto però, sin da subito, fare i conti con la "forza" degli apparati amministrativi e con l'impossibilità di riuscire a neutralizzare quella

---

<sup>5</sup> In questi termini, R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma, 2005, 37.

<sup>6</sup> Per R. Guastini, *Note sul Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico*, in *Stato di diritto e trasformazione della politica cit.*, 169 ss., 172, sono tre i principali strumenti che possono essere utilizzati per limitare il potere politico: la divisione, la frammentazione ed il decentramento del potere politico; la creazione di contropoteri; l'introduzione di regole e controlli giurisdizionali che assicurino l'osservanza di tali regole e che provvedano alle necessarie contromisure in caso di violazione (che è poi il principio di legalità).

quota di libertà, e dunque di autonomia, che oltre la conformazione formale del potere amministrativo, residuava in capo all'amministrazione.

La formula weberiana dell'amministrazione soggetta alla legge ed al contempo libera sembra riassumere molto bene la tensione<sup>7</sup> latente tra potere legislativo e potere esecutivo, tra discrezionalità del legislatore, titolare della funzione primaria di indirizzo politico e discrezionalità delle amministrazioni pubbliche, (diremmo oggi) titolari di una funzione di indirizzo politico-amministrativo, che si collocava proprio al centro del modello dello stato legale ottocentesco come diretta conseguenza delle relazioni dinamiche tra la legge, quale atto di indirizzo politico per eccellenza, e gli altri poteri riconosciuti dall'ordinamento. A fronte dell'incapacità della sola legge di offrire le necessarie garanzie di tutela dei cittadini, in considerazione dell'ampio margine di discrezionalità che essa lasciava in capo ad apparati amministrativi sempre più occupati dai partiti politici di governo, a cavallo tra XVIII e XIX secolo, nel pensiero politico liberale soprattutto di matrice tedesca, cominciò ad affermarsi il grande tema della giustizia amministrativa che nell'intenzione dei giuristi liberali "avrebbe dovuto rappresentare il vero limite del potere politico per la tutela dei diritti dei cittadini sanciti a livello costituzionale e fondati sulla legge dello Stato"<sup>8</sup>.

Ed è proprio in questo contesto, a metà del secolo XIX, che il principio di proporzionalità (ora sì, legato alle esigenze di legalità dell'azione amministrativa) si è imposto nella giurisprudenza del Tribunale Superiore (*Oberverwaltungsgericht*) come limite all'esercizio del potere discrezionale della amministrazione con riguardo in particolare al potere di polizia e alle forme di esecuzione forzata.

Ma è soprattutto con il passaggio dallo Stato "legale" di diritto allo Stato "costituzionale" che nel nostro come in tutti gli altri ordinamenti europei si è avvertita con maggiore intensità la necessità di individuare forme ulteriori di controllo in grado di imbrigliare e circoscrivere, al di là dell'opaco principio ordinatore del primato della legge<sup>9</sup>, il potere discrezionale delle amministrazioni pubbliche.

---

<sup>7</sup> Tensione certamente avvertita dalla dottrina liberale tedesca alla quale si deve l'elaborazione delle teorie dei "concetti giuridici indeterminati", delle "clausole generali" e della c.d. "norma in bianco" sulle quali si sofferma R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, 39 ss.

<sup>8</sup> G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma, 1999, 42, cui si rinvia per un approfondimento sull'introduzione del sistema di giustizia amministrativa in Germania; sul tema anche L. Mannori, B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa cit.*, 59 ss., in particolare 81 ss.

<sup>9</sup> Non è certo possibile in tale sede ripercorrere l'evoluzione nel nostro ordinamento del principio di legalità, per cui, senza alcuna pretesa di esaustività, si consenta di rinviare ad alcuni dei contributi che si ritengono più significativi: F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, (a cura di) V. E. Orlando, 1901, Milano, Vol. III, 1 ss.; O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 272-274; G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.; R. Alessi, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 49 ss.; V. Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904 ss.; G. Amato, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962; V. Ottaviano, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 913 ss.; P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, (a cura di) P.

In primo luogo per la profonda trasformazione del ruolo della legge che l'avvento delle carte costituzionali ha determinato.

L'introduzione di carte fondamentali, espressione di principi e valori fondamentali condivisi dall'ordinamento<sup>10</sup>, cui la stessa legge come ogni altra fonte di diritto è sottoposta, ha comportato infatti il passaggio da una

---

Calamandrei, III, Napoli, 1968, 52 ss.; V. Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. Cost.*, 1961, 904 ss.; L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965; E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; A. Di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; V. Crisafulli, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130 ss.; Idem, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1976; G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di attività amministrativa*, Milano, 1971; S. Merz, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 ss.; F. Levi, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1974, XXIV, 124 ss.; O. Sepe, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975, 99 ss.; L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XVIII; Idem, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966; Idem, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974; S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII, 658 ss.; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 81-83, 1259-1261; F. Levi, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1974, XXIV, 124 ss.; A. Romano, *Esistenza e legittimità di esercizio del potere*, in *Foro amm.*, 1981, 11, 2162 ss.; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; M. R. Donnarumma, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, 1988; L. Acquarone, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1988; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990; Zagrebelsky, *Il diritto mite cit.*, 20 ss.; S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993; R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, IX, 84 ss.; M. Nigro, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, (a cura di) G. Amato, A. Barbera, Bologna 1994, 721 ss.; G. U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, 247 ss.; A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1, 91 ss.; F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 12, 3303 ss.; A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 111 ss.; Idem, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 2005, 1 ss.; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; A.A.V.V., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna. Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Milano, 2008.

Sulle diverse affermazioni del principio di legalità negli ordinamenti europei: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite cit.*, 29 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 13, in nota; B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna. Villa Monastero, 20-22 settembre 2007 cit.*, 33 ss.

<sup>10</sup> Sull'importanza che hanno assunto i principi generali dell'ordinamento quali parametri di riferimento per la valutazione di legittimità con l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana: R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza cit.*, 223 ss.; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, in particolare 157 ss.; S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità cit.*; S. Piraino, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, 106-107; A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 269 ss.; F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1991, XXIV.

“nozione formale” ad una “nozione sostanziale”<sup>11</sup> del principio di legalità, “dal primato della legge” al “primato della Costituzione”<sup>12</sup> e quindi anche da un “diritto per regole” ad un “diritto per principi”<sup>13</sup>.

Come autorevolmente sottolineato<sup>14</sup> in merito all’evoluzione del principio di legalità nel nostro ordinamento, l’adozione della carta costituzionale ha però rappresentato solo una delle ragioni della sua crisi, che in parte è certamente dipesa dal grado di complessità raggiunto dal nostro sistema delle fonti<sup>15</sup> (si pensi allo spostamento dei rapporti tra Parlamento e Governo a favore di quest’ultimo, alla diluizione della potestà legislativa tra i diversi livelli di governo, all’impatto delle fonti comunitarie) ma dall’altro è intimamente legata alle profonde trasformazioni che hanno caratterizzato la nostra società e di riflesso la stessa organizzazione amministrativa<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Si consenta di ricordare, inoltre, che è proprio sul principio di legalità “sostanziale” che si costruisce il sindacato di legittimità costituzionale che assume a parametro il principio di ragionevolezza, sul punto si rinvia ancora a: R. Guastini, *Legalità (principio di) cit.*, 86.

<sup>12</sup> Purché sia rigida e garantisca un controllo sulla legittimità costituzionale delle leggi. Per un *excursus* sul controllo di costituzionalità delle leggi nei diversi sistemi di giustizia costituzionale, *ex multis*: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite cit.*, 78 ss.; A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alle prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 3, 521 ss.; J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000; M. Olivetti, T. Groppi, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003; L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007; L. Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009.

<sup>13</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite cit.*, 147 ss.

<sup>14</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa cit.*, 17 ss.

<sup>15</sup> In questo senso, tra le opere già citate si segnalano in particolare: S. Foix, *Legalità (principio di) cit.*, 696 ss.; F. Levi, *Legittimità (dir. amm.) cit.*, 133 ss.; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico cit.*, 8-10, 237; F. G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971, 78 ss.; ma anche F. Modugno, *Legge*, in *Legge. Ordinamento giuridico, pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, (a cura di) F. Modugno, Milano, 1975, 5 ss.; Idem, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2002; F. Modugno, D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989, 3, 411 ss.; M. Mazzamuto, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. soc.*, 1993, 3, 473 ss.; F. Ledda, *La legalità nell’amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di “crisi”*, in *Democrazia e amministrazione*, (a cura di) F. Marongiu, G. C. De Martin, Milano, 1992, 154 ss.; F. Sorrentino, *Legalità e delegificazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 3, 359 ss.; Idem, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004, 3 ss.; F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg., 2002, VI, 75-112; S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, (a cura di) S. Cassese, I, Milano, 2003, 220 ss.; L. Colacino Cinnante, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell’ordinamento*, Napoli, 2007, 109 ss.; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 19 ss.; P. Tanda, *Principio di legalità ed efficienza amministrativa*, in *giust.amm.it*, 2010, n. 4.

<sup>16</sup> A proposito G. Zagrebelsky, *Il diritto mite cit.*, 44-45, individua un importante fattore della crisi del principio di legalità nel superamento della funzione prevalentemente di “ordine” degli apparati dello Stato (che si traduceva nell’adozione di atti individuali e concreti, come autorizzazioni, divieti, abilitazioni, decisioni ecc.) a favore dell’assunzione di compiti di gestione di grandi interessi pubblici. Per l’Autore infatti, “l’esercizio di funzioni relative a questi compiti determina la necessità di grandi apparati organizzativi i quali operano necessariamente secondo la loro logica intrinseca, determinata da regole aziendalistiche di efficienza, esigenze obiettive di funzionamento...di fronte alla concreta legislatività dell’organizzazione, il principio di legalità, cioè la predeterminazione della legislativa dell’azione, è destinata fatalmente a retrocedere...In presenza di obiettivi sostanziali di ampia portata, necessariamente indicati attraverso formulazioni di massima, la cui realizzazione comporta una quantità e una varietà di valutazioni operative non dominabili in via preventiva, la legge si limita ad individuare l’autorità pubblica e ad autorizzarla

Il riferimento è, a partire dall'avvento dello Stato pluriclasse<sup>17</sup>, alla moltiplicazione dei gruppi di interesse, alla frammentazione dei centri decisionali, alla perdita di un centro unitario e quindi alla difficoltà di selezionare e ordinare gerarchicamente gli interessi ai quali accordare riconoscimento, cui consegue il carattere indefinito dell'interesse pubblico generale<sup>18</sup> e della stessa norma chiamata a disciplinare l'esercizio del potere amministrativo.

L'accresciuta indeterminatezza della norma, e quindi la sua incapacità di orientare, guidare e limitare l'azione degli apparati amministrativi, ha in parte<sup>19</sup> senz'altro contribuito a spostare l'attenzione dalla legalità alla legittimità<sup>20</sup>, dalla legge ai principi generali e tra questi ai criteri di verifica del corretto uso del potere discrezionale dell'amministrazione elaborati dalla giurisprudenza amministrativa come il principio di ragionevolezza e di proporzionalità<sup>21</sup>.

---

ad agire in vista di un fine di interesse pubblico. Per tutto il resto, l'amministrazione opera facendo uso di una sua specifica autonomia strumentale, i cui confini, sul lato del rispetto delle posizioni soggettive dei soggetti terzi, risultano fondamentalmente incerti”.

<sup>17</sup> Inevitabile il rinvio a M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, dove l'Autore si è occupato delle complesse vicende amministrative legate al passaggio dallo Stato ottocentesco monoclasse retto e dominato dalla borghesia, allo Stato novecentesco pluriclasse in cui ogni classe e ogni gruppo sociale, essendo al potere, si sente per ciò stesso legittimato ad avanzare richieste al legislatore. Sul passaggio, con l'avvento dello Stato amministrativo pluriclasse, dallo “Stato legale di diritto” allo “Stato sociale di diritto” si sofferma invece R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, 50 ss. evidenziando come sia stata proprio la costituzionalizzazione di “valori” nuovi rispetto a quelli riconosciuti dallo Stato ottocentesco monoclasse, come diretta conseguenza della maggiore mobilità delle classi sociali e della crescita dell'intera società civile, ad alterare i meccanismi di funzionamento dei pubblici poteri, determinando sul piano organizzativo il passaggio da un numero chiuso di “apparati amministrativi minimi” ad una serie “aperta e crescente di amministrazioni nazionali e locali” e sul piano funzionale un aumento dei compiti e delle funzioni riconosciute agli apparati amministrativi cui si ricollega secondo l'A. la “espansione (per qualità e quantità) della quota riservata di potere discrezionale che è loro propria” (51).

<sup>18</sup> Ma anche, all'estremo opposto, il fenomeno delle c.d. leggi-provvedimento: C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968; L. Paladin, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, I, 892 ss.

<sup>19</sup> Senza peraltro dimenticare come il principio di legalità, tradizionalmente inteso, abbia dovuto fare i conti da un lato con l'aumento dell'attività di prestazione di servizi cui ha inevitabilmente corrisposto un arretramento nell'esercizio di poteri autoritativi e dall'altro con il ricorso crescente da parte dell'amministrazione al diritto privato, in relazione al quale il principio di legalità assume una diversa connotazione.

Sul principio di legalità in relazione all'attività amministrativa negoziale si rinvia a M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 79 ss., secondo cui “la legalità-indirizzo...si esprime attraverso la compatibilità tra l'oggetto del contratto e gli scopi che la legge impone all'ente di perseguire. La funzione di garanzia è invece assicurata dalla verifica della corrispondenza tra la causa del negozio atipico e gli scopi stessi” (104-105); sul tema anche F. Trimarchi Banfi, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato da parte dell'amministrazione pubblica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007, cit.*, 341 ss.

<sup>20</sup> In proposito è ancora fondamentale quanto osservava G. Pastori, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, (a cura di) G. Pastori, Venezia, 1964, 32 ss.

<sup>21</sup> Come è stato sottolineato da C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione cit.*, 8-10 “...il principio di legalità, inteso come strumento di garanzia per i singoli da realizzare mediante disciplina dell'attività dell'amministrazione non appare più

In tale contesto, i suddetti principi di ragionevolezza e proporzionalità si pongono come criteri cardine di un diritto amministrativo c.d. “di garanzia”<sup>22</sup> che ispirato al principio del giusto procedimento<sup>23</sup>, in barba alla corsa alla semplificazione che ha caratterizzato la più recente stagione del diritto amministrativo italiano, coniuga l’obiettivo della migliore soddisfazione possibile dell’interesse pubblico concreto con la tutela ed il necessario rispetto della persona umana coinvolta *dal e nell’esercizio* del potere amministrativo. Il diritto amministrativo “di garanzia”, tra l’altro, solo apparentemente collide<sup>24</sup> con un modello di amministrazione pubblica “*performance oriented*”<sup>25</sup>, che (non

---

idoneo allo scopo (o meglio: non appare idoneo allo scopo come in precedenza). La legge...viene a costituire il vero pericolo per le situazioni private e da strumento di garanzia si trasforma, in parte, nello strumento contro cui garantirsi. Il principio di legalità inteso come garanzia e perché inteso in tal modo, ha così dovuto abbandonare il riferimento alla legge (e dunque, al Parlamento), che appare, da un lato, impotente a tutto regolare e, dall’altro, scarsamente affidabile, e prendere una strada che porta ad un riferimento istituzionale diverso: il giudice”; dello stesso tenore A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa cit.*, quando afferma che “...poiché tali principi [proporzionalità e ragionevolezza] si riempiono di contenuto in coincidenza dell’interazione con il caso concreto, si è assistito ad una alterazione degli equilibri tra poteri, in cui la crisi del legislativo ha condotto ad un ampliamento dei poteri del giudice. Dunque, la necessaria indeterminatezza della norma di legge ha finito per far ricadere sul giudice, chiamato ad operare il sindacato giurisdizionale, il duplice compito di riempire di contenuto la stessa, mediante il riscontro della conformità a principi costituzionali, e di elaborare criteri di azione atti a controllare il corretto uso della potestà discrezionale da parte della pubblica amministrazione. Il giudice, quindi, è chiamato a svolgere un controllo che non può definirsi soltanto di legalità, ma anche di giuridicità, dal momento che si estende alla verifica del rispetto dei principi generali del diritto” (18-19); sul “ruolo dei principi come *guida* [corsivo nel testo] dell’amministrazione” a testimonianza di una “propensione ad accogliere una concezione *flessibile* [corsivo nel testo] della legalità sostanziale” F. Cintioli, “Nuovo” *procedimento amministrativo e principi costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 3, 648 ss.

<sup>22</sup> R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, 194, che sottolinea come i principi di ragionevolezza e proporzionalità si atteggiano a “valori coessenziali all’ordinamento politico-amministrativo dello Stato di diritto e dello Stato sociale di diritto come principi di elevata garanzia...[anche] con sacrificio della ragioni della legalità” (265).

<sup>23</sup> G. Roehrsen, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1987, 1, 47 ss.

In giurisprudenza, sul rapporto tra principio del giusto procedimento e principio di legalità: Corte Cost., 2 marzo 1962, n. 13; Corte Cost., 14 ottobre 1988, n. 971; Corte Cost., 15 luglio 1991, n. 346; Corte Cost., 2 novembre 1996, n. 369; Corte Cost., 30 aprile 1999, n. 148; Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 225; Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 226, pubblicate in *cortecostituzionale.it*. Per un’analisi dell’evoluzione nella giurisprudenza costituzionale del principio del giusto procedimento: P. Lazzara, *L’azione amministrativa e il procedimento in cinquant’anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, (a cura di) G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 387 ss., in particolare 396 ss.; N. Longobardi, *Il principio del giusto procedimento come limite al legislatore*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*; L. Buffoni, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l’archetipo del “processo”*, in *quadernicostituzionali.it*.

<sup>24</sup> R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal “terzo”*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 1035, che osserva come “è il gioco intrecciato del principio di proporzionalità in senso stretto e di quello di ragionevolezza a garantire in modo non effimero, nel contesto del procedimento amministrativo, il rispetto delle regole formali/sostanziali del moderno diritto amministrativo di garanzia nel quale trovano definitivo insediamento principi di mitezza e anche di risultato, nel senso concreto della soddisfazione non superficiale degli interessi di vita coinvolti dalla procedura amministrativa”; Idem, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, 195.

più mera esecutrice delle leggi) si pone invece l'obiettivo di cogliere, valutare e soddisfare le domande ed i bisogni che emergono nella collettività di riferimento alla luce dei principi di efficacia, efficienza ed economicità che regolano l'azione amministrativa.

Tale supposta tensione tra garanzia ed efficienza<sup>26</sup>, infatti, proprio nell'ambito di un processo decisionale razionale e coerente, ispirato a criteri di logicità, ragionevolezza e proporzionalità è destinata a sciogliersi e ad essere superata<sup>27</sup>.

In conclusione, sebbene nel presente lavoro ci si occuperà dell'operatività del principio di proporzionalità nel diritto amministrativo, e più in particolare nel "governo del territorio", si consenta di evidenziare come in realtà tale principio (oltre che rilevare sul piano organizzativo<sup>28</sup>) trovi applicazione in

---

<sup>25</sup> M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 555 ss., 561: "...un'amministrazione il cui compito non è (solo) di applicare la legge, ma nel rispetto di quest'ultima e del principio di imparzialità, anche quello di essere responsabile dei risultati, e per ciò stesso in grado di operare e di sapersi adattare, sia in termini di organizzazione che di modalità operative, al contesto in cui opera e alla comunità interessata in modo da realizzare al meglio gli obiettivi che le sono assegnati secondo il canone del buon andamento, cioè con il miglior uso possibile dei mezzi disponibili (efficienza) e con il grado maggiore di soddisfazione della domanda della società (efficacia); L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. Amm.*, 1996, 4, 579 ss.; Idem, *La considerazione dei risultati nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 2, 299 ss.; Idem, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 57 ss.; Idem, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, 741 ss., che parla di amministrazione di risultato nel senso di un'amministrazione obbligata ad assicurare beni e/o servizi alle comunità ed alle persone e a farlo presto, bene ed economicamente, oltre che in modo trasparente; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta cit.*, II, 813 ss.: "...l'azione legale non è di per sé efficiente; non basta per agire efficientemente (o efficacemente, qui non interessa distinguere), agire secondo il modello legale, ma bisogna tener conto anche di parametri di risultato"; R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "liberta" dall'amministrazione alla "liberta" dell'amministrazione*, in *Dir. soc.*, 2000, 1, 101 ss.; L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002, 18 ss.; G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 130 ss.; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

<sup>26</sup> Sul punto è ancora attualissimo il rinvio alle belle pagine di S. Cognetti, *Normative sul procedimento. Regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 1, 94 ss. ed in particolare 118 ss.; G. Falcon, *Semplificazioni, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi*, in *Il procedimento amministrativo in Europa. Atti del Convegno di Milano*, Milano, 2002, 59 ss., per il quale "ogni giudizio sui processi e sugli strumenti di semplificazione non può che risolversi in un giudizio sulla proporzione tra il risultato vantaggioso conseguito ed il sacrificio connesso alla misura" (60-61); recentemente M. R. Spasiano, *La semplificazione amministrativa e la garanzia dell'effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. - Tar*, 2010, 9, 1041 ss., ben sottolinea come "la semplificazione non è un fine, bensì un mezzo, uno strumento attraverso il quale garantire una più agevole tutela delle pretese del cittadino alla loro soddisfazione giuridica (che non necessariamente implica quella materiale)" (3048).

<sup>27</sup> S. Cognetti, *Normative sul procedimento. Regole di garanzia ed efficienza cit.*, scrive che "la razionalità è un concetto, e al tempo stesso, un requisito dell'azione amministrativa nel quale e con il quale entrambe le esigenze [garanzia ed efficienza] non possono non coesistere, convergere e contemperarsi l'una con l'altra e l'una nell'altra (120).

<sup>28</sup> Sul tema S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per autonomie e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2000, in particolare 204 ss., il quale ricollegando la proporzionalità al principio costituzionale del buon andamento (pacificamente applicabile, a sua volta, tanto all'organizzazione che all'attività amministrativa)

relazione ad ogni attività che comporti l'esercizio di un potere<sup>29</sup>, pubblico certamente, ma anche privato, in quanto “strumento di armonizzazione tra forze confliggenti e [per definizione] di moderazione del potere, volto al perseguimento della giustizia dell'azione”<sup>30</sup>.

Circa il ruolo della proporzionalità in presenza di un “potere pubblico” basti pensare alla rilevanza che assume nel diritto internazionale, sia come limite all'esercizio della forza militare<sup>31</sup> che come criterio di interpretazione delle regole internazionali<sup>32</sup> e soprattutto nel diritto penale come requisito strutturale

---

evidenzia come in relazione all'organizzazione amministrativa la proporzionalità si traduca nella necessità “che i mezzi impiegati siano *proporzionali* [corsivo nel testo] rispetto al fine da perseguire, in modo che i costi dell'attività pubblica non ricadano più del dovuto sui cittadini e sulle generazioni future [corsivo nel testo] e, in sostanza, le libertà dei cittadini non vengano più del giusto compromesse. La proporzionalità, in questo senso diviene criterio di ponderazione dei principi di libertà e di solidarietà, i quali, nelle previsioni dell'art. 2 Cost., non configgono, anzi sono fortemente compenetrati. Il principio del buon andamento richiede peraltro che le strutture amministrative abbiano una dimensione adeguata rispetto ai compiti da svolgere. In particolare in materia di servizi [il riferimento dell'A. è alla riforma in materia sanitaria e scolastica] il legislatore si è preoccupato della giusta dimensione della struttura di prestazione, considerato che strutture di dimensioni ottimali risultano maggiormente efficienti” (208-209); A. Barone, *La governance del territorio*, in *L'uso del territorio*, (a cura di) I. M. Marino, S. Licciardello, A. Barone, Milano, 2004, 31 ss.; G. Corso, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma : atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione Varenna, Villa Monastero, 16-18 settembre 1993*, Milano, 1995, 25 ss., 44, per il quale il principio costituzionale di buon andamento “implica anche adeguatezza delle scelte organizzative alla diversità e peculiarità delle situazioni: la scelta di mezzi di volta in volta proporzionati ai fini perseguiti e ai risultati attesi”; F. Longo, *Collaborazione tra enti locali nella logica dell'economicità dell'azione amministrativa*, Milano, 2000, 79-83.

<sup>29</sup>A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, che definisce la proporzionalità “principio di moderazione del potere in generale e non soltanto del potere amministrativo” (394); C. Malinconico, *Il principio di proporzionalità in Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, 49 ss., per il quale “una delle vene più significative del principio continua ad essere il rapporto tra autorità e libertà, tra potere e obbligo, tra diritto potestativo e soggezione” (70).

<sup>30</sup>L'espressione è di A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 2, 393-395, che con grande suggestione parla della proporzionalità come di un principio che “nato dalla esigua sorgente della diritto di polizia...[è] giunto, attraverso la foce dell'attività amministrativa autoritativa, nelle distese oceaniche del diritto oggettivamente amministrativo *tout court*” (395).

<sup>31</sup>E Cannizzaro, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; G. Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988, 125; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, 359; E. Ruozi, *I principi di necessità e di proporzionalità all'interno dell'articolo XX Gatt*, in *Dir. ec.*, 2007, 1, 139 ss.

<sup>32</sup>E. Cannizzaro, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto internazionale*, in *Ragionevolezza e interpretazione*, Milano, 2002, 247 ss., dove l'A., analizzando la proporzionalità nella sua veste di criterio di integrazione di regole internazionali che attribuiscono ad uno Stato il potere di adottare regole *erga omnes* destinate a disciplinare attività in ambiti spaziali determinati (ad esempio il mare territoriale), evidenzia come proprio attraverso la proporzionalità l'ordinamento internazionale si assicura che lo Stato prenda in considerazione non solo il proprio interesse ma anche quelli con esso confliggenti, nell'ottica di un assetto equilibrato dei medesimi. Infatti, “il principio di proporzionalità si articola su due livelli: il primo concerne la ragionevolezza del livello di protezione in relazione alla tutela degli interessi per i quali il potere è conferito; il secondo concerne piuttosto la proporzionalità in senso proprio, la necessità cioè dei mezzi protettivi impiegati e la tollerabilità delle conseguenze pregiudizievoli che essi comportano per altri interessi dotati di tutela” (362).

della legittima difesa (art. 52 c.p.) e dello stato di necessità (art. 54 c.p.) e come criterio nella commisurazione in concreto della pena (art. 133 c.p.).

Anche nel diritto privato ogni qual volta si pone il problema di un bilanciamento tra diversi interessi la proporzionalità assurge a strumento di misura e di controllo dell'equilibrio contrattuale<sup>33</sup>, si pensi in particolare ai contratti tra consumatore e professionista<sup>34</sup> dove la violazione del principio di proporzionalità determina l'inefficacia relativa rilevabile d'ufficio della clausola vessatoria o ai contratti di multiproprietà di cui al d. lgs. 9 novembre 1998, n. 427 relativamente ai quali l'alterazione dell'equilibrio contrattuale determina addirittura la nullità delle clausole contrattuali; senza dimenticare, nell'ambito dei rapporti di lavoro, il ruolo che il criterio di proporzionalità svolge nella

---

<sup>33</sup> P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 1, 334 ss., rileva la vigenza del principio di proporzionalità nella valutazione della gravità dell'inadempimento, nella scelta tra risoluzione per eccessiva onerosità e riduzione, in materia di garanzie reali e personali; G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, 35 ss.; Idem, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2002, 1 ss.; L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002; F. Criscuolo, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncrisitano*, Napoli, I, 2002, 218 ss.; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, 178 ss.; F. Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 1, 303 ss.; Idem, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2002; D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001; B. Marucci, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 1, 213 ss.

Sulla rilevanza del principio di proporzionalità nell'esecuzione dei contratti F. Criscuolo, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, 134 ss.; Idem, *Il civilista e i criteri di valutazione dell'attività amministrativa*, in *Il diritto civile oggi: compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del I. Convegno nazionale, Grand Hotel Quisisana, Capri 7-8-9 aprile 2005*, Napoli, 2006, 948 ss.; M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4, 1052 ss.; in un'altra prospettiva la proporzionalità è stata ricondotta ad un sistema di controllo esterno al contratto, volto ad accertare l'idoneità e la rispondenza alla causa e ai tipi legali P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 423 ss. ; sull'incidenza del principio di proporzionalità in materia di appalti privati S. Polidori, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 2, 686 ss.

<sup>34</sup> A. Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, in *Contr. e impr.*, 2007, 3, 1431 ss.; ma anche M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003, in particolare 47 ss, che data per acquisita l'esistenza di una disuguaglianza tra consumatore e professionista, evidenzia come gli artt. 1469-bis ss. c.c. si pongano come obiettivo di evitare che questa "sproporzione muti in una relazione di soggezione-subordinazione" in virtù del fatto che la parte contrattualmente più forte è "costituzionalmente vincolata al rispetto di più penetranti regole di buona fede e correttezza. Per l'A. è quindi "immediato il collegamento... con le disposizioni costituzionali e soprattutto con l'art. 3 Cost. Gli artt. 1469-bis ss. c.c., infatti, consentono al giudice di *misurare* [corsivo nel testo], in relazione alle circostanze concrete e alla luce dell'art. 2 Cost., e del dovere di correttezza, se vi sia stato abuso del diritto concretizzatosi nella imposizione di un *comando* [corsivo nel testo] privato a detrimento delle parti. Il che è un portato diretto dell'imperativo di coesistenza delle libertà di ciascuno all'interno dell'ordinamento alla stregua del principio di eguaglianza" (73).

A contrario, legge le disposizioni di cui agli artt. 1469 ss. c.c. in termini di ragionevolezza: A. Ricci, *Ragionevolezza e diritto privato*, Bologna, 2007.

misurazione del potere disciplinare esercitato dal datore di lavoro (artt. 2086 e 2106 c.c.)<sup>35</sup>.

## 2. Il problema dell'identificazione di un principio autonomo di proporzionalità dell'azione amministrativa.

Quanto detto consente di passare all'analisi del principio di proporzionalità, partendo dal tema (tutt'altro che scontato come vedremo) della sua qualificazione giuridica per arrivare all'identificazione delle sue componenti strutturali e all'analisi delle sue concrete modalità di esercizio nel momento in cui, mutuando una celebre definizione di Benvenuti, il potere amministrativo si fa atto<sup>36</sup>.

La ricostruzione è resa gravosa, sul piano metodologico, da almeno due fattori. Il primo, riconducibile alla circostanza che nel diritto amministrativo italiano è mancata per lungo tempo una ricostruzione del principio di proporzionalità che fosse del tutto autonoma rispetto a quella del principio di ragionevolezza, al quale ancora oggi autorevole dottrina, come si avrà modo di evidenziare nel proseguo della trattazione<sup>37</sup>, continua a ricondurre in una sorta di rapporto sinonimico o di *species a genus* il principio di proporzionalità.

Diversamente, invece, nei principali ordinamenti europei<sup>38</sup> dove si registra una netta distinzione tra i due principi.

In Germania<sup>39</sup>, dove accanto ad un divieto implicito di esercizio irragionevole dei pubblici poteri la giurisprudenza individua in maniera del tutto autonoma il principio di proporzionalità ravvisandone il fondamento giuridico nella ragionevolezza del rapporto tra mezzi impiegati e fini perseguiti o tra causa ed effetti prodotti dalla misura adottata.

---

<sup>35</sup> Tra le innumerevoli pronunce del giudice del lavoro in ordine al rispetto del principio di proporzionalità nel procedimento disciplinare e soprattutto in materia di licenziamento individuale per giusta causa: Corte Cass., 22 giugno 2009, n. 14586, in *Foro it.*, 2010, 927; Corte Cass., 8 gennaio 2008, n. 144, in *Lav. nella giur.*, 2008, 524; Corte Cass., 27 settembre 2007, n. 20221, *ibidem*, 391; Corte Cass., 2 novembre 2005, n. 21213, *ibidem*, 2006, 545; Corte Cass., 13 novembre 2000, n. 14671, in *Lav. e prev. oggi*, 2001, 145; Corte Cass., 18 febbraio 2000, n. 1892, in *Mass. giud. lav.*, 2000, 389; Corte Cass., 2 febbraio 2000, n. 1144, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 101.

<sup>36</sup> F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss., 122.

<sup>37</sup> Cfr. nota 108.

<sup>38</sup> Per un compiuta analisi, in termini comparativi, dell'evoluzione del principio di proporzionalità nei paesi comunitari si rinvia a H. Kay, *Il principio di proporzionalità*, in *Impresa, ambiente e pubblica amministrazione*, 1979, 6, 135 ss.; M. C. Ciciriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, 43 ss. e all'ampia bibliografia in essa contenuta; G. F. Ferrari, *Il principio di proporzionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, (a cura di) V. Parisio, Milano, 1998, 125 ss., in particolare 135 ss.; A. Sandulli, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 2, 329 ss.

<sup>39</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 58 ss.; D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 11 ss.; D. U. Galetta e D. Kroger, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di "necessarietà" ai sensi del principio di proporzionalità tedesco*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 5, 907 ss.

In Francia<sup>40</sup>. dove i giudici differenziano il sindacato sull'*erreur manifeste d'appréciation* dal *plein controle de proportionnalité*.

In Inghilterra<sup>41</sup> (come anche negli Stati Uniti<sup>42</sup>), dove la giurisprudenza distingue nettamente tra *reasonableness* e *proportionality*.

In Spagna<sup>43</sup>, dove accanto al principio di *racionabilidad* si è venuto affermando il principio di *proporcionalidad*.

Il secondo fattore è relativo ad una ricostruzione del principio di proporzionalità legata e spesso eccessivamente condizionata da un approccio di tipo comparatistico.

Una ricostruzione giuridica in chiave meramente comparatistica rischia infatti di mettere in secondo piano l'analisi di quelle forme embrionali di proporzionalità amministrativa rintracciabili tanto nella dottrina che nella giurisprudenza italiana meno recente.

Con ciò, non si vuole certo disconoscere l'importanza che ha avuto per l'evoluzione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa il diritto comunitario<sup>44</sup> ed in particolare la copiosa giurisprudenza in materia

---

<sup>40</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 68 ss.

<sup>41</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 84 ss.; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008, 139 ss.; P. Chirulli, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi al justiciability*, Torino, 1996, 58-61.

<sup>42</sup> C. Carli, *Il Caso Chevron. Interpretazione del giudice e interpretazione dell'amministrazione negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 4, 959 ss. che analizza i celebri *Chevron case* e *State Farm case*.

<sup>43</sup> S. Cogliani (a cura di), *Il principio di proporzionalità in Italia ed in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo*, Padova, 31 ss.

<sup>44</sup> Ai sensi dell'art. 5, III Paragrafo del Trattato Ue "...L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente trattato" e dell'art. I-11, IV Paragrafo del testo di quella che sarebbe dovuta diventare la Costituzione Europea "In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione non vanno al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Costituzione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità" (il riferimento è al "Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità" adottato ad Amsterdam nel 1997 ed allegato al Trattato Ue di cui costituisce parte integrante ai sensi del nuovo articolo 239, assumendo pertanto forza vincolante e rango costituzionale alla stregua di ogni altra disposizione del Trattato).

Per una ricostruzione del principio di proporzionalità nel diritto comunitario, sia come limite alle misure normative e amministrative adottate dagli organi comunitari che come limite all'attività normativa e amministrativa degli Stati membri, si rinvia a: D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 73 ss.; Idem, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 2005, 4-5, 541 ss., in particolare 552-555; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 108-136 ed anche 324-359; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, 19 ss.; A. Massera, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, (a cura di) M. P. Chiti e G. Greco, 2007, Milano, II Ed., 332 ss.; E. Castorina, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una "democrazia europea"*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2003, 3, 329 ss.; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004, 33 ss.; G. della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, Milano, 2006, 37 ss.; G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità cit.*, in particolare 233 ss.; J. Schwarze, *The principle of proportionality and the principle of impartiality*

della Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>45</sup>, le cui pronunce hanno contribuito significativamente al consolidamento della c.d. teoria trifasica di

---

*in european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 53 ss.; C. Franchini, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2002, 4, 672 ss.; C. Pinelli, *Gerarchia della fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1999, 4, 725 ss.; S. Battini, *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini: omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008, 1 ss., traendo spunto da alcune sentenze comunitarie, evidenzia come i principi di ragionevolezza, proporzionalità, imparzialità e giusto procedimento, non solo costituiscono i "pilastri fondamentali dello Stato di diritto degli ordinamenti domestici", ma sono anche usati "dai poteri pubblici ultrastatali per sviluppare una *rule of law* globale" (12); A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009, 191-215.

<sup>45</sup> Per un'accurata rassegna giurisprudenziale in materia: D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1993, 4, 837 ss.; Idem, *Norme italiane sulla ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano, principio di proporzionalità e ripartizione di competenze tra organi (brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia 18 gennaio 2001, in causa C-361/98)*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2001, 1, 152 ss.; Idem, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 93-143, dove l'A. pur ritenendo molto difficile individuare una "regola stabile" relativamente all'incisività del sindacato dei giudici comunitari sul rispetto del principio di proporzionalità (che non sembra dipendere, ad esempio, dalla circostanza che oggetto del relativo esame siano atti normativi oppure amministrativi) riscontra comunque una maggiore severità della Corte di Giustizia qualora si tratti di sindacare la proporzionalità di atti provenienti da organi degli Stati membri piuttosto che quando il sindacato riguarda atti adottati dalle istituzioni comunitarie; M. C. Ciciriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario cit.*, in particolare 157 ss.; G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze cit.*, 269 ss.; M. Lugato, *Principio di proporzionalità e invalidità di atti delle Comunità Europee*, in *Dir. com. sc. intern.*, 1990, 1, 67 ss.; Idem, *Ancora sul principio di proporzionalità come parametro di invalidità di atti comunitari*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2765 ss.; A. Police, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 3, 643 ss.; in particolare con riguardo alla libera circolazione delle merci F. Spagnuolo, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di Giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2003, 6, 1544 ss.; J. Schwarze, *European Administrative Law*, London, 2006, in particolare 719 ss.; A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale cit.*; G. Greco, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2009, 5, 819 ss., in particolare 831 ss.

Senza dimenticare poi l'importante ruolo svolto dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che, a garanzia del rispetto dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che sancisce come fondamentale il "diritto al rispetto dei propri beni", pur riconoscendo un "margine di apprezzamento" da parte dei singoli Stati aderenti alla Convenzione nel delineare le proprie strategie di pianificazione urbanistica ha individuato proprio nel principio di proporzionalità il parametro alla luce del quale verificare il superamento o meno di tale margine (il riferimento è alle sentenze della Corte Europea nei casi *Elia v.s. Italia*, sentenza del 2 agosto 200, Causa 37710/97; *Sporrang e Lonroth v.s. Svezia*, sentenza del 23 settembre 1982, in *echr.coe.int*). Sul tema: D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale. Riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 3-4, 743 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 96-108; F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 379 ss. in particolare 393-397.

Sugli effetti "indiretti" nel nostro ordinamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo: F. Marotta, *Gli effetti delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 1, 58 ss.; C. E. Gallo, *La Convenzione Europea per i diritti*

origine tedesca e al suo accoglimento da parte della nostra giurisprudenza, ma semplicemente dimostrare come nel nostro ordinamento sia possibile configurare il principio di proporzionalità in via del tutto autonoma (rispetto al principio di ragionevolezza) e ciò ancor prima dell'ingresso dei c.d. "principi generali dell'ordinamento comunitario" nell'alveo dei principi generali dell'azione amministrativa con la novella dell'articolo 1, 1° comma della legge n. 241/1990 operata dalla legge n. 15/2005<sup>46</sup>.

Se prima della suddetta modifica, in relazione alla concreta operatività del principio di proporzionalità, era (almeno in linea teorica) possibile distinguere tra materie a competenza concorrente comunitaria-nazionale, relativamente alle quali non vi era alcun dubbio circa l'operatività del principio di proporzionalità in quanto principio generale del diritto comunitario ai sensi dell'articolo 5, III Paragrafo del Trattato Ue, e materie a competenza esclusiva

---

*dell'Uomo nella giurisprudenza dei giudici italiani*, in *Dir. amm.*, 1996, 3, 509 ss.; G. Greco, *La Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo e il diritto amministrativo italiano*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 253 ss.; A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato*, in *giustamm.it*, 2010, n. 5, per il quale il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della CEDU che resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale.

*A contrario*, si segnala la recente pronuncia del Tar Lazio, Roma, 18 maggio 2010, n. 11984, in *giustamm.it*, per il quale "La nuova formulazione dell'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea prevede che "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e che, secondo il comma 3, "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Ne consegue che le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario, ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno".

<sup>46</sup> Per un commento della norma: L. Ferrara, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, (a cura di) G. C. di San Luca, Torino, 2005, 40 ss.; A. Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, 707 ss.; E. Picozza, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. St.*, 2005, 7-8, 1419 ss.; F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marco (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, I, 23 ss.; A. Police, *Principi generali dell'azione amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 49 ss.; V. Cerulli Irelli, *Introduzione*, *ibidem*, 1 ss.; S. Sticchi Damiani, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo alla studio della nozione*, Torino, 2006, 44; M. Bassani, V. Italia, *Art. 1. Commento al comma 1*, 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, 51 ss.

nazionale e chiedersi se il principio in questione operasse anche in relazione all'attività amministrativa posta in essere dalla c.d. amministrazione comunitaria indiretta nell'ambito di materie di competenza esclusiva degli Stati membri<sup>47</sup>, tale distinzione, alla luce della nuova formulazione del 1° comma

---

<sup>47</sup> Sebbene tale quesito fosse risolto positivamente dalla maggiore dottrina già prima della novella del 2005, sul punto: A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, per il quale sussistono "tre ragioni che inducono a ritenere che il principio di proporzionalità goda di un ambito di applicazione non limitato all'amministrazione comunitaria indiretta ma estesa anche alle materie di competenza esclusiva statale. La prima, di carattere empirico-ricognitivo, è fornita dal rinvenimento di disposizioni normative e di decisioni giurisprudenziali, che contemplano, implicitamente o espressamente, anche in ordine a materie a competenza esclusiva nazionale, il principio di proporzionalità. La seconda, di ordine deduttivo, consiste nel rilevare la notevole disparità che si verificherebbe, tra l'amministrazione comunitaria indiretta e le materie di competenza esclusiva nazionale, qualora si ritenesse che il principio di proporzionalità potesse applicarsi soltanto nei confronti della prima. La terza, di tipo sistematico-ricostruttivo, è data dal rilievo che la concezione del principio di proporzionalità, teso alla ricerca della giustizia sostanziale dell'azione, si coniuga perfettamente con le trasformazioni endogene subite dall'azione stessa, con la conseguenza che tali trasformazioni costituiscono le premesse per la piena affermazione del principio, rimasto, per svariati decenni, allo stato embrionale" (358); D. U. Galetta, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo del rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1, 89 ss., 99-100; Idem, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale cit.*, 223 ss. per la quale in ossequio al principio generale di eguaglianza, l'ambito del principio di proporzionalità comunitario non può ritenersi limitato alle sole materie oggetto di armonizzazione comunitaria: esso deve, invece, trovare applicazione generalizzata all'interno degli ordinamenti dei singoli Stati membri" (228); F. Astone, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa. Contributo allo studio dell'influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa italiano e sui poteri del giudice amministrativo*, Napoli, 1999, 310 ss., per il quale una volta "penetrato nel nostro sistema di giustizia amministrativa, difficilmente il principio di proporzionalità si limiterà a guidare l'azione del giudice nelle sole materie regolate dal diritto comunitario"; G. Greco, *Innovazioni del diritto comunitario sul "tipo" e sul regime dell'atto amministrativo nazionale*, in *Argomenti di diritto amministrativo cit.*, 67 ss.

Più in generale con riguardo all'impatto dei principi generali del diritto comunitario, quali fonti di diritto primario, negli ordinamenti dei singoli Stati membri, *ex multis*: S. Cassese, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in *Diritto amministrativo comunitario*, (a cura di) L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati, Rimini, 1992, 23 ss., che si sofferma sul ruolo che i principi generali elaborati dalla Corte di Giustizia hanno svolto nel processo di ravvicinamento e convergenza dei diritti amministrativi nazionali; E. Capelli, *i principi generali come fonte del diritto*, in *Dir. comm. scambi. intern.*, 1986, 541 ss.; M. Airoldi, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990, 49 ss.; G. Falcon, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 2, 351 ss., in particolare 363 ss.; E. Piccozza, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 4, 1209 ss.; Idem, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II Ed., Torino, 2004, 24 ss.; M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge 241 del 1990 alla luce di principi comunitari*, Milano, 1990, 4 ss.; G. Greco, *Il diritto comunitario propulsivo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 1, 85-88 che parla di "effetto giuridico indotto della normativa comunitaria"; A. Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 3-4, 521 ss.; G. della Cananea, *L'Unione europea: un ordinamento composito*, Roma, 2003, 19 ss.; M. P. Chiti, *Implicazioni amministrative dell'integrazione europea*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Milano, 1998, I, 591 ss. ed in particolare 620 ss.; F. Astone, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa. Contributo allo studio dell'influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa italiano e sui poteri del giudice amministrativo cit.*, 51 ss.; J. Schwarze, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 6, 1279 ss.; G.

dell'articolo 1 della legge 241/1990, non ha più alcun senso in quanto l'applicazione del principio di proporzionalità (quale principio generale dell'ordinamento comunitario) regola oggi l'esercizio dell'azione amministrativa *tout court* indipendentemente dal fatto che questa sia posta in essere o meno in attuazione di normative comunitarie.

In tal senso si è oramai attestata la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, attribuendo al principio di proporzionalità valore di "principio generale dell'ordinamento"<sup>48</sup> e affermando come esso "assuma nell'ordinamento interno lo stesso significato che ha nell'ordinamento comunitario"<sup>49</sup>.

Senza dimenticare poi che il principio di proporzionalità secondo autorevole dottrina<sup>50</sup> rientra nel "contenuto variabile" di quel "diritto ad una buona

---

Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo cit.*, I, 531 ss., in particolare 574-575; A. Massera, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo cit.*, 285 ss.; S. Cassese, *Diritto amministrativo comunitario e diritto amministrativi nazionali*, *ibidem*, 1 ss., in particolare 8 ss.; G. Greco, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, *ibidem*, 827 ss., per il quale "la necessità di osservare i principi dell'ordinamento comunitario è ora un preciso precetto di diritto positivo e non soltanto un'esigenza logica di sistema" (933); M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, 214 ss.

<sup>48</sup> *Ex multis*: Cons. St., sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, con nota di D. U. Galetta, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 2, 459 ss. che riconoscere alla proporzionalità "valore di principio generale dell'ordinamento comunitario cui gli Stati membri devono tenere conto nell'esercizio del loro potere discrezionale"; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, con nota di D. U. Galetta, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10, 1106 ss., nella cui pronuncia in Consiglio di Stato, pur riconoscendo che il principio di proporzionalità avrebbe comunque trovato applicazione in materia ambientale (ed in particolare in relazione allo smaltimento dei rifiuti) trattandosi di una materia di rilevanza comunitaria, riconosce espressamente al principio in questione rango di "principio generale dell'ordinamento" che regola *tout court* l'azione amministrativa; Cons. St., 14 dicembre 2006, n. 7448; Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4381; Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1195; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2005, n. 1011; Cons. St., sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156; Cons. St., sez. VI, 27 ottobre 2003, n. 6628; Cons. St., sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3850; Cons. St., sez. IV, 1 ottobre 2004, n. 6410; Cons. St., 30 aprile 2002, n. 2294; Tar Lombardia, Milano, 16 dicembre 2002, n. 5130; Tar Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2005, n. 1356; Tar Toscana, 6 marzo 2001, n. 381; Tar Veneto, 10 marzo 2005, n. 850 e 851; Tar Friuli Venezia Giulia, 20 gennaio 2008, n. 90; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 18 luglio 2007, n. 6670; Tar Campania, Salerno, sez. I, 20 gennaio 2003, n. 40; Tar Lazio, sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563; Tar Lazio, Roma, sez. III-bis, 31 luglio 2007, n. 7259; Tar Campania, Napoli, sez. VI, 3 novembre 2006, n. 9341; Tar Campania, Napoli, 22 giugno 2006, n. 7113; Tar Abruzzo, Pescara, 1° luglio 2004, n. 641; Tar Abruzzo, Pescara, 3 aprile 2007, n. 37; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 3 aprile 2008, n. 1247, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it.*; Corte Conti, sez. III Appello, 14 gennaio 2008, n. 1, in *corteconti.it.*

<sup>49</sup> Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736, con nota di F. Spagnuolo, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 3-4, 992 ss. e commento di A. Travi, *In tema di principio di proporzionalità e di appello c.d. improprio*, in *Foro it.*, 2007, II, 550 ss.

<sup>50</sup> S. Cassese, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *irpa.eu*, che ripercorrendo l'evoluzione nel nostro ordinamento del principio di "buona amministrazione" evidenzia come da principio in funzione dell'efficacia della pubblica amministrazione (*ex parte principis*) sia divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini (*ex parte civis*), da mezzo per assicurare l'efficacia del potere pubblico a strumento per assicurare una difesa dal potere pubblico (7); ma anche D. U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 3-4, 819 ss. Più in generale per un'analisi del principio si rinvia a: A. Serio, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008; A.

amministrazione” di cui all’art. 41 della Carta fondamentale dei diritti dell’Unione Europea che con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona diviene vincolante per gli Stati membri essendo equiparata ai Trattati istitutivi<sup>51</sup>.

Non essendoci quindi alcun dubbio sulla piena ed effettiva coerenza nel nostro ordinamento del principio di proporzionalità quale principio generale dell’azione amministrativa<sup>52</sup>, al di là dei processi di *cross fertilisation* indotti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea<sup>53</sup>, non resta che passare all’analisi del suo contenuto, partendo dalla supposta (e da provare) autonomia dal principio generale di ragionevolezza dell’azione amministrativa.

### 3. *La ragionevolezza dell’azione amministrativa.*

---

Massera, *I principi generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale ordinamento comunitario cit.*, che lo qualifica in termini di principio generale dell’ordinamento in conseguenza della sua capacità di “sprigionare un intenso contenuto valoriale” (8707); A. Zito, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e nell’ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 2-3, 425 ss.; D. U. Galetta, *“Garanzia linguistica” e diritto amministrativo europeo: fra diritto ad una buona amministrazione e problemi di “cattiva traduzione”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 2, 345 ss. ed in particolare 350 ss.; C. Marzuoli, *Carta europea dei diritti fondamentali, amministrazione e soggetti di diritto: dai diritti sui poteri ai diritti sui soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2002, 255 ss.; A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F. G. Scoca, Torino, 2008, 191 ss.; F. Salvia, *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Dir. soc.*, 2004, 4, 551 ss. che guarda al principio della “buona amministrazione” come ad un possibile strumento per far emergere in sede giudiziaria la c.d. legalità di risultato; M. C. Cavallaro, *Clausola di buona amministrazione e risarcimento del danno*, in *giustamm.it.*, 2009; L. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell’interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 3-4, 789 ss. cui si rinvia, inoltre, per l’analisi della giurisprudenza comunitaria in materia.

In giurisprudenza richiamano espressamente il principio comunitario di “buona amministrazione” quale corollario del “principio di buon andamento” che incorpora le garanzie del “giusto procedimento”: Corte Cost., 11 marzo 2009, n. 62; Corte Cost., 28 novembre 2008, n. 390; Corte Cost., 8 maggio 2007, n. 156, in *cortecostituzionale.it*; nella giurisprudenza di legittimità: Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2157; Tar Campania, Napoli, sez. III, 29 marzo 2010, n. 1719, nella quale si legge che “l’azione amministrativa ... deve essere improntata, oltre che ai classici canoni di trasparenza e pubblicità ed ai principi del diritto comunitario, ai principi di derivazione civilistica, tra cui quello della buona fede, il quale ultimo nell’ambito specifico può ritenersi come una espressione dell’agire secondo principi improntati alla *buona amministrazione*”, entrambe pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>51</sup> Sul richiamo della Carta dei diritti dell’Unione Europea nel Trattato di Lisbona, F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, 145 ss. ; M. Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 3, 221 ss. che sottolinea come abbastanza singolarmente la Carta dei diritti “una volta scritta sia stata di fatto ripetutamente e diffusamente applicata dalle autorità giurisdizionali nazionali ed europee, acquisendo così sul piano dell’effettività un valore che dal punto di vista formale le mancava” (222) a conferma del valore giuridico condiviso dei principi in essa contenuti.

<sup>52</sup> Sul punto, V. Cerulli Irelli, *I principi dell’azione amministrativa*, in *La nuova disciplina dell’attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, (a cura di) G. Clemente di San Luca, Torino, 2006, 17 ss., che considera, tra gli altri, il principio di proporzionalità “oramai recepito nell’ordinamento nazionale come principio di rango costituzionale”.

<sup>53</sup> Sul tema L. Torchia, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppo recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 5, 845 ss.

La dimostrazione dell'autonomia, nel nostro ordinamento, del principio di proporzionalità rispetto al principio di ragionevolezza passa necessariamente attraverso una delimitazione, quantomeno in linea di prima approssimazione, dei confini del principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa.

Come è stato giustamente osservato<sup>54</sup>, mentre la dottrina costituzionalista si è subito concentrata sullo studio del principio di ragionevolezza quale parametro di controllo della non arbitrarietà delle leggi utilizzato dalla Corte Costituzionale nei giudizi di legittimità costituzionale<sup>55</sup>, nel diritto

---

<sup>54</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 300-302.

<sup>55</sup> La bibliografia sul principio di ragionevolezza dell'attività legislativa è ormai vastissima per cui, *ex multis*, si consenta di rinviare anche per l'analisi della relativa giurisprudenza costituzionale a: C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Milano, 1973, 1673 ss.; A. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 574 ss.; A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976; G. Zagrebelsky, *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, in *Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, (a cura di) N. Occhicupo, Bologna, 1978, 106 ss., *Idem*, *La giustizia costituzionale*, Padova, 1988, 147 ss.; G. Ferrari, *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, in *Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività cit.*, 89 ss.; A. Baldassare, *Intervento*, *ibidem*, 122 ss.; A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte Costituzionale sull'uso della discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 795 ss., F. Felicetti, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1986, I, 22 ss.; A. Anzon, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in *La giurisprudenza costituzionale a una svolta*, (a cura di) R. Romboli, Torino, 1991, 31 ss.; R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994; L. Paladin, *Il Sindacato della Corte Costituzionale sull'utilità delle leggi*, in *Giur. Cost.*, 1964, 144 ss.; *Idem*, *Corte Costituzionale e principio generale di eguaglianza. Aprile 1979-dicembre 1983*, in *Studi in onore di V. Crisafulli*, Padova, Vol. I, 1985, 147 ss.; *Idem*, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Agg., 1997, I, 899 ss.; J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, XII, 341 ss.; M. P. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Milano, 1993, 13-28; A. Celotto, *Corte Costituzionale ed "eccesso di potere legislativo"*, in *Giur. cost.*, 1995, 5, 3724 ss.; G. Mignemi, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 1, 167 ss.; G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001. L'ultimo degli Autori citati dopo aver scomposto, alla luce della giurisprudenza costituzionale, il sindacato di ragionevolezza in tre modelli: a) il giudizio di eguaglianza-ragionevolezza; b) il giudizio di razionalità; c) il giudizio intorno al ragionevole bilanciamento di interessi costituzionali e aver definito il giudizio di razionalità come "giudizio che soddisfa una generale esigenza di coerenza della legge rispetto all'intero sistema giuridico, in sé e nelle sue parti" (145-146), evidenzia come la "razionalità" possa a sua volta essere predicata 1) in senso logico; 2) in senso teleologico; 3) in senso storico cronologico. La razionalità intesa come "coerenza in senso teleologico" attiene per l'A. al rapporto tra i mezzi predisposti ed i fini perseguiti dal legislatore e tale rapporto è valutato dai giudizi costituzionali alla stregua di *standard* di controllo tipici, tra i quali rientra la "proporzionalità" (191 ss.) alla quale si aggiungono la coerenza, la adeguatezza, la congruità.

Il principio di proporzionalità, riferito agli atti legislativi, si tradurrebbe poi: a) nel "*principio di gradualità intertemporale del diritto*", che esprime l'esigenza che il legislatore, specie nel caso di successioni di leggi nel tempo, operi in modo graduale ossia con disposizioni che assicurino il passaggio da un regime giuridico all'altro in maniera lineare, senza soluzioni di continuità, evitando il sacrificio ingiustificato di posizioni soggettive quesite (Corte Cost., 6 marzo 1980, n. 26; Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 176; Corte Cost., 4 maggio 1973, n. 57; Corte Cost., 21 aprile 1983, n. 128; Corte Cost., 21 febbraio 1990, n. 101; Corte Cost., 3 maggio 1990, n. 244; Corte Cost., 4 novembre 1991, n. 403; Corte Cost., 28 giugno 1995, n. 311; Corte Cost., 8 giugno 2000,

amministrativo la presenza dell'eccesso di potere e delle figure sintomatiche ha per lungo tempo frenato un approfondimento, tanto in dottrina che in giurisprudenza, del principio di ragionevolezza quale principio generale dell'agire amministrativo<sup>56</sup>.

Fino alla fine degli anni '50 la dottrina italiana<sup>57</sup> si è infatti occupata della ragionevolezza solo in termini negativi, ovvero concentrandosi sulla irragionevolezza e sull'illogicità<sup>58</sup> dell'azione amministrativa quale causa di sviamento di potere.

---

n. 226; Corte Cost., 25 ottobre 2000, n. 482); Corte Cost., 14 dicembre 1984, n. 296); b) nel “*divieto di automatismi legislativi*” che si hanno quando la legge detta norme giuridiche in cui il rapporto tra protasi (“se A”) e apodosi (“se B”) è sproporzionato (Corte Cost., 15 giugno 1966, n. 82; Corte Cost., 7 gennaio 1966, n. 3; Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 172; Corte Cost., 7 luglio 1998, n. 267; Corte Cost., 26 maggio 1999, n. 206; Corte Cost., 13 novembre 2000, n. 510; Corte Cost., 7 giugno 2000, n. 186); c) nel “*vizio di eccedenza della norma rispetto allo scopo*” che censura l'ipotesi di eccedenza del contenuto prescrittivo della disposizione legislativa rispetto alla *ratio legis* (Corte Cost., 28 febbraio 1967, n. 20; Corte Cost., 3 aprile 1968, n. 38; Corte Cost., 23 aprile 1975, n. 98; Corte Cost., Corte Cost., 23 aprile 1993, n. 224; Corte Cost., 18 luglio 1996, n. 239; Corte Cost., 11 luglio 2000, n. 299); d) nel “*vizio di deviazione della norma dal fine legislativo*”, la c.d. *aberratio legis*, che si verifica ogniqualvolta in cui, posta una determinata *ratio legis*, il legislatore predispose disposizioni che anziché conseguirla volgono altrove il proprio segno (Corte Cost., 15 luglio 1976, n. 193; Corte Cost., 10 gennaio 1978, n. 5; Corte Cost., 18 marzo 1991, n. 142; Corte Cost., 9 gennaio 1997, n. 2). In termini sostanzialmente analoghi, G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale cit.*, 294-307.

Sul tema si consenta di rinviare, infine, a D. Urania Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro Amm. - Tar*, 2008, 6, 1899 ss. che rifacendosi alla distinzione tra “ragionevolezza generale” e “ragionevolezza specifica” prospettata da autorevole dottrina (P. Carnevale), riconduce la “ragionevolezza generale” al giudizio circa “l'idoneità della norma a perseguire o a favorire sensibilmente il perseguimento dell'obiettivo del legislatore e circa la sua necessità, intesa come assenza di valide alternative di intervento per il legislatore, che siano meno negativamente incidenti sulle posizioni giuridiche soggettive che si oppongono al cambiamento normativo” e la c.d. ragionevolezza speciale all’“esame sulla proporzionalità in senso stretto della normativa impugnata e, in particolare, delle sue componenti propriamente od impropriamente retroattive” (1916).

<sup>56</sup> Sebbene ad onor del vero già F. Rovelli, *Lo sviamento di potere*, in *Scritti Vacchelli*, Milano, 1938, 477 ss., definisse il principio di ragionevolezza quale norma giuridica regolante l'agire amministrativo al fine di ricondurre lo sviamento di potere nell'ambito dei vizi di logicità. Scrive l'A. “L'atto discrezionale non è atto arbitrario, e ciò significa che l'apprezzamento in base al quale l'atto viene formato deve essere logico e razionale. Non si possono determinare positivamente i requisiti che si richiedono perché un giudizio, un apprezzamento possa dirsi logico e razionale, cioè non arbitrario; ma si può determinare quando un apprezzamento sia illogico, razionale o arbitrario. Vi è quindi, una norma, secondo la quale deve essere costruito il giudizio di valutazione, deve essere formato l'apprezzamento perché questo non sia irrazionale o arbitrario. Tale norma è norma di logica, obiettiva, tecnica, non è norma giuridica, ma si impone come norma giuridica quando vi sia obbligo giuridico di agire non arbitrariamente; obbligo che per l'Amministrazione esiste, in quanto è contenuto nell'obbligo giuridico generale che essa ha di agire esclusivamente per l'interesse pubblico” (459).

<sup>57</sup> R. Alessi, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934, 89 ss.; I. Di Lorenzo, *L'eccesso di potere per irrazionalità o illogicità di criteri nei concorsi ai pubblici impieghi*, in *Riv. pubbl. imp.*, 1941, 1, 55 ss.

<sup>58</sup> Termini sinonimici per: S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973, 142; F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967, 497; F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss., 23-24.; M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giudica*

E' nel celebre saggio di Benvenuti del 1950<sup>59</sup> che per la prima volta (pur prendendosi le mosse dallo studio dell'eccesso di potere cui il noto saggio è dedicato) si parla in termini positivi del principio di "ragionevolezza dell'agire amministrativo", riconducendo poi la sua violazione alle figure sintomatiche della illogicità manifesta e della contraddittorietà tra motivi e dispositivo.

Principio di ragionevolezza che secondo l'Autore è "connaturato alla stessa esistenza dell'ordinamento giuridico amministrativo"<sup>60</sup> e si qualifica in termini di "vera e propria norma giuridica"<sup>61</sup> e non come semplice principio di buona amministrazione, "rappresentando le esigenze generali che l'agire amministrativo deve soddisfare per dare garanzia di raggiungere la sua meta, pur non determinando tale meta neppure in quella forma generica ma concreta che è propria dei principi di opportunità"<sup>62</sup>.

Una decisa svolta nello studio del principio di ragionevolezza<sup>63</sup> si registra nei primi anni '70, quando la dottrina si sofferma con maggiore decisione sulle relazioni tra il principio di ragionevolezza, analizzato nella sua accezione positiva di principio giuridico e non solo quindi come irragionevolezza, ed altri principi generali dell'ordinamento, quali la buona fede<sup>64</sup> o il principio costituzionale di imparzialità<sup>65</sup>.

Tale dottrina<sup>66</sup>, evidenziato come in precedenza lo studio del principio di ragionevolezza fosse servito da un lato per rilevare la "giustiziabilità" del procedimento amministrativo antecedente all'adozione del provvedimento e dall'altro per classificare la giurisprudenza sull'eccesso di potere riguardante la violazione di principi generali<sup>67</sup>, si concentra sul principio giuridico di ragionevolezza quale "passaggio dalla norma astratta alla regola *iuris*, cioè alla disciplina del caso concreto, al farsi dell'atto amministrativo"<sup>68</sup>, cui poi il

---

*generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 377; I. Di Lorenzo, *L'eccesso di potere per irrazionalità o illogicità di criteri nei concorsi ai pubblici impieghi cit.*, 57.

<sup>59</sup> F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione cit.*, 23, il quale, ad onor del vero, afferma la natura normativa della ragionevolezza per giustificare la attrazione nell'ambito del controllo di legittimità del sindacato di ragionevolezza e di giustizia sostanziale.

<sup>60</sup> F. Benvenuti, *op. ult. cit.*, 26.

<sup>61</sup> F. Benvenuti, *op. ult. cit.*, 27. Parla del principio di ragionevolezza in termini positivi come norma giuridica anche A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1965, 309 ss., per il quale "il principio di ragionevolezza dell'agire amministrativo...può benissimo essere ridotto al concetto di una norma sulla normazione del caso singolo" (434).

<sup>62</sup> F. Benvenuti, *op. ult. cit.*, 27.

<sup>63</sup> Pur non mancando nella dottrina anche successiva un riferimento al principio in esame meramente funzionale alla ricostruzione della categoria dell'eccesso di potere, per tutti A. Azzena, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976; T. Alibrandi, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 605 ss.

<sup>64</sup> F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 213 e soprattutto 248 ss.

<sup>65</sup> U. Allegretti, *L'imparzialità dell'azione amministrativa*, Padova, 1965, 123; S. Cassese, *L'imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale cit.*, 142 ss.

<sup>66</sup> Il riferimento è in particolare al saggio di F. Merusi, *L'affidamento del cittadino cit.*, 249-251.

<sup>67</sup> Il saggio di Merusi si pone in termini innovativi anche in relazione alla ricostruzione della stessa categoria dell'eccesso di potere, sulla quale torneremo nella parte conclusiva del presente lavoro.

<sup>68</sup> Principio giuridico che per l'A. citato non va inteso però come norma giuridica in senso proprio. "L'affermazione che il principio di ragionevolezza regola il farsi dell'atto sta pertanto ad indicare il modo attraverso il quale si realizza la giustiziabilità dell'*iter* formativo dell'atto, anche se,

giudice amministrativo fa riferimento, in sede di giudizio di legittimità, ai fini del riesame del processo logico di formazione del provvedimento amministrativo.

Un'analisi concreta dei parametri che guidano lo svolgimento del giudizio di ragionevolezza, rimasti ancora in ombra negli studi citati, arriva però a pieno compimento solo nell'elaborazione dottrinale del decennio successivo<sup>69</sup> che, pensando al canone di ragionevolezza come al "contenuto di una vera e propria clausola generale, che nel proiettarsi su qualunque norma attributiva di potere, ne definisce la portata e ne chiarisce il senso"<sup>70</sup>, si concentra sulle modalità esplicative di tale schema di giudizio.

Schema logico attraverso il quale si deve valutare non solo la relazione tra lo strumento utilizzato ed il fine perseguito (e quindi la logicità del processo decisionale) ma in generale il risultato dell'azione amministrativa, ossia il modo in cui la decisione incide sugli interessi in gioco nella situazione concreta.

La ragionevolezza, o meglio il giudizio di ragionevolezza, sembra guida quindi la decisione amministrativa attraverso le modalità concrete di accertamento dei fatti acquisiti nel corso dell'istruttoria procedimentale<sup>71</sup> e presiede alla valutazione degli interessi concreti che rilevano per l'adozione della decisione amministrativa, investendo e regolando l'esercizio della discrezionalità

---

partendo dalla ragionevolezza. Si può porre, sia l'esigenza di politica legislativa di una disciplina oggettiva di determinati passaggi della procedura amministrativa che ne assicuri la legalità e pertanto, in via immediata, per definizione, la ragionevolezza; sia passare all'individuazione di principi generali regolanti, nel silenzio della legge, la procedura, cioè di vere e proprie norme giuridiche (F. Merusi, *L'affidamento del cittadino cit.*, 251).

<sup>69</sup> F. Ledda, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80. Atti del XXX convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984*, Milano, 1987, 84 ss., per il quale tutte le espressioni dell'eccesso di potere (con la sola eccezione del travisamento dei presupposti compiutamente definiti dalla norma e lo sviamento di potere inteso nella sua accezione classica, meglio riconducibili alla violazione di legge che all'eccesso di potere) "trovano proprio nella clausola di ragionevolezza la spiegazione più appagante" (110); Idem, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 4, 439, dove la clausola di ragionevolezza viene definita come "norma di chiusura di tutte le proposizioni giuridicamente rilevanti".

Per una definizione della ragionevolezza come clausola generale vedasi anche E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 285 ss.; A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1, 2 ss.; G. Morbidelli, *Il giudizio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Vol. III, Milano, 1998, 95, che difatti precisa come sebbene "non v'è dubbio che la ragionevolezza costituisce *leit motive* dei sintomi dell'eccesso di potere... la ragionevolezza ha assunto una pregnanza ulteriore, che va oltre il risultato ormai acquisito in epoca pre-costituzionale di *summa* dei sintomi del vizio di eccesso di potere, per investire nella sua interezza il percorso logico seguito dall'amministrazione" (96).

<sup>70</sup> F. Ledda, *L'attività amministrativa*, 110.

<sup>71</sup> Questo è il profilo evidenziato da F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, 514 ss., il quale coglie nel dovere di ragionevolezza la matrice storica e la sintesi dei doveri gravanti sull'amministrazione (519); per l'Autore, infatti, la ragionevolezza è "il dovere dell'organo responsabile dell'istruttoria di non trarre dalle prove acquisite che le deduzioni plausibili e di compiere, ove possibile, gli accertamenti integrativi che appaiono utili quando le prove raccolte risultino per qualche ragione incerte alla stregua della comune esperienza" (518); in termini analoghi U. Allegretti, *L'imparzialità dell'azione amministrativa cit.*, 231.

amministrativa<sup>72</sup> quale ponderazione e comparazione qualitativa e quantitativa degli interesse pubblici e privati che concorrono in una situazione concreta, secondo la ben nota definizione di M. S. Giannini<sup>73</sup>.

E' però in un'opera di molto successiva che l'Autore, a proposito della comparazione tra interesse primario ed interessi secondari e della scelta che tale ponderazione comporta, mostra come la ragionevolezza opera in concreto: "...la prima ipotesi, assolutamente non problematica è quella in cui l'interesse primario è ritenuto meritevole di tutela, mentre quelli secondari sono neutri rispetto ad esso, oppure, addirittura, ne rafforzano le ragioni di tutela. Una seconda ipotesi, opposta, in cui sono gli interessi secondari, tutti o

---

<sup>72</sup> Sulla ragionevolezza quale limite all'esercizio del potere discrezionale: C. Mortati, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, in *Raccolta di scritti*, Vol. II, Milano, 1972, 471 ss., 533; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, 160, che riguarda al controllo giurisdizionale di ragionevolezza parla di un "controllo a geometria variabile" (196); F. Ledda, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere*, in *Scritti in onore di Casetta cit.*, I, 103 ss.; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, (a cura di) G. Guarino, Vol. I, Milano, 1983, II Ed., 200 ss. che riconduce alla "deontologia della discrezionalità amministrativa" i "tre principi cardine" dell'agire pubblico: "la esatta e compiuta informazione, la logicità, la coerenza" (200); V. Ottaviano, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. tr. diritto e proc. civ.*, 1986, 1 ss.; G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1987, 11, 3171; S. Piraino, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990, 124-126; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo. Parte III. Attività e tutela*, Torino, 1991, 19 ss.; A. Romano, *Commento all'art. 26 T. U. Consiglio di Stato*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, (a cura di) A. Romano, Padova, 1992, 220 ss., per cui la ragionevolezza costituisce la regola di fondo dell'attività amministrativa e la comune prospettiva cui sono riconducibili le numerose ipotesi di eccesso di potere elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, in quanto "consente di verificare la completezza dell'istruttoria, l'adeguatezza tra essa e la decisione finale, la coerenza interna, la non arbitrarietà nella selezione degli interessi, la conformità alla natura delle cose e, dunque, la logicità e la coerenza del processo decisionale" (259); G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo cit.*, 560 ss.; A. Sandulli, *Ragionevolezza (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2006, 4803 ss.; M. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico cit.*, 89 ss., che definisce il principio di ragionevolezza "perno del dover essere della discrezionalità: al contempo contenuto e limite della stessa" (34).

<sup>73</sup> Secondo la nota definizione di M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74.

Sul tema della discrezionalità amministrativa si sono probabilmente scritte tra le pagine più belle del diritto amministrativo, e non potendosi, per ovvi motivi, dedicarsi con la dovuta attenzione all'evoluzione del concetto di discrezionalità, si consenta di rinviare ad alcune di esse. Per tutti, M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi cit.*; F. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986; A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, 1964, XII, 65 ss.; G. Barone, *Discrezionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1989, XI; E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Vol. I, Perugia, 1983, Vol. II, Perugia, 1984; G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 1, 371 ss.; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi cit.*; D. Resta, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e gli interessi legittimi dei cittadini nella legge di riforma del procedimento amministrativo e nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Tar*, 1992, II, 11, 411 ss.; G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità cit.*; C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario cit.*, 71 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 4, 463 ss.

alcuni di essi, a rilevarsi meritevoli di tutela, di talchè l'interesse primario diviene recessivo. Infine, una terza ipotesi, mediana, che si verifica più di frequente, in cui sia l'interesse primario che taluni interessi secondari risultano meritevoli di tutela, sicchè...vi è una parziale recessività dell'interesse primario, e la scelta va orientata nel senso che il provvedimento va adottato, ma con clausole speciali, limitative o ampliative, per tutelare anche gli interessi secondari”<sup>74</sup>.

Esplicitandone quindi il contenuto, la ragionevolezza (intesa qui come canone<sup>75</sup> dell'azione amministrativa) si articola in “un'analisi in concreto delle scelte effettuate in sede di esercizio del potere”<sup>76</sup>, di modo che tale scelta sia consequenziale sul piano logico e intrinsecamente non contraddittoria rispetto a quelle premesse costituite dai dati evidenziati nella situazione concreta, dati costituiti sia dagli elementi di fatto che dai diversi interessi acquisiti nel corso dell'istruttoria procedimentale.

Il che presuppone, dopo “l'individuazione concreta del fine pubblico” da perseguire, da un lato, la necessaria ricerca, acquisizione e approfondita valutazione di tutti gli interessi, pubblici, collettivi e privati, sussistenti nella situazione concreta nella quale incide l'esercizio del potere (c.d. principio della necessaria acquisizione gli interessi); e dall'altro, una valutazione comparativa di questi interessi (c.d. principio della valutazione comparativa degli interessi) tale per cui la pubblica amministrazione sia “tenuta a soddisfare l'interesse primario, la cui cura è ad essa attribuita, nonché a determinare i contenuti e le modalità della migliore soddisfazione di detto interesse<sup>77</sup>, se detta soddisfazione non sacrifici, ovvero non sacrifici al di là di certi limiti, gli altri interessi in gioco, che siano da ritenere, secondo criteri di ragionevolezza, eventualmente prevalenti”<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 182.

<sup>75</sup> P. M. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico cit.*, 104, distingue infatti tra principio di ragionevolezza quale precetto che deve reggere l'attività amministrativa (c.d. ragionevolezza-canone) e ragionevolezza come criterio attraverso il quale il giudice amministrativo può sindacare l'azione amministrativa (c.d. ragionevolezza-parametro). Esclude la possibilità di attribuire alla ragionevolezza valore di canone positivo di comportamento della pubblica amministrazione, G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, per il quale riconoscere “che il controllo di ragionevolezza trova il proprio fondamento nel principio di legalità non significa identificarlo con tutti i criteri non scritti che disciplinano il provvedimento e l'attività” in quanto “il giudizio di ragionevolezza implica...l'applicazione non di norme, ma di standard di valutazione, di criteri di misura di comportamenti e situazioni in termini di normalità; così il (sindacato sull'osservanza del ) principio di ragionevolezza non è diretto a verificare il rispetto di un obbligo di comportamento specificatamente, nel suo contenuto, imposto da norme giuridiche o, per così dire, giuridicizzate perché sussunte dall'ordinamento, bensì a garantire l'accettabilità della scelta, non vincolata da norme, alla stregua di correnti criteri di valutazione” (202).

<sup>76</sup> V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo. Parte III. Attività e tutela cit.*, 21.

<sup>77</sup> D'altra parte “la doverosità dell'attività amministrativa non si esaurisce nell'esercizio del corrispondente potere [individuato dalla legge] ma in qualcosa di più caratteristico e penetrante consistente nella migliore soddisfazione dell'interesse affidato alle sue cure”, in tal senso F. Bassi, *La norma interna*, Milano, 1963, 260; G. Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, 111; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 75-76.

<sup>78</sup> V. Cerulli Irelli, *op. ult. cit.*, 21.

Vi è poi la ricostruzione offerta da altra dottrina<sup>79</sup>, per la quale il principio di ragionevolezza opererebbe in tutti i diversi momenti in cui si articola una decisione amministrativa discrezionale, incidendo come limite all'esercizio di tale potere (secondo limite, considerandosi come primo il perseguimento dell'interesse pubblico individuato dalla legge).

Ne deriva quindi che il principio di ragionevolezza rileva innanzitutto nella fase istruttoria quando vengono fissate le premesse dell'attività decisionale<sup>80</sup>.

E quindi nel momento in cui l'autorità amministrativa procede alla predeterminazione degli indirizzi e dei criteri decisionali<sup>81</sup> fissando gli autolimiti amministrativi che dovranno essere seguiti nel caso concreto<sup>82</sup>, nel momento in cui acquisisce e accerta i fatti di una qualche rilevanza per il caso di specie (in tal caso l'applicazione del criterio di ragionevolezza consente di desumere solo le situazioni plausibili dagli elementi di prova acquisiti e di compiere quegli accertamenti integrativi che appaiono utili) e gli interessi pubblici e privati rilevanti, determinandone al contempo uno specifico assetto<sup>83</sup> (in tal caso è proprio il criterio di ragionevolezza a garantire un confronto fra interessi, al fine di una loro graduazione e ponderazione).

Ma opera anche in quello immediatamente successivo<sup>84</sup> della deduzione, a questo punto in un certo senso obbligata, da quelle premesse di un atto dotato di un certo contenuto.

---

<sup>79</sup> P. M. Vipiana, *op. ult. cit.*, 72 ss.

<sup>80</sup> A proposito di tale momento P. M. Vipiana, *op. ult. cit.*, 73, parla in particolare di "ragionevolezza in senso soggettivo".

<sup>81</sup> Sul punto F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Perugia, 1996, 49, in relazione all'attività amministrativa di carattere generale di contenuto pianificatorio e programmatico precisa come "in tali fattispecie la scelta dell'amministrazione risulta distribuita in più livelli, in quanto si deve procedere, *in primis*, alla individuazione dei criteri, mentre solo successivamente ha luogo l'emanazione dei singoli provvedimenti attuativi. In questo caso il vincolo della ragionevolezza deve guidare l'esercizio del potere discrezionale nella prima fase, allorché si consuma la scelta che predetermina tutti i comportamenti successivi".

<sup>82</sup> "...poiché gli autolimiti amministrativi dovranno essere assunti a criteri guida per l'adozione di successivi provvedimenti...l'eventuale irragionevolezza di un autolimita sarebbe destinata a ripercuotersi sugli atti che vi si conformino", in questi termini P. M. Vipiana, *op. ult. cit.*, 93. Sul concetto di autolimita, più diffusamente: P. M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra carenze e discrezionalità*, Milano, 1990.

<sup>83</sup> Sul punto A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale cit.*, evidenzia come "L'attività istruttoria...non si limita alla ricerca e all'acquisizione di informazioni e notizie; suo momento ineliminabile è anche l'individuazione degli interessi, ottenuta attraverso l'acquisizione degli stessi, intesa come fissazione del loro valore comparativo, sulla base del quale verrà elaborato il contenuto della determinazione che l'Autorità dovrà adottare nella fase successiva...Essa, invero, oltre che in attività materiali nelle quali l'aspetto psichico è irrilevante, si scompone in una serie, cronologicamente e logicamente collegata, di attività che presuppone un processo mentale ed intellettuale basato su una certa rappresentazione della realtà, rivolta al reperimento di cognizioni concernenti dati, fatti e circostanze materiali, il cui apprendimento implica un giudizio di esistenza e la cui elaborazione si esprime mediante giudizi di valore, alcuni dei quali, molto spesso, aventi contenuto di natura tecnica" (154); sul punto anche M. T. Serra, *Contributo ad uno studio sull'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991, 75 ss.

<sup>84</sup> In relazione al quale P. M. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico cit.*, parla di "ragionevolezza in senso oggettivo", che "riguarda un momento...che non

Pur precisando<sup>85</sup> che tali momenti del processo decisionale, sebbene distinguibili sul piano logico non lo sono sempre in concreto e sul piano cronologico e che le due varianti del principio di ragionevolezza che operano in tali fasi (ossia la c.d. ragionevolezza in senso soggettivo e quella in senso oggettivo) sono in realtà due accezioni del medesimo principio, tale tesi appare, a parere di chi scrive, non del tutto convincente nella parte in cui sembrerebbe ridurre l'operabilità del principio di ragionevolezza nella fase decisionale (ossia nella "sua accezione oggettiva") ad un mero giudizio di logicità, ossia di mera consequenzialità logica di determinate conseguenze da date premesse<sup>86</sup>.

A parere di chi scrive, la vera essenza del principio di ragionevolezza deve invece essere ricercata nella adeguata considerazione degli interessi direttamente o indirettamente afferenti ad un rapporto amministrativo in cui diverse soluzioni, tutte astrattamente legittime in quella data situazione (e la scelta di una in particolare è fatta privilegiando un determinato valore rispetto ad altri pur meritevoli di tutela) possono essere adottate.

---

lascia un ampio margine di scelta: di fronte ad una serie di premesse determinate (costituite dai fatti appurati in un certo modo, da interessi ponderati e temperati in una determinata maniera e da un fine individuato concretamente), l'esito, ossia il contenuto della decisione, quantunque discrezionale, rappresenterà una soluzione quasi obbligata, proprio perché "condizionata" dalle premesse, il cui combinarsi darà luogo, nell'osservanza delle regole di coerenza e di non contraddittorietà, ad una assai circoscritta gamma di decisioni possibili" (73).

<sup>85</sup> P. M. Vipiana, *op. ult. cit.*, 75.

<sup>86</sup> Critico nei confronti di tale impostazione anche: G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 4, 939 ss., 974-975, il quale in nota precisa che "quella che si definisce come ragionevolezza oggettiva coincide in sostanza con il controllo di logicità, che è cosa diversa dal controllo di ragionevolezza, perché ha ad oggetto non il modo in cui è stata esercitata la discrezionalità (come quando si valuta il temperamento degli interessi), ma, appunto, l'esistenza di un nesso di consequenzialità, secondo un parametro oggettivo di prevedibilità, tra le premesse (la situazione di fatto e l'assetto degli interessi) e il provvedimento...il controllo di ragionevolezza [dovrebbe invece] consentire di sindacare in termini di accettabilità la decisione del caso concreto pur quanto questa risulti conforme al principio di logicità"; implicitamente anche F. Ledda, *L'attività amministrativa cit.*, 91, per il quale "il solo fatto che enunciati e asserzioni siano coerenti sotto un profilo di logica formale non vale certo a garantire l'accettabilità della soluzione accolta"; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, 185; P. Forte, *I principi dell'azione amministrativa dopo le recenti riforme*, in *I principi generali dell'azione amministrativa. Atti del Convegno di Napoli – 3 Febbraio 2006*, (a cura di) M. P. Chiti e G. Palma, Napoli, 2006, 59 ss., considera la logicità una "categoria più oggettiva della ragionevolezza, poiché connessa ai rilievi istruttori e, più in generali, alla materia pre-decisionale fatta di interessi concreti, spesso individuali, e di restrizioni al raggio decisionale della discrezionalità, dovuti ai limiti costituzionali, a quelli legislativi, a quelli regolamentari, e agli altri contenuti nei vari indirizzi politici cui l'amministrazione è tenuta" (73); M. E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, per il quale non vi è identità tra ragionevolezza e logicità "in quanto la prima rappresenta un criterio per valutare dall'interno lo svolgimento dell'attività discrezionale. L'applicazione della ragionevolezza non è limitato alle evidenti irrazionalità ed arbitrarietà del provvedimento oggetto di esame ma scende, sfiorando il limite del merito, a verificare se l'operato dell'Amministrazione sia sostenuto da ragioni congrue (o valide) proprio in relazione a quel bilanciamento di interessi nell'ambito della discrezionalità, che ha segnato un punto di svolta nella dottrina e giurisprudenza. Detto criterio, diversamente da quello di logicità-razionalità...viene esteso sia all'atto come provvedimento puntuale, sia all'attività" (1115).

Le valutazioni che conducono all'adozione di un provvedimento ragionevole sembrano rispecchiare quindi "il comportamento dell'osservatore che possiede una completa conoscenza degli interessi che ineriscono ad una determinata situazione e che procede per identificazione simpatetica, considerando la situazione di ciascuno nello stesso modo in cui farebbe il singolo: egli perciò si immagina di volta in volta al posto di ognuno e, una volta compiuta questa operazione nei riguardi di tutti i portatori di interessi attinenti al caso concreto la ragionevolezza della sua scelta è determinata dalla stima corretta della somma netta di soddisfazione"<sup>87</sup>.

Del resto, che alla pubblica amministrazione sia stata affidata nel nostro ordinamento una funzione "ordinatrice degli interessi"<sup>88</sup> sulla scorta di regole generali è desumibile agevolmente dall'analisi della legge sul procedimento amministrativo, nella quale è possibile individuare principi e istituti funzionali ad un esercizio ragionevole dell'azione amministrativa.

In quest'ottica si inquadrano il principio inquisitorio, il principio del giusto procedimento, il principio del contraddittorio procedimentale e gli istituti di partecipazione procedimentale che di essi sono diretta espressione (artt. 7-10 *bis*), che in quanto preordinati allo svolgimento di un accurata e completa attività istruttoria (rafforzata inoltre dall'inserimento sul piano organizzativo della figura del responsabile del procedimento) consentono l'individuazione di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie concreta ai fini di una loro successiva valutazione comparativa; ma anche il principio della motivazione del provvedimento<sup>89</sup> (art. 3), in quanto è proprio nel corredo motivazionale addotto dall'autorità amministrativa, dovendosi dar conto nella motivazione non solo dei presupposti di fatto e di diritto assunti a base della decisione ma soprattutto dell'*iter* logico seguito per giungere ad essa<sup>90</sup>, che si evince se è stata compiuta una scelta ragionevole; così come l'articolo 12 considerato dalla giurisprudenza<sup>91</sup> "espressione del principio di ragionevolezza oltre che di congruità ed efficienza dell'azione amministrativa".

#### 4. Dalla ragionevolezza alla proporzionalità dell'azione amministrativa.

Il principio di ragionevolezza, come si è cercato di evidenziare, presiede ad una composizione armonica e quindi ad un corretto bilanciamento di tutti gli

---

<sup>87</sup> G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa cit.*, 984-985.

<sup>88</sup> D. U. Galetta, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 1994, 1, 142 ss., 152.

<sup>89</sup> Sul punto P. M. Vipiana, *op. ult. cit.*, 94 ss. distingue tra ragionevolezza-contenuto quale sostanziale ed effettiva applicazione del principio da parte dell'autorità amministrativa e ragionevolezza-enunciato qualora la ragionevolezza venga menzionata al solo fine di motivare l'atto. Ovviamente si tratta di due entità distinte, la cui prima è la sola ad essere fondamentale, nel senso che "occorre che la ragionevolezza sia effettivamente alla base dell'atto, e non venga solo esplicitata nelle parole della motivazione" (95).

<sup>90</sup> L'articolo 3 della legge 241/1990 raggruppa infatti in un'unica definizione sia la "motivazione in senso stretto" ossia l'indicazione dei motivi che la "giustificazione" ovvero l'indicazione dei presupposti dell'agire dell'amministrazione.

<sup>91</sup> Cons. St., sez. V, 16 marzo 1999, n. 259, in *giustizia-amministrativa.it*.

interessi che rilevano in un determinato contesto procedimentale (garantendone quindi una sorta di equilibrio in termini qualitativi) ma non offre nessuna garanzia che, nel perseguimento dello scopo cui è preordinata l'azione amministrativa, venga assicurata agli interessi soccombenti nel giudizio di ponderazione, la compressione meno pregiudizievole possibile.

In altri termini, risulta estraneo a un giudizio di ragionevolezza una valutazione in termini di idoneità sulla "misura" del potere che viene in concreto esercitato cui, invece, sovrintende proprio il principio di proporzionalità, alla faticosa ricerca di un equo contemperamento tra le esigenze della collettività e i diritti dei singoli.

Ed è proprio in quest'ottica che è possibile rintracciare ai primordi del diritto amministrativo italiano, le tracce, pur in forma embrionale, di un moderno giudizio di proporzionalità.

A partire dalla dottrina.

Il primo riferimento alla proporzionalità dell'azione amministrativa sembra infatti potersi far risalire<sup>92</sup> a Gian Domenico Romagnosi che nel 1814 scriveva "come il principio fondamentale direttivo della ragion civile si è pareggiar fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà...così nella ragione amministrativa il principio fondamentale si è ottenere la maggiore prosperità e sicurezza pubblica interna ed esterna, salvo l'inviolato esercizio della privata proprietà e libertà. Questa regola è invariabile per l'esercizio della pubblica amministrazione quand'anche comporti il sacrificio della privata proprietà e libertà; avvenga che il sacrificio non è che apparente, ed il suo risultato porta un ampio compenso alla proprietà e libertà, la quale non si sviluppa, non si estende, non apporta tutto il suo bene, che mediante la società e le funzioni pubbliche della società. Da ciò ne viene la seconda regola pratica direttrice dell'amministrazione pubblica nel caso del conflitto degli interessi dei privati con quelli del pubblico. La regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto si è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità. Lo che è sinonimo di far prevalere la cosa pubblica alla privata con minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà"<sup>93</sup>.

Nessun riferimento esplicito alla proporzionalità certo, ma nel testo è già *in nuce* sia l'idea del perseguimento dell'interesse pubblico di cui è portatrice la pubblica amministrazione nei limiti di quanto è strettamente necessario, che quella del necessario contemperamento tra il perseguimento dell'interesse pubblico suddetto e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive dei privati sui

---

<sup>92</sup> D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 170; R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, 48; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 10; Idem, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 10, dove si riconosce a Romagnosi di aver intuito, pur senza approfondire il tema dei limiti dell'azione amministrativa, la rilevanza del tema della giusta misura del potere amministrativo.

<sup>93</sup> G. D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835, 14 ss.; nella dottrina coeva e di poco successiva si esprime negli stessi termini anche S. Spaventa, *Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, im *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 308 ss; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911-1912, 130 ss.

quali va ad incidere in concreto il potere amministrativo, che sono poi due dei tre “gradini” di cui si compone, come si vedrà in seguito, il moderno principio di proporzionalità.

E soprattutto la riconduzione della violazione del principio del minimo mezzo non al merito dell’azione amministrativa ma alla sua legittimità.

Traendo spunto dall’insegnamento di Romagnosi, Cammeo osserva che all’esercizio dei poteri discrezionali nel campo del diritto pubblico “deve presiedere il criterio generale di equità” la cui formula viene riassunta nella “legge del minimo mezzo, raggiungere il massimo utile dell’amministrazione col minimo sacrificio dei cittadini”<sup>94</sup>.

Tuttavia un’autorevole dottrina<sup>95</sup>, nel ricostruire il dibattito sul principio di equità nell’azione amministrativa, ha evidenziato come nella maggior parte dei

---

<sup>94</sup> F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, rist. 1960, 164, già anticipato nella famosa prolusione bolognese *L’equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 ss., nel quale l’A., pur confinata la regola del minimo mezzo nell’ambito del merito amministrativo, analizza tutte le diverse forme attraverso le quali il Consiglio di Stato aveva sino ad allora censurato il vizio dell’eccesso di potere.

Sull’equità invece come causa di eccesso di potere per “ingiustizia manifesta”: F. Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904, 90; S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, 218; Idem, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1928, 280; V. Miceli, *Sul principio di equità: brevi considerazioni*, Prato, 1904, 13 ss.; R. Alessi, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere cit.*, 102; P. Bodda, *Un nuovo caso di eccesso di potere?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1936, 186 ss.

A contrario, riconduce l’equità al merito dell’atto amministrativo: A. Amorth, *Il merito dell’atto amministrativo*, Milano, 1939, 41 ss., che ricondotta l’equità alla regola romagnosiana del minimo mezzo e distinti i concetti di equità e opportunità li ha poi confinati al merito dell’atto amministrativo, attinendo il primo ai rapporti tra amministrazione e amministrati ed il secondo all’utilità economica dell’agire della pubblica amministrazione; G. Scavonetti, *L’equità della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, 505 ss., che seguendo l’insegnamento di Cammeo (“che lo Stato consegua, con la sua azione, il massimo utile possibile è interesse anche dello singolo, ma gli interessi individuali di questo devono subire il minimo sacrificio possibile, tanto cioè quanto è sufficiente, perché sia raggiunto quell’utile pubblico che l’azione dello Stato mira a conseguire”), pur dando conto del sindacato da parte del Consiglio di Stato sull’ingiustizia manifesta quale estrema figura dell’eccesso di potere, lo pone al “di là dei limiti del mero giudizio di legittimità” (511); G. Codacci Pisanelli, *L’invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, 145.

Per una ricostruzione del dibattito, G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 255 ss.; F. Merusi, *Sull’equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss.; e più recentemente G. Bottino, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, che dopo aver ricostruito il concetto di equità nella dottrina amministrativa italiana si sofferma sul principio di equità quale contenuto essenziale “qualitativo” del potere amministrativo discrezionale: “il giudizio di equità, inteso...come imposizione di un giusto sacrificio agli interessi secondari, interviene qui come parametro cui commisurare la giustizia della compressione imposta alle posizioni giuridiche soggettive, che tali interessi detengono. Più in particolare, si deve considerare equa la comparazione che limita l’ampiezza del sacrificio imposto allo stretto necessario e che, altresì, realizza la selezione di tali interessi non concretizzando irragionevoli disparità di trattamento, ovvero manifeste ingiustizie”(117-118); sul legame tra equità e proporzionalità ancora R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, per il quale “a ben vedere, la ragionevolezza e la proporzionalità di configurano, addirittura, come principi più generali della giuridicità, alla stregua di clausole generali di equità e correttezza, ben oltre i confini del diritto pubblico” (265).

<sup>95</sup> F. Merusi, *Sull’equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl. cit.*, 359 ss.

casi in cui la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ravvisato un'ipotesi di ingiustizia manifesta per violazione del principio di equità<sup>96</sup>, tale figura sintomatica si spiega come “vizio logico di tipo quantitativo attinente alla sproporzione fra i presupposti di fatto esistenti e quelli previsti dalla fattispecie astratta che disciplina l'esercizio del potere, cioè secondo un giudizio non di equità, ma di congruità e di ragionevolezza”<sup>97</sup>.

L'equità romagnosiana, come regola del raggiungimento dell'utile pubblico col minimo sacrificio possibile nell'interesse privato, implicherebbe quindi un giudizio in termini di ragionevolezza e non di proporzionalità dell'azione amministrativa<sup>98</sup>.

Postula invece un giudizio in termini di proporzionalità, riconducendo la violazione di tale principio all'ambito della legittimità e non del merito amministrativo, Spagnuolo Vigorita a commento di due pronunce del Consiglio di Stato rispettivamente in tema di vincolo storico-artistico<sup>99</sup> ed espropriazione per motivi di pubblica utilità<sup>100</sup>.

Nel primo dei due commenti l'Autore mette bene in evidenza come, in relazione ad un ricorso in cui viene contestata un'ipotesi d'eccesso di potere sotto il profilo della non rispondenza alla situazione di fatto, della eccessività rispetto allo scopo perseguito e della iniquità manifesta in relazione ad un precedente comportamento dell'amministrazione, il Consiglio di Stato si sia limitato esclusivamente a negare la fondatezza delle censure nel caso di specie senza inficiare la validità ipotetica dei profili citati quali figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

Il fatto che il Collegio non abbia “escluso in principio che tra le figure dell'eccesso di potere possa e debba rientrare pure quella che si sostanzia nel rilievo di un'assoluta sproporzione tra il vincolo contenuto nell'atto e le esigenze di pubblico interesse che vi possano dar causa” starebbe quindi a dimostrare che “il principio della conformità dell'azione pubblica al fine assegnatole...deve...valere pure sotto il profilo dell'adeguatezza e della

---

<sup>96</sup> *Ex multis*, Cons. St., sez. IV, 5 giugno 1925, in *Giur. it.*, 1925, III, 237, Cons. St., sez. IV, 18 settembre 1909, in *Giur. it.*, 1910, III, 43; Cons. St., sez. IV, 22 maggio 1908, in *Giur. it.*, 1908, III, 313, Cons. St., sez. IV, 18 giugno 1920, in *Giur. it.*, 1920, III, 232; Cons. St., sez. IV, 9 novembre 1923, in *Giur. it.*, 1924, III, 38; Cons. St., sez. IV, 1 luglio 1921, in *Giur. it.*, 1921, III, 269; Cons. St., sez. IV, 10 luglio 1903, n. 348, n. 348, in *Giust. amm.*, 1903, I, 379.

Per un approfondimento della giurisprudenza coeva in tema di eccesso di potere per “ingiustizia manifesta” o “iniquità” si rinvia a: N. Pappalardo, *L'eccesso di potere secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Roma, 1932, in particolare 25.

<sup>97</sup> F. Merusi, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo cit.*, 373.

<sup>98</sup> Di diverso avviso, A. Zito, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno cit.*, il quale interpreta il concetto di “equità” richiamato dal 1° comma dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (“Ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione”) come “equità proporzionale” nel senso “che la decisione può dirsi equa quando è...misurata, ossia appare idonea, necessaria ed adeguata rispetto alle esigenze di cura dell'interesse pubblico assicurando nel contempo il minor sacrificio possibile dell'interesse privato” (435).

<sup>99</sup> Cons. St., sez. IV, 21 maggio 1958, n. 384, in *Riv. giur. ed.*, 1958, 626.

<sup>100</sup> Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1961, n. 417, in *Riv. giur. ed.*, 1961, 825 ss, con nota dal titolo *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*.

proporzionalità dell'uno all'altro: profilo sui cui tratti più marcati non può pertanto rifiutare l'indagine il giudice di legittimità”.

Nel secondo, ancora più esplicitamente, l'Autore riconosce valenza generale al principio “per cui il sacrificio dei diritti individuali deve essere quantitativamente proporzionato alla più stretta e inderogabile necessità pubblica”, limitandone però, a fronte del possibile imbarazzo che l'aspetto quantitativo di tale figura di eccesso di potere potrebbe causare alla distinzione tra legittimità e merito, il sindacato giurisdizionale in sede di legittimità alle sole ipotesi in cui la sproporzione fra l'utilità pubblica e la menomazione dei diritti dei privati sia “enorme e visibile”.

È però con la teoria gianniniana della discrezionalità amministrativa, come ponderazione dell'interesse pubblico primario e degli altri interessi secondari che concorrono a delineare la fattispecie concreta, che si compie un importante passo in avanti verso l'affermazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

In particolare è nell'analisi della giurisprudenza in materia di eccesso di potere per illogicità manifesta, con riferimento alla rilevanza dei c.d. motivi secondari, che sembra spostarsi l'attenzione dalla ragionevolezza della scelta operata dalla amministrazione agli effetti prodotti della medesima.

L'eccesso di potere, scrive Giannini nel 1981 “comporta un riesame esterno [alla stregua quindi del principio di ragionevolezza] della ponderazione comparativa degli interessi compiuta dall'autorità, sotto i profili della *completezza*, della *logicità* e della *giustizia*..., [certo] è preclusa al giudizio di eccesso di potere la ponderazione comparativa degli interessi ma non la valutazione della risultanza della scelta operata”<sup>101</sup>.

L'autore sembra quindi guardare alla scelta concreta dell'amministrazione, alla necessaria garanzia di *giustizia* della comparazione effettuata, o meglio degli esiti di essa.

Un decisivo passo in avanti verso la realizzazione di questo principio inespresso di giustizia sostanziale che la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere nell'esercizio della sua funzione<sup>102</sup> si è poi compiuta in termini più generali con la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa ad opera della legge generale sul procedimento amministrativo, che ha segnato il definitivo superamento del dogma della necessaria supremazia dell'interesse pubblico rispetto a tutti gli altri interessi coinvolti nel procedimento<sup>103</sup> realizzando la “giustizia attraverso il procedimento”<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 435 ss., il corsivo è dell'Autore.

<sup>102</sup> S. Cognetti, *Normative sul procedimento. Regole di garanzia ed efficienza cit.*, 123.

<sup>103</sup> F. Fracchia, *Manifestazione di interessi del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1996, 1, 11 ss.; D. Resta, *Alcune osservazioni sulla possibilità di individuare “gerarchia” e “coordinamento” tra interessi pubblici e privati nel provvedimento legislativo di riforma del procedimento amministrativo*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Milano, 1994, 213 ss.; S. Russo, *Appunti sulla gerarchia degli interessi nella l. 241/1990*, *ibidem*, 283 ss.; F. Brignola, *Introduzione*, *ibidem*, 9 ss.; G. Coraggio, *La posizione dell'interesse*

Nel momento in cui la legge n. 241/1990 consente ai portatori di interessi privati di partecipare all'istruttoria procedimentale, introducendo nel procedimento i propri interessi, e impone all'amministrazione di tenerli in adeguata considerazione e valutarli se pertinenti<sup>105</sup> al fine di adottare la soluzione concreta, anche qualora la scelta della pubblica amministrazione comporterà un sacrificio degli interessi secondari (nella misura in cui a seguito di una valutazione in termini di ragionevolezza questi debbano soccombere per il perseguimento del fine pubblico), allora vorrà dire che tale sacrificio dovrà comunque contenersi nei limiti di quanto strettamente necessario alla cura dell'interesse primario<sup>106</sup>.

Anche la valutazione in termini di proporzionalità compiuta dalla pubblica amministrazione presuppone quindi una ponderazione e una composizione degli interessi in conflitto, che abbiamo visto essere tipica della verifica di ragionevolezza dell'agire amministrativo, ma mentre "attraverso la verifica di ragionevolezza l'amministrazione valuta la qualità degli interessi al fine della corretta ponderazione degli stessi, cioè compie un percorso volto alla giustificabilità della scelta, ponendo in essere...una verifica di massima sulla non incongruità dell'uso del potere discrezionale, attraverso la valutazione di proporzionalità, l'amministrazione vaglia la adeguata intensità dell'uso del potere discrezionale, operando una misurazione del potere in relazione alla adeguatezza del sacrificio imposto all'interesse privato per il perseguimento dell'interesse pubblico"<sup>107</sup>.

---

*privato nella gerarchia degli interessi, ibidem, 79 ss.; F. G. Scoca, Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo, in Convivenza nella libertà. Studi in onore di Giuseppe Abbamonte, Napoli, 1999, 1261 ss.; R. Ferrara, Il procedimento amministrativo visto dal "terzo" cit., 1025 definisce il procedimento amministrativo come "la stanza di compensazione degli interessi pubblici e privati"; sul punto diffusamente F. Figorilli, Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti) cit.*

<sup>104</sup> Secondo la celebre definizione di M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, Vol. III, Milano, 1996, 1429 ss., 1438.

<sup>105</sup> Segnandosi così il passaggio dalla "quantità" alla "qualità" della partecipazione o ancora meglio "alla qualità del risultato dell'azione amministrativa" secondo le parole di S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000, 73 ss.

<sup>106</sup> D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 166-167; analogamente R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, per il quale "definire...la discrezionalità amministrativa come quella attività valutativa dei pubblici poteri che si sostanzia di bilanciamento, ponderazione, comparazione ecc., fra gli interessi pubblici, primari e secondari, e gli interessi dei privati null'altro significa (e plausibilmente significa) che l'attività amministrativa deve concludersi con misure proporzionali e proporzionate, in rapporto di coerenza tra mezzi e fini" (48).

<sup>107</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 322.

In questi termini, recentemente, Tar Campania, Salerno, 16 aprile 2010, n. 3933, in *giustizia-amministrativa.it*, dove si legge "la ragionevolezza è principio assoluto, in quanto non entra in comparazione con altri principi e non è derogabile, ed esprime in generale il canone secondo cui sono vietate le decisioni arbitrarie o irragionevoli. Esso è regola della attività di comparazione e bilanciamento degli interessi coinvolti, in cui si esprime l'essenza del potere amministrativo e della discrezionalità. Più in particolare, esso attiene al bilanciamento qualitativo degli interessi ed esprime la regola in base alla quale l'Amministrazione è tenuta a bilanciare gli interessi

Di qui, sebbene non manchino autorevoli voci contrarie<sup>108</sup>, sembra potersi sostenere che il principio di proporzionalità si configura in maniera del tutto autonoma rispetto al principio di ragionevolezza<sup>109</sup> dell'azione amministrativa,

---

compresenti nel procedimento in materia plausibile e giustificabile. La giurisprudenza (cfr. Cons. St., Ad. plen., n. 3/1993) ha in proposito avuto modi di affermare che, ai fini del sindacato di legittimità, non ci si deve chiedere semplicemente se un certo valore, isolatamente considerato, sia stato sacrificato, ma ci si deve piuttosto chiedere se il sacrificio sia ragionevole, tenuto conto della pluralità di valori coinvolti e della necessità di stabilire un equilibrio tra loro. Accanto al principio di ragionevolezza si pone (per alcuni come corollario o specificazione di esso, per altri come regola autonoma) il principio di proporzionalità. Questo esprime il canone in base al quale la pubblica Amministrazione, nell'assunzione delle proprie determinazioni, deve adottare la soluzione idonea ed adeguata con il minor sacrificio per gli interessi compresenti”.

<sup>108</sup> Considerano la proporzionalità come una variante, o una precisazione/corollario della ragionevolezza: S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 319; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite cit.*, 216; V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, 33; G. F. Cartei, *I principi del diritto comunitario*, in *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, (a cura di) S. Civitarese Matteucci e G. Gardini, Bologna, 2004, 27; F. Merusi, D. Sorace (a cura di), *Pagine scelte dal Manuale di Diritto amministrativo di Capaccioli*, Bologna, II, 1993, 1022 ss.; M. P. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico cit.*, 77 ss. per la quale la proporzionalità rientra tra le c.d. componenti determinate del principio di ragionevolezza; G. Morbidelli, *Il giudizio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo cit.*, per il quale “la ragionevolezza ingloba anche il principio di aderenza e adeguatezza alla situazione e ai fini proposti, già affermata prima della Costituzione e che più recentemente è stato definito principio di elasticità o flessibilità dell'azione amministrativa con il quale si vuole significare il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività, nel senso che il canone di adeguatezza postula una libertà di apprezzamento e di uso dei mezzi”(97) e che anzi “proprio il ripetersi di decisioni sulla ragionevolezza ha creato un corpus di principi che indirizzano l'azione amministrativa e che vengono ricondotti sotto l'etichetta della proporzionalità, della coerenza allo scopo, del non travisamento, della non contraddittorietà”(99).

<sup>109</sup> D. U. Galetta, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità cit.*, 153 e più diffusamente, Idem, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 285 ss.; C. Malinconico, *Il principio di proporzionalità cit.*, per il quale “La proporzionalità...è la giusta misura del potere, la ricerca della soluzione che raggiunge il maggiore risultato della somma algebrica di costi e benefici. La proporzionalità è, proprio, agli antipodi della verifica del provvedimento in senso formale. Essa, ha per di più, ormai assunto una propria autonomia, a fronte di figure limitrofe come la ragionevolezza e la razionalità. La razionalità implica la coerenza interna dell'atto. La ragionevolezza implica la plausibilità degli effetti ed ha una valenza piuttosto limitata: esclude solo ciò che nessuna persona sensata potrebbe condividere ed esclude gli eccessi di arbitrio. La proporzionalità è il canone che tende a realizzare il migliore assetto degli interessi compresenti”(69); S. Cognetti, *Normative sul procedimento. Regole di garanzia ed efficienza cit.*, 122-123; G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, 978 ss., il quale rileva come “il profilo della ragionevolezza faccia riferimento alla puntuale considerazione dello stato dei luoghi: essendo una tale operazione necessaria ai fini della scelta discrezionale se adottare o meno il provvedimento, questa sarà ragionevole quanto più si ponga in rapporto di causalità con un'oculata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti. Il profilo della proporzionalità, invece, fa riferimento...alla misura del provvedimento ed implica un giudizio comparativo (ti tipo quantitativo) tra il sacrificio imposto al singolo amministrato (e, quindi, tanti piccoli giudizi quanti sono gli amministrati nella cui sfera giuridica il provvedimento viene ad incidere) e l'interesse pubblico perseguito”(981); S. Cogliani, *Il principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, (a cura di) G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2001 607 ss.; M. E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione cit.*, 1114-1116; V. Parisio, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, 4-5, 717 ss., 723-725.

tanto che parte della dottrina ne ha rilevato l'operatività in momenti diversi del farsi del provvedimento amministrativo.

Secondo tale tesi<sup>110</sup>, infatti, “la ragionevolezza attiene e si riferisce al procedimento, all'*iter* procedimentale e dunque soprattutto all'istruttoria del procedimento, mentre la proporzionalità in senso stretto riguarda il provvedimento, in quanto misura concreta e positiva della comparazione/ponderazione e del bilanciamento del fascio di interessi coinvolti dall'attività amministrativa proceduralizzata.

In questo senso, la ragionevolezza del procedimento, e segnatamente dell'istruttoria procedimentale, misura la razionalità della procedura, e dunque il fatto che essa sia stata condotta facendosi ricorso a regole e a regolarità secondo logica e conoscenza (secondo scienza ed esperienza), nel quadro di un processo di formazione della conoscenza della realtà fattuale e della volontà caratterizzato da informazione e valutazione razionale, mentre la proporzionalità della statuizione finale, improntata al principio di adeguatezza, dà conto di come la cura dell'interesse pubblico individuato dalla legge (o più esattamente, interpretato nel procedimento) venga concretamente soddisfatto con il minor sacrificio possibile degli interessi provati”.

Entrambi i principi guidano, pur se in momenti diversi, l'esercizio discrezionale del potere amministrativo: la ragionevolezza, dando conto della razionalità dell'attività conoscitiva dispiegata nell'ambito dell'istruttoria procedimentale e del processo di comparazione e ponderazione degli interessi interessati dall'azione amministrativa; la proporzionalità, misurando tale processo di comparazione e dando conto dell'interpretazione finale e concreta che di tali interessi è stata conclusivamente effettuata<sup>111</sup>.

Con la conseguenza che una scelta amministrativa ragionevole e quindi la “massimizzazione”<sup>112</sup> dell'interesse primario rispetto a quelli secondari, pubblici e privati, non necessariamente si traduce anche in una scelta proporzionata (mentre è sempre vero il contrario e quindi una scelta proporzionata è necessariamente ragionevole) se tale “massimizzazione” non

---

<sup>110</sup> R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, 192.

<sup>111</sup> R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo cit.*, 194, per il quale “definire...la discrezionalità amministrativa come quella attività valutativa dei pubblici poteri che si sostanzia nel bilanciamento, ponderazione, comparazione ecc. fra gli interessi pubblici, primari e secondari, e gli interessi privati null'altro significa (e plausibilmente significa) che l'attività amministrativa deve concludersi con misure proporzionali e proporzionate, in rapporto di coerenza tra mezzi e fini” (48).

<sup>112</sup> F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss., così si esprime sul ruolo della proporzionalità nella massimizzazione dell'interesse pubblico: “La nozione di massimizzazione legittima dell'interesse pubblico (concreto) permette di qualificare gli interessi che intervengono nella scelta discrezionale in modo diverso: non separando interessi primari da secondari, ma distinguendo interessi pubblici da altri interessi. Im primi, unitariamente valutati, vanno a comporre l'interesse (pubblico) concreto la cui soddisfazione si pone come fine dell'azione amministrativa; i secondi, anche in ipotesi coincidenti con l'interesse che la l'amministrazione è chiamata a soddisfare svolgono un ruolo diverso: la loro valutazione serve a contenere la scelta discrezionale entro i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, elevate a Presidi della posizione (degli interessi) dei privati nei confronti dell'amministrazione (1055).

coincide anche con la minimizzazione del sacrificio imposto agli interessi privati incisi dal provvedimento.

Significativa sul punto una recente sentenza del giudice di merito<sup>113</sup> che espressamente colloca il principio di proporzionalità “tra i principi generali cui deve essere ispirato l’esercizio della discrezionalità amministrativa e, dunque, tra gli *standard* di controllo dell’attività dei pubblici poteri utilizzati dai giudici per garantire la giustizia sostanziale per la tutela delle posizioni giuridiche degli amministrati”.

L’amministrazione, per il giudice calabrese, “deve perciò adottare la soluzione più idonea ed adeguata comportante il minor sacrificio possibile per i soggetti titolari di interessi compresenti nell’azione amministrativa per ricercare la soluzione che comporti il minor pregiudizio per gli stessi; conseguentemente il principio di proporzionalità non assurge a principio rigido ma aperto dell’azione amministrativa, garantendo la razionalità e la legalità dell’agire per il corretto ed efficiente svolgimento delle attività giuridiche amministrative, con adattabilità al caso concreto si da costituire una sorta di parametro della “funzionalizzazione allo scopo perseguito dal soggetto che lo impiega”.

In questa prospettiva si consenta di esprimere qualche considerazione in merito al “parametro di proporzionalità” evocato dall’art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689 (“Modifiche al sistema penale”)<sup>114</sup> con riguardo alla determinazione in concreto della “misura” della sanzione amministrativa pecuniaria<sup>115</sup>.

Tale norma, richiedendo che per la determinazione delle sanzioni si abbia riguardo “alla gravità della violazione, all’opera svolta dall’agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche”, sembra infatti

---

<sup>113</sup> Tar Calabria, Reggio Calabria, 10 aprile 2006, n. 528, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>114</sup> Sul potere sanzionatorio in generale e senza alcuna pretesa di esaustività: S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Scritti minori*, II, Milano, 1950, 76 ss.; G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925; F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.; Idem, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, 1959, IV, 537 ss.; Idem, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell’azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI° Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980*, Milano, 1982, 33 ss.; E. Capaccioli, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrativa pecuniarie*, *ibidem*, 87 ss.; Idem, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, 126 ss.; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo cit.*, 1304 ss.; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 174 ss.; E. Rosini, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1981; M. A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; Idem, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1992, XXVIII; A. Vigneri, *La sanzione amministrativa, I. Origine e nozione*, Padova, 1984; A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983; C. E. Paliero, A. Travi, *Le sanzioni amministrative. Profili problematici*, Milano, 1988; Idem, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 1989, XLI, 345 ss.; E. Casetta, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, XIII, 598 ss.; P. Cerbo, *Sanzioni amministrative*, Milano, 1999; Idem, *Sanzioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico cit.*, 5424 ss.

<sup>115</sup> Che l’art. 11 della legge n. 689/1981 sia espressione del principio generale di proporzionalità è pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza, per tutti: Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1269, in *giustizia-amministrativa.it*.

rinvia (almeno) implicitamente ad una valutazione in termini di proporzionalità<sup>116</sup>.

Il che invero pone non pochi problemi sul piano sistematico se si considera che per la maggiore dottrina nell'esercizio di tale funzione sanzionatoria<sup>117</sup> non residua alcun spazio per una scelta discrezionale dell'amministrazione, sia per quanto riguarda l'*an*<sup>118</sup> che il *quantum*<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Di diverso avviso A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 230 s., per il quale poiché il problema dell'entità della sanzione (entro un minimo ed un massimo) e quindi della misura del potere è risolto in sede legislativa, "il nucleo della questione si rileva, invece, in sede di azione amministrativa, l'accertamento dei fatti e l'esperimento formalmente corretto della procedura amministrativa in contraddittorio. In tali casi, in assenza di una potestà amministrativa discrezionale, non potrebbe essere esperito un controllo della proporzionalità dell'azione. Una questione di proporzionalità potrebbe essere promossa esclusivamente innanzi alla Corte Costituzionale, qualora si sollevasse il dubbio di legittimità costituzionale in ordine alla proporzionalità della sanzione prevista dalla legge".

<sup>117</sup> Si consenta di ricordare come invece l'esercizio del potere disciplinare, che la dottrina riconduce alla categoria delle sanzioni amministrative come sorta di *species a genus*, sia connotato da un'ampia discrezionalità amministrativa (in tema, per tutti, G. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1974) e per ciò stesso si caratterizzi come campo d'applicazione tipico del principio di proporzionalità, come evidenziato da A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 228-236 e D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 190-191, cui si rinvia per l'accurata rassegna giurisprudenziale.

Più di recente sull'applicazione del principio di proporzionalità in materia disciplinare (anche dopo la privatizzazione del pubblico impiego operata dal d.lgs. n. 29/1993), *ex multis*: Cons. St., 31 maggio 2007, n. 2830; Cons. St., 12 febbraio 2007, n. 537; Tar Liguria, 7 marzo 2003, n. 375; Tar Molise, 7 dicembre 2007, n. 822; Tar Sardegna, 9 marzo 2000, n. 219; Tar Liguria, 19 gennaio 2001, n. 48; Tar Sicilia, 24 ottobre 2001, n. 1488, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>118</sup> Pur non potendosi trascurare la nota ricostruzione di U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901 secondo cui la funzione sanzionatoria avrebbe carattere discrezionale sia quanto all'esercizio della funzione che in ordine al contenuto del provvedimento (140), la dottrina successiva è sostanzialmente concorde nell'escludere la natura discrezionale della funzione *de qua*, sul tema: E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive cit.*, se ricorrono i presupposti di legge "non sta all'amministrazione di valutare se convenga piuttosto omettere l'applicazione della pena pecuniaria" (138); Idem, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie cit.*, 117 ss.; C. E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative cit.*, 397-400 che distinguono tra sanzioni (c.d. ripristinatorie) che si atteggiano a mezzi per la realizzazione di interessi particolari dell'amministrazione in relazione alle quali l'amministrazione sarà dotata di un potere discrezionale, in quanto il riferimento a tali interessi implica una valutazione sulla stessa applicazione della sanzione oltre che sulla tipologia di sanzione applicabile e sanzioni, come quelle amministrative di cui alla l. n. 689/1981, che avendo natura afflittiva e dissuasiva ed una finalità di prevenzione generale e speciale sono del tutto estranee ad una nozione di discrezionalità amministrativa, libera nell'apprezzamento e nella valutazione degli interessi; R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 3, 388 ss., in particolare 394-395; E. Casetta, *Sanzione amministrativa cit.*, 602; L. Cuocolo, *Le sanzioni amministrative tra caratteri afflittivi ed amministrazione attiva*, in *Quad. reg.*, 2002, 3, 531 ss., che distingue tra sanzioni amministrative punitive (espressione di un potere vincolato), pseudosanzioni amministrative tramite cui la pubblica amministrazione reintegra l'interesse pubblico leso secondo le regole della discrezionalità amministrativa (es. sanzioni in materia di abusivismo edilizio) e le sanzioni disciplinari; sulla distinzione anche F. Bassi, *Sanzioni amministrative edilizie e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 2, 480 ss.; N. Assini, *Abusi edilizi e sanzioni amministrative. Profili critici e aspetti ricostruttivi*, Milano, 1979, 42 ss. e C. E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative cit.*, 355 s.

Resta però che quella tra minimo a massimo edittale (ossia la “valutazione dell’infrazione sulla base della sanzione del precetto”<sup>120</sup>) è pur sempre una scelta; una scelta che la legge lascia ad una “valutazione soggettiva dell’amministrazione” e che per non sconfinare nell’arbitrio viene espressamente assoggettata ad una valutazione di adeguatezza<sup>121</sup>.

---

<sup>119</sup> Dottrina unanime: A. Vigneri, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 5, 1110 ss., 1119 s.; C. E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative cit.*, sottolineano infatti come il rilievo degli interessi devoluti alla cura dell’amministrazione (i cosiddetti “interessi sussidiati dalla funzione sanzionatoria”), che non rimangono del tutto estranei all’esercizio della funzione sanzionatoria “tanto è vero che la loro rappresentazione da parte dell’autorità amministrativa può costituire un elemento significativo per la determinazione del *quantum* della sanzione”, va rigorosamente circoscritto alla valutazione della gravità della sanzione in quanto “l’incidenza di questi interessi si risolve solo nella determinazione dell’entità della lesione o della messa in pericolo, con esclusione di qualsiasi apprezzamento libero, finalizzato alla migliore realizzazione degli stessi interessi” (370), e così argomentando confermano l’estraneità al modello sanzionatorio delineato dalla l. n. 689 di “scopi meramente attuativi di interessi particolari dell’amministrazione: l’unico interesse che può avere ingresso, come si è visto, è quello su cui ha inciso la violazione, e la rilevanza di esso non dipende dalla istituzione di relazioni con l’attività amministrativa, ma dipende esclusivamente dalla sua coincidenza con l’interesse che è oggetto della norma incriminatrice” (371). Alcuni autori ravvisano nel caso di specie un’ipotesi tipica di discrezionalità tecnica, così E. Riva Crugnola, *La determinazione della misura delle sanzioni amministrative*, in *Le sanzioni amministrative cit.*, 475 ss., per la quale di discrezionalità amministrativa in senso proprio “si può parlare solo ove la fattispecie normativa preveda l’alternatività tra due misure di genere diverso, alternativa da risolvere in funzione di specifici interessi pubblici” (482), escludono invece che si tratti di ipotesi di discrezionalità tecnica tanto C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 130 ss. che ne delinea il carattere riservato (139-140) che (implicitamente) D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Milano, 1995, 260 ss. per la quale “la categoria della discrezionalità tecnica non copre dunque, per definizione, tutto lo spazio che supponiamo aprirsi fra il vincolato e il discrezionale, giacché il riferimento ad un criterio estrinseco di individuazione del fenomeno – il suo costituire applicazione di regole proprie del sapere specialistico -, esclude per definizione che ad esso sia ascrivibile la generalità delle valutazioni e degli apprezzamenti non discrezionali compiuti dall’amministrazione” (263); altri invece parlano di una discrezionalità assimilabile a quella del giudice penale, così E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive cit.*, 139; Idem, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 280 ss.; Idem, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrativa pecuniarie cit.*, 119; A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa cit.*, 230.

<sup>120</sup> A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione cit.*, 114.

<sup>121</sup> In questo senso si leggono le parole di F. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell’azione amministrativa cit.*, 42-43, che ricorda come la sanzione amministrativa abbia “sempre con se un momento di valutazione soggettiva nel rapporto tra risarcimento e soddisfazione dell’interesse pubblico. Naturalmente vige anche qui il principio di imparzialità come tendenza all’obiettivazione dell’azione amministrativa, ma ciò non esclude che autorità diverse o destinatari diversi si trovino ad oggettivare o soggettivare identici precetti con sanzioni qualitativamente e talora perfino quantitativamente diverse. È qui il punto fondamentale del problema ed è qui la conclusione più rilevante che deve essere tenuta presente in ogni ricostruzione del sistema delle sanzioni amministrative che riconosca in esse la profonda diversità dalle sanzioni giurisdizionali e la loro vera qualità di mezzi per la realizzazione non dell’ordinamento, ma dell’azione amministrativa”. Sull’applicazione del principio di imparzialità anche all’attività vincolata F. G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, (a cura di) S. Amoroso, Milano, 1995, 257 ss., 288; F. M. Nicosia, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell’amministrazione e tutela giurisdizionale. Parte prima. Potere ed eccesso di potere nell’attività amministrativa discrezionale*, Napoli, 1991, 136 ss.; S. Spuntarelli, *Il principio di*

Certo, qui siamo dinnanzi ad un'attività di "accertamento" di fatti e ad una "qualificazione" dei medesimi alla stregua di norme giuridiche nelle quali la ponderazione tra l'interesse pubblico al raggiungimento dello scopo e l'interesse privato a subire l'onere minore possibile nell'ambito del raggiungimento dello medesimo è stata effettuata a monte dal legislatore (per cui la *punizione* del trasgressore è già considerata dal legislatore la *misura proporzionale* all'interesse da raggiungere), ma non dimentichiamo che tale qualificazione presuppone una commisurazione della sanzione agli elementi soggettivi ed oggettivi indicati dalla norma (che l'amministrazione deve apprezzare) e quindi in ultimo una valutazione di "adeguatezza della norma rispetto alla gravità del comportamento nell'ambito della cornice edittale prevista"<sup>122</sup>.

Sebbene il principio di proporzionalità nell'ambito sanzionatorio venga interpretato dalla giurisprudenza come "principio di giusta retribuzione da osservare nella reintegrazione dell'ordine giuridico violato"<sup>123</sup>, assumendo pertanto un significato tutt'affatto diverso rispetto a quello tradizionale<sup>124</sup> (che come detto attiene alla ponderazione tra un interesse primario e uno o più interessi secondari), la circostanza che tale principio generale in una delle sue componenti essenziali (l'adeguatezza) determini il contenuto di una decisione, come quella sanzionatoria, che in quanto vincolata<sup>125</sup> non richiede una "ragionevole ponderazione" degli interessi confliggenti, non può che

---

*legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 223 ss., in particolare 226.

<sup>122</sup> G. Zuballi, *Il controllo della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario cit.*, 147 ss., ricorda infatti come "l'attività dell'amministrazione debba essere proporzionale rispetto a due parametri, il fatto, o meglio la qualificazione del fatto, e gli interessi coinvolti, diversi rispetto all'interesse pubblico primario. I due aspetti risultano naturalmente legati, perché nell'agire amministrativo il fatto non vuol dire semplicemente un evento, ma quell'evento rapportato agli interessi che su di esso convergono" (169).

<sup>123</sup> In questi termini Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2006, n. 1269 cit. In generale, sull'applicazione del principio di proporzionalità alle sanzioni amministrative Cons. St., sez. IV, 3 agosto 1998, n. 1123, in *Foro amm.*, 1998, 1-2, 2038; Cons. St., sez. V, 11 aprile 1996, n. 394, in *Riv. giur. amb.*, 1, 131; Tar Lazio, Roma, 19 novembre 2002, n. 10131, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>124</sup> Sul diverso significato che il principio di proporzionalità, anche nel diritto comunitario, assume in relazione alla irrogazione delle sanzioni afflittive si rinvia a quanto osservato da A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998, 89 s.

<sup>125</sup> Per la maggiore dottrina, il *proprium* della vincolatezza consiste nel costituire l'effetto giuridico realizzando l'assetto di interessi *ex ante* prefigurato dal legislatore senza alcun "contributo creativo", in questi termini per tutti: F. G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento cit.*, 287; G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere cit.*, 330 ss.; A. Azzena, *Potere amministrativo e discrezionalità*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, II, 1993, 1195 ss., 1196 s.; per F. M. Nicosia, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Parte prima. Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa discrezionale cit.*, si ha vincolatezza "allorché la norma abbia inteso prefigurare, in linea di principio, ogni ipotesi o situazione ad essa riconducibile... Nell'attività vincolata si tratta di attribuire, mediante un procedimento logico-deduttivo, un significato, traendone conseguenza pratiche necessitate, a un testo normativo. A detto testo, infatti, è direttamente riconducibile l'esistenza...del vincolo, il contenuto del quale risulta interamente desumibile dal testo stesso" (99-100).

confortare, almeno a parere di chi scrive, la tesi della sua autonomia sul piano ontologico rispetto al principio di ragionevolezza<sup>126</sup>.

4.1 *Il giudizio di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa: l'autonomia "sostanziale" ma non (sempre) "processuale" dei due principi.*

La diversità tra il principio di ragionevolezza e di proporzionalità o meglio la diversità tra gli schemi logico-giuridici attraverso i quali l'amministrazione compie una valutazione in termini di ragionevolezza prima e di proporzionalità poi<sup>127</sup> si riflette con tutta evidenza sul sindacato compiuto dal giudice amministrativo in sede di legittimità, caratterizzando in termini del tutto peculiari lo schema logico-argomentativo che prelude ad una pronuncia d'illegittimità per irragionevolezza o viceversa ad un annullamento per violazione del principio di proporzionalità, essendo tale controllo, di fatto, una proiezione sul piano processuale del giudizio compiuto (o che avrebbe dovuto compiere) sul piano procedimentale l'amministrazione.

Ed è proprio sulla diversità (*rectius* autonomia) tra la verifica giudiziale di ragionevolezza e quella di proporzionalità che appare ora utile soffermarsi onde meglio marcare quei confini, già in parte delineati, tra ragionevolezza e proporzionalità.

Sebbene sin dall'inizio del secolo scorso siano innumerevoli le pronunce del giudice amministrativo nelle quali il principio di ragionevolezza viene assunto (più o meno espressamente) a parametro di controllo del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa, censurandone la legittimità sotto il profilo dell'eccesso di potere, è stato rilevato<sup>128</sup> come, per lo meno sino all'inizio degli

---

<sup>126</sup> L'esempio delle sanzioni appare decisivo anche su un altro fronte. Sebbene espressione, come detto, di un potere teoricamente vincolato, il potere sanzionatorio conosce manifestazioni improntate alla più ampia discrezionalità come la (eventuale) decisione di non applicare la sanzione prevista dalla legge. Sul tema F. M. Nicosia, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Parte prima. Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa discrezionale cit.*, non ritenendo sufficiente che tale fenomeno sia *sic et simpliciter* ricondotto ad una "disfunzione dell'agire dei pubblici potere, una volta chiarito che i fenomeni medesimi sono consustanziali a ogni attività cognitiva, che presuppone un'interazione tra osservatore e fatto osservato; e tanto più allorché tale attività cognitiva costituisce una funzione e un potere" (155), né ritenendo sufficiente "che il rimedio a siffatte disfunzioni sia tutto negli incerti meccanismi di responsabilità politica: posto che di attività amministrativa si tratta e di attività amministrativa illegittima in particolare", pensa che soluzioni adeguate debbano essere rintracciate all'interno del sistema di diritto a partire dall'"operatività generalizzata dell'art. 97 Cost." (156) e quindi, aggiungerei, del principio di proporzionalità che ne è *summa* espressione.

<sup>127</sup> Successione che va ovviamente intesa in senso meramente logico e non certamente cronologico.

<sup>128</sup> G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa cit.*, 939 ss., evidenzia come nella giurisprudenza precedente agli anni '70 un giudizio "in termini di ragionevolezza" si possa rintracciare anzitutto nell'analisi sull'apprezzamento dei fatti, sebbene in tale pronunce la ragionevolezza si atteggi a mera "regola di buon senso"; in secondo luogo, nell'analisi sulla sussistenza di determinati requisiti previsti dalla legge nell'esercizio di poteri discrezionali, in cui la ragionevolezza si identifica spesso con "ragioni obiettive" che giustificano l'esercizio di tali poteri; ma anche nell'analisi sulla rispondenza del provvedimento allo spirito della legge, in cui la ragionevolezza consiste nella semplice conformità del provvedimento alle finalità della legge; ed infine nell'analisi sulla congruità della motivazione e dei criteri fissati in via

anni '70, non sempre nelle pronunce in cui viene formulato un “giudizio in termini di ragionevolezza” vi è poi un’applicazione effettiva del “principio di ragionevolezza” intesa, in senso proprio, come scelta tra più soluzioni tutte astrattamente legittime e possibili.

Solo a partire da tali anni infatti aumentano i casi in cui il giudice amministrativo, guardando più da vicino l’esercizio del potere discrezionale, si spinge a valutare la ponderazione degli interessi compiuta dall’amministrazione censurandola sul piano dell’irragionevolezza, quantunque il termine “ragionevolezza” compaia raramente nel dispositivo.

Una sorta di *leading case*<sup>129</sup> in materia è rappresentata dalla pronuncia dell’Ad. Pl. 6 febbraio 1993, n. 3<sup>130</sup>. nella quale i giudici (“al di là del *nomen iuris* attribuito dai ricorrenti ai loro motivi di ricorso”) si soffermano con attenzione sul contenuto della verifica di ragionevolezza da compiersi al fine di accertare l’eventuale illegittimità del provvedimento impugnato .

Gli atti impugnati in primo grado e successivamente in appello rientravano tra quelli emanati dal comune di Roma ai sensi della l. 24 marzo 1989, n. 122, contenente misure per eliminare gli inconvenienti causati dall’eccessivo afflusso di autoveicoli nei centri urbani<sup>131</sup>.

Tali provvedimenti, come ha precisato il Collegio nella pronuncia in esame “implicano scelte latamente discrezionali entro un arco molto esteso di diverse soluzioni possibili, innanzitutto sul punto se istituire o meno la zona traffico limitato, poi sulla sua estensione topografica, quindi sulla durata oraria dei divieti, e ancora sull’estensione dei divieti a questa o a quella categoria di utenza o di veicoli ecc”.

E proprio “nella ricerca del punto ottimale di equilibrio fra più esigenze contrapposte ma ugualmente tutelate, è normale che si prospetti una intera gamma di soluzioni possibili.

In taluni casi, è la stessa legge ad indicare, in modo vincolato, la soluzione da preferire; in altri, la legge si limita a delimitare l’ambito delle scelte consentite,

---

preventiva dai pubblici poteri, dove invece la ragionevolezza del provvedimento viene dedotta rispettivamente dall’analisi della motivazione e dei criteri; G. Corso, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2002, 2, 437 ss., il quale evidenzia come nella giurisprudenza amministrativa non si registri una vera e propria autonomia del vizio di ragionevolezza rispetto ad alcune figure sintomatiche, quali il difetto o incongruenza della motivazione, la disparità di trattamento, l’ingiustizia manifesta (445 ss.).

<sup>129</sup> Lo considerano tale: A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa cit.*, 322 ss.; S. Cogliani, *Il principio di ragionevolezza dell’azione amministrativa cit.*, 617 ss.

<sup>130</sup> Pubblicata in *Cons. St.*, 1993, 2, 153 ss.

<sup>131</sup> Ed in particolare gli atti adottati ai sensi del combinato disposto del suo articolo 13, che attribuiva ai comuni il compito di delimitare le aree pedonali urbane e le zone a traffico limitato tenendo conto a tal fine “degli effetti del traffico sulla sicurezza della circolazione, sulla salute, sull’ordine pubblico, sul patrimonio ambientale e culturale e sul territorio”, e dell’art. 3 dell’allora vigente T. U. sulla circolazione stradale che attribuiva all’ente proprietario della strada il potere di “stabilire obblighi, divieti e limitazioni di carattere temporaneo o permanente per ciascuna strada, o tratto di essa o per determinare categorie di utenti, in relazione alle esigenze della circolazione o alle caratteristiche strutturali delle strade” e di “riservare corsie a determinate categorie di veicoli” e di “accordare per accertate necessità, permessi subordinati a speciali condizioni e cautele” in deroga alle suddette limitazioni.

lasciando l'autorità amministrativa libera di effettuare la scelta definitiva fra più opzioni ugualmente legittime.

Questo è ciò che comunemente si chiama discrezionalità amministrativa.

Pertanto ai fini del sindacato di legittimità, non ci si deve chiedere se un certo valore, isolatamente considerato, sia stato sacrificato, ma ci si deve chiedere piuttosto se il sacrificio sia ragionevole tenuto conto della pluralità di valori e della necessità di stabilire un equilibrio tra loro.

Gli stessi valori indicati dall'art. 13 della legge n. 122 del 1989 sono, almeno in parte, antitetici fra loro: da un certo punto di vista, infatti, si potrebbe sostenere, ad esempio, che per la sicurezza della circolazione e la salvaguardia dell'ambiente la soluzione ottimale sia la totale interdizione di ogni tipo di veicolo a motore nei centri abitati; e tuttavia tale soluzione confliggerebbe, almeno in parte, con gli interessi (pure indicati dall'art. 13) dell'ordine pubblico (in vista del quale invece è necessaria la libertà di circolazione quanto meno degli automezzi in servizio di polizia) e della salute pubblica (con riferimento alla libertà di circolazione dei mezzi di soccorso e di quelli usati dai medici chiamati a visite domiciliari).

D'altronde, se la legge avesse voluto imporre la soluzione del divieto assoluto ed inderogabile, non avrebbe concesso alle autorità locali la facoltà di istituire, oltre le aree pedonali urbane, a regime più rigoroso, le zone a traffico limitato, il cui regime è, per definizione, più flessibile, essendovi consentita la circolazione a particolari categorie di utenza o di veicoli".

Provvedimenti di tale genere, secondo i giudici sono "sindacabili in sede di legittimità, eventualmente anche in termini di ragionevolezza. E' infatti possibile che taluno di essi risulti manifestamente irragionevole (cioè incoerente, contraddittorio, arbitrario), in rapporto alle finalità perseguite dalla legge, e dunque illegittimo. Tale sarebbe il caso di un ipotetico provvedimento che vietasse la circolazione nei centri urbani ai veicoli sprovvisti di dispositivi anti-inquinamento, lasciando via libera agli altri; oppure che desse libertà di circolazione a tutti i mezzi privati e la negasse ai veicoli di soccorso. Ma altro è affermare l'illegittimità di un atto manifestamente irragionevole, e altro è dire che ogni atto che appare per qualche verso criticabile, discutibile, poco convincente, sia da ritenere, per ciò solo, irragionevole e dunque illegittimo".

La disposizione contestata dai ricorrenti che riguardava una deroga a provvedimenti restrittivi della circolazione di autoveicoli con riguardo a particolari categorie di utenti<sup>132</sup> ad avviso dei giudici è invece "sorretta da

---

<sup>132</sup> Si trattava, oltre ai titolari di società ed aziende aventi un'attività commerciale in centro, di coloro che pur privi di tale presupposto disponessero *ivi* di un'adeguata autorimessa e avessero un'effettiva e comprovata necessità di raggiungerla per lo svolgimento della propria attività e di liberi professionisti che ne avessero necessità in ragione dello svolgimento nel centro storico di un'attività professionale in considerazione della disponibilità di posti-auto fuori dalle sede carrabili. Poiché il motivo del contendere riguardava non un'eccessiva restrizione della libertà di circolazione o della libertà di iniziativa economica bensì un presunto eccessivo ampliamento della stessa, per A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 323 (in nota), non ricorrono "le condizioni necessarie per l'esercizio del controllo della proporzionalità-adequatezza. Ad altra soluzione si sarebbe pervenuti nell'ipotesi di un'eccessiva restrizione del transito veicolare che avesse inciso gravemente sugli interessi degli esercenti il commercio nella zona

ragionevolezza, in quanto attribuisce rilievo determinato o almeno prevalente alla disponibilità di un'auto privata o di un posto-auto fuori dalla sede stradale. E' ben noto, infatti che gli effetti negativi di una indiscriminata libertà di circolazione dei centri storici derivano non solo dai veicoli in movimento ma anche da quelli che solo lasciati per ore a ingombrare il suolo pubblico...[per cui] non è irragionevole che, a parità di ogni altra condizione, si conceda un trattamento di maggiore favore a chi si assuma il costo di un'auto privata o di uno spazio-sosta privato, risparmiando alla collettività i costi diretti e indiretti di una prolungata occupazione degli spazi pubblici”.

Per cui se la finalità della deroga è quella di assicurare al centro storico una certa efficienza e vitalità, “puntando” su determinate attività commerciali e professionali, non è irragionevole la scelta con la quale si decide di concentrare i permessi proprio in capo a coloro che più contribuiscono allo sviluppo delle attività considerate meritevoli di tutela.

Dalla pronuncia in esame emerge chiaramente che, una volta individuato dall'amministrazione comunale l'interesse pubblico concreto dato dalla comparazione e ponderazione degli interessi pubblici astrattamente individuati dalla norma di legge (la sicurezza della circolazione, la salute, l'ordine pubblico, il patrimonio ambientale e culturale, il territorio) e degli interessi privati (la circolazione, lo svolgimento di un'attività lavorativa), la verifica di ragionevolezza compiuta dal giudice riguarda solo l'accettabilità della ponderazione degli interessi operata dall'amministrazione e quindi l'accertamento dell'equo bilanciamento sul piano qualitativo degli stessi.

Risulta quindi del tutto estranea ad un giudizio di ragionevolezza la verifica della misura concreta del potere esercitato e quindi una valutazione in termini di idoneità e dell'adeguatezza del mezzo al fine, bastando solo che l'esito del bilanciamento degli interessi compiuti dall'amministrazione non sia incongruo rispetto ai valori fissati e agli elementi concreti acquisiti nel corso dell'istruttoria procedimentale (tale sarebbe stato il provvedimento in esame qualora, ad esempio, avesse concesso deroghe sulla base di criteri diversi da quelli legati allo svolgimento di attività economiche, come criterio di residenza, domicilio, di età ecc.).

La sentenza in esame sembra inoltre escludere un'invasione da parte di un giudizio di ragionevolezza del c.d. merito amministrativo<sup>133</sup>, in quanto la

---

interessata. In tal caso, il controllo di legittimità avrebbe potuto essere esplicato in modo più penetrante; onde, in presenza di idonee condizioni, il giudice avrebbe potuto esercitare il controllo della proporzionalità dell'azione”.

<sup>133</sup> Sulla distinzione tra merito e legittimità con riguardo alla sentenza in esame: E. Cannada Bartoli, *Sulla tardività della delibera a stare in giudizio; sui limiti della discrezionalità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1994, 1, 113 ss.

In generale G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, per il quale il sindacato di ragionevolezza si distingue dal sindacato di merito “in quanto non comporta una rinnovazione delle scelte compiute dalla pubblica amministrazione, una ridiscussione della ponderazione degli interessi operata dall'autorità amministrativa, ma una verifica, esterna, della ragionevolezza, vale a dire dell'accettabilità secondo un criterio di valutazione corrente delle determinazioni assunte” (187-188), per cui “tra sindacato di legittimità e di merito non solo non esiste differenza di oggetto entrambi avendo riguardo all'esercizio della discrezionalità, ma

valutazione del giudice non riguarda qui l'opportunità o la convenienza della scelta effettuata dall'amministrazione comunale che rientrano certamente nell'alveo di ciò che non può che essere riservato alla pubblica amministrazione, ma solo la "qualità" della ponderazione che porta a tale scelta.

In termini del tutto diversi si atteggia lo schema logico compiuto dal giudice in sede di legittimità nei casi in cui viene espressamente<sup>134</sup> chiamato a sindacare la legittimità dell'azione amministrativa sulla base del principio di proporzionalità.

Sebbene autorevole dottrina<sup>135</sup> consideri il Caso "Costruzioni Generali", Cons. St., 18 febbraio 1992, n. 132, come uno dei primi esempi di applicazione del

---

nemmeno di tecnica sostanziale: in effetti anche il giudizio di legittimità non comprende solo la (verifica della) applicazione di norme giuridiche, ma implica l'utilizzo pure di standard valutativi: solo che per la legittimità si tratta di standard generali di verifica di correttezza del processo valutativo decisionale, per il merito di revisione di una specifica decisione alla luce di speciali canoni di valutazione dell'interesse pubblico" (205); negli stessi termini A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale cit.*, 343.

La distinzione tra discrezionalità e merito amministrativo continua ad essere uno dei temi più attuali del diritto amministrativo, anche per l'emersione di principi come quello di proporzionalità che consentono un controllo dell'operato dell'amministrazione che si pone indubbiamente ai confini della legittimità. Per delineare i termini della questione, non essendo possibile in tale sede soffermarsi su essa con la necessaria e dovuta attenzione, si consenta di rinviare a: V. Ottaviano, "Merito" (*diritto amministrativo*), in *Nuovo mo Dig. It.*, Torino, 1963, 575 ss.; Idem, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1992, 267 ss.; M. S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Scritti. 1939-1948*, Vol. II, Milano, 2002, 347 ss.; G. Coraggio, *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1976, XXVI, 130 ss.; A. Pubusa, *Merito e discrezionalità*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, IX, 401 ss.; A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo cit.*; C. Mortati, *Ancora sul merito amministrativo*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Vol. III, Milano, 1972, 1034 ss.; E. Capaccioli, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, 14, 1363 ss.; P. G. Ponticelli, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XX; F. G. Scoca, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova rass.*, 1981, II, 1376 ss.; L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, 1 ss.; A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. Amm.*, 2008, 3, 517 ss.

<sup>134</sup> Per un'attenta rassegna sull'applicazione "mascherata" del principio di proporzionalità nella giurisprudenza italiana: A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 136 ss.

<sup>135</sup> A. Sandulli, *Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato cit.*, 585 ss., 588. La fattispecie attiene alla sospensione, con ordinanza sindacale, dei lavori di costruzione di un fabbricato iniziati da parte di un soggetto privato a seguito di una concessione edilizia tacitamente formatasi. Secondo il giudice la pubblica amministrazione, nell'adottare misure amministrative a tutela di un interesse pubblico deve, in primo luogo, ponderare e tenere in considerazione altri interessi pubblici o privati eventualmente coinvolti o sacrificati dall'atto finale, in secondo luogo, indirizzare l'attività amministrativa verso il coordinamento e la composizione degli interessi confliggenti ed infine, nell'adottare provvedimenti amministrativi lesivi dell'altrui sfera giuridica, deve sempre ricercare "forme e modalità tali da arrecare il minor sacrificio possibile". Partendo da tali presupposti, lo strumento dell'ordinanza d'urgenza di sospensione dei lavori adottato dall'amministrazione, con il conseguente sacrificio totale di un diritto soggettivo del privato, è ritenuto dal giudice non quello più "appropriato", non essendoci tra l'altro le "condizioni di assoluta urgenza, gravità del pericolo del danno e impraticabilità di misure alternative meno gravose, condizioni che consentono una tanto grave compressione della sfera giuridica del concessionario". L'amministrazione, avrebbe

principio di proporzionalità, altrettanto significativa al fine di distinguere il giudizio di ragionevolezza da quello di proporzionalità appare una pronuncia di qualche anno successiva<sup>136</sup>.

Il riferimento è alla sentenza del Tar Lombardia, 5 maggio 1998, n. 922<sup>137</sup>.

Nella caso in esame il giudice di primo grado stabilisce l'illegittimità, per lesione del principio di proporzionalità, della clausola di un bando di gara per l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e termodistruzione di rifiuti ospedalieri trattati, la quale, richiedendo la disponibilità da parte dei candidati di due forni inceneritori obbligatoriamente gestiti da enti pubblici, discriminava sia i soggetti convenzionati con gestori privati che i gestori in proprio di un impianto di smaltimento.

Il Tar, riconosciuta la vigenza nel nostro ordinamento del principio generale di proporzionalità dell'azione amministrativa in correlazione con il principio di buon andamento e di ragionevolezza, individua nell'idoneità, nella necessità e nella proporzionalità in senso stretto gli elementi costitutivi attraverso i quali verificare la legittimità della decisione amministrativa.

Applicando alla vicenda controversa tali criteri, premesso che "l'impianto normativo dettato dal legislatore nazionale e regionale...parifica pienamente (non essendo rinvenibile nel testo alcun elemento testuale in contrario) i soggetti gestori di impianti di smaltimento dei rifiuti, pubblici o privati che siano", ne risulta: *a)* che la autorizzazione di tali attività a previa autorizzazione regionale ed il rilascio della stessa solo a conclusione di un complesso *iter* procedimentale inteso ad accertare l'idoneità dei richiedenti sono stati evidentemente ritenuti dal legislatore presupposti idonei e necessari, ovvero proporzionati a garantire l'incondizionata affidabilità del soggetto autorizzato...*b)* che...l'esigenza dell'Azienda U.S.S.L...di assicurare la continuità del servizio anche in caso di fermo di uno degli inceneritori utilizzati è stata adeguatamente perseguita mediante richiesta di convenzionamento con due impianti; *c)* che, al contrario, non risulta idonea e tanto meno necessaria al raggiungimento dell'obiettivo prefissato, e quindi non assolutamente

---

quindi potuto perseguire in modo altrettanto efficace l'obiettivo prefissato, adottando una misura che avrebbe comportato una minore compressione di altri interessi.

<sup>136</sup> Sebbene nella sentenza in esame i giudici non si esprimano esplicitamente né a favore dell'autonomia del principio di proporzionalità da quello di ragionevolezza né nel senso della piena coincidenza tra essi, limitandosi a statuire che "nel nostro ordinamento tale principio [proporzionalità] non è oggetto di richiami testuali nelle disposizioni costituzionale, ma ben può essere *correlato* [corsivo mio] al principio di buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost....e, più in generale, al principio di ragionevolezza" (Punto 4.4. in diritto).

<sup>137</sup> Pubblicata in *Foro Amm.*, 1998, 9, 2452 ss., con nota di I. Zingales, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari di bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, 2457, per il quale "...sindacare l'idoneità dell'atto o del mezzo prescelto alla stregua del paradigma della proporzionalità significa giudicare soltanto la discrezionalità amministrativa, che consiste e si estrinseca essenzialmente in una facoltà di scelta fra comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, e non già penetrare nella sfera riservata del merito amministrativo...in quanto l'*ubi consistam* di questa seconda categoria [consiste] in un predicato di valutazione di opportunità in ordine alla scelta discrezionale concretamente effettuata [sulla base di regole non giuridiche di buona amministrazione che sono mere regole di opportunità pratica]". In termini sostanzialmente analoghi, recentemente, Cons. St., 5 marzo 2010, n. 1274, in *giustizia-amministrativa.it*.

proporzionata allo stesso, la decisione di condizionare la scelta degli impianti alla gestione degli stessi da parte di enti pubblici, nel convincimento... che tale circostanza offra maggiori garanzie di affidabilità e controllo, convincimento del tutto infondato alla luce delle disposizioni normative che regolano l'attività in questione.”

Dal percorso logico-argomentativo seguito dal giudice emerge chiaramente la diversità del giudizio di proporzionalità rispetto a quello di ragionevolezza, attenendo il secondo ad una verifica sulla “qualità” della ponderazione, con la conseguenza che il sacrificio imposto agli interessi è censurabile sul piano della legittimità solo se lo stesso si palesi “palesamente irragionevole”, ed il primo ad un controllo della “quantità” e della “intensità” del potere esercitato dalla amministrazione.

A conferma di quanto appena sostenuto possono essere addotti moltissimi altri esempi, posto che nell'ultimo ventennio si è registrato un ricorso crescente al canone di proporzionalità nel sindacato di legittimità dell'azione amministrativa<sup>138</sup>.

Tra queste si consenta di segnalarne alcune proprio per la chiarezza dell'*iter* logico-argomentativo seguito dal giudice, come Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006 n. 2087, che censura, per violazione del principio di proporzionalità, alcune prescrizioni imposte dalla provincia in relazione ad una autorizzazione concessa in precedenza per lo svolgimento dell'attività di smaltimento dei rifiuti, in quanto la portata e l'onerosità di tali imposizioni, valutate analiticamente alla luce dei controlli già previsti ed in atto, risulta non adeguata, non necessaria ed eccessivamente affittiva per titolari dell'attività smaltitoria.

Ma anche Tar Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2005, n. 1356, che annulla per violazione del principio di proporzionalità un provvedimento di diniego relativo ad una richiesta di autorizzazione agronomica per l'utilizzo di reflui zootecnici e alcune disposizioni contenute nelle norme tecniche di attuazione allegata al piano regolatore che vietavano in maniera assoluta ed inderogabile, su tutto il territorio comunale, allevamenti suinicoli ad esclusione di quelli a stretto uso familiare, così argomentando “...alla luce del principio di proporzionalità le citate disposizioni sono illegittime perché introducono una misura, che se pur idonea a risolvere in radice ogni interferenza tra allevamenti ed aree residenziali, risulta chiaramente porre un inutile e gravoso limite al diritto di proprietà ed alla libertà di iniziativa economica del ricorrente, un vincolo che eccedendo lo scopo della tutela della salubrità dell'ambiente non è necessario e risulta sproporzionato, atteso che l'art. 216 del R.D. 27 luglio 1934, n. 1256 e le norme che fissano le distanze minime tra gli allevamenti e le aree residenziali, già apprestano un'effettiva tutela preventiva di tale interesse pubblico”.

E Tar Puglia, Lecce, 31 marzo 2004, n. 2216, che annulla per violazione del principio di proporzionalità il bando di gara per la concessione in appalto del

---

<sup>138</sup> Come dimostrano le ricostruzioni giurisprudenziali di A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 196 ss.; D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 202 ss. cui certamente si rinvia.

servizio di gestione dei tributi comunali nella parte in cui impone, quale titolo di partecipazione alla gara, il possesso di requisiti ulteriori rispetto all'iscrizione all'Albo nazionale dei soggetti abilitati ad effettuare attività di liquidazione ed accertamento dei tributi (tra i quali l'inserimento nella propria organizzazione imprenditoriale di un ufficio legale), proprio "in quanto tali requisiti aggiuntivi...non si giustificano alla luce delle dimensioni del comune appaltante...ed alla luce del contenuto del servizio in argomento".

Ma anche Tar Basilicata, 16 agosto 2000, n. 507, che accoglie parzialmente il ricorso per l'annullamento di un'ordinanza di sgombero di un fabbricato per violazione del "principio di proporzionalità tra mezzo e fine" in quanto "gli atti istruttori che hanno preceduto l'adozione dell'ordinanza se hanno dimostrato l'esistenza di una situazione di pericolo certamente non hanno dimostrato che tale situazione è superabile solo con la demolizione del fabbricato. Nessuna relazione tecnica, infatti, ha escluso che, effettuate le necessarie opere di consolidamento, anche onerose, il fabbricato possa continuare ad esistere senza pericolo per la pubblica e privata incolumità, né in tal senso c'è una specifica motivazione nell'atto come sarebbe stato necessario...è certamente legittima l'ordinanza impugnata nella parte in cui obbliga lo sgombero...illegittimo è invece l'ordine di demolizione...per la demolizione, infatti, l'Amministrazione avrebbe dovuto provare che il pericolo attuale sia superabile solo abbattendo l'immobile e che non sia possibile un suo risanamento".

Ed infine, il Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2001, n. 2670, che accoglie l'appello presentato dal Ministero dell'Interno contro la sentenza di annullamento di un decreto ministeriale recante il diniego di ampliamento di una licenza di vigilanza, così statuendo, "...allorché venga denegata l'autorizzazione all'apertura di un istituto di vigilanza...non basta affermare che il nuovo istituto non è necessario considerato il numero degli esercizi preesistenti, delle guardie e dei sistemi di vigilanza esistenti...occorre invece dimostrare che il numero e le dimensioni degli istituti opranti è tale che l'apertura di un nuovo istituto, con la conseguente esasperazione della concorrenza, avrebbe riflessi negativi certi per l'interesse pubblico...rimane inteso che non avendo il giudice amministrativo nella materia in esame poteri sindacatori di merito, il riscontro della proporzionalità della azione amministrativa dovrà svolgersi, in presenza dell'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione della pubblica sicurezza nell'apprezzamento delle situazioni di fatto e nella ponderazione dei contrapposti interessi pubblici e privati coinvolti, *ad esterno*, sulla congruità e non contraddittorietà dell'istruttoria compiuta ed esternata nella motivazione del provvedimento negativo".

Queste pronunce, tra le tante che potrebbero essere citate, ci permettono di cogliere appieno il contenuto del sindacato di proporzionalità, che si sostanzia nella verifica dell'adeguatezza sul piano quantitativo dell'esercizio del potere amministrativo e che pertanto attraverso un'attenta analisi dell'istruttoria procedimentale consente di verificare se l'amministrazione procedente abbia effettivamente considerato non solo l'idoneità della soluzione adottata e la sua

assoluta necessità per il perseguimento dell'interesse pubblico concreto ma anche l'eventuale possibilità di ricorrere a soluzioni alternative meno pregiudizievoli per gli interessi privati coinvolti<sup>139</sup>.

Visto che “far emergere e selezionare alternative accettabili” è lo scopo cui è preordinato sul piano funzionale il procedimento amministrativo<sup>140</sup>.

Sebbene, come si è cercato di spiegare, il controllo della proporzionalità dell'azione amministrativa trovi sempre maggiore spazio nella più recente giurisprudenza amministrativa, occorre anche dar conto di come in essa si riscontrino talune volte una certa indeterminatezza e confusione terminologica fra ragionevolezza, razionalità, logicità, proporzionalità e adeguatezza allo scopo<sup>141</sup>.

Per cui ad un'“autonomia sul piano sostanziale” tra i principi di ragionevolezza e proporzionalità non corrisponde (sempre) un'“autonomia processuale”<sup>142</sup>.

Ma non solo.

Sebbene al tema dell'inquadramento del principio di proporzionalità nell'ambito del sindacato di legittimità sarà dedicata la parte conclusiva del presente lavoro, si consenta di anticipare come, molto spesso, pur a fronte di un ricorso presentato per violazione del principio di proporzionalità, il giudice si limiti ad un mero controllo di completezza o congruità dell'istruttoria procedimentale<sup>143</sup>, concludendo nel senso che l'assenza di un'adeguata attività

---

<sup>139</sup> Che è quindi cosa ben diversa quindi dal sindacato di ragionevolezza che attiene “alla intrinseca logicità, in astratto, del provvedimento rispetto allo scopo perseguito dalla norma attributiva del potere”, in questi termini si esprime il Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 1 febbraio 2006, n. 291, in *giustizia-amministrativa.it*, che distingue nettamente lo scrutinio di ragionevolezza da quello di proporzionalità. In termini altrettanto espliciti anche: Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714; Tar Abruzzo, L'Aquila, 30 luglio 2005, n. 661, entrambe in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>140</sup> E. Cardì, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazioni delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988*, (a cura di) F. Trimarchi, Milano, 1990, 105 ss., in particolare 108-109.

<sup>141</sup> Significativa una recente pronuncia del Tar Lazio, Roma, 19 marzo 2010, n. 4330, in *giustizia-amministrativa.it*, che annulla un provvedimento perché illegittimo “sul piano sostanziale, per contraddittorietà, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, per violazione dei principi di correttezza, buona fede e tutela dell'affidamento, ma prima ancora per violazione dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza e sussidiarietà, che devono caratterizzare l'azione amministrativa nell'ambito dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.”. Più diffusamente sull'utilizzo indifferenziato dei canoni di proporzionalità, ragionevolezza, razionalità e logicità in giurisprudenza, G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa cit.*, 970 ss; D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 209-210; A. Bozzi, *Il principio di proporzionalità nelle sentenze dei T.A.R.*, in *Sospensive*, 1997, n. 63, 4776 ss.

<sup>142</sup> Un esempio di ciò lo si ritrova in: Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2008, n. 4648, in *giustizia-amministrativa.it*, che respingendo un ricorso presentato per “eccesso di potere per illogicità, travisamento dei fatti, sviamento della causa tipica” in realtà compie una valutazione in termini di idoneità e necessità mascherandola poi per una verifica di ragionevolezza/non arbitrarietà; ma anche in Tar Lombardia, Milano, 7 maggio 2009, n. 3650 in *giustizia-amministrativa.it*, che sulla base di un ricorso per eccesso di potere, causa violazione del principio di ragionevolezza, si prodiga poi in una verifica in termini di “utilità” che è del tutto estranea ad un giudizio di ragionevolezza.

<sup>143</sup> Tar Toscana, 16 febbraio 2004, n. 381; Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5714 cit., in *giustizia-amministrativa.it*.

istruttoria, la quale consenta di valutare soluzioni alternative a quella in concreto adottata, è di per se insufficiente per poter confermare che tale soluzione sia l'unica percorribile e che il pubblico interesse non sia altrimenti realizzabile magari con un minore sacrificio dell'interesse privato.

Altre volte, capita che il giudice si limiti a constatare l'insufficienza o l'incoerenza della motivazione del provvedimento<sup>144</sup>, e che quindi invece che sindacare effettivamente la proporzionalità della misura adottata si limiti a valutare la eventuale sproporzione fra le ragioni poste dall'amministrazione a fondamento della motivazione della decisione e il contenuto della motivazione stessa.

Tutto ciò, quindi, senza che in concreto il controllo di proporzionalità si articoli lungo la direttrice, idoneità, necessità e adeguatezza-proporzionalità in senso stretto<sup>145</sup> richiesta, come vedremo ora nel dettaglio, dal principio in esame.

##### *5. Le componenti strutturali del principio di proporzionalità: l'idoneità, la necessità, l'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto.*

Passando ora all'analisi degli elementi strutturali del principio di proporzionalità, come si è già accennato, non si può prescindere dalla rielaborazione che di tale principio è stata compiuta dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale restituendo al nostro ordinamento un principio che non guarda solo alla idoneità del provvedimento amministrativo come misura intesa a soddisfare l'interesse pubblico ma soprattutto all'esigenza di

---

<sup>144</sup> Sul punto, *ex multis*: Cons. St., sez. IV, 7 aprile 1997, n. 343, in *Riv. giur. ed.*, 1997, 4-5, 750 ss.; Cons. St., sez. IV, 29 luglio 1980, n. 807, in *Cons. St.*, 1980, 6-7, 973 ss.; Cons. St., sez. IV, 4 settembre 1985, n. 330, in *Foro it.*, 1986, III, 122; Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 1989, n. 5, in *Riv. giur. ed.*, 1989, 1-2, 95 relativamente ad un variante che travolga una precedente lottizzazione incidendo *in peius* su situazioni soggettive ritenute meritevoli di tutela; in materia di vincoli preordinati all'espropriazione Tar Friuli Venezia Giulia, 2 maggio 2000, n. 381; Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2157, in *giustizia-amministrativa.it*, che relativamente ad una modifica operata d'ufficio dalla regione in sede di approvazione di una variante comunale con la quale venivano eliminate le previsioni concernenti le opere a sostegno di un'attività economica, rilevava che "alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza che presiedono all'esercizio dell'azione amministrativa, l'Amministrazione regionale, pur godendo di nell'esercizio della potestà urbanistica di ampia discrezionalità, non può esimersi, nel modificare d'ufficio la delibera comunale di adozione, dal fornire una congrua, specifica e puntuale motivazione, allorché...l'amministrazione comunale abbia preso in specifica considerazione al situazione di fatto e abbia provveduto a soppesare l'interesse pubblico e gli interessi privati coinvolti"; in materia di servitù militari Tar Piemonte, Torino, sez. I, 21 luglio 2009, n. 2072; in materia sanzionatoria Cons. St., sez. IV, 22 marzo 2005, n. 1195 cit.; Tar Lombardia, Brescia, 4 dicembre 2001, n. 2191 cit.; Cons. St., 14 maggio 2001, n. 2670 pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>145</sup> Sebbene Cons. St. sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5156 cit., precisi come "una misura correttiva idonea non è, per ciò solo, una misura proporzionata ed adeguata, ed una misura efficace ma non proporzionata è comunque illegittima in quanto impone un sacrificio non corrispondente a quello necessario. Per altro verso, ridurre il problema della proporzionalità a quello dell'idoneità della misura correttiva, significa eludere del tutto la questione della concreta adeguatezza di quest'ultima...", non mancano pronunce in cui la verifica di proporzionalità si arresta alla sola verifica della idoneità come in Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 1 dicembre 2004, n. 1095, oppure di necessità come in Tar Lazio, 25 gennaio 2007, n. 563 cit. in *giustizia-amministrativa.it*.

non limitare, se non nei casi di stretta necessità, la libertà dei privati le cui posizioni giuridiche soggettive sono incise dal potere dell'amministrazione<sup>146</sup>, ricostruisce il principio secondo la ben nota struttura trifasica<sup>147</sup>: idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto-adequatezza<sup>148</sup>.

L'idoneità rinvia all'effettività dell'azione amministrativa<sup>149</sup> ovvero alla capacità dell'atto a raggiungere gli obiettivi per i quali è stato attribuito lo stesso potere amministrativo.

Posto che il potere amministrativo, in ossequio al principio di funzionalità<sup>150</sup>, è attribuito dalla legge ad un soggetto pubblico in vista e per il conseguimento di un determinato fine<sup>151</sup>, il criterio dell'idoneità si traduce in una valutazione del rapporto tra il mezzo impiegato nel caso concreto dall'autorità amministrativa per il raggiungimento di quell'obiettivo e l'obiettivo stesso, rimanendo sullo

---

<sup>146</sup> Sulla differenza che sussisterebbe tra il nostro principio di proporzionalità, quale declinazione del principio di ragionevolezza, ed il principio comunitario di proporzionalità si rinvia a V. Cerulli Irelli, *Principii di diritto amministrativo*, Vol. II, Torino, 2005, 20.

<sup>147</sup> Anche se poi, da un'attenta analisi della giurisprudenza più recente in tema di proporzionalità non sempre si trova un riferimento esplicito all'indagine trifasica, tra le pronunce che invece compiono una valutazione di idoneità-necessarietà-adequatezza: Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 giugno 1999, n. 2523, in *giustamm.it*; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922, cit.; Tar Abruzzo, Pescara, 1° luglio 2004, n. 641 cit.; Tar Abruzzo, Pescara, 3 aprile 2007, n. 372; Tar Puglia, Lecce, 11 giugno 2007, n. 2247; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 11 novembre 2008, n. 4482; Tar Lombardia, Brescia, 4 dicembre 2002, n. 2191; Tar Friuli Venezia Giulia, 28 gennaio 2008, n. 90 cit.; Tar Veneto, sez. III, 14 marzo 2003, n. 1836; Tar Puglia, Bari, sez. II, 7 giugno 2004, n. 2405; Tar Puglia, Bari, sez. II, 24 ottobre 2006, n. 3783; Tar Veneto, sez. III, 24 febbraio 2004, n. 396; Tar Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2005, n. 1356 cit.; Tar Lazio, Roma, 17 giugno 2010, n. 18488; Tar Puglia, Lecce, 10 febbraio 2010, n. 531; Tar Trentino Alto Adige, Trento, 25 marzo 2010, n. 93; Tar Campania, Salerno, 16 aprile 2010, n. 3933; Cons. St., sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087 cit.; Cons. St., sez. VI, 26 giugno 2003, n. 3850 cit.; Cons. St., sez. VI, 14 settembre 2006, n. 5321; Cons. St., sez. VI, 17 aprile 2007, n. 1736; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2009, n. 1420, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>148</sup> A. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico cit.*, precisa che pur essendo la proporzionalità un concetto trino (ossia scomponibile in tre elementi costitutivi) questi non sono scindibili tra loro ma solo distinguibili, da qui la sostanziale unità del concetto di proporzionalità (4645).

<sup>149</sup> C. Malinconico, *Il principio di proporzionalità cit.*, 54.

<sup>150</sup> Del principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa quale manifestazione del principio di legalità-indirizzo parla: M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti cit.*, 33 ss., per il quale "se l'attività tutta della pubblica amministrazione è finalizzata al soddisfacimento dell'interesse pubblico, inteso in senso generale, può dirsi che la funzionalizzazione rappresenta la concretizzazione del fenomeno, per mezzo della quale al singolo ente o soggetto pubblico sono ricollegati fini e interessi pubblici specifici, proiezione fattuale dell'interesse pubblico generale. Ancor meglio dovrebbe dirsi che se la finalizzazione rappresenta l'attribuzione ai soggetti pubblici di fini di pubblico interesse, la funzionalizzazione rappresenta il collegamento in scindibile tra l'ente e quei fini che allo stesso sono assegnati fin dalla sua venuta ad esistenza o durante la sua vita" (38-39); ma anche A. Romano, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo cit.*, 57 ss.; G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2008, 121.

<sup>151</sup> M. P. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico cit.*, evidenzia poi come l'identificazione del fine che costituisce la misura dell'idoneità non è sempre così agevole, in quanto tale finalità non va determinata solo in astratto e genericamente ma deve essere adattata alle peculiarità del caso concreto con un'operazione non sempre agevole (76).

sfondo il profilo dell'incidenza di tale scelta sugli interessi dei privati che sarà oggetto di una valutazione successiva<sup>152</sup>.

In altri termini attraverso il giudizio di idoneità “si esplica una preliminare selezione tra le alternative, implicante l'individuazione del fine da raggiungere, il computo dei risultati che ci si aspetta di ottenere dall'azione e, su tali basi, la selezione delle alternative idonee al soddisfacimento delle aspettative di risultato”<sup>153</sup>, ma sempre con riferimento alla situazione esistente al momento in cui l'atto è stato adottato e quindi, *ex ante* ed in concreto, attraverso una valutazione di “prognosi postuma”<sup>154</sup> in quanto non è al momento dell'adozione del mezzo ma solo nel futuro che sarà possibile constatare l'idoneità del mezzo scelto<sup>155</sup>.

Non esistendo un mezzo idoneo o inidoneo per definizione, l'idoneità andrà ovviamente valutata in relazione al caso di specie, se necessario rifacendosi alle cognizioni tecniche o comunque alle massime di esperienza<sup>156</sup>.

La necessarietà comporta invece la conformità dell'azione amministrativa alla regola romagnosiana del “mezzo più mite”, ossia la scelta tra le diverse soluzioni tutte astrattamente “idonee” di quella che consente il raggiungimento dell'obiettivo mediante il minimo sacrificio possibile degli interessi coesistenti e confliggenti nel caso concreto<sup>157</sup> (nel senso che nessun altro mezzo egualmente idoneo ma meno dannoso è disponibile allo scopo<sup>158</sup>), traducendosi quindi in limite di tipo “quantitativo” all'esercizio del potere

---

<sup>152</sup> In quanto, come precisa A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, la valutazione di idoneità e quindi di coerenza dell'azione al fine del perseguimento del risultato è solo la prima tappa di una più “complessa valutazione multilaterale, che coinvolge mezzo impiegato, fine pubblico, altri interessi pubblici e privati, allo scopo di verificare se il perseguimento del risultato comporti pregiudizi sproporzionati nei confronti dei titolari degli interessi contrapposti” (370).

<sup>153</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 368-369.

<sup>154</sup> C. Malinconico, *Il principio di proporzionalità cit.*, 55.

<sup>155</sup> M. P. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico cit.*, 78, a questo proposito parla di “idoneità fattuale” contrapponendola alla “idoneità giuridica” che consiste nella legittimità intrinseca del mezzo prescelto (“il mezzo adatto dal punto di vista fattuale non sarebbe idoneo se contrastasse con i precetti costituzionali, legislativi o regolamentari, applicabili alla fattispecie).

<sup>156</sup> Sul punto M. P. Vipiana, *op. ult. cit.*, 78.

<sup>157</sup> M. P. Vipiana, *op. ult. cit.*, 81, evidenzia come la scelta del mezzo più mite non inciderà solo sulla *species* dell'atto adottato (per cui ad esempio un assenso condizionato sarà meno gravoso di un divieto), ma anche sul suo contenuto concreto (in relazione magari al numero dei soggetti destinatari dell'atto) e sull'efficacia spaziale e temporale dello stesso. Esempificativa una recente pronuncia del Tar Toscana, 19 maggio 2010, n. 1525, in *giustizia-amministrativa.it*, che decidendo sul ricorso della provincia avverso le determinazioni assunte a suo carico in sede di conferenza di servizi decisoria, in ordine alla realizzazione di una barriera di contenimento fisico di acque di falda e all'imposizione di un progetto di bonifica di un'area molto vasta, ha condiviso la tesi del ricorrente secondo cui la conferenza avrebbe configurato come “messa in sicurezza d'emergenza” alcune prescrizioni aventi invece natura di “messa in sicurezza operativa o permanente”. Per i giudici, infatti, “il richiamo all'esigenza di intervenire in via d'urgenza risulta logicamente incompatibile con la prescrizione di un intervento, quale la barriera di contenimento fisico, *la cui realizzazione e messa in opera richiede tempi verosimilmente lunghi, i quale ne palesano l'inidoneità sotto i profili dell'adeguatezza e della proporzionalità al conseguimento dello scopo [corsivo mio]*”.

<sup>158</sup> A. Massera, *I principi generali cit.*, 448.

amministrativo che poi combinandosi con il criterio dell'adeguatezza garantirà la effettiva proporzionalità della scelta amministrativa.

In realtà, come è stato attentamente notato<sup>159</sup>, il principio di necessarietà prima ancora di combinarsi con il principio di adeguatezza opera anteriormente allo stesso esercizio del potere amministrativo combinandosi con il criterio dell'idoneità, nel senso che “la necessarietà incide anche sulla preliminare scelta volta a valutare se si debba esercitare il potere amministrativo”, aprendo la strada, in caso di risposta positiva, al giudizio di idoneità e quindi alla scelta dello strumento tramite il quale andrà esercitato.

Per cui anche la necessarietà attiene in una certa misura alla “qualità” dell'azione amministrativa oltre che alla “quantità” del potere in concreto esercitato.

Ma la necessarietà dell'azione amministrativa significa anche ricorrere ai mezzi strettamente necessari al fine del perseguimento dell'interesse pubblico concreto e quindi “agire in economia, cioè operare in modo da evitare inutili sprechi, rendendo ottimale il rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti”<sup>160</sup> in ossequio al principio di efficienza dell'azione amministrativa e più in generale del principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa cui può ricondursi il canone della proporzionalità<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, fa l'esempio della scelta, per la realizzazione di un'opera pubblica (fine pubblico), tra l'avvio di un procedimento espropriativo e l'acquisizione dell'area interessata dal progetto *iure privatorum*, “tra le due soluzioni, quella che comporta minori sacrifici per l'interesse confliggente è sicuramente la seconda. Pertanto, si dovrà, innanzitutto, tentare di seguire tale direzione, per quanto possibile e compatibile [giudizio di idoneità] con le esigenze del pubblico interesse” (372); A. Zito, *Il “diritto ad una buona amministrazione” nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno cit.*, 436.

<sup>160</sup> M. Mazzamuto, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro Amm.*, 1993, 7-8, 1739 ss., 1741.

In giurisprudenza, sul connubio tra il principio di economicità e proporzionalità si rinvia alle pronunce relative all'ammissibilità dei giudizi valutativi espressi con voto numerico i quali secondo l'opinione oramai consolidata del Consiglio di Stato “rispondono ai principi di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa”, sul punto *ex multis*: Cons. St., sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2906; Cons. St., sez. IV, 10 maggio 2005, n. 2296; Cons. St., sez. IV, 18 ottobre 2006, n. 6196; Cons. St., sez. IV, 6 settembre 2006, n. 4529 e 4530; Cons. St., sez. IV, 26 aprile 2006, n. 2335; Cons. St., sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7136; Cons. St., sez. V, 3 maggio 2005, n. 2154; Cons. St., sez. IV, 7 marzo 2005, n. 900; Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2164; Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2008, n. 294, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>161</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 318 ss. che rinviene il fondamento costituzionale della proporzionalità oltre che nel principio inespresso di giustizia sostanziale anche negli artt. 3, 97, 113 Cost. e quindi tanto nel principio di imparzialità che in quello di buon andamento; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione cit.*, dove l'A., pur non parlando espressamente di proporzionalità amministrativa ma di un principio di elasticità o flessibilità dell'azione amministrativa, concluso che “buon andamento ed efficienza solo la stessa cosa”, individua il risvolto giuridico di tali criteri proprio “nell'attribuzione all'amministrazione di mezzi giuridici elastici, per consentire il miglior proporzionamento, al fine stabilito, dell'attività erogata” (85); L. Zingales, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari di bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità cit.*, per il quale “se, invero, col termine proporzione si designa, in genere, l'uguaglianza di rapporti, il rapporto di misura tra cose che sono legate tra di loro, la simmetria o la distribuzione armonica delle varie parti di un tutto o delle parti rispetto al tutto, così via, non sembra allora...che possa revocarsi in dubbio che la proporzione

Di qui, in ordine alla disciplina procedimentale<sup>162</sup>, il legame del principio di proporzionalità con il divieto di aggravamento del procedimento di cui all'articolo 1, 2° comma della legge 241/1990<sup>163</sup>, che del principio generale di

---

costituisce una componente inscindibile ed essenziale della nozione di imparzialità e buon andamento, non potendosi configurare un trattamento imparziale e corretto che non rispetti anche la proporzionalità...intesa come elemento di equilibrio e misura dell'esercizio della funzione normativa (primaria e secondaria) e della funzione amministrativa" (2473); V. Parisio, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giudiziario*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 4, 526 ss., 528-529.

In giurisprudenza *ex multis*: Tar Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922 cit.; Tar Abruzzo, Pescara, 1° luglio 2004, n. 641 cit.; Tar Lazio, Roma, sez. I, 4 gennaio 2008, n. 43; Tar Lazio, Roma, sez. I, 10 giugno 2006, n. 4462; Tar Lazio, Roma, sez. II, 8 settembre 2004, n. 8585; Tar Piemonte, sez. I, 8 aprile 2009, n. 953; Cons. St., 27 dicembre 2006, n. 806, nella quale al principio di proporzionalità viene riconosciuto "rango costituzionale fondamentale perché insito nell'art. 3 Cost.", tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>162</sup> Anche se in realtà, come è stato osservato da R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo" cit.*, 1034, "ogni altro principio del procedimento amministrativo rappresenta di quello di proporzionalità un semplice corollario, costituendo di questo stesso il logico e naturale sviluppo".

<sup>163</sup> In questi termini M. Mazzamuto, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni cit.*, per il quale poi il principio di proporzionalità incide sulla stessa deroga al principio generale di non aggravamento, nel senso che il ricorrere del presupposto delle "straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria" non può comunque per l'A. consentire un "indiscriminato aggravio del procedimento: [in quanto] anche la deroga alla proporzionalità deve essere proporzionata" (1741); considerano il divieto di aggravamento espressione del principio di proporzionalità anche: P. Forte, *I principi dell'azione amministrativa dopo le recenti riforme cit.*, 78-79; I. Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della p.a. nell'ordinamento amministrativo innovato dalla l. 241/1990 e dalle leggi di riforma successive*, Padova, 2001, 64; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese cit.*, 121; F. Saitta, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. soc.*, 2001, 4, 491 ss., in particolare 517 ss., per il quale "se si ritiene che il principio di proporzionalità vada considerato autonomamente e distintamente da quello di ragionevolezza...può sostenersi che il controllo sull'economicità delle scelte amministrative possa compiersi verificando se il sacrificio, in termini di risorse impiegate, sostenuto sia proporzionato ai risultati, in termini di completezza istruttoria, ottenuti. Si opererebbe, in sostanza, in giudizio sull'adeguatezza dell'esercizio delle funzioni al fine pubblico perseguito, allo scopo di verificare se il costo assunto dalla collettività e dai diretti interessati nel sopportare un allungamento dei tempi dell'azione sia proporzionato ai vantaggi dagli stessi ottenuti nell'ottenere una decisione qualitativamente migliore in quanto frutto di una più ricca istruttoria" (516-517); F. Castiello, *Il nuovo modello di amministrazione nella legge n. 241/90 e nella riforma "Bassanini"*, Rimini, 2002, 32, 142 ss.; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese cit.*, 121; C. Malinconico, *Il principio di proporzionalità cit.*, 71, per il quale "il principio di proporzionalità potrà trovare ulteriori applicazioni nella disciplina del giusto procedimento e nel conseguente divieto di imposizione ai privati di oneri procedurali superflui o comunque non strettamente necessari".

In giurisprudenza: Tar Lombardia, Milano, sez. III, 2 aprile 1997, n. 354 in *Urb. app.*, 1997, II, 1138 ss.; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 20 agosto 1998, n. 1955, in *Foro amm.*, 1999, n. 1832; Tar Umbria, 22 aprile 1998, n. 299, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 1, 284 ss., con nota di L. Cesarini, *Divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, obblighi del responsabile e sindacato di ragionevolezza del giudice*; Tar Lombardia, Brescia, 22 agosto 2001, n. 722; Tar Friuli Venezia Giulia, 22 maggio 2004, n. 306; Cons. St., 15 febbraio 2007, n. 6457; Cons. St., 15 marzo 2006, n. 1387; Cons. St., 5 ottobre 2005, n. 5318; Tar Lazio, Roma, 2 agosto 2007, n. 7456; Tar Liguria, sez. II, 27 maggio 2009, n. 1238; Tar Campania, Napoli, 15 gennaio 2010, n. 68, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*; ma anche Tar Lombardia, Milano, sez. III, 30 ottobre 2000, n. 6158,

efficacia e di economicità dell'azione amministrativa è diretta espressione, ma anche, secondo alcuna dottrina<sup>164</sup>, con la facoltà riconosciuta all'interessato di conformare alla normativa vigente l'attività oggetto di denuncia per sottrarsi legittimamente al divieto di prosecuzione dell'attività (art. 19), con la facoltà riconosciuta all'interessato di sanare i vizi del tacito assenso scongiurando l'annullamento dei relativi effetti (art. 20), con la preferenza accordata dalla legge al differimento dell'accesso ai documenti amministrativi in luogo del diniego (art. 25, 3° comma) ed infine con la nuova disciplina dei tempi del procedimento amministrativo (art. 2, l. 241/1990 come modificata in ultimo dalla legge 18 giugno 2009, n. 69)<sup>165</sup>.

---

in *giust.amm.it*, per il quale “il principio di proporzionalità nella sua più ampia accezione comprenderebbe anche il principio di divieto di aggravio del procedimento... dovendo impedire che nella fissazione o nell'interpretazione delle clausole di gara possano essere previsti adempimenti superflui o ridondanti che finiscano per penalizzare ingiustificatamente la partecipazione del maggior numero di imprese. Il principio di proporzionalità non riguarda solo l'interpretazione della clausola del bando, ma può anche essere utilizzato per verificare la legittimità del bando stesso ed in particolare di quelle clausole che, prevedendo degli adempimenti superflui o particolarmente onerosi, finiscono per restringere ingiustificatamente il novero dei partecipanti, creando talvolta dei veri e propri “bandi-fotografia”; recentemente Cons. St., sez. V, ord., 3 settembre 2010, n. 4179, in *giustamm.it*. In dottrina, P. Steiner, *Principio di proporzionalità e Codice dei contratti pubblici*, in *Nuova rass.*, 2008, 16, 1653 ss..

Di diverso avviso, S. Tarullo, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 437 ss., per il quale “il divieto di aggravamento, siccome configurabile alla stregua di regole di condotta (corretta) dell'operato dell'amministrazione, non va a intersecare il piano della ponderazione degli interessi che caratterizza la decisione dell'amministrazione, appuntandosi piuttosto sulla valutazione del paradigma comportamentale seguito dalla parte pubblica. A fondamento della regola di proporzionalità v'è una precisa considerazione circa i beni e gli interessi implicati dalla decisione; ma una simile valutazione rimane del tutto estranea al sindacato di correttezza, incentrato invece sui comportamenti (procedimentali) dell'autorità, da vagliarsi secondo criteri solidaristici (collaborazione, soccorso, attenzione, lealtà, verità sollecitudine ecc.) ...mentre il divieto di aggravamento opera nel fluire dinamico del contesto procedimentale con le finalità di irreggimentare la condotta dell'amministrazione entro canoni di solidarietà e collaborazione nei riguardi dei cittadini, la proporzionalità (vale a dire il difetto di proporzionalità), quand'anche sia metonimicamente riferita all'azione amministrativa, costituisce in ultima analisi un vero e proprio vizio del provvedimento finale, discendente da una errata valutazione comparativa tra mezzi prescelti e fini perseguiti. Detto altrimenti, la correttezza attiene al comportamento procedimentalizzato della p.a., mentre la proporzionalità attiene alla fase decisoria” (478-479).

<sup>164</sup> F. Castiello, *Il nuovo modello di amministrazione nella legge n. 241/990 e nella riforma “Bassanini” cit.*, 143-144.

<sup>165</sup> Per A. Lazzaro, *La certezza dei tempi dell'azione amministrativa nella l. n. 69/2009*, in *giustamm.it*, 2010, n. 9, “l'affermazione generale secondo cui il rispetto dei termini è un “valore”, relativo alla certezza dell'azione amministrativa, dovrebbe introdurre nel nostro ordinamento la regola certa secondo cui ogni qualvolta non sia espressamente indicata la possibilità di derogare agli spazi temporali della pubblica amministrazione, i termini vanno assolutamente rispettati... Il principio di *proporzionalità*, infine, impone il giusto esercizio del potere, in modo tale da assicurare un'azione pubblica che risulti adeguata alle circostanze di fatto e che non alteri l'equilibrio tra valori, interessi e situazioni giuridiche, con l'apporto di valori garantistici nei confronti dei privati”. Più diffusamente, sul tema, F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 527 ss., M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 293 ss.; F. G. Scoca, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *giustamm.it*, 2005, 9; M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995.

Una volta individuato lo strumento idoneo al perseguimento dell'interesse pubblico concreto (idoneità) che comporti il minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti (necessarietà), la scelta relativa alla misura/quantità del potere amministrativo da esercitarsi in concreto è rimessa al criterio di adeguatezza<sup>166</sup> o proporzionalità in senso stretto.

Il canone di adeguatezza permette in ultima istanza l'individuazione della soluzione meno lesiva degli interessi meritevoli di tutela ed in particolare dei c.d. "interessi deboli" che vengono composti nella situazione concreta<sup>167</sup>, comportando con ciò anche una riemersione nel processo decisionale dell'interesse pubblico già limitato dalla regola del minor sacrificio in quanto l'identificazione di una soluzione che implichi il "giusto equilibrio" tra gli interessi contrapposti implica necessariamente una valutazione approfondita del valore intrinseco degli stessi<sup>168</sup>.

L'adeguatezza implica quindi la scelta del mezzo meno gravoso, la ricerca del minor (miglior) sacrificio possibile, quando vi sia una pluralità di alternative tra le quali scegliere.

Tale scelta sul piano procedimentale passa necessariamente attraverso lo svolgimento di una attività istruttoria accurata ed il più possibile completa, proprio perché solo attraverso l'acquisizione di tutti gli elementi di fatto e di tutti gli interessi rilevanti nel caso concreto, sia pubblici che privati<sup>169</sup>, sarà poi

---

<sup>166</sup> Sul legame tra adeguatezza ed efficienza dell'azione amministrativa già R. Resta, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova, 1940, 105 ss., in particolare 129; O. Sepe, *L'efficienza dell'azione amministrativa cit.*, che definita la regolarità dell'azione amministrativa come "adeguatezza e congruità, nel senso di valutazione ed apprezzamento dell'adeguatezza dei mezzi da porre in essere in relazione allo scopo da raggiungere" riteneva che l'efficienza dell'azione fosse proprio la risultante di un procedimento "regolare" (269); R. Bettini, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968, 82; ma anche C. Malinconico, *Il principio di proporzionalità cit.*, per il quale "l'adeguatezza implica...non solo la scelta della soluzione idonea a realizzare l'obiettivo e giustificata dalla necessità in funzione del conseguimento dell'obiettivo, lecito e opportuno, voluto, ma anche consistente nel modo meno dispendioso, più economico e quindi meno lesivo degli interessi che devono essere composti nella regola del caso concreto" (55).

<sup>167</sup> Di qui l'applicazione del principio di proporzionalità in materia di autotutela amministrativa, per un approfondimento S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese cit.*, 122 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 247 ss.; D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 191 ss.; E. Sticchi Damiani, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. - Tar*, 2006, 4, 1547 ss. In giurisprudenza, tre le ultime pronunce: Cons. St., sez. V, 19 marzo 2009, n. 1615; Cons. St., sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2177; Tar Abruzzo, Pescara, 11 marzo 2010, n. 173; Tar Puglia, Lecce, 22 luglio 2010, n. 1819, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>168</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 374; M. P. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico cit.*, 84-85.

<sup>169</sup> Di qui l'importanza dell'effettiva e piena applicazione degli istituti di partecipazione procedimentale come ricordato da Cons. St., ad. pl., 15 settembre 1999, n. 14, in *giustamm.it* e recentemente da Tar Lombardia, Milano, 17 giugno 2010, n. 1918; Cons. giust. amm. sic., 23 giugno 2010, n. 948; Tar Toscana, 26 novembre 2010, n. 6645, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

In dottrina, V. Parisio, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano cit.*, 729, evidenziando come in molte sentenze la violazione del principio di proporzionalità si accompagni alla violazione dell'art. 7 della legge n. 241/1990, non può non rilevare come la violazione delle

possibile prefigurate in astratto tutte le possibili soluzioni, selezionare e poi scegliere tra queste quella “proporzionata” ossia la soluzione idonea a perseguire il fine prefissato con il minor sacrificio possibile degli interessi confliggenti.

E in ragione di ciò che in dottrina si tende a considerare la proporzionalità come “una sorta di diverso sguardo sull'imparzialità, arricchita dal buon andamento”<sup>170</sup>.

---

regole sulla partecipazione procedimentale renda effettivamente molto problematico il controllo di proporzionalità in senso proprio, ossia non coincidente con quello di ragionevolezza, poiché non permette un'ampia acquisizione degli interessi rilevanti, presupposto ineludibile per una loro corretta (leggasi proporzionata) ponderazione. In questi termini espressamente, Tar Liguria, sez. I, 29 ottobre 2002, n. 1065, in *giustizia-amministrativa.it*, che collega l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento ai “criteri generali che governano tale azione ed individuano i contenuti essenziali del rapporto tra esercizio del pubblico potere e tutela della posizione del privato (ragionevolezza, proporzionalità, logicità e adeguatezza)”.

<sup>170</sup> P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005, 193.

## CAPITOLO II

### Il principio di proporzionalità nel governo “amministrativo” del territorio

#### Sezione Prima

#### Il principio di proporzionalità negli strumenti generali di pianificazione urbanistica e territoriale

Sommario: 1. *Il principio di proporzionalità e il “governo del territorio”* 2. *Il potere discrezionale nella pianificazione urbanistica comunale: natura e limiti* 3. *Dalla natura agli effetti del potere urbanistico. Alla ricerca di un bilanciamento “proporzionato” nella pianificazione generale* 3.1. *(Segue) I vincoli ambientali: una questione “in parte” diversa?* 4. *Gli strumenti della proporzionalità* 5. *La realizzazione di un bilanciamento proporzionato: dalla ricerca del consenso all’adeguatezza della soluzione adottata* 6. *La discrezionalità amministrativa tra urbanistica pianificata e urbanistica contrattata* 6.1 *Il principio di proporzionalità negli accordi “a monte” della pianificazione urbanistica* 6.2 *Il principio di proporzionalità negli accordi “a valle” della pianificazione urbanistica.*

#### 1. *Il principio di proporzionalità e il “governo del territorio”.*

Sebbene l’attività discrezionale della pubblica amministrazione<sup>171</sup> rappresenti al momento il più studiato campo d’applicazione del principio di proporzionalità, quest’ultimo, come si è già osservato, si applica ad ogni attività che comporti l’esercizio di un potere, pubblico certamente ma anche privato, ed in relazione al primo tanto all’attività amministrativa<sup>172</sup> che a quella normativa<sup>173</sup> nel cui

---

<sup>171</sup> Posta in essere da un’amministrazione pubblica così come da ogni soggetto che eserciti un potere amministrativo, in quanto il 1° comma *ter* dell’art. 1 della legge n. 241/1990 come modificato dalla legge n. 15/2005 vincola al rispetto dei principi generali di cui al 1° comma anche i “soggetti privati preposti all’esercizio dell’attività amministrativa”. In tal senso ancora prima della riforma del 2005, A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa cit.*, 360.

<sup>172</sup> Sia direttamente che in via mediata, ovvero non solo come canone del corretto esercizio del potere discrezionale ma anche come strumento di verifica del rispetto di altri principi generali dell’ordinamento, come quelli di mutuo riconoscimento, di parità di trattamento (sul tema si rinvia a D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria cit.*, 837 ss.; F. Spagnuolo, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di Giustizia sulle normative nazionali relative alla circolazione delle merci e alla tutela dei consumatori cit.*, 1544 ss.; G. Chiti, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 3-4, 851 ss.), ma anche di precauzione e di sviluppo sostenibile. In relazione a quest’ultimi: F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, 2005; M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2007, 1, 52 ss., in particolare 58-59; D. Bevilacqua, *I limiti della scienza e le ragioni della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in *I principi dell’azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, (a cura di) G. della Cananea, Napoli, 2007, 147 ss.; G. Corso, *La valutazione del rischio ambientale*, in *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi*, (a cura di) M. Immordino, N. Gullo, Napoli, 2008, 187 ss. in particolare 196-197; A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006; R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell’ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 509 ss., in particolare 525 ss. In

ambito peraltro è da molto più tempo oggetto di studio da parte della dottrina<sup>174</sup>. Si tratta di due profili certamente distinti<sup>175</sup> ma, come vedremo, non del tutto estranei.

Anzi è proprio nel tentare di circoscrivere il campo d'indagine del presente lavoro al governo del territorio che le molteplici implicazioni e le suggestioni che porta con sé l'applicazione del principio di proporzionalità emergono in tutta la loro evidenza in quanto quest'ultimo, ancor prima di rappresentare un parametro a garanzia del corretto esercizio del potere discrezionale delle singole amministrazioni titolari di funzioni di gestione e governo del territorio, rappresenta un criterio (legislativo) ordinatore delle stesse funzioni amministrative di governo del territorio.

Che il principio di proporzionalità sia stato nel sistema costituzionale antecedente alla riforma del Titolo V un criterio guida per il legislatore nell'allocazione delle funzioni amministrative verso il livello "più idoneo" al loro esercizio è del resto comprovato dalla numerosa giurisprudenza costituzionale che, in materia urbanistica<sup>176</sup> ma non solo<sup>177</sup>, ha spesso

---

giurisprudenza sul necessario contemperamento tra principio di proporzionalità e principio di precauzione: Tar Trentino Alto Adige, Trento, 25 marzo 2010, n. 93; Tar Puglia, Lecce, 23 gennaio 2003, n. 260, in *giustizia-amministrativa.it*; Corte Giust. Ue, 5 febbraio 2004, n. 24 in *curia.europa.eu*.

<sup>173</sup> Sull'applicazione del principio di proporzionalità sia all'attività amministrativa che a quella normativa si è pronunciato espressamente Cons. St., sez. IV, 20 giugno 2002, n. 3368 in *giustizia-amministrativa.it*.

In merito, invece, all'applicazione del principio di proporzionalità all'attività di regolazione e para-giurisdizionale delle Autorità amministrative indipendenti: E. Chiti, *La disciplina della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 3, 679 ss., in particolare 688-690; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91 ss., 121; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, 646-666; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 388-391.

<sup>174</sup> Tra gli Autori citati nella nota 55 si rinvia ai più recenti lavori di G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale cit.*, 263 ss.; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale cit.*, 20 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza cit.*, 145 ss.

<sup>175</sup> E' appena sufficiente evidenziare le diversità esistenti sul piano strutturale tra i due giudizi, l'uno affidato al giudice amministrativo l'altro alla Corte costituzionale. Il giudice amministrativo ragiona su un'attività amministrativa concreta e il suo giudizio investe l'intera sequenza procedimentale che precede il provvedimento impugnato; il giudice costituzionale invece esamina il singolo atto legislativo impugnato per presunta incostituzionalità e desume i parametri di giudizio dalla propria precedente giurisprudenza. Sul punto, V. Mazza, *Corte Costituzionale e indennità di esproprio: "serio ristoro" e proporzionalità dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1, 32 ss., in particolare 34.

<sup>176</sup> Sul punto, Corte Cost., 8 aprile 1997, n. 83, in *Giur. cost.*, 1997, 2, 804 ss. con nota di T. Groppi, *Principio costituzionale di autonomia locale e regioni a statuto speciale: la Corte individua limiti al legislatore regionale validi anche per le leggi statali* (811 ss.) e di M. Esposito, *Autonomia comunale e governo del territorio* (824 ss.) e Corte Cost., 27 luglio 2000, n. 378, in *Giur. cost.*, 2000, 2691 ss., nelle quali il giudice di legittimità, proprio alla stregua del criterio di proporzionalità, prima censura e poi riconosce la legittimità costituzionale di meccanismi procedurali finalizzati all'approvazione da parte delle regioni di strumenti urbanistici che comprimono l'autonomia comunale, in quanto, secondo le parole della Corte, sebbene l'autonomia comunale non implichi una riserva intangibile di funzioni e non escluda che il legislatore regionale possa individuare le dimensioni di tale autonomia in considerazione della "maggiore efficienza della gestione a livello sovracomunale degli interessi coinvolti" solo "una partecipazione congrua ed effettiva dell'ente locale all'azione amministrativa limitante la sua autonomia renderà siffatta

---

azione proporzionata e, dunque, legittima”; Corte Cost., 17 gennaio 1991, n. 21, che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 3, 14° e 19° comma della legge 6 agosto 1990, n. 223 (“Disciplina del servizio radiotelevisivo pubblico e privato) nella parte in cui non prevede, rispettivamente, l’intesa fra lo Stato e le Province autonome di Bolzano e di Trento relativamente alla localizzazione degli impianti ed un congruo preavviso in ordine all’esercizio dei poteri sostitutivi previsti nel testo di legge; Corte Cost., 24 febbraio 1994, n. 61, in *Le Regioni*, 1995, 1, 159 ss., con nota di D. De Pretis, *L’autonomia comunale in materia urbanistica di fronte agli interessi differenziati*, nella quale la Corte dichiara l’illegittimità dall’art. 13, 2° comma della l. r. del Piemonte del 6 luglio 1993, (“Ricerca, uso e tutela delle acque sotterranee”) nella parte in cui assegna ai vincoli e alle destinazioni d’uso fissati dalla Regione per la tutela delle acque effetto di variante automatica degli strumenti urbanistici locali, senza un “raccordo paritario tra i soggetti portatori di autonomia”. Dello stesso tenore anche Corte Cost., 3 novembre 1988, n. 1010; Corte Cost., 4 aprile 1990, n. 157; Corte Cost., 24 maggio 1991, n. 212, tutte pubblicate in *cortecostituzionale.it*.

<sup>177</sup> L’operatività del principio di proporzionalità è evidente anche nelle numerose pronunce del giudice costituzionale in materia di programmazione sanitaria, *ex multis*: Corte Cost., 10 febbraio 1988, n. 177, che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 5 della legge n. 892 del 1984, nella parte in cui prevede l’esercizio di un potere sostitutivo del governo nel caso in cui regioni e province autonome non provvedano a bandire il concorso per l’assegnazione delle farmacie vacanti o di nuova istituzione nei termini di legge, così argomentando “l’esercizio del controllo sostitutivo nei rapporti tra Stato e regioni (o province autonome) deve essere assistito da garanzie, sostanziali e procedurali, rispondenti ai valori fondamentali cui la Costituzione informa i predetti rapporti e, specialmente, al principio della “leale cooperazione”, che viene in particolare evidenza in ogni ipotesi, come la presente, nelle quali non sia...applicabile l’opposto principio della separazione delle sfere di attribuzione; Corte Cost., 17 gennaio 1991, n. 37, che dichiara l’illegittimità costituzionale dell’art. 2, 2° comma, 3, 4° comma e 9, 1° comma della legge 5 giugno 1990, n. 135 (Programma di interventi urgenti per la prevenzione e la lotta contro l’AIDS), nella parte in cui non prevede che le Regioni e le Province autonome interessate siano preventivamente sentite in ordine all’adozione degli atti sostitutivi previsti dalle norme censurate, così argomentando “...prima di prendere in esame le specifiche questioni proposte, occorre, in una prospettiva di carattere generale e complessiva, osservare che la legge impugnata si presenta effettivamente, come risulta anche dai lavori preparatori, come intesa a dare una prima risposta seria e non frammentaria all’eccezionale situazione di emergenza sociale determinata dalla allarmante diffusione dell’infezione da HIV...interesse che si presenta come particolarmente stringente e imperativo, essendo connesso alla indilazionabile necessità di contrastare, con mezzi adeguati, gli effetti eccezionali di un fenomeno morboso devastante, nell’intento di fornire uno standard minimo irrinunciabile di garanzia, in condizioni di eguaglianza in tutto il territorio della Repubblica...Il perseguimento di un interesse siffatto, secondo la giurisprudenza di questa Corte, giustifica in principio la compressione da parte del legislatore statale di ogni tipo di competenza regionale o provinciale, e ciò anche con interventi di dettaglio, purché si tratti di misure necessarie e proporzionate rispetto alla realizzazione dell’interesse medesimo (v. spec., sentenze nn. 177 e 217 del 1988, 399 e 459 del 1989, 21 del 1991). Naturalmente, ciò non implica necessariamente che le provvidenze regionali o provinciali debbano essere comunque escluse, ma, al contrario, consente che esse siano fatte salve ove siano compatibili con le modalità e gli scopi dell’intervento nazionale e possano essere adeguatamente coordinate e utilizzate al medesimo fine”; Corte Cost., 28 gennaio 1991, n. 49, che dichiara l’illegittimità costituzionali degli artt. 1, 9° comma, 11, 1° comma e 12, 4° comma della legge 4 maggio 1990, n. 107 (“Disciplina per le attività trasfusionali relative al sangue umano ed ai suoi componenti e per la produzione di plasmaderivati”), così disponendo “la competenza ministeriale di determinare le indicazioni in base alle quali deve essere istituito, formato e tenuto il registro del sangue in ciascuna regione costituisce l’oggetto di una riserva di funzione a favore dello Stato, giustificata da un interesse nazionale non frazionabile, frutto di una scelta legislativa non arbitraria e perseguita con mezzi non incongrui...in materia di intervento sostitutivo posto in essere da organi statali nei confronti di quelli regionali in relazione al compimento di particolari adempimenti, il relativo potere deve avere una base legale, deve essere strumentale all’adempimento di obblighi o al perseguimento di interessi tutelati costituzionalmente come limiti all’autonomia regionale, deve riguardare attività sottoposte a termini perentori o la cui mancanza metterebbe in serio pericolo interessi affidati alla responsabilità finale dello Stato, deve essere

censurato il legislatore nazionale e regionale nel nome della difesa dell'autonomia comunale e più in generale delle attribuzioni riconosciute al sistema delle autonomie locali.

Nel modificato assetto costituzionale<sup>178</sup> a fronte di un'amministrazione che si presenta come "essenzialmente locale, anzi comunale"<sup>179</sup>, titolare di funzioni proprie<sup>180</sup> oltre che di funzioni conferite dalla legge, il principio di proporzionalità (coniugato con quello di sussidiarietà verticale) continua a rappresentare un criterio fondamentale per il legislatore statale e regionale nel conferimento e nell'attrazione delle funzioni amministrative incidendo, fatalmente, sulle modalità concrete del loro esercizio<sup>181</sup>.

In altri termini, come emerge dall'analisi della giurisprudenza costituzionale<sup>182</sup> che si è formata sul punto, ogniqualvolta il legislatore "sposta" verso l'alto

---

esercitato da un'autorità di governo e, infine, deve essere assistito da garanzie ispirate al principio della "leale cooperazione"...tuttavia la mancata predisposizione di procedure ispirate al principio di cooperazione e, segnatamente, l'assenza di una previa messa in mora della regione (o della provincia) inattiva mediante diffida ad adempiere entro un determinato termine, porta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, nono comma, nella parte in cui non prevede un congruo preavviso alla regione o alla provincia autonoma inadempiente in ordine all'adozione degli atti sostitutivi ivi previsti".

<sup>178</sup> Sul tema del nuovo modello di allocazione delle funzioni amministrative introdotto dalla riforma costituzionale del Titolo e soprattutto sul tema specifico del superamento del parallelismo tra le competenze legislative e amministrative, il contributo della dottrina, oltre ad essere autorevolissimo, è sterminato, per cui sia consentito rinviare, senza alcuna pretesa di esaustività, a: M. Cammelli, *Amministrazioni (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1273 ss.; Idem, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. Reg.*, 2002, 2, 453 ss.; A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2006, 1, 305 ss.; R. Bin, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, 365 ss.; G. Falcon, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi art. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, 383 ss.; F. S. Marini, *Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, 399 ss.; G. Pastori, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale. Considerazioni introduttive*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 463 ss.; E. Follieri, *Profili amministrativi nell'individuazione delle materie di cui all'articolo 117*, *ibidem*, 479 ss.; E. Follieri, *Le funzioni amministrative del nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 2-3, 439 ss.; P. Urbani, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 2-3, 459 ss.; G. Berti e G. C. De Martin, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Atti del Convegno, Roma, 31 gennaio 2002*, Roma, 2002.

<sup>179</sup> M. Cammelli, *Amministrazione (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione cit.*, 1278 ss.

<sup>180</sup> Sul concetto di funzioni "proprie" S. Cassese, *L'amministrazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 12, 1193 s.; G. Falcon, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione cit.*, 385-391; A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo cit.*, 1314 ss.

<sup>181</sup> Del resto, come è stato osservato da attenta dottrina, "le tecniche di distribuzione delle funzioni di cura degli interessi...sono strettamente legate alla composizione degli interessi, al punto, da poter costituire, esse stesse, una modalità di composizione", in questi termini L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005, 46 e più diffusamente 231 ss.

<sup>182</sup> La Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 6, respinta la questione di legittimità costituzionale sollevata avverso il d.l. 7 febbraio 2002, n. 7 (Misure urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale) e avverso il d.l. n. 7 del 2002, convertito dalla l. 9 aprile 2002, n. 55 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 febbraio 2002, n. 7 recante misure

l'esercizio di una funzione amministrativa in ossequio ai principi di "sussidiarietà, adeguatezza (che del principio di proporzionalità è una delle componenti essenziali) e differenziazione" di cui all'art. 118, 1° comma Cost., l'esercizio del relativo potere amministrativo deve essere assistito da tutta una serie di garanzie, sia sostanziali che procedurali, tali da legittimare e giustificare il contenuto e l'estensione di tale potere.

A titolo esemplificativo si può ricordare la posizione assunta dalla Corte Costituzionale, ancora prima della riforma del 2001, in relazione alla pianificazione settoriale.

La Corte, infatti, pur ritenendo la pianificazione di settore necessaria e legittima per dare tutela appropriata ad interessi preminenti che gli ordinari strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale non possono garantire e sottolineando come sia il conseguimento di tale obiettivo a giustificare il conferimento di funzioni ad enti di dimensione territoriale diversa e maggiore (autorità di bacino) rispetto a quella dell'ente titolare in via ordinaria della potestà di governo del territorio, non manca di evidenziare come sia l'apporto

---

urgenti per garantire la sicurezza del sistema elettrico nazionale), dopo aver spiegato come il problema della competenza legislativa dello Stato non possa essere risolto esclusivamente alla luce dell'articolo 117 Cost., essendo indispensabile una ricostruzione che tenga conto dell'esercizio del potere legislativo di allocazione delle funzioni amministrative secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza di cui al 1° comma dell'articolo 118 Cost. (Corte Cost. n. 303/2003)" e, con riguardo al caso di specie, dopo aver evidenziato che "la deroga al riparto operato dall'articolo 117 Cost. [è] giustificata [ovvero idonea e necessaria] in quanto la valutazione dell'interesse pubblico [garantire la fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale] sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato, oltre ad essere proporzionata non risulta affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità..." esige però la "necessaria previsione di idonee forme di intesa e collaborazione tra il livello statale e i livelli regionali"; analogamente Corte Cost., 20 giugno 2005, n. 242, che dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 4, 110° comma, della legge 24 dicembre 2003, n. 350 ("Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2004") nella parte in cui non prevede che l'approvazione da parte del CIPE delle condizioni e delle modalità di attuazione degli interventi di cui ai commi da 106 a 109 dell'art. 4 della legge n. 350 del 2003 debba essere preceduta dall'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano; Corte Cost., 7 giugno 2005, n. 285, che dichiara illegittime diverse disposizioni del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 28 ("Riforma della disciplina in materia di attività cinematografiche, a norma dell'art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137") in quanto i numerosi poteri di tipo normativo o programmatico che caratterizzano il nuovo sistema di sostegno ed agevolazione delle attività cinematografiche nel decreto legislativo sono riservati solo ad organi statali senza il ricorso ad adeguati strumenti concertativi; analoghi motivi sorreggono le più recenti pronunce di illegittimità costituzionali della Suprema Corte come la pronuncia 11 ottobre 2005, n. 383, che censura il d.l. 29 agosto 2003, n. 239 ("Disposizioni urgenti per la sicurezza e lo sviluppo del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica") convertito, con modificazioni, nella legge 27 ottobre 2003, n. 290, nonché numerose disposizioni della legge 23 agosto 2004, n. 239 ("Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia") e la sentenza 17 maggio 2006, n. 214 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 5, 5° comma e 12, 1° comma, del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 ("Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale") convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80, nella parte in cui non prevede che le opere in esso previste debbano essere individuate seguendo il procedimento stabilito dall'art. 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 443 ("Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive").

collaborativo di quest'ultimo al primo a garantire tale legittimità e a rendere *proporzionato* l'esercizio del relativo potere amministrativo, scongiurando così che la sfera di autonomia dell'ente di minore dimensione, che pure è destinata a cedere innanzi ad interessi di portata più ampia, ne risulti del tutto sacrificata<sup>183</sup>.

Ma analoghe considerazioni possono essere fatte con riguardo al piano territoriale di coordinamento provinciale<sup>184</sup> e al potere di indirizzo e coordinamento<sup>185</sup> riconosciuto alla pianificazione regionale di area vasta, nella formazione dei quali l'apporto collaborativo degli enti locali è oggi potenziato dalla previsione nella legislazione regionale di ultima generazione di istituti tipici di coordinamento quali la conferenza o l'accordo di pianificazione.

Ancora, sebbene la scelta di allocare presso la Regione la funzione autorizzatoria per la realizzazione e la gestione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili sia ritenuta *necessaria* e *idonea* per la soddisfazione di un interesse generale quale quello di garantire la fornitura di energia elettrica su tutto il territorio nazionale, la Suprema Corte<sup>186</sup> esige, perché la normativa superi lo scrutinio di *proporzionalità*, "idonee forme di collaborazione tra gli enti locali interessati"<sup>187</sup>, rappresentate nel caso di specie dalla scelta delle zone in cui insediare gli impianti in sede di Conferenza Permanente<sup>188</sup> e dall'inserimento nel procedimento autorizzatorio di una

---

<sup>183</sup> Corte Cost., 26 febbraio 1990, n. 85, in *corte-costituzionale.it*. Sul tema, F. Gaetano Scoca, *Caratteri e scopi della pianificazione di settore e rappresentazione procedimentale degli interessi pubblici*, in *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e pianificazione di settore*, (a cura di) G. Caia, Rimini, 2001, 23 ss.; R. Bin, *Piani territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2001, 1, 114 ss., in particolare 114-117.

Analogo discorso può essere fatto in relazione alla istituzione di un parco o di un area protetta, vedasi: Corte Cost., 18 ottobre 2002, n. 422; Corte Cost., 29 ottobre 1987, n. 344; Corte cost., 15 novembre 1988, n. 1031, tutte in *corte costituzionale.it*.

<sup>184</sup> Che ai sensi dell'art. 57 del d. lgs. n. 112/1998 assume valore ed effetto dei piani di tutela nei settori della protezione della natura, della tutela dell'ambiente, delle acque e della difesa del suolo e della tutela delle bellezze naturali nella misura in cui le "relative disposizioni siano oggetto di intesa tra la provincia e le amministrazioni, anche statali, interessate".

<sup>185</sup> Q. Camerlengo, *Autonomia locale e il potere regionale di indirizzo e coordinamento: itinerari ricostruttivi e prospettive di riforma*, in *Le Regioni*. 1999, 4, 659 ss., ritiene che la valutazione di legittimità delle singole determinazioni espressione della funzione di indirizzo e coordinamento "dovrà svilupparsi lungo i binari tracciati dal principio di proporzionalità, allo scopo di verificare che, innanzitutto, essa sia idonea rispetto all'obiettivo da conseguire...; che, in secondo luogo, non vi siano misure alternative, meno penetranti, ma altrettanto appropriate...; che, infine, essa non ecceda quanto è strettamente indispensabile per la tutela dell'interesse generale di riferimento" (731). Sul punto, I. M. Marino, *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, (a cura di) I. M. Marino, Palermo, 2003, 97 ss., per il quale nulla impedisca al giudice amministrativo, "in quanto *dominus* del controllo di idoneità, necessità e adeguatezza dell'azione amministrativa, di sindacare la proporzionalità dell'attività amministrativa regionale o provinciale comprimendo l'autonomia comunale" (108-109).

<sup>186</sup> Corte Cost., 13 gennaio 2004, n. 6 cit.

<sup>187</sup> Purché tale collaborazione non si traduca in uno "stallo decisionale", come evidenziato da Corte Cost., 26 novembre 2002, n. 478, in *corte-costituzionale.it*.

<sup>188</sup> Sul tema G. Di Cosimo, *Gli organi di raccordo tra regioni ed enti locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1998, 1, 11 ss.

conferenza di servizi preliminare cui sono invitate a partecipare “tutte le amministrazioni interessate”<sup>189</sup>.

Passando poi dalla disciplina legislativa della funzione amministrativa al suo concreto esercizio in sede procedimentale ecco che, ancora una volta, il principio di proporzionalità diviene misura del corretto esercizio di un potere, in questo caso amministrativo, e strumento di tutela di tutti gli interessi che possono essere pregiudicati dalle scelte amministrative riconducibili al “governo del territorio”<sup>190</sup>.

Ed è proprio questo secondo profilo ad essere oggetto di attenzione nel presente lavoro.

Certo, “di diritto *nel* governo del territorio ce n’è tanto”, nel senso che “governare il territorio evoca un oggetto diverso da quello del pianificare e rappresenta una realtà, un’attività complessa, che fa riferimento al governo dei processi, della convivenza, delle evoluzioni...[e] soprattutto prevede la predeterminazione di fini lontani, di mete a lunga scadenza”<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Sul valore “depotenziato” di tale partecipazione si consenta di rinviare a A. Sau, *Il ruolo della pianificazione comunale nella disciplina dei procedimenti complessi per la realizzazione degli impianti per la produzione di energia elettrica. Commento a Tar Lazio, Latina, Sez. I, 27 febbraio 2008, n. 126*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 2, 474 ss.

Analoghe considerazioni si potrebbero fare in relazione al comma 11 dell’art. 13 del d. l. n. 31/2010, convertito con d. lgs. 15 febbraio 2010, n. 31, che nel disciplinare il procedimento autorizzatorio unico per la costruzione e l’esercizio di impianti nucleari, prevede che qualora non sia raggiunta in sede di conferenza di servizi la necessaria intesa con “un ente locale coinvolto”, questa possa essere superata con un decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri cui “partecipa” però solo il “Presidente della Regione interessata all’intesa”, in questa prospettiva le osservazioni di M. R. Spasiano, *Alcune riflessioni in tema di buon andamento e di modelli di cooperazione tra i diversi livelli di governo*, in *giustamm.it*, 2010, n. 5. Per un primo commento del testo normativo si rinvia invece a L. Ammaniti, M. De Focatiis, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d. lgs. 15 febbraio 2010, n. 31*, in *giustamm.it.*, 2010, n. 5.

<sup>190</sup> La bibliografia sulla materia del “governo del territorio” alla luce delle modifiche introdotte dalla riforma del Titolo V è ovviamente sterminata, per cui si consenta di rinviare per un’analisi delle principali interpretazioni della novella costituzionale del 2001 a: P. L. Portaluri, *Principio di pianificazione e poteri urbanistici*, Napoli, 2003, 201 ss.; V. Cerulli Irelli, *Il “governo del territorio” nel nuovo assetto costituzionale*, in *Il governo del territorio*, (a cura di) S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani, Milano, 2003, 499 ss.; S. Amorosino, *Il governo del territorio tra Stato, regioni ed enti locali*, *ibidem*, 141 ss.; P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006, 4 ss.; Idem, *La nozione di “governo del territorio” dopo la riforma dell’art. 117 cost.*, in *Giust. civ.*, 2003, 1, 107 ss.; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008, 21 ss.; P. Urbani, *Il governo del territorio nel Titolo V della Costituzione*, in *Riv. giur. urb.*, 2003, 1, 49 ss.; Idem, *Il governo del territorio e luoghi di vita e di lavoro*, in *Governo del territorio cit.*, 183 ss.; Idem, *Urbanistica*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 2009; P. Silvestrini, *La riforma costituzionale e il governo del territorio*, in *Riv. trim. app.*, 2005, 1, 79 ss.; P. Mantini, M. Lupi (a cura di), *I principi del governo del territorio. La riforma urbanistica in Parlamento*, Milano, 2005; G. Pastori, *Governo del territorio e nuovo assetto delle competenze statali e regionali*, in *L’ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, (a cura di) B. Pozzo, M. Renna, Milano, 2004, 29 ss.; M. A. Quaglia, *Il governo del territorio*, Torino, 2006; G. Milo, *Il potere di governo del territorio. Principi ricostruttivi*, Milano, 2005; G. L. Conti, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, 2007.

<sup>191</sup> Le parole sono di M. Dugato, *Presentazione sull’Osservatorio del diritto del governo del territorio*, in *iuav/diritto-governo-territorio.it*; in termini sostanzialmente analoghi V. Cerulli Irelli, *Il “governo del territorio” nel nuovo assetto costituzionale cit.*, 504 ss., per il quale il governo del territorio attiene ad una serie di interessi che in parte ineriscono alla materia dell’urbanistica e in

Ne consegue che di scelte *nel* governo del territorio ce ne sono tante, scelte tra interessi pubblici innanzitutto<sup>192</sup>, ma soprattutto tra interessi pubblici e privati, che spesso a seguito di tali scelte risultano “sproporzionatamente” (*rectius* illegittimamente) sacrificati.

Al di là delle differenti letture proposte in dottrina<sup>193</sup>, si consenta in tale sede di accedere ad una nozione funzionale<sup>194</sup> di “governo del territorio”, il cui ambito di intervento è rappresentato dall’“uso del territorio” ed il cui fine è quello di “comporre i diversi interessi, pubblici e privati, che in esso sono coinvolti”<sup>195</sup>.

---

parte se ne differenziano, in quanto riguardano la politica delle grandi infrastrutture, lo sviluppo economico e la politica agricola.

<sup>192</sup> L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio cit.*, 219-227, relativamente alla composita categoria di interessi pubblici che caratterizzano il “governo del territorio” propone una distinzione tra i c.d. “interessi dominanti”, ossia la proprietà, l’ambiente e quello economico-finanziario, intorno ai quali sono strutturati gli elementi fondamentali del sistema di pianificazione e i c.d. “interessi emergenti”, come la difesa dei diritti umani, la tutela della concorrenza o l’interesse inerente ai servizi pubblici, che per l’A. pur non investendo tutti gli aspetti relativi ai procedimenti e alle attribuzioni nel governo del territorio ma attenendo solo ad alcuni specifici profili stanno acquisendo un rilievo sempre maggiore nel governo del territorio.

<sup>193</sup> Per una ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale dei rapporti tra “urbanistica” e “governo del territorio” si rinvia L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio cit.*, 4-11; per una ricostruzione della nozione di “governo del territorio” sulla base del confronto con le altre materie di competenza legislativa statale esclusiva e concorrente (“tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”, “ordinamento civile”, “tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio” ecc.) e dell’analisi delle legislazioni regionali che hanno utilizzato questa espressione per introdurre modelli di pianificazione urbanistica alternativi a quello generale previsto dalla legge n. 1150/1942, si rinvia invece a G. L. Conti, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio cit.*, 169 ss.

<sup>194</sup> S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo cit.*, 130 ss. individua quali elementi costitutivi delle funzioni amministrative: la materia (intesa come campo d’azione e di intervento della amministrazione), il fine pubblico, le attribuzioni e i destinatari (esterni all’amministrazione, non solo pubblici ma anche privati) della funzione. Per un’analisi delle funzioni attribuite all’amministrazione sulla base delle materie si rinvia a G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959; mentre per una distinzione sulla base dei fini, tra compiti di organizzazione, di conservazione e di benessere a A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 941 ss.

Nella sterminata letteratura sul tema si segnalano inoltre: M. S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1966; F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo cit.*; Idem, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione cit.*; Idem, *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 3 ss; G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in onore di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss; Idem, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)* cit.; F. Modugno, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, 1969, XVIII, 301 ss.; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione cit.*; G. Marongiu, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1989, XIV; F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969; V. Bachelet, *Evoluzione del ruolo e della struttura della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. II, Milano, 1977; M. A. Carnevale Venchi, *Contributo alla studio della nozione di funzione pubblica*, I, Padova, 1969, Vol. II, 1974.

<sup>195</sup> Per il giudice costituzionale il “governo del territorio” non attiene solo “all’uso del territorio e alla localizzazione di impianti o attività” (Corte Cost., 7 ottobre 2003, n. 307; Corte Cost., 1° ottobre 2003, n. 303; Corte Cost., 19 dicembre 2003, n. 362; Corte Cost., 7 novembre 2003, n. 331, in *cortecostituzionale.it*) ma diventa una vera e propria “funzione” in quanto comprende “l’insieme delle norme che consentono di identificare e graduare gli interessi in base ai quali

Questo approccio, aggirando il problema della rigida delimitazione dei confini di una materia che in realtà si atteggia a vero e proprio “contenitore” di altre materie e altri valori, ci consentirà infatti di mettere in rilievo come il principio di proporzionalità rappresenti nell’ordinamento vigente una condizione intrinseca di validità dell’agire pubblico soprattutto nell’adozione delle decisioni che richiedono la composizione di interessi disomogenei.

Sebbene non siano certamente mancati in dottrina importanti contributi sul tema della pluralità e dell’eterogeneità degli interessi coinvolti nel governo del territorio, ciò è avvenuto per lo più volgendo l’attenzione ai profili funzionali della materia urbanistica<sup>196</sup>, alla dimensione territoriale di tali interessi<sup>197</sup> e quindi ai livelli e ai contenuti degli strumenti autoritativi e (più recentemente) consensuali<sup>198</sup> deputati alla loro procedimentalizzazione e non, salvo alcune autorevole eccezioni<sup>199</sup>, con esclusivo riferimento ai criteri ordinatori di tali interessi ed in particolare, tra questi, al principio di proporzionalità.

Nel tentativo di indagare come il principio di proporzionalità guidi la ponderazione e la composizione degli interessi, si è quindi scelto di analizzare il ruolo e (soprattutto) le prospettive applicative di tale principio in relazione ad alcuni “strumenti” che incidono sull’uso e sulle trasformazioni del territorio, ovvero gli strumenti generali di pianificazione urbanistica e territoriale e gli atti amministrativi individuali (ablatori e non).

Qualcosa, inevitabilmente, è rimasta fuori dall’indagine.

Anzitutto si è scelto di non occuparsi dei procedimenti edilizi.

Non perché la materia edilizia<sup>200</sup> non offra esempi interessanti di conflitto tra interessi pubblici e privati che possano essere risolti dal principio di proporzionalità ma, *a contrario*, proprio perché essa rappresenta un campo

---

possono essere regolati gli usi ammissibili del territorio” (Corte Cost., 24 giugno 2004, n. 196, in *cortecostituzionale.it*).

<sup>196</sup> P. Stella Richter, *Profili funzionali dell’urbanistica*, Milano, 1984.

<sup>197</sup> Per tutti: G. Tulumello, *Pianificazione urbanistica e dimensione territoriale degli interessi*, Milano, 1996; E. Ferrari, N. Saitta, A. Tigano (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Milano, 2001; V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 2, 386 ss.

<sup>198</sup> In questa prospettiva si colloca il lavoro di L. Casini, *L’equilibrio degli interessi nel governo del territorio cit.*, che analizza le dinamiche degli interesse coinvolti nei procedimenti di governo del territorio in un’ottica procedimentale, analizzando in particolare i profili strutturali e funzionali dei procedimenti amministrativi volti a perseguire in via diretta e prevalente l’interesse pubblico generale di tipo urbanistico consistente nell’ordinato assetto del territorio.

<sup>199</sup> E. Cardì, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Foro amm.*, 1989, 3, 864 ss.; F. G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo cit.*; G. Corso, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *La ponderazione degli interessi nell’esercizio dei controlli. Atti del XXXIV Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 22-23 settembre 1988*, Milano, 1991, 207 ss.; S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania*, Napoli, 1987.

<sup>200</sup> Sui rapporti tra la materia dell’edilizia e dell’urbanistica dopo la riforma del Titolo V si rinvia per tutti a: V. Mazzarelli, *Il testo unico in materia edilizia: quel che resta dell’urbanistica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 8, 775 ss.; P. Falcone, *L’edilizia*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, (a cura di) S. Cassese, Vol. IV, Milano, 2003, 3392 ss.; V. Mazzarelli (a cura di), *Diritto dell’edilizia*, Torino, 2004.

d'indagine ulteriore e ben distinto da quello in esame che richiederebbe una separata considerazione.

Ancora è rimasto fuori lo studio del principio di proporzionalità in relazione all'esercizio dei poteri d'urgenza<sup>201</sup> che incidono sul governo del territorio i quali, in quanto espressione di un potere *extra ordinem*<sup>202</sup>, si muovono al di fuori della cornice di riferimento della presente indagine che si snoda lungo il percorso (principio di) legalità-tipicità-proporzionalità della azione amministrativa.

Pur nella (necessaria) limitatezza dell'angolo visuale prescelto si è tuttavia convinti che l'ambito di indagine così individuato, in quanto connotato dalla presenza di un ampio potere discrezionale, tra l'altro fortemente affittivo, consenta di riflettere con attenzione sulla natura e sulle conseguenze che l'applicazione effettiva del principio di proporzionalità porta con sé.

## 2. Il potere discrezionale nella pianificazione urbanistica comunale: natura e limiti

Se l'essenza della discrezionalità, seguendo il celebre insegnamento di M. S. Giannini, consiste nella "ponderazione di più interessi secondari, pubblici e privati, rispetto ad un interesse primario" è certamente nell'esercizio del potere di pianificazione urbanistica che tale ponderazione raggiunge il più alto grado di complessità<sup>203</sup> e al contempo che i confini della discrezionalità

---

<sup>201</sup> Sul principio di proporzionalità quale limite al potere d'urgenza: R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 777ss. ed in particolare 799 s.; M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 3, 641 ss., in particolare 677-779; A. Andronio, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004, 132.

<sup>202</sup> Senza alcuna pretesa di esaustività si consenta di rinviare per una ricostruzione delle direttrici principali del tema del diritto amministrativo dell'emergenza a: M. S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, 288 ss.; M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 67 ss.; V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986; F. Migliarese, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XXI; G. U. Rescigno, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Noviss. Dig.*, 1965, XII, 90 ss.; F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1980, XXX, 89 ss.; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; Aidpa (a cura dell'), *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006; G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *associazione de icostituzionalisti.it.*; M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in *giustamm.it*, 2011, n. 2

<sup>203</sup> M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, così evidenziava la complessità della ponderazione in sede di adozione di un piano regolatore: "pongasi il caso di un'amministrazione comunale che elabori un piano regolatore della città: l'interesse primario che esso cura è quello dell'urbanistica; nell'esercizio delle sue attribuzioni, essa studia il tracciato ideale di una grande strada, ma in fatto trova via via un cimitero, un palazzo storico, un ospedale, una fabbrica, oltre a tante abitazioni già esistenti; ecco vari interessi pubblici o privati (pietà, arte, sanità, industria, patrimoni privati) che possono indurre l'amministrazione a rinunciare al tracciato ideale o a modificarlo, oppure a risolvere radicalmente le difficoltà, ove lo permette l'interesse degli interessi che è quello finanziario" (97); in termini analoghi, A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nell'amministrazione*, Padova, 1973, 108.

amministrativa<sup>204</sup> assumono i contorni più incerti e sfumati fino quasi a confondersi con il merito amministrativo<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> Che di discrezionalità “pura” si tratti e non “solo” di discrezionalità tecnica è oramai un dato acquisito in dottrina, sul punto si rinvia a quanto autorevolmente sostenuto da: A. M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, I, 465 ss., che si pone in termini molto critici nei confronti della pronuncia della Corte Cost., 14 maggio 1966, n. 38, per la quale nella formazione del piano regolatore l’autorità amministrativa non è titolare di una “discrezionalità amministrativa indiscriminata e incontrollata ma di discrezionalità tecnica” (471-473); Idem, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, I, 963 ss.; P. Stella Richter, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1968, 2, 113 ss., per il quale è proprio la generalità degli interessi e delle funzioni cui è preordinato il potere di pianificazione urbanistica che esclude “la possibilità di individuare nel potere di adozione del piano regolatore una mera discrezionalità tecnica e che, proprio all’opposto, fa del piano regolatore stesso l’esempio di massima libertà di agire in cui un soggetto amministrativo può trovarsi nella esplicazione di un’attività autoritativa e cioè nell’esercizio nella funzione amministrativa” (118); Idem, *L’articolazione del potere di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 657 ss.; G. Berti, *Dinamica giuridico-economica dell’urbanistica*, in *Amministrare*, 1989, 3, 351 ss.; G. Morbidelli, *Legge “Galasso”: durata e forma di imposizione di vincoli di inedificabilità nei piani urbanistico-paesistici*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, 2, 325 ss., che pur riconoscendo come non manchino nella pianificazione territoriale momenti di discrezionalità tecnica (ad esempio nella determinazione della capacità insediativi residenziale, nell’individuazione delle varie classi di terreno destinate ad uso agricolo, nell’individuazione degli agglomerati, dei nuclei, degli edifici singoli di interesse storico-artistico, nella determinazione delle aree che presentano caratteri geomorfologici che le rendono inidonee ai nuovi insediamenti) sottolinea come la “elaborazione di un piano urbanistico, oltre a tali valutazioni, richiede anche e soprattutto valutazioni di discrezionalità amministrativa, vale a dire determinazioni di ciò che corrisponde al perseguimento dell’interesse pubblico, attraverso una comparazione tra i vari interessi che vengono ad essere toccati dalla determinazione stessa” (332); E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, 1983, 17 ss. ma anche 257-263; L. Marotta, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988; negli stessi termini L. Ieva, *Pianificazione del territorio e valutazioni tecniche*, in *Riv. giur. ed.*, 2001, 4, 127 ss. che osserva come “in sostanza l’analisi del territorio e l’assunzione delle decisioni urbanistiche parte dalla valutazione propriamente tecnica per poi spostarsi su valutazioni di merito tipicamente amministrative di valutazione degli interessi” (133); A. Balestrieri, *Discrezionalità amministrativa e pianificazione urbanistica: questioni vecchie e nuove*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 2-3, 269 ss. D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica cit.*, 272-276 e più diffusamente 300 ss.

Al tema della tipologia di discrezionalità (amministrativa o tecnica) di cui è titolare l’autorità pianificatrice si sovrappone spesso in dottrina quello relativo alla natura giuridica del piano regolatore (amministrativa, normativa o mista), per una ricostruzione del quale si rinvia a P. Stella Richter, *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, nota a Cass. sez. II, 17 luglio 1964, n. 1943, in *Giust. civ.*, 1964, 1971 ss.; Idem, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.* 1989, 4, 607 ss., dove l’A. sottolinea come il dibattito in questione possa essere superato spostando l’attenzione “dall’atto-piano ai suoi effetti, cioè ai precetti posti dal piano, i quali variamente si atteggiano, vengono tra loro in relazione ed hanno vicende che prescindono in larga misura, se non addirittura totalmente, dalla natura giuridica della loro fonte”, tanto più che “il riconoscimento della natura normativa o invece amministrativa dei piani...non può essere fatto discendere da pretese caratteristiche intrinseche dell’atto stesso, ma unicamente dalla scelta che liberamente il legislatore è chiamato ad effettuare” (614-615).

Che poi il modo in cui gli interessi pubblici e privati si atteggiano in un procedimento e le caratteristiche della loro ponderazione non possa non dipendere dalla natura giuridica, nel senso di effetto giuridico del tipo di precetto contenuto nel piano è evidente, come sottolineato da G. Corso, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica cit.*, 208.

<sup>205</sup> Tra le moltissime ed autorevoli osservazioni (critiche) sull’ampiezza del potere discrezionale in sede di pianificazione urbanistica si consenta di rinviare a: F. Satta, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980, 47, che sottolinea come nei “piani regolatori... tutto è tipico,

Del resto, come si avrà modo di precisare, proprio nell'esercizio del potere di pianificazione l'evidenza dell'interesse privato rimane un precetto poco più che formale, inidoneo a garantire un corretto esercizio del potere a fronte dell'"esigenza pubblica" che ne richiede il sacrificio.

Il problema era certamente avvertito con minore gravità all'epoca dell'entrata in vigore della legge urbanistica fondamentale in quanto gli interessi privati coinvolti dall'attività di pianificazione urbanistica non subivano una significativa compressione da parte di un piano regolatore generale che, sebbene formalmente esteso all'intero territorio comunale, di fatto riguardava i soli nuclei abitati e si occupava sostanzialmente della regolazione dell'attività edilizia<sup>206</sup>.

Oggi la situazione è radicalmente cambiata.

Alla pianificazione urbanistica generale viene infatti riconosciuta una funzione di programmazione di tutte le attività dirette ad incidere sul territorio, con effetti tra l'altro immediatamente precettivi nei confronti dei privati delle prescrizioni dotate di sufficiente specificità<sup>207</sup>, con la conseguenza che sull'autorità amministrativa titolare del relativo potere incombe un onere di acquisizione e valutazione di un numero significativo di interessi pubblici e privati che complica non poco il meccanismo della ponderazione che presiede all'adozione di ogni scelta discrezionale.

---

tutto è previsto, salvo che nel punto cruciale delle localizzazioni territoriali delle varie zone: questo solo basta a renderli in pratica quasi atti *liberi* [virgolettato nel testo]"; P. Stella Richter, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica cit.*, per il quale se "esulano dalla figura della discrezionalità quelle attività in cui è lo stesso interesse primario ad essere rimesso alla scelta dell'Amministrazione o che comunque sono condizionate a scopi così generali ed indeterminati da consentire una libertà pressoché illimitata...è quest'ultima appunto l'ipotesi che ricorre...nella materia urbanistica" (119); A. M. Sandulli, *Conclusioni del Convegno "L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza, in Problemi di amministrazione pubblica, Quaderni Formez, 1981, 1, 171 ss.*, il quale auspicando maggiori garanzie di giustizia nel procedimento amministrativo sottolineava come "tutto viene disciplinato dai piani regolatori, i limiti della cui discrezionalità sono... pressoché inesistenti" (176); E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico cit.*, per il quale proprio in materia di urbanistica la tradizionale distinzione tra merito e discrezionalità entra in crisi (26-27).

<sup>206</sup> Per un'approfondita ricostruzione, in chiave storica, della pianificazione comunale si rinvia per i profili che qui più direttamente ci interessano ed ovviamente senza alcuna pretesa di esaustività a: M. A. Bartoli, A. Predieri, *Piano regolatore*, in *Enc. Dir.*, 1983, XXXIII, 654 ss.; L. Mazzaroli, *I piani regolatori generali urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962, in particolare 216 ss.; P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica cit.*, 71; P. G. Massaretti, *Dalla regolamentazione alla regola. Sondaggio storico-giuridico sull'origine della legge generale urbanistica del 17 agosto 1942, n. 1150*, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 4, 437 ss.; B. Secchi, *Il racconto urbanistico: la politica della casa e del territorio in Italia*, Torino, 1984, 35 ss. che ben descrive i cambiamenti che hanno riguardato le tecniche di pianificazione in ragione proprio delle mutate finalità della pianificazione urbanistica; G. Campos Venuti, *La terza generazione dell'urbanistica*, Milano, 1990, 35 ss.; E. Salzano, *Fondamenti di urbanistica: la storia e la norma*, Roma, 2007; P. L. Cervellati, *Rendita urbana e trasformazioni del territorio*, in *L'Italia contemporanea 1945-1975*, (a cura di) V. Castronovo, Torino, 1976, 337 ss.

<sup>207</sup> P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica cit.*, 106-107, ricorda la distinzione introdotta nella legge urbanistica fondamentale tra piano regolatore generale e piano particolareggiato in ordine alla natura meramente programmatica o prescrittiva delle previsioni urbanistiche descrivendone il superamento avvenuto nella prassi anche per il tramite dell'interpretazione giurisprudenziale.

Ma al di là del dato relativo alla progressiva estensione dei contenuti del piano regolatore<sup>208</sup>, che certamente introduce un ulteriore elemento di complessità nell'analisi del contenuto e dei limiti del potere discrezionale esercitato in sede di pianificazione generale, le ragioni dell'ampio margine di discrezionalità che nella determinazione concreta di tali contenuti è riservato all'amministrazione sono da ricercarsi nel carattere formale<sup>209</sup> di tale potere e nell'indeterminatezza dell'interesse pubblico primario<sup>210</sup> al cui perseguimento esso è funzionalizzato.

---

<sup>208</sup> Secondo L. Marotta, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa cit.*, 18 ss. è proprio alla progressiva estensione del contenuto dello strumento urbanistico (con riguardo in particolare alla progressiva attrazione nell'ambito del piano di discipline e interessi di carattere settoriale tutti afferenti al territorio) che deve attribuirsi l'ampia discrezionalità riconosciuta all'autorità amministrativa in sede di adozione del piano regolatore generale; negli stessi termini V. Angiolini, *La pianificazione urbanistica generale*, in *Materiali per un corso di diritto urbanistico*, (a cura di) V. Angiolini, C. Marzuoli, A. Roccella, D. Sorace, A. Travi, Padova, 2000, 193 ss. ed in particolare 197-198.

In termini critici, nei confronti di questa ricostruzione della problematica relativa alla discrezionalità dell'autorità pianificatrice, L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici*, Padova, 1990, per il quale occorre distinguere tra l'"ambito" del potere di pianificazione che attiene all'oggetto dei poteri di pianificazione urbanistica e al contenuto dell'atto di pianificazione dalla "natura" del potere che attiene alla caratterizzazione e ai limiti delle valutazioni che l'amministrazione compie nella determinazione del contenuto concreto del piano, ritenendo, correttamente, che solo quest'ultimo "tocchi l'essenza del problema della discrezionalità" (222).

<sup>209</sup> L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 224 ss. che sottolinea come legislazione urbanistica regionale si limiti a "descrivere il contenuto dello strumento nei suoi tratti minimi essenziali, che formano la struttura legalmente tipica dell'atto" (227), né continua l'A. (238 ss.) la maggiore tipizzazione del contenuto strutturale dello strumento urbanistico può garantire del tutto un esercizio misurato e controllabile della discrezionalità, in quanto "nella definizione del rapporto tipicità-discrezionalità fra grado di tipicità e grado di discrezionalità non vi è una correlazione biunivoca (inversamente proporzionale), ma esso è di volta in volta determinato dalle modalità e dall'oggetto della previsione tipizzante nonché dalla qualità dell'elemento tipizzato dal potere e dal suo collegarsi con gli altri elementi dello stesso... Ben può essere infatti completamente tipizzato un modulo di disciplina di determinate destinazioni urbanistiche, ma non essere minimamente predeterminati i criteri per la loro localizzazione e cioè per l'attribuzione di quelle destinazioni alle singoli porzioni del territorio"; G. Pericu, *La normativa urbanistica: ragione di una crisi*, in *Riv. giur. urb.*, 1985, 1, 157 ss. che ricollega la carenza di normazione sui contenuti della pianificazione territoriale all'"incontrollata" discrezionalità di cui dispongono le amministrazioni locali (162); P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica cit.*, per il quale "l'essenza stessa della materia, in cui confluiscono tutti gli interessi comunque attinenti all'utilizzazione del territorio, ha sempre precluso la possibilità al legislatore di andare al di là della disciplina del procedimento proprio dei singoli atti di pianificazione e di arrivare ad incidere direttamente sul contenuto stesso di tali atti" (85); Idem, *L'articolazione del potere di piano cit.*, 657; M. A. Bartoli, A. Predieri, *Piano regolatore cit.*, "la legge urbanistica è una legge sui procedimenti, del contenuti del piano si dice poco, e dei criteri di scelta o delle regole di uso del territorio nulla" (662); A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 220 s.

<sup>210</sup> Sul tema E. Cannada Bartoli, *Interesse pubblico (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1972, XXII, 1 ss., che ricostruisce la distinzione tra interesse pubblico "astratto" la cui identificazione in un sistema di amministrazione pubblica *sub lege* è rimesso al legislatore e si risolve nella "definizione normativa di distinti interessi pubblici astratti" e l'interesse pubblico "concreto" che si sostanzia nella realizzazione di tali interessi pubblici astratti operando secondo i principi di imparzialità e buon andamento, per cui "l'interesse pubblico concreto... è quello che l'autorità definisce come tale" mentre l'interesse pubblico astratto è quello indicato e spesso non meglio precisato dal legislatore (6).

Il riferimento è a quell'ordinato assetto del territorio"<sup>211</sup> che, lungi dal potere essere individuato *a priori*, risulta essere a sua volta il portato di un processo di composizione del complesso degli interessi pubblici e privati afferenti al territorio che (non essendo stato fatto a monte dal legislatore) dovrà essere effettuato dall'ente titolare della funzione di pianificazione<sup>212</sup>.

Circostanza quest'ultima che non può che riflettersi sull'intera dinamica della ponderazione degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica.

---

<sup>211</sup> P. Stella Richter, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica cit.*, il quale sottolinea come "nel piano regolatore, nella sua accezione moderna sono presenti e devono trovare composizione tutti gli interessi comunque coinvolti dall'uso del territorio; con il piano regolatore si predeterminano tutte le funzioni cui il territorio stesso deve adempiere... Mancando una individuazione normativa preventiva degli interessi da curare, l'attività di adozione del piano regolatore deve in primo luogo consistere, infatti, proprio nella scelta di interessi stessi e nella loro graduazione, mediante un giudizio di valore che è di regola sottratto all'autorità amministrativa, la quale trova di regola nella legge attributiva di ogni singolo potere la indicazione almeno implicita dell'interesse o degli interessi pubblici, per la soddisfazione dei quali il potere stesso è attribuito" (118-119); V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati cit.*, 386-387; A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nell'amministrazione cit.*, 113-114; G. Berti, *Dinamica giuridico-economica nell'urbanistica*, in *Amministrare*, 1989, 3, 351 ss.; S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania cit.*, 64 ss. per il quale il "frequente uso nelle legislazioni urbanistiche di espressioni come <ordinato assetto del territorio da realizzare> esprime l'indeterminatezza degli obiettivi da conseguire (e quindi dell'<interesse primario da perseguire>) in correlazione all'indeterminatezza dei presupposti dell'azione pianificatoria" (65); E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico cit.*, 17; A. Barone, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale cit.*, 303 ss. in particolare 310; Per F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, 135 ss., "l'interesse pubblico è solo un'affermazione, serve a nascondere ben altri interessi, talora perfino privati quando non serva a colpire i più lontani o i meno protetti" (137).

In termini più generali, G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 1035 ss., sottolinea come l'interesse pubblico non sia più "percepibile in sé propriamente come un interesse (rapporto fra un soggetto e un bene o una data utilità, come d'altronde solo in termini figurativi-antropomorfi poteva essere pensato). Esso non può quindi costituire il presupposto dell'intervento amministrativo (come è l'interesse pubblico nella concezione tradizionale), bensì rappresenta un'esigenza-scopo che deve essere raggiunta attraverso l'intervento stesso" (1309), con la conseguenza che l'amministrazione non è "chiamata tanto a comporre l'interesse privato con l'interesse pubblico, quanto a statuire alla luce del fine pubblico l'assetto degli interesse privati, dove per tali possono essere fatti rientrare anche quelli dell'amministrazione o delle amministrazioni come soggetti o parti interessate" (1312); in termini sostanzialmente analoghi, A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 57 ss., che distingue le ipotesi in cui l'interesse pubblico vale come "indicazione di scopo" dall'interesse pubblico come "mezzo logico giuridico attraverso il quale possono farsi valere in via compositiva diversi interessi pubblici (58); G. Pericu, *Emersione e composizione dei vari interessi concorrenti nelle vicende energetico-ambientali*, in *Studi in memoria di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, 393 ss., 396; S. Amoroso, *Materiali per uno schema storico dei procedimenti amministrativi complessi*, in *Foro amm.*, 1973, 6, 302 ss., che osserva come "di fronte a compiti complessi non vi può essere più nella norma l'indicazione di un parametro specifico ma solo una indicazione generica, una generale prefissione di fini a loro volta generali, in sintesi quasi una indicazione politica di scopi" (306).

<sup>212</sup> Che non dimentichiamo, dopo la riforma del testo unico delle autonomie locali, è rimasto l'unico ente territoriale a fini generali (art. 13, d. lgs. 267/2000), per cui nessuna limitazione all'esercizio del potere discrezionale può indirettamente dedursi dalle sue attribuzioni, in questi termini, P. Stella Richter, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica cit.*, 119.

L'impossibilità di individuare nella norma attributiva del potere un interesse primario che orienti il meccanismo della ponderazione degli interessi secondari, sia pubblici che privati, fa sì che questi si pongano rispetto alla norma in una sostanziale condizione di "parità di partenza", con la conseguenza che l'amministrazione titolare del potere non è in grado di distinguere, orientandosi rispetto ad un preciso punto di riferimento, fra primarietà e secondarietà degli interessi poiché nel loro contesto tutti e nessuno in particolare potrebbero meritare considerazione e tutela riguardo ad altri<sup>213</sup>.

La normativa italiana, infatti, "non si occupa di alcun particolare interesse ma, piuttosto, dell'esito armonioso [di tali interessi] che non può, a sua volta, non rappresentare il frutto di un'equa acquisizione, organizzazione e ponderazioni di *tutti gli interessi* e, cioè, degli *interessi di tutti*"<sup>214</sup>, segnando il passaggio da un'amministrazione dell'interesse pubblico ad un'amministrazione degli interessi<sup>215</sup> e quindi da "un'amministrazione contrapposta ai propri consociati", per via della contrapposizione tra interesse primario appartenente alla prima e interessi secondari appartenenti ai secondi, ad "un'amministrazione esponenziale di tutti gli interessi della collettività, volta come tale al perseguimento del *bene comune*"<sup>216</sup>.

In realtà, come è stato correttamente osservato<sup>217</sup>, mentre in una prima fase logica gli interessi pubblici e privati coinvolti in quel determinato contesto territoriale sono sicuramente oggetto di acquisizione e di valutazione allo scopo di determinare l'interesse pubblico concreto, il quale costituisce quindi "la somma algebrica di tutti gli interessi coinvolti" (secondo la teoria della "massimizzazione legittima"); in una seconda fase l'interesse pubblico concreto così individuato assume a sua volta "funzione di selezione e determinazione dei mezzi più idonei alla sua soddisfazione ottimale, assume cioè il ruolo di metro di valutazione del contenuto del provvedimento finale

---

<sup>213</sup> Così S. Cagnetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania cit.*, 64-65, ritiene inutile qualificare i vari interessi pubblici che concorrono all'individuazione dell' "ordinato assetto del territorio" in termini di interessi c.d. comprimari, ritenendo che il problema della rappresentazione sistematica del meccanismo della ponderazione non sia di carattere quantitativo ma qualitativo, per cui ad esso non può essere data soluzione attraverso una "semplice espansione del carattere di *primarietà*, perché si dovrebbe poi, correlativamente, presupporre quello della *secondarietà*, del tutto ingiustificato in un tale contesto" (67).

<sup>214</sup> S. Cagnetti, *op. ult. cit.*, 65. In verità, come è stato ben sottolineato da R. La Barbera, *L'attività amministrativa dal piano al progetto*, Padova, 1990, una "ponderazione della totalità degli interessi non è realizzabile in se stessa: mentre la ponderazione viene fatta in un determinato momento temporale, la totalità degli interessi si manifesta nel corso del tempo, si distribuisce in un arco temporale che trascende il momento in cui la ponderazione avviene. Sicché quest'ultima solo tendenzialmente si rivolge alla totalità degli interessi in gioco: tale totalità infatti strutturalmente le sfugge" (90).

<sup>215</sup> Secondo la nota espressione di F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. di scienza dell'amministrazione*, 1978, 1, 6 ss.

<sup>216</sup> S. Cagnetti, *op. ult. cit.*, 69.

<sup>217</sup> F. G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo cit.*, 1275.

o...dell'assetto degli interessi che, con il provvedimento, diverrà giuridicamente impegnativo”.

Per cui gli interessi privati, “anche in ipotesi coincidenti con l’interesse che l’amministrazione è chiamata a soddisfare, svolgono un ruolo diverso [dagli interessi pubblici]: la loro valutazione serve a contenere la scelta entro i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, elevate a presidi della posizione (degli interessi) dei privati nei confronti dell’amministrazione”<sup>218</sup>.

La peculiarità del meccanismo di ponderazione nei procedimenti di pianificazione urbanistica sta proprio nel diverso ruolo svolto dagli interessi pubblici rispetto a quelli privati, nel senso “che gli interessi privati sono soltanto oggetto di valutazione” mentre “l’interesse pubblico è oggetto di valutazione [*considerando* anche gli altri interessi privati] e criterio di valutazione”<sup>219</sup>, per cui solo una volta che è stato individuato l’interesse pubblico concreto sulla base dell’attività istruttoria svolta si pone effettivamente il tema della proporzionalità delle singole scelte urbanistiche<sup>220</sup>. Se all’indeterminatezza dell’interesse pubblico primario, con tutte le conseguenze che si sono evidenziate, si aggiunge la (peraltro necessaria<sup>221</sup>)

---

<sup>218</sup> F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva cit.*, 1054-1055.

<sup>219</sup> F. G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo cit.*

<sup>220</sup> In questo senso si legge Cons. St., sez. IV, 29 luglio 1980, n. 807 cit., nella quale i giudici di Palazzo Spada dopo aver evidenziato che la “generalità” dell’atto di pianificazione (p.r.g. o programma di pianificazione) va intesa nel senso che “implica la contestualità di valutazioni molteplici e una posizione di originaria indifferenza rispetto agli obiettivi finali da realizzare, delle situazioni concrete sulle quali l’atto deve incidere” precisa che ciò non significa che un atto di programmazione del territorio “non sacrifichi in vista degli obiettivi generali da realizzare interessi specifici” ma solo che “questa statuizione concreta deve essere sempre la risultante di una scelta generale...senza la quale non un atto di programmazione si avrebbe, ma l’apprezzamento di un interesse pubblico puntuale, avulso dal sistema di valutazioni su cui si fonda, e non può che fondarsi, il potere di pianificazione del territorio”.

<sup>221</sup> Che alla base della pianificazione urbanistica ci sia sempre stata una certa esigenza di flessibilità incompatibile con una rigida definizione normativa degli strumenti urbanistici è affermazione così consolidata che non richiede ulteriori precisazioni, per tutti si rinvia a Stella Richter, *Profili funzionali dell’urbanistica cit.*, 85 ss.; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico cit.*, 88 ss.; G. Mengoli, *Sul limite del potere di pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1983, 4, 313 ss., 315; E. Follieri, *Rigidità e elasticità degli strumenti di pianificazione generale*, in *Urb. app.*, 1999, 1, 20 ss.; Idem, *Contributo alla studio sulla dinamica della pianificazione urbanistica*, Chieti, 1986, 9 ss.

E proprio l’esigenza di una pianificazione più flessibile e meno conflittuale ha portato nella più recente legislazione regionale al superamento del vecchio sistema pianificatorio fondato sul binomio piano regolatore e piano particolareggiato e all’introduzione di un modello di pianificazione generale caratterizzato da un piano strategico (piano strutturale) e una serie di piani operativi (artt. 14-16 della l. r. della Basilicata, n. 23/1999; art. 19 della l. r. della Calabria, n. 19/2002; artt. 28-30 della l. r. dell’Emilia Romagna, n. 20/2000; artt. 6-10 della l. r. della Lombardia, n. 12/2005; art. 35 della l. r. della Toscana, n. 1/2005; artt. 2-4 della l. r. dell’Umbria, n. 11/1995; artt. 12-13 e 17 della l. r. del Veneto, n. 11/2004; artt. 24-37 della l. r. della Liguria, n. 36/1997; artt. 28-31 della l. r. del Lazio, n. 38/1999). Nell’intenzione del legislatore regionale proprio il piano strutturale, in quanto piano strategico orientato allo sviluppo sostenibile del territorio e alla salvaguardia delle risorse essenziali del territorio, avrebbe dovuto contribuire a ridimensionare il problema dell’eccessiva discrezionalità dell’autorità urbanistica negli strumenti di pianificazione generale virtù del differimento dell’attività pianificatoria alla successiva

definizione solo procedimentale del potere (e quindi la mancanza di una disciplina che delimiti funzionalmente il potere), il rischio che si corre è quello di lasciare all'amministrazione un'incontrollabile sfera di "libertà" nella determinazione in concreto dei contenuti urbanistici da attribuire al territorio<sup>222</sup> oltre che nella strutturazione in concreto del modello tipico previsto dal legislatore, il quale a sua volta diventa sede di "metodi di pianificazione e di interventi sul territorio tra loro differenti, senza che la loro utilizzazione possa ritenersi ancorata a criteri oggettivi e predeterminati"<sup>223</sup>.

Senza dimenticare poi l'ampia discrezionalità (*rectius* libertà) riconosciuta all'amministrazione *nel quando*<sup>224</sup>, ossia in relazione alla decisione *se e quando* procedere alla redazione di (un nuovo) piano urbanistico o di una sua variante<sup>225</sup>.

Trattandosi di procedimenti amministrativi ad iniziativa d'ufficio spetta infatti all'amministrazione dare avvio all'esercizio del relativo potere qualora ravvisi in concreto l'esigenza di cura dell'interesse pubblico affidatole dalla legge<sup>226</sup>.

---

pianificazione operativa e ai meccanismi di perequazione e compensazione in essa previsti. Sul sostanziale fallimento di questo obiettivo si sono espressi: P. Urbani, *La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia, contenuti ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità del provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, 1, 213 ss.; Idem, *Urbanistica consensuale: la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione e tutele differenziate*, Torino, 2000, 442 ss.; Idem, *Urbanistica*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., Agg., 2009, XXXIII; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico cit.*, 88 ss.; T. Bonetti, *Oggetto e limiti della pianificazione urbanistica strategico-comunale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 12, 1329 ss.

<sup>222</sup> L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 233-234; G. Roehrsen, *Gli strumenti urbanistici italiani*, Firenze, 1971, 80.

<sup>223</sup> L'osservazione è di L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 234, che osserva come all'autorità pianificatrice sia concessa un'assoluta libertà nella differenziazione delle prescrizioni urbanistiche, dando ad esse valenza normativa o provvedimentale, programmatica o immediatamente operativa, ordinatoria o vincolante; in termini analoghi L. Marotta, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa cit.*, 29, che sottolinea la discrezionalità dell'autorità pianificatrice di rinviare a successivi strumenti attuativi l'adozione di misure direttamente conformative della proprietà, bloccando *medio tempore* l'edificazione del territorio; sul punto anche S. Civitarese Matteucci, *Le previsioni urbanistiche "sostanzialmente espropriative" dopo la sent. N. 179 /99 della Corte Costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 3, 933 ss., che in ordine ai c.d. vincoli di rinvio sottolinea come l'attenzione della giurisprudenza sul punto si sia soffermata "esclusivamente sull'elemento esterno che quasi sempre accompagna questi rinvii, quello cioè della contestuale previsione di inedificabilità dell'area interessata, a discapito del profilo interno relativo al potere, ed agli eventuali limiti di questo, di determinare discrezionalmente i modi attuazione del piano regolatore indipendentemente da una specifica autorizzazione legislativa" (936).

<sup>224</sup> Sul tema, in generale: A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988; A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 90 ss.

<sup>225</sup> P. Urbani, *La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia, contenuti ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità del provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà cit.*, che a contrario ravvisa un obbligo di provvedere all'adozione del piano operativo in presenza di un piano strutturale, in base al principio generale di doverosità dell'azione amministrativa di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990, integrato dai principi di ragionevolezza e buona fede (216-218); E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico cit.*, 108-110.

<sup>226</sup> Sebbene la circostanza che si configuri in concreto l'esigenza di cura dell'interesse pubblico costituisce di per se presupposto necessario per l'esercizio del potere e condizione sufficiente per l'apertura del procedimento, come sottolineato da V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto*

Il quadro così sommariamente tratteggiato pone in luce l'esigenza di una maggiore legalità non solo formale ma sostanziale delle scelte di pianificazione e spinge alla ricerca di limiti che siano in grado di orientare e guidare (*ex ante* in sede procedimentale) e controllare (*ex post* in sede processuale) tale discrezionalità.

Al di là del c.d. "limite dell'esistente"<sup>227</sup>, un primo ordine di limiti idonei ad incidere sull'esercizio di tale potere discrezionale emerge a livello legislativo.

In questa direzione si colloca tanto la disciplina degli standard urbanistici<sup>228</sup>, la cui predeterminazione risponde all'esigenza di "orientare" la discrezionalità amministrativa nella definizione delle scelte localizzative e infrastrutturali sotto un profilo quantitativo e relazionale<sup>229</sup>, che la crescente "eteronomizzazione" delle prescrizioni urbanistiche in ragione della salvaguardia di interessi che trascendono la comunità locale.

---

*amministrativo*, Torino, 2010, 310. In giurisprudenza, Cons. St., sez. V, 5 maggio 2003, n. 1224, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>227</sup> G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XXIII, 23; F. Salvia, *Standard e parametri tra regole di pianificazione e disciplina dell'edificabilità*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, (a cura di) E. Ferrari, Milano, 2000, 111 ss., 120; P. Marzaro Gamba, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti. Garanzia delle proprietà e scelte della p.a.*, Padova, 2002, 84 ss. che sottolinea come "il fondamento di questo limite risiede in primo luogo nella necessità di rispettare il contenuto essenziale della garanzia (del mantenimento in vita) di ciò che già oggettivamente esiste sul territorio e ne ha già determinato la trasformazione – e non più soltanto nella generale pretesa alla ragionevolezza del procedimento di pianificazione, in forza della quale la scelta finale della p.a. deve (tra l'altro) risultare conforme alla natura delle cose" (85).

<sup>228</sup> Ovvero agli *standard* c.d. "ad efficacia differita" introdotti dall'art. 41 *quinquies*, 6° e 8° comma e *sexies* della legge ponte n. 765/1967 che sono rivolti agli organi comunali di pianificazione e acquistano operatività nel momento in cui vengono recepiti dagli strumenti urbanistici. Sulla distinzione tra questi e gli *standard* c.d. "ad operatività immediata" di cui al 1°, 2° e 5° comma dell'art. 17 della legge ponte, che vincolano invece i privati al momento della rilascio dell'autorizzazione a costruire, si rinvia a F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico cit.*, 48 ss.; Idem, *Standard e parametri tra regole di pianificazione e disciplina dell'edificabilità cit.*, 111 ss., dove in realtà l'A. dopo aver ripreso la tradizionale distinzione tra le due tipologie di *standard* urbanistici (114-116) da conto di come nella recente legislazione regionale tale distinzione tenda ad essere superata a favore di una nuova categoria di *standard*, c.d. "a valenza plurima", che costituiscono al contempo "limite per il comune quel soggetto pianificatore (allorché si troverà impegnato a redigere o rivedere il piano regolatore) ma anche limite immediato per il Comune quale soggetto proposto al rilascio della concessione edilizia" (119).

Sull'introduzione della disciplina degli *standard* urbanistici è doveroso un rinvio a: F. Spantigati, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969, 207 ss.; L. Falco, *Gli standards urbanistici*, Roma, 1977; G. Campos Venuti, *Amministrare l'urbanistica*, Torino, 1967, 129 ss.; M. E. Schinaia, *Gli standards urbanistici nella l. 6 agosto 1967, n. 765*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1969, 1195 ss.; A. M. Sandulli, *L'attività amministrativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970, 109.

<sup>229</sup> M. A. Bartoli, A. Predieri, *Piano regolatore cit.*, 676 e 701; L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, per il quale l'introduzione degli *standard* urbanistici ha costituito un correttivo all'assenza di predeterminazioni normative che, in una legislazione caratterizzata da una prospettiva essenzialmente procedimentale, indirizzassero sotto il profilo sostanziale il potere di pianificazione (245); G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica cit.*, 22; L. Marotta, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa cit.*, 27 ss.; G. Roehrsen, *Gli strumenti urbanistici italiani cit.*, 80-82; G. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, 100 ss.; E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico cit.*, 15.; P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, 86.

Il riferimento è all'ipotesi in cui esigenze di "adeguatezza" comportino lo spostamento della tutela di interessi pubblici differenziati verso un altro livello di governo<sup>230</sup> ma anche alla circostanza in cui sia lo stesso legislatore a predeterminare il regime giuridico di determinati beni imponendone il rispetto all'autorità urbanistica<sup>231</sup>.

E' appena il caso di sottolineare come nella seconda delle due ipotesi la scelta tra interessi pubblici (e la ponderazione tra interessi pubblici e privati) viene del tutto sottratta all'amministrazione (si pensi ai limiti imposti alla pianificazione urbanistica dalla disciplina dei beni demaniali e del patrimonio indisponibile); mentre nel primo caso la scelta discrezionale viene "solo" spostata in capo ad un'altra amministrazione<sup>232</sup> ritenuta più idonea ad effettuarla e imposta alla pianificazione generale che dovrà adeguare le proprie prescrizioni a pena di illegittimità<sup>233</sup>.

Sebbene i limiti in questione siano in grado di condizionare "dall'esterno"<sup>234</sup> il contenuto discrezionale del piano in quanto impongono il rispetto di precetti il cui contenuto è stato rigidamente predeterminato dal legislatore in via generale ed astratta o affidato dallo stesso ad un'altra amministrazione<sup>235</sup>, ciò non esclude che l'autorità urbanistica a seguito di una nuova e diversa valutazione degli interessi pubblici possa, in parte, derogarvi<sup>236</sup>.

---

<sup>230</sup> S. Civitarese Matteucci, *Sulla dinamica degli interessi pubblici nella pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1992, 6, 155 ss.; N. Assini, *La gerarchia degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991 cit.*, 93 ss. ed in particolare 100-104 e 111-113; E. Sticchi Damiani, *Disciplina del territorio e tutele differenziate: verso un'urbanistica "integrale"*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato cit.*, 145 ss. Il mancato rispetto da parte del piano regolatore delle prescrizioni contenute nei piani di settore legittimano regione o provincia, in sede di approvazione del piano regolatore comunale, ad apportare le necessarie modifiche d'ufficio, sul punto: F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico cit.*, 79; P. L. Portaluri, *Livelli di pianificazione urbanistica e "principio dell'atto complesso"*, in *Urb. app.*, 2001, 1, 131 ss.

<sup>231</sup> L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 237, 242 s.; G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica cit.*, 24 ss.; L. Marotta, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa cit.*, 27 ss.; E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico cit.*, 67 ss.; V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati cit.*

<sup>232</sup> E ciò non induce meno preoccupazioni sul piano delle garanzie dei singoli ad un esercizio corretto della discrezionalità, come osservato da L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 242, in quanto sposta solo il punto d'osservazione dall'ambito comunale a quello sovra comunale.

<sup>233</sup> Diversi i meccanismi di adeguamento previsti dal legislatore, in quanto talvolta la legge impone obblighi di rispetto o di adeguamento (piani di bacino ex art. 17 della legge n. 183/1989 ora art. 66 del d.lgs. n. 152/2006) talaltra dispone l'efficacia sostitutiva delle disposizioni contrastanti (art. 25 della legge n. 394/1991 dispone che il "piano del parco sostituisce...i piani territoriali o urbanistici di qualsiasi livello"; analogamente l'art. 143, 9° comma del d.lgs. n. 42/2004 per piani paesistici).

<sup>234</sup> Trattandosi di limiti che esplicano la loro efficacia nella fase costitutiva della decisione, come evidenziato da L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 248.

<sup>235</sup> A. Balestrieri, *Discrezionalità amministrativa e pianificazione urbanistica: questioni vecchie e nuove*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 2-3, 269 ss.

<sup>236</sup> Ricordiamo infatti che: a) i piani regolatori possono prevedere dotazioni di servizi più ampie rispetto agli *standard* definiti a livello nazionale o regionale; b) la giurisprudenza esclude che

Preso atto della derogabilità di quelli che abbiamo indicato come gli unici limiti capaci *ab externo* di condizionare la scelta discrezionale dell'amministrazione ed ancora della mancanza nella legislazione urbanistica<sup>237</sup> di criteri idonei a delimitare l'esercizio di tale potere, ne consegue che le istanze per una maggiore "democraticità" dell'azione amministrativa nell'esercizio della funzione di pianificazione debbano essere ricercate ancora una volta nell'art. 97, 1° comma della Cost.<sup>238</sup> ossia nella corretta interpretazione e applicazione

---

l'autorità urbanistica debba recepire pedissequamente i vincoli discendenti dai provvedimenti adottati dalle Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi di carattere storico, ambientale e paesistico riconoscendo la possibilità in sede comunale di introdurre nuove ed ulteriori limitazioni a seguito di una nuova e diversa valutazione degli interessi pubblici coinvolti (recentemente Tar Friuli Venezia Giulia, 30 aprile 2010, n. 267, in *giustizia-amministrativa.it*; ma anche Cons. Stato, ad. pl., 19 marzo 1985, n. 6, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, 257); c) quantunque di regola lo speciale regime giuridico ed il vincolo di destinazione che caratterizza i beni pubblici "resista" all'attività di pianificazione, la giurisprudenza ritiene che le prescrizioni di un piano regolatore possano determinare un mutamento del regime giuridico ad essi applicabile, previa intesa tra l'amministrazione proprietaria del bene e quella titolare del potere di pianificazione oppure, nel caso di beni pubblici di proprietà dell'ente titolare del potere di pianificazione, qualora la destinazione incompatibile con la natura pubblica del bene imposta con il piano regolatore equivalga a "tacita sdemanializzazione" dello stesso (sul tema E. Castorina, *Commento all'art. 823*, in *Beni pubblici. Artt. 822-830*, a cura di E. Castorina, G. Chiara, Milano, 2008, 164 ss.)

<sup>237</sup> P. Urbani, *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRG di Roma*, in *giustamm.it*, 2010, n. 4, ricorda tra l'altro come un (eventuale) intervento del legislatore in tal senso dovrebbe fare i conti con il duplice titolo di legittimazione che giustifica tale intervento: da un lato il legislatore statale potrebbe certamente incidere sul potere discrezionale dell'autorità titolare del potere di pianificazione urbanistica intervenendo *ex art.* 117, 3° comma, ossia fissando i principi generali della materia del "governo del territorio", ma anche intervenire *ex art.* 117, 2° comma, lett. l), ovvero legiferando nella materia dell'"ordinamento civile" posto che recentemente la Corte Costituzionale ha affermato che "le previsioni relative al trasferimento e alla cessione dei diritti edificatori incidono sulla materia ordinamento civile di competenza esclusiva dello Stato" (Corte Cost., 23 marzo 2020, n. 121, punto 10 in diritto, pubblicata in *cortecostituzionale.it*); d'altra parte ampio potere rimane in capo ai legislatori regionali nell'adozione delle singole discipline urbanistiche, come testimoniano le diversità che si registrano nelle leggi regionali che disciplinano il piano strutturale. "Il risultato - conclude l'A. - è che, in assenza di intervento del legislatore sia sul versante del governo del territorio che su quello dell'ordinamento civile, la discrezionalità del comune nel dettare le prescrizioni urbanistiche invece che ridursi si è ampliata a dismisura" (1).

<sup>238</sup> Sul punto si inserisce l'annoso dibattito relativo all'incidenza della riserva di legge di cui all'art. 42, 2° comma, sulla disciplina della pianificazione urbanistica, o meglio sul rapporto tra garanzia costituzionale della proprietà, legge e poteri dell'amministrazione nell'esercizio della funzione.

I termini della *querelle* sono ampiamente noti.

Da un lato autorevole dottrina, pur con diverse sfumature, ha sostenuto la sostanziale irrilevanza o neutralità della riserva di legge nei confronti del contenuto della disciplina legislativa dei poteri amministrativi di pianificazione, in questi termini: M. S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 443 ss.; Idem, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1976, per il quale la riserva di legge si traduce nel principio di legalità, per cui il rispetto della prima non richiede altro che la mera legalità formale dei poteri di pianificazione urbanistica; A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, 179; L. Acquarone, *Le garanzie pubblicistiche della proprietà. Gli aspetti procedurali*, in *Quad. reg.*, 1983, 3, 741 ss. per il quale poiché la riserva relativa di legge è rispettata quando la norma primaria contiene direttive che prefigurano all'amministrazione il fine da raggiungere, le fondamentali linee operative strutturali a tale raggiungimento nonché i principi di articolazione tali da consentire la ricostruzione del modo in cui si è formata la volontà amministrativa, essa non impone direttive più ristrette di quelle che in linea generale debbono essere osservate dalla pubblica amministrazione,

---

specie quando la sua attività provvedimentale è destinata ad incidere su situazioni soggettive dei cittadini, in quanto “in ogni caso, invero l’Amministrazione dovrebbe essere efficiente, secondo il principio di buon andamento, e ponderare tutto gli interessi, pubblici e privati...secondo il principio di imparzialità” (748); in termini critici anche A. Gambaro, *Jus aedificandi e nozione civilistica di proprietà*, Milano, 1975, 403 il quale parla dell’art. 42, 2° comma della Cost. come di un vero e proprio “fantasma costituzionale” per la mancanza nella legge ordinaria di limiti che siano in grado di condizionare il potere discrezionale dell’autorità titolare del potere di pianificazione urbanistica

Sottolinea invece il legame tra il 2° comma dell’art. 42 e l’art. 97 della Cost., A. M. Sandulli, *Nuovo regime dei suoli e costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1978, 3, 73 ss., il quale leggendo nella riserva di legge la necessità di una definizione (minima) e di una delimitazione dei poteri amministrativi di pianificazione da parte della legge, in modo da evitare l’esercizio di poteri largamente discrezionali da parte dell’amministrazione comunale ritiene che “questa vada almeno soddisfatta assicurando ai soggetti interessati di rappresentare e sostenere le proprie ragioni nel procedimento amministrativo, sicchè di esse l’autorità possa fare il dovuto conto nel provvedere” (89-90); G. Miele, *Aspetti giuridici della pianificazione urbanistica*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini. Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1965, 267 ss.; e più recentemente, L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, che proprio in relazione all’incidenza della norma costituzionale sulla disciplina urbanistica, conclude nel senso che in relazione alla definizione dei caratteri, dell’estensione e dei limiti della funzione di pianificazione il rapporto tra la legge e l’amministrazione è valutato alla stregua dei principi che regolano in generale l’azione amministrativa mentre in relazione alla definizione dei caratteri e dei limiti del potere amministrativo di incidere (conformare) sul contenuto del diritto di proprietà privata nell’ambito delle proprie scelte di pianificazione, il rapporto tra la legge e l’amministrazione trova una regola ulteriore e diversa rispetto ai principi generali dell’azione amministrativa, nei principi costituzionale in materia di proprietà privata e nella riserva di legge di cui all’art. 42 e 41 (202-203); D. Sorace, *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell’affidamento, esigenze risarcitorie e problemi della rendita urbana*, in *Nuove dimensioni di diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Padova, 1990, 513 ss., il quale, in relazione alla particolare ampiezza dei poteri discrezionali dell’amministrazione in sede di pianificazione urbanistica in presenza della riserva di legge di cui al 2° comma dell’art. 42, sottolinea come “deve aversi coscienza che, intercorrendo qui il rapporto fra la legge (peraltro e *pour cause* non solo statale ma anche regionale) e delle amministrazioni dotate costituzionalmente di autonomia (e ciò a causa del loro carattere rappresentativo), alla prima si richiede essenzialmente di svolgere quel ruolo di garanzia che si realizza nella puntuale disciplina dei poteri autoritativi esercitabili (e quindi nella loro tipizzazione) piuttosto che il ruolo di indirizzo (almeno quanto alla scelta delle finalità specifiche da perseguire, che non possono che essere determinante in misura prevalente dalle stesse amministrazioni, visto appunto il loro carattere rappresentativo)” (519).

Per un approfondimento dell’analisi del rapporto tra procedimenti di pianificazione e democraticità dell’azione amministrativa si rinvia inoltre a M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche cit.*, 125 per il quale “la partecipazione ai procedimenti amministrativi di chiunque reputi di avere un interesse da rappresentare all’autorità, rende i medesimi molto più idonei a quella valutazione comparativa di interessi a cui sono, per definizione, destinati” (125); G. Barone, *L’intervento nel privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969, 113 ss.; M. Ali, *Studi sui procedimenti a partecipazione popolare*, Milano, 1970; M. P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977; G. Sciullo, *Pianificazione amministrativa e partecipazione*, I, Milano, 1984; S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania cit.*; G. Corso, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica cit.*; U. Pototschnig, *Pianificazione del territorio e jus aedificandi*, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 2, 329 ss.; G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica cit.*; M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 1, 5 ss.; G. Pastori, *Introduzione cit.*, 22 ss.; S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, 25 ss.

nell'esercizio procedimentalizzato dell'azione amministrativa dei principi generali di imparzialità<sup>239</sup> e buon andamento e di quei canoni di ragionevolezza e proporzionalità che ne sono diretta espressione<sup>240</sup>.

A fronte della pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti nelle scelte urbanistiche tali principi si traducono in sede procedimentale in vere e proprie "regole istruttorie" che consentono all'amministrazione procedente di valutare alternative di composizione degli interessi in conflitto e al giudice amministrativo, chiamato a sindacare un processo decisionale caratterizzato da una successione di scelte, di verificarne la coerenza e la logicità (leggi ragionevolezza) e quindi l'idoneità, la necessità e l'adeguatezza (leggi proporzionalità)<sup>241</sup>.

Detto altrimenti, sebbene la "pianificazione urbanistica sia caratterizzata da un altissimo grado di discrezionalità, in quanto il comune è chiamato a compiere le sue scelte in vista del migliore assetto da attribuire al proprio territorio, questo non significa che tali scelte non debbano pur sempre garantire una imparziale ponderazione degli interessi coinvolti, dovendo l'amministrazione valutare attentamente se l'astratto miglioramento della situazione urbanistica non contrasti invece con rilevanti sacrifici di interesse, anche privati. E' proprio la contestuale ponderazione degli interessi in gioco, derivante dalla

---

<sup>239</sup> Come è stato correttamente osservato da E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico cit.*, 20-21, la scelta urbanistica può essere politica e quindi espressione della funzione di indirizzo politico di cui è titolare l'ente comunale (nella misura in cui esprime il raccordo tra amministratori comunali eletti e l'elettorato di riferimento) purchè sia imparziale, cioè ragionevole e non arbitraria; analogamente P. Stella Richter, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica cit.*, 120.

Sulla ragionevolezza intesa come assenza di arbitrarietà ma non come apoliticità delle scelte, A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nell'amministrazione cit.*, 83 ss.; S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale cit.*

<sup>240</sup> Sembra essere di diverso avviso U. Pototschnig, *Pianificazione del territorio e ius aedificandi cit.*, quando afferma che i "limiti che accompagnano l'esercizio della pianificazione territoriale vanno cercati e ritrovati prima ancora che nell'osservazione di quelle regole generali che governano in generale l'azione amministrativa, come la legalità, l'imparzialità, l'affidabilità...nella norma o nelle norme che conferiscono il relativo potere, ed in particolare nella causa giuridica degli atti che di questo potere sono esercizio" (337) ovvero nell'introduzione da parte del legislatore regionale di norme relative al "contenuto dello strumento urbanistico" (ovvero norme che contengano un'indicazione articolata degli obiettivi della pianificazione, norme che prescrivano specifici e articolati obblighi conoscitive e informativi) che siano in grado di "guidare dall'interno la pianificazione territoriale", salvo poi riconoscere che queste rappresentano solo "un parametro per accertare il buon uso del potere amministrativo" (341) ed astenersi dall'indicare i criteri generali alla stregua dei quali "accertare [in concreto] il buon uso del territorio".

<sup>241</sup> G. Morbidelli, *Legge "Galasso": durata e forma di imposizione di vincoli di inedificabilità nei piani urbanistico-paesistici cit.*, per il quale "la ricerca di principi di logicità e/o di regole istruttorie, finisce per essere un mezzo (e tra i più efficaci) che offre l'ordinamento per limitare *ex ante* la (altrimenti eccessiva) discrezionalità della pianificazione" (331); negli stessi termini anche G. Corso, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica cit.*, 224, che individua nel principio di proporzionalità una delle regole che "governano" la ponderazione nei procedimenti di pianificazione urbanistica.

considerazione totale del territorio in sede di previsioni urbanistiche, che garantisce l'imparzialità delle scelte pianificatorie"<sup>242</sup>.

### 3. *Dalla natura agli effetti del potere urbanistico. Alla ricerca di un bilanciamento "proporzionato" nella pianificazione generale*

Ciò premesso sulla natura (ampiamente discrezionale) del potere urbanistico e sulla conseguente necessità di individuare limiti all'esercizio di un potere che sebbene discriminatorio per natura<sup>243</sup> rischierebbe altrimenti di essere del tutto arbitrario, occorre ora soffermarsi sugli effetti del potere "conformativo" di pianificazione urbanistica al fine di verificare l'effettiva operatività del principio di proporzionalità quale strumento di bilanciamento tra la necessaria soddisfazione dell'interesse pubblico ed il "misurato" sacrificio degli interessi privati che con lo stesso entrano in conflitto.

A tal fine, sono però doverose alcune considerazioni di carattere generale che danno il senso dell'analisi che si intende compiere e della strada che si cercherà di percorrere.

Innanzitutto, almeno a parere di chi scrive, la proporzionalità nella pianificazione urbanistica non attiene all'equilibrio complessivo del piano inteso come equilibrio delle singole prescrizioni di piano che compongono

---

<sup>242</sup> In questi termini: Tar Lombardia, Brescia, 4 settembre 2001, n. 767, in *giustizia-amministrativa.it.*, ma anche Cons. St., sez. IV, 29 luglio 1980, n. 807 cit., nella quale si legge che l'imparzialità della scelta amministrativa può discendere solo da una valutazione generale degli interessi coinvolti nell'atto di programmazione.

Sulla "ponderazione totalizzante degli interessi" onde risolvere la carenza di imparzialità che affligge i procedimenti di pianificazione urbanistica, E. Cardi, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica cit.*; A. M. Sandulli, *Nuovo regime dei suoli e costituzione cit.*, che precisa che se "v'è un campo nel quale, più che in ogni altro, dovrebbe essere dedicata sollecita cura alla regola costituzionale per cui l'esercizio della funzione amministrativa deve essere organizzata in modo tale che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, come vuole l'art. 97 Cost., esso è questo [campo delle scelte urbanistiche]...In nessuna materia come quella relativa all'assetto del territorio, nella quale sono coinvolti gli interessi di tutta la società civile, il dibattito dovrebbe essere (per esigenze naturali, si può ben dire) il più tardo possibile, aperto ad ogni voce, pubblica e privata, interessata e disinteressata: gli interessi privati molte volte coincidono con quelli pubblici, e – quel che più conta – non di rado giovano a illuminarne certe recondite pieghe" (88-89); G. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2009, che evidenzia come "proprio per i contenuti politici del piano regolatore...vista la difficoltà di separare concettualmente, sotto l'aspetto sia del fine che dei mezzi, la politica specie economica dell'attività amministrativa...non si può non richiamare l'obbligo del rispetto dei principi generali di natura costituzionale, ossia di imparzialità (art. 97 Cost.), di ragionevolezza ed uguaglianza di trattamento (art. 3 Cost.)" (157); G. Sciuolo, *Pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1996, XI, 135 ss. rileva la necessità di incidere sulla carenza di imparzialità che affligge i procedimenti di pianificazione urbanistica evocando la necessità di "motivare le scelte di piano in rapporto alle risultanze che l'accertamento della situazione di fatto e la ponderazione degli interessi implicati ha fatto emergere" (146).

<sup>243</sup> P. Stella Richter, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica cit.*, che parla della funzione pianificatoria come di una "disciplina necessariamente e per sua stessa natura *disuguagliante* [corsivo mio]" (123). In giurisprudenza, Cons. St., IV, 14 aprile 1981, n. 367, in *Foro amm.*, 1981, 5, 851 ss., si osserva come un certo margine di disuguaglianza è intimamente connaturato alla pianificazione urbanistica, altrimenti verrebbe meno la stessa possibilità di differenziare le forme di utilizzazione, di trasformazione e di tutela del territorio.

l'assetto complessivo del territorio<sup>244</sup>, bensì alla legittimità delle “singole scelte amministrative” che incidono su posizioni giuridiche individuali ascrivibili tanto alla categoria degli interessi legittimi che a quella dei diritti soggettivi<sup>245</sup>.

A meno, ovviamente, di non voler sostenere che le disuguaglianze tra singoli sacrifici e quindi lo stesso sacrificio delle singole posizioni giuridiche soggettive possano essere ricomposti in termini di soddisfazione dell'interesse generale collettivo “all'ordinato assetto del territorio”, il quale a dire il vero, come si è visto, non esiste nemmeno prima dell'incontro-confronto/scontro-composizione tra interessi pubblici e privati.

In secondo luogo, almeno nella misura in cui si voglia sostenere che il principio di proporzionalità sia connaturato all'esercizio stesso del potere amministrativo discrezionale indipendentemente dagli effetti prodotti, sembra destinata a passare in secondo piano anche la tradizionale distinzione, ascrivibile a P. Stella Richter, tra potere conformativo del territorio e potere conformativo della proprietà<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> Qui, a dire il vero, rileva molto più la ragionevolezza, intesa come logicità e razionalità della scelta rispetto agli obiettivi da realizzare che la proporzionalità dell'azione amministrativa.

<sup>245</sup> Con effetti ampliativi o restrittivi della sfera giuridica poco importa. E ci conforta sul punto l'affermazione di G. Mengoli, *Sui limiti del potere di pianificazione urbanistica cit.*, quando puntualizza che “tutte le disposizioni [del piano regolatore] vanno motivate, in quanto tutte sono un limite alla libera esplicazione del diritto di libertà dei cittadini [corsivo mio], e non solo quelle che contengono disposizioni che incidono su particolari situazioni” (332).

<sup>246</sup> A seconda che riguardi il territorio, con l'attribuzione di edificabilità potenziale; ovvero più propriamente la proprietà, specificando il modo in cui la singola area dovrà essere utilizzata o trasformata (P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica cit.*, 111 s.).

È noto come la giurisprudenza costituzionale (dalle celebri pronunce 29 maggio 1968, n. 55 e 56 alla più recente sentenza 20 maggio 1999, n. 179) abbia risolto il problema della legittimità “costituzionale” del potere conformativo ritenendo che si rimanga nell'ambito della mera conformazione del territorio qualora “non si incida sulle facoltà essenziali del diritto di proprietà” e “la limitazione non divenga vincolo sostanzialmente espropriativo”; ed è altrettanto noto come tutt'ora rimangano senza soddisfacente risposta alcune importanti domande che animano il vivace dibattito relativo all'individuazione dei vincoli “sostanzialmente espropriativi”, la più importante della quale riguarda certamente l'individuazione di quel “contenuto minimo della proprietà edilizia” cui la Corte Costituzionale fa rinvio ma che manca, nella legislazione come in dottrina, di un'univoca interpretazione.

La dottrina in materia è ovviamente sterminata, per cui si consenta di rinviare, senza alcuna pretesa di esaustività, a: A. M. Sandulli, *Nuovo regime dei suoli e costituzione cit.*; Idem, *Profili costituzionali della proprietà privata cit.*; Idem, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale cit.*; P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica cit.*, 134 ss.; G. De Virgilis, F. Spantigati, *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n. 55 del 1968 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 865 ss.; A. Gambaro, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1977, 74 ss.; M. S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà cit.*, 443 ss.; Idem, *Note sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, in *Foro Amm.*, 1970, 316 ss.; G. Landi, *Vincoli di piano regolatore generale con effetti espropriativi*, in *Foro amm.*, 1984, 4, 616 ss.; A. Predieri, *Espropriazione e regime di proprietà delle aree edificabili*, in *Giur. cost.*, 1968, 1298 ss.; S. Amoroso, *Vincoli urbanistici ed indennità di esproprio tra inadempienze ed ambiguità del legislatore ed interpretazioni surrogatorie della giurisprudenza*, in *Riv. giur. ed.*, 1984, 5-6, 238 ss.; G. Torregrossa, *Il nodo irrisolto dei vincoli urbanistici*, in *Giust. civ.*, 1984, 89 ss.; P. Alpa, *Pianificazione del territorio e vincoli di destinazione. Una questione ancora aperta?*, *ivi*, 1982, 3, 422 ss.; L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 1 ss.; G. Turco Livieri, *I vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 1985, 4, 485 ss.; P. Stella Richter, *Il nodo irrisolto dei vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, 2, 325 ss.;

Al di là infatti dell'apposizione di un vincolo localizzativo preordinato all'esproprio<sup>247</sup> è del tutto evidente che la stessa divisione del territorio in zone<sup>248</sup> (o UTOE) con la conseguente previsione di differenti indici di

---

A.A. V.V., *Atti del convegno "Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1998, 6, 255 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Le previsioni urbanistiche sostanzialmente espropriative dopo la sent. N. 179/99 della Corte Costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 3, 933 ss.; V. Mazzarelli, *I vincoli "sostanzialmente espropriativi"*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 851 ss.; P. Marzaro Gamba, *Il contenuto economico minimo del diritto di proprietà nel "sistema" della legislazione regionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 158 ss.

<sup>247</sup> Che rientra nella categoria dei "vincoli urbanistici" che comportano un'inedificabilità relativa.

Per una classificazione dei vincoli urbanistici si rinvia a: P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2010, 267 ss.; L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 39 ss.; N. Assini, *Diritto urbanistico*, Padova, 2003, 104 ss.; G. Pagliari, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 4, 579 ss.; M. Breganze, *I vincoli urbanistici nel testo unico delle espropriazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 1, 131 ss.

<sup>248</sup> L'effetto conformativo del territorio è tradizionalmente ricondotto alla zonizzazione di cui all'art. 7, 2° comma della legge urbanistica ovvero alla distinzione del territorio comunale in zone omogenee e l'indicazione per ciascuna di esse dei vincoli da osservare (sul punto per tutti, E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico*, 28 ss.; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico cit.*, 69 ss.).

La rigida zonizzazione strutturale di matrice razionalista che attribuisce a ciascuna zona del territorio un'unica funzione specializzata (modello peraltro non imposto dal legislatore come ricordato da G. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico cit.*, 131-132; L. De Pauli, *E' legittima la "doppia zonizzazione" di una stessa area?*, in *Urb. app.*, 1998, 4, 553 ss. in nota a Tar Friuli Venezia Giulia, 23 giugno 1997, n. 516) non ha però impedito nella prassi, da un lato, l'introduzione nell'ambito della stessa zona di ulteriori sub-zonizzazioni e la realizzazione di immobili aventi diverse funzioni (aprendo con ciò il problema delle c.d. "modifiche di destinazione d'uso", per un'analisi del quale si rinvia a S. Amorosino, *Dalle destinazioni d'uso all'uso delle destinazioni nella disciplina urbanistica*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato cit.*, 127 ss.; M. Antonioli, *Note minime in tema di mutamento di destinazione d'uso*, in *Riv. giur. urb.*, 2001, 3-4, 429 ss.; E. Martinetti, *Rilevanza giuridico-urbanistica del mutamento di destinazione d'uso meramente funzionale*, in *Riv. giur. ed.*, 1997, 1, 57 ss.; G. Morbidelli, *Sulla disciplina urbanistico-edilizia della destinazione d'uso degli immobili*, in *Riv. giur. ed.*, 1982, 1, 3 ss.) e dall'altro l'affermazione, in alcune realtà regionali, del modello alternativo della c.d. "integrazione funzionale".

In giurisprudenza, sull'integrazione funzionale: Tar Emilia Romagna, Reggio Emilia, sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Urb. app.*, 2000, 7, 780 ss.; Tar Lazio, sez. I, 19 luglio 1999, n. 1652, *ibidem*, con nota di A. Mandarano, *Nuove tendenze della pianificazione: perequazione, integrazione funzionale, tutela ambientale*, 780 ss.; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 20 novembre 2001, n. 1000, in *Urb. app.*, 2002, 4, 449 ss., con nota di G. D'Angelo, *L'illegittimità dei piani regolatori generali in assenza di zonizzazione*, 451 ss. Sulla natura di modello generale e "alternativo" alla zonizzazione dell'integrazione funzionale non esistono tuttavia unanimità di vedute nella giurisprudenza citata, in particolare mentre il Tar Emilia Romagna, n. 22/1999 riconosce esplicitamente il principio dell'integrazione funzionale quale "criterio tecnico-giuridico di pianificazione territoriale", il Tar Lazio, n. 1652/1999 afferma che "la suddivisione in zone omogenee contenute nel prg di Roma "rappresenta solo uno strumento di lavoro analitico e ricognitivo degli elementi di fatto a fini istruttori, al quale non corrisponde, nelle norme di attuazione, la formulazione di precetti conformativi dell'uso dei beni non rispettosi della consueta suddivisione in zone del territorio", più radicale il Tar Lombardia, n. 1000/2001 per il quale "la suddivisione in zone del territorio pianificato costituisce elemento fondamentale di ogni piano regolatore generale...Pertanto, sebbene il Collegio non ignori che è stata riconosciuta in giurisprudenza la possibilità della micro-zonizzazione, cioè dell'individuazione di sottozone con caratteristiche peculiari nell'ambito di quelle previamente individuate, è oggettiva la necessità che, per aree aventi caratteristiche comuni e omogenee, venga individuata la corrispondente

edificabilità e l'individuazione tra queste di aree occorrenti al soddisfacimento di interessi generali della collettività (si pensi alle aree destinate a formare spazi di uso pubblico, come la destinazione a verde attrezzato e servizi pubblici<sup>249</sup>), comportando la sottrazione di aree all'edilizia privata, determina inevitabilmente un conflitto tra "esigenze pubbliche" e interessi privati che andrà risolto nel rispetto dei principi generali che presiedono al corretto esercizio del potere discrezionale.

Tanto più, come correttamente osservato, che "la maggior parte delle aree è senza dubbio potenzialmente idonea<sup>250</sup> a realizzare più di una funzione sociale, può cioè essere indifferentemente utilizzabile come sedime di strada o piazza ovvero come spazio da utilizzare come parcheggio o come suolo edificabile o altro ancora: la destinazione di piano costituisce una scelta discrezionale in

---

classificazione e con essa l'uniformità di disciplina. La previsione di prescrizioni difformi per aree appartenenti ad una medesima zona, con conseguente diversità di disciplina, deve, dunque, ritenersi di per sé consentita all'amministrazione, che deve farsi interprete delle esigenze peculiari proprie di taluni ambiti, il che richiede, tuttavia, che la correlativa statuizione sia sorretta da un'adeguata e puntuale motivazione. Nel caso in esame...la creazione di sistemi, sub-sistemi e di successivi ambiti non appare espressione di un disegno necessariamente unitario e come tale razionalmente accettabile, risolvendosi esso nel progressivo smarrimento di un siffatto disegno, reso evidente dall'impossibilità di ricondurre ad unità la progressiva ed inesplicabile frammentazione della pianificazione...Il risultato...è quello di una non giustificata polverizzazione della disciplina del territorio, incapace di rendere ragione delle generali scelte del nuovo piano".

Contrasti sul punto anche in dottrina: G. D'Angelo, *L'illegittimità dei piani regolatori generali in assenza di zonizzazione cit.*, ritiene infatti che pur non essendo "in discussione l'opportunità, la valenza o la possibile efficacia di sistemi diversi dalla zonizzazione che ne correggano storture e difetti...in attesa della riforma urbanistica non sussistono margini e spazi della legislazione vigente per sistemi di pianificazione diversi o addirittura alternativi [allo zoning] (452); di diverso avviso E. Boscolo, *Dalla zonizzazione alla perequazione del sistema urbanistico (il caso del p.r.g. di Reggio Emilia)*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 1, 21 ss., in particolare 48; F. Salvia, *Standard e parametri tra regole di pianificazione e disciplina dell'edificabilità*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato cit.*, 111 ss., in particolare 121-122.

<sup>249</sup> Sulla qualificazione del "vincolo a verde attrezzato" in termini di vincolo c.d. conformativo, in quanto non preordinato all'espropriazione e non comportante inedificabilità assoluta, pur in termini critici: P. Virga, *Il "verde attrezzato" qualificato come vincolo conformativo*, nota a Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2000, n. 5327, in *giustamm.it*, 2001, n. 1; R. Gisondi, *Le destinazioni urbanistiche a spazi pubblici sono sempre vincoli preordinati all'espropriazione*, in *Urb. app.*, 2002, 4, 397 ss.

In realtà la destinazione a verde è tutt'altro che pacificamente riconducibile al potere conformativo del territorio essendoci casi in cui si può produrre un vero e proprio effetto espropriativo, sul punto si rinvia alle osservazioni fatte da G. Pagliari, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici cit.*, 594 s.; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2006, 227 e con specifico riferimento al "verde agricolo" S. Castellazzi, *La destinazione a verde agricolo tra potere di pianificazione e vincolo di inedificabilità*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 3-4, 389 ss. ed in particolare 401-407; P. Marzaro Gamba, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti. Garanzia delle proprietà e scelte della p.a. cit.*, 155.

<sup>250</sup> Se così non fosse si porrebbe un problema di ragionevolezza della scelta, per illogicità manifesta, ancor prima che di proporzionalità, in questi termini Cons. St., sez. IV, 26 giugno 2000, n. 3600, in *Cons. St.*, 2002, 4, 717 ss., per il quale "rimane devoluta alla giurisdizione del giudice [amministrativo] la valutazione delle possibili incongruità nella scelta pianificatoria dei terreni sia sotto il profilo della logica corrispondenza allo stato dei luoghi sia sotto l'aspetto della loro idoneità al perseguimento degli obiettivi pianificatori del Comune".

senso proprio, non una mera attività di conoscenza, proprio perché è possibile optare tra più soluzioni tra loro profondamente diverse”<sup>251</sup>.

Ed è proprio su tale scelta, o meglio sulla “legittimità” di tale scelta e sui criteri che la guidano che occorre indirizzare la nostra attenzione, al fine di accertare la reale consistenza degli elementi di fatto e di diritto assunti come presupposti alle scelte concretamente adottate, non tanto e non solo sotto il profilo del loro generico apprezzamento, ma soprattutto in relazione alla “loro specifica attitudine a fondare *quella* scelta, anziché un’altra meno pregiudizievole [per il privato] a parità di condizioni”<sup>252</sup>.

Perché, in altri termini, il “sacrificio dell’interesse privato avvenga solo se l’interesse pubblico lo esige in maniera perentoria”<sup>253</sup> e solo nella misura (che rinvia alla quantità del potere amministrativo) in cui ciò sia strettamente necessario per il suo conseguimento.

Da una prima analisi della giurisprudenza amministrativa sembrerebbe tuttavia che i giudici, rifugiandosi nel mero rispetto da parte dell’amministrazione delle regole tecnico-urbanistiche e dei principi informativi posti nel corso del procedimento di formazione del piano a fondamento dello strumento urbanistico, considerino “le scelte urbanistiche relative alle singole destinazioni di zona inerenti il *merito amministrativo* e quindi sindacabili in sede di legittimità soltanto quando risultino inficiate da errori di fatto e da vizi di grave illogicità, irrazionalità e contraddizione, ovvero da travisamento dei fatti in relazione ad

---

<sup>251</sup> P. Stella Richter, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà*, in M. A. Sandulli, M. R. Spasiano, P. Stella Richter (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 37 ss., 39.

<sup>252</sup> S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania cit.*, 196, che commentando la pronuncia del Cons. St., sez. IV, 6 giugno 1983, n. 401, la quale rimette la scelta operata dall’amministrazione in relazione alla destinazione di una singola area a verde pubblico ad una mera valutazione di merito che sfugge ad un controllo di legittimità, argomentando come sia “genericamente notorio che una città è carente di strutture...e servizi pubblici...e in particolare di verde attrezzato”. sottolinea giustamente come la mera “necessità di verde attrezzato...non dovrebbe poter bastare, da sola, a sorreggere ogni possibile determinazione di carattere puntuale” e come la pubblica amministrazione dovrebbe invece ai fini di un effettivo controllo giurisdizionale di legittimità “esplicare i criteri per il cui tramite è giunta – a meno che non vi sia giunta per caso – a ritenere l’idoneità di quella particolare area al soddisfacimento dell’interesse pubblico, *nei limiti del minor sacrificio possibile per il privato* [corsivo mio]”.

<sup>253</sup> G. Roehrsen, *Gli strumenti urbanistici italiani cit.*, 34.

Che l’idea della necessaria prevalenza dell’interesse pubblico su quello privato sia un retaggio dell’antica idea della supremazia della amministrazione è messo ben in luce da B. G. Mattarella, *L’imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Milano, 2000, 398 ss. e anche da F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. *Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991 cit.*, 39 ss., che sottolinea come “la collocazione e perciò il rilievo maggiore o minore dell’interesse pubblico coinvolto non dipende dalla collocazione dell’amministrazione portatrice dell’interesse nel sistema organizzativo delle competenze, ivi compreso quello delineato dalla Costituzione, ma dal ruolo che l’interesse coinvolto gioca nel procedimento” (42) essendo il vero problema quello di verificare in concreto quale posizione assumono i diversi interessi pubblici e privati che vengono coinvolti nell’attività procedimentale.

esigenze che si intendono concretamente soddisfare”<sup>254</sup>, escludendo inoltre che “nella valutazione della idoneità delle aree a soddisfare, con riferimento alle possibili disposizioni, specifici interessi urbanistici, sia ipotizzabile quella identità di situazioni subiettivi ed obiettive che costituisce il presupposto indispensabile per poter configurare, tra i diversi interessati, il vizio...di eccesso di potere per disparità di trattamento”<sup>255</sup>.

Senza dimenticare poi che in molte delle ipotesi<sup>256</sup> in cui la giurisprudenza richiede espressamente l’evidenza dell’interesse pubblico che sottende alla scelta urbanistica spesso tutto si risolve in un meccanismo formale di

---

<sup>254</sup> *Ex multis*: Tar Friuli Venezia Giulia, 30 aprile 2010, n. 267; Tar Campania, Napoli, sez. II, 20 aprile 2010, n. 2043; Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 7654; Cons. St., sez. IV, 24 aprile 2009, n. 2630; Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1149; Cons. St., sez. IV, 3 novembre 2008, n. 5478; Cons. Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2008, n. 6566; Cons. St., 30 settembre 2008, n. 4712; Tar Sicilia Palermo, sez. I, 29 ottobre 2008, n. 1368; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 10 dicembre 2007, n. 3349; Cons. St., sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4818; Cons. St., 25 maggio 2005, n. 2573; Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4804; Cons. St., 22 giugno 2004, n. 4431; Cons. St., 24 febbraio 2004, n. 738; Cons. St., 31 maggio 2003, n. 3022; Cons. St., 26 maggio 2003, n. 2827; Cons. St., sez. IV, 1° ottobre 2003, n. 5689; Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2002, n. 737; Cons. St., 3 ottobre 2001, n. 5224; Cons. St., 21 giugno 2001, n. 3341; Cons. St., 19 gennaio 2000, n. 245; Cons. St., 8 maggio 2000, n. 2639, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 24 dicembre 1999, n. 1943, in *Cons. St.*, 1999, 12, 2071; Cons. St., ad. pl., 22 dicembre 1999, n. 24, in *giustamm.it*; Cons. St., sez. IV, 2 novembre 1995, n. 887, in *Cons. St.*, 1995, 11, 1501; Cons. St., sez. IV, 4 marzo 1993, n. 240, in *Cons. St.*, 1993, 1, 309; Cons. St., sez. IV, 25 febbraio 1988, n. 100, in *Cons. St.*, 1988, 1, 154; Cons. St., 25 febbraio 1999, n. 99, in *Cons. St.*, 1988, 1, 154; Cons. St., sez. IV, 15 luglio 1986, n. 522, in *Foro it.*, 1987, III, 7; Cons. St., sez. IV, 6 giugno, 1983, n. 401, in *Foro Amm.*, 1983, 6, 1312 ss.; Cons. St., sez. IV, 2 luglio 1983, n. 488, in *Riv. giur. ed.*, 1983, 4, 573 s.

<sup>255</sup> *Ex multis*: Tar Campania, Napoli, sez. II, 20 aprile 2010, n. 2043 cit.; Cons. St., sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4024; Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2008, n. 3358; Cons. St., 9 giugno 2008, n. 2837, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., ad. pl., 2 aprile 1983, n. 7, in *Riv. giur. ed.*, 1984, 2, 316 ss.; Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 1981, n. 159, in *Riv. giur. ed.*, 1981, 4, 633 ss.; Cons. St., 23 febbraio 1979, n. 111, in *Cons. St.*, 1979, 2, 152 s.; Cons. St., sez. IV, 25 febbraio 1988, n. 97, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 1, 12 con nota di O. Canova, *Varianti ai piani regolatori. Quale tutela dei privati?*, 19 ss.

Anche se non mancano pronunce in cui il giudice amministrativo ha ritenuto di poter accertare un scorretto utilizzo della discrezionalità amministrativa “sotto il profilo di un’irragionevole disparità di trattamento di situazioni, che per i loro identici caratteri oggettivi, imponevano una disciplina omogenea”, come: Cons. St., 22 giugno 2004, n. 4434, in *giustizia-amministrativa.it*, nella quale il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento non viene in luce sotto il profilo del mero (e quasi formale) riscontro oggettivo di un ingiustificato trattamento differenziato riservato a situazioni identiche (nella specie, attribuzione di una diversa destinazione urbanistica, l’una edificabile, l’altra a verde, a due porzioni di terreno omogenee) ma passa per un’analisi penetrante ed approfondita del fatto storico alla base della controversia e nella richiesta di una valida e ragionevole giustificazione a supporto di una decisione di segno opposto che sacrifichi l’interesse privato; Tar Veneto, ord., 20 dicembre 2006, n. 4137; Tar Veneto, 2 settembre 2008, n. 2645, in *giustamm.it*.

<sup>256</sup> *Ex multis*: Cons. St., sez. IV, 19 luglio 1982, n. 509, in *Riv. giur. ed.*, 1982, 5, 919 ss., dove si legge che “la mancata considerazione della possibilità...di reperire altrove l’area necessaria per il costruendo edificio non rende di per sé illegittimo il provvedimento essendosi svolta un’adeguata esposizione delle ragioni di preferenza per l’area prescelta”, la quale però non tiene in conto del minor sacrificio che la scelta avrebbe comportato per il privato se fossero state reperite altrove le aree da sottoporre a vincolo.

emersione ed evidenza dell'interesse privato che è solo predeterminato all'esercizio del potere<sup>257</sup> senza però condizionarlo.

Quanto detto non implica affatto che alla giurisprudenza amministrativa sia del tutto estranea una valutazione in termini di proporzionalità della scelta urbanistica.

*A contrario*, per lo più sotto traccia e spesso sotto le mentite spoglie di una valutazione in termini di ragionevolezza, tanto nella giurisprudenza di merito che di legittimità non mancano pronunce nelle quali il tema del maggiore o minore sacrificio del privato assurge a condizione stessa di legittimità della decisione amministrativa, a conferma di come il giudice, vero "custode" della proporzionalità, sia stato in grado di superare i limiti di una legislazione urbanistica di natura meramente procedimentale e del tutto silente in ordine all'obbligo specifico di ponderazione degli interessi pubblici e privati<sup>258</sup>.

Basti pensare a tutte quelle ipotesi in cui il giudice<sup>259</sup>, proprio per lesione del principio di proporzionalità, ha censurato divieti generalizzati e assoluti di modificazione dello stato dei luoghi prescritti dal piano regolatore a prescindere da un confronto dialettico tra i diversi interessi pubblici e privati insistenti sul territorio<sup>260</sup>.

La scelta di localizzazione, infatti, "anche quando si tratta di opere la cui realizzazione si caratterizzi per la necessità del rispetto di regole tecniche complesse...è frutto, di norma, *anche* di una tipica discrezionalità amministrativa, coinvolgente la comparazione e la ponderazione dell'interesse

---

<sup>257</sup> L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, evidenza come tale meccanismo non serva a superare la sostanziale indefinizione normativa del profilo funzionale del potere, né offre criteri di determinazione dell'esito della scelta (254).

<sup>258</sup> Inevitabile il paragone con l'art. 1, 7° comma, della *Bundesbaugesetz* la quale dispone che "nella formazione dei piani urbanistici gli interessi pubblici e privati devono essere ponderati equamente l'uno contro l'altro e l'uno con l'altro", sul tema è ancora attuale il rinvio alla ricostruzione, dottrinale e giurisprudenziale, operata da S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania cit.*, 99 ss.

<sup>259</sup> Tar Campania, Napoli, sez. IV, 7 maggio 2003, n. 5195, con nota di F. Nicoletti, *Pianificazione urbanistica, energia eolica e tutela del paesaggio tra divieti assoluti e ponderazione degli interessi*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 2-3, 264 ss., nella quale il giudice annulla la deliberazione del Consiglio comunale di Savignano Irpino con la quale è stato adottato il nuovo piano regolatore nella parte in cui viene preclusa, "a tutela dei valori paesaggistici di Savignano Irpino, fortemente caratterizzato dalle ondulazioni costituenti la transizione tra i rilievi appenninici e la piana pugliese" la localizzazione su tutto il territorio comunale di "installazioni capaci di alterarne le caratteristiche e/o la percezione, quali, ad esempio, antenne, pale eoliche, silos di altezza superiore a mt. 6"; analogamente Cons. St., sez. VI, 2 agosto 2005, n. 4159, in *giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2005, n. 1356 cit. che annulla le norme tecniche di attuazione di un piano regolatore nella parte in prevedono un divieto assoluto ed inderogabile di localizzare allevamenti di suini su tutto il territorio comunale.

<sup>260</sup> Ne consegue che "le prescrizioni quali i divieti di carattere generale su tutto il territorio comunale dovrebbero costituire una *extrema ratio*, da applicare con particolare parsimonia e soltanto allorché determinati interessi non potrebbero essere tutelati adeguatamente con l'applicazione di misure meno gravi, e comunque tali da non comportare un assoluto sacrificio di altri interessi pubblici di carattere urbanistico o sociale", così F. Nicoletti, *Pianificazione urbanistica, energia eolica e tutela del paesaggio tra divieti assoluti e ponderazione degli interessi cit.*, 279.

pubblico fondamentale con gli altri interessi pubblici e privati in gioco”, con la conseguenza che il giudice, “pur non potendo sostituirsi ad un potere già esercitato, deve [però] poter stabilire, secondo un criterio di effettività di tutela giurisdizionale, se la valutazione complessa operata nell’esercizio del potere debba essere ritenuta corretta sia sotto il profilo delle regole tecniche applicate, sia nella fase di contestualizzazione della norma posta a tutela della conformità ai parametri tecnici, sia nella fase di raffronto tra i fatti accertati ed il parametro contestualizzato nella situazione di fatto che vede coinvolti altri concorrenti interessi”<sup>261</sup>.

Detto altrimenti, “il fatto di fondare il vincolo su un una singola area con l’esigenza di provvedere alla cura di un interesse pubblico non basta, in se medesimo, a giustificare quel tipo di scelta anziché un’altra. Ciò che invece giustifica quella scelta è, e non può che essere,...che tutti gli interessi meritevoli di considerazione, in quel particolare contesto venutosi a creare, siano stati equamente ponderati fra loro. Solo questa circostanza sembra, infatti, idonea ad escludere ragionevolmente che il vincolo su un’altra area (o, comunque, una diversa soluzione al problema che si prospetta) potrebbe comportare un danno obiettivamente minore a parità di risultati conseguiti”<sup>262</sup>. A maggior ragione una valutazione in termini di proporzionalità si pone in occasione della reiterazione di vincoli urbanistici<sup>263</sup>, sulla cui legittimità

---

<sup>261</sup> Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1275, ma anche Tar Sicilia, Palermo, 9 gennaio 2008, n. 12, Tar Campania, Napoli, 3 ottobre 2006, n. 8485, in *giustizia-amministrativa.it*.

Molto interessante in merito la datata giurisprudenza del Consiglio di Stato in ordine ai piani di ricostruzione post-bellici, che si mostra molto sensibile nei confronti del “necessario sacrificio” della proprietà privata a fronte dell’esigenza pubblica di ricostruzione e riedificazione di aggregati urbani distrutti o danneggiati dalla guerra, richiedendo in taluni casi un’adeguata motivazione della scelta tra più di un’area determinata per la localizzazione di un’opera pubblica (Cons. St., 15 gennaio 1958, n. 41, in *Riv. giur. ed.*, 1958, 274; Cons. St., 20 dicembre 1955, n. 979, in *Il Cons. di Stato*, 1955, 1343).

In dottrina si è occupato del tema V. Spagnuolo Vigorita, *Rassegna di giurisprudenza sui piani di ricostruzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, 99 ss., il quale criticando una pronuncia che riconduce al merito amministrativo le censure relative ad una sproporzione tra l’area vincolata ai fini della costruzione di un edificio pubblico e le effettive esigenze di quest’ultima, pur sottoscrivendo nel caso concreto la scelta operata dai giudici, ritiene che essa “non possa essere condivisa in principio, poichè...si perverrebbe all’aberrante conseguenza di dovere escludere il sindacato dei legittimità *quali che siano* [corsivo nel testo] le sproporzioni tra l’esigenza pubblica e il vincolo che la p.a. crede di imporre e pur se queste siano evidenti o enormi. Il che ovviamente, non si concilia con il principio della conformità (che vale anche sotto il profilo della adeguatezza e della proporzionalità) dell’azione pubblica al fine assegnato, posto in rilievo...dalla giurisprudenza dello stesso Collegio” (106-107).

<sup>262</sup> S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania cit.*, 171-172, al quale si rinvia per un commento in termini critici della giurisprudenza di merito degli anni ’80 poco sensibile ad una valutazione in termini di proporzionalità della scelta urbanistica (167 ss.).

<sup>263</sup> Sul tema, in dottrina, *ex multis*: M. R. Spasiano, *Reiterazione di vincoli ex lege n. 1187/68*, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 6, 211 ss.; P. Vaiano, *Reiterazione dei vincoli di natura espropriativa*, in *Foro amm.*, 1987, 4-5, 1331 ss.; L. Marotta, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa cit.*, 41 ss.; L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 182 ss.; D. Rodella, *Sulla reiterabilità dei vincoli urbanistici decaduti*, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 2, 84 ss.; A. Berra, *Brevi considerazioni in materia di decadenza dei vincoli urbanistici e loro reiterabilità*, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 4, 668 ss.; S. Tumbiolo, *La reiterazione dei vincoli urbanistici*

costituzionale si è pronunciato il giudice delle leggi nella nota pronuncia 20 maggio 1999, n. 179<sup>264</sup> affermando che “il potere della pubblica amministrazione di programmazione urbanistica e di realizzazione dei progetti relativi alle esigenze generali...non si può consumare per il semplice fatto della scadenza dei termini di durata dei vincoli urbanistici...ove persistano o sopravvengano situazioni che ne impongono la realizzazione *anche se per differenti finalità*, per cui deve essere esclusa in radice la denunciata violazione degli artt. 9, 32 3 97 Cost.” (Punto 7 in diritto).

Il che, peraltro, è connaturato allo stesso principio di funzionalizzazione<sup>265</sup> dell'attività amministrativa che esclude per definizione la consumazione del potere amministrativo.

Il rispetto dell'art. 97 si pone invece sul piano del legittimo esercizio del potere amministrativo di scelta della reiterazione del vincolo scaduto<sup>266</sup>, non tanto con riferimento al legittimo affidamento riposto dal privato nel venir meno

---

*divenuti inefficaci*, in *Riv. amm.*, 1985, 2, 31 ss.; C. Nicolini, *Reiterazione dei vincoli di natura espropriativa degli strumenti urbanistici*, in *Riv. giur. ed.*, 1985, 2, 66 ss.; G. Giambartolomei, *La reiterabilità dei vincoli di piano divenuti inefficaci*, in *Foro amm.*, 1984, 9-10, 1828 ss.; G. Morbidelli, *Ancora sui vincoli urbanistici nelle aree urbane: non sono più temporanei ma allora sono da indennizzare*, in *Giur. cost.*, 1990, 1-2, 450 ss.; A. M. Sandulli, *Reiterazione dei vincoli espropriativi e tutela risarcitoria*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, 1, 127 ss.; M. C. Spena, *La “congrua motivazione” nel procedimento di reiterazione dei vincoli di piano regolatore generale*, in *Riv. giur. urb.*, 1996, 3-4, 477 ss.; S. Antoniazzi, *Il necessario indennizzo in conseguenza della reiterazione di vincoli urbanistici decaduti nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato: più ampie possibilità di effettiva tutela per le posizioni private*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 3-4, 363 ss.; S. Pelillo, *Reiterazione di vincoli urbanistici preordinati ad espropriazione per pubblica utilità tra attività pianificatoria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 4, 1086 ss.

<sup>264</sup> Pubblicata in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 851, con nota di V. Mazzei, *I vincoli “sostanzialmente” espropriativi cit.*, 853 ss.; di D. De Pretis, *I vincoli di inedificabilità di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale: aggiornamento della categoria e indennizzo per la reiterazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 3-4, 289 ss. e di P. Stella Richter, *A proposito dei vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, in *Giust. civ.*, 1999, 10, 2597 ss.

<sup>265</sup> Cfr. nota 150.

<sup>266</sup> Con la quale espressione si fa riferimento secondo L. Piscitelli (*Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici cit.*, 186 ) non solo alle decisioni che abbiano come risultato la conferma o la proroga del precedente vincolo ma ogni determinazione successiva alla decadenza che, pur modificando la previsione sostanziale di destinazione, abbia come risultato il congelamento della situazione di immodificabilità o comunque la costituzione di un vincolo identico o analogo al precedente.

Nella realtà si possono poi verificare tutta un'altra serie di ipotesi per le quali si pone il problema della verifica del legittimo esercizio del potere amministrativo di reiterazione del vincolo, si pensi alla decisione di reiterazione che segua ad una revoca o ad un annullamento d'ufficio del vincolo originario. In tali casi, infatti, alla valutazioni ordinarie in ordine al legittimo esercizio del potere amministrativo di reiterazione del vincolo si sommeranno tutte le limitazioni tipiche della riproduzione di provvedimenti amministrativi caducati in precedenza *ex officio*; per cui l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera in ragione della quale viene imposto il vincolo non potrà sfuggire ad una comparazione con l'interesse pubblico che precedentemente aveva portato l'amministrazione ad agire in autotutela, in considerazione anche del tempo passato e della necessaria tutela di tutti i soggetti interessati e controinteressati (ovviamente, dopo la novella del 2005, nell'ipotesi di vincolo annullato in via giurisdizionale, l'eventuale reiterazione sarebbe nulla per violazione e/o elusione del giudicato).

Per un'analisi delle diverse vicende, tra quelle evidenziate, che possono verificarsi nella prassi, M. R. Spasiano, *Reiterazione di vincoli ex lege n. 1187/68*, 217-219.

dell'interesse pubblico che aveva giustificato l'apposizione del vincolo (per il semplice fatto cioè che lo stesso sia decaduto senza l'avvio del procedimento espropriativo), ma con riguardo alla corretta ponderazione, con l'ausilio dei canoni di perequazione e della c.d. giustizia distributiva<sup>267</sup>, tra l'interesse pubblico a riservare una determinata zona ad interventi pubblici o di rilevanza pubblica e l'interesse privato a che tale sacrificio costituisca l'*extrema ratio* nell'esercizio del potere di pianificazione.

La Corte, senza mai citare il principio di proporzionalità, ritiene infatti che “la reiterazione dei vincoli urbanistici decaduti per effetto del decorso del termine può ritenersi legittima sul piano amministrativo se corredata da una congrua e specifica motivazione sulla attualità della previsione, con nuova e adeguata comparazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, e con giustificazione delle scelte urbanistiche di piano, tanto più dettagliata e concreta quante più volte viene ripetuta la reiterazione del vincolo”.

In realtà, come si avrà modo di precisare, il tema del controllo del corretto esercizio del potere discrezionale di reiterazione del vincolo (anche dopo la sentenza n. 179/1999) viene spesso impostato sia in dottrina che in giurisprudenza in termini impropri, come se l'interesse del privato costituisca metro e misura della correttezza dell'azione amministrativa in via indiretta e mediata solo ai fini di una (legittima aspettativa) relativa ad una possibile destinazione edificatoria dell'area rispetto ad una precedente determinazione amministrativa<sup>268</sup> e non, come dovrebbe essere, in via diretta, ai fini di corretto esercizio sul piano qualitativo e quantitativo del potere amministrativo.

Tale approccio ha condizionato a lungo quella stessa giurisprudenza<sup>269</sup> che pur richiedendo una motivazione delle scelte amministrative di reiterazione dei

---

<sup>267</sup> G. Roehrsen, *Gli strumenti urbanistici italiani*, 28.

<sup>268</sup> S. Pelillo, *Reiterazione di vincoli urbanistici preordinati ad espropriazione per pubblica utilità tra attività pianificatoria e tutela giurisdizionale cit.*, 1146-1147.

<sup>269</sup> Per tutti: Cons. St., 12 giugno 1995, n. 439, in *Cons. St.*, 1995, 5-6, 667 ss., per il quale “quando l'amministrazione documenta l'esistenza di problemi di ordine generale che incidono in senso peggiorativo sulle condizioni di vita dell'intera cittadinanza...che non solo non sono stati risolti ma che medio tempore si sono addirittura aggravati, questa documentata attestazione...è sufficiente a legittimare la totale reiterazione dei vincoli scaduti senza bisogno di una rinnovata indagine condotta sulle singole aree al fine di accertare la persistente necessità di disporre di esse al fine di soddisfare quelle esigenze né da una rinnovata comparazione fra gli interessi, pubblici e privati configgenti, giacché l'affermata e documentata persistenza dei suddetti bisogni di carattere generale ha un effetto di trascinamento anche nei riguardi delle localizzazioni di vincoli a suo tempo stabilite in funzione del loro soddisfacimento. In altri termini il giudizio in ordine all'attualità dei bisogni reca in sé anche quello sulla persistente attualità ed idoneità delle soluzioni a suo tempo prefigurate. Diversa potrebbe essere la soluzione da dare al problema nel caso in cui il provvedimento, reiterativo del vincolo, avesse una finalità limitata ed un oggetto circoscritto. Verificandosi tale ipotesi la necessità di una motivazione specifica, riferita alla singola area interessata dal vincolo riproposto, troverebbe giustificazione nella complessiva condotta dell'Amministrazione che, avendo omesso di attivare con tempestività il procedimento ablatorio, potrebbe aver ingenerato nel proprietario il convincimento che non sussiste più un effettivo e concreto interesse pubblico da tutelare. Di conseguenza il provvedimento re iterativo del vincolo, non supportato da una specifica ed esauriente motivazione, potrebbe risultare non conforme ai canoni di razionalità e giustizia [corsivo mio]”; dello stesso tenore, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 28 luglio 1987, n. 461, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 5, 828 ss.; Tar Veneto, 4 novembre 1987, n. 936, in *Tar*, 1988, 1, 164; Tar Lombardia, Milano, 27 febbraio 1987, n. 23, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 4, 663

vincoli scaduti, a conferma della “perdurante attualità di quei pubblici interessi” che avevano *ab origine* legittimato l'imposizione del vincolo, raramente si è spinta oltre una generica “considerazione degli stessi interessi pubblici” sino a chiedere conto in concreto della “impossibilità di rinvenire delle alternative” in grado di distribuire diversamente il sacrificio tra più soggetti<sup>270</sup> (che poi risponde ad una valutazione in termini di necessità e proporzionalità in senso stretto).

Anche l'adunanza plenaria del Consiglio Stato, 24 maggio 2007, n. 7<sup>271</sup>, pur richiedendo una *surplus* di istruttoria e un'adeguata motivazione nel caso di reiterazione di vincoli scaduti al fine di scongiurare il “contenuto vessatorio o comunque ingiusto dei relativi atti”, nel momento in cui distingue tra l'ipotesi in cui la reiterazione riguardi una pluralità di aree<sup>272</sup> piuttosto che una parte delle aree già incise da vincoli scaduti o ancora sia posta per la prima volta su una determinata area finisce col guardare solo all'interesse pubblico o meglio

---

ss.; Tar Lazio, Roma, 20 dicembre 1986, n. 2317, in *Tar*, 1987, 1, 54; Tar Lombardia, Milano, 18 gennaio 1987, n. 16, *Tar*, 1987, 3, 959; Tar Abruzzo, Pescara, 13 marzo 1987, n. 121, in *Tar*, 1987, 7-8, 1982; Tar Lombardia, Milano, 11 luglio 1984, n. 683, in *Tar*, 1984, 9, 2567; Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 1994, n. 159, in *Foro it.*, 1994, I, 500 s.; Cons. St., sez. IV, 12 marzo 1996, n. 305, in *Foro amm.*, 1996, 3, 826 ss.; Cons. St., sez. IV, 8 maggio 1995, n. 317, in *Foro amm.*, 1995, 4-5, 862; Cons. St., sez. IV, 5 luglio 1995, n. 541, in *Foro amm.*, 1995, 7-8, 1486; Cons. St., sez. IV, 3 maggio 1990, n. 330, in *Riv. giur. ed.*, 1990, 4, 517 ss.; Tar Trentino Alto Adige, Trento, 9 novembre 1999, n. 379, in *Tar*, 2000, 1, 140; Tar Lombardia, Milano, 24 novembre 1999, n. 3941, in *Tar*, 2000, 1, 110; Tar Molise, 25 novembre 1999, n. 494, in *Tar*, 2000, 1, 273.

<sup>270</sup> Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 1994, n. 26, in *Foro it.*, 1994, 501 ss.; Tar Lazio, Roma, 6 aprile 1994, n. 517, in *Tar*, 1994, 5-6, 1693 s.; Cons. St., sez. IV, 5 giugno 1995, n. 411, in *Foro amm.*, 1995, 6, 1196 s.; Tar Lazio, 17 settembre 1994, n. 1354, in *Tar*, 1994, 10, 3528 ss.; Tar Lazio, 14 aprile 1993, n. 600, in *Tar*, 1993, 5-6, 1590 ss.; Tar Piemonte, 2 marzo 1995, n. 132, in *Foro amm.*, 1995, 6, 1304 s.; Cons. St., sez. V, 28 gennaio 1992, n. 82, in *Cons. St.*, 1992, 1, 80; Cons. St., sez. V, 14 dicembre 1993; n. 1068, in *Cons. St.*, 1993, 12, 1567 ss.; Cons. St., 20 febbraio 1998, n. 312, in *Urb. app.*, 1998, 12, 1445; Tar Lombardia, Milano, 27 febbraio 1997, n. 19, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 4, 667 ss., per il quale “La pubblica amministrazione può reiterare il vincolo *inaedificandi* decaduto per il decorso del quinquennio ma, a tale potestà, fa da contrappeso l'onere di un'approfondita valutazione delle ipotesi alternative di composizione degli interessi in conflitto, sì da consentire al giudice amministrativo di effettuare un sindacato sulla motivazione al fine di valutare l'effettiva esistenza di ragioni che giustificano la reiterazione del vincolo ed, insieme, la logicità e la coerenza di questa rispetto alle finalità perseguite: in particolare occorre che la Pubblica Amministrazione dimostri di aver compiuto quella valutazione degli interessi in conflitto dalla quale emerga l'inesistenza di aree alternative, rispetto a quelle prescelte per la realizzazione dell'opera, aventi le medesime caratteristiche”; più recentemente Tar Lombardia, Milano, 3 maggio 1988, n. 154, in *Tar*, 1988, 7-8, 2164 s.; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 1999, n. 847, in *Riv. giur. ed.*, 1999, 5, 1146; Tar Puglia, Bari, 17 marzo 2000, n. 983, in *Tar*, 2000, 5-6, 2778 ss.; Cons. St., sez. IV, 3 ottobre 2001, n. 5207; Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1275 cit. per il quale “il potere di rinnovazione di un vincolo può essere esercitato solo sulla base di una idonea istruttoria e di una adeguata motivazione che faccia escludere un contenuto vessatorio o comunque ingiusto dei relativi atti, occorrendo l'effettiva e dimostrata cura di un pubblico interesse considerato nella sua contestualizzazione, e quindi nella sua correlazione con gli altri interessi concretamente coinvolti nel procedimento”, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>271</sup> Pubblicata in *giustizia-amministrativa.it*, con commento di V. Salomone, *I vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione per pubblica utilità*, 2 marzo 2010.

<sup>272</sup> Continuando a ritenere in tale ipotesi che la sussistenza di un attuale specifico interesse pubblico risulti dalla perdurante constatata insufficienza delle aree destinate a standard (indispensabili per la vivibilità degli abitati), mentre l'assenza di un intento vessatorio si evince dalla parità di trattamento che hanno tutti i destinatari dei precedenti vincoli decaduti.

alla sola idoneità della misura prescelta per il suo soddisfacimento, perdendo completamente di vista l'interesse privato che dovrebbe essere invece metro, misura in concreto dell'esercizio del potere amministrativo.

Sembra invece cogliere maggiormente nel segno quella giurisprudenza<sup>273</sup> che, ai fini del corretto esercizio del potere discrezionale di reiterazione del vincolo, oltre alla persistenza dell'interesse pubblico ed alla sua attualità (leggi idoneità) richiede la presenza di una serie di parametri oggettivi quali: l'indicazione delle specifiche ragioni del ritardo che hanno determinato la decadenza del vincolo; la mancanza di possibili situazioni alternative o di perequazione fra più proprietari espropriati e quindi l'ineluttabilità della scelta dell'area già vincolata (leggi adeguatezza-proporzionalità in senso stretto); la serietà e l'affidabilità della realizzazione<sup>274</sup> nel quinquennio delle opere di cui trattasi con la precisazione delle iniziative mediante le quali il procedimento ablativo verrà portato a compimento; ed infine la ragionevole dimostrazione, sulla scorta della situazione dei luoghi, che la rinnovazione del vincolo sulla stessa area è necessaria per la realizzazione dell'opera o l'intervento pubblico (leggi necessità)<sup>275</sup>.

Solo richiedendo l'accertamento della mancanza di soluzioni alternative e della impossibile perequazione tra i proprietari ed imponendo una motivazione che assurge a vera e propria giustificazione della scelta amministrativa, specifica e puntuale in quanto estesa alla ponderazione comparativa in ordine alla destinazione delle singole aree (c.d. polverizzazione della motivazione), è possibile isolare la posizione del singolo proprietario, valutare l'incisione della sua sfera soggettiva e compiere una valutazione in termini di proporzionalità della scelta effettuata.

---

<sup>273</sup> Cons. St., sez. IV, 3 luglio 2000, n. 3646, in *lexitalia.it*; Tar Friuli Venezia Giulia, 22 dicembre 2001, n. 933; Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4397; Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4340; Tar Campania, Salerno, 20 gennaio 2003, n. 40 (che richiama espressamente il principio di proporzionalità); Tar Lombardia, Brescia, 27 febbraio 2002, n. 372; Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2008, n. 4765; Cons. Giust. Amm., 19 dicembre 2008, n.1113; Tar Lombardia, Brescia, 10 novembre 2006, n. 1393, Tar Friuli Venezia Giulia, 2 maggio 2000, n. 281 cit.

<sup>274</sup> G. Abbamonte, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. Dir., Agg.*, 1998, II, 796 ss., soffermandosi sul tema della reiterazione dei vincoli e dell'indennizzo ricorda che "la gestione del territorio, imponga o no, trasferimenti coattivi, deve partire dalla pianificazione generale; i grandi insediamenti devono, a loro volta, essere previsti a livello di coordinamento. Solo osservando questi livelli può aversi obiettività e produttività di scelte, conveniente predisposizione di mezzi finanziari e serie possibilità di realizzazione delle scelte operate" (812).

<sup>275</sup> Sul punto, M. R. Spasiano, *Reiterazione di vincoli ex lege n. 1187/68 cit.*, evidenzia come "nelle ipotesi in cui una diversa individuazione, sia pure parziale, delle aree sulle quali imporre il vincolo espropriativo sia consentita dall'assetto territoriale, senza che l'interesse pubblico ne abbia a soffrire...non troverebbe giustificazione una mera riproposizione dello stesso vincolo ed un eventuale provvedimento orientato in questo senso risulterebbe certamente censurabile, tra l'altro, sotto il profilo della mancata presa in considerazione dell'interesse privato già sacrificato, quindi per violazione dell'art. 2 della legge 1187/68 interpretato secondo il suo significato di necessaria rivalutazione di tutti gli interessi coinvolti dall'imposizione del vincolo" (217).

In altri termini i giudici amministrativi, pur senza escludere il valore *pubblico* degli interessi di cui l'amministrazione è portatrice (sviluppo economico<sup>276</sup>, ambiente, razionale utilizzo delle risorse ecc.), ricostruendo in termini di pari dignità i rapporti tra libertà privata e interessi pubblici sembrano rinviare proprio al principio di proporzionalità quale nuovo parametro di composizione degli interessi pubblici e privati nelle scelte urbanistiche di reiterazione del vincolo.

Nel dare doverosamente conto del fatto che non mancano pronunce di segno opposto<sup>277</sup> che ritengono la motivazione polverizzata estesa alla valutazione comparativa in ordine alla destinazione di zona delle singole aree in contrasto con la stessa natura generale degli strumenti urbanistici generali (affermazione non condivisibile in quanto frutto di una interpretazione riduttiva dell'onere motivazionale sulla quale si avrà modo di ritornare), è un altro l'aspetto più controverso di tale orientamento.

Il richiamo è alla lettura riduttiva che in queste ultime pronunce si fa della sentenza n. 179/1999, quando si argomenta che giacché la giurisprudenza sulla motivazione "polverizzata" non costituisce una risposta dell'ordinamento alla protezione di una posizione di legittimo affidamento del destinatario di un provvedimento restrittivo bensì una risposta alla necessaria tutela della sfera soggettiva incisa da un provvedimento sostanzialmente ablatorio, nel momento in cui la Corte Costituzionale afferma il principio che la reiterazione del vincolo implica la previsione di un indennizzo viene meno lo stesso "costrutto ablatorio della sentenza polverizzata"<sup>278</sup> e la necessità di una "motivazione polverizzata", essendo sufficiente un richiamo alle esigenze urbanistiche poste a fondamento della scelta urbanistica.

Con il rischio, portando il ragionamento alle sue più estreme conseguenze, di arrivare a considerare la previsione di un indennizzo idonea *ex se* a giustificare uno scorretto esercizio del potere discrezionale<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> Sul rapporto tra programmazione economica e pianificazione generale: G. Abbamonte, *Programmazione economica e pianificazione territoriale cit.*; I. M. Marino, *Pianificazione territoriale e sviluppo economico*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, 189 ss.; G. Caia, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 707 ss.; M. Tucci, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003.

<sup>277</sup> Per tutte: Cons. St., ad. pl., 22 dicembre 1999, n. 24, in *Urb. app.*, 2000, 3, 298, con nota di M. T. Sempreviva, *Vincoli di inedificabilità: motivazione e indennizzo*; Cons. St., sez. IV, 1 aprile 1996, n. 407, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 4-5, 690 ss.; Cons. St., sez. IV, 6 febbraio 2002, n. 664, in *Foro amm.*, 2002, 1, 364; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 2000, n. 2934, in *Urb. app.*, 2000, 8, 902 ss.; Tar Calabria, Catanzaro, 4 febbraio 2000, n. 301, in *Urb. app.*, 2000, 7, 710; Tar Toscana, 19 settembre 2007, n. 2685, in *giustamm.it*; Tar Abruzzo, Pescara, 20 luglio 2009, n. 458; Cons. St., sez. IV, 5 febbraio 2009, n. 676; Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2008, n. 2999.

In dottrina, a favore dell'esclusione di una motivazione c.d. polverizzata; S. Antoniazzi, *Il necessario indennizzo in conseguenza della reiterazione di vincoli urbanistici decaduti nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato: più ampie possibilità di effettiva tutela per le posizioni private cit.*, 387 ss.; M. Difino, *Vincoli urbanistici e sistema perequativo alla luce delle ultime pronunce del giudice amministrativo*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale cit.*, 323 ss., in particolare 333-336.

<sup>278</sup> E' il ragionamento dell'ad. pl. 24/1999 cit.

<sup>279</sup> Obiezione sollevata anche da S. Pelillo, *Reiterazione di vincoli urbanistici preordinati ad espropriazione per pubblica utilità tra attività pianificatoria e tutela giurisdizionale cit.*, per il

In realtà è appena sufficiente ricordare che l'indennizzo è connesso all'effetto ablatorio (“sostanzialmente espropriativo”) prodotto dal “legittimo” esercizio di un potere discrezionale, il quale, sempre e comunque, deve essere esercitato nel rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, proporzionalità *in primis*<sup>280</sup>, pena una strisciante violazione dell'art. 42, 2° comma della Cost. letto alla luce dell'art. 97 Cost.

Sovrapporre i due profili significa confondere la garanzia del diritto (all'indennizzo) con l'interesse del privato ad un corretto esercizio del potere amministrativo<sup>281</sup>.

---

quale “non può suggerire un percorso alternativo, per ovviare ad una motivazione polverizzata, prendere in considerazione il rimedio dell'incisione della sfera giuridico-patrimoniale del proprietario, costituito dalla previsione di un indennizzo, secondo i principi affermati dalla Corte Costituzionale..., in quanto la restaurazione, mediante intermediazione del Giudice Amministrativo con sentenza di condanna, non può supplire il risultato in sé considerato della verifica del potere discrezionale dell'autorità di pianificazione, fino a poterlo considerare correttamente esercitato” (1146) e da A. Barone, *La governance del territorio cit.*, per il quale “si tratta di due momenti distinti: il secondo momento, quello patologico dell'indennizzo, dovrà essere raggiunto solo in correlazione ad una scelta proporzionata e quindi partecipata, ponderata e motivata. Il primo momento, quello della proporzionalità, precede e si aggiunge alla garanzia indennitaria, ma diventa l'unica tutela del cittadino in tutti quei casi elencati dalla Corte [Costituzionale] in cui il vincolo urbanistico non rientri nello schema ablatorio-espropriativo” (120-121).

<sup>280</sup> In dottrina si ritiene poi che l'annullamento del provvedimento illegittimo di reiterazione del vincolo espropriativo non elimini peraltro gli effetti negativi che il vincolo ha cagionato sul patrimonio del proprietario del fondo, riconoscendo la possibilità per quest'ultimo di agire dinnanzi al giudice amministrativo per chiedere il risarcimento del danno, in questo senso: E. M. Barbieri, *La reiterazione dei vincoli preordinati all'espropriazione fra indennizzo e risarcimento, verso la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1999, 9, 1846 ss.; I. Franco, *L'oggetto del giudizio dopo la riforma sulla giurisdizione amministrativa ex D.Lgs. n. 80 del 1998. Tipologie di illegittimità e reintegrazione patrimoniale, con particolare riguardo agli atti di pianificazione del territorio*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 399 ss., in particolare 423-424; A. Tigano, *Pianificazione territoriale e controllo giurisdizionale (il problema della tutela risarcitoria degli interessi legittimi)*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale cit.*, 269 ss. che sottolinea come ottenuto l'annullamento del provvedimento reiterativo del vincolo la possibilità di ottenere tutela risarcitoria dipende dal tipo di effetto collegato all'annullamento, nel senso che se la pronuncia giudiziale osta al riesercizio del potere amministrativo il danno risarcibile potrà equivalere al valore del bene già vincolato, viceversa il danno di cui si potrà chiedere il risarcimento equivarrà a quello che il privato dimostrerà di aver subito per non aver potuto sfruttare, causa vincolo, le pur limitate capacità edificatorie dell'area nel periodo che va dall'apposizione del vincolo al suo annullamento (288-291); P. Grassano, *Vincoli di inedificabilità o preordinati all'esproprio*, in *Nuova rass.*, 2000, 9, 1008 ss.

Di diverso avviso, Tar Sicilia, Catania, 26 maggio 2010, n. 1946, in *giustizia-amministrativa.it*, per il quale la “lesione alla conservazione della qualità edificatoria da parte dello strumento urbanistico impugnato, non può generare il riconoscimento del danno risarcibile, in quanto di per sé danno ingiusto, essendo necessaria l'ulteriore prognosi sull'effettiva realizzabilità dell'area edificabile e quindi dello *ius aedificandi*. In altri termini, non è sostenibile che, nel caso di specie, si possa riconoscere l'ingiustizia del danno in sé, senza considerare l'effettività del pregiudizio ricevuto dal ricorrente, da correlare all'illegittimo impedimento alla edificazione, per cui, solo dopo la reiterazione della procedura ed il giudizio sulla logicità o meno della pianificazione territoriale (ed il correlato riconoscimento della fondatezza dell'aspirazione al bene della vita) sarà possibile prendere in considerazione l'istanza di risarcimento”.

<sup>281</sup> V. Rapelli, *La tutela avverso le varianti generali re iterative di vincoli urbanistici decaduti, con particolare riferimento alla motivazione e all'indennizzabilità della reiterazione*, in *Giur. it.*, 2001, 1, 159 ss.

La vicenda in esame ricorda molto da vicino quanto avveniva sino alla fine degli anni '80 in relazione al dimensionamento dei piani di edilizia economia popolare a proposito del quale la giurisprudenza non richiedeva alcuna ponderazione degli interessi privati, ritenendo che la scelta delle aree destinate all'edilizia popolare dovesse avvenire "in ragione della loro idoneità, a nulla rilevando il maggiore sacrificio dei proprietari, dal momento che la compensazione del sacrificio sarebbe avvenuta attraverso l'erogazione di un congruo indennizzo espropriativo"<sup>282</sup>.

Situazione poi superata dal legislatore con la novella dell'art. 3, 1° comma della l. n. 167/1962 da parte dell'art. 2 della l. n. 10/1977<sup>283</sup> che riconoscendo il principio del minor sacrificio dei diritti dei proprietari rispetto alle effettive esigenze di dimensionamento dei piani ha contribuito a chiarire che l'indennizzo espropriativo può "compensare l'interesse privato sacrificato soltanto nel caso in cui il piano di zona non si estenda oltre il minimo necessario per la sua corretta esplicazione"<sup>284</sup>.

La valutazione, in termini qualitativi e quantitativi, del potere amministrativo a fronte del sacrificio imposto al privato si pone a ben vedere anche in relazione al sovradimensionamento<sup>285</sup> degli *standard* minimi per attrezzature pubbliche

---

<sup>282</sup> Tra le tante: Cons. St., sez. IV, 31 luglio 1975, n. 727, in *Foro amm.*, 1975, 7, 949 s.; Tar Friuli Venezia Giulia, 10 febbraio 1977, n. 17, in *Foro amm.*, 1977, 7-8, 1831 s.; Cons. St., sez. IV, 27 febbraio 1984, n. 92, in *Cons. St.*, 1984, 1, 150 ss.; Tar Marche, 8 febbraio 1996, n. 54, in *Foro amm.*, 1996, 10, 3009 ss., che vent'anni dopo la riforma del 1977 riteneva infondata la censura di eccesso di potere per mancata ponderazione tra l'utilità pubblica ed il sacrificio imposto al privato avverso la decisione di localizzare il p.e.e.p. in aree private, pur in presenza di idonee aree di proprietà pubblica, motivando che "l'amministrazione, nell'effettuare siffatte scelte, deve adottare le determinazioni che, nella sua discrezionalità, ritiene più rispondenti alle esigenze pubbliche da soddisfare, indipendentemente dall'appartenenza dei terreni al patrimonio pubblico o a quello privato, nonché dall'applicazione di qualsiasi criterio di proporzionalità tra i terreni di pertinenza pubblica e di pertinenza privata, salvo che la scelta non risulti palesemente illogica o irrazionale". In senso contrario si consenta di ricordare la pronuncia del Cons. St., ad. pl., 3 luglio 1997, n. 12, in *Cons. St.*, 1997, 7-8, 971 ss., che proprio in materia di estensione delle aree da inserire nel p.e.e.p. rileva come il potere discrezionale di cui è titolare l'amministrazione in sede di zonizzazione deve fondarsi su un'adeguata motivazione onde verificare la ragionevolezza e l'attendibilità delle scelte effettuate.

<sup>283</sup> "L'estensione delle zone da includere nei piani è determinata in relazione alle esigenze dell'edilizia economia e popolare per un decennio e non può essere inferiore al 40% e superiore al 70% di quella necessaria a soddisfare il fabbisogno complessivo di edilizia abitativa nel periodo considerato".

<sup>284</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 223.

<sup>285</sup> Sebbene la dotazione minima di standard urbanistici sia fissata dal d. m. 2 aprile 1968, n. 1444 e dalla normativa regionale, ciascun comune in sede di pianificazione gode di una certa autonomia nella scelta della misura complessiva, scelta che se di modesta entità non necessita di apposita motivazione (*ex multis* Cons. St., sez. IV, 25 febbraio 1988, n. 99, in *Riv. giur. ed.*, 1988, 3, 332 ss.; Tar Sicilia, Catania, 17 settembre 1984, n. 840, in *Tar*, 1984, 11, 3480; Tar Lazio, Roma, 23 novembre 1983, n. 1126, in *Tar*, 1983, 12, 3378 ss.; Tar Lombardia, Milano, 8 agosto 1983, n. 1066, in *Tar*, 1983, 10, 2903 s.; Cons. St., sez. IV, 30 novembre 1988, n. 905, in *Riv. giur. ed.*, 1989, 1, 98; Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1732, in *Cons. St.*, 1998, 1, 1894; Cons. St., sez. IV, 11 maggio 1979, n. 311, in *Cons. St.*, 1979, 5, 686 ss.; Cons. St., 19 dicembre 1987, n. 784, in *Cons. St.*, 1987, 12, 1723 ss.; Tar Lazio, 20 dicembre 1986, n. 2324, in *Tar*, 1986, 1, 57 ss.; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 1986, n. 586, in *Cons. St.*, 1986, 8-9, 1112 ss.; Cons. St., 17 novembre 1981, n. 877, in *Cons. St.*, 1981, 11, 1225, Cons. St., 19 dicembre 1987, n. 784, in *Cons. St.*, 1987, 11, 1723 ss.; Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1732, in *App. urb. edil.*, 2000, 1,

nella misura in cui tale scelta non consegua ad una valutazione circa la effettiva necessità<sup>286</sup> di vincolare nuove aree ai predetti fini in relazione alla specifica situazione locale<sup>287</sup>.

Ma è soprattutto in relazione alle modifiche operate in sede di variante alle precedenti destinazioni urbanistiche che il principio di proporzionalità è destinato a trovare il più interessante ed al contempo problematico ambito di indagine<sup>288</sup>.

---

49); se notevole richiede invece una motivazione specifica, che va però riferita “alle previsioni complessive di sovradimensionamento, indipendentemente dal riferimento alla destinazione di zona di determinate aree” (Cons. St., sez. IV, 9 luglio 1998, n. 1073, in *Foro amm.*, 1998, 7-8, 2016; Cons. St., ad. pl. 22 dicembre 1999, n. 24 cit.; Cons. St., sez. IV, 6 maggio 2003, n. 2386; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5869; Cons. St., sez. IV, 3 ottobre 2001, n. 5207 cit., in *giustizia-amministrativa.it*).

<sup>286</sup> In questo senso la giurisprudenza richiede che l’aumento degli standard sia connesso ad una congrua valutazione dell’aumento demografico della popolazione (Cons. St., sez. IV, 25 febbraio 1988, n. 99 cit.) sebbene non manchino pronunce che fanno rientrare nel merito amministrativo le previsioni di incremento demografico formulate dalla p.a. in sede di adozione del p.r.g. (Tar Lombardia, Milano, 20 gennaio 1983, n. 33, in *Tar*, 1983, 3, 893 s.).

<sup>287</sup> Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1984, n. 226, in *Riv. giur. ed.*, 1984, 3, 532 ss.; Cons. St., sez. IV, 25 maggio 1982, n. 305, in *Foro amm.*, 1982, 5, 643 ss.; Tar Lombardia, Brescia, 22 febbraio 2010, n. 869, in *giustizia-amministrativa.it*, nella quale è in base al principio di proporzionalità che occorre valutare “se la nuova area a standard sacrifici oltre il necessario la proprietà privata”.

In dottrina, G. Morbidelli, *Legge “Galasso”: durata e forma di imposizione di vincoli di inedificabilità nei piani urbanistico-paesistici cit.*, 330; Idem, *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, evidenzia come la motivazione in materia non “assolve più alla funzione tipica di garanzia di determinate situazioni soggettive...bensì quella di evidenziazione dell’interesse pubblico delle scelte urbanistiche. In sostanza, la motivazione è funzionale alla giuridicizzazione di situazioni in precedenza confinate nel merito amministrativo” (22); A. Balestrieri, *Discrezionalità amministrativa e pianificazione urbanistica: questioni vecchie e nuove cit.*, 271-272.

<sup>288</sup> Con l’aggiunta, nella pianificazione strategica, di due ulteriori elementi di complessità. Da un lato è infatti necessario accertare quando si realizzi il totale superamento del piano regolatore da parte dei nuovi strumenti urbanistici e dall’altro occorre verificare se lo strumento operativo sia in grado di modificare quanto previsto dal piano strategico in ordine alla destinazione delle aree urbane.

Per quanto riguarda il primo punto, sebbene in teoria (Tar Emilia Romagna, Bologna, 15 maggio 2006, n. 609; Tar Toscana, 1° settembre 2005, n. 4276, in *giustizia-amministrativa.it*) l’integrale sovrapposizione al vigente piano regolatore e quindi la capacità conformativa del nuovo modello di pianificazione si ottenga solo con l’adozione del complesso degli strumenti (piano strutturale, regolamento urbanistico, piano operativo), la dottrina ha ben evidenziato come il piano strutturale tenda nella prassi ad assumere “le stesse sembianze, se non addirittura i contenuti tipici” del piano regolatore generale. In questi termini T. Bonetti, *Oggetto e limiti della pianificazione urbanistica strategico-comunale cit.*, 1329; analogamente A. Bartolini, *Questioni problematiche sull’efficacia giuridica della pianificazione strutturale ed operativa*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 2, 262 ss.; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche dello sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007, 118-120; F. Pagano, *Vincoli ablativi e ricognitivi nella pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2001, 6, 255 ss., che ha correttamente osservato come il piano strutturale ha sicuramente effetti conformativi nella parte in cui deve recepire vincoli eteronomi (267). In giurisprudenza, sulla natura conformativa del piano strutturale Cons. St., sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4004; Cons. St., sez. IV, ord. 3 novembre 2006, n. 5736, in *giustizia-amministrativa.it*.

Relativamente al secondo dei due profili, la maggiore giurisprudenza ritiene che ciò sia possibile, esplicitamente: Tar Toscana, 7 giugno 2004, n. 1892, in *giustizia-amministrativa.it*, per la quale “non vi è contrasto tra le previsioni di Piano Strutturale che prevedono nell’UTOE n. 3 una sequenza di edifici singoli con funzioni residenziali, commerciali o artigianali, attrezzature e

Problematico perché come si è già avuto modo di anticipare il tema del corretto esercizio della *potestas variandi*, al di fuori dell'ipotesi di varianti specifiche<sup>289</sup>, è stato tradizionalmente ricondotto dalla giurisprudenza ad un mero problema di tutela del legittimo affidamento<sup>290</sup> risposto dal privato

---

servizi, tali da formare un piccolo sistema specializzato ed il Regolamento Urbanistico che preveda, nello stesso ambito territoriale, il mantenimento di alcune zone agricole laddove quest'ultimo abbia esplicitamente indicato la necessità di non modificare la vocazione e lo stato attuale dei luoghi, che nella specie erano prevalentemente di tipo agricolo"; Tar Toscana, 30 gennaio 2007, n. 146 in *giustizia-amministrativa.it* che sottolinea come "La circostanza che l'art. 13 del Piano strutturale proponga per una determinata area l'obiettivo di ristrutturare e riorganizzare l'esistente conferendo un'organizzazione e una gerarchia, in una logica di integrazione e rivitalizzazione delle preesistenze... non comporta necessariamente la indiscriminata edificabilità della zona. Viceversa, proprio perché spetta al Regolamento urbanistico la funzione di dettagliare e concretizzare le previsioni generali contenute nel Piano strutturale, ben può accadere che l'amministrazione, comprimendo la facoltà edificatoria dei privati, decida di riservare a verde pubblico talune delle proprietà ricomprese nella zona al fine di conseguire l'obiettivo di incidere in maniera equilibrata sulle modalità di conformazione del territorio, senza che ciò possa concretare un contrasto tra le disposizioni dei due strumenti urbanistici), *salva* ovviamente una verifica di proporzionalità della scelta effettuata".

<sup>289</sup>Ossia delle varianti che interessano parti specifiche del territorio comunale e sono fondate su necessità parziali o localizzate, per le quali la giurisprudenza da tempo richiede una motivazione che metta in evidenza le ragioni del mutamento delle originarie valutazioni di piano e degli obiettivi da perseguire, in modo che la specifica previsione introdotta dalla variante risulti coerente con le linee di sviluppo dello strumento urbanistico generale, *ex multis*: Tar Lazio, Roma, 17 agosto 1983, n. 778, in *Foro it.*, 1984, III, 365 ss.; Tar Lazio, Roma, 26 novembre 1986, n. 2044, in *Giur. it.*, 1988, 3, 13; Cons. St., sez. IV, 5 maggio 1997, n. 481, in *Riv. giur. ed.*, 1997, 6, 928 ss.; Cons. St., sez. IV, 1° settembre 1999, n. 1388, in *Riv. giur. ed.*, 1999, 6, 1387; Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1732, in *App. urb. edil.*, 2000, 1, 49; Tar Cons. St., sez. IV, 7 aprile 1997, n. 343 cit., pubblicata anche in *Urb. app.*, 1997, 10, 1149 ss. con nota di A. Di Mario, *Le varianti al piano regolatore e l'obbligo di motivazione*; Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 594, in *giustamm.it*; Cons. St., sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2899; Cons. St., sez. IV, 6 febbraio 2002, n. 664; Cons. St., sez. IV, 7 ottobre 2008, n. 4823, in *giustizia-amministrativa.it*.

In termini critici, sulla differenza tra variante generale e speciale, G. Orsoni, *Disciplina urbanistica*, Padova, 1988, che ha osservato come "La variante... non potrebbe, anche se parziale, a meno di non tradire la sua stessa funzione, non essere una elaborazione complessiva del piano generale, dal momento che sia la convenienza a migliorare il piano, sia le sopravvenute ragioni che ne determinano la inattualità non possono che portare a nuove scelte che debbono fondersi, armonizzandosi nelle linee generali del piano regolatore esistenti. La variante al piano regolatore generale, insomma, proprio perché è una nuova formulazione di esso, non può essere un'aggiunta che in inserisca in maniera episodica nel piano, ma deve essere una sua totale rielaborazione, che può essere determinata sia da esigenze di vasta portata (variante generale), sia da esigenze particolari (variante parziale)" (58-59).

<sup>290</sup>Per una ricostruzione del percorso dottrinale e giurisprudenziale che ha portato all'affermazione del principio di buona fede nell'attività amministrativa e alla connessa tutela dell'affidamento ingenerato da atti e comportamenti amministrativi, oltre a F. Merusi, *L'affidamento del cittadino cit. e Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"* Milano, 2001; U. Natoli, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 134 ss.; F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1995; F. Gaffuri, *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; A. Mantero, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, in particolare 53 ss.; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; L. Garofano (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Padova, 2003; M. Stipo, *Riflessioni sulla*

destinatario della nuova prescrizione urbanistica nella permanenza di un preesistente regime urbanistico più favorevole, escludendo quindi, in assenza di una posizione giuridica privata c.d. qualificata, un obbligo specifico da parte dell'amministrazione di procedere ad un'adeguata ponderazione degli interessi in conflitto che tenga conto, sul piano sia qualitativo che quantitativo, del sacrificio imposto ai privati<sup>291</sup>.

Su tale presupposto la giurisprudenza ha inizialmente individuato tali posizioni qualificate nel possesso di un titolo formale, perfetto ed efficace come la stipula di una convenzione di lottizzazione<sup>292</sup>, la conclusione di accordi di

---

*problematica dell'affidamento in diritto pubblico, quale proiezione del principio di buona fede oggettiva con particolare riferimento all'ordinamento comunitario*, in *giustamm.it*, 2010, 10.

Sull'analisi del principio di buona fede come norma procedimentale, G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*; Idem, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge 241/90: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 173 ss.; mentre sul rapporto tra principio di buona fede e principio di imparzialità: U. Allegretti, *L'imparzialità dell'azione amministrativa cit.*, in particolare 230 ss.; G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione cit.*, in particolare 100 ss.; F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in onore di Enrico Guicciardi cit.*, 807 ss., 819.

<sup>291</sup> In dottrina sul tema della tutela del legittimo affidamento nella pianificazione urbanistica: S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania cit.*, 167 ss. cui si rinvia per l'accurata rassegna sulla giurisprudenza in materia degli anni '80; A. Travi, G. Trotta, *Sopravvenienza di nuovi strumenti urbanistici*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati*, (a cura di) M. Costantino, Milano, 1978, 735 ss.; F. Longo, *Ius variandi e motivazione della deliberazione di modifica del P.R.G.*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 2-3, 311 ss.; F. Dani, *Oscillazioni in materia di affidamenti dei privati in ordine alle scelte urbanistiche*, in *Riv. giur. ed.*, 1988, 3, 98 ss.; G. Cofrancesco, *Note sul potere discrezionale della pubblica amministrazione in ordine al rilascio della licenza-concessione edilizia in attuazione di convenzione lottizzativa*, in *Foro amm.*, 1977, 10, 2456 ss.; I. Cacciavillani, *La posizione giuridica delle lottizzazioni "fatte salve" dalla legge-ponte del 1967*, in *Nuova rass.*, 1985, 19-20, 1904 ss.; R. Politi, *La variante al p.r.g. comparazione degli interessi pubblici e privati ed obbligo di motivazione*, in *Corr. giur.*, 1994, 9, 1159 ss.; G. Leondini, *L'affidamento del privato nei programmi pluriennali di attuazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 2, 270 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Vincoli ambientali, pianificazione urbanistica ed affidamento del privato*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, 6, 922 ss.; G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica cit.*, 22; A. Balestrieri, *Discrezionalità amministrativa e pianificazione urbanistica: questioni vecchie e nuove cit.*, 272 ss.; P. L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali: studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998, 298 ss.; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione cit.*, 219 ss.; F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza" cit.*, 176 ss.; P. Urbani, *La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia, contenuti ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità del provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà cit.*, 216 ss. in relazione alle aspettative dei privati all'attuazione delle previsioni del piano strutturale; P. Stella Richter, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Ripensare la disciplina urbanistica*, Torino, 2007, 57 ss., che individua un duplice ordine di limiti alla discrezionalità dell'amministrazione: il primo rappresentato dall'oggettiva vocazione edificatoria dell'area ed il secondo dalla "consolidata aspettativa che lo stesso ordinamento abbia eventualmente fatto sorgere nel proprietario circa la più conveniente utilizzazione del suo bene" (68).

<sup>292</sup> Sulla natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione, la maggiore dottrina concorda nel ricondurle al *genus* degli accordi amministrativi: F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico cit.*, 109 ss.; N. Assini, P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007, 363; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti cit.*, 193 ss.; G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2002, 162 ss.; S. Antoniazzi, *Brevi riflessioni sul più recentemente orientamento della giurisprudenza in tema di accordi amministrativi e di*

diritto privato tra comune e proprietari delle aree<sup>293</sup>, la sentenza dichiarativa dell'obbligo di predisporre la convenzione dopo che questa era stata

---

*applicabilità de principi civilistici, con particolare riferimento al principio di tutela dell'affidamento ed alle convenzioni di lottizzazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2003, 1, 75 ss.; G. Mengoli, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003, 275 ss.; A. Sandulli, *Le convenzioni di lottizzazione: natura e tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 4, 416 ss.; A. Candian, A. Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992, 108 ss.; M. Dugato, *Brevi note in tema di convenzioni edilizie ed accordi ex art. 11, legge n. 241 del 1990*, in *Le Regioni*, 1993, 3, 970 ss.; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 84-86; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996, 269 ss.; N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativo: fondamenti e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1, 1 ss., 48; P. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali: studi sui rapporti a collaborazione necessaria cit.*, 297 ss.; G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo cit.*, 283 ss., 287. Per una ricostruzione del dibattito tra giudice amministrativo e ordinario in ordine alla natura giuridica delle convenzioni di lottizzazione si rinvia a: A. Travi, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1996, XI, 150 ss., in particolare 155-156; E. Dalfino, *L'interesse pubblico nelle lottizzazioni edilizie*, Milano, 1981, in aspra polemica con F. Spantigati, *Le ragioni della difficoltà di spiegare le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 1, 194 ss.

Viceversa, in giurisprudenza ne viene spesso sostenuta la natura negoziale, *ex multis*: Cons. St., sez. V, 29 settembre 1999, n. 1209, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 1, 9 ss.; Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 33; Cons. St., sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4014 e 4015; Tar Calabria, Catanzaro, 31 maggio 2010, n. 956, in *giustizia-amministrativa.it*. Viceversa, riconducono le convenzioni di lottizzazione all'art. 11 della legge 241/1990: Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 222; Tar Piemonte, 21 maggio 2010, n. 2426; Tar Calabria, Catanzaro, 31 maggio 2010, n. 956; Tar Lombardia, Brescia, 25 luglio 2005, n. 784; Tar Campania, Napoli, 9 febbraio 2004, n. 1971; Cons. St., 15 settembre 2003, n. 5152; Tar Lombardia, Brescia, 13 agosto 2003, n. 1157; Tar Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2001, n. 1604; Tar Toscana, 11 luglio 2000, n. 1627; in *giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Brescia, 24 giugno 2003, n. 1157, in *Urb. app.*, 2004, 1, 103 ss. con nota di F. Manganaro, *Inadempimento del privato degli obblighi contenuti negli accordi amministrativi*, 105 ss.; Corte Cass., sez. un., 24 giugno 1992, n. 7773, in *Le Regioni*, 1993, 3, 970; Corte Cass., sez. I, 15 aprile 1992, n. 4572, in *Foro it.*, Rep. 1992, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 575; Corte Cass., sez. un., 11 agosto 1997, n. 7452 cit.; Corte Cass. sez. un., 15 dicembre 2000, n. 1262, in *Urb. app.*, 2001, 4, 407 ss.

<sup>293</sup> *Ex multis*: Cons. St., ad. pl. 21 ottobre 1990, n. 37, in *Cons. St.*, 1980, 10, 1269 ss.; Cons. St., ad. pl., 22 dicembre 1999, n. 24 cit.; Cons. St., 8 febbraio 1980, n. 91, in *Cons. St.*, 1980, 2, 150 ss.; Cons. St., sez. IV, 20 marzo 1985, n. 98, in *Riv. giur. ed.*, 1985, 4, 643; Cons. St., sez. IV, 5 settembre 1986, n. 586 cit.; Tar Veneto, 18 giugno 1982, n. 495, in *Tar*, 1982, 9, 2479 s.; Tar Lombardia, Milano, 6 maggio 1982, n. 208, in *Tar*, 1982, 7-8, 1964 s.; Cons. St., 20 marzo 1985, n. 96, in *Cons. St.*, 1985, 3, 265 ss.; Cons. St., sez. IV, 25 giugno 1983, n. 467, in *Riv. giur. ed.*, 1983, 4, 600 ss.; Tar Friuli Venezia Giulia, 17 maggio 1994, n. 225, in *Tar*, 1994, 7-8, 2566; Cons. St., 13 febbraio 1984, n. 82, in *Cons. St.*, 1984, 2, 137 ss.; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 1984, n. 744, in *Riv. giur. ed.*, 1985, 1, 73 ss.; Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 1988, n. 79, in *Cons. St.*, 1988, 1, 145; Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 1989, n. 5, in *Cons. St.*, 1989, 1, 4; Cons. St., sez. IV, 1° luglio 1992, n. 653, in *Cons. St.*, 1992, 7-8, 873; Cons. St., sez. IV, 14 maggio 1993, n. 531, in *Cons. St.*, 1993, 5-6, 614; Cons. St., sez. IV, 13 luglio 1993, n. 711, in *Cons. St.*, 1993, 7-8, 860 ss.; Cons. St., sez. IV, 30 settembre 2002, n. 4980 (non nota di P. Tanda, *Piano di lottizzazione convenzionato e successiva variante al p.r.g.*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, 2, 385 ss.); Cons. St., 1 luglio 2002, n. 3596; Cons. St., sez. IV, 6 maggio 2003, n. 2386; Cons. St., sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2899 cit.; Tar Toscana, 29 maggio 2004, n. 882; Tar Friuli Venezia Giulia, 22 dicembre 2001, n. 933 cit.; Tar Veneto, 6 dicembre 2004, n. 4265; Cons. St., 8 giugno 2007, n. 3025; Tar Toscana, 8 settembre 2009 n. 1421; Cons. St., 7 luglio 2008, n. 3359; Tar Puglia, 3 luglio 2008, n. 329; Tar Lazio, Latina, 21 maggio 2008, n. 582; Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1149; Tar Abruzzo, Pescara, 21 gennaio 2009, n. 60; Tar Abruzzo, Pescara, 3 giugno 2008, n. 540; Tar Sicilia, Palermo, 31 luglio 2008, n. 1024; Tar Trentino Alto Adige, 6 novembre 2009, n. 277, in *giustizia-amministrativa.it*.

autorizzata<sup>294</sup>, il giudicato di annullamento di un diniego di concessione edilizia o di accertamento di un silenzio-rigetto formatosi sulla relativa istanza<sup>295</sup>, e ha poi esteso la tutela giurisdizionale a tutti quei casi in cui l'amministrazione generi con propri comportamenti<sup>296</sup> precisi affidamenti sull'edificabilità dell'area.

Il fondamento di tale orientamento giurisprudenziale è chiaro nelle sue linee essenziali.

In tutte le ipotesi in cui la pubblica amministrazione con propri atti e/o comportamenti definisce in favore del privato il contenuto dello *ius aedificandi* non può, nell'elaborazione di un successivo strumento urbanistico, eludere gli effetti di tali atti senza tenere in considerazione l'affidamento che il privato ha "legittimamente" maturato in ordine al precedente comportamento dell'amministrazione.

Pena la violazione del principio generale di buona fede che declinata in senso oggettivo come obbligo di correttezza richiede la necessaria ponderazione fra l'interesse alla soddisfazione dell'affidamento creato dal comportamento precedente dell'amministrazione e l'interesse all'emanazione del nuovo atto<sup>297</sup>.

---

<sup>294</sup> Cons. St., sez. V, 8 settembre 2002, n. 776, in *Cons. St.*, 1992, 9, 1094.

<sup>295</sup> *Ex multis*: Cons. St., ad. pl., 22 dicembre 1999, n. 24 cit.; Cons. St., sez. IV, 15 marzo 1986, n. 166, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 1, 103 ss. con nota in termini molto critici di G. Scialoja, *Discrezionalità di piano e selezione degli interessi*, 107 ss., il quale osserva come "dalla sentenza di annullamento del diniego, espresso o tacito, non consegue come effetto necessario il rilascio di un atto al quale poter ancorare l'affidamento (in termini di edificabilità) del privato. Tale affidamento, viceversa, può essere configurato in rapporto alla valutazione che il giudice compie circa la conformità della pretesa edificatoria rispetto alla disciplina urbanistica generale. Peraltro detta valutazione può ricorrere nel caso di diniego esplicito, mentre sicuramente è da escludersi in quello del silenzio-rifiuto" (118), sebbene occorra ricordare che oggi il giudice, ai sensi del 8° comma dell'art. 2 della legge 241/1990, a fronte di un ricorso avverso il silenzio-rifiuto, possa conoscere sulla fondatezza dell'istanza in relazione (secondo la maggiore giurisprudenza) all'attività vincolata; Cons. St., 8 giugno 2007, n. 3025; Cons. St., 7 luglio 2008, n. 3359 cit.; Tar Trentino alto Adige, 6 novembre 2009, n. 277; Tar Toscana, 8 settembre 2009 n. 1421 cit.; Tar Sicilia, Palermo, 31 luglio 2008, n. 1024 cit.; Tar Lazio, Latina, 21 maggio 2008, n. 582; Cons. St., 2 marzo 2009, n. 1149 cit., in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>296</sup> *Ex multis*: Tar Lombardia, Milano, 6 maggio 1982, n. 208 cit.; Cons. St., 27 aprile 1989, n. 267, in *Cons. St.*, 1989, 4, 457; Tar Lazio, 13 maggio 1992, n. 677, in *Tar*, 1992, 5-6, 1757 s.; Tar Marche, 23 aprile 1993, n. 273, in *Tar*, 1993, 7-8, 2469; Cons. St., sez. IV, 14 aprile 1998, n. 605, in *Cons. St.*, 1998, 4, 555 s.; Cons. St., sez. IV, 6 marzo 1989, n. 148, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 4, 459 ss., con nota di G. Scialoja, *Il fastidio della partecipazione*, 463 ss.; Cons. St., 19 febbraio 1988, n. 79 cit.; Cons. St., sez. IV, 13 aprile 1984, n. 243, in *Cons. St.*, 1984, 2, 386; Cons. St., sez. IV, 28 gennaio 1985, n. 27, in *Cons. St.*, 1985, 1, 19; Cons. St., sez. IV, 5 dicembre 1984, n. 884, in *Riv. giur. ed.*, 1985, 1, 330; Cons. St., sez. IV, 4 settembre 1985, n. 330 cit.; Cons. St., sez. IV, 3 dicembre 1986, n. 810, in *Cons. St.*, 1986, 11, 1815; Tar Lazio, Roma, 3 dicembre 1993, n. 1714, in *Riv. giur. amb.*, 1994, 6, 916 ss. con nota di S. Civitarese Matteucci, *Vincoli ambientali, pianificazione urbanistica ed affidamento del privato cit.*, Cons. St., sez. IV, 27 giugno 1994, n. 534, in *Cons. St.*, 1994, 5-6, 744, dove il giudice ha ritenuto addirittura fonte di affidamento la posizione positiva del comune in relazione alle osservazioni espresse dal privato in sede di partecipazione al procedimento di adozione del piano regolatore.

<sup>297</sup> Ovviamente il rinvio è allo studio fatto da F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza" cit.*, 126 ss. In realtà secondo l'A. è possibile distinguere "quando il principio di buona fede ha per oggetto la valutazione di un precedente comportamento e quando invece prescrive un obbligo irrelato di comportamento secondo canoni di correttezza e, di conseguenza, stabilire una dicotomia fra buona fede intesa in senso lato, come

E ha soprattutto avuto il grande merito, attraverso la tutela delle posizioni consolidate del privato, di far emergere in termini più generali il tema della necessaria tutela degli interessi privati coinvolti nell'esercizio della funzione pianificatoria costringendo l'amministrazione a dimostrare, con uno sforzo motivazionale che sin ad allora le era stato risparmiato, di averli presi in adeguata considerazione e valutati dialetticamente con gli interessi pubblici.

Tuttavia, anche a voler prescindere dal rilievo che attenta dottrina<sup>298</sup> ha giustamente mosso in relazione alla limitazione ai soli casi indicati della configurabilità di una posizione di legittimo affidamento, la rilevanza attribuita dalla giurisprudenza e dalla dottrina alla tutela dell'affidamento risulta attenuata dal fatto che questa si realizza comunque "indirettamente" attraverso l'esercizio della discrezionalità amministrativa ovvero nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento (e quindi di proporzionalità) e attraverso un'adeguata motivazione.

In altri termini, se è vero che il riconoscimento di una situazione di legittimo affidamento attribuisce un valore aggiuntivo all'interesse privato che contrasta con l'interesse pubblico in quanto impone all'amministrazione di operare una valutazione comparativa tra gli interessi dei privati sacrificati e gli interessi pubblici perseguiti e di dar conto nella motivazione della prevalenza di questi

---

principio di non contraddizione con un precedente comportamento, e buona fede che si risolve in canoni di correttezza non riferita ad un precedente comportamento" salvo aggiungere poi che "tale dicotomia non ha valore intrinseco, poichè, ovviamente, anche il principio di non contraddizione non è che un particolare profilo del principio di correttezza e soddisfa anch'esso ad esigenze dell'ordinamento che trascendono l'interesse immediato del singolo". Tale dicotomia, prosegue l'A. consente però di precisare cosa si intenda per affidamento: "infatti l'affidamento che sta di fronte al principio di non contraddizione è una situazione giuridica soggettiva caratterizzata da una aspettativa generata dall'altrui comportamento (che può essere anche di inerzia) e tutelata dal principio di buona fede che, in questo caso, prescrive che il successivo comportamento dell'affidante sia coerente con quello che, in precedenza, ha generato l'altrui fiducia" [c.d. affidamento in senso stretto]. All'opposto di fronte all'obbligo di comportarsi secondo una correttezza non riferita ad un precedente comportamento c'è soltanto la generica aspettativa che la controparte si comporti *secundum ius* [c.d. affidamento in senso lato]..."

<sup>298</sup> G. Sciuolo, *Discrezionalità di piano e selezione degli interessi cit.*, per il quale a rigore "un problema di affidamento del cittadino può prospettarsi già con riferimento alla disciplina urbanistica generale, trovi questa la sua fonte in un atto della p.a. o direttamente nella legge. In altri termini, e semplificando, perché al titolare della proprietà di un fondo, conformata dal piano regolatore nel senso dell'edificabilità, non viene riconosciuta nel caso di variante peggiorativa, una posizione analoga a quella ammessa nei casi appena accennati, visto che anch'egli ha (o può aver) fatto affidamento nella preesistente disciplina" (117); critico nei confronti della delimitazione giurisprudenziale delle ipotesi in cui sia configurabile, a fronte dell'esercizio della funzione di pianificazione, una posizione di legittimo affidamento anche G. Leondini, *L'affidamento del privato nei programmi pluriennali di attuazione cit.*, 278-279.

Interessante sul punto, la sentenza del Tar Puglia, Lecce, 8 novembre 2006, n. 5190, in *Urb. app.*, 2007, 4, 489 ss. con nota di F. Manganaro, *I ragazzi della via Paal, ovvero come tutelare i residenti dalla trasformazione di un parco giochi attrezzato in un'area mercantile*, 493 ss., che ammettendo la legittimazione a ricorrere verso una variante urbanistica che prevede la sostituzione di un'opera pubblica già realizzata con un'altra opera pubblica da parte dei residenti "che hanno un rapporto stabile con il territorio", pur in assenza di interessi proprietari lesi dalla scelta urbanistica, sembra riconoscere l'esistenza di una situazione protetta e quindi meritevole di adeguata motivazione anche in assenza di una delle classiche ipotesi di legittimo affidamento individuate dalla giurisprudenza.

rispetto ai primi<sup>299</sup>, è anche vero che questo valore aggiunto si perde nel momento in cui l'amministrazione non dimostra l'impossibilità per l'amministrazione di soddisfare l'interesse pubblico attraverso alternative meno pregiudizievoli per l'interesse privato<sup>300</sup>, effettuando un controllo dell'azione amministrativa in termini di proporzionalità<sup>301</sup>.

---

<sup>299</sup> Il che a dirla tutta vale anche gli interessi privati non assistiti da un legittimo affidamento, allora sembrerebbe aver ragione F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni cit.*, quando dice che “la tutela della buona fede, come obbligo di valutazione degli interessi si esaurisce nell'imparziale e motivato esercizio della discrezionalità amministrativa, senza aver alcun autonomo rilievo” (71). Secondo l'A., infatti “sia che si configuri la buona fede come obbligo di valutare le situazioni giuridiche di affidamento causate dal comportamento della pubblica amministrazione (Merusi), sia che la si consideri come obbligo di comparazione vincolato al rispetto delle situazioni di vantaggio acquisite dal privato in forza di una precedente sistemazione di interessi compiuta dalla stessa pubblica amministrazione (Mantero), si rimane sempre nell'ambito della ponderazione tra interessi diversi, che è l'oggetto specifico della valutazione discrezionale. Se pure la ponderazione avesse ad oggetto non tanto i differenti interessi normativamente previsti, ma piuttosto, i diritti acquisiti dai soggetti e i nuovi fatti che richiederebbero un diverso assetto degli interessi, non verrebbe meno la sostanziale identificazione della buona fede con l'obbligo di ponderazione. L'A. recuperando poi la posizione di Mantero (*Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo cit.*, 111) e fortemente avversata da (F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza” cit.*, 92 ss., 142 ss.) secondo il quale il principio di buona fede non imporrebbe solo l'obbligo di ponderazione tra interessi diversi ma “la tendenziale conservazione delle posizioni acquisite dal privato, in forza della precedente sistemazione di interessi, cosicché i diritti acquisiti costituirebbero un limite alla nuova determinazione discrezionale della pubblica amministrazione”, qualifica la buona fede come “dovere di esercitare i diritti senza eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui” (209).

<sup>300</sup> In questi termini: Tar Lazio, Roma, 3 dicembre 1993, n. 1714, commentando la quale S. Civitavecchia Matteucci, nota come partendo dall'individuazione di una posizione di legittimo affidamento i “giudici si spingono sino ad indicare la soluzione che l'amministrazione dovrà adottare, entrando nel merito della questione, e a rilevare l'ingiustizia della scelta del comune di conservare tutti i volumi di edilizia residenziale pubblica eliminando *in toto* le volumetrie private, in luogo di una distribuzione del sacrificio su entrambi i versanti” a testimonianza di “un modo di intendere il giustizia amministrativa meno legata al giudizio cassatorio sull'atto e più attenta ai profili sostanziali del rapporto dedotto in giudizio”(926); Cons. St., sez. IV, 13 luglio 1993, n. 711 cit., dove si richiede all'amministrazione non solo di comparare le aspettative legittime con l'interesse pubblico contrastante ma anche di valutare se e in che modo potessero venir fatte salve”; Cons. St., sez. IV, 7 aprile 1997, n. 343 cit., nella quale si richiede che l'amministrazione “debba dare conto con adeguata motivazione delle specifiche ragioni per cui si è ritenuto che proprio l'area *de qua* e non invece altre aree della stessa zona dovessero subire una modifica dell'originaria destinazione”; Lazio, Roma, 17 agosto 1983, n. 778 cit., che dichiara l'illegittimità di una previsione di piano regolatore che destina ad edilizia residenziale pubblica una zona in cui è attualmente situata una fiorente azienda agricola senza spiegare le ragioni del rifiuto di utilizzazione di un'altra area idonea, già di proprietà comunale e dotata di servizi, indicata tra l'altro in sede di discussione assembleare dagli stessi consiglieri”; Cons. St., 11 maggio 1982, n. 278, in *Foro amm.*, 1982, 6, 977 ss.

<sup>301</sup> Il che viene riconosciuto dallo stesso F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza” cit.*, quando afferma che non “è con l'obbligo di motivare il pubblico interesse sopravvenuto che si esaurisce la tutela del privato...E' la situazione conflittuale tra affidamento e interesse pubblico sopravvenuto che occorre risolvere giuridicamente. Ed è nell'ambito del principio di buona fede che il conflitto fra affidamento e sopravvenienza trova la propria soluzione attraverso il criterio della ponderazione degli interessi e della conseguente affermazione dell'interesse che appare proporzionalmente prevalente”(177); anche F. G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti*

Il parametro della buona fede e dell'affidamento non esauriscono quindi il problema della tutela del privato in quanto al di sotto della "soglia della manifesta sproporzione non c'è modo di differenziare in modo giuridicamente verificabile il valore dell'interesse che sia qualificato da quello che sia privo di tale qualifica"<sup>302</sup>.

Il che, se correttamente inteso, sembra contribuire a ridimensionare la stessa distinzione tra posizioni di "legittimo affidamento" e di mera "aspettativa"<sup>303</sup>,

---

*del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001) cit.*, 473 ss. , dopo aver ricordato che i principi di logicità, ragionevolezza, coerenza, proporzionalità sono "entrati a far parte dello statuto dell'attività amministrativa", ricorda che nei rapporti di diritto pubblico "a differenza di quanto accade con il comportamento dei privati il principio di buona fede non vive isolato, ma si accompagna a numerosi altri principi che disciplinano il comportamento della pubblica amministrazione, la quale deve agire non solo correttamente, ma anche logicamente, ragionevolmente, in modo trasparente, coerente, con atti il cui impatto sugli interessi privati sia proporzionato dal fine pubblico da conseguire, aggiungendo che il principio di buona fede "rimane ancora una norma generale di condotta che agisce negli interstizi degli altri principi dell'azione amministrativa esplicitamente sanciti" (475); M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva. Commento a Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2003, n. 5495*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 4, 404 ss., spingendosi oltre, afferma che "il principio di buona fede può essere letto...anche come corollario del principio di proporzionalità, laddove il primo implichi un esercizio del potere discrezionale adeguatamente ponderato tra interesse pubblico e interesse correlato all'affidamento ingenerato in capo al cittadino, mentre il secondo, in senso più ampio, imponga una decisione parametrata al sacrificio imposto al privato" (409).

<sup>302</sup> F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 843 ss., 863; in termini sostanzialmente analoghi G. Cofrancesco, *Note sul potere discrezionale della pubblica amministrazione in ordine al rilascio della licenza-concessione edilizia in attuazione di convenzione lottizzata cit.*, quando afferma che "il parametro della buona fede e dell'affidamento...non esaurisce il problema [dei limiti del potere di pianificazione], potendo risolversi in una mera clausola generale che una adeguata motivazione, svolta nei limiti della fattispecie legale del provvedimento, può porre nel nulla" (2474).

In giurisprudenza, si rinvia per tutti alla recente pronuncia del Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 811, in *giustizia-amministrativa.it*, che ribadisce come "l'esistenza di interessi particolarmente qualificati impone...all'amministrazione soltanto l'onere di motivare le proprie scelte, ma non la priva del potere di procedere *comunque* [corsivo mio] a sacrificare tale interessi".

<sup>303</sup> Definita da F. Dani, *Oscillazioni in materia di affidamenti dei privati in ordine alle scelte urbanistiche cit.*, come quella particolare situazione in cui il soggetto si trova prima che si verifichi l'effetto giuridico (101). Per l'A. quindi dovrebbe escludersi la necessità di una motivazione, in ordine al sacrificio imposto ad un privato, della delibera regionale di approvazione di un piano regolatore che modifichi una previsione originariamente favorevole, non potendosi configurare a rigore una posizione di legittimo affidamento prima dell'approvazione dello strumento urbanistico (102).

Di diverso avviso, più correttamente, Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2157 cit., per il quale "l'Amministrazione regionale, pur godendo nell'esercizio della potestà urbanistica di ampia discrezionalità, non può esimersi, nel modificare d'ufficio la delibera comunale di adozione, dal fornire una congrua, specifica e puntuale motivazione, allorché, come nella specie, l'amministrazione comunale abbia preso in specifica considerazione la situazione di fatto e abbia provveduto a soppesare l'interesse pubblico e gli interessi privati coinvolti alla luce dei principi di proporzionalità e adeguatezza che presidono all'esercizio dell'azione amministrativa. Nel caso in esame, il semplice richiamo nella delibera regionale al pregio ambientale della zona non appare sufficiente e la presenza di un vincolo idrogeologico non costituisce di per sé ostacolo ai modesti interventi consentiti nella delibera comunale ...cui il Comune era addivenuto a seguito di specifica istruttoria che aveva puntualmente preso in considerazione la situazione controversa, e in accoglimento di un'osservazione dell'interessata, allo scopo di pervenire ad una migliore valutazione dell'interesse pubblico urbanistico con il minor sacrificio dell'interesse privato".

perché se ciò che conta ai fini della tutela degli interessi privati è il corretto esercizio del potere discrezionale poco importa in fondo che l'interesse privato (purché non sia un mero interesse di fatto) sia o meno qualificato e quindi assistito da un legittimo affidamento.

Anche a voler valorizzare poi la distinzione<sup>304</sup> fra buona fede come norma integrativa della decisione e buona fede come norma integrativa del procedimento, con la conseguenza che anche quando la buona fede oggettiva fallisce come norma integrativa della decisione (in quanto la ragionevole ponderazione degli interessi implica il sacrificio dell'affidamento) la tutela del legittimo affidamento viene comunque garantita, in ragione della violazione di una norma non scritta di tipo procedimentale, attraverso l'eventuale risarcimento del danno<sup>305</sup> (sempre che l'affidamento abbia un contenuto economicamente valutabile), il rispetto del principio di proporzionalità nella

---

<sup>304</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza" cit.*, 15-16, 274 ss.

<sup>305</sup> Come evidenziato da F. Merusi, *op. ult. cit.*, quando ammette che "nell'ipotesi in cui una legge o un provvedimento abbiano creato un affidamento e tale affidamento sia stato sacrificato, in nome di un interesse pubblico ritenuto prevalente in occasione dell'emanazione di una successiva legge o di un successivo provvedimento è indubbio che il soggetto nei cui confronti l'affidamento è stato ingenerato finisce per subire un danno...Ebbene in siffatte ipotesi c'è un danno evidente ma, ma per definizione non si può configurare una fattispecie di responsabilità, poiché si è in presenza di atti legittimi. Più che di responsabilità per atto legittimo si può parlare in queste ipotesi...di espropriazione, sia pure *sui generis*" (274). L'A., ovviamente, non ignora gli ostacoli di teoria generale che si frappongono al riconoscimento di un'ipotesi di "responsabilità per danno da affidamento conseguente alla violazione del principio di buona fede" ma suggerisce di intraprendere, "senza troppi imbarazzanti problemi di teoria generale", la "scorciatoia dell'analogia" completando la tutela del principio di buona fede nel nostro ordinamento con quanto previsto dalla legge generale sul procedimento amministrativo a proposito degli accordi sostitutivi dei provvedimenti amministrativi (288-291); anche F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino cit.*, 844 ss. ritiene che "l'idea che l'affidamento del cittadino sia rispettato anche quando il suo interesse sostanziale è sacrificato, purché il sacrificio sia l'esito di un esercizio del potere...che tenga in dovuta considerazione l'interesse in questione, sia il risultato non proprio soddisfacente dell'ambientazione pubblicistica della tutela dell'affidamento", pur tuttavia rimane molto scettica nei confronti dell'estensione in via analogica dell'indennizzabilità dell'espropriazione del diritto di proprietà prospettata da Merusi (865 s.).

Sebbene in giurisprudenza sia stata poi riconosciuta la tutela risarcitoria del danno subito dal privato che aveva riposto affidamento in un piano di lottizzazione approvato, si consenta di evidenziare come presupposto del risarcimento sia stata in tale ipotesi l'accertata "illegittimità" della variante modificativa della lottizzazione. Il riferimento è alla nota pronuncia della Corte Cass., sez. I, 20 gennaio 2003, n. 157, in *giustamm.it*, che ha ravvisato la responsabilità dell'amministrazione nei confronti del privato, parte di una convenzione di lottizzazione, per i danni subiti dal deprezzamento del terreno conseguente all'esclusione della sua edificabilità da parte di un successivo piano regolatore annullato per difetto di motivazione, ossia per non aver tenuto conto dell'interesse del privato alla conservazione della qualità edificatoria del suolo e averne dato specifica e puntuale giustificazione nella motivazione. Il fatto poi che per i giudici non rilevi che un successivo strumento urbanistico legittimamente approvato abbia disposto nello stesso senso non stupisce, visto che l'amministrazione può ben riesercitare il potere nella stessa direzione emendando l'atto dal vizio formale, senza che ciò faccia venir meno una pretesa di risarcimento per la lesione della posizione di vantaggio comunque subita per la lesione di quei canoni di correttezza e buona fede che devono regolare il comportamento dell'amministrazione nell'esercizio dell'attività procedimentale (c.d. responsabilità da contatto amministrativo qualificato) e che avrebbero dovuto portare l'amministrazione a giustificare la sua scelta ed il conseguente sacrificio dell'interesse privato.

ponderazione degli interessi dovrebbe già garantire una tutela in via diretta dell'interesse del privato ad un corretto esercizio del potere amministrativo.

### 3.1. (*Segue*) I vincoli ambientali: una questione "in parte" diversa?

Al fine di ricavare ulteriori elementi per una riflessione più generale sulla dinamica del principio di proporzionalità si consenta ora di estendere l'ambito di indagine dalla pianificazione urbanistica generale alla pianificazione di settore ed in particolare all'insieme di quelle limitazioni del diritto di proprietà che vengono tradizionalmente ricondotte alla categoria dei c.d. "vincoli ambientali".

Tralasciando necessariamente il complesso tema della ricostruzione in termini unitari della categoria giuridica dei vincoli ambientali<sup>306</sup> al quale in tale sede non si potrà che offrire un limitato contributo in ragione dell'angolo di visuale prescelto, ai fini della presente indagine si è scelto di considerare un insieme piuttosto ampio di limitazioni alla proprietà che, accomunate dal fatto di essere previste in atti amministrativi generali<sup>307</sup>, in realtà sono ascrivibili solo in senso lato alla materia della tutela dell'ambiente, ossia: i vincoli di bacino di cui all'art. 17 della legge 18 maggio 1989, n. 183 (oggi art. 65 del Codice dell'ambiente, d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152<sup>308</sup>); i vincoli naturalistici di cui alla legge-quadro 6 dicembre 1991, n. 394; i vincoli urbanistico-territoriali con finalità ambientale e

---

<sup>306</sup> Piuttosto controversa in dottrina, proprio in ragione della profonda eterogeneità delle ipotesi che in astratto possono essere ricondotte al novero dei vincoli ambientali; sul punto si rinvia all'accurato lavoro di M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Dir. dell'economia*, 2005, 4, 1 ss., il quale individua l' "insieme essenziale di norme giuridiche comuni e specifiche in grado di connotare in maniera omogenea i vincoli ambientali" nella natura tecnica o tecnico-discrezionale delle relative funzioni amministrative, con la sola eccezione dei vincoli urbanistico-territoriali con finalità ambientali (32).

<sup>307</sup> Rinviando al Capitolo III per l'analisi dei vincoli ambientali imposti attraverso atti amministrativi puntuali: ossia i vincoli forestali e idrogeologici di cui al r.d. n. 3267 del 1923; i vincoli paesaggistici di cui agli artt. 138-141 *bis* del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modifiche; i vincoli indiretti e diretti per la tutela dei beni culturali di cui agli artt. 13 e 45 del medesimo.

<sup>308</sup> Sebbene il recente d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in attuazione della legge delega ambientale n. 308/2004, all'art. 175, 1° comma, abbia abrogato la legge 18 maggio 1989, n. 183, rinviando alla sua Parte III ("Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche") per la disciplina dei principi generali, competenze e strumenti della pianificazione di bacino, allo stato attuale, la legge n. 183/1989 rappresenta ancora il regime giuridico vigente. La Parte III del d. lgs. n. 152/2006 (impropriamente chiamato Codice dell'Ambiente) ad oggi, infatti, non è ancora entrata in vigore, in quanto il d. lgs. 8 novembre 2006, n. 284 (il primo dei due decreti correttivi del d. lgs. 152 sino ad ora emanati) all'articolo 1, comma 3 e 4 ha disposto la proroga delle Autorità di Bacino istituite dalla legge 183 in attesa di un ulteriore decreto correttivo che definisca la disciplina delle "nuove" Autorità di Bacino Distrettuali, facendo salvi di conseguenza tutti gli atti posti in essere dalle Autorità di Bacino successivi al 30 aprile 2006 (data originariamente prevista dallo stesso decreto per la loro soppressione) e comunque sino all'emanazione dei corrispondenti atti adottati in attuazione della nuova disciplina (art. 170, 11° comma). L'articolo 1, 1° comma della legge 27 febbraio 2009, n. 13, di conversione con modifiche del d.l. 30 dicembre 2008, n. 208, recante misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente, in ultimo, ha ulteriormente prorogato le Autorità di bacino di cui alla legge 183 del 1989, facendo ancora salvi tutti gli atti posti in essere dalle stesse a partire dal 30 aprile 2006.

paesaggistica di cui all'art. 7, 2° comma, n. 5 della legge 1150 del 1942 ed infine i vincoli paesaggistici di cui agli artt. 143 ss. del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali)<sup>309</sup>.

Si tratta di una scelta che sicuramente sul piano teorico risente della difficoltà di separare con nettezza i profili di tutela ambientale da quelli inerenti ora alla tutela del paesaggio e dei beni culturali ora alla difesa del suolo piuttosto che al governo del territorio<sup>310</sup> ma che a ben vedere si attaglia perfettamente ad un'indagine, come quella relativa alla concreta operabilità del principio di proporzionalità, che richiede come dato ineliminabile l'esistenza di una pluralità di interessi pubblici, il loro confronto con interessi privati e la possibilità di una scelta tra più soluzioni altrettanto soddisfattive dell'interesse pubblico.

Quanto appena detto si scontra in realtà con la "storica" ricostruzione che la giurisprudenza costituzionale ha fatto della natura giuridica dei vincoli ambientali a partire dalla pronuncia, 29 maggio 1968, n. 56, nella quale la Corte ha elaborato la tesi della natura non espropriativa ma meramente conformativa dei vincoli paesaggistici.

Semplificando, anche in ragione della notorietà di tali argomentazioni, la Suprema Corte, con un ragionamento complesso e non esente da critiche già nella dottrina coeva<sup>311</sup>, partendo dal presupposto che i vincoli in questione non hanno carattere espropriativo in quanto ineriscono alla natura stessa delle cose ovvero al diritto domenicale vantato su di esse, ha ritenuto che l'atto impositivo del vincolo non costituisca affatto il frutto di una scelta discrezionale dell'amministrazione<sup>312</sup> la quale deve limitarsi a prendere atto di qualità e caratteri intrinsecamente o originariamente presenti nel bene.

---

<sup>309</sup> Per una diversa classificazione dei vincoli ambientali: M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente cit.*, 3 ss.; P. Dell'Anno, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003, 224 ss.; P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti cit.*, 281-281; P. Urbani, *Vincoli paesaggistici e vincoli di settore a qualificazione ambientale: i rapporti con la tutela della proprietà e la necessità di un loro riordino*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 75 ss., in particolare 78-83.

<sup>310</sup> Sull'intenso dibattito dottrinale successivo alla riforma del Titolo V della Costituzione in relazione alla delimitazione della materia della "tutela dell'ambiente" rispetto alle "vicine" materie della tutela della salute, della tutela del paesaggio e dei beni culturali, della protezione civile e soprattutto del governo del territorio, si rinvia a: B. Pozzo, M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2004; G. Manfredi, *Tre modelli di riparto delle competenze in tema di ambiente*, in *Ist. Federalismo*, 2004, 2-3, 509 ss.; A. Colavecchio, *La tutela dell'ambiente tra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *La tutela multilivello dell'ambiente*, (a cura di) F. Gabriele, A. M. Nico, Bari, 2005, 23 ss.

<sup>311</sup> Per un commento della quale, oltre agli Autori già citati nella nota 246, si rinvia a: A. M. Sandulli, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesaggistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 809 ss.; Idem, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1992, 279 ss.; F. Spantigati, *Intervento*, in *Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica cit.*, 263 ss.

<sup>312</sup> Orientamento confermato poi nelle successive pronunce della Corte Costituzionale, 20 febbraio 1973, n. 9; 4 luglio 1974, n. 202; 6 maggio 1976, n. 106; 20 dicembre 1976, n. 245; 28 dicembre 1984, n. 309; 11 luglio 1989, n. 391; 20 luglio 1990, n. 344; 28 luglio 1995, n. 417; 31 maggio 2000, n. 164, in *corte-costituzionale.it.*; ed anche in Cons. St., sez. VI, 20 settembre 2002, n. 4777,

Con riguardo poi agli altri vincoli ambientali in esame non dissimili sono state le conclusioni della Corte Costituzionale nelle sentenze 26 aprile 1979, n. 79 e 22 gennaio 1987, n. 23<sup>313</sup> (rispettivamente in tema di vincoli naturalistici e vincoli idrogeologici) e della successiva giurisprudenza amministrativa<sup>314</sup> per la quale i vincoli ambientali, non essendo giustificati dall'interesse pubblico alla trasformazione dell'area e trovando la loro unica ragion d'essere in un'esigenza di conservazione dell'esistente e di protezione dei valori ambientali già presenti all'interno dell'area, si limitano a caratterizzare il bene in funzione delle esigenze generali di rilevanza pubblicistica che sono alla base degli stessi provvedimenti di tutela.

La ricostruzione dei vincoli ambientali come atti di natura meramente ricognitiva tuttavia mal si concilia, nei fatti, con il necessario compimento di quell'attività di accertamento<sup>315</sup> di natura tecnica o al più tecnico discrezionale volta a verificare in concreto le effettive condizioni del bene oggetto di tutela e ad accertare che sussistano i presupposti di fatto per l'intervento amministrativo di tutela.

---

in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2000, n. 3214, in *Cons. St.*, 2000, 5-6, 1390 s.; Cons. St., sez. IV, 28 giugno 1985, n. 643, in *Riv. giur. ed.*, 1995, 4-5, 862 ss.; Corte Cass., 19 luglio 2002, n. 10542, in *Foro it.*, 2002, I, 2606.

<sup>313</sup> Tutte pubblicate in *corte-costituzionale.it*. Tale orientamento è stato recentemente confermato con riguardo ai vincoli naturalistici da Cons. St., sez. IV, 15 giugno 2004, n. 4010, in *giustizia-amministrativa.it* ed in materia di vincoli idrogeologici da Cons. St., sez. VI, 25 maggio 1979, n. 395, in *Riv. amm.*, 1979, 6, 644; Cons. St., sez. V, 30 settembre 1983, n. 408, in *Giur. it.*, 1984, III, 1, 203; Corte Cass., 22 febbraio 1996, n. 1396, in *Dir. giur. agr. e amb.*, 1996, 520. Per una ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di vincoli naturalistici e diritti di proprietà: P. Janes Carratù, *Ecosistema. Parchi e tutela della fauna*, in *Ambiente, territori e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) F. Lucarelli, Napoli, 2006, 185 ss, in particolare 207-217.

<sup>314</sup> Cons. St., sez. I, 22 febbraio 1996, n. 1396 cit.; Cons. St., sez. un., 17 giugno 1996, n. 5520, in *Foro it.*, 1996, I, 3736.

<sup>315</sup> La tradizionale nozione di accertamento si ascrive a G. Vignocchi, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano, 1956, che definisce l'attività di accertamento come "quella attività intellettuale diretta a porre in essere constatazioni ossia giudizi semplici sull'esistenza di dati oggettivi, siano essi fatti, rapporti o situazioni giuridiche, allo scopo di preconstituire un elemento di prova ufficiale, solenne e originaria, in funzione di un'inderogabile necessità di certezza giuridica" (19); analogamente G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo cit.*, distingue tra atti di accertamento dichiarativi e atti di accertamento costitutivi. La dottrina successiva ha poi ricostruito la nozione di accertamento in termini di "processo di chiarificazione della realtà volto a risolvere una situazione di fatto obiettivamente incerta attraverso una dichiarazione di scienza dotata di efficacia preclusiva": A. Falzea, *Accertamento: a) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, 205 ss. per il quale la funzione di accertamento consta di tre momenti "necessari e insostituibili, sicché ove difetti anche uno di essi non si ha accertamento in senso tecnico", ovvero: 1) la fase di incertezza, 2) la fase intermedia dell'attività di accertamento, 3) la fase finale in cui cessa la precedente situazione di incertezza; M. S. Giannini, *Accertamento: b) Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, 219 ss.; J. Buccisano, *Accertamento*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1988, I; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 573 ss., che distingue tra accertamento tecnico e valutazione tecnica, nel senso che "il primo ha ad oggetto un fatto verificabile in modo indubbio in base a conoscenze e a strumenti tecnici di sicura acquisizione", mentre la seconda "riguarda fatti e circostanze suscettibili di vario apprezzamento".

L'evidenza di tale obiezione ha pertanto spinto la dottrina<sup>316</sup> a ricondurre i provvedimenti limitati della proprietà per ragioni di tutela ambientale nell'alveo degli atti amministrativi di accertamento "con effetti costitutivi"<sup>317</sup>, pur con tutti i problemi connessi all'individuazione sul piano dogmatico di tale categoria<sup>318</sup>.

La funzione di accertamento<sup>319</sup> tuttavia si esaurisce nella sola attività preliminare all'emanazione del vincolo ambientale volta a verificare che le effettive condizioni del bene ne giustificano l'adozione.

---

<sup>316</sup> M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente cit.*, 17; G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione*, Milano, 2003, 86 ss., che evidenzia come rispetto agli atti di "mero" accertamento, gli atti di accertamento costitutivi hanno effetti analoghi ai provvedimenti negoziali in quanto non si limitano ad evidenziare la qualità ed i caratteri del bene di rilievo ambientale ma determinano la costituzione di una nuova situazione giuridica e quindi la cessazione di una situazione di precedente incertezza (90-91). In giurisprudenza: Cons. St., sez. VI, 4 aprile 1997, n. 553, in *Riv. giur. ed.*, 1997, 3, 565 ss.

<sup>317</sup> Tale ricostruzione della natura giuridica del provvedimento di vincolo ambientale è ovviamente limitata alle sole ipotesi che conseguono all'emanazione di un provvedimento amministrativo (c.d. vincolo in via amministrativa) e non a quelle che derivano da una diretta previsione di legge (c.d. vincolo *ex lege*) in quanto in tali ultimi casi la valutazione relativa alla necessità di imporre il vincolo e la produzione dei relativi effetti non consegue ad un'attività amministrativa preceduta dai necessari accertamenti tecnici ma è predefinita dalla scelta compiuta dal legislatore, in questi termini G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione cit.*, 91-93; M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente cit.*, 17-18.

<sup>318</sup> Sulla nozione di accertamento costitutivo: P. Virga, *Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1992, 20 ss., che parla di "atti vincolati nel senso che l'amministrazione e tenuta ad emanarli una qualora risulti accertata la sussistenza dei presupposti a cui la legge subordina la loro emanazione" (21); Idem, *Il provvedimento amministrativo. Lezioni*, Milano, 1968, 80; G. Vignocchi, *Gli accertamenti costitutivi cit.*, che definisce l'accertamento costitutivo "atto di accertamento (espressione di giudizio oggettivo) che, in virtù, di una speciale destinazione di carattere permanente ad essa affidata dall'ordinamento giuridico, pur senza venir meno alle sue caratteristiche intrinseche di atto a carattere ricognitivo, è elevato al grado di requisito stabile e necessario per la valida formazione del nucleo costitutivo di una fattispecie" (90); M. M. G. Perini, *Osservazioni sull'accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padova, 1953; G. Landi – G. Potenza – V. Italia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999, dove si legge che gli "accertamenti costitutivi, talvolta confusi con gli atti negoziali di ammissione, constatano l'esistenza nel soggetto di determinati requisiti, cui consegue l'acquisto di una capacità, d'uno status o situazione giuridica, d'un diritto; e si distinguono dall'ammissione perché interamente vincolati. Gli accertamenti costitutivi sono indispensabili per il sorgere della capacità, della situazione o del diritto: anche se i requisiti preesistono, l'atto formale dell'accertamento è richiesto *ad substantiam*" (211).

La nozione di accertamento costitutivo è stata fortemente criticata dalla dottrina per il fatto che essa consentirebbe la coesistenza contestuale di effetti dichiarativi e costitutivi, sul tema: G. Greco, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977, per il quale gli accertamenti costitutivi come sono stati definiti da Vignocchi sono privi di autonoma struttura e di forza precettiva, né sono configurabili come fonte degli effetti ad essi ricollegati nel senso che non solo provvedimenti costitutivi di effetti (75); come ha osservato M. S. Giannini (*op. ult. cit.*, 222) tale problematica può invece essere risolta considerando che l'accertamento, in quanto atto, ha natura dichiarativa e viceversa come gli altri accertamenti, in quanto fatto giuridico, produce effetti costitutivi.

<sup>319</sup> Per B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001, 106 ss., infatti, la funzione di accertamento attraversa sia orizzontalmente che verticalmente la tradizionale distinzione tra attività vincolata, discrezionalità tecnica e discrezionalità amministrativa. Orizzontalmente perché la struttura dell'attività amministrativa presuppone in ogni caso un'attività di accertamento, per cui dal momento che anche l'esercizio di un potere discrezionale dovrà svolgersi sulla base di una preesistente per quanto incompiuta disciplina della materia, l'attività amministrativa di

E non ha nulla a che vedere con la successiva valutazione relativa alla determinazione dei contenuti e degli effetti<sup>320</sup> del vincolo (sempre che questi non siano predeterminati *a priori* dal legislatore) la quale, dall'analisi del contenuto normativo dei vincoli in esame, sembra invece potersi descrivere in termini di discrezionalità amministrativa pura<sup>321</sup>.

In relazione ai vincoli di bacino<sup>322</sup>, che non dimentichiamo producono effetti direttamente sui privati<sup>323</sup>, è lo stesso art. 17, 3° comma, lett. *m*) della legge n.

---

concretizzazione delle disposizioni che compongono tale disciplina possiederà necessariamente la struttura dell'accertamento; verticalmente perché se i due estremi dell'attività vincolata e dell'attività discrezionale possono ricondursi rispettivamente alla figura dell'"accertamento autonomo" o dell'"accertamento strumentale a valutazioni di interessi", la discrezionalità tecnica può invece essere riportata all'una o all'altra categoria a seconda o meno della completezza della disciplina materiale da applicare (108-109).

<sup>320</sup> Non dimentichiamo infatti che i vincoli ambientali possono prevedere sia obblighi *di facere* o *di pati*, che avere natura relativa o assoluta.

<sup>321</sup> G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione*, 93 ss.; di diverso avviso M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente cit.*, 17, che riconduce all'alveo della discrezionalità tecnica anche la "possibilità frequentemente rimessa all'amministrazione di graduare, in applicazione del principio di proporzionalità, il contenuto dei vincoli in relazione al grado di protezione ambientale concretamente necessario in ciascuna porzione di territorio" ritenendo che una volta compiuti gli accertamenti tecnici richiesti dall'applicazione della norma non residui in capo all'amministrazione "la possibilità di comparare interessi nell'apposizione del vincolo, con riferimento non solo all'*an* ma pure al *quid* dei provvedimenti da adottare".

Sulla natura discrezionale e non puramente tecnica delle scelte adottate in sede di pianificazione di bacino anche P. Urbani, *La pianificazione per la tutela dell'ambiente, delle acque e per la tutela del suolo*, *Riv. giur. amb.*, 2001, 2, 199 ss., in particolare 210; Idem, *Vincoli paesaggistici e vincoli di settore a qualificazione ambientale: i rapporti con la tutela della proprietà e la necessità di un loro riordino cit.*, che facendo l'esempio del piano di bacino del Tevere con il quale, per difendere Roma dall'esonazione delle sue acque, si sono imposti vincoli idrogeologici a monte della città vietando le normali opere di regimazione e messa in sicurezza delle aree, con evidente compressione delle capacità edificatorie dei terreni di molti comuni laziali, sottolinea come "non ci troviamo di fronte ad un caso di mero accertamento delle qualità intrinseche del bene ma di una valutazione di opportunità nell'imposizione del vincolo idrogeologico, in rapporto agli interessi generali che riguardano la tutela di un'area di riferimento molto più ampia. Quello stesso piano, per riprendere il discorso sul bilanciamento degli interessi pubblici e privati, ha previsto discrezionalmente che in parte delle aree sondabili potessero comunque essere completate le trasformazioni in corso purché le opere edilizie fossero realizzate in base a *piloty*"(87); di diverso avviso invece P. Stella Richter, *Il piano di bacino*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, 4, 523 ss., in particolare 525.

In giurisprudenza, sulla natura discrezionale delle scelte compiute dall'Autorità di bacino: Trib. Sup. ac. pubbl., 2 febbraio 1995, n. 13, in *Foro amm. - Tar*, 1995, 6, 1184, con nota di C. Morrone, *Competenze e strumenti di coordinamento delle competenze in materia di pianificazione ambientale e tutela del suolo: i piani di bacino ex. L. 18 maggio 1989, n. 183*, 1187 ss.; Tar Lombardia, Brescia, 14 maggio 1998, n. 393, in *Comuni d'Italia*, 1999, 2, 296; Tar Campania, 12 giugno 2003, n. 7254, in *Foro amm. - Tar*, 2003, 11, 3291, con nota di A. Milone, *Il piano stralcio di assetto idrogeologico. Partecipazione al procedimento di adozione e sindacato giurisdizionale*, 3299 ss.

<sup>322</sup> Sulla pianificazione di bacino, senza alcuna pretesa di esaustività: A. Lolli, *Piano regolatore generale degli acquedotti, disciplina urbanistica e nuovi modelli di amministrazione introdotti dalla legge 18 maggio 1989, n. 183*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, 1, 11 ss.; G. Pastori, *Il seicentosedici rovesciato*, in *Le Regioni*, 1991, 1, 25 ss.; U. Pototschnig, *La difesa del suolo (ossia le Regioni senza difesa)*, in *Le Regioni*, 1991, 1, 19 ss.; L. Rainaldi, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Milano, 1992; P. Stella Richter, *Il piano di bacino cit.*; Idem, *Piano di bacino e piano territoriale di coordinamento provinciale*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 2, 241 ss.; F. G.

183/1989 (oggi art. 65, 3° comma, lett. n)) nell'attribuire al piano di bacino il compito di indicare le zone "da assoggettare a speciali vincoli e prescrizioni" a sottolineare che ciò deve avvenire "in rapporto alle specifiche condizioni idrogeologiche".

Per cui, una volta che sulla base degli accertamenti tecnico-scientifici preliminari sia stato "accertato" che le condizioni idrogeologiche del territorio sono tali da rendere necessarie l'adozione di un provvedimento di tutela, occorrerà individuare quale tra gli strumenti astrattamente previsti dalla norma (che infatti parla genericamente di "speciali vincoli e prescrizioni") si debba adottare (idoneità e necessarietà) e successivamente compiere una ponderazione tra tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, al fine di adottare la soluzione adeguata (proporzionata) al caso concreto<sup>324</sup>, in quanto la misura limitativa adottata dovrà essere proporzionata non solo rispetto alle finalità del vincolo (necessarietà) ma anche alla sua incidenza sugli interessi privati coinvolti (adeguatezza)<sup>325</sup>.

Come giustamente osservato<sup>326</sup>, tra l'altro, gli interessi coinvolti nel caso concreto non sono necessariamente limitati all'interesse pubblico primario alla "difesa del suolo"<sup>327</sup> e a quello del privato su cui incide il provvedimento

---

Scoca, *Caratteri e scopi della pianificazione di settore e rappresentazione procedimentale degli interessi pubblici cit.*, 23 ss.; P. Urbani, *La pianificazione per la tutela dell'ambiente, delle acque e per la difesa del suolo*, in *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e pianificazione di settore cit.*, 85 ss.; P. Urbani (a cura di), *La difesa del suolo*, Roma, 1993; Idem, *La pianificazione per la tu, in tela dell'ambiente, delle acque e per la tutela del suolo cit.*; F. Gualandi, *Ambiente, urbanistica ed ordinamento del territorio*, in *Manuale di diritto ambientale*, (a cura di) L. Mezzetti, Padova, 2001, 307 ss.; G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e vincoli di tutela cit.*, 60 ss.; M. Renna, *Pianificazione per la tutela delle acque e per la gestione dei rifiuti*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, (a cura di) F. Bassi, L. Mazzaroli, Torino, 2000, 193 ss.; A. Sau, *La pianificazione di bacino*, in *Diritto del governo del territorio*, (a cura di) M. A. Cabiddu, Torino, 2010, 244 ss.

<sup>323</sup> Ai sensi dell'art. 17, 5° comma della legge 183/1989 (art. 65, 4° comma del Codice dell'ambiente) infatti, "Le disposizioni del Piano di bacino approvato hanno carattere immediatamente vincolante per le amministrazioni ed enti pubblici, nonché per i soggetti privati, ove trattasi di prescrizioni dichiarate di tale efficacia dallo stesso Piano di bacino" [corsivo mio].

<sup>324</sup> Si tratta, come si è già avuto modo di osservare in termini generali nel primo capitolo, di due momenti che non sono necessariamente distinguibili sul piano meramente cronologico, ma sicuramente sono differenziati sul piano logico-giuridico in quanto assolvono ad una diversa funzione e presentano diversa struttura e contenuto.

<sup>325</sup> Ancora G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione cit.*, 93-97, precisa come sul piano logico occorre distinguere il momento della decisione di imporre il vincolo da quello successivo di determinazione degli effetti e dei contenuti, posto che la discrezionalità amministrativa non riguarda solo l'*an* ma anche il *quid*, il *quando* e il *quomodo*. In particolare, continua l'A., "la determinazione dell'effettivo contenuto limitativo sulla proprietà privata derivante dall'imposizione del vincolo (quindi il fatto di consentire solo talune utilizzazioni del bene piuttosto che altre, oppure impedire o meno determinati interventi di trasformazione), qualora sia lasciato alla autonoma determinazione da parte dell'amministrazione, deve essere necessariamente proporzionato alle specifiche esigenze di tutela verificate attraverso gli accertamenti tecnici [corsivo mio]" (94).

<sup>326</sup> G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione cit.*, 101.

<sup>327</sup> Che di per se, tra l'altro, non è certamente un interesse pubblico di facile delimitazione comprendendo per espressa previsione legislativa "ogni attività umana che si può svolgere nel territorio" (l'art. 53, 1° comma, del codice dell'ambiente riconduce infatti alla difesa del suolo "la

limitativo, potendo rilevare anche altri interessi pubblici, come quello economico allo sfruttamento di una cava, o quelli privati di soggetti terzi che indirettamente potrebbero subire un pregiudizio o un vantaggio dal provvedimento impositivo del vincolo.

Né la questione sembra porsi in termini sostanzialmente diversi in relazione ai vincoli naturalistici posti dal piano parco<sup>328</sup>.

Sebbene non manchino voci contrarie in dottrina<sup>329</sup>, l'art. 12, 1° comma, lett. b) della l. 394/1991 nell'attribuire all'ente parco il compito di individuare "vincoli, destinazioni d'uso pubblico e privato e norme di attuazione relative con riferimento alle varie aree o parti del parco" sembra suggerire che la definizione di tali vincoli di tutela non possa che essere l'esito di una ponderazione tra interessi pubblici (di tutela delle aree e delle zone del parco) e interessi privati confliggenti<sup>330</sup>.

---

tutela ed il risanamento del suolo e del sottosuolo, il risanamento idrogeologico del territorio tramite la prevenzione dei fenomeni di dissesto, la messa in sicurezza delle situazioni a rischio e la lotta alla desertificazione"). Del resto è proprio per la funzione di coordinamento dei diversi interessi pubblici coinvolti nell'ambito territoriale del piano che è difficile contestare la natura discrezionale della potere esercitato dall'Autorità di bacino nell'esercizio della sua funzione di pianificazione.

Sulla materia della "difesa del suolo", pur nel mutato assetto costituzionale, è ancora attualissimo l'approccio della Corte Costituzionale nella nota sentenza 26 febbraio 1998, n. 85, in *corte-costituzionale.it*.

<sup>328</sup> Per una ricostruzione della pianificazione delle aree protette, tra i tanti, si rinvia a: S. Masini, *Parchi e riserve naturali*, Milano, 1997; C. Desideri, C. Fonderico, *I parchi naturali per la protezione della natura*, Milano, 1998; A. Abrami, *Il regime giuridico delle aree protette*, Torino, 2000; N. Aicardi, *Specificità e caratteri della legislazione sulle aree naturali protette: spunti ricostruttivi sulle discipline territoriali differenziate*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente cit.*, 35 ss.; M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi cit.*; D. Borgonovo Re, *Parchi naturali nazionali e regionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, IX, 595 ss.; A. Loiodice, L. Spagnoletti, *Parchi naturali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1991, XII; P. Maddalena, *La legge quadro sulle aree protette*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3, 648 ss.; G. Di Plinio, P. Fimiani, *Aree naturali protette: diritto ed economia*, Milano, 2008.

<sup>329</sup> M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente cit.*, 17.

<sup>330</sup> Sulla natura discrezionale dei vincoli finalizzati alla tutela delle aree protette: G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione cit.*, 102; V. Parisio, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giudiziario cit.*; G. Pagliari, *La legislazione dei parchi è davvero "vincolistica"?*, in *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi cit.*, 221 ss., per il quale, poiché legge quadro si ispira ai principi di imparzialità, di proporzionalità e al criterio della tutela bilanciata, "l'equazione parco=vincolo=paralisi dello sviluppo economico e sociale non è nella legislazione positiva e, per ciò stesso tenuto conto vuoi dei principi in materia di gerarchia delle fonti vuoi del principio di legalità, non dovrebbe essere nella realtà delle singole aree protette. Sotto questo profilo – continua l'A. – può evidenziarsi che la legislazione sui parchi esalta la funzione della discrezionalità amministrativa nel senso che la traduzione dei precetti legislativi del quadro normativo delle singole aree protette, è affidata al discrezionale discernimento dell'Ente parco, che non è chiamato ad emanare atti vincolati, ma atti che debbono caratterizzarsi contenutisticamente per la capacità di interpretare la peculiarità specifica delle singole aree...Le regole così elaborate devono consentire di realizzare lo sviluppo sostenibile, il contemperamento tra la presenza dell'uomo e la tutela della natura, il bilanciamento tra l'interesse (generale) naturalistico, l'interesse delle collettività e quello dei singoli. E bilanciamento è ricerca dell'equilibrio che permetta la coesistenza, è integrazione, è individuazione delle soluzioni proporzionate (in senso tecnico-giuridico), è dovere di ricerca delle compatibilità e di fissazione di regole a tutela di queste" (229).

Sebbene il legislatore nazionale abbia predeterminato le zone in cui deve essere ripartito il territorio del parco, non si può non notare come le stesse siano “definite con un’attenta considerazione delle diverse realtà e attività in esse riscontrabili e con un’attenta valutazione di ciascuna di tali attività, con la conseguente delimitazione, in applicazione dei principi di imparzialità e proporzionalità, di una regolamentazione non in negativo, ma in positivo, cioè tesa a delineare un quadro dinamico di sviluppo sostenibile”<sup>331</sup>.

Con la sola eccezione della zona “riserva integrale” che nel testo di legge è indiscutibilmente caratterizzata da una certa rigidità (“l’ambiente naturale è conservato nella sua integrità”).

Ancora, con riguardo ai vincoli urbanistico-territoriali a valenza ambientale e paesaggistica, la maggiore dottrina<sup>332</sup> è concorde nel riconoscere che questi

---

<sup>331</sup> G. Pagliari, *La legislazione dei parchi è davvero “vincolistica”?* cit., 226, che conclude nel senso che “il legislatore delle aree naturali protette ha delineato regole che consentono e richiedono una disciplina nei singoli casi imparziale (art. 97 Cost.), proporzionata e bilanciata, con la conseguenza che l’eccesso vincolistico può essere determinato solo da un’interpretazione e da una correlata applicazione della legge non conformi né allo spirito né alla lettera (in senso tecnico-giuridico) né al significato emergente dalla connessione delle parole (art. 12 c.c.)” (227); sul piano parco quale sede di confluenza ed integrazione dei molteplici interessi insistenti in quel territorio anche G. F. Cartei, *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata*, Torino, 1995, 40-52 e 129-141; F. Spantigati, *Trent’anni dopo (1962-1991): Regione e Stato nella proposta di legge quadro sui parchi nazionali*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, 3, 469 ss., 474; M. Brocca, *Parco culturale, beni ambientali e ponderazione degli interessi sottesi*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 5, 747 ss., in particolare 788-790.

<sup>332</sup> M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell’ambiente* cit., 18 che espugna i vincoli in questione dalla categoria giuridica dei c.d. vincoli ambientali proprio in ragione della natura discrezionale del potere esercitato in tali ipotesi dall’autorità comunale; S. Civitarese Matteucci, *Vincoli ambientali, pianificazione urbanistica ed affidamento del privato* cit., il quale ricorda come “si afferma costantemente che il procedimento di individuazione del bene ambientale si conclude con un atto qualificabile come accertamento tecnico, occorrendo il mero riscontro sulla cosa di un *qualitas* che già le inerisce. Gli atti di esercizio della potestà di pianificazione urbanistica, viceversa, sono notoriamente tra quelli a più ampio contenuto discrezionale. Si dovrebbe perciò arrivare a sostenere, con un’acrobazia logica, che l’autorità pianificatrice, nel dettare la destinazione d’uso del territorio comunale, a volte consumi il proprio potere discrezionale e a volte si limiti a delle valutazioni tecniche” (924); F. Nicoletti, *Pianificazione urbanistica, energia eolica e tutela del paesaggio tra divieti assoluti e ponderazione degli interessi* cit., 279-280; G. Morbidelli, *Legge “Galasso”: durata e forma di imposizione di vincoli di inedificabilità nei piani urbanistico-paesistici* cit., 336 ss.; Idem, *Tutela dell’ambiente e normativa urbanistica. Riflessi sul diritto di proprietà*, in *Riv. giur. ed.*, 1988, 4, 129; G. F. Cartei, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa*, in *Urbanistica e paesaggio*, (a cura di) G. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari, Napoli, 2006, 217 ss. che in proposito ritiene improprio parlare di vincolo paesaggistico, in quanto “il potere di conformazione del regime proprietario, infatti, non deriva dalla naturale destinazione dell’area, né da qualità intrinseche ai beni, ma dagli obiettivi estrinseci di politica territoriale e dalla discrezionalità che connota le scelte urbanistiche” (230).

La giurisprudenza è concorde nel ritenere che ai sensi dell’art. 7, n. 5 della legge urbanistica il piano regolatore, oltre a indicare i vincoli semplicemente ricognitivi delle tutele esistenti, possa disporre ulteriori vincoli a tutela dei medesimi interessi che i primi mirano a soddisfare, addirittura giungendo ad imporre vincoli più restrittivi rispetto a quelli previsti nei piani settoriali o sovraordinati, *ex multis*: Tar Lazio, Roma, 7 settembre 2001, n.7238, in *Foro amm.*, 2001, 9, 2489 ss.; Cons. St., sez. IV, 28 settembre 1998, n. 1226, in *Foro amm.*, 1998, 9, 2344; Tar Friuli Venezia Giulia, 26 gennaio 2002, n. 11; Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1162; Tar Toscana,

siano espressione di un potere di discrezionalità pura dell'autorità comunale pari a quella esercitata, per intenderci, nell'apposizione dei vincoli urbanistici.

La scelta dell'amministrazione, che dovendo tener conto delle caratteristiche delle varie zone non può imporre "divieti generali ed assoluti per fini diversi da quelli di ordinato e armonico sviluppo dell'aggregato urbano"<sup>333</sup>, non può che passare anche qui per un proporzionato bilanciamento degli interessi pubblici (tutela del paesaggio e dell'ambiente, assetto ordinato del territorio urbano) e privati presenti, che in nulla differisce da quello esercitato nella predisposizione dei contenuti tipici della pianificazione urbanistica.

Un discorso a parte, in ragione anche delle modifiche recentemente intervenute in materia<sup>334</sup>, meritano invece i vincoli imposti con i piani paesistici.

La nuova formulazione dell'art. 143 del Codice dei beni culturali, come modificato dall'art. 2 del d. lgs. 62/2008, nell'attribuire al piano il compito di individuare "eventuali, ulteriori contesti, diversi da quelli indicati all'articolo 134, da sottoporre a specifiche misure di salvaguardia e di utilizzazione" (1° comma lett. e)) e "aree soggette a tutela ai sensi dell'articolo 142 e non interessate da specifici procedimenti o provvedimenti ai sensi degli articoli 136, 138, 139, 140, 141 e 157" (4° comma, lett. a)) sembra infatti aver determinato il superamento della relazione giuridica che ante-riforma intercorreva tra il vincolo imposto ex art. 140<sup>335</sup> ed il piano paesaggistico.

Relazione che la maggiore dottrina<sup>336</sup> definiva di sottordinazione del secondo rispetto al primo, nel senso che il piano costituiva essenzialmente uno strumento di attuazione del vincolo stesso.

---

26 novembre 2001, n. 1708; Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1197; Cons. St., sez. IV, 23 marzo 2010, n. 1695; Cons. St., sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 1004, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>333</sup> Trib. Sup. ac. pubbl., 23 giugno 1993, n. 76, in *Cons. St.*, 1993, 5-6, 1054 s.

<sup>334</sup> Sui contributi, post riforma del 2008, ricordiamo: P. Marzaro, *La "cura" ovvero "l'amministrazione del paesaggio": livelli poteri e competenze nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 416 ss.; E. Boscolo, *Paesaggio e tecniche di regolazione: i contenuti del piano paesaggistico*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2008, 1-2, 130 ss.; S. Amorosino, *I poteri legislativi e amministrativi di Stato e Regioni in tema di tutela e valorizzazione del paesaggio*, *ibidem*, 147 ss.; Idem, *La governance e la tutela del paesaggio tra Stato e Regioni dopo il secondo decreto correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 99 ss.; G. Falcon, *I principi costituzionali del paesaggio*, *ibidem*, 78 ss.; A. Angiuli, *Piano paesaggistico e piani ad incidenza territoriale. Un profilo ricostruttivo*, *ibidem*, 291 ss.; P. Carpentieri, *Il "secondo" correttivo del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. app.*, 2008, 6, 681 ss.; G. Severini, *Le nuove misure correttive e integrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 10, 1057 ss.; V. Mazzaelli, *La disciplina del paesaggio dopo il d.lgs. n. 63 del 2008*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 1080 ss.; R. Chieppa, *Vecchie problematiche e nuove questioni in tema di piani e autorizzazioni paesaggistiche dopo il d.lg. 26 marzo 2008*, n. 63, tutte pubblicate in *Aedon*, 2008, 3.

<sup>335</sup> "La dichiarazione di notevole interesse pubblico" sulla quale torneremo nel III Capitolo.

<sup>336</sup> G. Severini, *La pianificazione paesistica: estensione e contenuti*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente cit.*, 101 ss.; V. Mazzaelli, *Il paesaggio: dal vincolo al piano e ritorno*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale cit.*, 215 ss.; Idem, *La disciplina del paesaggio dopo il d. lgs. 157/2006*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10, 1080 ss.; S. Amorosino, *I vincoli paesistici ex lege n. 431 del 1985: concetti normativamente indeterminati e valutazioni amministrative*, in *Riv. giur. ed.*, 1986, 6, 171 ss., in particolare 181-184.

Certamente, alla luce delle citate modifiche, i vincoli preesistenti all'attività di pianificazione (sia *ex lege* che amministrativi) andranno "puntualmente" recepiti dal piano, che semmai ne potrà definire il regime d'uso compatibile con la tutela dell'area vasta, ma poi (ed è questo l'elemento di rottura rispetto al passato) sarà il piano "come ordinata spaziale e temporale a fini di risultato, a divenire *dominus* delle scelte di tutela del territorio di riferimento, potendo individuare nuovi oggetti di tutela attraverso la categoria del vincolo conformativo della proprietà"<sup>337</sup>.

Scelte di "tutela del territorio" e quindi scelte che non possono prescindere ma anzi si intrecciano con le politiche più generali di assetto del territorio<sup>338</sup> (come

---

In giurisprudenza: Corte Cost., 24 febbraio 1992, n. 67 in *cortecostituzionale.it*; Cons. St., sez. cons., parere, 20 maggio 1998, n. 548, in *Foro it.*, 1999, III, 326 ss.; Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2003, n. 4766; Cons. St., sez. VI, 23 novembre 2004, n. 7667, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>337</sup> P. Urbani, *Vincoli paesaggistici e vincoli di settore a qualificazione ambientale: i rapporti con la tutela della proprietà e la necessità di un loro riordino cit.*, 85-86; Idem, *La costruzione del piano paesaggistico*, in *Urbanistica e paesaggio cit.*, 205 ss., in particolare 208-212; in termini analoghi S. Amorosino, *Dalla disciplina (statica) alla regolazione (dinamica) del paesaggio: una riflessione d'insieme*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli. Teoria e storia. Diritto amministrativo generale*, I, Padova, 2007, 143 ss. ed in particolare 150; M. Lipari, *Il nuovo regime dei vincoli nella legislazione sul paesaggio*, in *giustamm.it*, 2006, 31 ss.; G. F. Cartei, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa cit.*, che dall'analisi dell'art. 143 trae alcune conclusioni, ossia "al piano è attribuito il potere di sottoporre alla disciplina paesaggistica beni che in precedenza le erano sottratti; tali beni, per quanto siano qualificabili come paesaggistici, sono eterogenei, non tipizzati o non tipizzabili secondo categorie giuridiche astrattamente predeterminate; di conseguenza, ancorché sottoposti all'esercizio della potestà amministrativa paesaggistica, non esprimono un interesse pubblico originario; la nozione di vincolo trascende, in tal modo, i confini che il paradigma decisorio della giurisprudenza costituzionale gli aveva assegnato" (225-226); R. Chieppa, *Vecchie problematiche e nuove questioni in tema di piani e autorizzazioni paesaggistiche dopo il d.lg. 26 marzo 2008, n. 63 cit.*, paragrafo 2.

Sulla natura tecnico-discrezionale dei vincoli paesaggistici, invece: M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente cit.*, 19 ss.

<sup>338</sup> Già prima della riforma operata dal Codice dei beni culturali, M. Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991, 153 ss., definiva il piano paesaggistico "strumento di necessario raccordo tra conservazione e trasformazione...collettore di tutte le diverse e contrapposte istanze presenti nel territorio considerato. Così da costituire sede naturale di comparazione e temperamento dell'interesse paesaggistico con tutti i diversi e a volte contrapposti interessi, pubblici, privati, collettivi e diffusi presenti in quella località. Il provvedimento impositivo del vincolo...in ragione delle dimensioni territoriali dell'area tutelata, non è in grado di determinarne il contenuto e gli effetti. Questa funzione è rimessa al piano, al quale spetta in sostanza *graduare gli effetti del vincolo* [corsivo mio] non soltanto in ragione delle caratteristiche intrinseche del territorio considerato, ma anche in relazione alle esigenze delle popolazioni residenti, *i cui interessi connessi ad istanze di modificazione ed uso del territorio non dovranno essere considerati aprioristicamente subordinati all'interesse paesaggistico*" [corsivo miei] (157); analogamente G. F. Cartei, *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata cit.*, 179 ss., per il quale "la pianificazione preordinata alla disciplina del paesaggio non si traduce...in una mera analisi ricognitiva dell'assetto territoriale in funzione della tutela delle peculiarità ambientali, ma ricomprende la disciplina ed il controllo delle dinamiche di trasformazione del territorio: in tal modo, al di là della denominazione utilizzata, si assiste all'inclusione tra gli oggetti della pianificazione delle varie utilizzazioni socioeconomiche del territorio riguardanti i nuclei insediativi ed infrastrutturali, le strutture positive, il sistema dei trasporti" (182).

Sul rischio di un progressivo scolorarsi dei contenuti dei piani paesaggistici all'interno di piani di matrice urbanistico-territoriale, S. Civitarese Matteucci, *La concezione del paesaggio alla prova*

sempre con maggiore frequenza ci segnala la giurisprudenza<sup>339</sup>) e quindi per definizione discrezionali (e ciò, si consenta di ricordare ancora una volta, in evidente contrasto con la ricostruzione della Corte Costituzionale nella sentenza n. 56 del 1968 che si riferiva proprio ai vincoli paesaggistici<sup>340</sup>).

Da quanto detto sembra quindi che, al di là del granitico orientamento della giurisprudenza costituzionale, anche l'adozione dei vincoli ambientali oltre all'adozione dei vincoli urbanistici (sia localizzativi che sostanziali) in quanto esercizio di un potere discrezionale (previo esercizio in tal caso di un'attività di accertamento tecnico o tecnico discrezionale) non possa prescindere dalla "ricerca" di un bilanciamento proporzionato tra interesse pubblici e privati interessati dall'esercizio del potere amministrativo.

#### 4. *Gli strumenti della proporzionalità*

Sebbene il giudizio di proporzionalità sfugga per sua stessa natura ad ogni tentativo di individuare percorsi di argomentazione giuridica che ne rendano prevedibili gli esiti applicativi, dall'analisi condotta nei paragrafi precedenti emerge chiaramente come la realizzazione di un bilanciamento proporzionato tra interessi pubblici e privati passi necessariamente attraverso lo svolgimento di un'attività istruttoria completa ed approfondita, nella quale vengano individuati ed acquisiti tutti gli interessi rilevanti e prese in considerazione le possibili soluzioni alternative per la "migliore" soddisfazione possibile dell'interesse pubblico.

Di modo che l'amministrazione in sede decisionale sia posta nella condizione di poter scegliere, tra le diverse soluzioni prospettate, quella ritenuta idonea, necessaria ed adeguata a provocare il minor sacrificio possibile degli interessi in conflitto e tra questi, in particolare, di quelli più deboli.

Sebbene il momento dell'azione amministrativa, quello per intenderci in cui si consuma il potere discrezionale, coincida con l'adozione del provvedimento finale, la stessa individuazione degli interessi ("ritenuti") rilevanti da parte dell'amministrazione comporta *ex se* lo svolgimento di un'attività valutativa, capace di orientare in una direzione piuttosto che in un'altra l'esito della scelta discrezionale<sup>341</sup>.

---

*della prima revisione del Codice del paesaggio, in Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio, (a cura di) G. F. Cartei, Bologna, 2007, 209 ss., in particolare 220; E. Boscolo, Paesaggio e tecniche di regolazione: i contenuti del piano paesaggistico cit., 133-136.*

<sup>339</sup> Per tutte: Tar Campania, Napoli, sez. IV, 7 maggio 2003, n. 5195 cit.; Tar Lazio, 19 luglio 1999, n. 1652 cit.; Cons. St., sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7140, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>340</sup> E riaprendo il dibattito in ordine alla loro indennizzabilità, sul tema in particolare G. F. Cartei, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa cit., 226.*

<sup>341</sup> G. Sciuolo, *Pianificazione amministrativa e partecipazione cit.*, sottolinea come "la fase dell'istruzione non si limita più ad essere soltanto la sede nella quale viene definita la fattispecie concreta su cui deve esercitarsi il potere o quella destinata all'acquisizione al procedimento degli interessi da valutare, ma il tratto procedurale in cui si fissano alcuni contenuti di quel potere, come risultato di una valutazione parzialmente vincolante di quegli interessi. In una parola essa viene a presentarsi, senz'altro in una delle sua componenti, come stadio *predecisorio* [corsivo nel testo] della procedura, giacchè, se è vero che il potere si dispiegherà, previa una valutazione definitiva

Di qui la necessità di istituti partecipativi<sup>342</sup> che garantiscano l'ingresso e l'effettiva presa in consegna da parte dell'amministrazione procedente (titolare non dimentichiamo di uno degli interessi in conflitto) di tutti gli elementi di fatto e di diritto che concorrono a delineare la fattispecie concreta.

Nell'esercizio della funzione di pianificazione la realizzazione di un quadro istruttorio che consenta di individuare tutte le possibili alternative di composizione degli interessi in conflitto è tuttavia compromessa da una legislazione nazionale nella quale gli istituti di partecipazione procedimentale si rivelano del tutto inadeguati a consentire un'efficace ponderazione dei molteplici interessi che risultano coinvolti nel procedimento<sup>343</sup>.

---

degli interessi acquisiti, solo nel successivo stadio, all'istruzione il sistema positivo affida il ruolo di circoscriverne la portata" (236); detto altrimenti, per R. La Barbera, *Il rilievo giuridico della previsione degli effetti: dal procedimento autorizzatorio di gestione del vincolo paesaggistico alla funzione amministrativa proceduralizzata*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 544 ss., "nel processo conoscitivo la pura conoscenza dei fatti è strettamente connessa con una valutazione degli stessi ad essere idonei a rappresentare un assetto di interessi che contribuisca a identificare e qualificare l'interesse pubblico concreto" (569).

<sup>342</sup> Sulla partecipazione al procedimento amministrativo, tra gli innumerevoli studi sul tema, si consenta di rinviare a: F. Merusi, *Diritti fondamentali e Amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, 2-3, 543 ss.; R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriguez (a cura di), *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione, dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 1003 ss.; M. R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 285 ss.; A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002; Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale cit.*; G. Virga, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 1, 172 ss.; S. Agrifoglio, *La trasparenza dell'azione amministrativa ed il principio del contraddittorio tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 1, 46 ss.; A. Andreani, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella legge n. 241 del 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 655 ss.; E. Castorina, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, 70 ss.; F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 11 ss.; F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 133 ss.; A. Luce, *Il procedimento amministrativo ed il "diritto di partecipazione" nella legge n. 241 del 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 3, 552 ss.; A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996; T. Di Nitto, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 3, 731 ss.; F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti) cit.*; in relazione ai procedimenti di pianificazione il rinvio è ancora a G. Sciuillo, *Pianificazione amministrativa e partecipazione cit.*, in particolare 189 ss.

<sup>343</sup> La sola eccezione sembra essere rappresentata dalla "doppia" partecipazione per i privati prevista dall'art. 25, 2° comma, lett. g), del d. lgs. 112/1998 come modificato dal d.p.r. 7 dicembre 2000, n. 440, la prima in sede endoconferenziale (precedentemente all'adozione della proposta di variante) al fine di concorrere alla determinazione della proposta di variante urbanistica che interessa direttamente i soggetti cui può "derivare un pregiudizio dal progetto di impianto industriale", ed il secondo in base allo schema classico della legge del 1942 prima che il Comune approvi la proposta di variante. Per un commento sulla norma: G. Gardini, G. Piperata (a cura di), *Le riforme amministrative alla prova: lo sportello unico per le attività produttive*, Torino, 2002; G. Gardini, *Un nuovo modo di azione pubblica: il procedimento di autorizzazione all'insediamento di attività produttive in base al D.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447*, in *Dir. amm.*, 1998, 4, 572 ss.; I. G. Impastato, *La conferenza di servizi "aperta" nel D.P.R. n. 447 del 1998 ovvero della*

La mancata estensione agli atti di pianificazione degli istituti di partecipazione procedimentale previsti dalla legge generale sul procedimento<sup>344</sup> (art. 13), pur correttamente interpretata dalla dottrina<sup>345</sup> come semplice rinvio ad un sistema

---

“*semplificazione partecipata*”, in *Dir. amm.*, 2001, 4, 481 ss., per il quale “il procedimento conferenziale aperto contemplato dal d.P.R. in oggetto apre...la strada ad una partecipazione qualitativa, la quale, sviluppando potenzialità di tutela procedimentale preventiva in senso sostanziale, meglio rientra in quel nuovo principio di legalità-razionalità-proporzionalità, generalizzato nell’ordinamento italiano dall’entrata in vigore della l. n. 241 del 1990. In virtù del criterio di partecipazione qualitativa, la pubblica amministrazione sarà stimolata ad adottare le modalità più giuste per curare l’interesse in gestazione” (522-523) ed il privato nel prendere parte alla conferenza di servizi assurge al “rango di *partner* [in corsivo nel testo] nella definizione dell’azione amministrativa” (secondo una definizione diffusa nel diritto amministrativo tedesco), nel senso che la sua presenza saprà garantire “quel sistema di compatibilità percepito come essenziale per assicurare una decisione nell’interesse comune” (518).

<sup>344</sup> Sebbene sulla natura meramente “cartolare” del contraddittorio procedimentale previsto dalla legge 241/1990 si sia soffermata in termini critici la maggiore dottrina italiana (per tutti, V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo cit.*, 427 e A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale cit.*, 1035 ss.) è necessario ricordare come neppure le indicazioni provenienti dal diritto europeo sembrano sufficienti a stabilire un collegamento “necessario e vincolante” tra proporzionalità dell’azione amministrativa e istruttorie procedimentali di tipo orale. Così, F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento cit.*, per il quale “l’audizione e la diretta discussione dell’affare, indipendentemente dalle modalità di svolgimento, in molti casi possono risultare inefficace se non vengono adottate tecniche di formalizzazione, documentazione e conservazione che assicurino la possibilità del loro impiego non soltanto nel proseguo della serie procedura, ma anche e soprattutto in quel processo giudiziario che non può in alcun modo essere sostituito nella essenziale sua funzione di garanzia giuridica”(136).

Si consenta di ricordare come il contraddittorio procedimentale assuma i toni dell’oralità in vari ordinamenti europei, come analizzato da: M. D’Alberti, *La “visione” e la “voce”: le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 3 ss.; R. Caranta, *Procedimento amministrativo di diritto comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1996, XI, 604 ss.; S. Cimini, *Partecipazione procedimentale: limiti di effettività della forma scritta e prospettiva dell’oralità*, in A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione cit.*, 25 ss.

<sup>345</sup> La vicenda è ampiamente nota. Nel progetto originario della legge n. 241 l’esclusione operata dall’art. 13 si giustificava (e sarebbe dovuta essere compensata) dalla previsione per i procedimenti di pianificazione della c.d. “istruttoria pubblica” che poi, come noto, scomparve nel testo di legge approvato dalle Camere suscitando, tra le altre, la feroce critica di chi della legge 241/1990 era stato uno tra i principali artefici e promotori. M. Nigro commentando l’art. 13 sottolineò infatti come tale esclusione intervenisse proprio in “uno dei casi in cui più tipicamente e decisamente si manifesta l’attività di regolazione di interessi...e che più pressantemente richiede l’identificazione di tutti gli interessi coinvolti, la loro ponderazione e la loro composizione” (*Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell’amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge) cit.*, 24). Tra i più significativi commenti, in termini critici, dell’art. 13: G. Sciullo, *Il fastidio della partecipazione cit.*, 464 ss.; E. Castorina, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo cit.*, 98-103; G. Morbidelli, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di F. Piga*, I, Milano, 1992, 675 ss., in particolare 686-687; F. Frattini, *Le fonti della gerarchia degli interessi*, in *Cons. St.*, 1992, 10, 1763 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Questioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Amm.*, 1993, 1, 137 ss.; G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione cit.*, 1315-1316, per il quale “la peggior sorte che potrebbe capitare alla legge n. 241 sarebbe quella, in questo come in altri casi, di venire considerata come una legge speciale, e non come una legge generale che informa di sé anche l’interpretazione e l’applicazione delle leggi preesistenti” (1316).

È appena il caso di precisare che la deroga di cui all’art. 13 riguarda gli atti amministrativi di pianificazione generale come quelli di pianificazione settoriale, per cui sono anche in questo caso

speciale di partecipazione non necessariamente meno garantistico di quello generale, ha mantenuto “in vita” lo schema procedimentale delineato dalla legge fondamentale del 1942 nella quale l’intervento del privato si colloca solo dopo la formale adozione del piano da parte dell’autorità urbanistica, quando la stessa ha già scelto e quindi effettuato una valutazione e una ponderazione di tutti gli interessi, atteggiandosi tutt’al più a mera contestazione di una decisione preconfezionata.

Né la maggiore giurisprudenza ha contribuito con decisione ad una interpretazione maggiormente garantista delle istanze partecipative dei privati<sup>346</sup>, ribadendo costantemente la natura “meramente collaborativa” delle osservazioni<sup>347</sup> ed escludendo la ripubblicazione del piano a seguito dell’accoglimento di osservazioni presentate dai privati anche a fronte di effetti peggiorativi sulle situazioni giuridiche soggettive di altri soggetti in conseguenza di tale adeguamento<sup>348</sup>.

---

saranno le singole leggi istitutive dei piani di settore ad occuparsi della partecipazione dei privati alla loro formazione. Con esiti non dissimili in concreto a quanto accade nella pianificazione generale. In relazione ai vincoli di bacino, infatti, sebbene nell’art.18, 10° comma, della legge 183/1989 ancora in vigore viene fatto obbligo all’Autorità di bacino di “tenere in considerazione le osservazioni presentate” (che secondo G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione cit.*, 78, dovrebbe comportare un onere di motivazione, sebbene non analitica, della soluzione prescelta dall’Autorità a pena di inutilità della previsione) la fase di consultazione di inserisce sempre tra l’adozione e l’approvazione del piano di bacino. *Idem* per il piano parco, ai sensi dell’art. 12, 4° comma della legge quadro, 394/1991. Per quanto concerne il piano paesaggistico, infine, l’art. 144, 1° comma, come modificato dalla dall’art. 2 del d. lgs. 63 del 1008, nel sancire che “Nei procedimenti di approvazione dei piani paesaggistici sono assicurate la concertazione istituzionale, la partecipazione dei soggetti interessati e delle associazioni portatrici di interessi diffusi, individuate ai sensi delle vigenti disposizioni in materia di ambiente e danno ambientale, e ampie forme di pubblicità” rinvia alla potestà legislativa regionale per la disciplina dei procedimenti di pianificazione paesaggistica, anche in riferimento ad ulteriori forme di partecipazione, informazione e comunicazione.

<sup>346</sup> Tra le poche eccezioni, Tar Lombardia, Brescia, 27 novembre 1991, n. 905, in *Foro. It.*, 1992, III, 19, per il quale l’art. 13 della legge 241/1990 dovrebbe essere letto nel senso di far salva ed anzi valorizzare la disciplina della partecipazione ai procedimenti diretti all’emanazione dei piani regolatori previsti dall’art. 9 della legge urbanistica.

<sup>347</sup> *Ex multis*: Corte Cost., 20 marzo 1978, n. 23, in *corte-costituzionale.it.*; Tar Lombardia, Brescia, 2 settembre 1993, n. 717, in *Foro amm.*, 1994, 1, 134; Tar Campania, Salerno, 21 maggio 1996, n. 586, in *Tar*, 1996, 7-8, 2708; Cons. St., sez. IV, 28 settembre 1998, n. 1224, in *Cons. St.*, 1998, 9, 1286 ss.; Cons. St., sez. IV, 16 marzo 1998, n. 437, *ibidem*, 1, 134; Con. St., sez. IV, 6 maggio 1996, n. 566, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 6, 968 ss.; Cons. St., sez. IV, 15 luglio 1999, n. 1237, in *giustamm.it.*; Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4804; Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3559; Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 1007, n. 5357; Tar Campania, Napoli, 29 maggio 2008, n. 5149; Tar Sicilia, Palermo, 21 gennaio 2008, n. 66, in *giustizia-amministrativa.it.*

In dottrina, recentemente: M. Borioni, *Partecipazione dei cittadini nell’elaborazione dei piani urbanistici. Discrezionalità e motivazione. La situazione in Italia*, in *Piani urbanistici e controllo giurisdizionale in Spagna e in Italia*, (a cura di) G. Paleologo, Milano, 2002, 121 ss.; A. Calegari, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 1-2, 157 ss., ed in particolare 167-171; R. Leonardi, *Le osservazioni del privato nell’attività di pianificazione del territorio: quando la trasparenza dell’azione amministrativa si opacizza*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, 6, 1277 ss.; C. Cudia, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 1, 263 ss.

<sup>348</sup> Cons. St., sez. IV, 6 marzo 1989, n. 148 cit., annotata da G. Sciullo, *Il fastidio della partecipazione cit.*, che giustamente pone il seguente interrogativo: “se è vero, come pare indubbio nel caso oggetto della sentenza commentata, che l’autorità comunale ha dimostrato, accogliendo

E per quanto non manchino pronunce nelle quali viene superata una lettura formalistica dell'art. 13 e l'applicazione degli istituti di partecipazione procedimentale previsti dalla legge n. 241/1990 viene messa in relazione con l'effettivo contenuto dell'atto e con la sua capacità di incidere su situazione giuridiche individuali differenziate dall'efficacia *erga omnes* dell'atto di pianificazione<sup>349</sup>, i procedimenti di pianificazione nel nostro ordinamento non sembrano (ancora) rispondere pienamente alle esigenze di quel "giusto procedimento" che la Corte Costituzionale, da ultimo nella pronuncia del 23

---

un'osservazione, che l'interesse pubblico era meglio perseguito con una soluzione diversa da quella originariamente da essa formulata, è proprio certo il giudice amministrativo che dalla presentazione di ulteriori osservazioni, rese possibili dalla ri-pubblicazione del piano, non sarebbero emersi spunti per un differente e più congruo assetto del territorio" (477-478); Cons. St., sez. IV, 30 novembre 1983, n. 850, in *Riv. giur. ed.*, 1984, 1, 85 ss.; Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 1981, n. 134, *ibidem*, 1171; Cons. St., sez. IV, 1° aprile 1980, n. 1326, in *Cons. St.*, 1980, 1, 425; Tar Lazio, Roma, 3 dicembre 1988, n. 1566, in *Tar*, 1989, 1, 53; Tar Puglia, 1° ottobre 1985, n. n. 270, in *Tar*, 1985, 12, 4359.

A contrario, sulla necessità della pubblicazione per porre i controinteressati in grado di controdedurre: Cons. St., sez. IV, 15 marzo 1974, n. 263, in *Cons. St.*, 1974, 1, 466; Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1972, n. 760, in *Cons. St.*, 1972, 1362; Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 1965, n. 654, in *Cons. St.*, 1965, 1657; Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 1961, n. 120, in *Riv. giur. ed.*, 1961, con nota di G. D'Angelo, *Sull'obbligo di ripubblicazione da parte del Comune del piano regolatore generale modificato prima dell'approvazione*, 131 ss.; Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 1995, n. 38, in *Riv. giur. urb.*, 1996, 3-4, 347 ss. con nota di M. Santini, *Le osservazioni dei privati al piano regolatore generali (o sue varianti): non più un "apporto collaborativo" ma con funzione anche garantista*, 353 ss., cui si rinvia per l'accurata rassegna giurisprudenziale. Sebbene nelle sentenze più recenti la ripubblicazione del piano, a seguito di modifiche operate dal comune in accoglimento di osservazioni del privato, sia generalmente ammessa nelle sole ipotesi in cui ciò comporti "una profonda deviazione dei criteri posti a base del piano, tale da riguardare tutto il piano e non soltanto una parte di esso", senza alcuna attenzione quindi per le istanze di tutela del privato leso da tali modifiche (ad esempio, Cons. St., sez. IV, 5 gennaio 2008, n. 925; Tar Piemonte, 25 settembre 2008, n. 2080, Tar Emilia-Romagna, Bologna, 19 dicembre 2007, n. 4481, in *giustizia-amministrativa.it.*), si segnalano alcune importanti pronunce in cui la ripubblicazione è invece ammessa proprio per consentire ai privati di interloquire con l'amministrazione: Tar Piemonte, 25 settembre 2008, n. 2074; Tar Abruzzo, Pescara, 12 gennaio 2009, n. 30; Tar Lombardia, Brescia, 24 giugno 2009, n. 1318, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*; Tar Puglia, Lecce, 23 novembre 2007, n. 3972, in *giustizia-amministrativa.it*, nella quale viene sancito espressamente il superamento del modello "inautentico" delle osservazioni, ritenuto non più aderente ad un progredito assetto dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, a favore del più progredito schema disciplinato dall'art. 9 della legge n. 241/1990; Tar Lombardia, Brescia, 3 giugno 2003, n. 826, in *giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Brescia, 16 luglio 2003, n. 1090, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 1, 189 con nota di D. Chinello, *Adozione del p.r.g. e garanzie partecipative: quando l'accoglimento di un'osservazione impone la ripubblicazione del piano*, 195 ss.; Tar Veneto, 16 settembre 1998, n. 1515, in *Dir. reg.*, 1998, 5-6, 899 ss., con nota di G. Barzari, *Sulla partecipazione del privato al procedimento per la formazione di una variante a piano regolatore generale in caso di accoglimento di osservazione sfavorevole*, 902 ss.

<sup>349</sup> In questi termini: Cons. St., ad. gen., 24 gennaio 2000, n. 2, in *Cons. St.*, 2000, 1, 3; Tar Lombardia, Brescia, 20 luglio 2001, n. 601; Tar Lombardia, Milano, 24 luglio 2003, n. 3648 ("con l'art. 13, l. 7 agosto 1990, n. 241, che esclude dall'applicazione del Capo III della legge i procedimenti tesi all'adozione di atti di pianificazione, il legislatore ha inteso escludere la duplicazione delle forme di partecipazione procedimentale, ma non eliminarle; pertanto qualora uno specifico provvedimento interferisca con gli interessi di determinati soggetti, non vi sono ragioni per non dare applicazione alla legge citata"), entrambe pubblicate in *giustizia-amministrativa.it.*

marzo 2007, n. 104<sup>350</sup>, intende come vera e propria forma di co-amministrazione, di partecipazione alla produzione dell'atto idonea a riempire la "forma della funzione" di un reale contributo democratico<sup>351</sup>.

La partecipazione al procedimento peraltro non esaurisce affatto il momento valutativo della pubblica amministrazione, pur rappresentandone uno dei momenti fondamentali, ma va più complessivamente ripensata nel quadro dell'intero procedimento amministrativo proprio alla luce dell'applicazione dei principi generali che regolano l'azione amministrativa quale quello di proporzionalità, di diligenza<sup>352</sup> e buona fede<sup>353</sup>.

In quest'ottica, le osservazioni presentate in sede di pianificazione urbanistica dai privati direttamente interessati (in quanto proprietari di aree) dovrebbero costituire "lo strumento"<sup>354</sup> attraverso il quale questi possono prospettare all'amministrazione, secondo un principio di contraddittorio pur latamente inteso, il proprio punto di vista a che la scelta urbanistica, discrezionalmente

---

<sup>350</sup> Pubblicata in *Foro amm. - Cons. St.*, 2008, 2, 269 ss., con nota di F. Castiello, *Il principio del Giusto Procedimento dalla sentenza n. 13/1962 alla sentenza n. 142/2007 della Corte Costituzionale*.

<sup>351</sup> Per un'analisi delle difficoltà (o forse sarebbe meglio dire "paure") che hanno frenato la Corte Costituzionale nell'affermare il principio del giusto procedimento nei procedimenti di pianificazioni si rinvia alle osservazioni di G. Sciullo, *Giusto procedimento e localizzazione dei programmi di edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 1986, 3, 440 ss. in nota alla pronuncia della Suprema Corte, 22 luglio 1985, n. 218, dove l'A. mette ben il luce come le preoccupazioni della Corte che il giusto procedimento sia da intralcio per "l'ottimale funzionalità" dell'azione amministrativa in realtà riflettono l'ottica stessa con cui la Corte guarda(va) alla pubblica amministrazione, ossia un'amministrazione "distinta dalla società ed esclusiva portatrice dell'interesse collettivo...accreditata della capacità di valutare in modo autonomo e autosufficiente tutti gli interessi pubblici e privati che il suo agire disloca" (457).

<sup>352</sup> Sul tema si rinvia all'interessante ricostruzione operata da C. Vitale, *Verso un'amministrazione diligente?*, intervento al convegno del Gruppo San Martino, "La legge sul procedimento: vent'anni dopo", Palermo, 16 aprile 2010, testo dattiloscritto.

<sup>353</sup> In quest'ottica si segnala Cons. St., sez. V, 22 maggio 2001, n. 2823, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 12, 124 ss. con nota di F. Luciani, dove si legge che al di là dei limiti di cui all'art. 13 "le regole della partecipazione...non possono essere interpretate ed applicate in modo formalistico ed acritico, ma vanno lette alla luce dei criteri generali che governano lo svolgimento dell'attività amministrativa ed individuano i contenuti fondamentali del rapporto tra esercizio della potestà pubblica e tutela delle posizioni delle parti interessate: ragionevolezza, proporzionalità, logicità ed adeguatezza".

<sup>354</sup> Che la partecipazione sia mero "strumento" per l'esercizio di un'azione amministrativa che sia conforme ai principi generale di buon andamento ed imparzialità è non assurda essa stessa a "principio generale" dell'azione amministrativa sembra essere confermato dal nuovo art. 21 *octies*, 2° comma della legge 241/1990, nella misura in cui riconosce la legittimità di un provvedimento amministrativo adottato in violazione di norme sul procedimento, senza escludere quelle sulla partecipazione procedimentale. Sulla strumentalità della partecipazione per un esercizio proporzionato dell'azione amministrativa: Tar Campania, Salerno, 20 gennaio 2003, cit.; Tar Sicilia, Palermo, 9 gennaio 2008, n. 12 cit. ("l'amministrazione pianificatrice deve acquisire e valutare, in chiave comparativa, gli interessi agonisti, motivando circa l'eventuale ineluttabilità del loro sacrificio in vista della realizzazione dell'interesse pubblico sotteso alle scelte urbanistiche, incorrendo altrimenti nel vizio di eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione, deducibile in sede di sindacato giurisdizionale di tali scelte, che non ineriscono al merito dell'azione amministrativa"); Cons. St., sez. IV, 2 ottobre 2008, n. 4765 cit.; Tar Lazio, Latina, 27 marzo 2006, n. 207; Tar Campania, 21 marzo 2002, n. 1502, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

assunta dall'amministrazione, possa svolgersi ove possibile con il minor sacrificio dell'interesse privato"<sup>355</sup>.

E dovrebbe anche definitivamente cadere quella vetusta distinzione tra osservazioni e opposizioni<sup>356</sup>.

In entrambe le ipotesi, al di là della diversa legittimazione sul piano processuale in ordine all'eventuale impugnazione delle disposizioni di piano, i privati con il loro intervento mettono a disposizione dell'amministrazione fatti e interessi che ampliano la conoscenza dell'amministrazione precedente e concorrono a rendere più idonea ed proporzionata la scelta amministrativa adottata<sup>357</sup>.

Garantendo quell'adeguatezza dell'attività amministrativa rispetto ad un risultato concreto che è intimamente connessa ad nuova idea democratica di amministrazione intesa, non più come potere, ma come funzione verso un scopo<sup>358</sup>.

---

<sup>355</sup> Cons. St., sez. IV, 1 luglio 1992, n. 654, in *Foro it.*, 1993, III, 587; dello stesso tenore Cons. giust. amm., 1 giugno 1993, n. 227, in *Giur. amm. sic.*, 1993, 505, che accomuna osservazioni e opposizioni presentate dai privati nella fase di formazione del piano regolatore generale quali "strumenti di partecipazione amministrativa [che] impongono all'amministrazione l'obbligo di motivare congruamente la loro reiezione, in modo che sia assicurata l'esigenza che le scelte urbanistiche siano *non soltanto formalmente legittime*, ma anche *in concreto razionali e opportune nell'interesse reale della popolazione* [corsivo mio]"; ma anche Cons. St., sez. IV, 16 aprile 1998, n. 515, in *Foro amm.*, 1998, 4, 1122 ss.

Si consenta di precisare infine come la maggiore giurisprudenza, sulla scia di un'accezione meramente collaborativa delle osservazioni al piano, non ritiene doveroso motivare il ordine al loro rigetto, essendo sufficiente che esse siano state esaminate e ritenute in contrasto con gli interessi generali dello strumento pianificatorio, per tutte: Cons. St., sez. IV, 13 gennaio 2009, n. 811 cit.; Cons. St., 7 luglio 2008, n. 3358 cit.; Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5357 cit.; Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2004, n. 4804 cit.; Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2709, Tar Abruzzo, L'Aquila, 6 marzo 2008, n. 118, Tar Piemonte, 26 maggio 2007, n. 2274, in *giustizia-amministrativa.it*. Silenzio, sul punto, nella legislazione regionale.

<sup>356</sup> Di questo avviso P. Stella Richter, *Opposizione*, in *Enc. Dir.*, 1980, XXX, 523 ss., che riconduce entrambe ad una comune matrice garantista (527-528); ma anche F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino cit.*, per il quale "se è vera quella concezione del territorio come bene comune, non si vede perché le opposizioni non possano essere fatte valere anche dai singoli cittadini, non tanto interessati alla proprietà, quanto interessati alla loro relazione con il territorio" (139).

<sup>357</sup> Che corrisponde poi al concetto di decisione "giusta" proposto da: L. Iannotta, *La considerazione dei risultati nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto cit.*.

<sup>358</sup> Sulla partecipazione dei privati finalizzata essenzialmente ad una più razionale gestione del pubblico potere, E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 3 ss.; R. Ferrara, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.* 1999, 2, 323 ss., in particolare 337.

In questa prospettiva anche il parere, 29 marzo 2001, n. 4 (in *giustizia-amministrativa.it*) reso dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato al d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. espropriazioni) nella parte in cui precisa che "per ottenere un più marcato rispetto sostanziale del principio di eguaglianza occorre innanzitutto incidere sulla normativa urbanistica, prevedendo: più efficaci forme di partecipazione dei proprietari, (potendosi prendere ad esempio i sistemi degli altri Paesi dell'Unione europea), poiché solo solide garanzie procedurali e la trasparente azione amministrativa (con la più ampia valorizzazione delle istanze partecipative) consentono una fisiologica mediazione degli interessi, coerente con i valori espressi dagli art. 42 e 97 della Costituzione".

Per cui, sebbene non sia improprio parlare anche in tal contesto di una partecipazione con finalità collaborative<sup>359</sup>, bisogna fare attenzione a non riaffermare con questa formula il monopolio dell'amministrazione in ordine all'esercizio del potere amministrativo, retaggio di un passato ormai lontano incompatibile con la "nuova" natura della discrezionalità amministrativa<sup>360</sup> e dello stesso processo decisionale pubblico ispirato invece sempre più ad un ottica gradualistica.

Si tratta infatti, come correttamente affermato<sup>361</sup>, di una collaborazione che non si limita a rappresentare all'amministrazione la pletora degli interessi presenti ma "aspira ad interloquire *nel merito* delle scelte in relazione alla complessità degli interessi individuali e sociali in gioco", al fine di garantire quel "controllo sociale" delle scelte compiute dall'amministrazione locale sul territorio che non può ridursi al solo momento elettorale di legittimazione politica degli organi di governo, attraverso il quale si compie un giudizio complessivo e unitario, ma va continuamente rinnovato con la partecipazione procedimentale<sup>362</sup>.

"Controllo sociale" che potrebbe anche passare attraverso l'esercizio del "diritto" d'accesso all'informazione ambientale disciplinato dal d. lgs. n. 195/2005, se si considera che la nozione di informazione ambientale di cui all'art. 2, 1° comma, n. 3, "qualsiasi informazione...concernente le misure anche amministrative...i piani, i programmi...che incidono o possono incidere, sugli elementi dell'ambiente e sui fattori dell'ambiente"<sup>363</sup>, purché si

---

<sup>359</sup> Per R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà" dall'amministrazione alla "libertà" dell'amministrazione cit.*, solo un'istruttoria procedimentale che sia capace di contemperare modelli garantistici e collaborativi, risulta idonea a ridurre l'assimetria informativa del decisore collettivo pubblico, facendo in modo che le prescrizioni vincolistiche eventualmente adottate, siano percepite come "decisioni razionali (risultati), frutto cioè dell'applicazione congiunta dei principi di ragionevolezza (quale "criterio conformatore della procedura" e di proporzionalità (quale "criterio conformativo del provvedimento finale")" (110-111); molto critico nei confronti di una lettura della partecipazione in termini collaborativi G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e auto amministrazione cit.*, per il quale una prospettiva della partecipazione come apporto collaborativo si giustifica solo sulla premessa, errata, che l'interesse pubblico sia qualcosa di soggettivo nell'amministrazione procedente e sulla disponibilità da parte di questa degli interessi pubblici individuali (1317)

<sup>360</sup> Che costituendo il risultato di un confronto dialettico tra i portatori di interessi, pubblici e privati, individuali, diffusi e collettivi, presenti nel procedimento amministrativo, danno luogo alla c.d. "discrezionalità contrattata".

<sup>361</sup> I. M. Marino, *La programmazione come "sistema giuridico"*, in *Dir. soc.*, 1990, 3, 427 ss., per il quale "quand'anche [l'intervento del privato] possa avere di mira il conseguimento di interessi particolari, è utilizzato per acquisire non soltanto elementi di fatto o giuridici, quanto piuttosto contributo di pensiero...sugli interessi introdotti e compresenti nel procedimento e sulla loro valutazione. La giustizia che con ciò si mira e realizzare è diretta all'eguaglianza-imparzialità, talora anche all'equità".

<sup>362</sup> S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per autonomie e "diritti" dei cittadini cit.*, 174.

<sup>363</sup> Nell'unico precedente di rilievo che consta, Consiglio di Stato, 22 febbraio 2000, n. 939, in *giustizia-amministrativa.it*, i giudici hanno respinto un'istanza d'accesso al progetto di un piano urbanistico attuativo che andava ad incidere su un'area soggetta a vincolo paesaggistico, deducendo "che la mera adozione di piani urbanistici non rientra nella nozione di misure che possono incidere negativamente sull'ambiente, atteso che tale fase della pianificazione implica

precisi con attenzione, ai fini dell'ammissibilità della stessa istanza (art. 5, 1° comma, lett. c), del d. lgs. 195/2005), quale sia l'incidenza concreta della misura amministrativa sui valori giuridici considerati dal d. lgs. n. 195/2005<sup>364</sup>.

In attesa che il legislatore nazionale traduca sul piano positivo le istanze di una maggiore trasparenza e democraticità delle scelte amministrative di governo del territorio, ormai consolidate in dottrina e già abbozzate in giurisprudenza, in questa direzione sembrano indirizzarsi alcune delle più recenti leggi regionali sul governo del territorio<sup>365</sup>.

La maggiore sensibilità che il legislatore regionale ha mostrato nei confronti del *deficit* partecipativo che caratterizza le scelte urbanistiche si è registrata sia sul piano organizzativo con l'istituzione di soggetti garanti della partecipazione procedimentale<sup>366</sup> e la predisposizione di appositi "laboratori di partecipazione"<sup>367</sup> al fine di promuovere la partecipazione allargata dei cittadini nella definizione degli strumenti urbanistici, che sul piano più

---

mere potenzialità" salvo poi aggiungere che "detta potenzialità è *comunque* [ma non era da escludersi?] venuta meno, atteso che la regione Lombardia ha espresso parere negativo sul piano attuativo adottato...e ha chiesto alla amministrazione comunale di rielaborare la soluzione progettuale", invocando anche l'art. 4, 5° comma, del d. lgs. 39/1997 (allora in vigore) che escludeva dall'accesso gli atti incompleti o interni.

Sul "labile" confine esistente tra informazione territoriale ed ambientale si consenta di rinviare a A. Sau, *Profili giuridici dell'informazione ambientale e territoriale*, in *Dir. amm.*, 2009, 1, 131 ss., in particolare 192 ss.

<sup>364</sup> Istanza d'accesso che potrebbe radicarsi anche nella fase progettuale della pianificazione purché non riguardi "materiali, documenti o dati incompleti o in corso di completamento" (art. 5, 1° comma, lett. d), d. lgs. n. 195/2005) e quindi ben prima della pubblicazione del piano a partire dalla quale è possibile prenderne visione secondo la legge n. 1150/1942. Ricordiamo, per completezza, che l'art. 24, 1° comma, lett. d) della legge 241/1990 esclude l'accesso nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione.

<sup>365</sup> Anzi secondo A. Barone, *La governance del territorio cit.*, "la chiave di volta della democraticità dell'azione amministrativa nei procedimenti di piano risiede proprio nell'autonomia capacità degli enti locali di individuare e disciplinare, in relazione alle rispettive specificità territoriali, più alternative procedurali, idonee ad assicurare comunque la proporzionalità delle singole scelte urbanistiche" (133).

In questa prospettiva, l'art. 8, 2° comma della legge emiliana, n. 20/2000 e l'art. 11, 2° comma della legge della Calabria, n. 19/2002 precisano che nei procedimenti di formazione e approvazione degli strumenti di governo del territorio gli enti locali possono prevedere ai sensi del d. lgs. 278/2000 o della l. 241/1990 "ulteriori forme di pubblicità o di consultazione dei cittadini rispetto a quelle già previste dalla legge".

<sup>366</sup> Ossia il "Garante della Comunicazione" istituito in Toscana cui viene affidato il compito di "assicurare la conoscenza effettiva e tempestiva delle scelte e dei supporti conoscitivi relativi alle fasi procedurali di formazione e adozione degli strumenti della pianificazione e degli atti di governo del territorio e promuovere, nelle forme e con le modalità più idonee, l'informazione ai cittadini stessi, singoli o associati, del procedimento medesimo" (art. 20 della l. n. 2 del 2005) ed il "Garante dell'informazione" previsto dalla legge della Basilicata cui viene attribuito il compito di "assicurare la conoscenza tempestiva delle scelte, la consultazione allargata dei cittadini e garantire il rispetto delle procedure di partecipazione" (art. 9, 5° comma, l. n. 23/1999). In risposta a quella dottrina che, ai fini di una partecipazione effettiva della comunità ai procedimenti di pianificazione, aveva postulato la necessità di importanti modifiche sul piano organizzativo idonee ad informare e mettere in comunicazione tutti i soggetti interessati, pubblici e privati: F. G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo cit.*, 1274.

<sup>367</sup> Art. 11, 6° comma, legge della Calabria, n. 19/2002 come modificata dalla l.r. n. 14/2006.

strettamente procedimentale con la modifica del modello di partecipazione procedimentale previsto dalla legge n. 1150/1942.

Modifica che ha riguardato anzitutto i tempi, anticipando la presentazione delle osservazioni rispetto alla formale adozione del piano<sup>368</sup>; poi i contenuti, prevedendo un onere di valutazione specifico delle stesse in capo all'autorità urbanistica<sup>369</sup> ed infine i modi, introducendo quelle udienze pubbliche scomparse dal testo originario della l. n. 241/1990<sup>370</sup>.

Certo siamo ancora molto lontani dalla predisposizione di quei “meccanismi di rivalutazione a ragionevoli intervalli di tempo degli interessi pubblici e privati”<sup>371</sup> suggeriti dalla sentenza *Sporrong e Lonroth* della Corte Europea dei

---

<sup>368</sup> È il caso della l. r. della Lombardia che anticipa la presentazione di “proposte e suggerimenti” ancor prima che l’incarico venga affidato ai progettisti (art. 13, 2° comma, l. n. 12/2005); della l. r. della Calabria che ammette la presentazione delle osservazioni prima dell’adozione del piano (art. 27, 3° comma l. n. 19/2002); della legge pugliese che prevede due momenti distinti di partecipazione, ovvero subito dopo l’approvazione del DUP (documento programmatico preliminare) che rappresenta la prima forma embrionale di piano contenente l’indicazione degli obiettivi e dei criteri generali e dopo la sua adozione (art. 11, 3° comma, l. n. 20/2001).

<sup>369</sup> Art. 11, 3° comma della l. della Calabria, n. 19/2002; art. 8, 3° comma, della legge dell’Emilia-Romagna, n. 20/2000 (“assicurando il tempestivo ed adeguato esame delle deduzioni dei soggetti intervenuti e l’indicazione delle motivazioni in merito all’accoglimento o meno delle stesse”); art. 11, 3° comma della legge della Puglia, n. 20/2001 che riconosce la possibilità di “presentare osservazioni anche ai sensi dell’art. 9 della l. 241/1990”.

Un cenno a parte merita poi l’art. 13 della legge dell’Umbria, n. 11/2005, che prevede l’instaurazione di una sorta di contraddittorio sulle osservazioni presentate, in quanto nei 10 giorni successivi alla scadenza del termine per la loro presentazione, chiunque ne abbia interesse può presentare brevi repliche ed ancora l’art. 8, 3° comma della l. n. 20/2000 dell’Emilia-Romagna che nell’attuazione delle previsioni di vincoli urbanistici preordinati all’esproprio garantisce “il diritto al contraddittorio degli interessati con l’amministrazione procedente”.

<sup>370</sup> È il caso dell’art. 38, 2° comma, lett. e), della legge della Liguria, n. 36/1997.

Esperienza consolidata nell’ordinamento anglossassone proprio con riguardo ai procedimenti di pianificazione, sul tema: A. Police, *La tutela del privato nel diritto urbanistico inglese: le garanzie del procedimento*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 4, 661 ss.; P. Mantini, *Cenni sulla partecipazione al procedimento amministrativo in materia urbanistica nell’Europa comunitaria*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991 cit.*, 213 ss. Le udienze pubbliche sono previste nel procedimento amministrativo di Valutazione di Impatto Ambientale (art. 24, 6° comma, d. lgs. n. 152/2006 s.m.) mentre sono “stranamente” assenti nella Valutazione Ambientale Strategica, nell’ambito della quale invece andrebbe potenziata la partecipazione del pubblico in quanto ancora si debbono operare le scelte di localizzazione. Sul tema: R. Ferrara (a cura di), *La Valutazione di impatto ambientale*, Padova, 2000; M. Campiolo, *Interessi ambientali e pianificazione del territorio. La valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 2000, in particolare 189 ss.; M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale: il caso ambiente*, Napoli, 2004; S. Ruina, *La disciplina comunitaria dei diritti di partecipazione ai procedimenti ambientali*, Milano, 2008.

<sup>371</sup> Unico esempio in tal senso nella legislazione regionale è l’art. 3 della legge 20/2000 dell’Emilia Romagna: “La pianificazione territoriale ed urbanistica garantisce la coerenza tra le caratteristiche e lo stato del territorio e le destinazioni e gli interventi di trasformazione previsti, verificando nel tempo l’adeguatezza e l’efficacia delle scelte operate”. Che l’aggiornamento continuo del piano sia da tempo ritenuto parte necessaria dei processi di pianificazione dagli economisti ed in particolare dagli aziendalisti lo ricordano gli scritti di: A. Poggi, *Pianificazione e controllo strategico in una logica di apprendimento dinamico*, Milano, 1998, 88ss.; P. Lombardi, E. Miceli, *Le misure del piano. Temi e strumenti della valutazione dei nuovi piani*, Milano, 1999.

diritti dell'uomo in materia di vincoli urbanistici<sup>372</sup>, ma l'esperienza del "monitoraggio"<sup>373</sup> introdotta nei procedimenti ambientali di V.i.a. e V.a.s. potrebbe essere una *best practice* cui ispirarsi anche nei procedimenti di pianificazione urbanistica, essendo tra l'altro già stata recepita nel nostro ordinamento (nella parte in realtà non ancora entrata in vigore del Codice dell'Ambiente) per i piani di bacino distrettuali<sup>374</sup>.

Al di là del grande risalto che viene infine dato nella più recente legislazione regionale a meccanismi di concertazione istituzionale come le conferenze di pianificazione<sup>375</sup>, l'entusiasmo espresso da parte della dottrina non sembra poi così condivisibile se è vero che esse non sono aperte ai privati ma solo "alle associazioni economiche e sociali"<sup>376</sup> e che soprattutto le valutazioni ed i giudizi espressi in tale sede hanno un valore precettivo marginale costituendo solo un punto di passaggio obbligato delle motivazioni dello strumento urbanistico<sup>377</sup> (salvo ovviamente che non costituiscano materia e oggetto di un successivo accordo di pianificazione tra enti territoriali).

Sebbene con ciò non si possa certo disconoscere l'importanza che riveste la realizzazione, l'integrazione e la valorizzazione di un quadro conoscitivo integrato di conoscenze in materia territoriale, per il contributo che può fornire al miglioramento del sistema di conoscenze sullo stato e sui problemi del territorio e dell'ambiente e che *potrebbe* fornire al grado di equità ed efficienza nell'uso delle risorse "limitate" che offre il territorio<sup>378</sup>, nella prassi la

---

<sup>372</sup> Sull'applicazione del principio di proporzionalità in materia di vincoli urbanistici nel diritto europeo: A. Barone, *La governance del territorio cit.*, 102 ss.

<sup>373</sup> Art. 18 e 28 del d. lgs. n. 152/2006, rispettivamente per V.a.s. e V.i.a.

<sup>374</sup> Ai sensi dell'art. 66, 7° comma del d. lgs. n. 152/2006 "Le Autorità di bacino promuovono la partecipazione attiva di tutte le parti interessate all'elaborazione, al *riesame* e all'*aggiornamento* dei piani di bacino..." [corsivo mio].

<sup>375</sup> Art. 14 della legge emiliana, n. 20/2000; art. 25 della legge della Basilicata, n. 23/1999; art. 13 della legge della Calabria, n. 19/2002; art. 15 della legge della Campania, n. 16/2004; art. 18 della legge del Friuli Venezia Giulia; art. 32 della legge del Lazio, n. 38/1999; art. 6 della legge della Liguria, n. 37/1997; art. 5 e 7 della legge della Puglia, n. 20/2001; art. 10 della legge dell'Umbria, n. 1172005; art. 15 della legge della Valle d'Aosta, n. 11/1998.

<sup>376</sup> Art. 14, 4° comma della legge emiliana, n. 20/2000; art. 13, 4° comma della legge della Calabria, n. 19/2002; art. 15, 2° comma, della legge della Campania, n. 16/2004; art. 6, 3° comma, della legge della Liguria, n. 37/1997; art. 5, 1° comma e 7, 5° comma della legge della Puglia, n. 20/2001. Diversamente nella legislazione di Basilicata, Lazio, Umbria, Valle d'Aosta e Friuli Venezia Giulia, nelle quali la conferenza di pianificazione è aperta solo a soggetti pubblici.

<sup>377</sup> Come si deduce espressamente dall'art. 14, 8° comma della legge emiliana, n. 20/2000; dall'art. 25, 5° comma della legge della Basilicata, n. 23/1999; art. 13, 6° comma della legge della Calabria, n. 19/2002; art. 15, 3° comma, della legge della Campania, n. 16/2004; art. 6, 4° comma, della legge della Liguria, n. 37/1997; art. 10, 5° comma, della legge dell'Umbria, n. 1172005; art. 15, 4° comma della legge della Valle d'Aosta, n. 11/1998.

<sup>378</sup> Consapevolezza che ha inevitabilmente condizionato la stessa funzione della pianificazione urbanistica, come sottolineato da Cons. St., sez. IV, 8 maggio 2000, n. 2639, in *App. urb., edil.*, 2001, 309 s., per il quale "lo strumento urbanistico non presuppone inderogabilmente, tendenze espansive edilizie e demografiche. Al contrario, una moderna e realistica concezione dell'urbanistica appare incentrata sulla necessità di tener conto della fortissima antropizzazione del territorio nazionale concentrata in specifiche aree; del calo demografico generale; dell'ineludibile bisogno di tutela delle ormai rare zone non edificate. Gli strumenti urbanistici, quindi, possono e devono essere costruiti intorno a linee guida che esaltino il momento del recupero e della

realizzazione del quadro conoscitivo è molto spesso essa stessa una scelta, anzi una scelta politica per eccellenza, avendo ad oggetto la definizione delle scelte strategiche e degli obiettivi della pianificazione impermeabile agli interessi privati (non organizzati)<sup>379</sup>.

5. *La realizzazione di un bilanciamento proporzionato: dalla ricerca del consenso all'adeguatezza della soluzione adottata*

È stato osservato<sup>380</sup> come il principio di proporzionalità sia costituito in pratica “da due poli (l' idoneità e l' adeguatezza) e da un elemento fluttuante (la necessità), che funge da fondamentale collante tra i primi e rappresenta il nucleo attorno a cui ruota l' intero principio” e con esso le istanze di un esercizio imparziale dell' azione amministrativa.

Per cui una volta individuati gli obiettivi che si intendono realizzare ed esclusi tutti gli strumenti che appaiono per lo stesso natura inidonei a conseguire i risultati attesi, l' individuazione dello strumento concreto di azione è rimesso alla regola del minimo mezzo.

A titolo esemplificativo può certamente considerarsi “idonea”, a prima vista, la scelta dell' amministrazione di adottare un piano paesaggistico a salvaguardia di un' area vasta contraddistinta dalla presenza al suo interno di uno o più beni di interesse storico e culturale<sup>381</sup>, salvo poi verificare in concreto, sulla base di un' adeguata istruttoria, che tale scelta sia anche necessaria e adeguata.

Ancora è certamente “idonea” la scelta dell' amministrazione di utilizzare la destinazione a verde agricolo, anche a prescindere dalla sussistenza di una effettiva coltivabilità del terreno<sup>382</sup>, per tutelare altri interessi quali la preservazione di aree non edificate all' interno del territorio comunale con finalità di contenimento dell' espansione edilizia e di decongestionamento

---

razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente”. Analogamente, Cons. St., sez. IV, 20 marzo 2001, n. 1679, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>379</sup> Si pensi all' art. 14, 4° comma della l. dell' Emilia Romagna, n. 20/2000, quando afferma che “la conferenza [di pianificazione] realizza la *concertazione* con le associazioni economiche e sociali, chiamandole a concorrere alla definizione degli obiettivi e delle scelte strategiche individuati dal documento preliminare, acquisendone le valutazioni e le proposte”. Per un approfondimento del tema si consenta di rinviare a: A. Sau, *Profili giuridici dell' informazione ambientale e territoriale*.

<sup>380</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell' azione amministrativa cit.*, 371.

<sup>381</sup> Anzi tale soluzione è certamente più idonea rispetto a quella di imporre nella stessa area più vincoli diretti e indiretti al di fuori di una programmazione generale, l' esempio è tratto da Cons. St., sez. VI, 29 maggio 2008, n. 1939, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>382</sup> Su tale *ratio* del verde agricolo, *ex multis*, Cons. St., sez. IV, 25 maggio 1998, n. 869, in *Foro amm.*, 1998, 5, 1379 ss.; Tar Veneto, 26 novembre 1984, n. 610, in *Dir. della regione*, 1985, 1, 18; Cons. St., sez. VI, 11 giugno 1990, n. 464, in *Cons. St.*, 1990, 3, 727; Cons. St., sez. IV, 16 marzo 2001, n. 1567; Tar Veneto, 28 luglio 2002, n. 2491; Cons. St., sez. IV, 4 marzo 2003, n. 1191; Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4466; Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2004, n. 3559; Cons. St., sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 259; Cons. St., sez. IV, 25 luglio 2007, n. 4149; Cons. St., sez. IV, 12 luglio 2007, n. 3118; Cons. St., sez. III, 6 ottobre 2009, n. 1610; Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2009, n. 341; Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2010, n. 1004; Cons. St., sez. IV, 7 aprile 2010, n. 1986; Cons. St., sez. IV, 16 aprile 2010, n. 2166; Tar Campania, Napoli, 20 aprile 2010, n. 2034, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

dell'abitato in relazione a future esigenze edificatorie, nel senso che si è scelto uno strumento sicuramente in grado di perseguire tali obiettivi.

Salvo poi accertare che la scelta sia anche necessaria ovvero che l'obiettivo non possa in concreto prodursi con un altro strumento meno pregiudizievole per gli interessi privati ed il suo contenuto proporzionato, frutto cioè di un'equa ponderazione tra l'interesse alla salvaguardia dei valori ambientali del territorio e gli altri interessi in gioco, compresi quelli di natura più propriamente economica dei privati<sup>383</sup>.

Infine è sicuramente "idonea" la scelta dell'amministrazione di procedere all'acquisizione sanante di aree di proprietà privata illegittimamente occupate ai sensi dell'art. 43 del T.U. sull'espropriazione per pubblica utilità, nella misura in cui la stessa abbia verificato "l'astratta idoneità dell'opera a soddisfare esigenze di carattere generale".

Difficilmente però potrà considerarsi "proporzionata" in assenza di una adeguata motivazione che dia conto della "urgenza che ha imposto di obliterare le procedure corrette, ovvero delle contingenze che hanno interrotto, sospeso o annullato o comunque non hanno condotto a buon fine il giusto procedimento espropriativo"<sup>384</sup>.

La regola del minimo mezzo, combinandosi proprio con il parametro di idoneità, rileva peraltro ancor prima dell'esercizio del potere amministrativo, essendo chiamata a stabilire se sia necessario o meno l'esercizio del potere amministrativo a fronte di un'astratta fungibilità tra strumento privatistico e pubblicistico<sup>385</sup>.

Sebbene in teoria<sup>386</sup> il contratto imponga al privato un minor sacrificio, consentendogli di realizzare un equo scambio con la controparte pubblica, non è affatto detto che tale soluzione (in astratto più confacente alla regola del minimo mezzo) sia poi in concreto quella più *idonea* al perseguimento dell'interesse pubblico concreto<sup>387</sup>.

---

<sup>383</sup> Proporzionalità della scelta che può essere soddisfatta, ad esempio, individuando nell'ambito della zona agricola più sottozona il cui regime edificatorio non comporti il totale sacrificio delle posizioni private, in questi termini Tar Veneto, 27 marzo 1997, n. 656, in *Tar*, 1997, 5-6, 1824 ss. Recentemente il Tar Toscana, 19 gennaio 2010, n. 66, in *giustamm.it*, ha censurato per sviamento di potere la reiezione delle osservazioni presentate al regolamento urbanistico con le quali il ricorrente censurava la scelta dell'amministrazione di destinare a verde pubblico la sua proprietà, in quanto tale decisione era stata adottata "senza valutare ulteriori ipotesi alternative" dallo stesso prospettate, tra cui la destinazione della stessa area a verde privato.

<sup>384</sup> In questi termini Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 2009, n. 1136; analogamente Cons. St., sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 915; Cons. giust. amm. sic., 29 maggio 2008, n. 490, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*

<sup>385</sup> Come osservato da A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 372 e A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno cit.*, 436.

<sup>386</sup> Cfr. nota 33.

<sup>387</sup> Del resto la migliore dottrina ha già da tempo evidenziato come la funzionalizzazione che caratterizza l'agire dei soggetti amministrativi, quale manifestazione del principio di legalità-indirizzo, non viene in alcun modo intaccata dall'utilizzazione di strumenti privatistici in luogo del tradizionale strumento provvedimentale, sul tema M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti cit.*, 40-48; A. Mele, *Autonomia negoziale della pubblica amministrazione e Costituzione*, in *Tar*, 1986, 7-8, 249 ss. il quale non solo sostiene l'indifferenza

Poniamo, ad esempio, che ci sia un unico proprietario per il terreno nel quale l'amministrazione vuole costruire un'opera pubblica.

In tal caso la ricerca del consenso del privato, che giustamente vorrà ricavare il massimo da una situazione contrattuale di vantaggio, potrebbe moltiplicare di molto i costi della scelta amministrativa (tempi delle trattative, valore del bene ecc.) a detrimento dell'interesse pubblico e quindi del risultato atteso<sup>388</sup>.

In tale circostanza l'amministrazione sarà quindi pienamente legittimata ad optare per lo strumento pubblicistico, pur dovendo dare conto nella motivazione dell'atto dei "fallimenti del mercato" che hanno imposto il suo impiego in luogo dello strumento privatistico<sup>389</sup>.

---

della natura dello strumento adottato dall'amministrazione per il perseguimento dell'interesse pubblico, che resta vincolante per l'azione amministrativa, ma sembra persuaso che talvolta i contratti di diritto privato pongano l'amministrazione "nelle condizioni di poter meglio operare nell'ambito del soddisfacimento diretto dell'interesse pubblico"; A. Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1993, 5 ss.; analogamente C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione cit.*, quando afferma che "l'attività dell'amministrazione è attività funzionale solo perché rivolta al perseguimento di un interesse (non dell'amministrazione ma) del pubblico ed a prescindere dall'esistenza, in ordine all'attività, di qualsiasi profilo di autorità" (142); F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 663 ss. ben evidenzia il cambio di paradigma in relazione al dibattito sull'utilizzo di strumenti di diritto privato da parte della pubblica amministrazione; nel senso che sebbene la dottrina in passato non abbia mai negato la possibilità per l'amministrazione di concludere un contratto in luogo di un atto autoritativo, tale scelta doveva essere giustificata dalla particolarità del caso concreto ovvero dalla contingente inadeguatezza del mezzo pubblicistico rispetto a quello privato, oggi invece l'uso del contratto in luogo del provvedimento non nasce da esigenze operative dell'amministrazione ma è il frutto di una stagione legislativa che tende alla parificazione pubblico-privato e quindi alla presunzione di maggiore idoneità-adequazione dello strumento privato rispetto a quello pubblico (672-678); in questo senso anche V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 217 ss. per il quale i due strumenti sono sicuramente infungibili a condizione che l'effetto di una determinata azione sia tecnicamente raggiungibile tanto con il provvedimento che con il negozio e purchè non sussistano norme inderogabili di divieto circa l'utilizzo dell'uno o dell'altro modulo, ovvero espressa riserva legislativa di determinate azioni giuridiche all'una o all'altra disciplina (234); relativamente alla prima delle due ipotesi G. Rossi, *Problemi di metodo e di adeguatezza*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.*, 2001, 1, 7 ss. rileva l'inadeguatezza del diritto privato a disciplinare i rapporti non patrimoniali in cui si manifesta un'esigenza di cura dei c.d. "interessi a soddisfazione necessaria", ossia gli interessi cui corrisponde una situazione di doverosità da parte di altri soggetti in ordine alla loro soddisfazione.

<sup>388</sup> Per V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, infatti, il problema della mancata utilizzazione dello strumento privatistico si pone solo laddove questo non consenta di raggiungere i medesimi risultati pratici dello strumento pubblicistico oppure comporti maggiori oneri per l'amministrazione (25-27).

<sup>389</sup> Purchè come ipotizzato da G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 481 ss., si acceda ad una interpretazione riduttiva delle deroghe di cui al 1° comma *bis* dell'art. 1 della legge 241/1990 in particolare con riferimento alla clausola di esclusione degli "atti autoritativi", la quale per l'A. è intesa ad evitare che l'amministrazione qualifichi in termini privatistici, con un'operazione meramente nominalistica, atti che rimangono unilateralmente lesivi della sfera dei destinatari lasciando i cittadini privi di qualsiasi forma di tutela (485). Sul complesso e non ancora risolto tema dell'interpretazione dell'art. 1, 1° comma *bis* si rinvia inoltre a: F. Trimarchi Banfi, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato da parte dell'amministrazione pubblica cit.*; Idem, *L'art. 1 comma 1 bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm - Cons. St.*, 2005, 3, 947 ss. per la quale il riferimento agli atti autoritativi di cui al 1° comma *bis* dell'art. 1 riguarda solo gli atti a c.d. "autoritatività necessaria" i quali "devono necessariamente produrre effetti nel modo unilaterale ed esecutivo che è proprio dei provvedimenti

Fallita la soluzione negoziale, spetta sempre al criterio del minimo mezzo combinato con quello di idoneità sondare la possibilità di ricorrere ad una soluzione procedimentale di carattere consensuale.

Il punto non è, ovviamente, se sussista o meno in capo all'amministrazione un obbligo di ricercare sempre e comunque il consenso del privato, anche perché la legge esprime chiaramente una mera preferenza per il modello consensuale (art. 11, 1° comma della legge n. 241/1990) chiedendo tra l'altro di esplicitare nella c.d. "determinazione preliminare" (art. 11, 4° comma *bis*) i motivi per i quali si opta per tale *modus procedendi* (senza dire invero nulla dell'ipotesi contraria), ma se la pubblica amministrazione possa "legittimamente" respingere una proposta di accordo *ex art 11, 1° comma* la quale consenta di perseguire l'interesse pubblico con il minor sacrificio dell'interesse privato<sup>390</sup>.

Ovvero se il privato possa lamentare l'illegittimità della scelta dell'amministrazione di non addivenire all'accordo amministrativo e che tipo di tutela possa vantare.

La risposta a tale quesito dipende dalla qualificazione giuridica della decisione amministrativa sulla scelta del mezzo consensuale<sup>391</sup>.

È del tutto evidente infatti che ricostruendo tale scelta in termini di vera e propria "autonomia negoziale"<sup>392</sup> la decisione dell'amministrazione di non

---

se si vuole assicurare gli scopi cui sono diretti" (949); D. De Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *giustamm.it*, 7 novembre 2006; M. C. Cavallaro, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, 1-2, 39 ss.; L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, 354 ss.; P. Carpentieri, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm. – Tar*, 2005, 7-8, 2652 ss., in particolare 2668 ss.; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità cit.*, 21-22, che esprime molta preoccupazione nei confronti di quello che definisce "il movimento per il ritorno al passato".

<sup>390</sup> Cons. St., sez. VI, 5 gennaio 2001, n. 25, in *giustizia-amministrativa.it*, che sottolinea come "nelle ipotesi di accordi tra privati ed amministrazioni è evidente che l'accordo con i soggetti interessati garantisce l'esigenza del temperamento tra interesse generale ed interessi particolari dei privati e del rispetto del principio di proporzionalità che impone di perseguire l'interesse generale con il minor sacrificio possibile dei privati"; sulla presunta maggiore adeguatezza dello strumento consensuale a garantire un temperamento degli interessi pubblici e privati anche: Cons. St., sez. V, 15 maggio 2002, n. 2636; Cons. St., 9 novembre 2004, n. 7245, in *giustizia-amministrativa.it*

Si consenta di ricordare che per P. Urbani, *La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia, contenuti ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità del provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà cit.*, proprio la possibilità prevista nell'art. 18 della l. r. dell'Emilia Romagna, n. 20/2000 di stipulare accordi, accogliendo proposte dei privati, già nell'ambito del piano strutturale consente di superare il problema della tutela del legittimo affidamento alla definitiva conformazione dei suoli in attesa dell'adozione del piano operativo per il quale la legge non prevede un termine.

<sup>391</sup> F. Cancelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, 159-187.

<sup>392</sup> F. Cancelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali cit.*, ricorda come "la discrezionalità, pur essendo correlata all'autorità, diviene momento di garanzia per i cittadini ai fini della tutela; l'autonomia contrattuale, essenza dell'azione paritaria, non autoritativa, priva i cittadini della garanzia della tutela. La discrezionalità-autorità diviene strumento di libertà; l'autonomia-non autorità diviene strumento di arbitrio e comprime la libertà. Non è però un controsenso. Il potere da arbitrio è divenuto discrezionale e, quindi, giuridicamente disciplinato. L'autonomia è libertà e le scelte ad essa correlate non sono giuridicamente disciplinate, se non sotto il profilo del divieto delle soluzioni illecite" (186-187).

concludere l'accordo risulterebbe del tutto insindacabile da parte del privato che ha sollecitato la conclusione dell'accordo<sup>393</sup>.

La maggiore dottrina<sup>394</sup> ha però da tempo sgombrato il campo da ogni dubbio e messo in evidenza come, in ragione della necessaria funzionalizzazione dell'azione amministrativa, il potere di scelta del mezzo d'azione (anche) di natura consensuale da parte dell'amministrazione non può che essere frutto di una valutazione di carattere discrezionale e non negoziale, traducendosi, volta per volta, in un giudizio normativamente predeterminato di ponderazione tra diversi interessi, ovvero "tra l'interesse, privato o pubblico, a disciplinare in modo convenzionale la fattispecie e l'adeguatezza della soluzione convenzionale rispetto all'interesse pubblico primario"<sup>395</sup>.

Ponderazione, aggiungerei, che non può che essere condotta proprio alla stregua del canone di proporzionalità secondo una valutazione di idoneità-necessarietà.

Interpretata la scelta dell'amministrazione come "esercizio di un potere discrezionale", essa dovrà non solo rispettare i principi generali che "reggono" l'attività amministrativa ma anche seguire le regole dettate per il procedimento amministrativo: informazione, obbligo di concludere il procedimento<sup>396</sup>, rispetto dei termini, obbligo di motivazione<sup>397</sup>.

---

<sup>393</sup> In questi termini G. Monteferrante, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in *giustamm.it*, secondo il quale "la piena libertà di autodeterminarsi alla stipula ha come conseguenza che nell'ipotesi in cui, pur in assenza di motivi ostativi alla stipulazione, l'Amministrazione rifiuti di accettare la proposta di accordo, nulla potrà esserle rimproverato o imputato in quanto il mancato esercizio del potere di autonomia negoziale dovrà ritenersi insindacabile e insuscettibile di essere in alcun modo censurato" (7).

<sup>394</sup> F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001 cit.*, 21 ss., in particolare 46-47; Idem, *Gli accordi*, in *Diritto amministrativo cit.*, (a cura di) F. G. Scoca, 411 ss., per il quale "il vincolo per l'amministrazione del perseguimento dell'interesse pubblico...dimostra come la scelta dello strumento consensuale corrisponda all'esercizio di un potere discrezionale, e più precisamente dello stesso potere che avrebbe permesso la definizione unilaterale del procedimento" (419); S. Civitaresse Matteucci, *Contributo alla studio del principio contrattuale dell'attività amministrativa*, Torino, 1997, 90 ss., ed in particolare 105-106; G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1988, IX, in particolare 4; S. Giacchetti, *Partecipazione e tutela cautelare*, in *Cons. St.*, 1990, 9, 1315 ss.; G. Rossi, *Diritto amministrativo. Principi*, Milano, 2005, 356; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 2, 237 ss., in particolare 246 s.

<sup>395</sup> F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali cit.*, 182.

<sup>396</sup> Corte Cass., sez. un., 12 marzo 2001, n. 105, in *giustamm.it*.

<sup>397</sup> W. Giulietti, *Attività consensuale della P.A. e vincoli giuridici tutela del pubblico interesse e affidamento del privato (nota a sent. Cons. St., VI sez., 20 gennaio 2000, n. 264)*, in *Cons. St.*, 2001, 9, 1615 ss., per il quale tale scelta dell'amministrazione potrà essere quindi sindacata, non tanto sul piano dell'opportunità, ma sul piano della legittimità sotto il profilo della violazione di legge e dell'eccesso di potere per un uso scorretto del potere discrezionale che non risponda ai criteri della ragionevolezza, imparzialità e perseguimento del pubblico interesse (1628); S. Giacchetti, *Partecipazione e tutela cautelare cit.*, 1316; F. Gualandi, *Art. 18 - Accordi con i privati*, in *La pianificazione urbanistica in Emilia Romagna. Commento della Legge regionale 24 marzo 2000, n. 20*, (a cura di) B. Graziosi, Milanofiori-Assago, 2007, 50 ss., che pur ricordando come l'amministrazione non sia tenuta a "negoziare" con il privati ritiene che il medesimo possa vantare un "diritto di risposta", anche ai sensi del combinato disposto degli artt. 2 e 11, 4°-bis della

Ne consegue quindi che il mancato accoglimento delle osservazioni e proposte *ex art. 11* della legge 241/1990 non potrà che formare oggetto di una apposita e motivata decisione<sup>398</sup>.

Motivazione che, nell'ottica presa in esame, deve dar prova e conto in concreto della maggiore idoneità e adeguatezza rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico concreto della soluzione unilaterale che è stata preferita a quella consensuale, a pena di illegittimità per eccesso di potere del provvedimento infine adottato<sup>399</sup>.

Sul punto appare molto interessante un'adunanza plenaria non molto recente del Consiglio di Stato<sup>400</sup> che censura, proprio per eccesso di potere, una variante al piano regolatore con la quale viene localizzato un campeggio in una zona agricola respingendo una proposta di cessione bonaria del terreno presentata dal proprietario in cambio del rilascio dell'autorizzazione a costruire in altri suoli di sua proprietà ubicati sempre in zona agricola.

L'adunanza plenaria, sorvolando completamente sul fatto che la scelta di localizzare l'area attrezzata sul suolo del ricorrente sia stata presa senza motivare in ordine alla possibilità di utilizzare un'altra zona già destinata a tale scopo e contigua a quella del ricorrente, il che già appare già *ictu oculi* in contrasto con il principio di proporzionalità, censura invece la decisione presa del comune di procedere all'esproprio senza aver tenuto in considerazione la possibilità di agire con un mezzo meno gravoso, accettando la proposta di cessione bonaria.

---

legge n. 241/1990, posto che “la proposta del privato attiva un sub-procedimento che dovrebbe necessariamente sfociare nella determinazione (positiva o negativa) dell'organo decidente” (73).

<sup>398</sup> F. Cancelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali cit.*, 177, per la quale poiché in tema di accordi la proposta del privato va ricostruita come un apporto istruttorio simile alle memorie scritte previste dall'art. 10 della legge n. 241/1990, che come noto devono formare oggetto di specifica analisi in sede di motivazione, l'amministrazione dovrebbe motivare e quindi essere soggetta a sindacato sul corretto esercizio del potere, qualora decida di agire nelle forme unilaterali, non accogliendo la prospettazione del privato che sollecita la via consensuale; dello stesso avviso E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati cit.*, 126-127; anche C. Cacciavillani Lanzini, *Il rapporto tra pubblico e privato nella formazione e gestione dei programmi complessi. La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1997, 4, 471 ss., che in tema di programmi complessi sottolinea come “riconosciuto il potere di impulso procedimentale al privato, ciò non importa che il Comune sia obbligato all'accoglimento della proposta, ma appare pacifico che, essendo il procedimento suscettibile di essere avviato su iniziativa privata, il Comune, che non condivide l'orientamento del privato proponente circa l'opportunità del programma, ovvero che non condivide in tutto o in parte il contenuto, ha l'onere di adeguatamente motivare” (480).

<sup>399</sup> “Un caso a se è rappresentato dalle ipotesi in cui, come nell'art. 31, comma 5, della l. 1150/1942, la convenzione (e quindi l'assenso dell'amministrazione come parte) costituisce il presupposto per l'emanazione di un provvedimento: in questo caso la questione del ‘non consenso’ resta ‘assorbita’ dal mancato rilascio della concessione edilizia: il privato può quindi impugnare il diniego espresso dall'amministrazione a causa della mancanza di urbanizzazione chiedendo al giudice amministrativo di sindacare (senza, ovviamente, travalicare nel ‘merito’) le ragioni del mancato assenso dell'amministrazione (in tal senso vengono utilmente in rilievo parametri di scrutinio come quello della *proporzionalità* [corsivo mio])”, così E. Boscolo, *L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione e l'attuazione di opere “a scomputo”: elementi di una distinzione tra sfera convenzionale e principio di legalità*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 1, 15 ss., 22 in nota.

<sup>400</sup> Cons. St., ad. pl., 21 ottobre 1980, n. 37, in *Foro it.*, 1981, III, 144 ss.

A fronte di ciò sorprende quindi che la legislazione in materia di edilizia economica popolare configuri ancora l'espropriazione come unico mezzo per l'acquisizione delle aree comprese nel piano zona e che, nella parte in cui non prevede che i privati possano dare esecuzione direttamente alle prescrizioni del p.e.e.p. attraverso un accordo con il comune interessato<sup>401</sup>, sia passata indenne ad una censura di illegittimità costituzionale proposta per palese "irragionevolezza nella scelta del mezzo rispetto al fine"<sup>402</sup>.

Salvo poi riconoscere un criterio di preferenza nell'assegnazione delle aree agli espropriati che siano proprietari dell'area alla data<sup>403</sup> dell'adozione da parte del comune dello strumento urbanistico con il quale tali aree vengono destinate alla realizzazione di programmi di edilizia economica e popolare (*ex art. art. 35, 11° comma come interpretato dall'art. 7, 4 comma della legge 136/1999*)<sup>404</sup>.

---

<sup>401</sup> Ribadito recentemente da Tar Toscana, 24 maggio 2007, n. 796, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>402</sup> Corte Cost., 23 aprile 1998, n. 135, in *cortecostituzionale.it*, commentata in termini critici da A. Perini, *Verso l'urbanistica consensuale: un'occasione mancata. L'interesse pubblico tra autorità e consenso*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, 3, 243 s., sul tema anche C. Cacciavillani Lanzini, *Il rapporto tra pubblico e privato nella formazione e gestione dei programmi complessi. La perequazione urbanistica cit.*, 476 ss.

Per la Corte Costituzionale, "con lo strumento espropriativo, in realtà, si mira a conseguire essenzialmente una triplice finalità. In primo luogo, sottoponendo ad esproprio tutte le aree situate dentro il piano di zona ed immettendole nel proprio "patrimonio indisponibile" il comune non solo mira a realizzare effettivamente il piano, ma anche ad assicurare parità di trattamento a tutti i proprietari, eliminando la situazione di vantaggio di chi resterebbe proprietario dell'area e, costruendo, potrebbe ricavare la relativa rendita fondiaria, e la corrispondente situazione di svantaggio di chi invece percepirebbe soltanto l'indennità di esproprio. In secondo luogo, il comune, attraverso la espropriazione, può ottenere le aree ad un prezzo equo, mentre, con il sistema della compravendita, al proprietario venditore va corrisposto il maggior valore derivante da tutti i vari elementi inerenti alla posizione del terreno. Infine, e soprattutto, con la generalizzazione e l'obbligatorietà della espropriazione il comune consegue anche l'importante scopo pratico di attuare il controllo del territorio, organizzando in modo coordinato e in tempi certi la realizzazione del piano, diversamente da quanto poteva accadere con le precedenti disposizioni, che prevedevano una pluralità di soggetti esproprianti ed una pluralità di regimi giuridici delle aree interessate. Ne consegue che l'art. 35 non contrasta con l'art. 97 della Cost. sotto il profilo dell'eccesso di potere legislativo nell'uso dello strumento autoritativo dell'espropriazione nei confronti dei proprietari, senza consentire loro di dare esecuzione diretta, concordata e controllata al piano, in quanto la creazione di un patrimonio comunale "indisponibile di aree edificabili" costituisce il principale e non irragionevole strumento per perseguire in modo efficiente l'interesse generale della costruzione di alloggi nel quadro di un ordinato sviluppo edilizio e urbanistico del territorio, evitando al contempo forme di rendita speculativa, tanto più che un esame più penetrante dell'opzione legislativa comporterebbe un controllo delle scelte *latu sensu* politiche del legislatore, sottratte invece alle competenze della Corte. In tema di espropriazione per pubblica utilità il sacrificio degli interessi privati proprietari non è irragionevole tutte le volte che i motivi di interesse generale legittimanti l'espropriazione stessa siano tali da non solo da escludere che il provvedimento ablatorio possa perseguire un interesse meramente privato, ma da postulare anche che esso miri alla soddisfazione di effettive e specifiche esigenze rilevanti per la comunità".

<sup>403</sup> La data rilevante ai fini del riconoscimento del diritto di preferenza è ovviamente legata all'esigenza di prevenire possibili fenomeni speculativi, Cons. St., sez. IV, 8 ottobre 2003, n. 6005, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>404</sup> Il privato proprietario delle aree comprese nel perimetro del piano ha una preferenza relativamente alla concessione del diritto di superficie o alla cessione in proprietà delle aree ma non ha alcun titolo preferenziale per l'attuazione degli interventi previsti nel piano né può vantare alcun titolo alla proprietà dei fabbricati realizzati, ai fini di una loro eventuale successiva commercializzazione.

Stesso discorso può essere fatto per i piani per gli investimenti produttivi<sup>405</sup> per l'adozione dei quali, tuttavia, la giurisprudenza richiede una motivazione più rigorosa e puntuale di quanto normalmente necessario per gli strumenti urbanistici generali che dia conto della (necessaria) prevalenza delle esigenze di pubblico interesse, non altrimenti realizzabili, rispetto all'interesse dei privati alla preservazione del diritto di proprietà<sup>406</sup>.

Il p.i.p., infatti, stante la natura di piano attuativo, impone un sacrificio immediato della proprietà prevedendo l'avvio del procedimento ablatorio ogniqualvolta il proprietario non voglia o non possa assumere il ruolo di imprenditore alle condizioni stabilite dal piano.

Viceversa, proprio perché l'applicazione del principio di proporzionalità impone all'amministrazione di assumere tutte le iniziative possibili per tentare di conciliare le posizioni del privato espropriando con le finalità pubbliche perseguite nell'esercizio della funzione di pianificazione, qualora quest'ultimo possieda i requisiti per risultare assegnatario della medesima area, l'amministrazione dovrebbe predisporre gli strumenti più opportuni per consentire un'assegnazione in suo favore (introducendo ad esempio un criterio di preferenza nella procedura di assegnazione delle aree<sup>407</sup>).

In tal modo, alla soddisfazione dell'interesse pubblico allo sviluppo economico che sta alla base di tale strumento urbanistico (in quanto l'area sarà destinata ad un intervento industriale o artigianale coerente con gli obiettivi che

---

<sup>405</sup> Beninteso che la "legittimità dell'attuazione di qualsiasi strumento urbanistico attuativo trova il suo limite, proprio in base al principio di proporzionalità, nell'effettiva necessità di riorganizzare ed integrare l'urbanizzazione dell'area interessata", come esplicitato da Cons. St., sez. IV, 7 novembre 2001, n. 5721; Tar Abruzzo, Pescara, 1° luglio 2004, n. 641 cit., in *giustizia-amministrativa.it*.

Relativamente alla scelta tra piani attuativi di iniziativa pubblica o privata, la giurisprudenza richiede inoltre che l'amministrazione comunale motivi in sede di pianificazione generale le ragioni per le quali ritenga che la pianificazione generale possa essere correttamente attuata solo mediante piani attuativi di iniziativa pubblica e ritiene altresì illegittima la scelta in via esclusiva a favore degli stessi, ovvero motivi la mancata previsione di un piano attuativo di iniziativa privata che sia idoneo a perseguire gli stessi scopi e di assolvere le stesse funzioni di quello di iniziativa pubblica in modo da consentire ai privati di porre rimedio all'inerzia o ai ritardi dell'amministrazione (fa eccezione ovviamente il p.e.e.p. considerato non fungibile con un altro piano di iniziativa privata), sul punto Cons. St., sez. V, 28 dicembre 1989, n. 914, in *Riv. giur. ed.*, 1990, 2, 224 ss.; Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 1986, n. 6, in *Cons. St.*, 1986, 1, 23.

<sup>406</sup> Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2008, n. 4648, in *Urb. app.*, 2009, 3, 338 ss. con nota di L. Marzaro, *E' legittima l'adozione di un P.I.P. motivato con l'apporto di ricchezza per il sistema economico e sociale*; Cons. St., sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5501; Cons. St., sez. IV, 6 luglio 2009, n. 4339; Tar Campania, Napoli, 6 marzo 2007, n. 1414, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 21 novembre 1994, n. 919, in *Riv. giur. ed.*, 1995, 1, 181 ss.; Cons. St., sez. IV, 5 luglio 1995, n. 539, in *Foro it.*, 1996, III, 221, dove si osserva che "il piano per gli insediamenti produttivi, avvalendosi del procedimento espropriativo, determina un trasferimento di ricchezza dal proprietario espropriato all'assegnatario: ciò può giustificarsi solo in presenza di interessi di carattere generale, non invece per consentire a singoli imprenditori di ricavare maggiori profitti dai loro investimenti, tenendoli indenni da una parte dei costi inerenti all'investimento iniziale".

<sup>407</sup> Tar Lombardia, Brescia, 27 novembre 2001, n. 830, in *giustizia-amministrativa.it*; Tar Puglia, Bari, 15 dicembre 1994, n. 1506, in *Tar*, 1995, 2, 810; Cons. St., 24 marzo 1999, n. 327, in *Urb. app.*, 2000, 5, 550.

l'amministrazione ha assegnato al piano) si aggiunge la necessaria tutela degli interessi dei privati proprietari delle aree interessate dal p.i.p.

Sebbene la ricerca del consenso, come si è cercato di evidenziare, contribuisca all'individuazione di un provvedimento idoneo e necessario per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, spetta in ultima istanza al criterio dell'adeguatezza definire la misura del potere operando un bilanciamento tra gli interessi confliggenti<sup>408</sup>.

Posto che ad ogni fine astratto (poniamo lo sviluppo economico e delle comunicazioni attraverso la costruzione di strade) possono corrispondere più finalità concrete (la realizzazione di una strada nuova, in uno o in altro luogo come la semplice modifica del sistema viario esistente), può succedere che il mezzo idoneo e necessario per rispondere alla finalità concreta contrasti con altri interessi (ad esempio, in termini di costi per la collettività oppure di danno alle proprietà di privati) comparativamente più rilevanti degli interessi che stanno alla base della finalità concreta e del risultato scelto dall'amministrazione.

In tal caso spetta al parametro dell'adeguatezza realizzare l'equilibrio tra tali interessi, suggerendo se necessario anche di modificare il fine concreto (ad esempio individuando per la realizzazione della strada una differente localizzazione oppure modificando il progetto)<sup>409</sup>.

Certo la realizzazione di questo "giusto equilibrio" è un'operazione tutt'altro che semplice, anche perché nella maggioranza dei casi la decisione coinvolge una pluralità di interessi cui l'ordinamento appresta un diverso grado di protezione (può trattarsi di interessi pubblici, privati a loro volta individuali, collettivi, diffusi) e tale circostanza, sebbene non possa incidere sull'applicazione o meno della proporzionalità, condiziona certamente le

---

<sup>408</sup> "In estrema sintesi: non è l'*accordo* [corsivo nel testo] (come strumento negoziale) che risolve il problema dell'efficienza-efficacia dell'azione amministrativa; ma è la complessiva razionalità dell'azione stessa a consentire (oltre che, di regola, l'efficienza-efficacia dei risultati) l'intesa sociale sull'agire amministrativo, come adesione al suo valore di verità-giustizia normativa-razionalità pratica (proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini)", in questi termini P. Carpentieri, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato cit.*, 2656.

<sup>409</sup> M. P. Vipiana, *Introduzione al principio di ragionevolezza nel diritto pubblico cit.*, 84-85.

In quest'ottica si rinvia a tutta la giurisprudenza che in materia di espropriazione per pubblica utilità, proprio in applicazione del principio di proporzionalità, rinvia al necessario rispetto di principi di partecipazione procedimentale, *ex multis*: Corte Cass., sez. un., 27 febbraio 2008, n. 5080, in *Mass.*, 2008, 306, nel quale si legge che la comunicazione di avvio del procedimento amministrativo di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990 trova applicazione anche nel procedimento relativo alla dichiarazione di pubblica utilità dell'opera (che non costituisce sub-procedimento dell'espropriazione per pubblica utilità, ma un procedimento autonomo che si conclude con un provvedimento immediatamente impugnabile) e ciò anche nell'ipotesi in cui i privati abbiano presentato osservazioni in relazione alla approvazione della variante al piano regolatore generale che prevede la destinazione urbanistica prodromica all'espropriazione, "atteso che la progettazione definitiva ed esecutiva dell'opera pubblica e con essa la relativa localizzazione, sono oggetto di potere amministrativo nell'ambito del quale il contraddittorio con gli interessati può apportare elementi di valutazione non marginali ai fini della proporzionalità e del buon andamento dell'azione amministrativa"; analogamente Cons. St., sez. II, 4 dicembre 2002, n. 636, in *Urb. app.*, 2003, 4, 487; Tar Campania, Napoli, sez. V, 3 ottobre 2006, n. 8485 cit.

modalità del bilanciamento<sup>410</sup> incidendo in particolare sul grado di resistenza dell'interesse pubblico rispetto agli interessi privati.

Mentre il criterio del minimo mezzo non richiede che agli interessi in gioco siano attribuite grandezze da ordinare lungo una scala, la valutazione di proporzionalità in senso stretto, guardando allo scopo perseguito nella sua relazione con gli interessi il cui sacrificio è necessario se si vuole raggiungere tale scopo, richiede necessariamente un giudizio di valore sugli stessi.

Per cui, mutuando meccanismi noti al giudizio costituzionale di proporzionalità<sup>411</sup>, essa non può che essere condotta in termini di valutazione (non meramente economica) costi-benefici, dove i benefici sono quelli conseguiti dall'intera collettività ed i costi sono quelli patiti non solo dal singolo ma dalla stessa collettività (ed in questo senso l'adeguatezza non si risolve in una mera valutazione di efficienza dell'azione amministrativa).

Se la ricerca del consenso contribuisce all'individuazione di un provvedimento idoneo e necessario per il soddisfacimento dell'interesse pubblico ma non esaurisce il giudizio di proporzionalità che va condotto in ultimo sulla base di un "giusto bilanciamento" tra gli interessi coinvolti, ciò significa che nell'ipotesi in cui la ricerca del consenso si traduce nell'adozione di un accordo amministrativo, il contenuto dello stesso deve essere comunque assoggettato ad una valutazione di proporzionalità in senso stretto, onde evitare che l'amministrazione ottenga con l'accordo "qualcosa" che non avrebbe potuto ottenere con l'esercizio unilaterale e autoritativo del potere.

A tal proposito occorre una precisazione.

È opinione condivisa e certamente condivisibile che l'accordo amministrativo sia uno strumento preordinato a garantire, ad entrambe le parti, un'utilità ulteriore rispetto a quella che potrebbe essere data dal provvedimento unilaterale<sup>412</sup>.

Altra cosa è però sostenere che l'"oggetto" dell'accordo amministrativo (ossia la "determinazione del contenuto discrezionale del provvedimento" *ex art. 11, 1° comma della legge n. 241/1990*) possa travalicare i limiti imposti dal diritto

---

<sup>410</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 361.

<sup>411</sup> E quindi omogeneizzando i diversi interessi attraverso il collegamento con valori costituzionali.

<sup>412</sup> Utilità maggiore che costituisce in sostanza la "causa" dell'accordo sia per G. Sciullo, *Profili degli accordi tra amministrazioni e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 805 ss., anche se per l'A. il conseguimento di tal utilità da parte dell'amministrazione non richiede necessariamente una prestazione corrispettiva da parte del privato (818-820); che per S. Giacchetti, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 3, 513 ss., 525. G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, osserva come "qualche vantaggio ulteriore scaturisce sempre dall'accordo, sia per l'amministrazione (che acquisendo il consenso del possibile destinatario dell'atto, rende normalmente inimpugnabile per acquiescenza l'assetto dei rapporti); sia per il cittadino (che vedrebbe assicurato, a sua volta l'assetto dei rapporti convenuto, non solo per la trasformazione dell'attività discrezionale in attività vincolate, ma anche perché quest'ultima sarebbe inserita in un rapporto obbligatorio vero e proprio)" (212).

In giurisprudenza, sulla maggiore utilità conseguibile attraverso lo strumento consensuale: Cons. St., sez. V, 15 maggio 2002, n. 2636 cit.

positivo nella disciplina delle singole fattispecie consensuali<sup>413</sup>; oppure, che in vista o attraverso l'acquisizione del consenso del privati destinatari dell'azione amministrativa, possa realizzarsi una ponderazione degli interessi che sfugga ad un adeguato bilanciamento degli interessi in gioco, fuoriuscendo da quelli che sarebbero stati i termini del contenuto del provvedimento da esso in tutto o in parte sostituito.<sup>414</sup>

In ragione della riconosciuta tipicità<sup>415</sup> dell'accordo amministrativo, tipicità che attiene tanto ai fini che ai contenuti dell'accordo<sup>416</sup>, è da escludersi che il

---

<sup>413</sup> Che l'accordo non possa rendere possibile ciò che è vietato dalla legge è intuitivo, posto che lo "spazio degli accordi amministrativi è lo stesso del potere amministrativo: gli accordi amministrativi non sono in alternativa al potere amministrativo, tant'è vero che le loro condizioni di ammissibilità vanno definite alla stregua delle norme dettate per il potere", in questi termini A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 274 ss., 279, per il quale quindi "l'accordo urbanistico non può essere utilizzato dalle amministrazioni comunali per rimpinguare le finanze comunali" (282). In termini sostanzialmente analoghi, F. Gualandi, *Art. 18 - Accordi con i privati cit.*, che parla a proposito di "causa urbanistica, per sottolineare come qualunque accordo tra P.A. e privati che abbia ad oggetto l'esercizio di potestà urbanistiche, dovrà necessariamente essere funzionalizzato al perseguimento di interessi pubblici di tipo urbanistico" (60). Sul tema, Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2000, n. 4833, in *giustizia-amministrativa.it*, che afferma come "non è dato rinvenire alcuna disciplina di fonte legislativa, che autorizzi una riserva di proprietà fondiaria alla mano pubblica, come quella prefigurata nella specie, al fine di contenimento dei prezzi, in un'ottica di contenimento dei prezzi, in un'ottica dirigistica del mercato dei terreni edificabili" e recentemente Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2985, in *giustizia-amministrativa.it*.

Che poi il ricorso all'urbanistica per accordi sia dovuto non solo ad un'esigenza di raggiungere, attraverso la partecipazione del privato interessato alle trasformazioni previste dal piano urbanistico, il miglior assetto degli usi del territorio e la sua contemporanea attuazione, ma soprattutto alla necessità di soddisfare, contemporaneamente alle trasformazioni, la domanda di opere di urbanizzazione che le amministrazioni locali non sono in grado di finanziare completamente con capitale pubblico è un dato di fatto pacifico ed ampiamente evidenziato dalla maggiore dottrina, per tutti: P. Urbani, *Pianificare per accordi*, in *pausania.it*; F. Pugliese, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 13 ss.

<sup>414</sup> In questo senso V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali cit.*, 225; G. Corso, F. Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, 90. *A contrario*: G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto cit.*, 214 per il quale "un accordo che imponesse all'altro contraente sacrifici normativamente non previsti, ma neppure vietati, potrebbe rinvenire nell'accertamento dell'altro contraente la copertura in termini di legittimità e validità" (214) in quanto per l'A. l'assunzione di tali oneri aggiuntivi che l'assetto desiderato dell'esercizio del potere amministrativo comporta, costituisce manifestazione di autonomia privata del contraente privato e non avrebbe nulla a che fare con il principio di tipicità del potere amministrativo e con il suo presunto superamento (215) in quanto "fisiologico arricchimento della fattispecie derivante dal contributo volitivo del cittadino che partecipa all'accordo"; C. Maviglia, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002, per il quale il consenso del solo destinatario diretto dell'azione amministrativa vale a surrogare le ragioni della tipicità in quanto "la finalità garantistica della tipicità si esplica fondamentalmente in relazione al destinatario del provvedimento e non concerne altri soggetti" (110, nota 144); F. P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 2, 1469 ss., in nota a pagina 1490; e apparentemente anche M. S. Giannini, *Diritto amministrativo cit.*, 89, per il quale tuttavia l'ambito di incidenza del principio di legalità coincideva con l'area di esercizio dei poteri autoritativi, gli unici per l'A. ad assumere rilievo nella dialettica autorità-consenso.

<sup>415</sup> Il principio di tipicità, quale attributo *ab origine* del provvedimento amministrativo, è stato oggetto di analisi da parte di chiunque si sia occupato di attività amministrativa, per cui non essendo immaginabile indicare una bibliografia anche se solo di massima si consenta di rinviare per tutti a: M. S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1959, IV, 157 ss., 165; D. Sorace,

---

*promemoria per una nuova voce "atto amministrativo", in Scritti in onore di M. S. Giannini, III, Milano, 1988, 747 ss., 765; R. Villata, L'atto amministrativo, in Diritto amministrativo cit., 767 ss.; A. Romano, I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo, ibidem, 160 ss. ed infine alla ricostruzione operata da G. Piperata, Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali, Milano, 2005, il quale sostiene che nel momento in cui gli atti amministrativi manifestano all'esterno la volontà dell'ente sono tipici nel senso che "necessariamente debbono essere conformi nel contenuto ai modelli legislativamente proposti e debbono tendere, quanto alla causa, alla realizzazione della funzione specifica per la quale sono stati prefigurati" (59). Sulla radicale differenza tra tipicità dell'attività provvedimentale e tipicità negoziale si sofferma M. Dugato, Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti cit., che sottolinea come la tipicità provvedimentale sta ad indicare che l'amministrazione può solo emanare tipologie di atti che corrispondono ai poteri espressamente previsti per legge per la cura di determinati interessi pubblici; mentre la tipicità dei negozi privati sta solo ad indicare che alcuni schemi negoziali sono già disciplinati dalla legge, mentre altri non previsti dalla stessa possono essere elaborati dai privati nell'esercizio della loro autonomia negoziale (che poi l'amministrazione possa concludere "contratti atipici" è ancora un altro tema che l'A. risolve positivamente nell'opera citata, 138 ss.).*

<sup>416</sup> Anzitutto, come ricordato da M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 155 ss., il tema della tipicità degli accordi amministrativi è intimamente legato al problema della loro qualificazione giuridica pubblicistica o privatistica, nel senso che alla domanda se il principio di tipicità "governi o meno gli accordi, risponde negativamente chi ne pone in luce la natura contrattuale e l'applicabilità dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e di contratti; risponde in modo affermativo chi ne evidenzia l'inserimento nel procedimento e l'oggetto di disposizione del potere" (156). Per l'A, quindi, gli accordi "sono tipici, tanto nei fini (che restano quelli fissati dalla legge e nel vincolo di scopo degli atti amministrativi generali) quanto nel contenuto (per gli accordi integrativi, il contenuto è comunque determinato dal potere che l'amministrazione esercita nel procedimento)" (158-159), e non possono che essere tipici "non solo perché si inseriscono nel luogo di esercizio del potere (procedimento), ma anche perché del potere rappresentano o le condizioni di esercizio (accordi procedimentali o integrativi) o il veicolo della sua stessa manifestazione (accordi sostitutivi)" (157); Idem, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 167 ss. ed in particolare 192-198; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 259, secondo cui non è sufficiente l'accordo per rendere il potere atipico, proprio in virtù del rapporto di sostituzione che lega l'accordo al provvedimento tipico. La soluzione è confermata dal richiamo, operato dall'art. 11, all'interesse pubblico la cui prevalenza costituisce la ragione dell'attribuzione del potere stesso all'amministrazione; F. Cangelini, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, 239 ss., per la quale funzionalizzazione e tipicità sono espressioni diverse del principio di legalità e legati da un nesso di reciprocità, per cui è il vincolo di scopo dell'accordo che vale a conferire loro tipicità; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma cit.*, 111 ss.; N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativo: fondamenti e caratteri cit.*, 9 s.; E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione cit.*, 10-12; F. G. Scoca, *Gli accordi cit.*, per il quale "la tipicità degli accordi è legata alla tipicità del potere di provvedere" (412); Idem, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 1, 1 ss., secondo cui occorre "ripensare il tema dell'autonomia privata delle Amministrazioni pubbliche, rovesciando il processo logico della indagine: non è la natura (eventualmente) privatistica dell'atto a struttura consensuale che può riflettersi sulla natura del potere che in esso (e con esso) l'Amministrazione esercita (potere, pertanto, da ritenere privatistico, ossia negoziale, o meglio ancora di autonomia privata); è invece la natura del potere (finalisticamente vincolato, ossia discrezionale) e il modo in cui (conseguentemente, o almeno, armonicamente) ne è disciplinato l'esercizio (attività funzionalizzata) che si riflettono sulla natura dell'atto terminale, che va a formare, insieme all'atto (anch'esso unilaterale) della controparte, il consenso" (21); G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 449 ss., in particolare 486-487.

Si consenta, infine, di ricordare le parole dell'ad. pl. 19 febbraio 1987, n. 7, in *Foro it.*, 1998, III, 22, "gli accordi qui in esame, caratterizzati dalla presenza di volontà che non sono sullo stesso piano, risentono, necessariamente, del contenuto e delle finalità del provvedimento che vanno a

consenso della controparte privata, mero attributo dell'“atto amministrativo”<sup>417</sup>, possa surrogare nella determinazione del contenuto dell'accordo<sup>418</sup> le garanzie offerte dal rispetto del principio di adeguatezza, predicato invece del “potere imperativo” dell'amministrazione<sup>419</sup>.

---

*sostituire* [corsivo mio], sicchè è logico che la legge assicuri una qualche posizione di vantaggio [recesso unilaterale per sopravvenuti motivi di interesse pubblico] in relazione al contesto pubblicistico in cui l'accordo viene ad inserirsi”, e più recentemente quando sostenuto da Consiglio di Stato, sez. IV, 13 luglio 2010, n. 4545, in *giustizia-amministrativa.it*, che pur ricordando come sia venuta meno la previgente riserva di legge per i casi in cui alle amministrazioni è consentito ricorrere ad accordi in sostituzione di provvedimenti autoritativi, sottolinea come ciò non significhi “introdurre il principio dell'atipicità degli strumenti consensuali in contrapposizione a quello di tipicità e nominatività del provvedimento autoritativo, atteso che lo strumento convenzionale dovrà pur sempre prendere il posto di un provvedimento autoritativo fra quelli tipici disciplinati dalla legge: a garanzia del rispetto di tale limite, lo stesso art. 11 della legge n. 241/90 prevede l'obbligo di una previa determinazione amministrativa che anticipi e legittimi il ricorso allo strumento dell'accordo”.

Gli accordi amministrativi sono invece atipici per: B. Cavallo, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, (a cura di) F. Mastragostino, Bologna, 2007, 23 ss.; R. Dipace, *Partenariato pubblico e privato e contratti atipici*, Milano, 2006, 208 ss.; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto cit.*, 92-98, 206 ss.; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, 270 ss.; C. Maviglia, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, 82 ss., il quale ritiene sufficiente ai fini della legittimità dell'accordo la sola valutazione di meritevolezza dell'assetto degli interessi; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001, 108 ss.; G. D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale: tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 317 ss.; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo cit.*, 388 ss. Tra gli autori che accedono ad una ricostruzione sostanzialmente contrattuale degli accordi anche E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati cit.*, 70-80 e S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa cit.*, 187-198, ma mentre il primo autore riconduce gli accordi nell'autonoma categoria dei contratti di diritto pubblico, il cui fondamento normativo sarebbe rappresentato dall'art. 11 della legge n. 241/1990, il secondo li inquadra nella categoria dei contratti di diritto civile sul presupposto “dell'inesistenza nel nostro ordinamento di una figura di genere del contratto appartenente al diritto pubblico”. Per entrambi comunque gli accordi procedurali sarebbero esercizio di un potere amministrativo discrezionale, in termini analoghi anche F. P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione cit.*, 1486-1487 e A. Scognamiglio, *Sui collegamenti di atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 1, 290 ss., 307.

<sup>417</sup> Per F. Cancelli, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla l. n. 15/2005*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 1, 247 ss., il consenso è un “fatto lato sensu costitutivo di decisioni amministrative...che non autorizza *de plano* a qualificare gli atti posti in essere in forma consensuale come atti di natura privatistica nonostante il dato evidente della disciplina applicabile, che in misura assolutamente variabile, mutua in parte le regole dal diritto privato” (248).

<sup>418</sup> Per M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione cit.*, le questioni della tipicità e della natura dell'accordo sono intimamente legate al tema del suo oggetto e anzi ne costituiscono “premesse indispensabili” (157); sebbene come ricordato da F. Cancelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali cit.*, il principio di tipicità non sia di per se idoneo a determinare *in toto* il contenuto del provvedimento (viceversa sarebbe come affermare che la pubblica amministrazione si esprime soltanto attraverso “atti meccanizzati”), in quanto la tipicità non attiene al “contenuto della volontà provvedimentale”, ma alla “connessione tra gli elementi della fattispecie e gli effetti che essa produce” (242);

<sup>419</sup> F. Cancelli, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla l. n. 15/2005 cit.*, ben evidenzia come non debba essere l'autorità, in quanto attributo del potere amministrativo, a doversi contrapporre alla consensualità, bensì l'unilateralità o imperatività a doversi confrontare

A meno di non voler confondere gli attributi dell'atto amministrativo (unilateralità/ consensualità) con quelli del potere amministrativo (cui afferisce la tipicità<sup>420</sup>) e quindi dell'attività amministrativa che ne è espressione, la quale è sempre e comunque soggetta al rispetto dei principi generali di cui all'art. 1, 1° comma della legge n. 241/1990 “quale che sia il regime giuridico degli atti nei quali rifluisce (provvedimenti, accordi, convenzioni, contratti)”<sup>421</sup>.

Ricondurre l'ambito del possibile accordo al solo spazio discrezionale della potestà amministrativa non significa poi negare la possibilità di includere nell'accordo amministrativo clausole accessorie o atipiche contenenti obblighi che altrimenti non graverebbero sul destinatario del provvedimento amministrativo<sup>422</sup>, ma solo assoggettare tali previsioni ad una valutazione in termini di adeguatezza, al fine di verificare che quanto concordato tra pubblica amministrazione e privato conduca a risultati compatibili ed adeguati rispetto all'interesse pubblico concreto alla cui soddisfazione è funzionale l'azione

---

con la consensualità perché come questa costituiscono attributo dell'atto e non del potere (285-286); in termini analoghi A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti cit.*, per il quale “non è vero che le esigenze di garanzia del cittadino che sono alla base del principio di legalità sarebbero inutili, nel caso di un accordo, perché superate dal consenso del cittadino. Le esigenze di garanzia hanno sempre un significato, là dove sia una situazione di potere dell'amministrazione” (282).

<sup>420</sup> “Qualunque sia lo strumento attraverso il quale esso si manifesta o si esprime”, così M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione cit.*, 157; analogamente F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità cit.*, per il quale il principio di legalità “predetermina l'interesse disponibile da parte della pubblica amministrazione nell'ipotesi di decisione contrattata” (21).

<sup>421</sup> F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Agg., 2002, VI, 75 ss., evoca con queste parole l'immagine di uno “statuto giuridico unitario dell'attività amministrativa”, che in quanto “posta in essere dall'amministrazione per la tutela di interessi pubblici è comunque attività amministrativa in senso proprio, soggetta a tutti ed esclusivamente i principi che reggono l'attività amministrativa; ciò tanto se gli atti che alla fine vengono adottati siano retti dal diritto pubblico (provvedimenti) tanto se siano retti dal diritto privato (contratti, accordi)” (95-96); analogamente C. Cugurra, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli. Teoria e storia. Diritto amministrativo generale cit.*, 147 ss., in particolare 154.

<sup>422</sup> È appena sufficiente ricordare poi che è pienamente condivisa la possibilità per l'amministrazione di apporre clausole ai provvedimenti amministrativi discrezionali, senza che ciò alteri la tipicità del provvedimento, purchè siano compatibili con l'assetto degli interessi a disposizione dell'amministrazione (es. clausole di decadenza), sul tema: M. S. Giannini, *Diritto amministrativo cit.*, 241.

A titolo esemplificativo si rinvia ad una recente pronuncia in materia di autorizzazioni edilizie del Tar Lombardia, Milano, 10 settembre 2010, n. 5655, in *giustamm.it*, nella quale si legge che “L'apposizione di una o più condizioni al rilascio di un titolo edilizio può ritenersi generalmente ammessa soltanto quando si vada ad incidere su aspetti legati alla realizzazione dell'intervento costruttivo, sia da un punto di vista tecnico che strutturale, e ciò trovi un fondamento diretto o indiretto in una norma di legge o regolamento. Diversamente, non è possibile apporre condizioni al titolo edilizio che siano estranee alla fase di realizzazione dell'intervento edilizio. Ne consegue che il Comune non può assentire una concessione edilizia subordinatamente all'impegno del privato a rinunciare all'indennizzo dovuto, nel caso di futura espropriazione dell'opera, in quanto tale condizione non è volta a perseguire alcun interesse pubblico riconducibile alla materia urbanistico-edilizia e si pone in contrasto con il principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi [corsivo mio]”.

dell'amministrazione procedente<sup>423</sup>, valutazione che assume caratteri e funzioni proprie della verifica di legittimità<sup>424</sup>.

Come è stato osservato, infatti, tale possibilità utile a “modulare l'azione amministrativa in modo più aderente alla realtà” non può in ogni caso mettere in crisi il principio di tipicità degli accordi, il quanto quest'ultimo “non postula affatto determinazioni rigidamente prefissate, ma soltanto, in ultima analisi, un'adeguatezza dell'azione rispetto all'interesse che è in attribuzione all'amministrazione procedente”<sup>425</sup>.

Viceversa appare poco condivisibile da un lato ricondurre la conclusione dell'accordo all'esercizio di un potere contrattuale dell'amministrazione, ammettendo quindi la possibilità che l'amministrazione possa introdurre clausole gravemente onerose nei confronti del privato la cui legittimità risulterebbe coperta dal consenso prestato dalla controparte privata, ed evocare al contempo il necessario rispetto del principio di proporzionalità quale attributo del potere discrezionale della pubblica amministrazione<sup>426</sup>.

---

<sup>423</sup> In questo senso si leggono le parole di G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati cit.*, per il quale l'accordo “dovrà sempre risultare strumento, formale e soprattutto sostanziale, di soddisfacimento dell'interesse pubblico...Il che, come è notorio, giusta i principi di imparzialità e proporzionalità, non si tradurrà nella penalizzazione pregiudiziale e immotivata dell'interesse privato, ma nell'individuazione del giusto mezzo di perseguimento dell'interesse pubblico e, quindi, di minore penalizzazione possibile di quello privato” (487); analogamente G. Montedoro, *La nuova disciplina degli accordi, in giustizia-amministrativa.it*, ricorda come “l'accordo non è mai fatto per erogare al privato vantaggi illegittimi o peggio illeciti, ma rimane sempre espressione del tipico potere amministrativo che, tuttavia, raggiunge, in via consensuale una composizione ed un assetto di interessi, con i privati, altrimenti non facilmente attingibili in via autoritativa, ma ciò senza derogare al principio di legalità...consentendo di dettare *praeter legem*, non *contra legem*, un assetto di interessi anche notevolmente diverso da quello raggiungibile con il provvedimento unilaterale”.

<sup>424</sup> In termini analoghi, A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti cit.*, 281 s., per il quale il contenuto dell'accordo non può sfuggire al confronto con la disciplina legale del potere, in quanto “l'appropriatezza della controprestazione e il suo giusto rapporto con l'impegno dell'amministrazione non coincidono con categorie privatistiche...ma richiamano le logiche dell'eccesso di potere. Infatti non si possono misurare in astratto, o in una logica meramente economica, ma vanno verificati alla luce della disciplina di quella situazione, che è la disciplina legale dettata per il potere”, pena l'illegittimità dell'accordo amministrativo “secondo la stessa logica che viene accolta comunemente per gli accordi che impongono all'amministrazione adempimenti non compatibili con la legge”; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere cit.*, 281-283, il quale ravvisata nella riconosciuta tipicità degli effetti degli accordi amministrativi la principale garanzia di tutela della parte più debole, affida poi il sindacato sull'eccesso di potere il compito di valutare, caso per caso, “la ragionevolezza delle vicende giuridiche concordate dalle parti ed ulteriori rispetto a quelle riconducibili al provvedimento amministrativo, nonché la loro attinenza all'effetto principale” (282); E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati cit.*, 127 ss.; G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi cit.*, 264 ss. per il quale una prestazione che esorbiti tali criteri si configura come una “ingiusta imposizione” sindacabile dal giudice amministrativo in sede di legittimità.

<sup>425</sup> F. Cancelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali cit.*, 249.

<sup>426</sup> Per G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto cit.*, 220, non è necessario disconoscere il carattere contrattuale dell'accordo, una volta che sia accertata la sua conciliabilità con una manifestazione di esercizio del potere da parte dell'amministrazione. Infatti quest'ultima, in quanto tale deve osservare i suoi normali canoni, a cominciare da quelli che presiedono le scelte discrezionali, ivi compreso, il principio di proporzionalità in tutte le sue articolazioni”. Per l'A,

Se è vero che il principio di funzionalizzazione non esclude *ex se* l'utilizzo di "strumenti" diversi ai fini del soddisfacimento dell'interesse pubblico e quindi che "strumenti" pubblicistici e privatistici siano all'uopo astrattamente fungibili, qualificare l'accordo in termini contrattuali significa evocare un "potere" (quello negoziale) che, fondandosi sulla parità delle parti e degli interessi in gioco, presuppone una disponibilità dell'assetto degli interessi concordato incompatibile con il principio di funzionalizzazione e rinvia a regole e principi (anche nella formazione del consenso) che difficilmente possono considerarsi "neutri" rispetto al contesto in cui sono stati elaborati<sup>427</sup>. In conclusione, non può che condividersi l'osservazione di chi, ripudiando la diffusa convinzione dottrinale che "la migliore garanzia per l'amministrato risieda nel recupero del consenso dell'azione amministrativa", ritiene che tale idea dovrebbe accettare finalmente di confrontarsi con quella secondo la quale "la garanzia migliore non sta in un'azione amministrativa, per quanto consensuale, vasta e pervasiva, bensì nella conservazione a detta azione di un campo d'intervento più ristretto, caratterizzato dal [legittimo] esercizio del potere e da adeguati ed efficaci rimedi al suo cattivo esercizio"<sup>428</sup>.

---

quindi, "sarebbe illegittima la pretesa di imporre prestazioni aggiuntive alla parte privata, se l'accordo di limita a disciplinare l'esercizio del potere senza nessuna aggravio per l'amministrazione e senza necessità scaturenti dal caso concreto. Così come sarebbe illegittima la pretesa, nel caso in cui l'Amministrazione assuma a proprio carico prestazioni aggiuntive, di una controprestazione sproporzionata e, in quanto tale, vessatoria".

Negli stessi termini G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, nella misura in cui afferma che "quando il potere perde il suo carattere più forte, l'unilateralità, regola di composizione degli interessi, pubblici e privati, è ancora il principio che impone all'amministrazione di conseguire il pubblico bene con il minimo sacrificio dell'interesse privato" (272), con la conseguenza che "quando la legge tipizza potere e contenuto del provvedimento, l'assetto degli interessi trova un limite, estrinseco, nello schema normativo e un limite, intrinseco, nel criterio di ragionevolezza, dovendo comunque porsi il rapporto tra il contenuto del provvedimento e interessi, pubblici e privati, in termini di ragionevole proporzione. Ancorché invece manchi, o perché la legge attribuisce un potere *extra ordinem* o perché consente che l'accordo tra amministrazione e interessati sostituisca l'unilaterale definizione del contenuto del provvedimento, una tipizzazione del contenuto del potere, il rapporto tra interessi è regolato dalla regola del principio del minimo mezzo" (273).

<sup>427</sup> M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione cit.*, 159-160, 163 ss., ad esempio ritiene incompatibile con l'ontologia della relazione procedimento-accordo la conclusione di un accordo amministrativo con obbligazione di una sola delle parti (in analogia con quanto invece previsto per i contratti dall'art. 1333 c.c.), ritenendo che qualora l'amministrazione sia in condizione di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del privato e la passiva soggezione del privato sia sufficiente all'ottimale conseguimento dell'interesse pubblico, l'accordo si giustifichi "solo in funzione del principio di proporzionalità, consentendo di adottare misure tali da garantire, a parità di soddisfazione del fine collettivo, una minore sofferenza al privato (il che ovviamente sarebbe contraddetto da un accordo in cui quest'ultimo risultasse il solo obbligato)" (168); si sofferma sul tema anche F. Cangelini, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla l. n. 15/2005 cit.*, 249 ss.

<sup>428</sup> M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione cit.*, 159; analogamente P. Carpentieri, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato cit.*, 2658 s., per il quale "appare fuorviante l'idea che tende a identificare il conseguimento del consenso del destinatario diretto dell'atto con la (l'unica) garanzia per l'efficienza-efficacia dell'atto stesso (quasi che solo il consenso possa fondare una vera legittimità-legittimazione del provvedimento. Questa idea, oltre che priva di

Quanto sostenuto fornisce certamente un ulteriore elemento di complessità in un sistema di pianificazione urbanistica che nella recente legislazione regionale sembra ispirarsi sempre di più al modello dell'amministrazione consensuale, con il ricorso a sistemi perequativi e compensativi che si fondano in concreto su un articolato sistema di accordi amministrativi rispetto ai quali gli amministrati possono definirsi solo teoricamente terzi<sup>429</sup>.

A questo tema, ovvero all'incidenza del principio di proporzionalità negli strumenti urbanistici di natura consensuale, sarà quindi dedicata la giusta attenzione nelle pagine che seguiranno.

#### 6. *La discrezionalità amministrativa tra urbanistica pianificata e urbanistica contrattata*

Se, come si è cercato di evidenziare nelle pagine precedenti, il ricorso allo strumento consensuale non comporta alcuna deroga in ordine al necessario rispetto dei principi generali dell'azione amministrativa, in quanto espressione di una scelta discrezionale, ne consegue che, in relazione all'esercizio della funzione di pianificazione, la pianificazione c.d. "contrattata" non costituisce una rinuncia alla tradizionale discrezionalità amministrativa ma solo una "diversa dislocazione della medesima discrezionalità".

La quale, trasferita dallo strumento pianificatorio ai provvedimenti consensuali con un'operazione che "quanto all'intensità del vincolo legalitario appare per così dire a somma zero", trova il suo fondamento giuridico non tanto (e non solo) in una innovazione legislativa quanto in uno spontaneo e unilaterale adeguamento della pubblica amministrazione ad una nuova realtà, in forza di una capacità di autodeterminazione rientrante anch'essa nell'ordinaria configurazione legale dei suoi poteri<sup>430</sup>.

---

fondamento dogmatico, è palesemente smentita dai fatti, che dimostrano, al contrario, come la ricerca del consenso in sé conduca spesso alla paralisi dell'azione amministrativa. Prova ne sia sia la notoria difficoltà di decisione amministrativa nella localizzazione di opere pubbliche... La ricerca della legittimazione dell'atto nel consenso del suo destinatario diretto svuota, inoltre, di significato il principio di legalità, poiché opera un'inversione logica e cronologica del normale criterio *ex ante* di verifica di legittimità, che di regola si svolge alla stregua del parametro della previa legge, in favore di un criterio *ex post* tarato sul gradimento dell'atto da parte del suo destinatario".

Di grande respiro, sul tema, le considerazioni di F. Ledda, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 5, 1561 ss.

<sup>429</sup> Potrebbe infatti succedere che attraverso la negoziazione del contenuto dell'accordo amministrativo vengano "attribuite al privato contraente" facoltà altrimenti non spettanti che si traducono in un pregiudizio nei confronti di soggetti terzi rispetto alla pattuizione, per cui, come osservato da F. Cangelini, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali cit.*, il problema de terzo rileva non solo "nel momento della scelta tra strumento pubblicistico e strumento privatistico, ma anche e soprattutto nel momento della determinazione del contenuto dell'accordo, dell'assetto di interessi in esso dettato" (251).

Tale profilo oggi è preso in espressa considerazione dall'art. 11, 1° comma della legge n. 241/1990, per lo meno per quanto concerne la potenziale lesività di diritti dei terzi.

<sup>430</sup> G. G. Florida, *La discrezionalità amministrativa tra urbanistica pianificata e urbanistica contrattata*, in *Scritti minori*, (a cura di) F. Sorrentino, Torino, 2008, 837 ss., in particolare 849 s.; per A. M. Balestrieri, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati fra discrezionalità amministrativa e autonomia privata*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, (a cura di) E. Ferrari, F. Pugliese, Milano, 1999, 129 ss. il collegamento tra accordo e

Ed è quindi sempre all'interno dei principi generali che presiedono al corretto esercizio del potere amministrativo che vanno tracciati i confini e ricercati i limiti della c.d. "urbanistica consensuale o contrattata"<sup>431</sup>.

Come correttamente osservato, infatti, "anche l'amministrare per accordi è funzione ed anche per essa si pone il problema del controllo e della verificabilità dell'azione amministrativa"<sup>432</sup>.

Facendo un doveroso passo indietro occorre ricordare come la stessa possibilità per la pubblica amministrazione di ricorrere allo strumento consensuale nell'esercizio della potestà pianificatoria, al fine di determinare insieme al privato le scelte di programmazione del territorio, sia stata a lungo fortemente dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza.

La posizione iniziale, di netta chiusura, si fondava su una lettura dell'art. 11 della legge n. 241/1990 alla luce del successivo art. 13 che, come noto, esclude l'applicazione delle disposizioni di cui al Capo III della legge generale sul procedimento (e quindi anche la disciplina degli accordi), tra gli altri, agli atti amministrativi di pianificazione e programmazione<sup>433</sup>.

---

scelta di pianificazione non è neppure un problema, poiché l'ammissibilità dell'accordo è presupposta: non nasce da un'analisi dei limiti del potere di pianificazione, ma dalla natura auto applicativa di principi come quello di efficienza o di sussidiarietà orizzontale" (132); sul tema anche M. V. Ferroni, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008.

<sup>431</sup> La nozione di urbanistica consensuale evoca il passaggio da un'amministrazione per provvedimenti ad un'amministrazione per accordi, i quali possono essere conclusi tra pubbliche amministrazioni, non solo più in funzione di localizzazione delle opere pubbliche ma anche in funzione urbanistica (art. 15, legge n. 241/1990; art. 34 del d. lgs. n. 267/2000), e soprattutto tra amministrazione pubblica e privati in chiave di co-determinazione degli assetti urbanistico-territoriali. Per un'introduzione al tema dell'urbanistica consensuale, nella seconda delle due accezioni indicate, si consenta di rinviare agli scritti di: S. Civitarese Matteucci, *Verso l'urbanistica consensuale*, in *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, (a cura di) P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, Torino, 1995, 5 ss.; P. Urbani, *Urbanistica consensuale: la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate*, Milano, 2000; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche dello sviluppo tra urbanistica e mercato cit.*, 183 ss.; A. Barone, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 2, 261 ss. Tra gli urbanisti G. Crocioni, *Dall'urbanistica prescrittiva all'urbanistica negoziata*, in *La disciplina urbanistica in Italia*, (a cura di) S. Civitarese Matteucci, P. Urbani, Torino, 1997, 99 ss.

<sup>432</sup> S. Civitarese Matteucci, *Verso l'urbanistica consensuale cit.*, 8; analogamente F. Pugliese, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica cit.*, che ricorda come "mettere a confronto gli interessi non significa negoziare il potere, ma significa disciplinarne in un certo modo il relativo esercizio" (23).

<sup>433</sup> Per A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti cit.*, l'art. 13 non istituisce alcun divieto, nel senso che "con riferimento alla partecipazione dei cittadini (che è senz'altro di rilievo centrale nell'economia delle norme), non impedisce all'amministrazione di ammettere una partecipazione di quella del tipo prevista per i procedimenti individuali anche rispetto ai procedimenti per l'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione, di programmazione: più semplicemente si limita ad escludere che in questi casi l'amministrazione sia tenuta a garantire tale partecipazione. Ne è prova il fatto che alcune amministrazioni pur non essendovi obbligate, nella formazione di atti generali o addirittura, di atti normativi [ad esempio l'Autorità per energia elettrica], adottano proprio modalità corrispondenti a quelle previste dalla legge per la partecipazione ai procedimenti individuali. L'adozione di queste modalità comporta qualcosa in più rispetto a quanto è obbligatorio per legge, ma certamente non comporta alcun vizio di legittimità. Pertanto, anche

Sulla base della lettura combinata di queste due norme, la giurisprudenza fu a lungo persuasa dell'impossibilità per l'amministrazione comunale di "concordare" con il privato direttamente interessato al processo di trasformazione urbanistica le previsioni relative all'assetto urbanistico di un'area di sua proprietà, residuando in capo all'amministrazione la sola possibilità di disciplinare tramite accordo gli interventi per l'attuazione di tale assetto (ad esempio tramite le convenzioni di lottizzazione)<sup>434</sup>.

Detto altrimenti, l'urbanistica consensuale non avrebbe rilievo giuridico in quanto attinente a pattuizioni sulle prescrizioni urbanistiche primarie.

*Nulla quaestio* invece in relazione alle convenzioni di lottizzazione, per definizione chiamate a regolare esclusivamente la fase relativa alla loro attuazione.

Autorevole dottrina<sup>435</sup>, da tempo, ha però messo in luce come questa prospettiva, non tenendo conto dell'evoluzione e dell'autonomia dell'ordinamento urbanistico<sup>436</sup> che ha portato all'affermazione di regole del tutto peculiari, sia inficiata dall'errore di individuare ancora nella legislazione urbanistica una netta separazione tra pianificazione generale e pianificazione attuativa.

Secondo la dottrina citata, infatti, nella disciplina della convenzioni urbanistiche di lottizzazione di cui all'art. 28 della l. n. 1150/1942 vi sarebbe solo un'apparente diversificazione tra provvedimento di pianificazione e convenzione di lottizzazione cui l'emanazione del primo viene subordinata, in

---

ammesso che l'art. 13 l. 241 del 1990 incida sull'ambito di applicazione della disciplina degli accordi pubblici...tale disposizione non vieta per nulla all'amministrazione di procedere ad accordi pubblici rispetto ad atti di pianificazione, come i piani regolatori generali. La norma, tutt'al più, esclude l'obbligo per l'amministrazione di prendere in considerazione la proposta di un accordo presentata da un privato, ma non la facoltà per l'amministrazione che lo ritenga opportuno, di procedere ad un accordo" (277); analogamente S. Civitarese Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica cit.*, 162 ss. per il quale il legislatore ha "ritenuto opportuno non estendere a tale ordinamento l'automatica applicazione di taluni istituti onde consentire l'esplicazione della sua autonomia nell'adattarli alle proprie peculiarità" (169); N. Assini, P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico cit.*, 177, ricordando il rinvio operato dall'art. 29, 2° comma della stessa legge n. 241/1990 alla potestà legislativa regionale esclude che l'art. 13 sia una norma di principio vincolante per la potestà legislativa concorrente delle regioni dalle quali, di conseguenza, è lecito attendersi deroghe alla regola generale tanto con riguardo alla stipulazione di accordi integrativi che sostitutivi.

<sup>434</sup> A titolo esemplificativo: Corte Cass., sez. un., 11 agosto 1997, n. 7452, in *Foro it.*, Rep., 1998, voce *Edilizia e urbanistica*, n. 298; Corte Cass., sez. un., 25 novembre 1998, n. 11934, *ibidem*, voce *e urbanistica*, n. 297; Tar Lombardia, Brescia, 5 novembre 1997, n. 974, in *Tar*, 1998, I, 89, che ha ritenuto illegittime le previsioni di un piano regolatore che assegnavano indici di edificabilità diversi ai proprietari in relazione al fatto che essi si rendevano disponibili o meno a cedere gratuitamente al comune le aree per le infrastrutture pubbliche.

<sup>435</sup> S. Civitarese Matteucci, *Verso l'urbanistica consensuale cit.*, 14 ss.; Idem, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche cit.*, 167-170.

<sup>436</sup> Si allude alla nota teoria di P. Stella Richter, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Riv. giu. urb.*, 1988, 4, 648 ss. che contrappone il "principio della gerarchia degli interessi" al vecchio principio della "gerarchia dei piani" cui si ispirava la legge fondamentale del 1942.

quanto la convenzione urbanistica avrebbe *ex se* la forza giuridica di conformare il territorio e di dettare prescrizioni urbanistiche<sup>437</sup>.

Da qui il superamento del problema “formale” dell’art. 13 della legge n. 241/1990, in quanto “la possibilità di ricorrere all’accordo sui provvedimenti di pianificazione si ricava dall’interno della disciplina urbanistica e quindi dalle ‘particolari norme che ne regolano la formazione’ (art. 13, comma 1, ult. parte)”<sup>438</sup>.

In altri termini, proprio all’interno dell’ordinamento urbanistico analizzato nella sua concreta effettualità si trovano quegli elementi giuridici che consentono di confermare la vigenza in esso del principio contrattuale e quindi

---

<sup>437</sup> Il ragionamento può essere così semplificato: ai sensi dell’art. 28 della l. n. 1150/1942 i proprietari di diversi lotti predispongono un piano di assetto urbanistico di una certa area e lo sottopongono all’amministrazione comunale che può dividerne o meno il contenuto. Nella maggior parte dei casi, a seguito di diverse trattative, si giunge ad un’ipotesi di organizzazione del territorio che soddisfa entrambe le parti e che sfocia nell’approvazione del piano di lottizzazione. Sulla base di tale accordo i privati stipulano la convenzione di lottizzazione assumendo una serie di obbligazioni relative soprattutto alla realizzazione delle opere di urbanizzazione. Sebbene ci siano formalmente due atti, un piano adottato discrezionalmente dall’amministrazione ed un contratto destinato a disciplinare alcuni aspetti della sua attuazione, non è in realtà possibile distinguere tra un provvedimento amministrativo cui imputare gli effetti conformativi del territorio ed un atto negoziale con cui regolare le obbligazioni del privato, in quanto il programma di assetto urbanistico e le clausole attuative sono elementi inscindibili della fattispecie, le une inconcepibili senza l’accordo sull’altro e viceversa. Per cui la delibera del consiglio comunale di approvazione del piano di lottizzazione assolve nei fatti alla funzione di accettazione del contenuto della convenzione e del disegno urbanistico che di essa è parte integrante. Senza dimenticare poi che il comune si obbliga a non utilizzare (*rebus sic stantibus*) il potere di pianificazione urbanistico per modificare l’assetto del territorio concordato (e sul ruolo in tal caso del principio di proporzionalità abbiamo già detto). In questi termini S. Civitarese Matteucci, *Verso l’urbanistica consensuale cit.*, 15-17; Idem, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche cit.*, 171-173; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti cit.*, 324 ss.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati cit.*, 281 ss. per il quale l’obbligo fondamentale che il comune deduce in convenzione è strettamente connesso all’accordo sull’assetto urbanistico, anzi coincide con questo esplicandosi nel rilascio delle concessioni edilizie a favore dei lottizzati; G. Pericu, *Le convenzioni di lottizzazione*, in *Diritto amministrativo cit.*, ed. 1993, 1335 ss., in particolare 1340.

Di diverso avviso G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati cit.*, per il quale “la convenzione di lottizzazione può essere inquadrata come atto accessorio del provvedimento autorizzatorio, con il quale si precisano e si definiscono gli obblighi connessi all’autorizzazione rilasciata con specifico riferimento alla cessione gratuita delle aree di urbanizzazione e all’adempimento degli oneri urbanizzativi, nonché alla relativa garanzia”, per cui “l’impianto legislativo individua, certamente, nel privato-proprietario il soggetto proponente del piano di lottizzazione, ma non lascia alcun spazio, sul piano giuridico-formale, alla negoziazione delle scelte urbanistiche, comunque attuative, tra proponente e P.A. anche attraverso l’indicazione del contenuto essenziale della convenzione” (454); T. Galletto, *le convenzioni urbanistiche*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1989, IV, 362 ss.

<sup>438</sup> “Vi è, in definitiva, una sorta di relazione circolare tra il principio di negoziabilità dell’azione amministrativa e la disciplina dell’ordinamento particolare, poiché una volta affermata l’esistenza del principio dell’ordinamento generale ciò consente di valorizzare al meglio talune caratteristiche del secondo, quale in primo luogo la equiparazione, o meglio l’immedesimazione, tra il piano ed il progetto come sua regola fondamentale. Trattandosi di una ipotesi di accordo sul contenuto del provvedimento, dovranno peraltro, applicarsi ad esso proprio le previsioni dell’art. 11”, così S. Civitarese Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche cit.*, 174.

di un modello di governo del territorio che considera l'accordo come parte integrante di tutte le scelte di pianificazione, senza distinzioni derivanti dai loro differenti livelli<sup>439</sup>.

Sebbene confermata nella prassi<sup>440</sup> e avvalorata dalla legislazione statale<sup>441</sup> e regionale<sup>442</sup>, la transizione della pianificazione urbanistica verso schemi consensuali è ancora oggi oggetto di importanti riflessioni in relazione al suo possibile conflitto con il principio di legalità sostanziale<sup>443</sup>.

Problema che si pone, anzitutto, in relazione agli accordi che autorevole dottrina<sup>444</sup> ha definito come "accordi a monte" della scelte di pianificazione (accordi premiali, accordi di scambio edificatorio, accordi ad evidenza pubblica) in quanto il loro contenuto non è condizionato dalle disposizioni di piano ma è esso stesso luogo e strumento di soddisfazione dell'interesse pubblico concreto.

---

<sup>439</sup> Di diverso avviso: G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati cit.*, in particolare 473 ss.; M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 4, 539 ss., per il quale "è evidente che il divieto per le pubbliche amministrazioni di concludere con i privati accordi integrativi della pianificazione generale riposa su una norma costituyente diretta attuazione del principio di imparzialità della pubblica amministrazione [corsivo nel testo]. Alla stregua di questo principio costituzionale, che non conosce attenuazione degli ordinamenti particolari – sempre che in questo modo si possa definire l'ordinamento urbanistico - identificare l'accordo in guida di concertazione tra pubblico e privato rimette in discussione la ragione dell'accordo stesso: il motivo, cioè, per cui soltanto alcuni salvo poi vedere quali, soggetti privati dovrebbero essere legittimati a negoziare su un piede di parità con l'ente locale, acquisendo prerogative ulteriori rispetto alla semplice partecipazione al procedimento" (546).

<sup>440</sup> Come ricordato da S. Civitarese Matteucci, *Verso l'urbanistica consensuale cit.*, 814, nella prassi delle amministrazioni comunali forme di negoziazione degli interessi non tipizzate, né facilmente inquadrabili in fattispecie giuridicamente formalizzate, sono sempre esistite.

<sup>441</sup> Il legislatore nazionale mostra un chiaro *favor* per la definizione consensuale di contenuti pianificatori, generali e attuativi. In questa direzione oltre all'art. 28 della l. n. 1150/1942, come modificata dalla l. 6 agosto 1967, n. 765, che disciplina le convenzioni di lottizzazione, anche la l. 18 aprile 1962, n. 167 relativa ai piani di zona per l'edilizia economica popolare che prevede la stipulazione di convenzioni con i soggetti concessionari delle aree per la cessione del diritto di proprietà o di superficie; la legge art. 22 ottobre 1971, n. 865 istitutiva dei piani per gli insediamenti produttivi (art. 27); gli artt. 7-8 della l. 28 gennaio 1977, n. 10 sulla c.d. edilizia convenzionata (oggi disciplinata dagli artt. 17 e 18 del d.p.r. 380/2001); la l. 5 agosto 1978, n. 457 istitutiva dei piani di recupero per il patrimonio edilizio esistente; gli artt. 2 e 16 della l. 17 febbraio 1992, n. 179 disciplinante i programmi di riqualificazione urbana ed i piani integrati di intervento; l'art. 11 della l. 5 ottobre 1993, n. 493 che regola i programmi di recupero urbano; i contratti di quartiere di cui al d. m. 22 ottobre 1997; l'art. 27 del l. 1 agosto 2002, n. 166 sui programmi di riabilitazione urbana senza dimenticare infine i diversi strumenti di programmazione negoziata previsti dall'art. 2, comma 203, l. 23 dicembre 1996, n. 662.

<sup>442</sup> Si pensi alla legislazione regionale sui "programmi integrati di intervento" (ex art. 16, l. n. 179/1992) e sui "programmi di riqualificazione urbana" (ex art. 2, l. n. 179/1992 e successivo decreto del Ministero dei lavori pubblici, 21 dicembre 1994).

<sup>443</sup> Autorevole dottrina ha ampiamente spiegato come nell'amministrazione consensuale il criterio della legittimità dell'atto non si identifica con la nozione di "conformità" all'interesse pubblico ma con quella meno rigorosa di "compatibilità", nel senso che "è legittimo il provvedimento il cui contenuto, definito dall'accordo delle parti, non sia pregiudizievole al perseguimento dell'interesse pubblico", in questi termini G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, 272.

<sup>444</sup> La distinzione tra "accordi a monte" e "accordi a valle" delle prescrizioni urbanistiche è ascrivibile a P. Urbani, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 2, 222 ss.

### 6.1. Il principio di proporzionalità negli accordi “a monte” della pianificazione urbanistica

Semplificando, con l'espressione “accordi a monte” si rinvia a tutti quei casi in cui le amministrazioni<sup>445</sup>, in accoglimento di osservazioni e proposte presentate secondo lo schema di cui all'art. 11, 1° comma della l. n. 241/1990, concludono accordi preparatori o procedimentali<sup>446</sup> con gli interessati al fine di determinare in tutto o in parte il contenuto del provvedimento di pianificazione generale.

Si tratta, in altri termini, di codeterminazioni pubblico-private degli assetti urbanistici del territorio compiute a monte delle norme di piano vigenti e concordate proprio in previsione di una modifica degli assetti urbanistici esistenti.

La mancanza di regole “codificate” sulla determinazione dell'oggetto degli accordi di scambio<sup>447</sup> rischia però, non solo in questa materia ma in essa certamente con esiti più preoccupanti, di esporre gli accordi in esame ad una

---

<sup>445</sup> M. Breganze, *La nuova pianificazione urbanistica territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 1-2, 210 ss. spiega ad esempio come la legge veneta abbia fatto uscire dalla clandestinità gli accordi che si fatto già esistevano “ma che assai spesso dovevano esprimersi in forme camuffate di apparentemente spontanei atti unilaterali d'obbligo ad alcunché, laddove il piano avesse avuto ad essere modificato in un certo modo” (221).

<sup>446</sup> Le leggi urbanistiche regionali di ultima generazione che hanno espressamente introdotto la fattispecie degli accordi pubblico-privati sono tuttavia poche, ossia la l. r. del Veneto, 23 aprile 2004, n. 11 (art. 6); la l. r. dell'Emilia Romagna, 24 marzo del 2000, n. 20 (art. 18) e la l. r. dell'Umbria, 22 febbraio 2005, n. 11 (art. 12). In tutte le ipotesi si tratta di accordi di natura procedimentale che vanno recepiti con la delibera di approvazione dello strumento urbanistico generale: art. 6, 3° comma l. r. del Veneto, n. 11/2004 (“L'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione. L'accordo è recepito con il provvedimento di adozione dello strumento di pianificazione ed è condizionato alla conferma delle sue previsioni nel piano adottato”), art. 18, 3° comma della l. r. dell'Emilia Romagna, come modificato dall'art. 24 della l. r. 6 luglio 2009, n. 6 (“L'accordo costituisce parte integrante dello strumento di pianificazione cui accede ed è soggetto alle medesime forme di pubblicità e di partecipazione. La stipulazione dell'accordo è preceduta da una determinazione dell'organo esecutivo dell'ente. L'accordo è subordinato alla condizione sospensiva del recepimento dei suoi contenuti nella delibera di adozione dello strumento di pianificazione cui accede e della conferma delle sue previsioni nel piano adottato”) e l'art. 12, 1° comma della l. r. dell'Umbria per il quale l'accordo, limitato al “PRG, fase operativa”, si intende recepito se il comune competente accoglie la proposta del privato in sede di esame delle osservazioni.

Per un commento nel dettaglio delle norme citate si rinvia a: G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati cit.*, 488 ss.; M. Breganze, *La nuova pianificazione urbanistica territoriale in Veneto e gli accordi con i privati cit.*, 320 s.; M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali cit.*, 557 ss.; F. Gualandi, *Art. 18 - Accordi con i privati cit.*, 69 ss.; G. Sciuolo, *Accordi e conferenze di servizi nella l.r. n. 6/2009*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 6, 91 ss.

<sup>447</sup> Diversamente da quanto accade nell'ordinamento tedesco, nel quale il § 11 del Codice urbanistico prescrive un generale obbligo di proporzionalità delle prestazioni pattuite nei contratti urbanistici, nel senso che la prestazione cui si obbliga la controparte privata deve trovarsi in un rapporto di adeguata proporzione con la prestazione cui si obbliga l'amministrazione e che entrambe debbono essere proporzionali rispetto al valore dell'intervento che si richiede o si progetta. Sul tema, si rinvia alla accurata analisi di E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici (stadtebauliche Verträge)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 3, 357 ss. in particolare 387-389.

“logica di puro scambio tra beni immateriali (diritti edificatori) e prestazioni onerose a carico del privato derivanti dalla migliore urbanizzazione dell’area”<sup>448</sup> che, *ex se*, è certamente estranea al principio di funzionalizzazione. Il tema della determinazione del contenuto dell’accordo è in realtà, ancora una volta, quello del “luogo” e dei “criteri” alla luce dei quali *misurare* l’interesse pubblico concreto alla cui soddisfazione è indirizzata la fattispecie consensuale.

Le amministrazioni più accorte, al fine di evitare il rischio dell’eccesso di potere e quello ben più grave dell’abuso d’ufficio<sup>449</sup>, nella prassi spesso hanno optato per una sorta di determinazione preventiva in sede consiliare delle invarianti degli accordi di pianificazione.

I limiti di tale soluzione sono però noti.

Al di là del fatto che i contenuti di tali delibere consiliari sono talora così fumosi ed equivoci che in concreto il contenuto degli accordi può facilmente aggirarne le previsioni<sup>450</sup>, l’aspetto più controverso è rappresentato dal fatto che essendo queste il frutto di una valutazione generalizzata a “tutte” le possibili ipotesi di trasformazione urbana del territorio finiscono con il rimettere poi, in concreto, la misura dell’interesse pubblico al contenuto dei singoli accordi<sup>451</sup>.

Solo nell’ipotesi opposta, in cui la determinazione delle invarianti per la stipulazione degli accordi trovi spazio nell’ambito di delibere del consiglio

---

<sup>448</sup> P. Urbani, *Dell’urbanistica consensuale cit.*, 224.

<sup>449</sup> Sul tema, P. Urbani, *Urbanistica consensuale, “pregiudizio” del giudice penale e trasparenza dell’azione amministrativa*, in *astrid-online.it*; S. Amoroso, *Cinquant’anni di leggi urbanistiche (1942-1992). Spunti preliminari ad una riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, 3, 93 ss., che sottolinea come le note vicende di intreccio e collusione tra promotori di operazioni immobiliari e decisori amministrativi abbiano contribuito non poco ad appannare l’immagine dell’urbanistica contrattata; il “danno maggiore” continua l’A., “è stato il diffondersi di una cultura del sospetto e dell’irrazionale opposizione a qualsiasi intervento (per definizione inteso come speculativo e oggetto di corruzione)” (97); molto critico nei confronti del fenomeno dell’urbanistica consensuale in una prospettiva non strettamente giuridica E. Salzano, *Deregulation urbanistica e Tangentopoli*, in *Democrazia e diritto*, 1992, 3, 169 ss.

<sup>450</sup> P. Urbani, C. Civitaresse Matteucci, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche dello sviluppo tra urbanistica e mercato cit.*, 187, fanno l’esempio di una delibera del comune di Padova nella quale l’amministrazione comunale ha stabilito che, superata positivamente la valutazione urbanistica dell’intervento complessivo proposto, ai fini della valutazione della convenienza economica determinata dallo scambio tra diritti edificatori ed opere pubbliche di mecenatismo, la quota del plusvalore complessivo (corrispondente alla somma della convenienza pubblica e di quella privata) non deve essere inferiore, per l’amministrazione, al 60%.

<sup>451</sup> Su tema P. Urbani, *Urbanistica consensuale, “pregiudizio” del giudice penale e trasparenza dell’azione amministrativa cit.*, sottolinea come queste esperienze stiano mostrando “gravi limiti sia perché condizionano la discrezionalità del potere pubblico nell’individuazione dell’interesse pubblico concreto, sia perché si prestano ad essere regole sul metodi che tendono però a porsi a monte delle scelte pianificatorie contraddicendo il principio che la pubblica amministrazione esercita discrezionalmente i propri poteri di conformazione *nel piano*. In breve, quando l’amministrazione ritiene ammissibile una proposta di riconversione urbana presentata dai promotori privati deve valutarla nel suo insieme, tener ben presente l’interesse pubblico in concreto che giustifichi la ripianificazione dell’area interessata” (7), non potendo cioè predeterminare a priori i termini dello scambio attraverso delibere consiliari che stabiliscono in astratto benefici e oneri in termini di vantaggi e svantaggi meramente economici a carico del privato o a detrimento dell’amministrazione comunale.

comunale che assumano la forma delle determinazioni preliminari di cui al comma 4 *bis* dell'art. 11 della legge n. 241/1990<sup>452</sup>, il consiglio comunale potrà invero, caso per caso e preventivamente rispetto alla stipulazione dell'accordo vero e proprio, verificare e pronunciarsi sull'utilità e sulla necessità dello strumento consensuale (leggi *idoneità* e *necessarietà*), indicando lo scopo che con l'accordo si intende perseguire e la sua compatibilità con gli obiettivi che l'amministrazione comunale si è data (ad es. nell'ambito delle conferenze di pianificazione), la valutazione dei vantaggi per l'amministrazione e quindi la predeterminazione delle clausole ritenute essenziali<sup>453</sup>, compiendo in altri termini una "valutazione strategica e di sostenibilità dell'accordo" che assumerà poi le forme tradizionali dell'atto amministrativo<sup>454</sup>.

Risolto il problema del *luogo* nel quale *misurare* l'interesse pubblico<sup>455</sup> il problema dei *criteri* alla luce dei quali *misurare* tale interesse è ancora una volta risolto da quel criterio di adeguatezza<sup>456</sup> che del principio generali di proporzionalità dell'azione amministrativa rappresenta l'ultimo ed il decisivo gradino.

Adeguatezza che implicando una valutazione approfondita del valore intrinseco degli interessi confliggenti, tesa ad identificare la soluzione implicante il "giusto equilibrio" tra gli stessi<sup>457</sup> non potrà semplicemente identificarsi nel mero corrispettivo economico che, in denaro o opere pubbliche, il privato si impegna a realizzare<sup>458</sup>.

---

<sup>452</sup> Per P. Carpentieri, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato cit.*, la previsione di cui al 4° comma *bis* dell'art. 11 "dimostra soprattutto, la radice logica pubblica dell'atto" (2678).

<sup>453</sup> Ad esempio fissando l'assetto insediativo, le destinazioni d'uso, i parametri urbanistici ed edilizi, specifiche tipologie e modalità costruttive, ecc. ecc.

<sup>454</sup> F. Gualandi, *Art. 18 - Accordi con i privati cit.*, 62.

<sup>455</sup> In questo senso sembrano cogliersi e superarsi la preoccupazione più volte manifestate dalla più autorevole dottrina urbanistica circa la necessità di "rimettere al centro il piano urbanistico" ed "evitare che esso sia sostituito dal contratto" pur nella necessità di aprirsi alla codeterminazione degli assetti urbanistici con gli interessi al fine di consentire le migliori soluzioni urbanistiche nel momento stesso in cui queste concretamente si manifestano, per tutti P. Urbani, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa cit.*, 11.

<sup>456</sup> Quella che A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti cit.*, esprime con il concetto di "appropriatezza della controprestazione" (281).

<sup>457</sup> Cfr. capitolo 1, paragrafo 5.

<sup>458</sup> Relativamente all'oggetto dell'accordo, mentre per G. Sciuolo, *Profili degli accordi tra amministrazioni e privati cit.*, 819-810, il fatto che la causa dell'accordo sia da individuarsi nella definizione concordata fra p.a. e privato di un certo assetto di interessi, non significa che "sia prevista una prestazione corrispettiva da parte del privato: l'importante è che il consenso cada sull'assetto degli interessi che coinvolge le due parti. Anche in assenza di controprestazione dedotta nell'accordo, l'effetto di vincolo a carico del privato discende non da una sua acquiescenza ad un atto unilaterale, ma dall'accettazione formale dell'assetto dell'accordo"; per M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione cit.*, "l'amministrazione può, nell'accordo, definire o un sinallagma potere-obbligazione ottenendo dal privato una controprestazione, oppure può definire il modo di esercizio di un potere. Anche in quest'ultimo caso, tuttavia, la contrattazione delle modalità di esercizio del potere deve trovare ragione in comportamenti (di dare, fare o non fare) del privato" (167).

Come correttamente osservato<sup>459</sup>, infatti, quest'ultimo può aggiungersi al rafforzamento dell'opportunità amministrativa della stipulazione dell'accordo, ma non può certo rendere legittimo e conforme al merito il provvedimento di recepimento dell'accordo, se questo non determina, prima e pregiudizialmente, il raggiungimento (quanto meno) di migliori e (e non altrimenti ottenibili) condizioni di soddisfazione dell'interesse pubblico generale, magari anche attraverso l'accettazione da parte del privato di clausole "atipiche", cioè di condizioni non imponibili al privato senza la sua acquiescenza ma certamente non esorbitanti rispetto alla disciplina legale del potere urbanistico<sup>460</sup>.

L'accordo dovrà infatti "risultare strumento, formale e soprattutto sostanziale, di soddisfacimento del citato interesse pubblico. Il che, come è notorio, giusta i principi di imparzialità e proporzionalità, non si tradurrà nella penalizzazione pregiudiziale e immotivata dell'interesse privato, ma nell'individuazione del giusto mezzo di perseguimento dell'interesse pubblico e quindi, di minore penalizzazione possibile di quello privato"<sup>461</sup>.

A tale fine, nella stipulazione di un accordo urbanistico dovranno garantirsi sempre e comunque le condizioni giuridiche di partecipazione di chiunque sia interessato dal singolo procedimento pianificatorio<sup>462</sup> (*ex art. 7-10 della legge*

---

<sup>459</sup> G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati cit.*, spiega ad esempio come "la modificazione migliorativa (ad esempio, dal punto di vista della sicurezza stradale) del tracciato di una strada comunale, che per il privato porti alla liberazione di un proprio terreno e all'utilizzabilità dello stesso per l'ampliamento di un insediamento produttivo e della quale (strada) il privato si accollì la realizzazione, risponderà certamente all'interesse pubblico. Non sarebbe così allorché l'accordo urbanistico si dovesse ridurre ad un mero scambio tra modificazione della previsione urbanistica e impegno a realizzare una data opera pubblica. In un simile caso, infatti, la tutela e la prevalenza dell'interesse pubblico non sarebbero garantite, ma sostanzialmente verrebbe soddisfatto (solo) un interesse privato, secondo la mera logica contrattuale privatistica. Il che, realizzerebbe un effetto sicuramente contrario al principio costituzionale di eguaglianza e a quello di imparzialità: l'interesse privato verrebbe premiato non come bilanciamento degli interessi richiesto dall'art. 97 Cost., ma come conseguenza della capacità economica del privato" (482).

<sup>460</sup> Di diverso avviso sembra essere M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali cit.*, per il quale invece con l'accordo urbanistico la pubblica amministrazione può imporre clausole esorbitanti come "vincoli di inedificabilità assoluta a tempo indeterminato, imposizione di oneri di fare per la manutenzione di spazi verdi o destinati ad uso pubblico, realizzazione di un fabbisogno di standard in eccesso rispetto al singolo intervento oppure prestazioni, che potrebbero legittimamente essere prescritte ma non a quel livello di pianificazione, ecc. ecc." (562).

<sup>461</sup> G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati cit.*, 487.

<sup>462</sup> G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati cit.*, 486; per P. Urbani, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa cit.*, 9-10, le amministrazioni dovrebbero sottoporre le proposte per la conclusione di accordi pubblico-privato "a forme di partecipazione anche attraverso *udienze pubbliche* [corsivo nel testo] poiché non è sufficiente il giusto procedimento previsto dopo l'adozione della variante urbanistica ove chiunque abbia interesse può presentare le proprie osservazioni...[tale] partecipazione può essere foriera di proposte alternative rispetto al contenuto dell'accordo", la valutazione delle quali, come ampiamente detto, rappresenta il segno tangibile di un esercizio proporzionato del potere amministrativo; Idem, *Urbanistica consensuale: la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione, programmazione negoziata e tutele differenziate cit.*, 82; analogamente S. Civitarese Matteucci, *Verso l'urbanistica consensuale cit.*, per il quale "l'urbanistica consensuale passa anche attraverso l'urbanistica partecipata" se si vuole evitare "la prevalenza degli interessi meglio posizionati, più organizzati e politicamente più forti, in assenza di regole procedurali"

n. 241/1990) e quindi rispettato il principio di pari opportunità concorsuale<sup>463</sup> (ex art. 11, 1° comma *bis* della legge n. 241/1990)<sup>464</sup> come anche la coerenza del contenuto degli accordi con le linee di impostazione tecnica e giuridica dello strumento urbanistico generale cui si riferisce<sup>465</sup>.

L'unica vera garanzia, sia sul piano giuridico che effettuale, per un corretto (*rectius* proporzionale) esercizio del potere di pianificazione passa quindi ancora una volta per un diretto ed effettivo coinvolgimento degli interessati nella fase dell'assunzione delle scelte di pianificazione, che si tratti di scelte autoritative o consensuali poco importa.

## 6.2 Il principio di proporzionalità negli accordi "a valle" della pianificazione urbanistica

È stato osservato<sup>466</sup>, correttamente, come in relazione agli accordi c.d. "a valle" delle prescrizioni urbanistiche non si metta in realtà "in discussione la cura dell'interesse pubblico negoziando l'esercizio del potere discrezionale

---

(18); sul tema anche G. Pericu, *Problematiche recenti nei rapporti pubblico-privati nella pianificazione territoriale*, in *Quaderni delle Regioni*, 1986, 1, 45 ss, in particolare 52.

In giurisprudenza, *ex multis*: Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5884, in *giustizia-amministrativa.it*, per il quale l'accordo "rileva un nesso strettissimo con la partecipazione procedimentale, tanto che può dirsi che non vi può essere accordo senza che vi sia stato avvio del procedimento, non possono concludersi accordi al di fuori e prima dell'avvio del procedimento e che non siano espressione della partecipazione procedimentale tesa a *stabilire nel caso concreto quale sia l'interesse pubblico* [corsivo mio]"; Cons. St., 15 maggio 2002, n. 2636 cit.; Tar Lazio, sez. I, 16 maggio 1996, n. 763, in *Tar*, 1996, 7-8, 2229.

<sup>463</sup> Su tale aspetto per F. Gualandi, *Art. 18 - Accordi con i privati cit.*, si "gioca gran parte della credibilità (anche in termini di legittimità) della stessa urbanistica consensuale, ciò significa che la scelta del contraente dovrà essere improntata a modalità concorrenziali, che consentano la selezione delle proposte sulla base di più parametri, mediante i quali sia possibile valutare sia la qualità dell'offerta tecnica, sia le convenienze economiche che il perseguimento degli obiettivi generali determinati dall'Amministrazione" (66-67); analogamente M. Breganze, *L'urbanistica contrattata oggi: brevi note*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 3-4, 563 ss., per il quale è essenziale garantire "la trasparenza nelle operazioni di scelta dei più affidabili dei contraenti" (567); P. Bonaccorsi, G. Pericu, *Su alcune tendenze della pianificazione territoriale e dei procedimenti per la sua attuazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, 1, 161 ss.

<sup>464</sup> In questo senso la recente novella di cui all'art. 18, 1° comma della legge regionale dell'Emilia Romagna, n. 20/2000, da parte della l. r. n. 6/2009.

<sup>465</sup> Per G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati cit.*, "a questo riguardo, è evidente che l'accordo può avere maggiore ampiezza e superiore incidenza nel caso in cui riguardi un nuovo piano regolatore, mentre il contenuto discrezionale che potrà essere oggetto di accordo sarà minore, allorché si opererà nell'ambito di un procedimento di variante, foss'anche generale ad uno strumento urbanistico vigente. In ogni caso, però, non potrà mai riguardare né le linee di indirizzo, né le scelte di fondo, né la disciplina generale di piano (ad esempio, le norme generali di singole zone omogenee, ma dovrà concernere aspetti circoscritti e funzionali alla fattispecie di riferimento, cioè a quello che spinge a ricercare l'accordo" (484). Ad esempio, precisa l'A., "operata dall'Amministrazione comunale la scelta di introdurre una zona agricola speciale (che significa che unilateralmente sono stati definiti l'*an*, cioè la soggezione di determinati fondi a detta zona omogenea speciale, e il *quid*, cioè l'introduzione di una disciplina differenziata nell'ambito delle zone agricole), può essere concordata la disciplina edificatoria per le aree ivi ricomprese, naturalmente nei limiti generali caratterizzanti le zone agricole in quanto tali" (485).

<sup>466</sup> P. Urbani, *Dell'urbanistica consensuale cit.*, che aggiunge come "in questi casi l'amministrazione agisce nel rispetto del principio di legalità, né può chiedere oneri o prestazioni esorbitanti al privato in fase di accordo. In altre parole le regola sono già fissate" (224).

della p.a. poiché le scelte sono già state prese a monte dall'amministrazione attraverso la fissazione unilaterale delle prescrizioni urbanistiche: [detto altrimenti] il contenuto dell'accordo, se c'è, è già predeterminato dal piano".

Pur non potendosi che condividere questa osservazione, non sembra affatto inutile indagare se anche in relazione a tali categoria di accordi possa porsi un problema di rispetto del principio di legalità-sostanziale e quindi di proporzionalità.

Il pensiero va immediatamente alla disciplina edilizia delle opere a scomputo, a proposito occorre comunque distinguere tra l'ipotesi in cui l'impegno del privato costituisca il presupposto indispensabile perché si concluda un accordo che ha ad oggetto la stessa edificabilità dell'area dall'ipotesi in cui l'impegno del privato assuma le forme di una vera e propria controprestazione.

Nella prima delle due ipotesi, che per intenderci riguarda l'"esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione", non sembra infatti potersi porre un problema di proporzionalità e ciò anche nell'ipotesi in cui il privato assuma oneri ulteriori rispetto a quelli che sarebbero previsti dalla concessione edilizia<sup>467</sup>.

Essendo il privato gravato *ex lege* (se vuole costruire) dall'onere di realizzare tutte le opere di urbanizzazione necessarie per garantire l'edificabilità dell'area, ossia tutte quelle opere che l'amministrazione pubblica avrebbe dovuto realizzare in vista della sua completa urbanizzazione e per il rilascio delle relative concessioni edilizie, non è mai configurabile un'eccedenza in capo all'amministrazione.

Ne consegue che il profilo relativo al correlativo costo non assume un rilievo determinante nella struttura della fattispecie e che è del tutto compatibile con il principio di legalità una convenzione che preveda in capo al privato obbligazioni eccedenti alle previsioni tabellari previste dalla l. n. 10/1977<sup>468</sup>.

Diversamente nella seconda ipotesi, relativa invece alla c.d. "esecuzione a scomputo delle opere di urbanizzazione" di cui all'art. 16, 2° comma, del d. p.r. n. 380/2001 ovvero alla stipulazione di una convenzione che, accedendo al permesso di costruire o alla d.i.a., comporta una scelta "discrezionale" in ordine agli interventi di interesse pubblico da realizzare in una zona già urbanizzata a scomputo degli oneri di urbanizzazione<sup>469</sup>.

---

<sup>467</sup> A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti cit.*, 281.

<sup>468</sup> Sul tema E. Boscolo, *L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione e l'attuazione di opere "a scomputo": elementi di una distinzione tra sfera convenzionale e principio di legalità cit.*, 25-31.

<sup>469</sup> In realtà oggi l'esecuzione a scomputo è divenuta molto meno agevole che in passato in quanto il Terzo Correttivo al Codice degli appalti, a seguito della nota pronuncia della Corte di Giustizia del 12 luglio 2001, C-399-98, ha imposto anche per le opere di valore inferiore alla soglia comunitaria l'espletamento di una gara (in forma semplificata) che ha portato la dottrina a ricostruire la fattispecie alla categoria dell'appalto pubblico di lavori. Sul tema si rinvia alle osservazioni di: A. Mandarano, *Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza*, in *Urb. app.*, 2008, 12, 1367 ss.; F. Gualandi, *Il "dito e la luna": riflessioni sparse sulla disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo e sulla realizzazione delle opere pubbliche in genere*, in *iuav/diritto-governoterritorio.it*, che ha ben sottolineato come il legislatore nel tentativo di disciplinare una negoziazione che si è progressivamente allargata, a causa di fenomeni concomitanti come la carenza finanziaria degli enti locali e la crisi della pianificazione urbanistica,

In tal caso l'amministrazione consente ai privati di realizzare opere già indicate negli atti di programmazione (programma pluriennale di attuazione) e che l'amministrazione avrebbe dovuto realizzare nel triennio successivo (sgravando quest'ultima dai rischi economici legati alla loro realizzazione e riducendo i tempi e i costi dell'ordinario procedimento di evidenza pubblica per l'affidamento dell'opera<sup>470</sup>), per cui l'edificazione del fondo è subordinata unicamente alla corresponsione degli oneri di urbanizzazione primaria previsti nelle tabelle parametriche comunali.

Qualora il privato e l'amministrazione si accordino tramite una convenzione per consentire al primo lo scomputo degli oneri di urbanizzazione attraverso l'attuazione delle opere di urbanizzazione non si fa altro che convertire una obbligazione di *dare* in una di *facere*, per cui l'amministrazione non può ottenere dal privato la cessione di opere di valore superiore a quanto dovuto secondo i suddetti valori tabellari, nemmeno "con il consenso del privato".

Ancora, ai fini della nostra indagine, non possiamo certo trascurare di soffermarci su tutti quegli accordi "a valle" della pianificazione urbanistica che danno attuazione ai modelli perequativi<sup>471</sup>.

---

corra oggi il rischio "di una sempre più palese violazione delle regole fondamentali relative all'esercizio delle funzioni in materia di governo del territorio" concentrandosi "sulla (presunta) necessità di garantire la concorrenza in un mercato (quello della realizzazione delle opere di urbanizzazione) che non c'è mai stato, dato che la realizzazione di dette opere ha sempre risposto ad una logica del tutto differente, che è quella dell'*urbanistica* e non certo quella del *Codice dei contratti*" (2).

<sup>470</sup> *Ibidem*, 31-35.

<sup>471</sup> A circa un decennio dall'avvio del dibattito attorno alle tecniche della perequazione le leggi regionali che si sono orientate in tale direzione sono: l. r. Toscana, 3 gennaio 2005, n. 1; l. r. Emilia Romagna, 24 marzo 2000, n. 20; l. r. Basilicata, 11 agosto 1999, n. 23; l. r. Lazio, 22 dicembre 1999, n. 38; l. r. Puglia, 27 luglio 2001, n. 20; l. r. Calabria, 16 aprile 2002, n. 19; l. r. Campania, 22 dicembre 2004, n. 16; l. r. Veneto, 23 aprile 2004, n. 1; l. r. Lombardia, 11 marzo 2005, n. 12; l. r. Umbria, 22 febbraio 2005, n. 11; l. r. Friuli Venezia Giulia, 23 febbraio 2007, n. 20; l. p. Trento, 4 marzo 2008, n. 1, n. 11; l. p. Bolzano, 2 luglio 2007, n. 3. Per una rassegna della legislazione regionale in materia: V. Colonna, *Nuovo modello di pianificazione e perequazione urbanistica nella legislazione regionale dell'ultimo decennio*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 2, 63 ss.; F. Forte, *Struttura e forma del piano urbanistico comunale perequativo*, Napoli, 2005, A. Bartolini, A. Maltoni, *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009.

In generale sui profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa, si consenta di rinviare a: M. A. Quaglia, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, 2000; E. Micelli, *Perequazione urbanistica. Pubblico e privato per la trasformazione della città*, Venezia, 2004; S. Perongini, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005; E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 104 ss.; Idem, *Dalla zonizzazione alla perequazione urbanistica (Il caso del P.r.g. di Reggio Emilia)*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 1, 21 ss.; G. Sabato, *La perequazione urbanistica*, in *giustizia-amministrativa.it*; P. Stella Richter, *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 4, 169 ss.; P. Urbani, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 4, 587 ss.; A. Police, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 1, 3 ss.; L. Piscitelli, *Perequazione e integrazione fra le zone*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato cit.*, 165 ss.; A. Crosetti, *Evoluzione del regime d'uso dei suoli e nuovi strumenti di perequazione urbanistica*, in *Quad. reg.*, 2004, 2, 547 ss.; R. Zanino, *L'uguaglianza nella pianificazione: una possibilità o un'utopia?*, in *giustamm.it*, 2007, n. 12; S. Bellomia, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 2, 71 ss.; A. Giannelli, *Perequazione urbanistica: un istituto dalle*

Tanto più che, paradossalmente, proprio in relazione agli accordi perequativi sembra porsi in maniera più cogente un problema di tutela del contenuto minimo del diritto di proprietà e quindi di rispetto del principio di proporzionalità.

Paradossalmente perché in linea teorica la possibilità di adottare soluzioni perequative-compensative<sup>472</sup> costituisce essa stessa passaggio indeffettibile di una decisione amministrativa, circa la struttura del piano, retta dal principio di proporzionalità<sup>473</sup>.

Come si è avuto modo di anticipare<sup>474</sup>, il Consiglio di Stato, secondo un orientamento che potremmo definire oggi maggioritario, ritiene infatti che l'acquisizione delle aree per la realizzazione di opere di pubblica utilità debba passare necessariamente attraverso la valutazione di una possibile perequazione tra i proprietari da espropriare.

Poiché attraverso la perequazione e la compensazione<sup>475</sup> è possibile perseguire le politiche pubbliche di acquisizione delle aree con il minor sacrificio della posizione dei proprietari, secondo la caratteristica valutazione di minor compressione in cui si sostanzia la c.d. proporzionalità-necessarietà, è stato

---

*molteplici applicazioni*, nota a Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, in *Urb. app.*, 2010, 3, 356 ss.; R. Zanino, *Ipotesi di perequazione urbanistica*, in *giustamm.it*, 2010, n. 3.

Tra le prime sentenze che hanno ritenuto compatibile con il nostro ordinamento la c.d. "urbanistica perequativa" si ricordano: Tar Emilia Romagna, Reggio Emilia, 14 gennaio 1999, n. 22 cit.; Tar Campania, Salerno, 5 luglio 2002, n. 670; Cons. St., sez. IV, 16 ottobre 2006, n. 6171; Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3535, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>472</sup> Sulla distinzione (e la stretta correlazione) tra perequazione e compensazione: E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni cit.*, in particolare 122 ss.; G. Ciaglia, *Della "compensazione urbanistica" ovvero di come rivoluzionare l'urbanistica senza che nessuno se ne accorga*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 3, 446 ss.; P. Marzaro Gamba, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 4, 644 ss., in particolare 650-651.; A. Giannelli, *Perequazione urbanistica: un istituto dalle molteplici applicazioni cit.*, 357-358.

<sup>473</sup> A proposito P. Marzaro Gamba, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta cit.*, ricorda come alla base dei modelli compensativi vi è tanto l'esigenza del rispetto della garanzia riconosciuta dall'ordinamento costituzionale agli interessi del proprietario, quanto "l'esigenza di una c.d. pianificazione mite, della *soft regulation* degli usi del territorio e sostanzialmente di un bilanciamento degli interessi rispettoso dei principi di ragionevolezza e proporzionalità oltre che di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa" (646).

<sup>474</sup> Cfr. nota 273.

<sup>475</sup> In quanto "la perequazione, sovvertendo l'impostazione tradizionale, configura una autentica alternativa al vincolo: allarga il novero dei proprietari tra cui si distribuiscono i vantaggi e gli oneri indotti dal piano e poggia sul presupposto che tutti i proprietari coinvolti trovino razionalmente preferibile l'adesione alle decisioni sull'assetto territoriale. La compensazione ha invece un doppio volto: in alcuni casi si mantiene entro l'alveo della pianificazione tradizionale ed è finalizzata ad elidere le conseguenze pregiudizievoli che si manifestano ove resti necessario acquisire delle aree mediante vincolo-ablazione, in altri casi si pone al di fuori degli schemi usuali e diviene funzionale a garantire ristoro ad un proprietario a cui si richiede (od impone), un *facere* per ragioni paesaggistico-ambientali. La perequazione garantisce ai proprietari comunque (anche dopo l'assolvimento degli oneri infrastrutturali) vantaggiosa l'attuazione del piano, mentre la compensazione affronta in termini nuovi il problema degli effetti delle previsioni urbanistiche sfavorevoli, assegnando ai proprietari interessati da scelte pianificatorie di segno negativo...una alternativa in valori urbanistici preferibile rispetto all'ordinario indennizzo pecuniario", in questi termini E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni cit.*, 127-128.

giustamente osservato<sup>476</sup> come l'unica ragione idonea a giustificare la riproposizione di un'impostazione vincolistica può essere rinvenuta in una comprovata (e motivata<sup>477</sup>) inapplicabilità di tali strumenti, ovvero nell'insussistenza di aree sulle quali far atterrare i diritti e i crediti edificatori<sup>478</sup>. Semplificando, anche in ragione delle numerose varianti rispetto al modello perequativo classico<sup>479</sup>, l'uso del metodo perequativo comporta l'identificazione da parte del Comune<sup>480</sup> di un insieme di aree cui attribuire un medesimo indice edificatorio che i proprietari possono poi sfruttare, non solo nelle aree di loro proprietà ma anche su altre (confinanti o meno), cedendo al comune, una volta utilizzata la volumetria concessa, il territorio non utilizzato a valore agricolo o gratuitamente.

Ciò consente alla pubblica amministrazione non solo di ottenere la cessione delle aree per la soddisfazione di finalità pubbliche ma anche la realizzazione da parte dei privati delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria senza oneri per l'amministrazione; affermandosi, in sostanza, il principio secondo il quale "chi trasforma la proprietà fondiaria in edilizia non solo partecipa agli

---

<sup>476</sup> E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni cit.*, in particolare 107-108.

<sup>477</sup> Obbligo di motivazione che invero, secondo la più recente giurisprudenza, vale anche nel caso opposto, sul punto Tar Veneto, sez. I, 1 maggio 2009, n. 1504, in *Foro amm – Tar*, 2009, 5, 1374, per il quale "l'utilizzo della tecnica perequativa deve essere adeguatamente motivato, pur entro i limiti della motivazione delle scelte assunte dall'amministrazione, attraverso l'esame dei criteri generali di ordine tecnico-discrezionali, seguiti per l'impostazione del piano, così come esplicitati nella relazione illustrativa".

<sup>478</sup> Sulla natura giuridica dei diritti edificatori: A. Bartolini, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *giustamm.it*, 2008, n. 10; Idem, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *pausania.it*; G. Sabato, *La perequazione urbanistica cit.*, 11 ss.

<sup>479</sup> Più che perequazione è infatti più giusto parlare di "perequazioni" ovvero di modelli perequativi al plurale. Uno sforzo distintivo e classificatorio lo si ritrova in G. Sabato, *La perequazione urbanistica cit.*, 7-8; E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni cit.*, 122-128; C. Canato, *Esperienze di perequazione 'sostenibile': modelli e strumenti a confronto*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 3, 426 ss.

<sup>480</sup> E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni cit.*, sottolinea come "l'attività preliminare di selezione dei suoli dovrebbe avere matrice conoscitiva e sostanzarsi in una serie di meri accertamenti, ma nella realtà non è completamente scevra da valutazioni tecnico-discrezionali. Il richiamo all'estimo ed alla tecnica urbanistica prelude spesso ad una inammissibile opacità dei criteri applicati e ad una non ripercorribilità delle micro-decisioni che si consolidano in tale fase tecnica. Non tutte le leggi regionali fanno espressa menzione di tale attività che nel flusso procedurale della pianificazione correla la fase conoscitiva a quella decisoria e sono molti i piani in cui non si riscontra adeguata traccia di queste fondamentali attività. È invece imprescindibile l'identificazione previa di una *set* di indicatori conoscibili ed occorre rendere aperta ad una autentica partecipazione (sottraendola dunque alla sfera tecnica) l'attività di applicazione di tali indicatori ai suoli, onde rendere pienamente ripetibili (e dunque giustiziabili) i correlati esiti" (119-120). Su questo tema si sofferma in termini critici anche P. Urbani, *La costruzione della città pubblica: modelli perequativi, diritto di proprietà e principio di legalità*, relazione al Convegno "La crisi della pianificazione urbanistica comunale. Nodi e prospettive", Barletta, 28 maggio 2010, pubblicata in *pausania.it*, 10, il quale evidenzia come la debolezza della legislazione regionale sul punto rischia di affidare ancora una volta al giudice amministrativo (e quindi alla consulenza tecnica d'ufficio) un ruolo di supplenza che non potrà che produrre effetti destabilizzanti nell'intero sistema, a partire dalla difficoltà di configurare in capo al privato una posizione giuridica soggettiva che gli consenta di agire (11), senza trascurare poi la "notoria" debolezza del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica che raramente penetra la ragionevolezza della scelta amministrativa.

oneri (contributo di costruzione) come già previsto dalla l. 10/77 ma si fa carico integralmente della sua urbanizzazione”<sup>481</sup>.

Nei fatti, tuttavia, la mancanza nelle maggior parte delle legislazioni regionali (che spesso si limitano a mere petizioni di principio<sup>482</sup>) di una disciplina di dettaglio delle tecniche perequative, ha costretto la giurisprudenza amministrativa<sup>483</sup> a vigilare e mettere in guardia dalle “false perequazioni”, ossia da quelle perequazioni caratterizzate da indici troppo bassi per giustificare le cessioni richieste, nelle quali il richiamo alla perequazione diviene un mezzo per eludere la corresponsione dell’indennità di esproprio.

In queste ipotesi i giudici amministrativi dovranno analizzare attentamente le schede di giustificazione economica degli scenari microeconomici proposti ai diversi proprietari “non allo scopo di ardire un inammissibile sindacato nel merito, ma al fine di verificare *ab externo* se ci si trovi effettivamente nel campo della perequazione, in cui, ritornando al principio di proporzionalità, l’attuazione del piano si denota sempre per costituire una scelta autonoma e vantaggiosa, comunque accrescitiva della sfera patrimoniale del proprietario”<sup>484</sup> oppure una forma larvata (e quindi illegittima) di espropriazione sostanziale.

Ma c’è anche un altro l’aspetto problematico della perequazione urbanistica, o meglio dei modelli di perequazione urbanistica, che rileva in tale sede.

Si consenta di ricordare infatti che la concreta attuazione di un modello perequativo discende da tutta una serie inscindibile di accordi tra i proprietari delle aree.

Per cui l’urbanizzazione di ogni area ed in ultimo la stessa realizzazione del piano perequativo dipende in ultimo dall’impegno<sup>485</sup> “congiunto e unitario” di tutti i privati proprietari delle aree inserite nei comparti<sup>486</sup>.

E se consideriamo che ogni piano perequativo succede ad un precedente strumento urbanistico è inevitabile che ciascun proprietario strutturi un confronto con il precedente scenario e che quindi nella percezione dei singoli

---

<sup>481</sup> P. Urbani, *La costruzione della città pubblica: modelli perequativi, diritto di proprietà e principio di legalità cit.*, 5.

<sup>482</sup> Fa eccezione la legge della legge della Lombardia, n. 12/2005.

<sup>483</sup> Tar Veneto, sez. II, 23 febbraio 2005, n. 775 (inedita); Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2006, n. 8933; Tar Lombardia, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671, relativa al “piano di governo del territorio” del Comune di Buccinaso annullato dal Tar in quanto l’indice di edificabilità attribuito alle c.d. aree di compensazione era così basso da non permettere l’atterraggio dei diritti edificatori trasferiti dalle aree nelle quali il Comune chiedeva la loro cessione compensativa, con la conseguenza di configurare per quest’ultime un vincolo sostanzialmente espropriativo, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>484</sup> E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni cit.*, 131.

<sup>485</sup> Il tema del consenso in relazione alle decisioni territoriali è stato analizzato anche da sociologi e politologi, per tutti: M. Morisi, S. Passigli (a cura di), *Amministrazione e gruppi di interesse nella trasformazione urbana*, Bologna, 1994; F. Toth, *Il costo del consenso, Le decisioni pubbliche tra politica e mercato*, Roma, 2006, 21-43.

<sup>486</sup> Di qui le riserve ravvisate da A. Police, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività cit.*, 18, in ordine alla capacità della pianificazione perequativa di contribuire all’attuazione consensuale della programmazione, alla realizzazione di opere di urbanizzazione e alla formazione di un patrimonio immobiliare pubblico senza ricorrere all’esercizio di poteri autoritativi.

assumano rilievo determinante anche singole aspettative (pur giuridicamente irrilevanti). Con il rischio poi che nessuno dei soggetti coinvolti, sia chi si vede costretto a suddividere la precedente dotazione volumetrica, sia chi confidava in una soluzione “monetaria” che lo ripaghi delle attese, risulti pienamente soddisfatto<sup>487</sup>.

E con il conseguente rischio che il sacrificio imposto al privato, sotto il profilo del “tempo” che si renderà necessario per la soddisfazione concreta dello *ius aedificandi*, riproponga in termini diversi, ma non meno perniciosi, il tema del rispetto del principio di proporzionalità.

Sebbene la maggiore giurisprudenza<sup>488</sup> concordi nel ritenere che nella perequazione urbanistica la cessione dell’area non sia conseguenza dell’apposizione di un vincolo<sup>489</sup> ma consegua all’adempimento di un onere, la possibilità del singolo proprietario di trasformare l’area di sua proprietà da fondiaria in edilizia, dipendendo dall’insieme delle volontà di diversi soggetti, produce di fatto una sorta di “vincolo di rinvio a successiva attuazione delle prescrizioni urbanistiche che in parte dipendono dall’iniziativa privata ed in parte anche dalla pubblica amministrazione”<sup>490</sup>, il quale a ben vedere mal si concilia con la recente ed imperante giurisprudenza della Cedu sul rispetto del “contenuto minimo” del diritto di proprietà<sup>491</sup>.

---

<sup>487</sup> La giusta osservazione è di E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni cit.*, 112.

Il caso è quello del prg di Roma, commentato da L. Casini, *Perequazione e compensazioni nel nuovo piano regolatore generale di Roma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, 203 ss.

<sup>488</sup> Tar Liguria, 21 novembre 2005, n. 1492, in *giustizia-amministrativa.it*; Tar Veneto, 19 maggio 2009, n. 1504 cit.; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671 cit.; Corte Cass., sez. un., 25 novembre 2008, n. 28051, in *lexitalia.it*. In dottrina: E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni cit.*, 129 s.

<sup>489</sup> Con la conseguenza quindi che non è soggetto a decadenza quinquennale. Non va però dimenticato che gli oneri perequativi, per rimanere tali e non mutare in occulti vincoli espropriativi, devono prevedere un equilibrio fra oneri di cessione e possibilità di dispiegamento della facoltà pianificatoria; equilibrio tale da non rendere meramente simbolica la facoltà del privato di partecipare spontaneamente all’attuazione del piano (sul tema di Cons. St., sez. IV, 21 agosto 2006, n. 4833 cit. che, in relazione al Piano di Bassano del Grappa nel quale veniva previsto che il 50 % della capacità insediativa dovesse essere riservata al comune, ha ritenuto che “una simile previsione appare in realtà preordinata a comprimere in maniera del tutto indiscriminata la potenzialità edificatoria delle aree...”; e più recentemente Tar Lazio, Roma, 4 febbraio 2010, n. 1524; Tar Lazio, Roma, 17 febbraio 2010, n. 2383, in *giustamm.it*, con nota di P. Urbani, *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell’azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRG di Roma cit.* e commento di M. Ragazzo, *Pianificazione urbanistica e perequazione: il caso del PRG di Roma*, in *Urb. app.*, 2010, 9, 1088 ss., in particolare 1097 ss.; Cons. St., sez. IV, 22 gennaio 2010, n. 216 in *Riv. giur. ed.*, 2010, 3-4, 864 ss. con nota di I. Cacciavillani, *L’ultimo tabù della pianificazione: la perequazione*, 867 ss.)

<sup>490</sup> P. Urbani, *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell’azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRG di Roma cit.*, 2, il quale non può tuttavia non ricordare come la giurisprudenza rispetto a fattispecie analoghe, ad esempio lottizzazione convenzionate o rinvio a piani attuativi di iniziativa pubblica, ritenga che tali vincoli non decadano: nel primo caso perché l’iniziativa è del privato; nel secondo perché, pur dipendendo dalla volontà della PA, i proprietari si trovano tutti nelle medesime situazioni soggettive e quindi non vi è disparità di trattamento.

<sup>491</sup> Da ultimo sul tema: E. Boscolo, *Espropriazione: la giurisprudenza della CEDU e l’urbanistica regionale tra perequazione, compensazione e premialità*, in *Foro amm. – Tar*, 2005, 4, 1331 ss.; F. Gaspari, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti*

Se poi il proprietario cedente non può nemmeno vantare alcuna certezza circa la concretizzabilità della propria volumetria sui c.d. fondi accipienti, come potrebbe accadere nell'ipotesi di una perequazione c.d. facoltativa<sup>492</sup>, egli di fatto finisce per scontare una *diminutio* del proprio *ius aedificandi* in termini sostanzialmente analoghi a quanto avviene per il soggetto privato soggetto ad una procedura espropriativa, con la sola differenza relativa al mancato rispetto delle formalità e delle garanzie prescritte dalla normativa vigente in tema di espropri<sup>493</sup>.

Da quanto detto risultano più che mai appropriate le parole di quella dottrina che riflettendo sulle strade battute di recente dal legislatore in materia urbanistica non ha potuto fare a meno di notare che “se il fine è il ‘buon governo del territorio’, istituti come la perequazione, la compensazione, le selezioni concorsuali, le procedure ad evidenza pubblica, dovrebbero trovare legittimazione e giustificazione se e solo se effettivamente funzionali al perseguimento di detto fine e non come istituti legittimati *ex se*, a priori, con un'accettazione fideistica ed incondizionata, anche in quelle ipotesi in cui la loro applicazione rischia di produrre effetti addirittura controproducenti con riferimento al fine ultimo sopra citato”<sup>494</sup>.

---

*dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello Statuto*, in *Giust. amm.*, 2009, 3, 67 ss.

<sup>492</sup> Il riferimento non è alla facoltatività c.d. estrinseca, ovvero alla possibilità rimessa dalle leggi regionali ai singoli comuni di prevedere o meno nella pianificazione di loro competenza l'operatività del meccanismo perequativo; bensì alla facoltatività c.d. intrinseca che si manifesta a livello infracomunale consentendo, attraverso una diversa modulazione degli indici edificatori delle varie porzioni di territorio, ai proprietari delle aree accipienti di edificare anche prescindendo dalla volumetria prodotta dalle aree interessate dalle localizzazioni, con la conseguenza che l'atterraggio delle volumetrie coinvolte dalla perequazione diviene meramente eventuale.

Tale ultima ipotesi è stata ritenuta illegittima dal Tar Lombardia, Milano, sez. II, 17 settembre 2009, n. 4671 cit., in quanto contraria alle previsioni della l. r. della Lombardia, n. 12/2005; il Tar ha inoltre (e soprattutto) precisato come tale meccanismo “abbia sostanzialmente cambiato il volto del PGT comunale. Infatti la funzione perequativa, commessa alla necessaria partecipazione di tutti i proprietari alle trasformazioni del territorio, è venuta meno. È rimasta, invece, una generica funzione compensativa della non edificabilità la quale è stata però privata dei suoi requisiti di certezza legali, connessi all'imposizione del vincolo, e del suo contenuto economico, in quanto il diritto edificatorio non è connesso al valore dell'area. È venuta meno anche la funzione infrastrutturale in quanto così facendo il Comune ha reso aleatoria la possibilità di acquistare la proprietà di terreni ritenuti, invece, necessari alla fruizione collettiva. Da ultimo ha cambiato radicalmente la posizione dei proprietari di aree in zone di perequazione in quanto ha ridotto fortemente la partecipazione di costoro al mercato edilizio”.

<sup>493</sup> In questi termini, A. Giannelli, *Perequazione urbanistica: un istituto dalle molteplici applicazioni cit.*, 361-362.

<sup>494</sup> F. Gualandi, *Il “dito e la luna”: riflessioni sparse sulla disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo e sulla realizzazione delle opere pubbliche in genere*, in *iuav/dirittogovernoterritorio.it*, 2 in nota.

## Sezione Seconda

### Il principio di proporzionalità negli atti amministrativi individuali

Sommario: 1. *Il principio di proporzionalità negli atti amministrativi individuali ovvero nell'imposizione di vincoli diretti e indiretti su beni di interesse storico-artistico, vincoli paesaggistici, vincoli idrogeologici e forestali* 2. *Il principio di proporzionalità negli atti amministrativi individuali non ablatori. Ovvero l'altra faccia del potere amministrativo* 3. *Qualche riflessione conclusiva sull'operatività del principio di proporzionalità nel governo amministrativo del territorio.*

1. *Il principio di proporzionalità negli atti amministrativi individuali ovvero nell'imposizione di vincoli diretti e indiretti su beni di interesse storico-artistico, vincoli paesaggistici, vincoli idrogeologici e forestali*

Dopo aver analizzato il ruolo ed il modo di atteggiarsi del principio di proporzionalità in relazione agli atti amministrativi generali di governo del territorio, si consenta ora di spostare l'attenzione sugli atti amministrativi individuali ed in particolar modo su quei vincoli di tutela ambientale che hanno rappresentato negli ultimi decenni il più fertile campo d'applicazione del principio di proporzionalità.

A partire dai vincoli "diretti" ed "indiretti" sui beni di interesse storico e artistico<sup>495</sup>, disciplinati inizialmente dalla legge 1° giugno 1939, n. 1089 (artt. 2 e 21, 1° comma<sup>496</sup>) poi dal Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali ed ambientali, d. lgs. 19 ottobre 1999, n. 490 (artt. 7-8 e 49) e in ultimo dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 24 (artt. 13 e 45), in relazione ai quali, sin dalla fine degli anni cinquanta, cominciò a farsi strada in dottrina l'idea di un controllo più penetrante delle scelte amministrative sulla "via di una maggiore e più valida tutela di quella 'giustizia sostanziale' di cui...l'eccesso di potere è delicato strumento"<sup>497</sup>.

Partendo dall'analisi dei vincoli diretti (*ex art. 13 Codice*) occorre dar conto di come la natura giuridica del potere esercitato dall'amministrazione nell'imposizione del vincolo di tutela e di conseguenza la natura giuridica del provvedimento di imposizione del vincolo artistico-culturale siano stati e siano, tutt'oggi, oggetto di diversa interpretazione in dottrina.

---

<sup>495</sup> Sulle connessioni fra il governo del territorio ed i beni culturali si è soffermata recentemente C. Barbati, *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, in *aedon.it*, 2009, 2.

<sup>496</sup> In realtà il procedimento attraverso il quale si impone il vincolo sui beni culturali riconosciuti di interesse culturale mancava nella legge del 1939 di una esauriente disciplina legislativa, tanto che la giurisprudenza, cui va riconosciuto il merito di aver ricostruito nei suoi tratti essenziali l'istituto, ne ha spesso affermato l'atipicità: Tar Puglia, Bari, 26 maggio 1993, n. 252, in *Tar*, 1993, 7-8, 2779; Tar Calabria, Catanzaro, 24 giugno 1993, n. 492, in *Tar*, 1993, 9, 3417 ss.

<sup>497</sup> V. Spagnuolo Vigorita, *Eccesso di potere per sproporzionata gravosità dei vincoli imposti alla proprietà privata*, nota a Cons. St., sez. VI, 21 maggio 1958, n. 384 cit., in *Riv. giur. ed.*, 1958, 626.

Ormai da un secolo la dottrina è infatti divisa tra chi attribuisce all'atto di imposizione del vincolo natura dichiarativa<sup>498</sup> e chi, pur parlando di atti dichiarativi<sup>499</sup>, riconosce loro effetti almeno in parte costitutivi<sup>500</sup>, scomodando

---

<sup>498</sup> La tesi dichiarativa c.d. "pura" ha origini tutt'altro che recenti: L. Biamonti, *Nota*, in *Foro it.*, 1913, I, 1014 ss.; C. Piva, *Cose d'arte*, in *Enc. Dir.*, 1962, XI, 93 ss., in particolare 102; P. Calamandrei, *Immobilizzazione per destinazione artistica*, in *Foro it.*, 1933, I, 1722 e successivamente anche M. S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1, 3 ss.; più recentemente N. Assini, R. Colonna, *Il vincolo storico-artistico*, in *Manuale dei beni culturali*, (a cura di) N. Assini, P. Francalacci, Padova, 2000, 321 ss., 327; R. Tamiozzo, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata*, Milano, 2009, 89 ss.; A. Trentini, *Codice dei beni culturali e del paesaggio: commentario ragionato del D. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, Rimini, 2004, in particolare 146; V. Cerulli Irelli, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini cit.*, I, 135 ss., in particolare 141. In giurisprudenza, tra le ultime pronunce in tal senso: Cons. St., sez. VI, 9 agosto 1986, n. 630, in *Foro it.*, 1987, III, 142; Cons. St., sez. VI, 7 ottobre 1987, n. 802, in *Cons. St.*, 1987, 10, 1466 ss.; Cons. St., sez. VI, 31 maggio 1990, n. 558, in *Cons. St.*, 1990, 5-6, 833 ss.; Cons. St., sez. VI, 18 novembre 1991, n. 874, in *Foro it.*, 1991, I, 1474 ss. (che ritiene l'imposizione del vincolo esercizio di attività vincolata); Cons. St., sez. VI, 30 novembre 1995, n. 1362, in *Cons. St.*, 1995, 11, 1596 s.; Cons. St., sez. VI, 22 marzo 1993, n. 255, in *Riv. giur. ed.*, 1994, 3, 624 s., con nota di A. Lolli, *Caratteri dell'attività ricognitiva dell'interesse storico-artistico dei beni in proprietà pubblica*, 625 ss.; Tar Lazio, sez. II, 24 febbraio 1995, n. 267, in *Tar*, 1995, 3, 1024 ss.; Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2000, n. 677, in *Foro amm.*, 2000, 5, 1796 ss.; Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2010, n. 3037, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>499</sup> Non dimentichiamo, infatti, che tra gli atti che genericamente vengono definiti dichiarativi, in quanto finalizzati a portare a conoscenza della collettività fatti giuridici, la maggiore dottrina distingue tra: "acclamamenti" ossia atti che mirano ad acquisire scienza circa determinati elementi fattuali; "accertamenti" ovvero atti che rilevano una realtà fattuale riguardante persone, cose o rapporti di incerta definizione già presente nell'ordinamento giuridico e "certazioni" che invece immettono nel mondo giuridico una qualità prima inesistente dal punto di vista giuridico. L'elemento comune tra queste fattispecie è la creazione di certezze giuridiche, mentre le differenze si riscontrano a seconda che prevalgano l'aspetto della conoscenza (c.d. procedimenti di scienza) o quello della dichiarazione (c.d. procedimento di conoscenza). Sul tema, più diffusamente: M. S. Giannini, *Accertamento: b) Diritto costituzionale e amministrativo cit.*, 219; J. Buccisano, *Accertamento cit.*, 1 ss.; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 638.

<sup>500</sup> M. Cantucci, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e storico*, Padova, 1953, 362; M. Grisolia, *La tutela delle cose d'arte*, Milano, 1952, 363; A. M. Sandulli, *Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private di interesse artistico e storico e storico qualificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 1022 ss., in particolare 1024; G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971, 365; A. Anzon, *Il regime di dei beni culturali nell'ordinamento vigente e nelle prospettive di riforma*, in *Ricerca sui beni culturali*, I, Roma, 1975, 91 ss., in particolare 103; A. Mansi, *La tutela dei beni culturali*, Padova, 1993, 41; B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini cit.*, II, 113 ss., 121; A. Sandulli, *La comunicazione di avvio nei procedimenti di tutela del patrimonio storico-artistico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 6, 583 ss. il quale pone in luce come "la valutazione circa la natura pregiata di un bene, essendo espressione di una discrezionalità tecnica, implichi una scelta opinabile in ordine alla *qualitas* del bene, connaturata alle specificità delle *regulae artis* da applicare. Ora il carattere della opinabilità che permea la decisione, conduce al superamento (o, meglio, all'indifferenza) della circostanza che il bene già possieda, immanenti, le qualità (il valore culturale) che il decreto gli attribuisce. Quello che rileva, invece, è che, trattandosi di una valutazione in qualche modo opinabile, la decisione rivesta un effetto determinante sulla *qualitas* del bene. Ciò induce a ritenere che il decreto di imposizione di vincolo storico-artistico, pur non implicando una ponderazione comparativa di interessi pubblici e privati, abbia, in quanto risultato di una valutazione tecnica caratterizzata da opinabilità, natura costitutiva, anziché ricognitiva" (585).

In giurisprudenza: Cons. St., sez. VI, 7 aprile 1981, n. 140, in *Cons. St.*, 1981, 4, 426 ss.

in alcuni casi la controversa categoria degli “accertamenti con effetti costitutivi”<sup>501</sup>.

E non si tratta certo di interpretazioni trascurabili ai nostri fini.

Da un lato, infatti, la teoria della dichiaratività del vincolo, presupponendo che l'interesse culturale sia intimamente connaturato con i beni idonei a soddisfarlo, esclude in radice l'esercizio di un potere discrezionale; dall'altro, la tesi della costitutività rinvia alla formulazione da parte dell'amministrazione di un giudizio discrezionale con il quale viene ravvisata l'attitudine del bene a soddisfare l'interesse pubblico e sono imposti ai privati i vari vincoli che restringono le facoltà di godimento e di disponibilità del bene<sup>502</sup>.

Detto altrimenti, qualora la natura del potere esercitato dall'amministrazione in sede di apposizione del vincolo si consideri vincolata o connotata tutt'al più da una discrezionalità tecnica<sup>503</sup> si ridurrebbero sensibilmente i margini per l'applicazione del principio di proporzionalità quale “misura” del potere esercitato dall'amministrazione.

Mentre nel primo caso, infatti, non rimarrebbe alcun margine di scelta (di nessun tipo<sup>504</sup>) in capo all'amministrazione; nel secondo la scelta riguarderebbe il procedimento applicativo del criterio (storico-artistico) alla stregua del quale

---

<sup>501</sup> N. Daniele, *L'atto amministrativo recettizio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 826 ss.; T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 266 ss. A. Catelani, S. Cattaneo, *I beni e le attività culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) G. Santaniello, Padova, 2002, 121 ss.; G. Garzia, *Il procedimento di individuazione di beni privati di interesse storico e artistico*, in *Riv. giur. urb.*, 1994, 1, 267 ss.

<sup>502</sup> A. Crosetti, *La tutela ambientale dei beni culturali*, Padova, 2001, 14.

<sup>503</sup> In dottrina, sulla nozione di discrezionalità tecnica, già: F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1902, III, 175 ss.; E. Presutti, *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, 1911 per il quale la discrezionalità tecnica riguarda un ambito più ristretto della scelta discrezionale ossia un giudizio relativo alla misura, all'intensità con cui un certo attributo ricorre nella fattispecie (290); O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo cit.*, 369; Idem, *Le garanzie amministrative e giurisdizionali della giustizia nell'amministrazione*, Milano, 1930, 400 e più recentemente P. Virga, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1975, 1, 95 ss.; V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; V. Ottaviano, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione cit.*; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica cit.*; V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità cit.*, 485 ss.; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche cit.*; A. Azzena, *Spunti per una riflessione su regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Studi in memoria di Enzo Capaccioli cit.*, 600 ss.; F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 685 ss.; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica cit.*; Idem, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 4, 331 ss.; S. Baccharini, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.; L. Ieva, *La discrezionalità tecnica nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *lexitalia.it*; A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007; M. Asprone, M. Marasca, A. Ruscito, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009.

<sup>504</sup> Nel senso che “in questo caso” mancherebbero anche gli estremi per una valutazione soggettiva (come, per intenderci, quella rimessa all'amministrazione nell'irrogazione delle sanzioni amministrative) da compiere, in ossequio al principio generale di imparzialità, secondo un canone di adeguatezza.

verificare la sussistenza dell'“interesse particolarmente importante” di cui all'art. 10, 3° comma del Codice<sup>505</sup>.

Con rilevanti conseguenze anche in ordine alla tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte, in quanto nella prima delle due ipotesi il sindacato del giudice in sede di legittimità investirebbe i soli aspetti formali dell'esercizio del potere, in pratica la competenza dell'organo che agisce e la regolarità formale della procedura<sup>506</sup>.

La disputa in materia non ha trovato univoca soluzione nemmeno all'indomani dell'adozione del T.U. n. 490/1999 sebbene la dizione *ivi* usata dal legislatore e poi confermata nel Codice del 2004 (“la dichiarazione accerta la sussistenza, nella cosa che ne forma oggetto, dell'interesse...culturale”<sup>507</sup>), secondo alcuni autori, ne farebbe venire meno quanto meno l'utilità pratica.

Come è stato recentemente osservato, infatti, “indipendentemente dalla circostanza se il bene culturale sia o meno tale sin dall'origine, occorre un provvedimento amministrativo che accerti l'esistenza nel bene di un elemento richiesto dalla legge, quale l'interesse culturale, che a sua volta comporta la verifica di una qualità della cosa; provvedimento dal quale [e solo dal quale] scaturiscono determinati effetti di tipo vincolistico”<sup>508</sup>.

Quello che pare interessante notare, in una prospettiva di ricostruzione storica del dibattito in materia, è piuttosto come la tesi della natura dichiarativa dell'atto di imposizione dei vincoli, cui conseguiva per i suoi originari sostenitori<sup>509</sup> la natura vincolata della relativa attività amministrativa, pur essendo stata pensata al fine di garantire in materia il sindacato del giudice ordinario (in quanto “naturale giudice in materia relativa al regolamento dei proprietà privata”<sup>510</sup>) sia stata usata e rielaborata dalla dottrina successiva e (soprattutto) dalla giurisprudenza per fondare e difendere il carattere riservato e insindacabile dell'attività amministrativa<sup>511</sup>.

---

<sup>505</sup> Con ciò non si intende certo escludere l'applicazione del principio di proporzionalità alle ipotesi di discrezionalità tecnica. Sul punto, per ulteriori considerazioni, si consenta di rinviare al paragrafo conclusivo del secondo capitolo.

<sup>506</sup> Sul tema, più diffusamente: O. M. Caputo, *Vincolo storico-artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. – Tar*, 2000, 5, 1800 ss.

<sup>507</sup> Art. 13, 1° comma del Codice.

<sup>508</sup> C. Volpe, *Commento agli articoli da 12 a 16 del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *giustizia-amministrativa.it*, 30.

<sup>509</sup> L. Biamonti, *Nota cit.*, precisa che “se il pregio storico o artistico della cosa è una qualità obiettiva che, contemplata dalla legge, crea per se una speciale condizione giuridica in rapporto alla potestà del privato; se d'altra parte l'atto di notifica non ha carattere discrezionale, deve concludersi che esso non impedisce il sindacato giurisdizionale dell'autorità giudiziaria ordinaria circa la presenza nelle cose della qualità suddetta e circa il relativo regolamento speciale dei diritti privati nei riguardi di esse” (1014-1015).

<sup>510</sup> L. Biamonti, *Nota cit.*, 1015.

<sup>511</sup> Significative sul punto le parole di G. Rossi, *Atti dichiarativi e discrezionalità nell'amministrazione dei beni culturali*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, (a cura di) V. Caputi Jambrenghi, Milano, 1999, 242 ss. che ricorda come “la categoria dei provvedimenti dichiarativi può dirsi inventata dalla dottrina per spiegare che non ci sono scelte da parte dell'Amministrazione, quindi per offrire ai beni culturali maggiore tutela; viceversa, si finisce poi per dare minore tutela, perché il giudice ordinario si limiterà a decidere al riguardo del risarcimento di eventuali danni e il giudice amministrativo prenderà atto soltanto della

Secondo tale orientamento giurisprudenziale<sup>512</sup>, poiché la qualità giuridica del bene non viene attribuita con il provvedimento ma esclusivamente rilevata

---

insindacabilità del giudizio. Il suo limite è nel sindacato dell'eccesso di potere per illogicità e irrazionalità". In realtà, continua L'A., "se analizziamo i casi specifici, vediamo infatti che può esserci ponderazione di interessi anche in quei procedimenti che chiamiamo dichiarativi... Inoltre, può esserci discrezionalità senza ponderazione di interessi e non si tratta di discrezionalità tecnica (formulazione di un semplice giudizio), ma di una scelta fra diverse scelte possibili, che non coinvolgono interessi diversificati" (244).

<sup>512</sup> In giurisprudenza si tratta di un orientamento fortemente radicato, per cui fra le tante sentenze si rinvia a: Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 1992, n. 1055, in *Foro it.*, 1992, III, 503 ss., ove si legge che l'attività amministrativa assume sostanzialmente "carattere ricognitivo e conoscitivo e non volitivo e decisionale, non implicando una scelta tra diverse soluzioni possibili per il perseguimento di un determinato interesse pubblico" e va pertanto qualificata "non come esercizio di discrezionalità amministrativa in senso lato, ma invece, come esercizio di discrezionalità tecnica in senso proprio... caratterizzata dal fatto che la scelta circa il comportamento da tenere o la linea da seguire per il raggiungimento degli interessi affidati all'amministrazione è stata a priori posta in essere direttamente dal legislatore in modo ovviamente vincolante, sicché all'amministrazione è rimessa esclusivamente la valutazione dei fatti posti dalla legge o presupposto dell'operare, alla stregua di regole tecniche tratte da settori specifici di conoscenza"; Cons. St., sez. VI, 9 agosto 1986, n. 630 cit.; Cons. St., sez. VI, 15 aprile 1987, n. 260, in *Cons. St.*, 1987, 4, 609 ss.; Cons. St., sez. VI, 30 gennaio 1991, n. 47, in *Riv. giur. ed.*, 1991, 2, 438; Cons. St., VI, 26 settembre 1991, n. 596, in *Cons. St.*, 1991, 9, 1368 ss.; Cons. St., sez. VI, 28 novembre 1992, n. 964, in *Cons. St.*, 1992, 11, 1725 ss.; Tar Puglia, Bari, 26 maggio 1993, n. 252, in *Tar*, 1993, 7-8, 2779; Cons. St., sez. VI, 10 novembre 1993, n. 817, in *Riv. giur. urb.*, 1994, 1, 264 ss.; Cons. St., sez. VI, 31 maggio 1990, n. 558 cit.; Cons. St., sez. VI, 9 agosto 1986, n. 630, in *Foro it.*, 1987, III, 142; Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 1996, n. 165, in *Cons. St.*, 1996, 1, 254 ss.; Cons. St., sez. VI, 14 gennaio 1993, n. 29, in *Foro it.*, 1993, III, 332; Cons. St., sez. VI, 18 novembre 1991, n. 874 cit.; Cons. St., sez. VI, 31 maggio 1990, n. 558 cit.; Cons. St., sez. VI, 21 settembre 1999, n. 1243, in *Foro it.*, 2000, III, 18; Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 161; Cons. St., 24 marzo 2003, n. 1496; Tar Campania, Napoli, 10 agosto 2005, n. 10693, in *giustizia-amministrativa.it*.

In dottrina: P. G. Ferri, *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, II, 217 ss., per il quale "l'attività di individuazione dei beni di interesse storico-artistico è espressione di attività di discrezionalità tecnica, dove il margine di apprezzamento è integralmente governato, anziché dalla ponderazione degli interessi, dalla applicazione di regole di giudizio provenienti da autonome sfere di conoscenza della realtà"(220); T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali cit.*, che osservano come "l'esclusione di un potere realmente discrezionale nell'atto di imposizione del vincolo emerge dalla natura dell'operazione compiuta dalla pubblica amministrazione... siffatto potere è vincolato alla corretta applicazione di determinati parametri di operatività e non dipende, per converso, affatto da un momento propriamente volitivo (di scelta tra diverse soluzioni tecnicamente possibili), nel quale esattamente consiste l'essenza della vera e propria discrezionalità... L'operazione si svolge, quindi, su di un piano puramente ricognitivo e conoscitivo (come è oggi confermato dall'uso del termine dichiarazione da parte dell'art. 6 del t.u.); e, se essa implica anche una dimensione valutativa, si tratta pur sempre dell'apprezzamento della conformità della cosa valutata ad un modello astratto, secondo regole di giudizio che escludono l'intervento di una vera e propria intenzione decisionale ma postulano la corretta applicazione di norme desumibili da un'autonoma sfera di conoscenza tecnica" (267); analogamente A. Maglieri, *Commento articolo 13 del d. lgs. n. 490 del 1990*, in *Il diritto dei beni culturali*, (a cura di) C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciallo, Bologna, 2004, 110 ss.; G. Sciallo, *Commento all'art. 6*, in *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, (a cura di) M. Cammelli, Bologna, 2000, 42 ss.; F. Fiorini, *La natura dei provvedimenti di vincolo storico-artistico sui beni immobili*, in *Dir. dell'economia*, 2002, 2, 365 ss., in particolare 376-377; S. Benini, *La discrezionalità nei vincoli culturali e ambientali*, nota a Cons. St., sez. VI, 8 gennaio 1998, n. 58, in *Foro it.*, 1998, III, 326 ss., in particolare 328; F. M. Nicosia, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Parte prima. Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa discrezionale cit.*, ricorda come la materia dei vincoli

dalla pubblica amministrazione, la stessa deve solo valutare i fatti posti dalla legge a presupposto dell'agire pubblico alla stregua di regole tecniche tratte da settori specifici dei conoscenze (ad esempio estetica, storia, arte ecc. ecc.).

Posto che tale attività "riconoscitiva" e "ricognitiva" è espressione di una discrezionalità tecnica l'amministrazione non è quindi tenuta in sede di motivazione ad esternare i criteri di ponderazione degli interessi secondari coinvolti<sup>513</sup>, i quali risultano necessariamente soccombenti dinanzi all'interesse pubblico-culturale perseguito la cui prevalenza costituisce postulato normativo dell'ordinamento in ragione del dettato dell'art. 9 Cost., ma solo ad evidenziare la correttezza dell'iter logico di comparazione della fattispecie concreta alle previsioni normative<sup>514</sup>.

---

storico-artistici "viaggia a cavallo tra discrezionalità in senso proprio e discrezionalità tecnica, intendendo quest'ultima come attività meramente ricognitiva, dunque vincolata" (121).

<sup>513</sup> Quanto all'irrelevanza della valutazione comparativa degli interessi in gioco, espressamente: Cons. St., ad pl., 7 giugno 1973, n. 6, in *Cons. St.*, 1973, 5, 867; Cons. St., sez. VI, 9 agosto 1986, n. 630 cit.; Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 1992, n. 1055 cit.; Cons. St., sez. VI, 31 maggio 1990, n. 558 cit.; Cons. St., sez. VI, 18 novembre 1991, n. 874 cit.; Cons. St., sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 741, in *Riv. giur. ed.*, 1994, 3, 631 con nota di N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, 631 ss.; Tar Lazio, sez. II, 7 agosto 1991, n. 1286, in *Tar*, 1991, 9, 2789; Tar Lombardia, Milano, 5 aprile 1993, n. 277, in *Tar*, 1993, 5, 1757 s.; Cons. St., sez. VI, 8 febbraio 2000, n. 677 cit., nella quale si precisa che "la rilevanza di interessi secondari deve essere apprezzata in un momento successivo, quando si tratta di progettare o realizzare l'impiego o la trasformazione del bene culturale: in sede, cioè, non di imposizione ma di gestione del vincolo"; Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 2000, n. 530, in *Foro amm.*, 2000, 2, 369 ss.; Cons. St., 10 luglio 2002, n. 3861; Cons. St., sez. VI, 21 ottobre 2005, n. 5939, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>514</sup> La giurisprudenza che riconosce nell'imposizione di un vincolo storico-artistico l'esercizio di un potere di discrezionalità tecnica ritiene per lo più insindacabile il giudizio operato dall'amministrazione se non sotto il profilo della congruità e della logicità della motivazione ed in particolare per difetto o manifesta illogicità della motivazione o errore di fatto. *Ex multis*: Cons. St., sez. VI, 26 settembre 1991, n. 956 cit.; Cons. St., sez. VI, 18 novembre 1991, n. 874 cit.; Tar Campania, Salerno, 13 maggio 1993, n. 324, in *Tar*, 1993, 7-8, 2770; Tar Veneto, 9 dicembre 1992, n. 563, in *Tar*, 1993, 2, 509; Cons. St., sez. VI, 23 novembre 1993, n. 927, in *Cons. St.*, 1993, 11, 1520; Cons. St., sez. VI, 1 febbraio 1996, n. 165 cit.; Cons. St., sez. VI, 25 marzo 1999, n. 330, in *Cons. St.*, 1999, 3, 482 ss.; Cons. St., sez. VI, 4 maggio 1999, n. 561, in *Cons. St.*, 1999, 5-6, 903; Cons. St., 27 marzo 2001, n. 1766; Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2002, n. 2334; Cons. St., 5 ottobre 2004, n. 6488; Cons. St., sez. VI, 22 gennaio 2004, n. 161 cit.; Cons. St., sez. IV, 22 giugno 2005, n. 3305; Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2006, n. 4923; Cons. St., sez. IV, 9 febbraio 2006, n. 659, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

Sebbene, a seguito della nota pronuncia del Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 182 ss. (annotata da M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, 185 ss.; P. Lazzara, *"Discrezionalità tecnica" e situazioni giuridiche soggettive*, 212 ss. e A. Travi, *Nota*, in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss.) il giudice amministrativo, distinguendo tra "opinabilità" e "opportunità" e cioè tra discrezionalità tecnica e merito amministrativo, abbia esteso la propria giurisdizione alla "verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza, quanto al criterio tecnico scelto ed al procedimento applicativo", la successiva giurisprudenza ha precisato come nel caso di valutazioni tecniche complesse, risultanti dall'applicazione di concetti giuridici indeterminati, fondate quindi non sull'applicazione di regole scientifiche esatte ed inopinabili ma frutto di scienze inesatte e opinabili, il controllo in sede giurisdizionale non potrà assumere le forme di un controllo sostitutivo, di tipo forte, ma dovrà limitarsi ad un controllo estrinseco di ragionevolezza, congruità ed esaustività (c.d. sindacato debole). Nel caso poi dell'imposizione di vincoli storico-artistici, la maggiore giurisprudenza afferma l'impossibilità per l'autorità giudicante di sostituirsi alle determinazioni dell'amministrazione in quanto le valutazioni estetiche

Ne consegue che “la valutazione di pregio storico e artistico o di particolare importanza del bene, che costituisce la sintesi di una tale comparazione, è sindacabile dal giudice amministrativo nei limiti di una verifica estrinseca sulla logicità ed adeguatezza della motivazione del provvedimento esclusivamente in relazione all’esistenza (sotto il profilo storico e artistico) del bene e del collegamento di quest’ultimo con fatti della storia, dell’arte o della cultura”<sup>515</sup>, esulando dal sindacato del giudice amministrativo “ogni altra considerazione e valutazione inerente ad altri profili di interesse pubblico”<sup>516</sup>.

Sebbene questo orientamento sia ancora maggioritario, parte della giurisprudenza<sup>517</sup>, sulla scia anche di un ripensamento dottrinale sulla stessa

---

dalla stessa compiute non sono traducibili in operazioni puramente logiche e pertanto idonee a giungere a risultati inequivoci. Di conseguenza il sindacato del giudice amministrativo non potrà che limitarsi ad un controllo estrinseco di ragionevolezza; in altri termini, nella verifica sull’attendibilità delle operazioni tecniche eseguite dall’amministrazione in sede procedimentale il giudice potrà accertare solo che questa abbia applicato i criteri di logicità, ragionevolezza e correttezza dal punto di vista tecnico (cfr. Tar Campania, Napoli, 30 ottobre 2006, n. 9259; Cons. St., 12 maggio 2004, n. 3003; Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5287; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4429; Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2002, n. 4566; Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2002, n. 2334; Cons. St., sez. VI, 10 marzo 2003, n. 1213 annotata in termini critici da N. Paolantonio, *Ancora un passo indietro del Consiglio di Stato sul sindacato di legittimità*, in *giustamm.it*, 2004, n. 3; Tar Sicilia, Palermo, 14 novembre 2001, n. 1531; Tar Lombardia, Brescia, 30 ottobre 2001, n. 849; Tar Lombardia, 10 maggio 2004, n. 1644; Tar Marche, 11 maggio 2005, n. 583, in *giustizia-amministrativa.it*; Tar Lombardia, Milano, 17 giugno 2004, n. 2440, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 9, 2442 s., con nota di A. L. Tarasco, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, 2443 ss.; Cons. St., sez. IV, 1° settembre 2000, n. 4658, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 534 ss., con nota di G. Tropea, *Imposizione del vincolo storico-artistico e controllo giurisdizionale: un passo indietro del giudice amministrativo nel sindacato della c.d. “discrezionalità tecnica”*, 540 ss.; Tar Puglia, Lecce, 28 aprile 2010, n. 1038, in *giustizia-amministrativa.it*). Sono fatti salvi, ovviamente, i casi in cui la rilevanza storico o artistica della cosa sia pacificamente riconosciuta o negata, ad esempio: Tar Sicilia, Palermo, 14 maggio 2004, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>515</sup> F. Fiorini, *La natura dei provvedimenti di vincolo storico-artistico sui beni immobili cit.*, 366; G. Garzia, *Il procedimento di individuazione di beni privati di interesse storico e artistico cit.*, distingue tra un giudizio di carattere tecnico inerente ai pregi e al valore artistico o storico del bene che deve ritenersi pienamente vincolato sia con riferimento all’*an* che a quello del momento di adozione dello stesso, da un momento istruttorio nel quale esercita un potere largamente discrezionale (279); analogamente A. Sandulli, *La proporzionalità dell’azione amministrativa cit.*, 208.

<sup>516</sup> Espressamente: Cons. St., sez. V, 22 ottobre 2005, n. 5939 cit.; Cons. St., sez. V, 7 giugno 2005, n. 2937, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>517</sup> *Ex multis*: Cons. St., sez. IV, 7 maggio 1974, n. 350, in *Foro amm.*, 1974, 2, 518 ss.; Tar Sicilia, 24 aprile 1979, n. 82, in *Tar*, 1979, 7-8, 2404; Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 1983, n. 923, in *Riv. giur. ed.*, 1984, 2, 382 ss.; Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 1984, n. 682, in *Cons. St.*, 1984, 12, 1527 ss.; Cons. St., sez. VI, 6 luglio 1994, n. 1132 cit.; Tar Lombardia, Brescia, ord., 10 ottobre 1995, n. 944, in *Tar*, 1992, 12, 4824 ss., che ritiene necessario motivare il vincolo “con la verifica, in termini comparativi, se il pregio del bene che si vuole tutelare effettivamente sovrasti i concorrenti interessi pubblici che esprimono altre esigenze pur profondamente radicate nella collettività...come...l’accesso ai benefici di edilizia residenziale pubblica; Cons. St., sez. VI, 26 marzo 1992, n. 192, in *Cons. St.*, 1992, 1, 195 ss.; Cons. St., sez. VI, 17 aprile 1997, n. 610, in *Riv. giur. ed.*, 1997, 4-5, 784 ss.; Cons. St., sez. VI, 8 gennaio 1998, n. 56, in *Foro it.*, 1998, III, 326 s.; Cons. St., sez. VI, 8 luglio 1998, n. 1053, in *Cons. St.*, 1998, 7-8, 1178; Cons. St., sez. VI, 2 settembre 1998, n. 1179, in *Cons. St.*, 1998, 9, 1311; Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2000, n. 7034, in *Cons. St.*, 2000, 12, 2725 ss.; Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2000, n. 1171, in *Foro amm.*, 2000, 3, 927; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 2003, n. 678; Cons. St., sez. VI, 6 marzo 2009, n.

nozione di discrezionalità tecnica che *in subjecta materia* sembrerebbe richiedere anche un giudizio sulla meritevolezza del bene alla conservazione e alla sua tutela<sup>518</sup>, ha cominciato a descrivere il potere amministrativo in esame in termini di discrezionalità c.d. mista, “espressione di scelte di natura non solo tecnica, ma anche discrezionali in senso proprio”<sup>519</sup>.

---

1332; Cons. St., sez. VI, 29 settembre 2009, n. 5869, in *giustizia-amministrativa.it*, dove si legge: “Il vincolo archeologico, come, più in generale, il vincolo storico-artistico, già disciplinato dalla l. n. 1089 del 1° giugno 1939 e poi trasfuso nel t.u. n. 490/ del 29 ottobre 1999, è imposto all’Amministrazione a seguito di valutazioni di carattere tecnico circa il valore e l’importanza storico-artistica archeologica del bene (c.d. discrezionalità tecnica) su cui si innestano valutazioni di carattere discrezionale in senso proprio (c.d. discrezionalità amministrativa) in ordine all’opportunità di sottoporre a protezione un dato bene, presupposto il suo interesse sotto i profili esaminati. Sono perciò enucleati due valutazioni, tra loro connesse, una di carattere tecnico, e una di opportunità”.

<sup>518</sup> C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche cit.*, 83-84, pur in termini dubitativi, sottolinea come la valutazione complessivamente svolta dall’amministrazione in sede di imposizione di un vincolo storico-artistico potrebbe consistere in “due giudizi, connessi ma distinti: quello sul pregio storico-artistico che costituirebbe il momento dell’accertamento del presupposto, e quello della meritevolezza del bene alla conservazione (cioè ad essere assoggettato a regime di tutela, ovvero, ancora, nel caso di specie, ad essere sottoposto a vincolo), che rappresenterebbe il momento (e, da altro punto di vista, il contenuto) della decisione che l’amministrazione deve assumere. E, se così fosse, la differenza fra valutazione del pregio storico-artistico e valutazione dell’interesse pubblico potrebbe emergere in modo abbastanza netto...Al riguardo si possono formulare due ipotesi. La prima è che il giudizio di meritevolezza debba svolgersi prendendo in considerazione anche aspetti diversi da quelli storico-artistici (ad es. esigenze di ordine economico). In questo caso il giudizio di meritevolezza appare effettivamente diverso da quello sul pregio storico (perché, ad es., una cosa, pur meritevole di tutela sotto il profilo storico-artistico, potrebbe risultare non più tale in conseguenza della valutazione di profili diversi) e, siccome la valutazione dell’interesse pubblico viene in rilievo per il tramite del giudizio sulla meritevolezza e in questo consiste e si risolve, anche l’anzidetta valutazione dell’interesse pubblico appare come entità autonoma e distinta rispetto all’apprezzamento del pregio storico-artistico. La seconda ipotesi è che il giudizio di meritevolezza debba essere condotto esclusivamente sulla base di aspetti storico-artistici. In questo caso detto giudizio non è distinguibile da quello sul pregio storico-artistico. Infatti, se il giudizio di meritevolezza dipende esclusivamente da aspetti storico-artistici, dire che la cosa è meritevole di tutela equivale a dire che essa ha un particolare pregio storico-artistico”.

<sup>519</sup> In dottrina: V. Bachelet, *L’attività tecnica della pubblica amministrazione cit.*, 38 ss.; A. Crosetti, *La tutela ambientale dei beni culturali cit.*, 232 ss.; Idem, *Le tutele differenziate*, in *Diritto dell’ambiente*, (a cura di) A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, Bari, 2007, 393 ss. 414; C. Zucchelli, *Art. 13*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M. A. Sandulli, Milano, 2006, 133 ss. ed in particolare 153-154; F. Saitta, *Commento all’art. 13 del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commentario*, (a cura di) G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2005, 5-6, 1146 ss., 1149-1150; A. Rota, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, Padova, 2002, 355, per il quale “l’imposizione del vincolo culturale costituisce esercizio di un potere amministrativo. Più precisamente, si tratta di un potere discrezionale, che vede la presenza anche di momenti tecnici”; A. Catelani, S. Cattaneo, *I beni culturali. I beni e le attività culturali cit.*, 125-126; F. Salvia, *Considerazione su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 2, 603 ss., che sottolinea come l’amministrazione oltre a valutare sulla base di regole e criteri tecnici il carattere storico-artistico di un certo bene è chiamata anche a definire “le misure necessarie per salvaguardare in concreto il bene stesso, col minor sacrificio possibile per le situazioni giuridiche private e per altri interessi pubblici di settore confliggenti”, sulla base di “una pur minima ponderazione di interessi che...è coesistente a tutte le valutazioni tecniche di tipo progettuale-operativo: sia per esaltare i risultati ipotizzati, sia per ridurre i possibili sacrifici altrui, secondo un più generale principio di proporzionalità che è basilare in qualsiasi decisione anche di carattere

In particolare, l'attività amministrativa compiuta dall'amministrazione nell'adozione del vincolo diretto, sembra potersi snodare in tre momenti essenziali<sup>520</sup>.

Il primo, meramente fattuale, è quello relativo al momento della individuazione e/o scoperta del bene immobile del quale la pubblica amministrazione acquisisce la disponibilità o del quale raccoglie tutti gli elementi e i dati tecnici descrittivi sotto il profilo artistico, culturale e storico.

Il secondo, invece, afferisce al momento della ricognizione e acquisizione degli elementi di valutazione della sussistenza dell'interesse storico e artistico del bene, momento nel quale l'amministrazione cala la fattispecie concreta in quella normativa (formulando in altri termini il giudizio di carattere tecnico inerenti ai pregi e al valore artistico o storico del bene) operando una valutazione di discrezionalità tecnica.

Il terzo, infine, è quello in cui l'amministrazione pondera in concreto l'interesse culturale in relazione agli altri interessi secondari, pubblici o privati, eventualmente coinvolti<sup>521</sup>, al fine di valutare se la scelta vincolistica (magari comportante un'ipotesi gravosa per il privato di inedificabilità assoluta) sia idonea, necessaria e proporzionata rispetto alle finalità di interesse pubblico cui la stessa è preordinata<sup>522</sup>.

Ed è proprio nel terzo dei tre momenti<sup>523</sup> individuati che "ci sarà un'ammissione, acquisizione, e comparazione di interessi ulteriori rispetto a quello alla tutela del valore primario e l'amministrazione dovrà dare conto della

---

solo tecnico" (613); G. Giaccardi, *La protezione dei beni culturali tra discrezionalità tecnica e amministrativa*, in *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, (a cura di) G. Cofrancesco, Roma, 1996, 39 ss., in particolare 46-48; V. Parisio, *Legittimità e merito nel ricorso amministrativo contro i provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 165 ss., per la quale "effettivamente la protezione dei beni culturali presuppone sempre la contestuale composizione dell'interesse pubblico alla conservazione con quello privato al pieno godimento del bene" (177) e individua nel principio di proporzionalità "il mezzo che, più di ogni altro, permette di sindacare l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione in una prospettiva di analisi che tenga conto della pluralità degli interessi in gioco" (187); L. Ieva, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative*, in *Riv. giur. quadr. servizi pubblici*, 2001, 1, 65 ss., in particolare 76; F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791 ss., per il quale in materia trova conferma la tesi secondo cui la discrezionalità c.d. mista non ha autonomia concettuale, ma si compone in due distinte fasi di discrezionalità tecnica e di discrezionalità amministrativa, la prima delle quali deve necessariamente precedere la seconda; "infatti, in questa ipotesi, la discrezionalità tecnica concorre, attraverso l'individuazione in concreto di un interesse da tutelare, a costituire la base (cioè l'insieme degli interessi da comparare) su cui si eserciterà poi la discrezionalità amministrativa" cui spetterà considerare il peso degli interessi in gioco.

<sup>520</sup> F. Fiorini, *La natura dei provvedimenti di vincolo storico-artistico sui beni immobili cit.*, 374.

<sup>521</sup> Sebbene, come osservato da Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2000, n. 7034 cit., la distinzione tra "accertamento del presupposto impositivo del vincolo e la sua valutazione qualitativa appare più che sottile, molto labile, dal momento che l'accertamento del presupposto di fatto non può logicamente prescindere da un momento valutativo, con il quale si apprezza quello stesso presupposto di fatto in relazione alle finalità proprie della legge".

<sup>522</sup> Per un accurata rassegna giurisprudenziale sul punto si rinvia a D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 196-198 e A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 207 ss..

<sup>523</sup> Da considerarsi sempre, si consenta di ribadirlo, sul piano logico e non meramente cronologico.

ragionevolezza e della *proporzionalità* [corsivo mio] della scelta attraverso un'adeguata motivazione"<sup>524</sup>.

Il carattere tecnico della discrezionalità dell'accertamento del valore culturale del bene non esclude infatti che vi possano essere in concreto una pluralità di soluzioni, in quanto non solo l'accertamento in sé ma anche la rilevanza giuridica di quanto accertato può prestarsi a valutazioni differenziate, a seconda della modalità con cui si intende realizzare e soddisfare l'interesse pubblico<sup>525</sup>.

Se nell'accertamento del valore culturale, quindi, la discrezionalità tecnica è certamente richiesta per valutare il bene, è sulla base dei criteri di buona amministrazione, ovvero nell'esercizio di una discrezionalità amministrativa in senso proprio, che si valuta l'opportunità dell'imposizione del vincolo il quale potrà essere disposto di conseguenza con un rigore più o meno intenso.

Autorevole dottrina<sup>526</sup>, a proposito, ha sottolineato che sebbene la discrezionalità tecnica non implichi valutazione e ponderazione di interessi, in quanto la scelta sul comportamento da tenere per il perseguimento dell'interesse pubblico in queste ipotesi è eseguita dal legislatore una volta per tutte, il campo della discrezionalità non coincide necessariamente con quello degli atti vincolati, in quanto pur essendo alcuni elementi della scelta amministrativa vincolati a dati tecnici, possono residuare in capo all'amministrazione margini di apprezzamento in ordine a qualcuno degli altri oggetti della discrezionalità (*quid, quomodo, quando*).

Per quanto, non occorre nasconderselo, la evidente commistione tra il momento cognitivo e quello decisionale in senso proprio<sup>527</sup> rappresenta, in sede giurisdizionale, un grave ostacolo all'affermazione di un sindacato di proporzionalità dell'azione amministrativa<sup>528</sup>.

---

<sup>524</sup> P. Marzaro Gamba, *La (misura della) partecipazione nei procedimenti di tutela del patrimonio culturale "assolutezza" degli interessi e "procedimentalizzazione" dei poteri: le ragioni di una difficile coesistenza sotto l'egida della discrezionalità tecnica della p.a.*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 18 ss., 43.

<sup>525</sup> Pertanto anche nel campo delle attività caratterizzate da discrezionalità tecnica, ai fini dell'adozione dell'atto, la pubblica amministrazione deve effettuare una valutazione ponderata e comparativa di tutti gli interessi da comporre, siano essi privati o collettivi, pur dovendo perseguire la soluzione che nel caso concreto si prospetti come la più adeguata a curare l'interesse pubblico, in questi termini P. Virga, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi cit.*, 10, che correttamente ricorda come spesso le risultanze tecniche consentono un certo margine di scelta amministrativa in ordine alla identificazione del mezzo più idoneo a soddisfare una determinata esigenza (c.d. discrezionalità mista).

<sup>526</sup> A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 593 ss.; analogamente F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica cit.*, 428.

<sup>527</sup> Cons. St., sez. VI, 28 dicembre 2000, n. 7034 cit. sottolinea proprio la "labilità" della distinzione tra l'accertamento del presupposto impositivo del vincolo (ovvero l'esistenza dell'interesse culturale di cui all'art. 10, 3° comma del Codice) e la sua valutazione qualitativa ai fini dell'imposizione del vincolo (ovvero ai fini dell'adozione della dichiarazione dell'interesse culturale di cui all'art. 13 del Codice).

<sup>528</sup> G. D'angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 250*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 659 ss. evidenzia, tra l'altro, come anche in quei casi in cui la giurisprudenza riconosce come necessario il rispetto del principio di proporzionalità nell'imposizione del vincolo, l'attività amministrativa è ritenuta sindacabile "solo se incongruente ed illogica in maniera macroscopica" (686). Non stupisce quindi che taluna dottrina, ai fini di un effettivo sindacato sulla

Alla luce di quanto detto, la motivazione del provvedimento vincolistico, sulla base di un'adeguata attività istruttoria, dovrà "palesare le ragioni che rendono indispensabile il sacrificio [comunque] totale degli interessi dei proprietari del bene sottoposto a vincolo"<sup>529</sup>, dimostrando l'impraticabilità di una diversa soluzione altrettanto soddisfacente dell'interesse pubblico (tutela dell'interesse culturale) e meno pregiudizievole per gli altri interessi, pubblici e privati<sup>530</sup>. Come recentemente osservato<sup>531</sup>, infatti, se è vero che il secondo comma dell'art. 9 della Cost. ("La Repubblica tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione...") non deve essere letto separatamente dal primo

---

proporzionalità del provvedimento di imposizione del vincolo diretto ed indiretto, punti l'attenzione sul ricorso amministrativo disciplinato agli artt. 16 e 46 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, cfr.: V. Parisio, *Legittimità e merito nel ricorso amministrativo contro i provvedimenti di vincolo cit.*, che sottolinea come "in sede giustiziale, la cognizione dei vizi di merito non appare irrilevante, poiché permette la riforma e la sostituzione del provvedimento impugnato (sostituzione che al giudice non è permessa in sede di sindacato sulla discrezionalità tecnica, che, come noto, rappresenta una forma debole di sindacato e che certamente non gli permette, neppure con la c.t.u., di sostituire la valutazione già effettuata dall'amministrazione, quanto, tutta'al più, di annullarla), e stimola l'applicazione di principi quale quello di proporzionalità, favorendo, al contempo, l'ingresso e il radicamento del principio di equità nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, e tra pubblico e privato interesse" (174-175).

<sup>529</sup> Così, *ex multis*: Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 1983, n. 923 cit.; Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 1984, n. 682 cit.; Cons. St., sez. VI, 6 marzo 2000, n. 1171 cit.

<sup>530</sup> In questo senso le molte pronunce in materia di vincolo archeologico: Cons. St., sez. VI, 29 gennaio 1982, n. 39, in *Riv. giur. ed.*, 1982, 2, 295 ss. ("l'imposizione del vincolo diretto di particolare interesse archeologico richiede una motivazione specifica, con la quale l'amministrazione dimostri di aver congruamente valutati gli elementi sui quali si basa l'impostazione della stessa, la quale del resto presuppone l'acquisita certezza sull'esistenza delle cose di particolare interesse da tutelare e sull'esatta consistenza ed estensione del deposito archeologico onde limitare allo stretto necessario il sacrificio da imporre, nell'interesse pubblico, a carico della proprietà privata"); Cons. St., sez. VI, 6 luglio 1994, n. 1132, in *Riv. giur. ed.*, 1994, 6, 1084 ss. ("ai fini dell'estensione del vincolo ad intere aree in cui siano disseminati ruderi archeologici particolarmente importanti, è necessario che quest'ultimi costituiscano un complesso unitario e inscindibile, tale da rendere indispensabile il sacrificio totale degli interessi dei proprietari e senza possibilità di adottare soluzioni meno radicali, evitandosi, in ogni caso, che l'imposizione della limitazione sia sproporzionata rispetto alle finalità di pubblico interesse cui è preordinata"); Tar Marche, 10 maggio 1991, n. 241, in *Riv. giur. ed.*, 1991, 4, 803 ss.; Cons. St., sez. VI, 6 febbraio 2002, n. 678, in *giustizia-amministrativa.it*. In particolare, è possibile distinguere tra pronunce in cui viene censurato il mancato rispetto del principio di proporzionalità con riferimento all'oggetto del provvedimento, ovvero all'estensione del bene oggetto di tutela: Cons. St., sez. IV, 16 giugno 1981, n. 477, in *Riv. giur. ed.*, 1981, 5, 849 ss.; Cons. St., 18 ottobre 1989, n. 400, in *Foro amm.*, 1989, 11, 3102; Cons. St., sez. VI, 26 novembre 1991, n. 596, in *Cons. St.*, 1991, 9, 1371 ss.; Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 1982, n. 322, in *Cons. St.*, 1982, 6-7, 944; ed altre che viceversa censurano il mancato rispetto del principio di proporzionalità in relazione alla funzionalità delle misure adottate rispetto alle esigenze di tutela dei beni protetti (nel senso che si sarebbe potuta adottare una misura diversa da quella vincolistica in concreto scelta): Cons. St., sez. IV, 5 marzo 1965, n. 128, in *Riv. giur. ed.*, 1965, 517 ss.; Cons. St., sez. IV, 20 settembre 1964, n. 660, in *Riv. giur. ed.*, 1964, 1547; Cons. St., sez. VI, 8 gennaio 1998, n. 56 cit.; Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 1983, n. 923 cit.; Cons. St., sez. IV, 7 maggio 1988, n. 579, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 1, 95 ss.

<sup>531</sup> P. Marzaro Gamba, *La (misura della) partecipazione nei procedimenti di tutela del patrimonio culturale "assolutezza" degli interessi e "procedimentalizzazione" dei poteri: le ragioni di una difficile coesistenza sotto l'egida della discrezionalità tecnica della p.a. cit.*, 43-44; sulla necessità di una lettura integrata dei due commi dell'art. 9 Cost. anche M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991, 10.

che indica come fine della tutela e compito fondamentale della Repubblica “lo sviluppo della cultura”<sup>532</sup>, ma in naturale e necessario collegamento con esso, la pubblica amministrazione nell’esercizio del suo potere dovrà tenere conto non solo dell’interesse culturale che il bene di proprietà privata deve presentare per poter essere assoggettato a tutela ma anche dell’interesse del privato proprietario del bene e di tutte le altre amministrazioni portatrici di interessi pubblici potenzialmente in conflitto con quello primario di cui è titolare il Ministero per i beni e le attività culturali<sup>533</sup>.

Del resto, smentendosi così il postulato dell’assolutezza e della prevalenza sempre e comunque dell’interesse culturale<sup>534</sup>, “la tutela non è fine a se stessa ma ha una propria funzione che va al di là della mera conservazione in vita del bene...in armonia con i principi costituzionali sulla funzione sociale della proprietà”<sup>535</sup>.

L’adeguata ponderazione di tutti gli interessi in gioco e l’adozione di un provvedimento di vincolo che sappia coniugare le esigenze di tutela e valorizzazione cui si ispira la disciplina codicistica passa, necessariamente, attraverso la realizzazione di un ampio contraddittorio<sup>536</sup> che coinvolga sin dall’inizio il futuro del bene, il problema della sua conservazione e del suo uso.

---

<sup>532</sup> Del resto, come evidenziato dalla più recente dottrina, la tutela dei beni culturali va intesa non solo in termini di mera conservazione del bene ma anche di valorizzazione e fruibilità dei beni. Sul concetto di valorizzazione dei beni culturali, si rinvia a: S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 7, 675 ss.; L. Bobbio (a cura di), *Le politiche dei beni culturali in Europa*, II, Bologna, 1992, 149 ss.; S. Amorosino, *Note per la riforma dell’Amministrazione dei beni culturali*, in *Riv. giur. ed.*, 1988, 1-2, 24 ss.; L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1, 165 ss.; P. Stella Richter, P. Scotti, *Lo stato dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in *I beni e le attività culturali cit.*, 385 ss.; N. Aicardi, *L’ordinamento amministrativo dei beni culturali: la sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002; C. Barbati, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo il Titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 2, 145 ss.

<sup>533</sup> Sebbene non manchino pronunce in cui si afferma ancora l’assolutezza dell’interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale, *ex multis*: Cons. St., 31 gennaio 2005, n. 256; Cons. St., sez. IV, 8 novembre 2005, n. 6214, in *giustizia-amministrativa.it*, dove si legge che “nella graduazione degli interessi pubblici che coinvolgono l’utilizzo del territorio quelli afferenti alla tutela del patrimonio storico ed artistico, del paesaggio e dell’ambiente assumono carattere prevalente su ogni altro, in relazione al principio di primaria tutela, assunto a fondamento dell’ordinamento della Nazione, che si enuclea dall’art. 9, comma secondo, della Costituzione”. In dottrina, l’intangibilità dell’interesse culturale conseguente alla sua collocazione fra i principi fondamentali della Costituzione (art. 9) e la sua conseguente non comparabilità con gli altri interessi, pubblici o privati, è sostenuta da M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale cit.*, 184.

<sup>534</sup> Sul tema, più ampiamente: A Rota, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità cit.*, 84 ss.

<sup>535</sup> P. Marzaro Gamba, *La (misura della) partecipazione nei procedimenti di tutela del patrimonio culturale “assolutezza” degli interessi e “procedimentalizzazione” dei poteri: le ragioni di una difficile coesistenza sotto l’egida della discrezionalità tecnica della p.a. cit.*, 44.

<sup>536</sup> “Nella prospettiva partecipativa, la tutela giuridica, diviene, infine più incisiva: dai profili della congruità e logicità della motivazione e del travisamento dei fatti, visto nell’ottica dell’assenza di collegamento del bene con la storia dell’arte e della cultura, si passa a quello sulla approfondita ed adeguata istruttoria in relazione al sacrificio imposto, alla logicità del tipo di vincolo, al suo dimensionamento quantitativo”, in questi termini O. M. Caputo, *Vincolo storico artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato cit.*, 1089.

In realtà, nei procedimenti preposti all'imposizione del vincolo storico ed artistico, gli istituti di partecipazione procedimentale ed in particolare l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento<sup>537</sup> hanno conosciuto alterne vicende<sup>538</sup>. Introdotti formalmente nel T.U. del 1999, per molto tempo sono stati ritenuti inapplicabili ai procedimenti *de quo*, ora per ragioni di urgenza (*ex art. 7, 1° comma, l. n. 241*), ora per la presunta natura generale del vincolo in quanto destinato a soddisfare interessi generali della collettività (*ex art. 13, l. n. 241*), ora per la presunta inutilità della partecipazione in ragione della natura vincolata o tecnica e quindi meramente conoscitiva e ricognitiva dell'attività amministrativa.

Solo in termini relativamente recenti la giurisprudenza del Consiglio di Stato, cui si contrappone invero una legislazione che sembra orientarsi al di là delle affermazioni di principio per un depotenziamento degli istituti partecipativi, ha riconosciuto alla partecipazione procedimentale un ruolo di primaria importanza non solo nelle ipotesi di attività discrezionale in senso proprio, onde garantire una ragionevole e proporzionata ponderazione degli interessi pubblici e privati rilevanti, ma anche nei procedimenti caratterizzati da un alto tasso di discrezionalità tecnica, per "l'evidente opportunità, anche sotto il profilo della economicità di anticipare alla fase procedimentale il confronto, normalmente tipico nel momento processuale, tra le valutazioni dell'amministrazione e le considerazioni dell'interessato in merito ai connotati del bene"<sup>539</sup>.

---

<sup>537</sup> Espressamente previsto peraltro dall'art. 14, 1° comma del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

<sup>538</sup> Sul tema, più diffusamente: P. Marzaro Gamba, *La (misura della) partecipazione nei procedimenti di tutela del patrimonio culturale "assolutezza" degli interessi e "procedimentalizzazione" dei poteri: le ragioni di una difficile coesistenza sotto l'egida della discrezionalità tecnica della p.a. cit.*, 23 ss.; ; R. Tamiozzo, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata cit.*, 93 ss.; G. Garzia, *Imposizione del vincolo storico-artistico e comunicazione di avvio del procedimento agli interessati (nota a Cons. St., sez. VI, 16 aprile 1998, n. 515, in aedon.it, 1999,1; M. Brocca, L'individuazione dei beni culturali e il ruolo della partecipazione procedimentale (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 5 ottobre 2004, n. 6483), ibidem, 2005, 1; L. Zanetti, Riscrittura della legge n. 241/1990 e disciplina amministrativa dei beni culturali, ibidem, 2005, 1; M. Filippi, Il procedimento di dichiarazione del bene culturale, in *Il Testo unico sui beni culturali*, (a cura di) G. Caia, Milano, 2002, 21 ss. ed in particolare 30-35.*

<sup>539</sup> Cons. St., sez. VI, 3 gennaio 2000, n. 29, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 6, 582 ss., con nota di A. Sandulli, *La comunicazione di avvio nei procedimenti di tutela del patrimonio storico-artistico cit.*, nella quale si afferma che "l'obbligo di dare comunicazione dell'avvio del procedimento *ex art. 7 della legge n. 241 del 1990* si applica anche ai procedimenti impositivi dei vincoli storico-artistici diretti e indiretti. La necessità e l'utilità dell'apporto partecipativo del privato, in chiave difensiva e collaborativa, sono resi evidenti dal carattere sacrificativo della determinazione vincolistica e dalla significativa componente di discrezionalità tecnica che connota l'azione della pubblica amministrazione in sede di verifica del pregio culturale del bene"; analogamente Tar Lombardia, Brescia, 22 aprile 2010, n. 1599; Tar Toscana, 27 novembre 2006, n. 6030, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 3 gennaio 2000, n. 29, in *giustamm.it*; Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2000, n. 262, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 3, 482; Cons. St., sez. VI, 1 settembre 2000, n. 4649, *Cons. St.*, 2000, 9, 1970 ss.; Cons. St., sez. VI, 23 marzo 1998, n. 353, in *Urb. app.*, 1998, 10, 1085 ss., con nota di G. Manfredi, *Vincolo storico-artistico, cose d'arte, beni culturali, attività*, 1088 ss.; Cons. St., sez. VI, 29 settembre 1999, n. 1295, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 1, 109;

Se si accede poi alla tesi secondo la quale l'attività di imposizione di un vincolo diretto è espressione di un potere al contempo di discrezionalità tecnica e pura, l'effettiva partecipazione dei privati al relativo procedimento consentirà, da un lato, l'ingresso nell'istruttoria procedimentale di fatti nuovi o di una diversa qualificazione di fatti già noti<sup>540</sup> mettendo l'amministrazione precedente non tanto a "sostituire una propria valutazione con la propria bensì ad esporre in modo congruo e adeguato le ragioni per cui tra più valutazioni opinabili... tutte astrattamente compatibili coi fatti considerati ritenga preferibile quella adottata a fondamento della propria decisione"<sup>541</sup>, e dall'altro, nella ponderazione dei diversi interessi confliggenti, una scelta che se necessario sacrifichi gli interessi secondari, pubblici e privati, nella misura in cui è strettamente necessario al soddisfacimento dell'interesse pubblico primario.

Certo resta irrisolto il problema, correttamente sollevato da attenta dottrina<sup>542</sup>, della esatta individuazione del momento di inizio del procedimento<sup>543</sup> che la maggiore giurisprudenza tende a far slittare molto in avanti, al termine di un'ampia fase di istruttoria (o meglio di pre-istruttoria) tutta interna all'amministrazione che può in pratica anche coincidere con tutta quella parte del procedimento che viene svolta dinnanzi alla sovrintendenza.

Il rischio, secondo quanto già visto per quanto riguarda la partecipazione ai procedimenti di pianificazione urbanistica, è ovviamente che il colloquio tra privati e amministrazione si svolga in un momento in cui il giudizio sulla sussistenza del bene culturale si è pressoché formato e più difficile sarà per il privato, salvo i casi di macroscopico errore o travisamento del fatto, (ri)metterlo in discussione<sup>544</sup>.

---

Cons. giust. amm., Sicilia, 26 aprile 1996, n. 110, in *Cons. St.*, 1996, 4, 683; Tar Lombardia, Brescia, 15 gennaio 1993, n. 8, in *Foro it.*, 1993, III, 624.

<sup>540</sup> Con la conseguente perdita da parte dell'amministrazione dell'"esclusiva sulla selezione dei fatti da considerare ai fini della decisione" e la trasformazione del procedimento "nel luogo elettivo (forse l'unico) in cui si possono confrontare amministrazioni e terzi proprio su quegli elementi tecnico specialistici utili a valutare tanto la sussistenza dell'interesse culturale quanto, soprattutto la sua intensità (posto che per l'apposizione del vincolo esso deve avere un certo rilievo)...", in questi termini: C. Videtta, *Le valutazioni tecniche nei procedimenti di tutela dei beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 88 ss., in particolare 99.

<sup>541</sup> P. Marzaro Gamba, *La (misura della) partecipazione nei procedimenti di tutela del patrimonio culturale "assolutezza" degli interessi e "procedimentalizzazione" dei poteri: le ragioni di una difficile coesistenza sotto l'egida della discrezionalità tecnica della p.a. cit.*, 40-41.

<sup>542</sup> P. Marzaro Gamba, *La (misura della) partecipazione nei procedimenti di tutela del patrimonio culturale "assolutezza" degli interessi e "procedimentalizzazione" dei poteri: le ragioni di una difficile coesistenza sotto l'egida della discrezionalità tecnica della p.a. cit.*, 30-32; C. Zucchelli, *Art. 14, in Codice dei beni culturali e del paesaggio cit.*, 175; C. Videtta, *Le valutazioni tecniche nei procedimenti di tutela dei beni culturali cit.*, 99 ss.

<sup>543</sup> La sua corretta individuazione consente, ovviamente, di accertare la tempestività della comunicazione di avvio del procedimento.

<sup>544</sup> Sebbene occorre ricordarlo, "anche una partecipazione tardiva (perché conseguente ad una tardiva comunicazione di avvio) genera nell'amministrazione il dovere di tenere conto dei fatti introdotti e delle considerazioni prospettate, in sede di decisione (e naturalmente di motivazione) costringendo l'amministrazione a misurare la tenuta delle proprie scelte in relazione a tali elementi, fino ad indurla eventualmente a cambiare idea", così C. Videtta, *Le valutazioni tecniche nei procedimenti di tutela dei beni culturali cit.*, 100. Cfr. *Cons. St.*, 22 giugno 2006, n. 3825, in *giustizia-amministrativa.it*.

Un'attenta verifica sulla quantità del potere esercitato dall'amministrazione si rende ancora più cogente in relazione ai vincoli indiretti<sup>545</sup> di cui all'art. 45 del Codice, attraverso i quali il Ministero indica le distanze, le misure e ogni altra prescrizione diretta ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità delle cose immobili soggette a tutela artistica e storica o che ne sia danneggiata la prospettiva e la luce o alterate le condizioni di ambiente e di decoro.

Tali provvedimenti, ricondotti dalla dottrina<sup>546</sup> alla "figura dei limiti legali alla proprietà", riguardano infatti beni diversi da quelli "vincolati" in quanto di particolare pregio storico-artistico e svolgono "una funzione complementare alla tutela dei beni artistici e storici che trova la propria legittimazione in una situazione di asservimento ad un altro bene oggetto di tutela diretta in quanto funzionalmente connesso al vincolo che grava su quest'ultimo"<sup>547</sup>.

Tale complementarietà non esclude però che il contenuto del vincolo possa spingersi sino all'imposizione di un divieto assoluto di inedificabilità, purché siano indicati i limiti della zona di rispetto e venga adeguatamente motivata l'esigenza di interesse pubblico che il vincolo indiretto è chiamato a soddisfare, "a fronte del grande sacrificio imposto al privato"<sup>548</sup>.

Di qui, immancabilmente, i dubbi in ordine alla costituzionalità del vincolo indiretto per violazione del 2° comma dell'art. 42 Cost., i quali sono stati risolti

---

<sup>545</sup> In dottrina, per una ricostruzione dell'istituto: M. Nigro, *In tema di rispetto dell'ambiente monumentale*, in *Foro amm.*, 1958, 119 ss.; E. Guicciardi, *Tutela diretta e indiretta delle cose d'interesse artistico*, in *Giur. it.*, 1963, III, 209 ss.; R. Colonna, *La tutela ambientale dei beni culturali: riflessioni sulla natura giuridica del c.d. vincolo indiretto ex art. 21 legge n. 1089 del 1939*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 2, 75 ss.; P. Stancapiano, *Discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche nel vincolo indiretto e tutela di immobili di interesse storico e artistico*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 1, 101 ss.; M. Parini, *Art. 45. Prescrizioni di tutela indiretta*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modifiche*, (a cura di) M. Cammelli, Bologna, 2004, 223 ss.; F. Figorilli, *Art. 45- Prescrizioni di tutela indiretta*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commentario cit.*, 1256 ss.; R. Tamiozzo, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata cit.*, 123 ss.

<sup>546</sup> T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali cit.*, 389.

Sul concetto di "limitazione", più diffusamente. G. Vignocchi, *Limitazioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 1974, XXIV, 705 ss., che nel *genus* delle limitazioni amministrative distingue tra ipotesi di: a) divieto incondizionato di esercizio del diritto; b) divieto relativo, nel senso che l'esercizio del diritto è subordinato all'avverarsi di una condizione sospensiva come un nulla osta; c) situazione di generica permissione, in cui il diritto viene esercitato liberamente, salva l'eventualità però che si verifichi la condizione risolutiva rappresentata dall'imposizione di speciali limitazioni (709-711); G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo cit.*, 192.

<sup>547</sup> Le parole sono tratte da: Tar Sicilia, 3 luglio 1986, n. 650, in *Foro amm.*, 1987, 3, 773; analogamente Cons. St., sez. IV, 30 maggio 1972, n. 486, in *Foro amm.*, 1972, 2, 575; Tar Calabria, Catanzaro, 11 febbraio 2000, n. 141, in *Foro amm. - Tar*, 2000, 7-8, 2883.

<sup>548</sup> Come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza, per tutte: Cons. St., sez. VI, 25 settembre 1964, n. 997, in *Cons. St.*, 1964, 1453; Cons. St., sez. IV, 5 luglio 1967, n. 270, in *Cons. St.*, 1967, 1088; Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 1967, n. 698, in *Cons. St.*, 1967, 2421; Cons. St., sez. IV, 27 maggio 1977, n. 497, in *Cons. St.*, 1977, 5, 743; Tar Veneto, 29 novembre 1993, n. 884, in *Tar*, 1993, 1, 165, Tar Lazio, sez. II, 16 ottobre 1995, n. 1543, in *Tar*, 1995, 11, 4462; Tar Veneto, 24 novembre 1994, n. 1063, in *Tar*, 1994, 1, 172; Cons. St., sez. VI, 27 novembre 1997, n. 1754, in *Cons. St.*, 1997, 11, 1598 ss.; Cons. St., sez. VI, 10 febbraio 1999, n. 122, in *Cons. St.*, 1999, 2, 245; Cons. St., sez. VI, 3 gennaio 2000, n. 28, in *Cons. St.*, 2000, 1, 29; Tar Lazio, Roma, 16 febbraio 2006, n. 1171, in *giustizia-amministrativa.it*.

dalla giurisprudenza ricorrendo allo schema logico (già analizzato) secondo il quale il bene, per sua stessa natura, contiene *in nuce* i limiti e i vincoli che poi verranno esplicitati dall'amministrazione mediante provvedimenti ricognitivi<sup>549</sup> della situazione giuridica propria dello stesso<sup>550</sup>.

Con la conseguente qualificazione dell'attività amministrativa ablatoria in termini di "discrezionalità tecnica"<sup>551</sup>.

La dottrina più recente<sup>552</sup>, tuttavia, confortata da un orientamento giurisprudenziale particolarmente attento nei confronti del sacrificio imposto

---

<sup>549</sup> Si riproduce quindi anche in relazione ai vincoli indiretti il dibattito in ordine alla natura dichiarativa ovvero costitutiva del provvedimento vincolistico già analizzata in materia di vincoli diretti. A sostegno della prima tesi: G. Guzzardo, *Commento all'art. 46 (procedimento per la tutela indiretta)*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, 151 ss. ed in particolare 152; P. G. Ferri, *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo cit.*, 217; G. Rolla, *In tema di vincoli su beni di interesse artistico e storico*, in *Giur. cost.*, 1974, 2130 ss.; C. Volpe, *Il regime dei vincoli in materia culturale e ambientale*, in *Tar*, 1988, 1, 137 ss. Sulla natura costitutiva del vincolo *de quo*, per tutti F. Figorilli, *Art. 45 - Prescrizioni di tutela indiretta cit.*, 1261.

<sup>550</sup> Giurisprudenza assolutamente pacifica: Cons. St., sez. VI, 7 novembre 1959, n. 790, in *Foro amm.*, 1959, 1685; Cons. St., sez. VI, 18 aprile 1962, n. 330, in *Riv. giur. ed.*, 1962, 685; Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 1967, n. 658, in *Cons. St.*, 1967, 2381; Cons. St., sez. IV, 30 maggio 1972, n. 486 cit.; Cons. St., sez. VI, 23 marzo 1979, n. 188, in *Foro it.*, 1979, I, 585; Cons. St., sez. VI, 7 maggio 1988, n. 579 cit.; Cons. St., sez. VI, 13 maggio 1989, n. 619, in *Riv. giur. ed.*, 1989, 5, 658 ss.; Tar Calabria, Catanzaro, 11 febbraio 2000, n. 141 cit.; Tar Lazio, Roma, 16 febbraio 2006, n. 1171 cit.; Corte Cost., 4 luglio 1974, n. 202 e Corte Cost., 28 dicembre 1984, n. 309, in *cortecostituzionale.it*.

In dottrina: G. Vignocchi, *L'indennità di espropriazione*, Modena, 1964, 75 ss.; in termini critici rispetto alla tesi dominante dell'indennizzabilità dei vincoli L. Balucani, *Sulla indennizzabilità dei vincoli di inedificabilità posti a tutela delle cose di interesse artistico e storico*, in *Cons. St.*, 1973, 158 ss.; G. Landi, *L'indennizzabilità dei vincoli di interesse pubblico della proprietà privata*, in *Foro amm.*, 1970, 475 ss.

<sup>551</sup> G. Vignocchi, *Limitazioni amministrative cit.*, 726; T. Alibrandi, P. G. Ferri, *I beni culturali e ambientali cit.*, per i quali "il vincolo indiretto si ricollega ad una condizione oggettiva e predeterminata del bene ad esso sottoposto, consistente nella sua relazione spaziale con la cosa di interesse artistico e storico; relazione che viene identificata da una decisione amministrativa la quale, se pure non da luogo ad un mero accertamento a carattere vincolato, è però sorretta da una valutazione discrezionale di natura tecnica" (401); R. Tamiozzo, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata cit.*, 135; M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente cit.*, 17.

In giurisprudenza, tra le tante: Cons. St., sez. IV, 30 maggio 1972, n. 486 cit.; Cons. St., sez. VI, 4 giugno 1976, n. 251, in *Rass. Cons. St.*, 1976, 6-7, 828; Cons. St., sez. VI, 26 novembre 1977, n. 894, in *Rass. Cons. St.*, 1977, 11, 1758; Tar Abruzzo, Pescara, 8 febbraio 1993, n. 48, in *Tar*, 1993, 4, 1437; Cons. St., sez. VI, 24 agosto 1992, n. 615, in *Riv. amm.*, 1992, 8-9, 1343; Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4229 cit.; Cons. St., 6 ottobre 2001, n. 5287 cit.; Cons. St., sez. VI, 2 febbraio 2001, n. 435; Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2003, n. 6344; Tar Puglia, Lecce, 28 aprile 2010, n. 1038, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>552</sup> In questi termini già V. Cerulli Irelli, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica cit.*, 148; M. Cantucci, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e storico cit.*, 261; R. Colonna, *La tutela ambientale dei beni culturali: riflessioni sulla natura giuridica del c.d. vincolo indiretto ex art. 21 legge n. 1089 del 1939 cit.*, 83-84; P. Stancapiano, *Discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche nel vincolo indiretto e tutela di immobili di interesse storico e artistico cit.*, che nel commentare la pronuncia del Cons. St., 7 maggio 1988, n. 579, apparentemente ascrivibile al filone giurisprudenziale secondo il quale le valutazioni dell'amministrazione inerenti all'imposizione di un vincolo indiretto costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, nota come il giudice nella motivazione acceda più propriamente ad una nozione di discrezionalità pura, parlando di "valutazione discrezionale limitata da categorie

all'interesse privato in ragione del soddisfacimento dell'interesse pubblico<sup>553</sup>, ha invece espresso forti critiche nei confronti della tesi che riconduce ad un mero esercizio di discrezionalità tecnica l'imposizione dei vincoli indiretti, sottolineando che la valutazione tecnica sul pregio del bene e sulle sue esigenze di tutela identifica certamente un interesse (quello primario), ma non l'unico interesse rilevante nel procedimento, con la conseguenza che questo va coordinato secondo i canoni della discrezionalità amministrativa con l'interesse secondario del privato proprietario del bene (cui va comunicato l'avvio del

---

tecniche". Secondo il Consiglio di Stato, la valutazione tecnica relativa al pregio storico-artistico dell'immobile e all'esigenza di una tutela riferita anche all'area circostante funge da presupposto per un apprezzamento discrezionale, e precisamente per una valutazione del pubblico interesse che deve costituire il criterio per determinare i contenuti e l'ampiezza del vincolo indiretto; in altri termini, "la valutazione tecnica non avrebbe incidenza diretta sul vincolo (nel senso che non costituirebbe di per sé solo il fattore che ne determina i contenuti e l'estensione), ma costituirebbe solo il presupposto per una valutazione, questa sì di carattere propriamente discrezionale" (104); A Rota, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità cit.*, 99; A. Crosetti, *La composizione degli interessi nel vincolo indiretto: problemi di proporzionalità*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 46 ss., ed in particolare 60-66, il quale superata la configurazione tradizionale del vincolo indiretto quale limitazione amministrativa al diritto di proprietà apponibile secondo criteri di discrezionalità tecnica, ravvisa nel relativo procedimento impositivo gli estremi di un "procedimento ablativo personale" (65); L. Casoli, *Cap. VIII – Altre forme di protezione*, in *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) E. Follieri, I, Napoli, 2005, 155 ss., 161, per la quale il procedimento di imposizione di un vincolo indiretto è caratterizzato da una doppia natura, essendo espressione di più evidente discrezionalità tecnica, per ciò che concerne l'an del provvedimento ed invece di discrezionalità amministrativa pura per quanto riguarda il *quid* ed il *quantum*.

<sup>553</sup> Che "il sacrificio del privato debba essere orientato al minimo, nel senso che nel provvedimento deve essere stabilita una disciplina vincolistica che sappia graduare le misure adottate in rapporto all'importanza del bene oggetto di tutela, alla sua natura, alle sue caratteristiche, alla sua ubicazione" nel rispetto del principio di ragionevolezza e proporzionalità è principio oramai consolidato in giurisprudenza. Tra le numerose tante pronunce in tal senso vedasi, a titolo meramente esemplificativo: Cons. St., sez. IV, 6 marzo 1970, n. 153, in *Riv. giur. ed.*, 1970, 688 ss.; Cons. St., sez. VI, 9 agosto 1986, n. 641, in *Cons. St.*, 1986, 8-9, 1276 ss.; Cons. St., sez. VI, 20 maggio 1988, n. 706, in *Riv. amm.*, 1988, 9, 1248 ss.; Cons. St., 6 ottobre 1986, n. 758, in *Cons. St.*, 1986, 10, 1566 ss.; Cons. St., 26 giugno 1985, n. 353, in *Riv. giur. ed.*, 1985, 6, 786 ss.; Cons. St., 21 maggio 1984, n. 301, in *Riv. giur. ed.*, 1984, 4, 746 ss.; Tar Umbria, 1 febbraio 1992, n. 18, in *Riv. giur. amb.*, 1992, 3, 688; Cons. St., sez. IV, 7 maggio 1988, n. 579 cit.; Tar Lazio, sez. II, 20 settembre 1991, n. 1394, in *Tar*, 1991, 10, 3399; Cons. St., sez. IV, 31 ottobre 1992, n. n. 823, in *Giur. it.*, 1992, III, 1, 442; Tar Emilia Romagna, 16 giugno 1993, n. 153, in *Riv. giur. amb.*, 1993, 6, 911 ss.; Tar Lazio, sez. II, 23 gennaio 1997, n. 235, in *Tar*, 1997, 2, 426; Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 1998, n. 188, in *Cons. St.*, 1998, 1, 278; Cons. St., sez. VI, 21 aprile 1999, n. 493, in *Cons. St.*, 1999, 4, 707; Tar Campania, Napoli, 5 settembre 2000, n. 3346, in *Foro amm. – Tar*, 2001, 1, 1; Cons. St., sez. VI, 27 agosto 2001, n. 4508; Tar Lazio, Roma, 16 gennaio 2002, n. 411; Cons. St., sez. VI, 6 settembre 2002, n. 4566 cit.; Cons. St., sez. VI, 27 marzo 2001, n. 1767; Tar Lazio, Roma, 5 marzo 2003, n. 1711; Cons. St., sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7492; Cons. St., sez. VI, 20 settembre 2005, n. 4866 ("in tema di vincolo storico-artistico c.d. indiretto, il potere dell'amministrazione deve essere esercitato secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, muovendo da una puntuale considerazione dello stato dei luoghi e valutando comparativamente il sacrificio imposto al privato e l'interesse pubblico perseguito, onde pervenire a scelte idonee e temperare detti opposti interessi"); Cons. St., sez. VI, 25 giugno 2007, n. 3596; Tar Campania, Napoli, 18 luglio 2007, n. 6770; Tar Campania, Napoli, 24 aprile 2009, n. 2161, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

procedimento *ex art.* 46<sup>554</sup>) e con tutti gli altri interessi pubblici secondari (in particolare quelli connessi all’iniziativa economica e d’impresa) che rilevano in quel determinato contesto, inteso anche in senso “storico-temporale”<sup>555</sup>.

In conclusione, proprio valorizzando la diversità dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione tanto per quanto riguarda il possibile contenuto dei provvedimenti vincolistici di tutela che altresì in ordine alla scelta tra vincolo diretto e indiretto<sup>556</sup>, il principio di proporzionalità, illuminato dall’apporto fornito dalle regole specialistiche del caso concreto, diventa un limite importante alla notevole libertà di cui dispone l’amministrazione circa l’effettivo utilizzo del bene tutelato, e ciò, anche in presenza di un interesse pubblico come quello “culturale” nei cui confronti il legislatore ha sempre mostrato e continua a mostrare un occhio di riguardo<sup>557</sup>.

Quanto detto per l’interesse “storico-culturale” può in realtà replicarsi per quanto riguarda l’interesse paesaggistico<sup>558</sup> e quindi per la “dichiarazione di

---

<sup>554</sup> Sull’applicazione al procedimento impositivo del vincolo indiretto dei principi generali in materia di partecipazione procedimentale, tra le tante: Tar Calabria, Reggio Calabria, 8 giugno 2001, n. 445; Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2003, n. 1751; Cons. St., 6 febbraio 2003, n. 596; Tar Lombardia, Brescia, 21 ottobre 2004, n. 1360; Tar Emilia Romagna, Parma, 14 aprile 2004, n. 169; Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2006, n. 4923; Tar Marche, 7 febbraio 2006, n. 19 (“mentre la comunicazione di avvio del procedimento previsto dalla legge n. 241 del 1990 ha carattere generale, quelle previste dagli artt. 7 e 49 d. lgs. n. 490 del 1990 sono specifiche, riferendosi a procedimenti di imposizione dei vincoli culturali diretto e indiretto, e quindi prevalgono sulla norma generale con conseguente impossibilità di estendere alla comunicazione prevista per il vincolo diretto...sia la possibilità di effettuarle mediante forme di pubblicità alternative alla comunicazione personale sia da ritenere comunque applicabili i principi giurisprudenziali intervenuti per l’art. 7, l. n. 241 del 1990, tra cui quello della equipollenza della conoscenza comunque acquisita dell’avvio del procedimento alla sua comunicazione formale. Ai sensi dei noti principi di imparzialità ed equità dell’azione amministrativa...l’amministrazione ancorché impone le prescrizioni attuative ritenute più congrue, ha l’obbligo di indicare espressamente non solo quale sia o quali siano le finalità in concreto perseguite, ma ha anche l’obbligo di adeguatamente giustificarle in comparazione con il sacrificio che esse arrecano ai privati proprietario”), tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>555</sup> A. Crosetti, *La composizione degli interessi nel vincolo indiretto: problemi di proporzionalità cit.*, 63.

<sup>556</sup> Sul punto Tar Emilia Romagna, Bologna, 14 novembre 2005, n. 1631, in *giustamm.it*, dove si legge che “L’imposizione dei vincoli storico-artistici previsti dalla legge n. 1089/1939, pur essendo conseguente ad una valutazione ampiamente discrezionale dell’Amministrazione, deve comunque rispettare i principi di razionalità e proporzionalità dell’azione amministrativa, sanciti dall’articolo 1 della legge n. 241 del 1990, come modificata dalla legge n. 15 del 2005, (congruità del mezzo rispetto al fine perseguito), della specifica valutazione dell’interesse pubblico ‘particolare’ perseguito e della necessità che nella motivazione del provvedimento sia chiaramente espressa l’impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato del vincolo. Ciò al fine di evitare che l’imposizione del vincolo diretto si trasformi in una vincolatività generale e indifferenziata, pur sussistendo situazioni obiettivamente diverse, anche nei casi in cui potrebbe essere sufficiente l’imposizione di un vincolo indiretto per perseguire le medesime finalità”.

<sup>557</sup> Basti pensare all’eccezionalità del regime del patrimonio culturale rispetto alle norme di semplificazione, sul tema: G. Severini, *Art. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio cit.*, 8 ss.

<sup>558</sup> Della nozione di “paesaggio”, oggetto di tutela dell’art. 9 Cost., si sono offerte in dottrina due diverse concezioni: la prima, c.d. estetico-naturalistica, che ha di “mira unicamente i valori paesistici sotto il profilo dei quadri naturali che realizzano” (le parole sono di A. M. Sandulli, *La tutela del paesaggio nella Costituzione cit.*, 285); la seconda, c.d. estetico-culturale, che valorizza l’interazione tra paesaggio e uomo e la valenza culturale del primo, che non si identifica più con le

notevole interesse pubblico”<sup>559</sup> di cui agli artt. 138 e ss. del Codice che, in attesa del compimento delle complesse procedure di adeguamento<sup>560</sup> o di adozione *ex novo* dei piani paesaggisti, sembra tra l’altro destinata a diventare “lo strumento centrale e primario di tutela del paesaggio”<sup>561</sup>.

Sebbene tradizionalmente la giurisprudenza<sup>562</sup> escluda che nell’imposizione del vincolo paesaggistico l’amministrazione debba compiere una valutazione di

---

sole bellezze naturali presenti nel territorio, ma con “la forma del territorio e dell’ambiente creata dalla comunità umana che vi si è insediata, con una continua interazione della natura e dell’uomo” (così A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, 1981, XXXI, 503 ss., 504; analogamente G. F. Cartei, *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata cit.*, 211 ss. per il quale “il contenuto della norma costituzionale pare affidato non tanto alle risultanze consequenziali di un procedimento di interpretazione che ne sveli l’unico significato possibile, quanto all’adozione di procedure di bilanciamento degli interessi che ne garantiscono la composizione in una logica di relazione”, 216). Per un approfondimento sulla nozione “giuridica” di paesaggio si rinvia a: F. Merusi, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, I, Bologna, 1975, 444 ss.; M. Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni cit.*, 40 ss.; P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 2, 363 ss.; G. F. Cartei, *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio cit.*; G. Scialoja, *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, G. F. Cartei, *Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un confronto*, entrambi pubblicati in *Aedon.it*, 2008, 3.

La nozione estetico-culturale (oggi confermata anche dall’art. 131 del Codice) è stata fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale, la quale da tempo ritiene che la tutela del paesaggio non possa essere concepita in termini statici, di assoluta immutabilità dei valori paesaggistici presenti in un dato momento storico ma debba invece attuarsi dinamicamente tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese, presupponendo normalmente la comparazione e il bilanciamento di interessi diversi. Per tutte: Corte Cost., 21 dicembre 1985, n. 359; Corte Cost., 27 giugno 1986, n. 151; Corte Cost., 29 marzo 1985, n. 95 e più recentemente le note pronunce della Corte Cost., 24 giugno 2004, n. 196 cit., nella quale la Suprema Corte ha specificato come l’attribuzione all’interesse pubblico alla tutela del paesaggio della natura di valore costituzionale primario “non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni [corsivo mio]” e 26 novembre 2004, n. 364, tutte pubblicate in *corte-costituzionale.it*.

<sup>559</sup> Per un commento delle norme: P. Marzaro Gamba, *Il nuovo regime del provvedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico; dal procedimento alla separazione delle funzioni di tutela dei beni paesaggistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 131 ss.

<sup>560</sup> Sul tema si sofferma: M. Breganze, *L’adeguamento dei piani paesaggistici (ex art. 156 d.lgs. n. 42/2004)*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 250 ss.

<sup>561</sup> P. Marzaro Gamba, *La “cura” ovvero “l’amministrazione del paesaggio”: livelli poteri e competenze nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri) cit.*, 422.

<sup>562</sup> Oltre alla nota pronuncia della Corte Costituzionale, n. 56/1968, sulla natura meramente conformativa dei vincoli paesaggistici e alle successive pronunce della Suprema Corte che ne hanno ribadito pedissequamente l’orientamento (20 febbraio 1973, n. 9; 6 maggio 1976, n. 106; 16 giugno 1988, n. 648; 20 luglio 1990, n. 344; 7 novembre 1994, n. 379; 28 luglio 1995, n. 417 cit.; 23 luglio 1997, n. 262, in *corte-costituzionale.it*) si rinvia a: Cons. St., 22 aprile 1977, n. 387, in *Cons. St.*, 1977, 4, 641 ss.; Tar Molise, 18 dicembre 1979, n. 127, in *Foro amm.*, 1980, 4, 775 ss.; Tar Veneto, 5 giugno 1980, n. 506, in *Tar*, 1980, 10, 3147; Tar Lazio, sez. II, 21 febbraio 1989, n. 290, in *Tar*, 1989, 3, 825 ss.; Cons. St., sez. VI, 27 ottobre 1988, n. 1179, in *Cons. St.*, 1988, 10, 1287 ss.; Cons. St., sez. VI, 20 marzo 1996, n. 482, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 4-5, 711 ss.; Tar Lombardia, Milano, 16 ottobre 1997, n. 1796, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 5, 744 ss., dove si precisa che “l’attività finalizzata all’apposizione di un vincolo paesaggistico ha natura essenzialmente ricognitiva di qualità preesistenti in beni che la legge impone di tutelare piuttosto che essere il luogo in cui si valutano e compongono, attraverso l’esercizio di un potere discrezionale in senso proprio, interessi confliggenti...Dato che il potere qui esercitato non comporta una rinnovata

carattere discrezionale, la più recente dottrina<sup>563</sup>, supportata da alcune (poche invero) pronunce giurisprudenziali<sup>564</sup>, sembra invece orientarsi nel senso della

---

valutazione discrezionale degli interessi considerati dalla pianificazione urbanistica, l'amministrazione non era tenuta ad effettuare alcuna valutazione della situazione urbanistica dovendo essa unicamente esprimere un giudizio che tenesse conto del pregio intrinseco della zona e della sua valenza paesaggistica. Il contemperamento con l'interesse del proprietario si può quindi realizzare unicamente nel rendere comunque possibili tutte le attività private che non frustino l'esigenza di piena salvaguardia dell'interesse protetto, e quindi attraverso la fissazione di criteri di gestione che non precludano attività compatibili con la valenza estetica della zona tutelata"; Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1734, in *Riv. giur. amb.*, 1999, 5, 675 ss.; più recentemente Cons. St., sez. VI, 21 giugno 2006, n. 3733, in *giustizia-amministrativa.it*, secondo cui "l'imposizione del vincolo paesaggistico non richiede una ponderazione degli interessi privati unitamente ed in coerenza con gli interessi pubblici connessi con la tutela paesaggistica, sia perché la dichiarazione di particolare interesse sotto il profilo paesistico non è un vincolo a carattere espropriativo...sia perché, comunque, la disciplina costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.) erige il valore estetico-culturale a valore primario dell'ordinamento...nè può essere considerato vizio della funzione preposta alla tutela del paesaggio il mancato accertamento dell'esistenza, nel territorio oggetto dell'intervento paesaggistico, di eventuali prescrizioni urbanistiche, che rispondono ad esigenze diverse che, in ogni caso, non si inquadrano in una considerazione globale del territorio sotto il profilo dell'attuazione del primario valore paesaggistico".

In dottrina, per tutti: G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà cit.*, 386-396 ed in particolare 392; M. Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni cit.*, 118 ss., che dopo aver ricostruito il dibattito dottrinale in ordine alla natura dichiarativa o costitutiva del vincolo paesistico (113-118) conclude che "...nonostante il carattere fortemente valutativo del giudizio estetico-culturale, non crediamo tuttavia che l'imposizione del vincolo sia il risultato di una valutazione discrezionale della competente autorità. Conclusosi positivamente tale giudizio e giunta la pubblica amministrazione al convincimento che il bene è atto a soddisfare l'interesse paesaggistico, la primarietà di siffatto interesse, *almeno rispetto a quelli di natura economica, sia pubblici che privati* [corsivo mio], non consente, infatti, una scelta all'amministrazione in ordine alla opportunità o meno di imporre il vincolo; in altri termini non vi è spazio alcuno per quella ponderazione di interessi nella quale si esprime la vera e propria discrezionalità amministrativa" (127); P. Carpentieri, *Paesaggio contro Ambiente*, in *Urb. app.*, 2005, 8, 931 ss., in particolare 935-937.

<sup>563</sup> P. Marzaro Gamba, *Il nuovo regime del provvedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico; dal procedimento alla separazione delle funzioni di tutela dei beni paesaggistici cit.*, 142-149, che ravvisa l'esistenza di un potere discrezionale tanto nella fase istruttoria curata dalla Commissione ai sensi dell'art. 138, la quale "risulta improntata al più ampio potere di acquisizione dei fatti e degli interessi coinvolti avvalendosi delle competenti strutture statali, regionali e provinciali" al fine di valutare la sussistenza dell'interesse pubblico e di esplicitare le prescrizioni d'uso del bene, ritenute più idonee ed opportune per assicurare la conservazione dei valori espressi; che nella fase decisoria imputata alla Regione ai sensi dell'art. 140, in relazione all'ampiezza del vincolo e alla modulazione delle prescrizioni d'uso anche in ragione degli effetti prodotti, "per quanto tale possibilità di scelta trovi certamente dei limiti 'naturali' da un lato...nella specifica competenza tecnica e nelle caratteristiche del potere della commissione e, dall'altro, negli esiti dell'istruttoria aperta successiva a quella riservata effettuata dalla commissione stessa" (149); G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione cit.*, 105-107; L. Prati, *Imposizione del vincolo ambientale e valutazione degli interessi privati*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 5, 749 ss.; F. Di Mauro, *La natura dei provvedimenti di tutela dei beni paesistici*, in *Dir. e giur. agr.*, 1999, 1, 14 ss., ma anche L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa cit.*, 309.

<sup>564</sup> *Ex multis*: Tar Puglia, Bari, 13 gennaio 2008, n. 214; Tar Campania, Napoli, 18 luglio 2007, n. 6770; Tar Lazio, Roma, 12 gennaio 2006, n. 257; Tar Sicilia, Palermo, 4 febbraio 2005, n. 150 (nella quale si legge che l'amministrazione preposta alla tutela del paesaggio non può, in forza di una concezione totalizzante dell'interesse pubblico primario di cui è tributaria, limitarsi ad affermare la generica rilevanza assoluta, paralizzando ogni altra attività e sacrificando ogni altro interesse) in *giustizia-amministrativa.it*.

configurabilità accanto ad una fase di accertamento tecnico e di discrezionalità tecnica in senso proprio<sup>565</sup> anche di una fase decisionale (*rectius* volitiva) caratterizzata da una discrezionalità amministrativa.

Quanto visto in relazione ai vincoli di interesse culturale, sia diretti che indiretti, ed in ultimo con riferimento ai vincoli paesistici, sembra potersi adattare anche ai vincoli idrogeologici e forestali di cui all'art. 1 e 17 del r.d. n. 3267/1923.

Da un attenta analisi della disciplina legislativa, infatti, emerge come l'amministrazione titolare del relativo potere vincolistico non si limiti (solo) ad accertare e dichiarare i caratteri propri del bene oggetto di tutela ma sia chiamata a definirne i contenuti effettuando una ponderazione tra i diversi interessi coinvolti nel procedimento vincolistico.

Relativamente a primi è lo stesso art. 13, 1° e 2° comma<sup>566</sup>, del r.d. n. 3267/1923 a richiedere che il contenuto del vincolo sia rapportato alla effettiva

---

<sup>565</sup> Tale distinzione è ben esplicitata da Cons. St., sez. IV, 12 dicembre 1996, n. 1299, in *Foro amm.*, 1996, 11-12, 3227 ss., nei seguenti termini: “l’attività in questione, essendo pacificamente caratterizzata da discrezionalità tecnica, seppure di natura ricognitiva non è però meramente ricognitiva, in quanto l’accertamento tecnico è la discrezionalità tecnica sono istituti diversi tra loro: il primo si esaurisce nella mera ricognizione degli elementi ai quali una determinata norma attribuisce rilevanza a certi fini; la seconda postula che alla fase dell’accertamento segua quella del giudizio, rispetto alla quale la posizione del soggetto destinatario dello stesso è quella del titolare di interesse legittimo, cioè del soggetto che ha un interesse tutelato e qualificato a che gli elementi siano correttamente valutati, secondo le regole dettate dalla scienza e dalla tecnica”. Tale pronuncia è stata analizzata in termini critici da F. G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario cit.*, 107 ss., il quale rimprovera al Consiglio di Stato di non farsi carico del problema di distinguere secondo quali criteri debba essere reso quel “giudizio” che è intimamente connesso all’esercizio di una discrezionalità tecnica, cioè “se si tratti di un giudizio effettivamente da informare all’interesse pubblico o, viceversa, di un giudizio da condurre alla stregua di criteri scientifici o tecnici, che possono essere nell’esperienza comune (o generale) ovvero nell’esperienza di esperti qualificati, ma di certo non nell’esperienza riservata di organi amministrativi. La verità – continua l’A. – è che, probabilmente per ragioni di semplificazione, la giurisprudenza amministrativa, dinanzi ad una graduazione di possibili giudizi, che contempla giudizi di esistenza e inesistenza, di giudizi di esattezza e inesattezza, giudizi di congruità e incongruità e, in ultimo, giudizi di opportunità e inopportunità, non ha operato una differenziazione sulla base dell’oggetto (o del criterio) del giudizio, ma ha preferito porre in essere una differenziazione meno analitica, separando i giudizi di esistenza da tutti gli altri giudizi: giudizi complessi secondo criteri obiettivi, giudizi complessi secondo criteri opinabili, giudizi complessi anche secondo criteri soggettivi (quali, ad esempio, possono essere considerati quelli in materia di vincoli archeologici, storici e in senso lato culturali e ambientali). Tutti questi giudizi, non perché siano giudizi in ordine all’interesse pubblico, ma semplicemente perché sono giudizi complessi...sono dalla giurisprudenza ritenuti riservati all’amministrazione” (114-115). Sulla stessa linea anche C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale: profili generali cit.*, che non ritiene di poter archiviare *sic et simpliciter* la tendenza giurisprudenziale a configurare un merito amministrativo una volta stabilito che vi sia una valutazione di discrezionalità tecnica e non un semplice accertamento, in quanto, “nel merito connesso alla valutazione di interessi il principio giuridico che ne impone l’attribuzione in esclusiva all’amministrazione risulta chiaramente; nelle altre valutazioni invece no” (76)..

<sup>566</sup> “Le zone vincolate, nelle quali, per lavori eseguiti, per mutate forme di utilizzazione dei terreni o per altre cause, risulta cessato il pericolo di danni, di cui all’art. 1, possono dal Comitato forestale, su proposta dell’Amministrazione forestale o su richiesta degli interessati, essere dichiarate esenti dal vincolo (1° comma). Il Comitato forestale potrà del pari dichiarare totalmente o parzialmente esenti dalle limitazioni imposte dalle prescrizioni di massima i proprietari di terreni

situazione di pericolo e quindi alle reali necessità di tutela, le quali, potendo anche mutare nel corso del tempo, richiedono necessariamente una nuova e continua valutazione in ordine alla ponderazione degli interessi effettuata al momento dell'imposizione del vincolo<sup>567</sup>.

Con riguardo ai secondi, invece, si è osservato<sup>568</sup> come “la necessità che l'imposizione del vincoli consegua alla previa ponderazione dei diversi interessi pubblici o privati coinvolti nel procedimento appare ancora più evidente, soprattutto se si considera il disposto di cui al successivo art. 20, 1° comma, il quale prevede che una volta appurate le esigenze di imposizione del vincolo, verranno determinate le forme e le modalità di godimento del bosco” e quindi, valutando e comparando i diversi interessi in funzione della tutela primaria, definito il contenuto effettivo del vincolo forestale<sup>569</sup>.

In conclusione, al di là delle tipicità e degli aspetti caratterizzanti le diverse fattispecie che si sono sommariamente analizzate, può certamente osservarsi come l'attenzione mostrata dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza nei confronti della definizione del contenuto del vincolo (non solo il relazione alla sua incidenza sulla proprietà privata, ma anche sotto il profilo del suo carattere assoluto o relativo) e della determinazione dei suoi effetti costituisca, al di là delle formule utilizzate, il risultato di una ponderazione comparativa di più interessi secondari rispetto ad un interesse primario condotta proprio alla stregua del canone della proporzionalità.

Sulla linea, tra l'altro, di quell'autorevole insegnamento secondo il quale ogni intervento ablatorio<sup>570</sup> deve sottostare “non solo al rispetto dei principi

---

compresi nelle zone vincolate, qualora si verificano le circostanze previste dal precedente comma. (2° comma)...”.

<sup>567</sup> Cons. St., sez. VI, 24 novembre 1989, n. 1529, in *Foro amm.*, 1989, 11, 1437 ss.

In dottrina, ricostruiscono i vincoli idrogeologici come strumento programmatico di rinnovamento fondiario e di miglioramento economico e non solo come strumento “statico” di controllo e di ordinamento di settore F. C. Rampulla, A. Robecchi Majnardi, A. Travi, *Uso del territorio e vincolo idrogeologico*, Milano, 1981, 2 ss.

<sup>568</sup> G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione cit.*, 104-105.

<sup>569</sup> Per A. Abrami, *La disciplina normativa dei terreni forestali*, Milano, 1987, la determinazione di cui all'art. 20, 1° comma, del r.d. n. 3267/1923, costituisce un atto autonomo e separato rispetto all'imposizione del vincolo forestale di cui all'art. 17, 1° comma (91); diversamente A. M. Sandulli, *Boschi (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1959, V, 617 ss. per il quale il fondamento dei vincoli forestali risiede nei caratteri naturali del bene (strutture del suolo, posizione del terreno ecc.), con la conseguenza che la loro imposizione non può essere considerata come un sacrificio del bene domenicale (628) ed anche M. Tamponi, *Una proprietà speciale (lo statuto dei beni forestali)*, Padova, 1983, 201-202.

Sul superamento di una disciplina della tutela forestale in chiave esclusivamente vincolistica da parte della legislatore, G. Morbidelli, *Le “limitazioni” alla proprietà montana e forestale (linee evolutive)*, in *Amministrare*, 1974, 1-2, 154 ss.

<sup>570</sup> Significativa, a proposito del necessario rispetto del principio di proporzionalità nell'imporre limitazioni al diritto di proprietà, anche la più recente giurisprudenza in materia di servitù militari: Tar Puglia, Lecce, 6 luglio 2006, n. 3841, in *giustizia-amministrativa.it*, che chiarisce come “la scelta di imporre un vincolo militare, ai sensi della l. 24 dicembre 1976, n. 898...non può prescindere dalla valutazione circa la strumentalità del vincolo rispetto agli interessi dell'amministrazione della difesa, considerato che l'art. 1 cit. l. del 1976 stabilisce in via generale che le limitazioni al diritto di proprietà devono essere imposte nella misura direttamente e

costituzionali non espressamente derogati, ma, altresì, al principio di congruità tra il sacrificio dell'interesse privato e la realizzazione effettiva dell'interesse pubblico da perseguire"<sup>571</sup>.

## 2. *Il principio di proporzionalità negli atti amministrativi individuali non ablatori. Ovvero l'altra faccia del potere amministrativo*

Nel paragrafo precedente si è cercato di evidenziare la rilevanza che il principio di proporzionalità assume in tutti quei provvedimenti puntuali con i quali l'autorità amministrativa impone limitazioni alla proprietà privata per ragioni di tutela ambientale, culturale o paesaggistica, aderendo alla tesi, sicuramente minoritaria in giurisprudenza e non sempre condivisa dalla dottrina, che il potere esercitato dall'amministrazione preposta alla tutela di tali interessi differenziati sia connotato da un'ampia discrezionalità (non solo tecnica) che lascia in capo alla stessa amministrazione un potere di scelta in ordine all'*an*, al *quid* oltre che al *quomodo*, ossia tra diversi possibili assetti degli interessi pubblici e privati coinvolti.

Resta ora da chiedersi se nell'eventuale<sup>572</sup> fase di gestione del vincolo, che come noto<sup>573</sup> si pone in un rapporto di connessione funzionale e strutturale con il momento impositivo del vincolo, sussista o meno (ancora) ed eventualmente in che misura un potere di scelta in capo all'amministrazione e quindi lo spazio per una applicazione del principio di proporzionalità.

Sebbene dietro il termine autorizzazione amministrativa<sup>574</sup> si celino "fenomeni diversi che meritano di rimanere distinti"<sup>575</sup>, molti dei più importanti studi

---

strettamente necessaria per il tipo di opere o di installazione di difesa. Se ne deduce che la *ratio legis* non è quella di consentire un incondizionato esercizio del potere di imporre i vincoli in questione da parte dell'amministrazione militare, bensì che il potere in questione può essere esercitato - in base ai canoni di adeguatezza e proporzionalità - soltanto all'esito di valutazioni svolte sul campo, le quali dimostrino che l'imposizione di quel determinato vincolo risulti essere quella che in modo più adeguato persegue l'interesse della difesa nazionale"; Tar Puglia, Lecce, 21 luglio 2009, n. 2072, in *altalex.it*; analogamente già Cons. St., sez. IV, 12 dicembre 1978, n. 1194, in *Foro amm.*, 1978, 12, 2480 per il quale "è illegittima l'imposizione di servitù militari, di natura ablatoria ove il provvedimento difetti di motivazione, nemmeno indicativa, in relazione alle finalità da perseguire per le esigenze della difesa militare, tanto più quando la zona sia coinvolta da interessi industriali e turistici, interamente sacrificati dalle generiche necessità militari enunciate dal decreto".

<sup>571</sup> C. Lavagna, *Interventi ablatori e principio di congruità*, in *Giur. it.*, 1965, c. 16.

<sup>572</sup> Con tutta evidenza assente nelle ipotesi di vincoli assoluti.

<sup>573</sup> Sui provvedimenti autorizzatori come "mezzi di realizzazione del piano": M. S. Giannini, *Diritto amministrativo cit.*, 1100.

<sup>574</sup> Sebbene il linea di prima approssimazione l'autorizzazione può definirsi come quel provvedimento che toglie un limite all'esercizio di un diritto che preesiste quindi nella sfera giuridica del destinatario dell'atto, ogni tentativo di ricostruzione in termini unitari della categoria in esame deve fare i conti con differenti tipologie di autorizzazioni rintracciabili nell'ordinamento amministrativo. Sul procedimento autorizzatorio nei suoi aspetti funzionali e strutturali e sulle complesse problematiche connesse alla definizione dei tratti essenziali della categoria delle "autorizzazioni amministrative" il contributo della dottrina oltre che prestigioso è talmente vasto da costringere inevitabilmente ad una esemplificazione. Nella dottrina più risalente si rinvia agli scritti di: O. Ranalletti, *Teoria generale delle autorizzazioni concessioni amministrative*, Torino, 1894; Idem, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. studi*

generali in materia si sono concentrati in parte (se non prevalentemente) sulla natura della posizione giuridica del soggetto autorizzato allo scopo di puntualizzare l'effetto giuridico prodotto dall'atto di autorità<sup>576</sup> tralasciando di analizzare l'autorizzazione amministrativa sul piano "dell'interesse pubblico che viene tutelato e, quindi, della funzione che viene svolta"<sup>577</sup>.

In questa prospettiva, si possono distinguere le autorizzazioni con funzione di verifica di presupposti e requisiti legali (per lo svolgimento di una determinata attività) dalle autorizzazioni con funzioni conformative (quando il richiedente

---

giur., 1895, 3 ss.; Idem, *Concetto e natura*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss.; D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Modena, 1903; U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Trattato diritto amministrativo*, (a cura di) V. E. Orlando, Milano, 1915, 624 ss.; C. Vitta, *Nozione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1906, IV, 60 ss.; G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, 80; L. Raggi, *Alcuni rilievi a chiarimento del concetto di autorizzazione amministrativa*, in *Foro it.*, 1907, 8 ss.; G. Ortolani, *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti S. Romano*, II, Padova, 1940, 16 ss., A. M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 66; Idem, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss.; Idem, *Abilitazioni, autorizzazioni e licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 1. ss.; A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 234 ss.; L. Carraro, *Contributo alla teoria dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 282 ss.; G. Vignocchi, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944; P. Virga, *La potestà di polizia*, Milano, 1954, 126 ss.; Idem, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 56 ss.; G. Coletti, *Sugli effetti dell'autorizzazione amministrativa in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 50 ss.; P. Salvatore, *Le autorizzazioni amministrative*, in *Cons. St.*, 1965, 463 ss.; G. Calandra, *Brevi osservazioni in tema di autorizzazioni e approvazioni*, in *Foro amm.*, 1957, 240 ss.; P. Gasparri, *Autorizzazione*, in *Enc. Dir.*, 1958, IV, 509 ss.

In tempi più recenti, ovviamente senza alcuna pretesa di esaustività, si rinvia a: G. Berti, *Autorizzazione e concessione in materia di scuole*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 438 ss.; V. Del Pozzo, *Il nulla osta amministrativo*, Bari, 1959; C. Dal Piaz, *Il trasferimento delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, Torino, 1971; R. Villata, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 7; L. Acquarone, *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Annali fac. giur. univ. Genova*, 1965, IV, 375 ss.; Idem, *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962; F. Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1975; P. Dell'Anno, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989; A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, II, 59 ss.; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo cit.*, 1094 ss.; Idem, *Istituzioni di diritto amministrativo cit.*, 310 ss.; Idem, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss.; F. Mastragostino, *Il commercio nel sistema delle autorizzazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1977, 5, 1326 ss.; D. Sorace, *Approvazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, I, 333 ss.; P. Salvatore, *Autorizzazione*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1998, IV, 9 ss., cui si rinvia per una classificazione delle autorizzazioni amministrative secondo criteri oggettivi (oggetto, contenuto, forma effetti dell'autorizzazione) e soggettivi (natura giuridica del soggetto autorizzato e autorizzante); F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, che individua quattro macrotipologie di autorizzazione ossia quelle che incidono su poteri correlati all'iniziativa economica, quelle che riguardano l'esplicazione dell'autonomia contrattuale, quelle che concernono modalità di esercizio di diritti e quelle che riguardano la libertà personale (218).

<sup>575</sup> F. Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati cit.*, 5, nota 2.

<sup>576</sup> Sul tema, in particolare: L. Ferrara, *Diritti soggettivi e accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996; M. P. Chiti, *Atti di consenso*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 181 ss.; F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive cit.*

<sup>577</sup> F. Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati cit.*, 14.

deve attenersi a determinate condizioni per lo svolgimento dell'attività autorizzata) e dalle autorizzazioni aventi funzioni ablativo, in relazione alle quali la legge attribuisce all'amministrazione il potere discrezionale di decidere se una detta attività possa essere svolta o debba essere vietata (come nel caso delle autorizzazioni ambientali).

In quest'ultima ipotesi l'autorizzazione è chiamata a risolvere "un ipotetico conflitto tra diritto del privato...e autorità della P.A. che mira a tutelare un interesse pubblico minacciato...da un incontrollato esercizio di quel diritto...*proporzionando* di momento in momento la propria attività di prevenzione al pericolo prospettato nella singola fattispecie", in modo da "*commisurare* l'intervento allo scopo che essa intende perseguire"<sup>578</sup>.

In altri termini "l'autorizzazione viene a porsi come conclusione di un attività caso per caso, sull'esistenza dei requisiti e delle condizioni richieste dalla legge e, allo stesso tempo, sull'*opportunità* che l'esercizio di un determinato diritto, sia pure in misura limitata, venga pretermesso"<sup>579</sup>.

Per quanto la dottrina<sup>580</sup> che si è storicamente occupata del tema, pur con alcuni importanti distinguo, sembra concordare sul fatto che il rilascio delle

---

<sup>578</sup> *Ibidem*, 43. L'A. aderisce alla tesi ascrivibile a O. Ranalletti (*Concetto e natura cit.*, 7) secondo la quale la funzione di prevenzione riconnessa all'autorizzazione non si esaurisce nel momento in cui la stessa è rilasciata, sottolineando come "la tutela dello specifico interesse pubblico può comportare una costante ed attiva ingerenza sull'attività autorizzata, allo scopo di potere adeguare di momento in momento, detta attività del privato all'interesse pubblico che deve essere salvaguardato" (41), per cui in taluni casi l'attività dell'amministrazione non si limita ad un mero "riscontro preventivo di conformità dell'attività svolta dal privato rispetto all'autorizzazione" ma "si estende a controllare e talora, addirittura, a indirizzare attivamente l'attività autorizzata...per tutto il tempo che dura l'autorizzazione" (68).

<sup>579</sup> *Ibidem*, 26. È stato M. S. Giannini, *Diritto amministrativo cit.*, a sottolineare per la prima volta la funzione dell'autorizzazione come situazione in cui si subordina la realizzazione degli interessi privati ad interessi pubblici con "il minor sacrificio possibile per i privati" (614).

<sup>580</sup> O. Ranalletti, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative cit.*, che definita l'autorizzazione "l'atto che toglie un limite all'esercizio del diritto" sottolinea come la trasformazione del diritto da potenziale ad attuale "dipende dal potere discrezionale dell'autorità amministrativa, che si esplica in maggiore o minor misura, ma giammai in modo arbitrario"; D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione cit.*, 40 ss.; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, III, 1249; E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931, 187; F. Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati cit.*, 29, 88 ss.; A. M. Sandulli, *Abilitazioni, autorizzazioni e licenze cit.*, per il quale i veri e propri provvedimenti autorizzatori, contrapposti alle mere abilitazioni, hanno "la funzione di condizionare l'esercizio del diritto alla constatazione della rispondenza e della compatibilità dei requisiti oggettivi e soggettivi a specifici interessi pubblici concreti, constatazione che "si realizza mediante un riscontro effettuato sulla base di una valutazione di discrezionalità amministrativa" (6); C. Dal Piaz, *Il trasferimento delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative cit.*, 148, 170 s.; P. Dell'Anno, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori cit.*, 220 ss.; V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962, 173; L. Acquarone, *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali cit.*, 395.

Di diverso avviso, invece: U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale cit.*, 755; S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937, 249; C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, I, 1933, 298; G. Vignocchi, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa cit.*, 14, 111; V. Del Pozzo, *Il nulla osta amministrativo cit.*, 111 ss., che nega alle autorizzazioni la natura di manifestazione di volontà, produttive come tali di effetti giuridici propri, qualificandole come dichiarazioni di scienza, aventi la funzione di costituire la certezza dell'esistenza di uno stato di

autorizzazioni comporti l'impiego di poteri discrezionali sia prima che durante lo svolgimento dell'attività autorizzata, occorre dar conto di come in tempi più recenti si sia registrato nella prassi un vero e proprio arretramento, nella gestione del vincolo, dell'alveo della discrezionalità amministrativa.

Le ragioni sono certamente diverse.

Prima tra tutte l'affermazione di quel "primato della tecnica"<sup>581</sup> che, per il tramite della categoria della c.d. discrezionalità tecnica (spesso malamente intesa), ha progressivamente eroso spazi importanti della discrezionalità amministrativa.

In secondo luogo, ha certamente inciso su tale tendenza il progressivo "spostamento" del momento dell'esercizio della discrezionalità verso il livello della programmazione generale<sup>582</sup>.

A tale proposito si è osservato<sup>583</sup> come "il recupero dei profili della generalità e dell'astrattezza, quali autolimitazione della discrezionalità a garanzia di scelte collettive giuste e imparziali, avviene in...forme (si allude...ai piani quali disegni ordinati di condotte future, ai regolamenti...agli atti amministrativi generali, con predeterminazione di criteri obiettivi e di requisiti tecnici quali standards e limiti di accettabilità ecc.) le quali convergono tutte verso una riduzione (o quanto meno verso una più netta delimitazione) dell'area di discrezionalità amministrativa dell'amministrazione operativa".

In presenza di strumenti di programmazione di portata generale, i procedimenti autorizzatori non sembrano quindi conservare "la pienezza della potestà discrezionale, non solo per ciò che attiene all'*an*, ma anche rispetto al *quommodo*, e persino al *quando*, risolvendosi di frequente in un mero riscontro di conformità/difformità rispetto ad uno schema prefissato"<sup>584</sup>, il quale prescinde del tutto da una valutazione in termini comparativi tra l'interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione titolare del potere autorizzatorio ed altri eventualmente in conflitto.

In ragione di ciò non sorprende, ad esempio, come fino a non poco tempo fa la prevalente giurisprudenza amministrativa in materia di autorizzazione

---

fatto di non pericolosità; F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, 151; A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa cit.*

<sup>581</sup> Sul rischio del dominio della tecnica, che da mezzo controllato dall'uomo per la produzione dei suoi fini è divenuta essa stessa fine, si rinvia a: N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999.

<sup>582</sup> Come osservato da M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente cit.*, 13, non si può non notare l'espansione sempre maggiore dell'uso dei piani per l'imposizione di vincoli ambientali rispetto ai provvedimenti puntuali. L'A. se da un lato saluta con favore la tendenza in esame in quanto "le pianificazioni e le c.d. zonizzazioni da queste effettuate permettono di affrontare in maniera più agevole il problema dei rapporti e dei raccordi tra i diversi provvedimenti e procedimenti di imposizione dei vincoli; per altro verso, evidenzia tuttavia "come l'utilizzo dei piani, in luogo dell'utilizzo di provvedimenti puntuali, comporti che nei procedimenti diretti alla costituzione dei vincoli i proprietari delle aree da vincolare si trovino sforniti, o per così dire, poco forniti di alcune fondamentali garanzie procedurali".

<sup>583</sup> In questi termini P. Dell'Anno, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori cit.*, 34.

<sup>584</sup> *Ibidem*. In queste ipotesi più che di autorizzazioni la maggiore dottrina parla di "abilitazioni": M. S. Giannini, *Diritto amministrativo cit.*, 448; A. M. Sandulli, *Abilitazioni, autorizzazioni e licenze cit.*, 3; C. Marzuoli, *Abilitazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, I, 1987, 1 ss.

paesaggistica, sulla base di uno “schema concettuale di impostazione illuminista, per cui tutti gli assetti degli interessi possono essere compiutamente definiti *ex ante* in sede di programmazione preliminare delle linee di intervento e possono resistere al confronto con i dati di fatto e con gli interessi che emergono nelle vicende di trasformazione urbanistiche e edilizie”<sup>585</sup>, si astenesse a priori dal compiere in concreto un bilanciamento tra l’interesse paesaggistico e un qualsiasi altro interesse, pubblico o privato, implicato dalla realizzazione dell’opera, come se il piano paesaggistico degradasse il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica ad un mero controllo di corrispondenza del progetto alle norme costruttive del piano.

Con la inevitabile conseguenza di “far dimenticare il carattere opinabile, soggettivo e complesso della percezione del valore-paesaggio che in quanto valore o relazione di utilità estetico-culturale tra persone e cose, non si presta ad essere colto in termini oggettivi ma finisce per emergere come risultante di un giudizio di comparazione di tutti i valori e interessi in gioco”.

Tale giudizio, infatti, “non è confinabile in un preciso momento ma tende a penetrare, seppure in vario grado, ogni fase dell’azione amministrativa secondo un *continuum* di progressive valutazioni che vedono il loro naturale approdo nella singolare vicenda di trasformazione del territorio”<sup>586</sup>, sino ad arrivare quindi al momento autorizzatorio.

---

<sup>585</sup> G. D. Comporti, *L’autorizzazione paesaggistica: i rischi dell’isolamento*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, (a cura di) V. Piergigli, A. L. Maccari, Milano, 2006, 549 ss., 570.

<sup>586</sup> G. D. Comporti, *L’autorizzazione paesaggistica: i rischi dell’isolamento cit.*, per il quale non può essere negata la vera natura del momento autorizzatorio che è di *gestione dinamica del vincolo*, in termini costitutivi di *innovativi assetti di interessi* [corsivo mio]” (570). Sulla natura discrezionale del potere esercitato dall’amministrazione in sede di autorizzazione paesaggistica, oltre l’Autore citato, anche: M. S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 133; A. M. Sandulli, *Natura ed effetti dell’imposizione di vincoli paesistici cit.*, 822; M. Spasiano, *Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela. Commento all’art. 146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio cit.*, 958 ss.; A. Angiuli, *Commento all’art. 146*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio cit.*, 383 ss., per la quale “la compatibilità dell’intervento oggetto della richiesta di autorizzazione con i valori paesaggistici [è] insuscettibile di dar luogo ad un’attività di mero accertamento, ma presuppone una valutazione” (388); G. F. Cartei, *L’autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 11, 1267 ss., in particolare 1269; M. Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni cit.*, 191 ss., che sottolinea come la presenza del piano non riduce l’autorizzazione ad un semplice provvedimento di controllo del rispetto delle prescrizioni ivi contenute. In altri termini, “anche in presenza del piano resta infatti sempre salvo un ampio margine di apprezzamento nell’esercizio del potere autorizzatorio, e ciò in quanto tale strumento, in ragione del particolare modo di atteggiarsi della bellezza d’insieme, non è di per se idoneo ad assorbire interamente la verifica di garanzia dell’interesse paesaggistico rimessa il più delle volte a valutazioni di tipo qualitativo non traducibili in norme generali, potendosi, quindi, in sede di esercizio autorizzatorio ravvisare pregiudizio anche in opere conformi alle indicazioni di piano” (194-195); F. De Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 889 ss. per il quale la presunta estraneità dell’autorizzazione paesaggistica ad una valutazione di natura discrezionale in senso proprio oltre che tecnico è inconciliabile con la vigenza nel nostro ordinamento dello sviluppo sostenibile che correttamente presuppone una valutazione, comparazione e ponderazione di interessi (892). In termini maggiormente problematici, F. Cangelli, *La disciplina procedimentale dell’autorizzazione paesaggistica: l’impatto delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63 cit.*, la quale pur ravvisando nell’analisi complessiva delle modifiche apportate con la riforma del

Indicazioni importanti in questa direzione vengono proprio dalla più recente giurisprudenza in materia di autorizzazioni ambientali, la quale, accedendo all'idea che il confronto tra i diversi interessi sia l'unica via da percorrere per la tutela di valori anche di rango costituzionale<sup>587</sup>, ritiene che l'amministrazione preposta alla loro tutela debba valutare la compatibilità dell'attività rispetto al vincolo comparando quest'ultimi con tutti gli altri interessi confliggenti, non potendo invece limitarsi, in virtù di una concezione totalizzante dell'interesse pubblico primario, ad affermarne la rilevanza assoluta e generica, paralizzando con ciò ogni altra attività e sacrificando ogni altro interesse<sup>588</sup>.

---

2008 un'accentuazione di logiche e/o profili di tipo tecnico, ritiene "problematica la connotazione in termini di discrezionalità tecnica del potere esercitato in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica e complessa la definizione della sua latitudine, a causa dell'indeterminatezza di concetti giuridici utilizzati dalla legge per descrivere l'azione dell'amministrazione" (162).

Sulla natura meramente tecnica della discrezionalità esercitata in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica: G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003, 154; F. Miscioscia, *I beni paesaggistici*, in *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M. A. Cabiddu, N. Grasso, Torino, 2004, 290 ss., 302; P. Carpentieri, *Paesaggio contro Ambiente cit.*, 934; V. Parisio, *Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela. Art. 146, co. 13*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio cit.*, 978 ss.

<sup>587</sup> La cui primarietà non può imporsi a priori a prescindere da una loro ragionevole e proporzionata ponderazione a meno di non trasformare la primarietà in "sopraffazione", così V. Mazzei, *Il paesaggio: dal vincolo al piano e ritorno cit.*, 229.

<sup>588</sup> A titolo esemplificativo in relazione all'autorizzazione paesaggistica vedasi: Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2004, n. 8142, in *giustizia-amministrativa.it*, dove si legge che in sede di esame dell'istanza di autorizzazione paesaggistica, l'autorità amministrativa "deve manifestare la piena consapevolezza delle conseguenze derivanti dalla realizzazione delle opere, valutando se esse, anche per la loro visibilità, comportino una progressiva o ulteriore compromissione dell'area protetta; deve valutare, a seconda dei casi, il particolare pregio e l'esigenza di evitare l'antropizzazione o sconvolgimenti per la fauna o per la flora, deve motivare l'autorizzazione in modo tale che emerga l'apprezzamento di tutte le rilevanti circostanze di fatto e la non manifesta irragionevolezza della scelta effettuata sulla prevalenza di un valore in conflitto diverso da quello tutelato in via primaria"; Con. St., sez. VI, 22 agosto 2003, n. 4766 cit.; Tar Sicilia, 4 maggio 2007, n. 1252, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 6, 1639 ss., con nota di P. Lombardi, *La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale*, 1650 ss.; Tar Toscana, 18 dicembre 2001, n. 2029, in *giustizia-amministrativa.it*. Di segno opposto: Tar Toscana, 15 aprile 2002, n. 731; Tar Liguria, 25 novembre 2003, n. 1578 in *giustizia-amministrativa.it*.

Analogamente, per quanto concerne il nulla-osta dell'Ente Parco: Cons. St., sez. VI, 5 ottobre 2001, n. 5270, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. VI, 18 ottobre 1999, n. 1441, in *Foro amm.*, 1999, 10, 2134 s.; Tar Abruzzo, Pescara, 27 febbraio 1998, n. 221, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 6, 929 ss. ("è illegittimo il diniego d'autorizzazione per l'attività di ricerca di idrocarburi assunta da un Ente Parco senza aver svolto un'analisi delle diverse soluzioni atte a contemperare in modo equo e ragionevole le esigenze di tutela ambientale con quelle di ricerca") confermata da Cons. St., sez. VI, 14 maggio 1999, n. 637, in *Riv. giur. amb.*, 2000, 5, 748 ss.

Per quanto concerne il rilascio del nulla osta da parte dell'Ente parco, posto che l'art. 13, 1° comma, della n. 394/1991 richiede un confronto tra le disposizioni del piano, del regolamento del parco e l'intervento programmato, la maggiore dottrina sembra concordare sul fatto che il contenuto discrezionale dell'atto sia "direttamente proporzionale alla precisione con cui vengono redatti il piano ed il regolamento del parco", in questi termini: V. Parisio, *Silenzio assenso e richiesta di nulla osta per interventi all'interno del parco alla luce dell'art. 13 della legge 6 dicembre 1991, n. 394*, in *Riv. giur. ed.*, 1992, 2-3, 61 ss., per la quale "il nulla-osta è un atto di natura autorizzatorio volto a permettere lo svolgimento di una determinata attività, subordinando l'emanazione di un atto, o l'operatività degli atti in cui esso sfocia, all'assenso di un'autorità, fondato su una valutazione discrezionale, ancorata di volta in volta a criteri più o meno elastici, circa la

Si pensi alla recente e oramai numerosa giurisprudenza in materia di autorizzazioni paesaggistiche<sup>589</sup> nell'ambito del procedimento autorizzatorio unico per la realizzazione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili<sup>590</sup>.

In tali pronunce<sup>591</sup> il giudice amministrativo, ricostruito il potere autorizzatorio in termini di discrezionalità non solo tecnica ma anche pura, procede ad un

---

corrispondenza nella specie delle singole condizioni volute dalla legge a quei particolari interessi collettivi a protezione dei quali è posta la potestà autorizzatoria (65); Idem, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giudiziario cit.*, solo "nell'ipotesi in cui, istituito il parco, il piano non fosse predisposto... si ritiene che il nulla osta venga rilasciato sulla base di una valutazione ampiamente discrezionale dell'ente parco. Solo in tale limitata ipotesi, nell'esercizio di tale discrezionalità, riteniamo, che il principio di proporzionalità debba giocare il ruolo di indiscusso protagonista. In considerazione della zona nella quale deve essere localizzato l'intervento si valuterà l'intensità con il quale l'interesse primario della tutela dell'ecosistema naturale deve trovare applicazione" (541-542); R. Lombardi, M. R. Spasiano, F. Vetrò, *L'autorizzazione paesaggistica e il nulla-osta dell'ente parco nella cogestione e salvaguardia degli assetti naturalistici del territorio*, in *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi cit.*, 107 ss., 109; M. Ceruti, *Ricerca di idrocarburi in aree naturali protette: il problema della motivazione del nulla osta degli Enti Parco tra interesse minerario ed interesse ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 6, 937 ss., il quale, ritenendo che l'effettivo ambito di discrezionalità nel rilascio dell'atto sia inversamente proporzionale al livello di dettaglio e precisione delle disposizioni di piano e regolamento, sottolinea come "pur auspicando un alto grado di dettaglio nella redazione degli atti generali e normativi delle aree protette, non può certo escludersi che ci si possa trovare dinanzi ad ipotesi in cui i margini di apprezzamento dell'autorità del parco siano abbastanza ampi quanto all'an, al quid e al quommodo del nulla osta in presenza di previsioni regolamentari e pianificatorie non puntualmente definite ovvero a disposizioni che dopo aver apposto un divieto, lascino lo spazio a deroghe e ad eccezioni (941). Sul nulla osta del parco quale atto a "ridotta o nulla discrezionalità amministrativa": G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette: il dualismo giuridico dell'ambiente tra tutela comparativa e protezione integrale*, Torino, 1994, 225; C. Desideri, C. Fonderico, *I parchi naturali per la protezione della natura cit.*, 118; P. Diman, *Gli strumenti della protezione*, in *Aree naturali protette. Diritto ed economia*, (a cura di) G. Di Plinio, P. Fimiani, Milano, 2008, 73 ss., in particolare 85-87; A. Abrami, *Il regime giuridico delle aree protette cit.*, 138.

<sup>589</sup> La quale, ricordiamo, è stata oggetto di recenti modifiche sulle quali: F. Cangelli, *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 175 ss.; M. C. Spena, *L'autorizzazione paesaggistica tra creazione e percezione di valore*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 2, 533 ss.

<sup>590</sup> E. Picozza (a cura di), *Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica*, Torino, 2003; F. Nicoletti, *Lo sviluppo e la produzione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili alla luce del d. lgs. 29 dicembre 2003, n. 387*, in *Dir. ec.*, 2004, 2, 367 ss.; F. De Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica cit.*, in particolare 892 ss.; M. D'Auria, *Impianti eolici e termine massimo di conclusione del procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 4, 495 ss.; G. Tulumello, *L'energia eolica: problemi e prospettive. L'esperienza italiana*, in *giustamm.it*.

<sup>591</sup> Giurisprudenza consolidata: Tar Sicilia, Palermo, 4 febbraio 2005, n. 150, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 3, 653 ss. con nota di P. Savona, *Centrali eoliche e autorizzazione paesaggistica, ovvero del difficile bilanciamento tra "ambiente visibile" e "ambiente invisibile"*, 657 ss.; Tar Sicilia, Palermo, 28 settembre 2005, n. 1671, in *Nuove autonomie*, 2006, 3-4, 565, con nota di R. Di Cristofalo, *Il principio di ragionevolezza come criterio di bilanciamento tra paesaggio ed energia eolica*, 566 ss.; Tar Molise, 29 novembre 2006, n. 985, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 2, 369, con nota di E. Santoro, *L'autorizzazione alla realizzazione di impianti di energia eolica tra tutela ambientale e tutela paesaggistica*, 370 ss.; Tar Sicilia, 4 maggio 2007, n. 1252 cit.; Tar Sardegna, 16 febbraio 2006, n. 226 e 227; Tar Sardegna, 3 ottobre 2006, n. 2082 e 2083; Tar Sicilia, Palermo, 19 gennaio 2006, n. 156; Tar Sicilia, Palermo, 1° agosto 2006, n. 1813; Tar Puglia,

bilanciamento dei diversi interessi pubblici coinvolti nel procedimento autorizzatorio quali la tutela dell'ambiente, la tutela e protezione del paesaggio<sup>592</sup>, la tutela dell'iniziativa economica privata e dello sviluppo locale, la tutela della salute, la produzione dell'energia (anche<sup>593</sup> da fonti rinnovabili<sup>594</sup>), ricorrendo proprio al principio di proporzionalità al fine di verificare se l'intensità del vincolo sia effettivamente correlata al valore della tutela<sup>595</sup> (idoneità) e se quell'obiettivo di tutela paesaggistica possa

---

Lecce, 14 aprile 2006, n. 1953; Tar Calabria, 13 febbraio 2006, n. 144; Tar Basilicata, 30 luglio 2001, n. 658; Tar Liguria, 27 ottobre 2005, n. 1408; Tar Campania, Napoli, 22 giugno 2001, n. 2883, in *giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., sez. IV, 24 febbraio 2005, n. 680, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 9, 944 ss., con nota di M. D'Auria, *Impianti eolici e vincoli paesistici*, 946 ss.; Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2005, n. 971; Cons. St., sez. VI, 12 aprile 2005, n. 1676 e 1675; Cons. St., sez. IV, ord., 7 giugno 2005, n. 2671; Tar Molise, 8 aprile 2009, n. 115, in *giustizia-amministrativa.it*.

Di segno opposto, invece: Cons. giust. amm. sic., 3 agosto 2007, n. 711, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, 322 ss., con nota di P. Carpentieri, *Eolico e paesaggio*, 326 ss.; Cons. giust. amm. sic., 21 novembre 2007, n. 1058, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 3-4, 638 ss., con nota di S. Guarino, *Autorizzazione paesaggistica e valutazione comparativa di interessi in materia di energia eolica*, 640 ss.; Tar Sardegna, 3 ottobre 2006, n. 2083; Tar Toscana, 14 ottobre 2009, n. 1536, in *giustizia-amministrativa.it*.

Sebbene la maggiore giurisprudenza in materia di annullamento ministeriale dell'autorizzazione paesaggistica regionale, confermando l'indirizzo dell'Ad pl., sez. VI, 14 dicembre 2001, n. 9, in *giustizia-amministrativa.it*, ritenga che il provvedimento statale non possa basarsi su una valutazione tecnico discrezionale degli interessi in conflitto in quanto la legge attribuisce un semplice potere di annullamento dell'autorizzazione illegittima ma non anche di quella legittima pur difforme dalle valutazioni di merito del Ministero "sulle caratteristiche e qualità del paesaggio", non manca chi ha correttamente osservato che " siccome è proprio su valutazioni di questo tipo che si fonda l'autorizzazione regionale, il sindacato di legittimità rimesso all'amministrazione statale non dovrebbe impedire una valutazione delle scelte regionali sotto il profilo del bilanciamento e dell'armonizzazione degli interessi in gioco. Si tratta, infatti, di situazioni che ben si prestano all'applicazione del criterio di proporzionalità", in questi termini M. D'Auria, *Impianti eolici e termine massimo di conclusione del procedimento cit.*, 948.

<sup>592</sup> Per evitare il rischio che gli impianti alimentati da fonti energetiche rinnovabili vengano sempre considerati incompatibili con i valori paesaggistici, la giurisprudenza ha ritenuto che le esigenze paesaggistiche dovessero essere riferite a dati concreti e determinati come ad esempio, la rilevanza turistica del luogo o la possibilità di smottamenti, in tema Tar Puglia, Bari, 17 febbraio 2005, n. 588, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>593</sup> Nel senso che occorrerebbe distinguere tra "l'interesse pubblico alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili" che consente certamente di produrre energia con metodi meno inquinanti e quindi pregiudizievoli per la tutela dell'ambiente in senso lato e della salute, dall'"interesse pubblico alla produzione di energia" che sottende un principio di pubblica utilità e di pubblico interesse, indipendentemente dal fatto che questa sia o meno prodotta da fonti rinnovabili. Profilo che spesso non viene messo adeguatamente in luce dalla giurisprudenza in esame.

<sup>594</sup> La riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra attraverso la ricerca, promozione, sviluppo e maggiore utilizzazione di fonti energetiche rinnovabili e di tecnologie avanzate e compatibili con l'ambiente, costituisce un impegno internazionale assunto dallo Stato italiano con il recepimento del Protocollo di Kyoto (legge 1° giugno 2002, n. 120). In dottrina, sul protocollo di Kyoto: S. Nespor, A. L. De Cesaris, *Le lunghe estati calde. Il cambiamento climatico e il protocollo di Kyoto*, Bologna, 2003; M. Dente, *Il lungo cammino dell'Italia verso Kyoto. La programmazione italiana in materia di politiche dei cambiamenti climatici e le recenti norme di attuazione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 1, 59 ss.

<sup>595</sup> Come ricordato da R. La Barbera, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001, a tal fine è necessario che l'amministrazione titolare del potere autorizzatorio prenda in considerazione il progetto di trasformazione della zona sottoposta a

(necessarietà) ugualmente conseguirsi sacrificando nella misura minore possibile altri interessi (adeguatezza), tra i quali rientra certamente quello di esercizio dell'attività di impresa finalizzata ad ottenere modalità di produzione dell'energia non inquinanti<sup>596</sup>.

L'applicazione del canone di proporzionalità implica perciò uno "strutturale sacrificio dell'interesse pubblico primario (nella specie, paesaggistico) per la parte non strettamente necessaria rispetto alla garanzia della tutela (propriamente intesa), in modo da consentire, entro l'area in cui tale garanzia è assicurata, l'estrinsecazione (se del caso, ridotta) dell'attività privata"<sup>597</sup>.

Ciò non esclude, ovviamente, che il giudizio comparativo condotto alla stregua del canone di proporzionalità determini in concreto la prevalenza dell'interesse paesaggistico<sup>598</sup> rispetto agli altri, purchè tale decisione consegua allo svolgimento di un'ampia e puntuale istruttoria che investa la rilevanza del bene paesaggistico oggetto di tutela, la consistenza degli altri interessi pubblici<sup>599</sup> e privati e analizzi le peculiarità concrete del progetto e le possibili forme di mitigazione dell'intervento proposto<sup>600</sup>.

Di modo che il provvedimento finale non si fondi esclusivamente su un criterio estetico-naturalistico (peraltro estraneo alla moderna nozione di paesaggio) bensì su una valutazione complessa rispetto alla quale "la valutazione tecnica, correttamente intesa, assume carattere propedeutico rispetto ad una valutazione discrezionale degli interessi in gioco, da condursi alla stregua...della misura della tutela che l'ordinamento riconosce a ciascuno di tali interessi"<sup>601</sup>.

---

vincolo paesaggistico non in termini astratti ovvero prescindendo da tutti gli altri interventi che sono stati realizzati nella zona, ma alla luce di tutti gli interventi già autorizzati nella zona. Gli interventi già realizzati e ritenuti compatibili con i valori paesaggistici protetti dal vincolo determinano infatti una modificazione dei caratteri del bene paesaggistico sottoposto al vincolo rispetto al quale dovrà effettuarsi il giudizio di compatibilità (151).

<sup>596</sup> V. Parisio, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giudiziario cit.*, 537; in questi termini anche N. Tassoni, *Ambiente, paesaggio e parchi eolici: un rapporto (in parte) ancora irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 11, 1183 ss.

<sup>597</sup> G. Tulumello, *L'energia eolica: problemi e prospettive. L'esperienza italiana cit.*

<sup>598</sup> Come nei casi decisi dal Tar Sardegna, 3 ottobre 2006, n. 2082 e 2083 cit.

<sup>599</sup> In questo senso ha sicuramente ragione P. Carpentieri, *Paesaggio contro Ambiente cit.*, quando afferma (938) che il *favor* della legislazione nazionale e comunitaria verso lo sviluppo di fonti energetiche rinnovabili alternative alle risorse tradizionali legate al carboni non si traduce automaticamente in una preferenza per l'energia eolica tra le varie fonti rinnovabili, né che gli impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili costituiscano, per scelta normativa, un interesse assolutamente primario prevalente su ogni altro interesse in conflitto. Si tratta infatti solo di uno dei vari interessi pubblici che rilevano nel contesto procedimentale che andranno valutati e ponderati alla stregua del canone di proporzionalità.

<sup>600</sup> Tanto più che come ricorda Cons. St., sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4679, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 2, 356, "in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica prevista dall'art. 151 D. Lgs. 29 ottobre 1999, n. 409, l'Autorità amministrativa delegata può legittimamente imporre prescrizioni dirette a garantire un più corretto inserimento delle opere da realizzare nell'ambiente tutelato".

<sup>601</sup> Le parole sono tratte da Tar Sicilia, Palermo, 4 maggio 2007, n. 1252 cit., che relativamente alla valutazione tecnico discrezionale precisa come "sul piano tecnico-scientifico, la compatibilità [tra progetto e paesaggio] va accertata sulla base di parametri oggettivi (e, come tali, suscettibili di sindacato), e non già in relazione ad arbitrari e subiettivi convincimenti disancorati da un attendibile e sicuro riferimento a convinzioni scientifiche sufficientemente condivise".

Certamente, come è stato osservato, un nervo scoperto dell'intera vicenda dell'eolico in Italia è rappresentato dall'assenza di una programmazione strategica a livello di pianificazione, per cui "la gestione del problema delle ricadute sul territorio della non pianificata diffusione di questi impianti è lasciata a livello locale...e, ciò non già per una consapevole scelta nella logica della sussidiarietà verticale, ma per l'omessa manovra compensativa sulla leva dell'adeguatezza del livello di governo al quale allocare le scelte pianificatorie"<sup>602</sup>, con la conseguenza che tutto viene rimesso ad una valutazione puntuale ma episodica in sede di gestione del vincolo, richiedendo alla giurisprudenza "il compimento di valutazioni discrezionali che non sempre rientrano nella logica dell'autorizzazione paesistica"<sup>603</sup>.

Ora, l'assenza di una programmazione in materia energetica è un fatto che non può essere confutato.

Ciò che invece si ritiene di poter confutare è che sia l'assenza di tale programmazione a "colorare" l'autorizzazione paesaggistica per la realizzazione degli impianti di una discrezionalità che, in caso contrario, non avrebbe.

Sul punto appare quindi poco comprensibile quella giurisprudenza<sup>604</sup> che, (sempre) sulla base di una presunta primarietà dell'interesse paesaggistico, non ritiene rientri "nelle competenze della Soprintendenza, al di là di una attenta comparazione dell'interesse paesaggistico (rispetto agli interventi progettati), sacrificare il detto interesse per perseguire altri interessi non affidati alle sue cure (nella specie sviluppo delle fonti energetiche alternative e più in generale sviluppo economico della zona). Un tale risultato può se mai essere il frutto di procedure aperte al contributo di tutti gli organi interessati alla vicenda (in particolare attraverso le conferenze di servizi; cfr. art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387)".

È sin troppo facile rilevare come i giudici siciliani incorrano in questo caso in un'errata qualificazione della conferenza di servizi, la quale è un modello neutro di esercizio contestuale delle competenze, che però non altera la natura del potere, né i tratti del suo esercizio, per cui "se una valutazione discrezionale deve tener conto anche degli interessi antagonisti, deve farlo, sulla base della norma attributiva del relativo potere, indipendentemente dal modulo procedimentale nel quale si esplica, che attiene alla *forma* del farsi del potere"<sup>605</sup>.

E andando come doveroso alla norma attributiva del potere, un conto è la scelta discrezionale compiuta in sede di programmazione generale (regionale), la quale riguarda anzitutto l'individuazione della forma di produzione energetica da fonti rinnovabili (eolico, solare, combustione da biomassa ecc.)

---

<sup>602</sup> P. Carpentieri, *Paesaggio contro Ambiente cit.*, 942.

<sup>603</sup> P. Lombardi, *La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale cit.*, 1657.

<sup>604</sup> In questo senso si legge la pronuncia del Cons. giust. amm. sic., 3 agosto 2007, n. 711 cit.

<sup>605</sup> G. Tulumello, *L'energia eolica: problemi e prospettive. L'esperienza italiana cit.*, per il quale "occorre allora tenere sempre ben presente il primato logico dei valori sullo strumento: la priorità del modo d'essere del potere, rispetto alle possibili forme del suo esercizio".

da potenziare in ragione delle specifiche risorse del territorio, l'indicazione della potenza energetica dei singoli impianti sulla base del fabbisogno energetico e l'individuazione delle zone maggiormente "idonee"<sup>606</sup> per la realizzazione degli stessi<sup>607</sup>; altra cosa è la scelta discrezionale compiuta nell'ambito del procedimento autorizzatorio quando l'amministrazione, posta dinnanzi ad un progetto specifico, deve fare i conti con la concreta ed effettiva compatibilità di quell'intervento rispetto a tutti gli interessi pubblici afferenti ai valori oggetto di tutela<sup>608</sup>.

Solo in questo secondo caso, infatti, si innesca quella "previsione degli effetti del progetto di trasformazione del territorio"<sup>609</sup> che nel procedimento di gestione del vincolo consente all'amministrazione di compiere una scelta

---

<sup>606</sup> Tar Bari, Puglia, 23 aprile 2003, n. 1786, in *giustizia-amministrativa.it*, sottolinea come l'impianto eolico "non è suscettivo di una collocazione (pre)stabilita sulla base delle previste destinazioni di zona dovendosi allocare, per necessità, nei luoghi più idonei allo sfruttamento di risorse naturali, energia eolica, ove queste possono manifestarsi con maggiore intensità".

<sup>607</sup> Individuando tanto le zone in cui realizzarli (localizzazione in positivo) che quelle in cui non potranno essere realizzati (localizzazione in negativo), "purchè si possa dimostrare, nell'uno e nell'altro caso, che l'insieme delle localizzazioni prescelte consenta il raggiungimento del risultato" (F. De Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica cit.*, 909).

<sup>608</sup> Secondo G. Tulumello, *L'energia eolica: problemi e prospettive. L'esperienza italiana cit.*, è infatti "caratteristica intrinseca del potere autorizzatorio (anche...per espressa e testuale previsione della norma attributiva di tale potere), che precede le (e prescinde dalle) modalità della sua esplicazione, quella di considerare – comparativamente – non il solo interesse alla preservazione della forma attuale dei territori considerati (ammesso che in ciò, e solo in ciò, consista la tutela paesaggistica), ma anche gli interessi tendenti alla sua trasformazione per scopi addirittura incentivati dall'ordinamento (non ultimo, quello della parte che ha presentato l'istanza che ha aperto il procedimento, che costituisce dunque, quanto meno sul piano causale, il presupposto logico della decisione dell'amministrazione)".

Sul contenuto della valutazione di compatibilità, Tar Umbria, 10 dicembre 2008, n. 807, in *giustizia-amministrativa.it*, precisa che "l'autorizzazione paesaggistica, in quanto procedimento che conduce al superamento dell'effetto conservativo del vincolo, deve prendere in considerazione i valori tutelati e l'incidenza sugli stessi del progetto da realizzare, giungendo a valutare se la realizzazione di quest'ultimo è compatibile con la salvaguardia dei primi. Se non vengono individuati in concreto tali valori, né l'impatto derivante dalle trasformazioni territoriali progettate, il giudizio di compatibilità paesaggistica si risolve in una affermazione apodittica, non verificabile nei suoi presupposti e nella sua coerenza logica, e perciò illegittima".

<sup>609</sup> R. La Barbera, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento cit.*, in particolare 149-171 proprio con riguardo all'autorizzazione paesistica.

L'A., avendo individuato nel procedimento tra la fase conoscitiva e quella decisionale una fase di prospettazione delle differenti alternative di provvedimento fondata sulla c.d. "funzione consociativo-previsionale degli effetti", anticipa in realtà l'operatività del principio di proporzionalità al processo conoscitivo ritenendo che "l'indagine sul progetto consente di sindacare se l'alternativa prospettata realizza una proporzione (adeguata ragionevole coerente) tra i fatti conosciuti e la trasformazione del reale ipotizzata nel progetto di provvedimento". L'A. prosegue sottolineando come la proporzione riguardi "parametri diversi nel processo conoscitivo rispetto a quelli utilizzati nel processo decisionale. Sicchè, quando dall'esame del progetto di provvedimento emerge che non è stato preso in considerazione un fatto significativo ai fini della formulazione del progetto di provvedimento, ciò impone un'ulteriore indagine conoscitiva della situazione concreta, affinché quest'ultima completa per la formulazione di un progetto adeguato" (61-62). A parere di chi scrive, tuttavia, il richiamo al principio di proporzionalità in questo caso appare improprio in quanto la rimodulazione del progetto di provvedimento a seguito dell'acquisizione di ulteriori elementi di fatto risponde ad un'applicazione dei criteri di logicità, razionalità e coerenza e quindi di ragionevolezza, secondo la distinzione qui accolta tra principio di ragionevolezza e principio di proporzionalità.

coerente, ragionevole e proporzionata<sup>610</sup> e (poi) al giudice di sindacarla sulla base delle giustificazioni addotte nella motivazione<sup>611</sup>.

Sebbene l'applicazione del principio di proporzionalità consenta di far emergere e al contempo di armonizzare la complessità degli interessi presenti nei procedimenti amministrativi *di* governo del territorio e che incidono *sul* governo del territorio, in linea tra l'altro con il "modello di amministrazione oggi prevalente, non più coincidente con un apparato deputato semplicemente a curare un interesse specifico, ma soggetto chiamato ad effettuare scelte relative a risorse limitate...previa composizione dei confliggenti interessi collegati all'uso di tali risorse", il futuro del principio di proporzionalità come "nuovo" parametro di legittimità dell'azione amministrativa dipenderà molto, se non del tutto, dal ruolo che il giudice amministrativo riuscirà a ritagliarsi nel nostro ordinamento quale garante di un uso sociale e sostenibile<sup>612</sup> dell'ambiente e del territorio.

---

<sup>610</sup> Gli stessi meccanismi guidano anche la localizzazione di discariche ai sensi del d. lgs. 13 gennaio 2003, n. 36, all'interno di aree protette. Qualora infatti il regolamento del parco, ai sensi dell'art. 11, 3° comma della legge n. 394/1991, consenta l'apertura al suo interno di discariche, la localizzazione delle stesse è il risultato di un bilanciamento di interessi contrapposti (la tutela dell'ambiente, da un lato, ed il necessario smaltimento dei rifiuti, dall'altro) il cui "sottostante sillogismo logico-giuridico non può che definirsi in termini di relatività, ossia di verifica della compatibilità tra gli interessi suddetti o, se si vuole, in termini di massimo risultato di efficienza nello smaltimento e di minimo sacrificio dei valori ambientali e naturalistici coinvolti nel caso concreto", in questi termini: Tar Sicilia, 11 gennaio 2007, n. 49, in *giustizia-amministrativa.it*, con nota di V. Neri, *Poteri discrezionali dell'amministrazione nel procedimento di realizzazione delle discariche*, in *Corr. giur.*, 2007, 10, 1211 ss.; analogamente Cons. St., sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7472, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2005, 2, 477 ss. ("non vi è incompatibilità assoluta tra aree protette ed interventi quali l'attivazione e la realizzazione di discariche nei parchi naturali, purchè questi avvengano nel rispetto del principio generale che vuole garantita, per quanto possibile, in forma tendenziale, la conservazione integrale dell'area protette ed ammette l'alterazione dell'ecosistema del parco solo in quanto non si siano alternative possibili alla scelta adottata ed in quanto sia garantita una successiva bonifica e ripristino dell'area"), con nota di E. Caracciolo La Grotteria, *Osservazioni sui limiti alle attività economiche derivanti da esigenze di tutela paesaggistica ed ambientale*, 481 ss. e di A. Milone, *La realizzazione di una discarica in un parco: prevale il principio della protezione sostenibile*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 2, 530 ss. Sulla necessaria ponderazione degli interessi pubblici preminenti al fine del rilascio dell'autorizzazione unica per l'esercizio dell'attività di smaltimento dei rifiuti, recentemente Tar Campania, Napoli, 26 novembre 2010, n. 25848; Tar Campania, Napoli, 6 luglio 2009, n. 3733, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>611</sup> Giudice che certamente non può indicare quale sia la concreta misura da adottare, a meno che non si versi nell'ambito di attività rigidamente vincolate, ma solo stabilire che nessuna amministrazione avrebbe mai ragionevolmente adottato la misura contenuta nel provvedimento impugnato, così V. Parisio, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giudiziario cit.*, 544.

<sup>612</sup> Sulla "sostenibilità" come forma ed obiettivo dell'equilibrio degli interessi dominanti (proprietà, ambiente, risorse economiche-finanziarie) ed emergenti (servizi di interesse generale, tutela della concorrenza, difesa dei diritti umani) che concorrono a definire l'ordinato assetto del territorio anche L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio cit.*, 244.

### 3. Qualche riflessione conclusiva sull'operatività del principio di proporzionalità nel "governo del territorio"

Come segnalato all'inizio del presente lavoro e come si è cercato di mettere in luce nelle pagine precedenti, pur nella limitatezza dell'angolo visuale prescelto, la disciplina amministrativa del governo del territorio rappresenta un ambito di indagine esemplare per riflettere sulla vigenza nel nostro ordinamento del principio di proporzionalità.

In primo luogo, per la difficoltà di individuare in materia ipotesi di attività veramente vincolata nella quale non residui alcuno spazio per una valutazione soggettiva dell'amministrazione<sup>613</sup>.

In secondo luogo, per l'inestricabile commistione tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica<sup>614</sup>, tale da rendere spesso infruttuoso ogni tentativo di scomporre gli aspetti tecnici da quelli più propriamente discrezionali<sup>615</sup>.

---

<sup>613</sup> Sulla difficile configurabilità di attività vincolata *strictu sensu* tema si rinvia alle considerazioni di: E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. ec.*, 1998, 3, 503 ss. in particolare 506; M. S. Giannini, *Diritto amministrativo cit.*, 82; G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 131; G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi cit.*, 327 ss.; D. U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, 95 ss.; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica cit.*, in particolare 231 ss.; F. M. Nicosia, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Parte prima. Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa discrezionale cit.*, 80 ss.

<sup>614</sup> Per una ricostruzione della categoria della discrezionalità tecnica nei suoi rapporti con l'attività amministrativa discrezionale, proprio in relazione alla materia dell'urbanistica, si rinvia a D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica cit.*, 270-276, per la quale la tradizionale distinzione tra discrezionalità amministrativa (intesa come scelta tra interessi) e discrezionalità tecnica (intesa come scelta tra diverse soluzioni tecniche tutte ugualmente compatibili con i criteri offerti dalla tecnica, in assenza di un soluzione unanimemente condivisa dalla comunità scientifica di riferimento) proprio *in subiecta materia* entra in crisi. Per l'A., infatti, "il riferimento alla tecnicità delle regole non è di per se solo in grado di fornire un confine certo fra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, dal momento che una parte (fra l'altro tendenzialmente sempre più ampia) delle scelte discrezionali della pubblica amministrazione costituisce o può costituire oggetto di conoscenze tecniche, proprie delle specifiche scienze che se ne occupano da un punto di vista strettamente conoscitivo, ed entrare così a far parte anche di ciò che, in senso stretto costituisce attività tecnica" (275). Tuttavia, "laddove la dimensione tecnica della scelta coincida (o si ponga in alternativa) con la sua dimensione politica, quest'ultima prevale. E prevale, come è ben noto, non per il fatto che la tecnica non sia in grado, in tali casi, di fornire da sola soluzioni in sé convincenti... e nemmeno per il fatto che le soluzioni tecniche siano, in tali casi riguardanti gli interessi, si regola più opinabili che in altri... ma perché rispetto a determinate scelte, le quali comportano soluzioni di estrema soggettività e opinabilità, l'ordinamento fa prevalere la soluzione politica, affida cioè la scelta ai soggetti istituzionali che esprimono, direttamente o indirettamente, la volontà della maggioranza degli amministrati" (303).

<sup>615</sup> A proposito della sovrapposizione tra discrezionalità tecnica e amministrativa, C. Videtta, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm. - Tar*, 2005, 4, 1359 ss., evidenzia come in giurisprudenza "il controllo sulla scelta (considerata) tecnica, spesso assai arduo a causa della rilevata soggettività dei parametri di riferimento, si sposta frequentemente sul piano della proporzionalità, quale espressione della proiezione della attività conoscitiva e valutativa sulla ponderazione comparativa degli interessi. E ciò, forse, proprio nella ricerca di uno strumento di controllo giurisdizionale su quelle valutazioni che, anche se chiamiamo tecniche, certamente poco hanno (se non nulla) di

E soprattutto per la significativa presenza, nell'ambito delle valutazioni tecniche, di "valutazioni tecniche di tipo progettuale operativo" che comportano *ex se* un'atipica ponderazione di interessi, non limitandosi a "costruire il fatto" (come accade nel caso di "accertamenti tecnici di tipo dichiarativo"<sup>616</sup>) ma riguardando il "da farsi, la costruzione cioè del modello operativo-decisionale per raggiungere nel modo più efficace un certo risultato"<sup>617</sup>.

Il riferimento è a tutte quelle ipotesi in cui l'organo chiamato a compiere la valutazione tecnica è in realtà investito del compito di "stabilire una certa terapia per risolvere un problema concreto".

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla valutazione di impatto ambientale cui viene subordinata la realizzazione di un'opera pubblica, che difficilmente non potrà essere condizionata dalla precedente localizzazione urbanistica dell'opera inducendo l'autorità preposta alla valutazione ad adottare il criterio del minimo danno, suggerendo gli accorgimenti necessari a ridimensionare gli impatti "negativi" sull'ambiente<sup>618</sup>; oppure alla scelta relativa alla localizzazione dell'opera<sup>619</sup>; o ancora all'individuazione delle modalità di tutela di un bene culturale che ben potrebbe essere influenzata dall'entità delle risorse di cui dispone l'amministrazione preposta alla tutela culturale del bene, ecc.

---

quelle caratteristiche di certezza e univocità che culturalmente sono evocate dal concetto di tecnica" (1375).

<sup>616</sup> La distinzione tra "accertamenti e valutazioni di tipo dichiarativo" e "valutazioni tecniche di tipo progettuale-operativo" è di F. Salvia, *Considerazione su tecnica e interessi cit.*, 607-614.

<sup>617</sup> F. Salvia, *Considerazione su tecnica e interessi cit.*, 611. Per l'A. anche la "valutazione tecnica è condizionata (o deformata) *ab externo* dal dato legislativo. Così, ad esempio, quando un certo organo è chiamato a rilasciare un certificato di agibilità, a pronunciarsi sullo stato di inquinamento delle acque, sulla balneabilità di un certo tratto di mare, ecc., esso non potrà farsi guidare dai soli criteri suggeriti dalla scienza, ma dovrà anche e soprattutto tener conto dei criteri e degli standards all'uopo stabiliti dalla legge (improntati sempre alla logica del *minimo danno* e della *conciliazione di diversi interessi*)...L'intervento tecnico...si risolve quindi in una *valutazione composita*, guidata in parte da criteri tecnico-scientifici neutrali..., in parte da regole giuridiche ispirate a determinati obiettivi (o interessi). Ma, è il caso di sottolineare, onde evitare equivoci di sorta, che l'influenza di interessi o di altri elementi...rimane *esterna e non trasforma pertanto tali giudizi (a struttura dichiarativa) in valutazioni discrezionali* [corsivi nel testo]" (608-609).

<sup>618</sup> Sull'applicazione del principio di proporzionalità nell'ambito della v.i.a.: Cons. St., sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4246; Cons. St., sez. VI, 22 febbraio 2007, n. 933, in *giustizia-amministrativa.it*, ove si legge: "Alla stregua della disciplina comunitaria e nazionale (ed eventualmente regionale), la v.i.a. non può essere intesa come limitata alla verifica della astratta compatibilità ambientale dell'opera ma si sostanzia in una analisi comparata tesa a valutare il sacrificio ambientale imposto rispetto all'utilità socio economica, tenuto conto delle alternative praticabili e dei riflessi della stessa 'opzione zero'; la natura schiettamente discrezionale della decisione finale (e della preliminare di assoggettabilità), sul versante tecnico ed anche amministrativo, rende allora fisiologico che si pervenga ad una soluzione negativa ove l'intervento proposto cagioni un sacrificio ambientale superiore a quello necessario per il soddisfacimento dell'interesse diverso sotteso all'iniziativa; da qui la possibilità di bocciare progetti che arrechino *vulnus* non giustificato da esigenze produttive, ma suscettibile di venir meno, per il tramite di soluzioni meno impattanti in conformità al criterio dello sviluppo sostenibile...e alla logica della proporzionalità tra consumazione delle risorse naturali e benefici per la collettività che deve governare il bilanciamento ei istanze antagoniste".

<sup>619</sup> Espressamente, Cons. St., sez. IV, 5 marzo 2010, n. 1275 cit.

In tutti questi casi sembra “vacillare l’idea dominante che tende invece a presentare la discrezionalità tecnica come un fenomeno asettico di pura e semplice applicazione di regole tecniche e scientifiche capace di influenzare le decisioni amministrative, senza esserne influenzato”<sup>620</sup>, avvalorando la piena applicazione del principio di proporzionalità.

Si pensi ancora all’ipotesi in cui il comune, in mancanza di ubicazioni alternative, chieda all’organo tecnico di suggerire “criteri *tecnici* più opportuni da adottare per realizzare taluni insediamenti abitativi o produttivi in una zona già accertata come ‘sismica’...l’organo tecnico non sarà qui chiamato a pronunciarsi sulle caratteristiche oggettive di un territorio, ma sui criteri più opportuni da seguire per costruire in quella zona. La relativa valutazione, improntata *primariamente* a garantire la sicurezza sismica, non potrà non fare i conti con un’altra sfera di esigenze [*rectius* interessi]: economiche, funzionali, estetiche, ecc.”<sup>621</sup>.

In verità, almeno a parere di chi scrive, il principio di proporzionalità troverebbe applicazione anche nelle valutazioni tecniche di tipo dichiarativo<sup>622</sup>, per lo meno nel procedimento di applicazione del criterio scelto nel compimento della valutazione tecnica.

Si pensi a quanto accade in materia di concorsi pubblici o più genericamente nel corso di un esame universitario.

Qui l’amministrazione è chiamata ad effettuare una valutazione sulla base di discipline tecnico-scientifiche riconducibili allo svolgimento dell’attività didattica implicanti, ad esempio, un apprezzamento delle conoscenze acquisite dagli esaminandi/studenti, del grado di approfondimento conseguito, della proprietà di linguaggio ecc. ecc.

Tale apprezzamento oltre a dover essere effettuato sulla base di criteri (quantomeno) attendibili e di univoca lettura dovrà essere svolto in maniera imparziale, rispettando anzitutto i criteri di valutazione scelti e tenendo conto se del caso della maggiore importanza accordata ad alcuni rispetto che ad altri (ed in questo senso potrà sicuramente dirsi ragionevole).

Il rispetto del principio di imparzialità in questi procedimenti rappresenta, però, anche il canone che guida la scelta da parte dell’amministrazione del soggetto privato “maggiormente idoneo a realizzare l’interesse pubblico, che in

---

<sup>620</sup> F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica cit.*, 701.

<sup>621</sup> Per F. Salvia, *Considerazione su tecnica e interessi cit.*, 610, viceversa “se un comune chiede all’ufficio tecnico competente di pronunciarsi sulla sismicità o meno di una certa area, il compito di quest’ultimo è di tipo essenzialmente *dichiarativo*. Sulla base di un esame geologico della zona e dei dati statici sui movimenti tellurici egli dovrà pronunciare il suo verdetto, che dovrà ispirarsi ai criteri di oggettività scientifica...A questa fattispecie si adatta bene l’idea corrente nella letteratura giuridica, secondo cui le valutazioni tecniche concernerebbero il ‘fatto’ e andrebbero quasi sempre relegate nell’accertamento o valutazione dei presupposti”.

<sup>622</sup> Anche in questo caso, infatti, viene esercitato un “potere” amministrativo. Così D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica cit.*, 291, “perché in definitiva, opinabilità e soggettività del giudizio significano che l’applicazione della norma o l’applicazione della norma tecnica richiamata dal diritto consentono una pluralità di possibili soluzioni corrette e attendibili, rispetto alle quali il compito di assunzione della soluzione definitiva (di decisione ultima) tende a configurarsi come *potere* di scelta”.

tali fattispecie si identifica con l'interesse a veder realizzato il migliore uso dell'*utilitas* attribuita<sup>623</sup>.

Si pensi pertanto all'ipotesi in cui la formulazione e l'attribuzione dei punteggi nell'ambito di un concorso sia tale da rendere del tutto influente i titoli posseduti da un candidato, in ragione magari dell'attribuzione un punteggio particolarmente elevato ad uno solo degli elementi di valutazione, oppure all'ipotesi in cui nel corso di un esame universitario si attribuisca rilevanza (in negativo o in positivo) alla media o ai voti conseguiti in taluni esami piuttosto che in altri.

Difficilmente si potrà ritenere l'esito di tali valutazioni, improntate all'esercizio di una discrezionalità tecnica, idonee a garantire una corretta valutazione dei candidati/studenti (per quanto ragionevoli ossia logiche e razionali) e quindi congrue e adeguate (ossia proporzionate)<sup>624</sup>.

---

<sup>623</sup> Così rileva S. Spuntarelli, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrazione cit.*, 227 ss.

<sup>624</sup> Sul passaggio, in tema di concorsi pubblici, da un controllo giurisdizionale di ragionevolezza ad un più penetrante controllo di proporzionalità: A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 236-239. Sull'applicazione in generale del principio di imparzialità agli atti valutativi già Cons. St., sez. IV, 4 maggio 1963, n. 118, in *Foro amm.*, 1964, 72, con nota di E. Cannada Bartoli, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, 72 ss.; più di recente Cons. St., sez. IV, 12 marzo 1996, n. 310, in *Foro amm.*, 1996, 3, 833 ss.; Cons. St., sez. VI, 16 marzo 1995, n. 269, in *Foro amm.*, 1995, 3, 634 ss. nella quale si legge che in materia concorsuale il canone di imparzialità della funzione amministrativa persegue "l'interesse pubblico alla scelta del candidato più idoneo".

In dottrina, sul punto, si registra però l'opinione contraria di D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica cit.*, 334 ss. che "anticipando" al momento organizzativo (nel caso di specie al momento della nomina della commissione) la possibilità di verifica dei principi di buon andamento e imparzialità, ritiene gli stessi (per lo meno "direttamente") inapplicabili all'attività sostanziale "valutativa" (non discrezionale), in quanto di per se (oggettivamente considerata) non diretta alla valutazione dell'interesse pubblico perseguito, salvo poi concludere che "la valutazione della correttezza di quest'ultima attività in termini di legittimità non potrà invece che essere operata alla stregua del principio di ragionevolezza, in base al quale la scelta valutativa dovrà apparire corretta nel senso di non arbitraria [corsivo mio]" (336) e riconoscere, in ultimo, che in ragione della "insopprimibile" soggettività ed opinabilità del giudizio di discrezionalità tecnica (salvo, ovviamente, le ipotesi di mero accertamento tecnico) il controllo giurisdizionale non potrà che "atteggiarsi secondo le stesse modalità e negli stessi termini in cui si configura tipicamente il controllo di legittimità sul potere discrezionale. Perché, in definitiva, opinabilità e soggettività del giudizio significano che l'applicazione della norma o l'applicazione della norma tecnica richiamata dal diritto consentono una pluralità di possibili soluzioni corrette e attendibili, rispetto alle quali il compito di assunzione della soluzione definitiva (di decisione ultima) tende a configurarsi come *potere* [corsivo nel testo] di scelta" (291).

In giurisprudenza, al di là della nota Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 24 novembre 1989, n. 16, in *Foro amm.*, 1989, 11, 2994 ss. che sottopone l'esercizio della discrezionalità tecnica al sindacato del giudice amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere amministrativo, non mancano affatto pronunce che riconoscono le valutazioni di discrezionalità tecnica "pienamente sindacabili dal giudice amministrativo sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità che sotto l'aspetto più propriamente tecnico" (*ex multis*: Cons. St., 4 agosto 2010, n. 5213; Cons. St., sez. IV, 19 agosto 2009, n. 4960; Cons. St., 4 settembre 2007, n. 4635; Cons. St., 19 novembre 2009, n. 7259; Cons. St., 31 dicembre 2003, n. 9307; Cons. St., sez. VI, 22 agosto 2003, n. 4762; Cons. St., sez. IV, 30 luglio 2003, n. 4409; Tar Puglia, 7 maggio 2008, n. 1098; Tar Friuli Venezia Giulia, 28 gennaio 2008, n. 90; Cons. St., sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7492; Tar Toscana, 20 settembre 2002, n. 2055, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*).

Tornando infine alle scelte amministrative che incidono sul governo del territorio e cercando di delineare qualche considerazione di carattere conclusivo in ordine alla operatività in tale ambito del principio di proporzionalità, non si può non rilevare come proprio nel compimento di scelte amministrative di carattere generale non siano pochi i casi in cui l'amministrazione si limita a verificare la generica giustificabilità dell'azione (ragionevolezza) senza compiere una vera e propria valutazione di proporzionalità.

Spesso è lo stato delle conoscenze a non permetterlo, altre volte è invece l'assenza di soluzioni alternative altrettanto soddisfattive dell'interesse pubblico che l'amministrazione deve (sempre e comunque) realizzare a rendere la scelta astrattamente discrezionale dell'amministrazione in un certo senso necessitata. Ed è in questi casi che è più facile perdere di vista il confine tra ragionevolezza e proporzionalità<sup>625</sup>.

---

Anche la maggiore dottrina ritiene che la discrezionalità tecnica debba essere assoggettata allo "stesso" sindacato previsto per la discrezionalità amministrativa, per tutti: D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica cit.*, 276 ss.; F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica cit.*, in particolare 313 ss.; F. G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità cit.*, 121 ss., secondo il quale "il sindacato sulla discrezionalità tecnica dovrebbe cessare...di essere ritagliato sul modello di quello (estrinseco) che si opera sulla discrezionalità amministrativa. Nel controllo delle valutazioni tecniche, cioè, l'oggetto del sindacato non dovrebbe essere costituito dalla correttezza (formale) del c.d. *iter* logico seguito dalla pubblica amministrazione, bensì direttamente dal problema tecnico" (121); F. Merusi, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 973 ss.

<sup>625</sup> Senza però dimenticare come sottolineato da A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, che "pur essendo il giudizio sulla proporzionalità, in taluni casi, relativo, quello sulla legittimità è, almeno tendenzialmente, assoluto: un atto è legittimo o illegittimo, pur essendone più o meno misurabile la proporzionalità" (406).

## CAPITOLO III

### Gli strumenti di controllo della proporzionalità

Sommario: 1. *La motivazione del provvedimento amministrativo quale strumento procedimentale di controllo della proporzionalità* 2. *Il principio di proporzionalità come nuovo parametro del giudizio di legittimità dell'azione amministrativa.*

#### 1. *La motivazione del provvedimento amministrativo quale strumento procedimentale di controllo della proporzionalità*

Come è stato ben evidenziato in un recente studio sull'evoluzione del sistema amministrativo italiano<sup>626</sup>, il diritto del governo del territorio negli ultimi venticinque anni ha dovuto fare i conti “con un progressivo e costante incremento della complessità normativa, organizzativa e funzionale del sistema giuridico di disciplina del territorio”.

Di qui l'emersione accanto ai tradizionali interessi (proprietà, ambiente, patrimonio culturale) di interessi “nuovi” (sviluppo economico, produzione di energia da fonti rinnovabili) o di nuove declinazioni degli stessi (si pensi al nuovo concetto di paesaggio come all'evoluzione che ha riguardato l'interesse ambientale) più confacenti ad un modello di società pluriclasse in cui il pluralismo sociale condiziona il potere amministrativo, nel senso della concorrenza e della non esclusività degli interessi pubblici coinvolti nelle scelte discrezionali.

In un tale contesto la ricerca di un equilibrio tra i molteplici interessi che insistono nel territorio non può che essere affidata nell'ambito dei diversi strumenti giuridici di gestione del territorio, tanto generali che individuali, a criteri ordinatori delle scelte amministrative<sup>627</sup> in grado di cogliere e ricercare il livello della misura (della reciproca compatibilità) della tutela di tali interessi<sup>628</sup>. Il principio di proporzionalità, come si è tentato di spiegare, presenta tutte le caratteristiche per assolvere a questo delicato compito e d'altro canto la disciplina generale sul procedimento amministrativo sembra offrire, almeno sulla carta, tutti gli strumenti per garantirne e verificarne il corretto esercizio.

---

<sup>626</sup> L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, 142 ss. ed in particolare 150.

<sup>627</sup> C. Carpentieri, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato cit.*, ne individua quattro: un primo criterio “teleologico” di corrispondenza ai fini dati dalla legge (in sostanza il principio di legalità-indirizzo); un secondo criterio “proposizionale” di verità riguardo ai presupposti di fatto assunti a base della decisione amministrativa; un terzo criterio “deontologico” di giustizia normativa in base a regole procedurali e sostanziali ed infine un quarto criterio “empirico” di razionalità, proprio dell'agire orientato a uno scopo pratico-sociale, che si riassume nella proporzionalità dei mezzi rispetto ai fini (2655).

<sup>628</sup> Compito ed esigenza fondamentale dell'amministrazione per G. Torregrossa, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987.

Il riferimento è nel primo caso agli istituti di partecipazione procedimentale<sup>629</sup> e nel secondo alla motivazione del provvedimento amministrativo<sup>630</sup> cui la legge n. 241 ha assegnato il ruolo di “cerniera, di ingunzione tra l’istruttoria procedimentale e la decisione”<sup>631</sup> (art. 3, 1° comma).

In piena armonia tra l’altro con la visione originaria di Mario Nigro, padre della legge di riforma del procedimento, per cui l’importanza del procedimento amministrativo non si rileva nel suo risultato finale ma nell’istruttoria che lo sostanzia ed il suo centro va cercato nella complessa attività istruttoria che verificando i fatti consente l’individuazione, la valutazione e la comparazione degli interessi in gioco e in ultimo la definizione dell’interesse pubblico

---

<sup>629</sup> Pur non potendo trascurare il duro colpo inferto all’effettività degli istituti di partecipazione procedimentale dalla codificazione nel nostro ordinamento, con l’art. 21 *octies*, 2° comma, della distinzione tra vizi formali e sostanziali. Sul tema, *ex multis*: A. Police, *L’illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.; F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 430 ss.; V. Cerulli Irelli, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1, 187 ss.; D. U. Galetta, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*, in *giustamm.it*, 2005, n. 7.

<sup>630</sup> La bibliografia sulla motivazione del provvedimento amministrativo è oramai sterminata, per cui si consenta di rinviare prima della legge di riforma del procedimento amministrativo ai fondamentali contributi di: F. Cammeo, *Gli atti amministrativi e l’obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, II, 253 ss.; C. M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933; ; R. Juso, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, 1963; M. Rivalta, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e al privato interesse*, Milano, 1963; G. Fazio, *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milano, 1966; G. Miele, *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, Milano, II, 1987, 465 ss.; C. Mortati, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1943, III, 2 ss.; L. Vandelli, *Osservazioni sull’obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1595 ss.; M. S. Giannini, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1977, XXVII, 262 ss.; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987; G. Bergonzini, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1981; V. Mazzarelli, *La motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XX. Dopo la codificazione dell’obbligo generale di motivazione degli atti amministrativi da parte dell’art. 3 della legge n. 241/1990, invece: A. Andreani, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 1, 3 ss.; L. Cimellaro, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1995, 3, 441 ss.; Idem, *Le garanzie del procedimento amministrativo nella l. 241/1990: gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla partecipazione al procedimento e la motivazione del provvedimento*, Padova, 1997; A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, XIII, 683 ss.; Idem, *Motivazione (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico cit.*, 3741 ss.; R. Scarciglia, *La motivazione dell’atto amministrativo: profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999; G. Bergonzini, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir. amm.*, 2000, 2, 181 ss.; G. Corso, *Motivazione dell’atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Agg., 2001, V, 774 ss.; B. G. Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale cit.*, 868 ss.; R. Villata, *L’atto amministrativo cit.*, 800 ss.; N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 4, 1023 ss.

<sup>631</sup> N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005 cit.*, 1029.

Sul rapporto tra motivazione ed istruttoria procedimentale I. M. Marino, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e “potere” dell’amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2003, 1, 338 ss. In giurisprudenza, di recente, Tar Campania, Napoli, 29 aprile 2010, n. 2203; Tar Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 3 aprile 2008, n. 1247 cit. in *giustizia-amministrativa.it*.

concreto<sup>632</sup>, in quanto “ciò che conta è la disciplina del contenuto dell’atto e non della sua forma esteriore”.

A scanso di equivoci è stato recentemente ricordato<sup>633</sup> come l’intenzionalità autentica della legge n. 241/1990 non ignori affatto lo statuto del provvedimento amministrativo, mirando piuttosto all’affermazione di un “nuovo statuto”, nel quale siano messi in primo piano non gli aspetti formali dell’autorità (efficacia, esecutività, esecutorietà, autotutela), ma gli aspetti sostanziali del rapporto tra interesse del singolo e interesse pubblico concretamente posto in essere dal provvedimento<sup>634</sup>.

In questa prospettiva “il codice genetico per lo sviluppo di uno statuto generale del provvedimento amministrativo ordinato secondo il punto di vista della garanzia dei singoli nei confronti dell’arbitrio del potere amministrativo”<sup>635</sup>, è tutto contenuto proprio nell’art 3 della legge n. 241, nella misura in cui la motivazione dà forma ed espressione all’interesse pubblico concretamente perseguito dall’amministrazione con l’adozione di quel provvedimento amministrativo<sup>636</sup>.

Il successivo rafforzamento del collegamento tra “risultanze dell’istruttoria procedimentale” e (contenuto della) decisione amministrativa realizzato con la riforma del 2005 dalla lett. e) dell’art. 6 (“L’organo competente per l’adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell’istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale”)<sup>637</sup> e dall’introduzione del preavviso di rigetto<sup>638</sup> e la contestuale piena affermazione di principi come quello di

---

<sup>632</sup> Per M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo) cit.*, la legge sul procedimento amministrativo è volta a favorire l’emergere “non di una legalità-legittimità, ma una legalità-giustizia, perché non si tratta più soltanto di controllare e assicurare la conformità dell’attività normativa all’ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione e attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto e originale assetto di tali interessi” (33).

<sup>633</sup> M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent’anni dall’approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 459 ss.

<sup>634</sup> Per la Commissione Nigro imbrigliare il provvedimento amministrativo in uno “statuto” formale avrebbe infatti significato renderlo meno sensibile alla trasformazione cui si mirava attraverso l’applicazione nel lungo periodo della disciplina procedimentale. È appena sufficiente segnalare la significativa inversione di tendenza del legislatore del 2005 che ha invece introdotto una disciplina formale dello statuto del provvedimento.

<sup>635</sup> M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent’anni dall’approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo cit.*, 466 e 468.

<sup>636</sup> Così V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo cit.*, 396.

<sup>637</sup> Per un commento sulla norma si rinvia a V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 – II Parte*, in *giustamm.it*, 2005, 7.

<sup>638</sup> Per un commento della norma si rinvia a V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 – I Parte*, in *giustamm.it*; S. Tarullo, *L’art. 10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *giustamm.it*; Idem, *Commento all’art. 10-bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 cit.*, 213 ss.

proporzionalità che si ispirano fortemente ad una nuova idea di legalità-giustizia dell'azione amministrativa, oltre a confermare tale dimensione della motivazione sembrano aver contribuito a dilatarne gli orizzonti.

Il ruolo della motivazione si estende, pertanto “senza inutili formalismi ed in modo adeguato al caso concreto, al dare conto del rispetto dei principi che regolano l'esercizio della funzione. Così in tema di legalità, trasparenza e proporzionalità”<sup>639</sup>.

Solo dall'analisi della motivazione, che dando conto dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche<sup>640</sup> che sostengono il provvedimento amministrativo riferisce implicitamente dei criteri di scelta degli interessi individuati e privilegiati nel caso di specie dall'amministrazione precedente e della consequenzialità dell'azione amministrativa<sup>641</sup>, è infatti possibile valutare se alla base della scelta effettuata ci sia stata (o meno) una valutazione di tipo quantitativo oltre che qualitativo del potere esercitato.

Si consenta di ricordare a proposito una recente (e già citata) pronuncia del Consiglio di Stato, 5 marzo 2010, n. 1275, nella quale il giudice, limitata l'area dell'opinabilità riconosciuta all'amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale in materia di pianificazione alla stregua del principio di proporzionalità<sup>642</sup>, affida proprio alla motivazione del provvedimento il

---

Sul rapporto con l'art. 21 *octies* si rinvia alle considerazioni di E. Maria Marengi, *Giusto processo e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 961 ss.

<sup>639</sup> N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005 cit.*, 1030; sul tema anche I. M. Marino, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e “potere” dell'amministrazione cit.*, per il quale “l'obbligo della motivazione di ogni provvedimento amministrativo nella sua interpretazione sistematica, a partire dalla legge che lo assume in termini generali, non esalta il provvedimento rispetto al procedimento a cui, peraltro, la motivazione è ineludibilmente collegata, bensì esalta la *funzione* [corsivo nel testo], il fondamento dell'agire amministrativo, e, così facendo, si avvia a svolgere il suo ruolo anche rispetto all'attività non provvedimentale...” (345).

<sup>640</sup> Si consenta di ricordare come risalta a M. S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo cit.*, 257-259, la nota distinzione, poi ripresa dalla dottrina successiva, tra “giustificazione” ossia l'indicazione dei presupposti di fatto e normativi del provvedimento e “motivazione in senso stretto” ovvero l'esternazione dei motivi attinenti agli interessi coinvolti nel procedimento.

Sulla distinzione tra “motivazione” e “motivi” oltre l'A. citato anche V. Mazzarelli, *La motivazione dell'atto amministrativo cit.*, 1-2; A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità cit.*, 15 ss.

<sup>641</sup> A. Andreani, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi cit.*, 15; S. Baccarini, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amm. – Tar*, 2007, 10, 3311 ss., per il quale la motivazione è lo strumento con cui acquista evidenza la ponderazione tra potere pubblico e interesse legittimo e la rende effettivamente sindacabile” (3313).

<sup>642</sup> Così si legge nella sentenza: “Nel caso di specie, l'interesse pubblico alla realizzazione del Piano di recupero per soddisfare l'esigenza primaria del risanamento di una porzione circoscritta del territorio comunale doveva correlarsi e confrontarsi con quello privato a non vedersi inutilmente o spropositatamente sacrificato da scelte opinabili e perciò fungibili, con la conseguente possibilità del giudice di verificare la sussistenza di quella correlazione secondo i ricordati criteri e principi di correttezza, ragionevolezza, *proporzionalità*, attendibilità, coerenza. Come è noto, il giusto temperamento di tutti gli interessi coinvolti dall'azione amministrativa, pubblici e privati, trova il suo punto di incontro mediante la scelta della soluzione più idonea al raggiungimento dell'interesse pubblico, che è primario, sacrificando l'interesse privato, che è secondario e recessivo, ma nella misura strettamente utile e necessaria alla cura del primo (Cons.

compito di “dare contezza...dell’adeguata comparazione e ponderazione dell’interesse pubblico fondamentale con quelli privati”<sup>643</sup> e quindi della scelta della (giusta) misura meno pregiudizievole per i secondi ma altrettanto soddisfattiva dell’interesse pubblico primario<sup>644</sup>.

Sarà la motivazione del provvedimento, quindi, come risulta con tutta evidenza nel caso citato, “a chiarire al suo destinatario che la verifica della proporzionalità è stata effettuata a garanzia della legittimità dell’azione amministrativa. Anzi, la presenza della proporzionalità tra i principi generali dell’azione amministrativa stimola [*rectius* obbliga] l’amministrazione ad essere rigorosa nella stesura della motivazione, sia sotto il profilo del momento<sup>645</sup>,

---

Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, n. 1649); non in quella ritenuta soggettivamente ed unilateralmente più comoda o percorribile dalla p.a.”.

<sup>643</sup> Nella sentenza citata come in quella (confermata) di primo grado si sottolinea più volte “l’insistenza della p.a. nell’affermare apoditticamente la necessità di completare la rete stradale prevista dallo strumento urbanistico generale, *senza nessuna considerazione e motivazione in ordine alle numerose problematiche giuridiche... emergenti dal contenzioso giudiziario in corso ed in ordine alla circostanza che la reiterazione del vincolo di esproprio poteva e doveva essere comunque riconsiderata* essenzialmente perché per il parcheggio in questione erano *disponibili altre soluzioni* di accesso alla pubblica viabilità...[corsivi miei]”.

<sup>644</sup> Di qui, per M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent’anni dall’approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo cit.*, la motivazione, intesa in senso sostanziale diviene “strumento imprescindibile al fine di consentire al giudice...di cooperare alla costruzione di una *regola che realizzi il giusto assetto degli interessi* [corsivo mio]” (468).

<sup>645</sup> Nel senso che l’applicazione del principio di proporzionalità osti alla motivazione postuma in giudizio, V. Parisio, *Motivazione postuma, qualità dell’azione amministrativa e vizi formali*, in *Foro amm. – Tar*, 2006, 9, 3087 ss., per la quale “è evidente che l’amministrazione avrà l’onere di motivare prima dell’adozione del provvedimento, e nel modo più penetrante possibile, soprattutto in presenza di attività discrezionale, per dimostrare di aver fatto applicazione del principio di proporzionalità, che presuppone un’indagine circa l’adeguatezza del mezzo scelto rispetto al fine da conseguire e l’accertamento che quello è il mezzo più mite” (3091); nello stesso senso anche N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005 cit.*, 1026-1027; sull’inammissibilità della motivazione postuma anche I. M. Marino, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e “potere” dell’amministrazione cit.*; M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell’avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. – Tar*, 2003, 2, 522 ss.; G. P. Mezzapesa, *Il divieto di integrazione in corso di giudizio della motivazione: un principio ancora saldo nel nostro ordinamento giuridico*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 2, 382 ss. In senso opposto, invece: P. Virga, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell’interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 3, 516 ss.; S. Giacchetti, *Fontanazzi giuridici: l’integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 18 ss.; e con alcuni distinguo A. Zito, *L’integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 3, 577 ss.; G. Tropea, *La c.d. “motivazione successiva” tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 3, 531 ss.; M. Clarich, *Tutela giurisdizionale e altre forme di tutela*, in *Annuario AIPDA 2002 cit.*, 153 ss.; G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull’efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 1 ss.; G. Taccogna, *Giusto procedimento amministrativo e integrazione della motivazione dell’atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 696 ss.

Il tema sulla legittimità della motivazione postuma, come noto, è molto controverso in giurisprudenza soprattutto dopo la novella del 2005, per cui tra le ultime (discordanti) pronunce si consenta di segnalare: Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241; Tar Calabria, Reggio, 17 novembre 2010, n. 1319; Tar Umbria, 25 febbraio 2010, n. 144; Cons. St., sez. V, 11 luglio 2008,

che della qualità, ben sapendo che poi i suoi provvedimenti saranno esaminati con gli occhiali di proporzionalità”<sup>646</sup>.

Consentendo di verificare la realizzazione di quella “connessione trasparente tra il quadro normativo e la concreta decisione in ossequio al principio di legalità [sostanziale]” che parte della dottrina<sup>647</sup> individua come funzione primaria della motivazione.

In verità, come si è avuto modo di evidenziare più volte nel corso delle trattazioni, tale operazione di connessione si mostra in concreto tutt’altro che agevole.

Autorevole dottrina<sup>648</sup>, ricorrendo allo schema del sillogismo pratico aristotelico, definita la motivazione come la relazione intercorrente tra tre termini ovvero le ragioni giuridiche (premessa maggiore), i presupposti di fatto (premessa minore) e la decisione amministrativa (conclusione del sillogismo), il secondo dei quali costituisce oggetto di un’istruttoria le cui risultanze alla luce di una premessa a carattere normativo vincolano una decisione (giusta o ingiusta, utile o nociva, efficace o inefficace), non ha ovviamente mancato di evidenziare come “trarre” tale conclusione sia complicato talvolta dalla difficoltà di accertare il fatto, talaltra dalla difficoltà di selezionare la premessa maggiore ossia la norma da applicare e, ancora più spesso, dalla necessità di dover/poter scegliere tra diverse conclusioni che “ancorché diverse qualitativamente possono essere graduate secondo un criterio quantitativo”.

“Sono questi gli ambiti”, per l’Autore citato, “in cui acquista ancora più evidenza la questione del potere discrezionale: quando la norma prevede una pluralità di conclusioni o una pluralità di premesse, le una e le altre eventualmente ordinabili in base ad un criterio quantitativo”<sup>649</sup>.

Ed è proprio in questo caso, a parere di chi scrive, che la motivazione esplica il suo ruolo “vero” di verifica del rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità<sup>650</sup>, mostrando le modalità concrete di svolgimento della funzione amministrativa<sup>651</sup>.

---

n. 3481; Cons. St., sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271; Tar Campania, Napoli, 20 novembre 2006, n. 9984, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>646</sup> In questi termini V. Parisio, *Motivazione postuma, qualità dell’azione amministrativa e vizi formali cit.*, 3091, ma anche N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005 cit.*, 1031.

<sup>647</sup> N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005 cit.*, 1030; R. Scarciglia, *La motivazione dell’atto amministrativo: profili ricostruttivi e analisi comparatistica cit.*, 290.

<sup>648</sup> G. Corso, *Motivazione dell’atto amministrativo cit.*, 776 -778.

<sup>649</sup> G. Corso, *Motivazione dell’atto amministrativo cit.*, 777.

<sup>650</sup> Sulla motivazione dell’atto amministrativo come strumento di “valutazione funzionale degli obblighi spettanti alla pubblica amministrazione”, Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 7652, ma anche Cons. St., sez. IV, 30 novembre 2009, n. 7502; Cons. St., sez. IV, 30 maggio 2005, n. 2770; Tar Lazio, Roma, 9 dicembre 2008, n. 11132; Tar Toscana, 3 marzo 2009, n. 378, tutte pubblicate in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>651</sup> Come correttamente evidenziato da S. Baccharini, *Motivazione ed effettività della tutela cit.*, infatti, “Il punto centrale della motivazione, quello sul quale il giudice deve tenere gli occhi aperti, diventa l’indicazione non della regola di diritto in sé, ma del *modo* [corsivo mio] di applicazione della regola alla situazione di fatto” (3314).

In questa prospettiva, peraltro, sembra potersi ridimensionare o per lo meno porre in termini diversi anche il “classico” dibattito sulla funzione della motivazione, in chiave meramente difensiva<sup>652</sup> piuttosto che di controllo democratico dell’azione amministrativa<sup>653</sup>.

Nell’ottica proposta infatti entrambe le funzioni si integrano, arricchendosi semmai, ma certamente senza escludersi<sup>654</sup>.

Più correttamente, “la funzione democratica della motivazione discendente dalla generalizzazione del relativo obbligo non sostituisce affatto l’essenziale funzione garantista di essa. Aggiungendosi a questa, tende invece ad assicurare

---

<sup>652</sup> Con alcuni distinguo. Per G. Miele, *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi cit.*, infatti, la motivazione serve a riequilibrare il rapporto tra pubblica amministrazione e privato squilibrato dal potere della prima di disporre della sfera giuridica del secondo, per cui in tale prospettiva la motivazione servirebbe a far accettare il punto di vista dell’amministrazione legittimandola dinanzi agli occhi degli amministrati; diversamente F. Cammeo, *Gli atti amministrativi e l’obbligo di motivazione cit.* e C. Mortati, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi cit., in.*, enfatizzano la strumentalità della motivazione al successivo controllo giurisdizionale (c.d. teoria processualistica della motivazione); analogamente N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. it., Milano, 1995, 219 per il quale se la motivazione fosse orientata ad ottenere il consenso degli amministrati dovrebbe essere differenziata a seconda che dal provvedimento derivino al destinatario dell’atto vantaggi o svantaggi o dovrebbe essere assistita da compensazione per chi riceve un pregiudizio dall’esercizio del potere amministrativo.

<sup>653</sup> A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità cit.*, 70 ss.; Idem, *Sulla c.d. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1983*, (a cura di) A. Ruggeri, Torino, 1994, 46 ss.; R. Rota, *L’obbligo di motivazione degli atti vincolati*, in *Cons. St.*, 1993, 4, 801 ss.; L. Ventura, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995; Idem, *Motivazione (degli atti costituzionali)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1995, X, 34 ss.; A. Andreani, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi cit.*, 8; F. Castiello, *La generalizzazione dell’obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Cons. St.*, 1991, 9, 1537 ss.; G. Corso, F. Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti cit.*, 60.

È del tutto evidente poi che il profilo teleologico della motivazione incide anche sul contenuto della motivazione, sul punto A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo cit.*, ritiene infatti che “mentre una motivazione rivolta a soddisfare le istanze di controllo democratico sul provvedimento può limitarsi agli argomenti giustificativi primari, consistenti nella enunciazione dei fatti che valgono a giustificare, sul piano giuridico, la misura adottata, la centralità della motivazione come strumento di protezione rispetto a chi subisca un sacrificio o una limitazione imporrà invece anche l’esposizione di argomenti secondari, ossia quelli destinati a provare la veridicità dell’affermazione dei primi” (3744).

In termini critici nei confronti di questa impostazione N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005 cit.*, 1031, secondo cui in tal modo “si avrebbe un pericoloso slittamento della motivazione da garanzia a strumento di propaganda finalizzato all’acquisizione del consenso”. In termini molto critici nei confronti della c.d. “funzione democratica” della motivazione anche G. Corso, *Motivazione dell’atto amministrativo cit.*, per il quale “il principio democratico non richiede, di per sé, la motivazione degli atti giuridici. La decisione democratica si legittima in ragione del suo essere espressione della maggioranza; la motivazione è invece in funzione della legittimazione dell’esercizio di un potere che io subisco senza essere partecipe” (787) e R. Scarciglia, *La motivazione dell’atto amministrativo: profili ricostruttivi e analisi comparatistica cit.*, 290 s.

<sup>654</sup> B. G. Mattarella, *Analisi di impatto della regolamentazione, analisi tecnico-normativa e motivazione degli atti giuridici*, in *L’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l’analisi tecnico-normativa (ATN) nell’attività normativa del Governo*, (a cura di) E. Catelani, E. Rossi, Milano, 2003, 91 ss., in particolare 99.

alla collettività il rispetto dei principi di *buon andamento ed imparzialità*, oltre che di *trasparenza*, conferendo *in tal modo* [corsivi miei] legittimazione democratica all'esercizio del potere"<sup>655</sup>.

In linea con quanto detto si inserisce anche il ridimensionamento da parte della giurisprudenza<sup>656</sup> della deroga all'obbligo di motivazione prevista dal 2° comma dell'art. 3 della legge n. 241<sup>657</sup> per i provvedimenti amministrativi generali che, come si è cercato di mettere in luce, della discrezionalità amministrativa ne sono l'esempio e l'espressione più autentica (e per ciò stesso più problematica).

Sebbene già da tempo la giurisprudenza richieda la motivazione per atti amministrativi a contenuto generale immediatamente lesivi di posizione giuridiche soggettive<sup>658</sup> (in ossequio alla funzione garantista della motivazione)

---

<sup>655</sup> In questi termini, N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005 cit.*, 1031; analogamente R. Villata, *L'atto amministrativo cit.*, 800, per il quale sebbene la generalizzazione dell'obbligo di motivazione è diretta a garantire la trasparenza dell'azione amministrativa e la legittimità democratica dell'esercizio del potere, resta comunque prevalente la finalità di garantire al singolo che l'incisione del potere nella sua sfera giuridica sia motivata, onde gli sia possibile far valere anche in giudizio le sue ragioni; in termini sostanzialmente analoghi anche G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo cit.*, 786-787, per il quale "la motivazione (alla quale sono aggiunte numerose altre garanzie) è essenzialmente strumento di protezione di chi dall'attività amministrativa subisce un sacrificio o una limitazione" in quanto "le due funzioni della motivazione, quella, preliminare, consequenziale, dell'agevolazione del sindacato giurisdizionale sono spesso intrecciate".

<sup>656</sup> Basti pensare alla giurisprudenza relativa alla reiterazione dei vincoli urbanistici, alle varianti al piano regolatore generale, all'adozione dei strumenti urbanistici generali ed ai nuovi strumenti perequativi di cui si è dato ampiamente conto nella Parte I e II del Secondo Capitolo, cui si consenta di rinviare. Sulla portata e gli effetti del ridimensionamento della deroga in questione da parte di normative speciali, si rinvia all'analisi di T. Bonetti, *La deroga all'obbligo di motivare gli atti a contenuto generale: vent'anni dopo*, relazione presentata al Convegno "La legge sul procedimento: vent'anni dopo", Palermo, 16-17 aprile 2010, pagine 9 ss. del testo dattiloscritto.

<sup>657</sup> Che già deve fare i conti con l'art. 254 Trattato che impone l'obbligo di motivazione per tutti gli atti comunitari, indipendentemente dalla loro efficacia generale o individuale e con l'obbligo di motivazione delle "decisioni" amministrative *tout court* che rientra nel diritto ad una buona amministrazione di cui all'art. 41 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea. Sull'obbligo di motivazione nel diritto comunitario, *ex multis*: B. G. Mattarella, *Motivazione (dir. com.)*, in *Dizionario di diritto pubblico cit.*, 3748 ss.; M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo cit.*, 485 s.; G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 152; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario cit.*, 29, 321 s.

In giurisprudenza, per tutte: Corte Giustizia, grande sezione, 2 dicembre 2009, C 89/08, in *giustamm.it*.

<sup>658</sup> Significative a proposito le parole del Cons. St., sez V, 6 febbraio 2001, n. 475, in *giustizia-amministrativa.it*, dove si legge che "la proposizione <la motivazione non è richiesta per gli atti...a contenuto generale> andrebbe intesa nel senso che l'atto generale non richiede la motivazione di per sé, per la sua struttura, ma può richiederla per il suo contenuto. Sarebbe escluso l'obbligo generalizzato della motivazione, non quello derivante caso per caso dal contenuto dispositivo dell'atto"; Tar Lazio, Roma, 1° luglio 1994, n. 725, in *Foro amm.*, 1995, 4-5, 1088 ss., con nota di E. Cannada Bartoli, *In tema di motivazione di atti a contenuto generale*, 1090 ss., che ben evidenzia come occorra "distinguere tra motivazione del provvedere e motivazione riferita alla forma dell'atto, in cui il provvedere si manifesta. La dispensa dalla motivazione riguarda soltanto questo secondo aspetto, non anche il primo, che, nell'osservanza dei criteri di economicità, efficacia e pubblicità, appare diretto ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 cost.), che è principio fondamentale dell'azione amministrativa" (1090); G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Milano, 2000, 275 ss.

la dottrina che si è recentemente occupata del tema ha evidenziato come proprio nell'esercizio di funzioni amministrative (di pianificazione come di regolazione) in cui sono coinvolti una pluralità di interessi differenziati e pertanto l'esercizio della potestà discrezionale dovrebbe ispirarsi il più possibile ai criteri di equità, ragionevolezza e proporzionalità, la motivazione non può mancare, rappresentando "il luogo di emersione e di controllo degli effettivi criteri seguiti dall'autorità decidente nella selezione degli interessi ritenuti rilevanti nell'assunzione della scelta finale"<sup>659</sup>, anche in vista di una

---

Sulla necessità di ridiscutere sui termini del campo d'applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, in termini maggiormente critici anche B. G. Mattarella, *Il declino della motivazione*, nota a Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2007, n. 522, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 617 ss., secondo cui "per interrompere il declino della motivazione, allora, forse occorre non solo difendere le garanzie formali, ma anche fare una valutazione dei suoi costi, oltre che dei suoi benefici, e una riflessione sul suo ambito di applicazione: ritornando al progetto della Commissione Nigro o facendo tesoro del diritto comparato. La salvezza del principio della motivazione passa forse per il suo ridimensionamento" (622).

<sup>659</sup> Al fine ultimo di "favorire le possibilità di controllo da parte dei cittadini ed elevare il grado di legittimazione e di consenso da parte dei soggetti coinvolti", così M. Cocconi, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 3, 707 ss., 718; negli stessi termini T. Bonetti, *La deroga all'obbligo di motivare gli atti a contenuto generale: vent'anni dopo cit.*, pag. 13 del testo dattiloscritto, dove l'A., pur recuperando il monito di gianniniana memoria sulla necessaria polifunzionalità della motivazione in ragione della disomogeneità funzionale dei singoli provvedimenti amministrativi, sottolinea come l'azione mitigatrice della giurisprudenza sul 2° comma dell'art. 3 della legge n. 241/1990, "sembra emergere con accenti più marcati proprio nelle ipotesi [governo del territorio, regolazione finanziaria ed economica, gestione del traffico, tributi locali ecc.] in cui più intensa si presenta, anche in vista di una maggiore effettività delle dinamiche partecipative, l'esigenza di rendere conto delle scelte discrezionali effettuate nei confronti delle singole collettività di riferimento... Come si può facilmente immaginare, infatti, si tratta di ipotesi nelle quali, anche per ragioni metagiuridiche, la dimensione delle scelte politico-amministrative è tale che, intrecciandosi con una vasta gamma di interessi sensibili (pubblici, privati e collettivi), impone in capo alle amministrazioni coinvolte nell'esercizio del potere un *surplus* di legittimazione. Una legittimazione che nella società dell'informazione, non può che involgere anche le modalità di esternazione dei presupposti e delle ragioni che hanno portato l'amministrazione a determinarsi in un modo piuttosto che in un altro". Molto critico nei confronti di tale prospettiva è invece G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo cit.*, per il quale "legare l'effettività della partecipazione al riscontro motivazionale rappresenta un immiserimento del valore della partecipazione stessa, la quale in tanto acquista pregnanza e significato, in quanto è idonea ad indirizzare scelte amministrative nel loro stesso farsi" (3744).

maggior effettività delle dinamiche partecipative<sup>660</sup>, onde rendere conto delle scelte effettuate dall'amministrazione<sup>661</sup>.

## 2. *Il principio di proporzionalità come nuovo parametro nel giudizio di legittimità dell'azione amministrativa*

L'emersione e la progressiva affermazione del criterio di proporzionalità come principio generale dell'azione amministrativa comporta necessariamente una ridefinizione dei confini e delle modalità di esplicazione del sindacato giurisdizionale di legittimità.

Non fosse altro perché lo stesso concetto di legittimità "galleggia su una piattaforma semovente, la cui posizione varia a seconda dell'incidenza sull'esercizio della discrezionalità amministrativa, consentita, in un determinato momento storico, dalla contestuale e complementare azione delle fonti che integrano il principio di legalità"<sup>662</sup>.

Come osservato da autorevole dottrina<sup>663</sup> il percorso compiuto nel nostro ordinamento<sup>664</sup> dal sindacato di legittimità ha peraltro riguardato, più ampiamente, "sia il modo in cui il giudice ha pensato l'amministrazione sia il modo in cui il giudice ha percepito la natura del proprio sindacato nei confronti dell'amministrazione stessa"<sup>665</sup>.

---

<sup>660</sup> M. Cocconi, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali cit.*, 724-735, individua proprio nella capacità di assicurare una maggior effettività all'esercizio della partecipazione rispetto al contenuto della scelta amministrativa, in ragione del "legame necessario" tra l'istruttoria ed il contenuto della motivazione, il "senso vero" della motivazione ed anzi "un'affinità" fra la funzione della motivazione nei provvedimenti singolari e negli atti amministrativi generali. "La motivazione, in tal modo costituisce una garanzia che, nella formazione della decisione, tra le ragioni della scelta amministrativa, siano stati effettivamente considerati gli interessi rappresentati nell'istruttoria amministrativa dai soggetti privati... Questa correlazione non limita l'obbligo di motivazione ad un mero rinvio a quanto rappresentato dal privato in sede di partecipazione procedimentale, ma, anzi, si traduce in una sua intensificazione. L'amministrazione, infatti, dovrà puntualmente motivare, sulla base di tale disposizione normativa, se e per quali ragioni abbia recepito o abbia disatteso in sede di decisione, i rilievi dei soggetti privati" (735).

<sup>661</sup> In questi termini Tar Lazio, Roma, 17 settembre 2009, n. 8946, in *giustizia-amministrativa.it*, nella quale il giudice riconosce come sia "*ius receptum* il principio secondo cui l'attività discrezionale svolta dall'amministrazione deve essere sorretta da adeguata motivazione, quale presidio essenziale del diritto di difesa del ricorrente e per rendere conto delle scelte effettuate dalla stessa".

<sup>662</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 279.

<sup>663</sup> G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità cit.*, 3166 ss.

<sup>664</sup> Un'evoluzione in tal senso del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi lo si riscontra, parallelamente, anche negli ordinamenti europei. Sul tema si rinvia all'analisi comparata effettuata da: A. Sandulli, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati cit.*, in particolare 351 ss.; e con riguardo ai singoli ordinamenti S. Martini, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca*, in *La discrezionalità amministrativa. Profili comparati. Atti del seminario di studio - Roma, 27 gennaio 1995*, Milano, 1997, 11 ss.; N. Paolantonio, *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese, ibidem*, 29 ss.

<sup>665</sup> "Tanto che oggi si può affermare che le stesse regole (sull'uso) della discrezionalità sono un insieme stratificato dei principi e dei criteri formulati al riguardo dal giudice", così G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità cit.*, 3166; negli stessi termini anche G. Zuballi, *Il controllo della discrezionalità cit.*, 178-179 che ricorda come "per quanto concerne il

Da una prima fase in cui il giudice amministrativo per sindacare l'uso della discrezionalità ha cercato di utilizzare i limiti fissati dalle stesse leggi quanto ai fini delle decisioni da assumere, si è passati ad un seconda in cui la sua attenzione si è spostata in maniera più diretta ed estesa sulle condizioni e i fattori dell'attività decisionale svolta in concreto dall'amministrazione con l'adozione del provvedimento, poi ad una terza in cui il sindacato di legittimità si è allargato all'intero processo decisionale con riguardo al riscontro della sufficienza e giustificabilità dell'*iter* decisionale rispetto alla specifica situazione di fatto sulla quale provvedere<sup>666</sup>, fino ad arrivare all'ultima (ed attuale) fase nella quale il giudice nel sindacare il processo decisionale compiuto dall'amministrazione giunge sino "a valutare con giudizio sintetico il contenuto della decisione nel suo risultato economico-sociale...e l'imparzialità diventa essa stessa da regola del processo decisionale regola di ponderazione e di composizione degli interessi"<sup>667</sup>.

La valutazione del giudice sembra assumere "un'articolazione ben più ampia e ricca del meccanico confronto fra fattispecie concreta e fattispecie astratta, in termini di conformità e di corrispondenza e si spinge, invece, sino alla considerazione del conflitto di interessi svoltosi nel procedimento amministrativo e alla regola applicata per risolvere o comporre quel conflitto, per poi enunciare la regola di soluzione del conflitto che appare, alla luce dei fatti accertati, maggiormente corrispondente alle norme e ai principi generali. Si tratta quindi di un giudizio che non si affida né al puro empirismo delle circostanze concrete e contingenti della questione affrontata, né alla mera deduzione logica di conseguenze concrete da astratte premesse normative, ma è volto innanzitutto a verificare la plausibilità, l'attendibilità e la ragionevolezza della scelta operata dall'amministrazione"<sup>668</sup>.

In altri termini, passando dal sindacato "sull'uso del potere" al sindacato "del rapporto all'interno del quale il potere è stato esercitato"<sup>669</sup>, il giudice

---

controllo sulla discrezionalità, il giudice amministrativo è giudice anche dei propri poteri; purchè mantenga un limite, non eliminabile, e purchè rimanga nel capacissimo alveo dell'eccesso di potere. Se mi si passa il gioco di parole, il giudice amministrativo italiano gode di ampia discrezionalità nel definire i propri poteri sul controllo della discrezionalità".

<sup>666</sup> Vero nodo di svolta per l'evoluzione del sindacato di legittimità secondo la ricostruzione effettuata da C. Calabrò, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in *Cons. St.*, 1992, 10, 1565 ss., in particolare 1568-1569.

<sup>667</sup> Senza però che tale "mutamento qualitativo del sindacato di legittimità sconfini nel merito", in quanto "esso, più che assorbire il sindacato di merito, ne reinventa i caratteri in termini di valutazione delle reciproche posizioni dell'amministrazione e dei terzi (così da esser compatibile con il permanere pur sempre della discrezionalità)", così G. Pastori, *op. ult. cit.*, 3171.

<sup>668</sup> Così L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>669</sup> Per un'approfondita riflessione su tale passaggio si consenta di rinviare a: G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980; Idem, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 2, 481 ss.; V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 2, 241 ss., in particolare 254; R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 1, 195 ss.; M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008.

amministrativo ritorna oggi con forza e decisione proprio sul contenuto dell'atto, sulla disciplina sostanziale del suo contenuto<sup>670</sup>.

Il riferimento è a tutti quei casi, sempre più numerosi, in cui il giudice “pone dei limiti precisi alle possibili scelte esperibili...o avendo riguardo alla tutela dell'affidamento dato dall'amministrazione agli interessati o avendo riguardo all'avvenuto consolidamento di date posizioni giuridiche soggettive riconoscendo la titolarità, in capo ai soggetti coinvolti, di interessi c.d. pretensivi nei confronti dell'amministrazione o avendo semplicemente riguardo all'*intensità* delle limitazioni e dei sacrifici ai terzi derivanti dalle prescrizioni contenute nel provvedimento”<sup>671</sup>, formulando in quest'ultima ipotesi, spesso implicitamente nell'ambito di un più generale sindacato sull'eccesso di potere amministrativo<sup>672</sup>, un vero e proprio giudizio di proporzionalità.

Quest'ultimo, “tagliando orizzontalmente la giurisprudenza in tema di eccesso di potere”<sup>673</sup>, pone però all'attenzione dell'interprete il problema del rapporto tra eccesso di potere e principio generale di proporzionalità<sup>674</sup> e della

---

<sup>670</sup> Del resto come sottolineato da F. Benvenuti, *Introduzione al tema*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario cit.*, 5-6, con la procedimentalizzazione dell'azione amministrativa ed il coinvolgimento del privato attraverso gli istituti di partecipazione, il controllo giurisdizionale non potrà essere più (solo) “sull'uso del potere e cioè sui limiti entro cui il potere poteva essere esercitato ma [soprattutto] sul contenuto stesso di quell'esercizio e quindi sui modi di quell'uso”.

<sup>671</sup> G. Pastori, *op. ult. cit.*, 3171.

<sup>672</sup> Sul sindacato implicito di proporzionalità nella giurisprudenza amministrativa, con ampia rassegna giurisprudenziale: A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 136 ss.; D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 173 ss.; G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa cit.*, 979 ss.

<sup>673</sup> Così D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 219. Come infatti osservato da A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 202-203, “il giudice amministrativo ha applicato le regole del sindacato sull'eccesso di potere non ispirandosi ad una concezione gradualistica della moderazione del potere amministrativo e, cioè, senza adattare, di volta in volta, gli schemi logici del sindacato in considerazione dell'entità del pregiudizio che, per il perseguimento dell'interesse pubblico primario, si arrecava agli interessi incisi dalla decisione. In sostanza, anziché variare le forme di penetrazione del controllo giurisdizionale in ragione dell'entità del conflitto di interessi emergente nel caso concreto...il giudice congelando la propria sensibilità creativa che ne aveva, per lungo tempo, caratterizzato l'attività, si è avvalso di parametri non suscettibili di adattamento gradualistico”.

<sup>674</sup> Sebbene sia pacifico che la proporzionalità sia un principio generale dell'ordinamento (*cfr.* capitolo 1), che i principi generali abbiano valenza normativa (G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, 55 ss.) e che la differenza tra violazione di legge ed eccesso di potere non si fondi più sulla differenza tra norme scritte e non scritte (ancora G. Sala, *op. ult. cit.*, 159), è del tutto evidente come la violazione del principio di proporzionalità non possa essere *sic et simpliciter* ricondotta ad un'ipotesi di violazione di legge in quanto, come correttamente osservato da C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali cit.*, 94-95, la “trascrizione del principio in una norma scritta non è sufficiente di per sé, per trasformare il tipo di sindacato necessario per applicare il principio”. Analogamente G. Sala, *op. ult. cit.*, 159, per il quale il sindacato di eccesso di potere non può essere assorbito nella violazione di legge, “nella misura in cui esso, pur sempre nell'ambito della legittimità, si estende alla verifica del rispetto da parte dell'amministrazione, al di là delle norme, codificate e non, che regolano l'azione amministrativa, anche di quei parametri di accettabilità dei risultati del processo decisionale che costituiscono limiti al potere amministrativo”; più recentemente C. Cudia,

sovrapposizione tra figure sintomatiche dell'eccesso di potere e parametri della proporzionalità (idoneità, necessità, adeguatezza).

In verità, i motivi per i quali in giurisprudenza la violazione del principio di proporzionalità finisce spesso con essere ricondotta ad un'ipotesi di eccesso di potere sono riconducibili alla stessa "storia" recente<sup>675</sup> dell'eccesso di potere amministrativo che da un lato, come "fonte (culturale) di diritto", ha certamente contribuito alla produzione e all'identificazione di una serie aperta di principi, regole e *standard* di disciplina del potere amministrativo e dall'altro, attraverso la "felice invenzione" delle figure sintomatiche<sup>676</sup>, ha operato come

---

*Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, che ricorda come "il discrimine tra violazione di legge ed eccesso di potere si leghi alla natura della norma violata: nel primo caso è regola di comportamento alla quale va rapportata la condotta dell'amministrazione sulla base di un confronto di diritto; nel secondo caso è sottoposizione di un'attività funzionalizzata ad un controllo indiretto di logicità-giustizia-ragionevolezza, il quale muove in una prospettiva del tutto avulsa dal rapporto e, dunque, da obblighi comportamentali. In questo senso, non basta che la norma abbia valenza positiva perché la sua violazione rilevi in via diretta come violazione di legge, poiché ciò è possibile solo abbandonando l'ottica dell'attività indirettamente condizionata dall'interesse pubblico" (31).

<sup>675</sup> La concezione attuale dell'eccesso di potere come vizio della funzione amministrativa di matrice benvenutiana consente di superare la tesi, risalente nel tempo, secondo la quale l'eccesso di potere avrebbe rappresentato una "disfunzione che inerisce agli elementi psicologici dell'azione o dell'omissione; comunque della scelta" ascrivibile a P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, 1965, XIV, 124 ss. Per una ricostruzione in chiave storica dell'eccesso di potere amministrativo ci si limita a ricordare: A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 285 ss.; E. Redenti, *Eccesso di potere*, in *Temi*, 1908, 213 ss.; G. Zanobini, *Eccesso di potere e violazione di legge*, Milano, 1927; F. Carnelutti, *Eccesso di potere*, Padova, 1924; S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949; G. Palma, *Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1963, 81 ss.; F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione cit.*; A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo cit.*; A. Azzena, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo cit.*; G. De Cesare, *Problematica dell'eccesso di potere amministrativo. L'eccesso di potere e la giurisdizione del Consiglio di Stato*, Padova, I, 1973; O. Abbamonte, *L'eccesso di potere, origine giurisprudenziale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, 68 ss.; F. Modugno, M. Manetti, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1989, XII; S. Piraino, *La funzione amministrativa tra discrezionalità e arbitrio cit.*; F. Ledda, *Variazioni sul tema dell'eccesso di potere cit.*; E. Cardi, S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo)* in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1990, V, 341 ss.; F. G. Scoca, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo*, (a cura di) L. Mazzarolli, Padova, 1990, 171 ss.; M. E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione cit.*; G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, 157 ss. per il quale il sindacato sull'eccesso di potere sarebbe diretto alla verifica "della correttezza, dell'accettabilità, alla stregua di criteri comuni di valutazione, della decisione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria" (179).

<sup>676</sup> La dottrina che si è occupata delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere ha discusso a lungo anche a proposito della loro natura sostanziale o processuale. Considerano le figure sintomatiche "mero sintomo" dell'eccesso di potere G. Palma, *Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nell'evoluzione della giurisprudenza cit.*, 113; A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 698; parlano invece di "indici rivelatori" di un vizio di eccesso di potere E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo cit.*, 401 e F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997, 237), mentre T. Alibrandi, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, 1, 55 ss., le definisce vere e proprie prove dell'illegittimità dell'atto. Sulla natura sostanziale delle figure sintomatiche F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione cit.*, 17, per il quale tali figure mostrano il difetto di una

“tecnica di controllo, in concreto, del rispetto di quei principi, regole, *standard*”<sup>677</sup>.

Proprio la progressiva proliferazione di figure sintomatiche, molte delle quali espressione di principi generali sulla funzione amministrativa diversi dalla corrispondenza con il fine legale<sup>678</sup>, ha pertanto indotto la migliore dottrina ad affrontare, più in generale, il tema del rapporto tra i “principi generali dell’ordinamento” di cui le stesse sono espressione e la fattispecie dell’eccesso di potere<sup>679</sup>.

La prima ricostruzione di una certa rilevanza ai fini della nostra indagine è quella di Feliciano Benvenuti<sup>680</sup> che, assunto il valore autonomo rispetto allo sviamento di potere delle figure sintomatiche, riconducendo alcune di esse alla violazione di principi di giustizia sostanziale (è il caso dell’ingiustizia manifesta e della disparità di trattamento) altre alla violazione di principi della ragionevolezza dell’azione amministrativa (come l’illogicità manifesta e la contraddittorietà tra motivazione e dispositivo) altre ancora alla violazione di principi dell’organizzazione amministrativa (come la violazione di circolari o la deviazione dalla prassi), delineando con ciò una visione dell’eccesso di potere

---

condizione del retto esercizio della funzione, nel senso che pur non costituendo ragioni di invalidità di un elemento dell’atto sono circostanze che rappresentano ragioni estrinseche di invalidità dell’atto; della stessa opinione più recentemente F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza” cit.*, per il quale “i c.d. sintomi sono, in realtà, cause immediate di illegittimità dell’atto: tanto nel riesame del procedimento acquisitivo degli elementi di fatto seguito dall’amministrazione, quanto nel riesame della decisione che ha dato luogo al provvedimento, il Consiglio di Stato non risale da un fatto noto ad un fatto ignoto, da una legalità a lui conoscibile ad una più pregnante che vincola l’amministrazione, ma esprime un giudizio sulla razionalità del provvedimento in relazione all’unica norma che vincola l’amministrazione e ai presupposti di fatto che gli è dato conoscere” (225).

<sup>677</sup> Sono questi per C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali cit.*, 92, i “due capitoli” della storia dell’eccesso di potere che “è storia di un sindacato creativo, come probabilmente avviene per ogni utilizzazione di principi generali”.

<sup>678</sup> C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali cit.*, 94, evidenzia infatti come “molte ipotesi di eccesso di potere e figure sintomatiche sono prevalentemente ritenute violazione di principi generali concernenti l’imparzialità, la ragionevolezza, la proporzionalità, l’affidamento, principi che investono la consistenza del rapporto fra l’interesse pubblico e gli altri interessi e che mettono in luce il carattere non totalizzante dello stesso interesse pubblico (di cui, peraltro, pur se sotto altra veste e in modo più limitato, la giurisprudenza è sempre stata consapevole...)” e come la concezione unitaria dell’eccesso di potere sia ormai solo “una sorta di coperchio che impedisce un pieno dispiegarsi della portata di quei principi di cui pure si fa in realtà applicazione”.

<sup>679</sup> Si consenta di ricordare come prima della nota tesi di Feliciano Benvenuti l’unità della fattispecie in esame era stata cercata in specifici elementi dell’atto amministrativo che si riteneva viziato da eccesso di potere, come la causa (F. Cammeo, *La violazione delle circolari come eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, c. 108 ss.; R. Resta, *Natura giuridica dell’eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di F. Cammeo cit.*, 410 ss.; P. Bodda, *Un nuovo caso di eccesso di potere? cit.*, 175; E. Cannada Bartoli, *L’inapplicabilità dell’atto amministrativo*, Milano, 1950, 183); la volontà (A. De Valles, *la validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, 178; F. Rovelli, *Lo sviamento di potere cit.*, 457; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo cit.*, 311; C. Mortati, *La volontà e la causa nell’atto amministrativo e nella legge cit.*, 548; A. Amorth, *Il merito dell’atto amministrativo cit.*, 105); i motivi (U. Forti, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, 492) oppure il contenuto (V. Ottaviano, *Studi sul merito degli atti amministrativi cit.*, 308).

<sup>680</sup> F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione cit.*, 26 ss.

come sindacato sulla violazione di principi generali dell'azione amministrativa, ha rappresentato "un punto nodale per l'affermazione del controllo della proporzionalità inteso come verifica della violazione del principio di proporzionalità riconducibile a quello fondamentale di giustizia sostanziale"<sup>681</sup>. Nella prospettiva di Benvenuti i principi di giustizia, logicità e organizzazione non sono ovviamente principi di buona amministrazione (e quindi non possono condizionare il merito dell'atto amministrativo) ma piuttosto "condizioni indirette di legittimità", nel senso che la rispondenza a tali principi deve necessariamente disciplinare l'attività posta in essere per l'adozione di quell'atto o meglio "il concretarsi del potere in un singolo atto" cui l'Autore dà il nome di "funzione"<sup>682</sup>.

Con la conseguenza che ogni principio relativo all'esercizio del potere attiene alla funzione e che ogni violazione di norme/principi attinenti all'esercizio del potere comporta eccesso di potere.

L'aspetto più innovativo ed importante della tesi benvenutiana ne rappresenta però, per gli aspetti che più ci interessano, il profilo che più di ogni altro è stato oggetto di riflessione in termini critici da parte della dottrina successiva<sup>683</sup>.

Il riferimento è alla nota tesi<sup>684</sup> secondo la quale non tutti i principi giuridici la cui violazione viene censurata nella giurisprudenza sull'eccesso di potere, ossia i principi relativi all'attribuzione del potere amministrativo, i principi che attengono alla disciplina della procedura amministrativa (principio *audi alteram partem*, principio di imparzialità *sub specie* di obbligo di *par condicio* tra gli interessati in contrasto nel procedimento) ed i principi che riguardano la disciplina integrativa dei presupposti per l'esercizio del potere (principio di eguaglianza, imparzialità e buona fede), attengono in senso stretto alla funzione amministrativa, cioè all'elemento comune col preteso principio giuridico di ragionevolezza, "se non in un senso talmente generico da essere privo di ogni carattere qualificante"<sup>685</sup>.

---

<sup>681</sup> A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 193. Per l'A. citato, infatti, tale mutamento di prospettiva ha favorito una rinnovata visione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere, in quanto a partire dagli anni '60 il Consiglio di Stato anziché rifugiarsi nel ricorso alle figure sintomatiche ha iniziato a fare un uso sempre più frequente, ai fini della verifica della rispondenza logica del provvedimento, a parametri di giustizia dell'azione (come la ragionevolezza, la congruità e l'idoneità) riconducibili agli artt. 3 e 97 Cost. La conseguente affermazione in quegli anni di un principio di gradualità dell'azione amministrativa in relazione a pregiudizio arrecato a situazioni giuridiche soggettive protette dalla Costituzione costituirebbe, a sua volta, la premessa teorica per l'affermazione ed il consolidamento di un sindacato costituzionale e amministrativo di proporzionalità (194 s.).

<sup>682</sup> Riconduce l'intera problematica dell'eccesso di potere a quella della funzione anche A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo cit.*, 327 ss.

<sup>683</sup> Non è certamente possibile ripercorrere in tale sede le riflessioni, anche critiche, che sono state fatte dalla dottrina successiva alla tesi di Benvenuti, per cui si consenta di rinviare sul tema a G. De Cesare, *Problematica dell'eccesso di potere amministrativo. L'eccesso di potere e la giurisdizione del Consiglio di Stato cit.*, 107 ss.

<sup>684</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza" cit.*, 233 ss.

<sup>685</sup> F. Merusi, *op. ult. cit.*, 236.

In particolare, essendo imputabili alla funzione solo i principi che attengono alla disciplina della procedura amministrativa e non potendosi considerare la funzione, cioè la fase procedimentale del farsi dell'atto, il *trait d'union* fra il principio di ragionevolezza (cui vengono ricondotte tutte le figure sintomatiche) e i principi giuridici che emergono dalla giurisprudenza sull'eccesso di potere, il punto di incontro tra eccesso di potere e giurisprudenza sulla violazione di principi generali (scritti e non scritti) va ricercata nella circostanza che quest'ultima, in concreto, si atteggia come "una giurisprudenza sulla ragionevolezza dell'applicazione di tali principi".

In altri termini, "la giurisprudenza sulla violazione dei principi generali non verte, in realtà, sull'idoneità della violazione del principio a costituire un sintomo dell'eccesso di potere...bensì sull'esistenza di sintomi che consentano di affermare la violazione di un principio generale [corsivo nel testo]"<sup>686</sup>.

In questo senso si ricordano le già ricordate parole di Spagnuolo Vigorita<sup>687</sup> che pur riconoscendo valenza generale al principio "per cui il sacrificio dei diritti individuali deve essere quantitativamente proporzionato alla più stretta e inderogabile necessità pubblica", ne limitava il sindacato giurisdizionale in sede di legittimità alle sole ipotesi in cui la sproporzione fra l'utilità pubblica e la menomazione dei diritti dei privati fosse "enorme e visibile"<sup>688</sup>.

Se il principio di proporzionalità è un principio che attiene all'esercizio stesso del potere amministrativo, con funzione integrativa della disciplina e della procedura dell'atto (unilaterale o consensuale, individuale o generale) in cui si concretizza l'esercizio di tale potere, non stupisce come in un giudizio (di legittimità) come quello amministrativo si presti ad una verifica giudiziale per sintomi.

Con il rischio però, anticipato a suo tempo<sup>689</sup>, che il sindacato di proporzionalità si sovrapponga, sino a confondersi, con l'accertamento della sussistenza di una delle varie figure sintomatiche dell'eccesso di potere amministrativo che attengono al corretto e ragionevole svolgimento dell'istruttoria procedimentale, come la contraddittorietà interna, evidente o

---

<sup>686</sup> "L'eccesso di potere emerge cioè dall'idoneità degli elementi offerti al giudice amministrativo a configurare una ragionevole ipotesi di violazione di (o di adeguamento a) principi generali, secondo una procedimento logico del tutto identico a quello usato dal giudice quando il parametro non è un principio generale, ma una norma di legge", così F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza" cit.*, 239. A tali conclusioni sembra giungere anche D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 222, la quale con riguardo al vizio sintomatico tipico di contraddittorietà della motivazione rileva come in molte pronunce il giudice, invece di sindacare direttamente la proporzionalità della decisione assunta dall'amministrazione (ad esempio una sanzione), si limita a "valutare se esista una sproporzione fra le ragioni addotte dalla P.A. nella motivazione del provvedimento e conseguenze che se ne sono tratte, in termini di misura sanzionatoria in concreto applicata".

<sup>687</sup> Cfr. nota 100.

<sup>688</sup> Analogamente G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento cit.*, 195-196, che ricorda come "in realtà, e non solo nell'esperienza italiana, per rilevare nel sindacato di legittimità, la irragionevolezza, la sproporzione e l'ingiustizia devono essere manifeste; la verifica del giudice pare diretta a cogliere più che la misura la dismisura, appunto l'eccesso".

<sup>689</sup> Cfr. Capitolo I, par. 4.

manifesta illogicità, difetto o carenza di istruttoria, contraddittorietà tra provvedimenti, travisamento dei fatti, e soprattutto l'ingiustizia manifesta, per non parlare poi dei vizi relativi alla motivazione del provvedimento<sup>690</sup>.

E con il rischio, in ultimo, che proprio "l'apprezzamento in termini di eccesso di potere, così come effettuato nel nostro sistema, volta per volta, caso per caso, figura sintomatica per figura sintomatica" funga da ostacolo alla "emersione chiara [e piena] dei principi a cui...l'amministrazione deve adeguare la propria azione"<sup>691</sup>.

Le difficoltà inerenti alla verifica giurisdizionale della proporzionalità dell'azione amministrativa (detto altrimenti, alla sua concreta "misurabilità"<sup>692</sup>) fanno inoltre i conti nel nostro sistema processuale con la tradizionale resistenza del giudice amministrativo a sfruttare sino in fondo le potenzialità offerte da un rito<sup>693</sup> che, temperando il principio dispositivo con il metodo acquisitivo<sup>694</sup>, può (oggi) contare sull'utilizzo, in qualsiasi tipo di giudizio, degli

---

<sup>690</sup> Con la conseguente sovrapposizione tra figure sintomatiche tradizionali e criteri di giudizio riconducibili al principio di proporzionalità come ben evidenziato da D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa cit.*, 206 ss.; con riguardo alle ipotesi in cui la valutazione dell'insufficienza o dell'illogicità delle ragioni addotte rispetto al provvedimento amministrativo si traduce in un giudizio di proporzionalità anche C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto cit.*, 288, che sottolinea come "il sindacato sulla sufficienza e congruità della medesima [motivazione] una volta che i motivi siano stati esternati non concerne più la motivazione (l'obbligo di motivazione), ma l'attività discrezionale della p.a.: non è più difetto della motivazione, ma vizio della scelta. La giurisprudenza considera il contenuto della motivazione indizio di quel difetto, ma, per percepire quel sintomo, ha bisogno di considerare direttamente la scelta stessa. La motivazione diventa uno scalpello che consente al giudice di insinuarsi dove non è sicuro di poter entrare" (290).

<sup>691</sup> F. G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità cit.*, 117, che ben sottolinea come la concezione dell'eccesso di potere come vizio della funzione non ne consenta appieno la ricostruzione come "vizio del tutto obiettivo, attinente alla sostanza della disciplina (contenuto del provvedimento)".

<sup>692</sup> Cfr. capitolo 2, sezione II, paragrafo 3.

<sup>693</sup> Come sottolineato da G. Zuballi, *Il controllo della discrezionalità cit.*, 163 ss. sono due i percorsi tracciati dalla dottrina e dalla giurisprudenza per ampliare la sfera di discrezionalità sindacabile dal giudice amministrativo, uno diretto e l'altro indiretto. "Quello diretto parte dalla nozione di eccesso di potere, tende a ridefinire in vario modo il solo vizio che entra nel cuore della discrezionalità, e in tale ambito ha individuato alcuni criteri nuovi, sempre più incisivi [e tra questi certamente la proporzionalità]. Quello indiretto ha giocato su istituti estranei all'eccesso di potere, quali i mezzi di prova, la motivazione delle sentenze, per ampliare indirettamente la conoscibilità da parte del giudice della discrezionalità" (164).

<sup>694</sup> In questi termini, per primo, F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953. Sul tema, senza alcuna pretesa di esaustività, M. Nigro, *Il giudice amministrativo signore della prova*, in *Scritti giuridici cit.*, 683 ss.; F. Benvenuti, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII, 204 ss.; V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 1, 9 ss.; P. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991; A. Abbamonte, *La fase istruttoria, in Verso un nuovo processo amministrativo. Commento alla legge n. 205/2000*, (a cura di) V. Cerulli Irelli, Torino, 2001, 197 ss.; Idem, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2002/5, per il quale è proprio sul principio di proporzionalità che occorre soffermarsi se si vuole un produttivo esercizio delle funzioni giustiziali al pari delle altre funzioni pubbliche; F. Caringella, M. Protto, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, in particolare 22 ss.; A. Chizzini, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. n. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 4, 872 ss.; G. De

stessi mezzi istruttori previsti nel codice di procedura civile con la sola eccezione della confessione e del giuramento (artt. 63 comma del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104, c.d. Codice del processo amministrativo)<sup>695</sup>.

È infatti del tutto evidente come l'accesso al fatto, la sua ricostruzione (anche grazie al contributo offerto dalle moderne tecnologie dell'informazione e della comunicazione) ed il suo apprezzamento<sup>696</sup> siano di fondamentale importanza per consentire al giudice di verificare le condizioni sulla base delle quali l'amministrazione ha provveduto alla ponderazione degli interessi in conflitto e valutare di conseguenza l'idoneità della scelta amministrativa a soddisfare l'interesse pubblico concreto, nella misura strettamente necessaria e con il minor sacrificio possibile degli interessi confliggenti<sup>697</sup>.

I timori che stanno alla base di tale *self restraint* sono ampiamente noti per indugiarvi, sicuramente ragionevoli ed in parte perfino condivisibili, ma occorre, ed è con ciò che i giudici amministrativi dovranno fare i conti d'ora in avanti, avere il coraggio di tirare le fila del passaggio dalla legalità formale a

---

Giorgi Gezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003; C. E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale cit.*, 4391 ss.; M. Lipari, *I principi generali dell'istruttoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 55 ss.; G. Corso, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 2003, XVIII; M. D'Orsogna, *La fase introduttiva*, in *Giustizia amministrativa*, (a cura di) F. G. Scoca, Torino, 2009, 280 ss.; G. Migliorini, *La fase istruttoria*, *ibidem*, 340 ss.; Idem, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. it., 1990, XVIII; A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 262 ss.; N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009, 209 ss.; D. Zonno, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in *giustizia-amministrativa.it*; R. Greco, *I poteri istruttori e di accertamento del giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*; P. De Lise, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2008, n. 10

<sup>695</sup> Modifica poco confortante se si considera il peso specifico della consulenza tecnica nel processo amministrativo. Sul tema: E. Caracciolo La Grotteria, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, 2008, in particolare 209 ss.; F. Cintioli, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza cit.*, 707 ss.; G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002; A. M. Rossi, *L'istruzione probatoria con particolare riferimento alla CTU*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, (a cura di) E. Picozza, Padova, 2003, 291 ss.; M. E. Schinaia, *Cenni sulla fase istruttoria nel processo amministrativo tra esigenze di celerità e ambiguità del risultato nella l. n. 205, con particolare riguardo alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Cons. St.*, 2001, 5-6, 1029 ss.; Idem, *Consulente tecnico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 2003, III; M. A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. – Tar*, 2008, 12, 3533 ss.

<sup>696</sup> Sul punto C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali cit.*, 100 ss.

<sup>697</sup> Senza dimenticare però, come sottolineato da A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa cit.*, 410 ss., il potenziale conflitto tra l'apprezzamento delle circostanze di fatto in sede di istruttoria processuale, richiesto per un corretto esercizio del controllo della proporzionalità e l'esigenza dell'effettività della tutela giurisdizionale, che porta l'A. a precisare come "al riguardo, l'esercizio del controllo della proporzionalità da parte del giudice amministrativo sembra spiegare sul processo amministrativo l'effetto, per così dire monitorio, di operare nel senso che il giudice debba tendere, oltre che ad un pronuncia giusta perché rapida, anche al conseguimento di una decisione giusta in quanto ispirata all'accertamento della verità. In pratica, se nell'ambito del procedimento amministrativo, la funzione del principio di proporzionalità è di regolazione del processo decisionale e di armonizzazione tra gli interessi, in sede di tutela giurisdizionale, il medesimo funge da limite estremo del controllo di legittimità e da condizionamento esterno per la definizione morfologica del processo amministrativo" (416).

quella sostanziale<sup>698</sup> soddisfacendo la “pretesa del cittadino ad un esercizio del potere conforme alle norme giuridiche che disciplinano il rapporto fra il cittadino stesso e la pubblica amministrazione”<sup>699</sup>, che rappresenta l’espressione più autentica di quel principio del “giusto processo amministrativo” così enfaticamente riaffermato nel nuovo Codice del processo amministrativo (art. 2, 1° comma, d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

---

<sup>698</sup> Sul quale si sofferma ancora F. Merusi, *L'integrazione fra la legalità comunitarie e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 1, 43 ss. e L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo cit.*

<sup>699</sup> Per F. Merusi, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010, infatti, con il codice del processo amministrativo “quel che necessariamente si completa, come necessario riflesso del principio del giusto processo, è il principio di legalità amministrativa che deve *in toto* disciplinare l’esercizio del potere per soddisfare l’interesse legittimo del cittadino ormai trasformato in diritto pubblico soggettivo, cioè per soddisfare giustizialmente una pretesa del cittadino nascente da un rapporto con la pubblica amministrazione”.

## Bibliografia

- A.A.V.V., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano, 1994
- A.A.V.V., *Atti del convegno "Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1998, 6, 255 ss.
- A.A.V.V., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Milano, 2008
- Aidpa (a cura dell'), *Il diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006
- A. Abbamonte, *La fase istruttoria*, in *Verso un nuovo processo amministrativo. Commento alla legge n. 205/2000*, (a cura di) V. Cerulli Irelli, Torino, 2001, 197 ss.
- A. Abbamonte, *L'ingresso del fatto nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2002, n. 5
- G. Abbamonte, *Programmazione economica e pianificazione territoriale*, in *Enc. Dir., Agg.*, 1998, II, 796 ss.
- O. Abbamonte, *L'eccesso di potere, origine giurisprudenziale del concetto nell'ordinamento italiano (1877-1892)*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 1, 68 ss.
- A. Abrami, *La disciplina normativa dei terreni forestali*, Milano, 1987
- A. Abrami, *Il regime giuridico delle aree protette*, Torino, 2000
- L. Acquarone, *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962
- L. Acquarone, *Aspetti pubblicistici della disciplina delle imprese portuali*, in *Annali fac. giur. univ. Genova*, 1965, IV, 375 ss.
- L. Acquarone, *Le garanzie pubblicistiche della proprietà. Gli aspetti procedurali*, in *Quad. reg.*, 1983, 3, 741 ss.
- L. Acquarone, *Attività amministrativa e provvedimenti amministrativi*, Genova, 1988
- A. Adinolfi, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 3-4, 521 ss.
- S. Agrifoglio, *La trasparenza dell'azione amministrativa ed il principio del contraddittorio tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, 1, 46 ss.
- N. Aicardi, *Vincoli di relazione storico-culturale ed immobili destinati ad attività commerciali*, in *Riv. giur. ed.*, 1994, 3, 631 ss.
- N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativo: fondamenti e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 1, 1 ss.
- N. Aicardi, *Specificità e caratteri della legislazione sulle aree naturali protette: spunti ricostruttivi sulle discipline territoriali differenziate*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, (a cura di) F. Bassi, L. Mazzaroli, Torino, 2000, 35 ss.
- N. Aicardi, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali: la sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002
- M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991
- M. Aioldi, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990

- R. Alessi, *Intorno ai concetti di causa giuridica, illegittimità, eccesso di potere*, Milano, 1934
- R. Alessi, *L'affermazione costituzionale della sovranità popolare ed i suoi riflessi amministrativistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 49 ss.
- M. Ali, *Studi sui procedimenti a partecipazione popolare*, Milano, 1970
- T. Alibrandi, *Nuovi orientamenti in tema di eccesso di potere*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 605 ss.
- T. Alibrandi, *L'eccesso di potere come indizio processuale*, in *Dir. soc.*, 1982, 1, 55 ss.
- T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001
- U. Allegretti, *L'imparzialità dell'azione amministrativa*, Padova, 1965
- P. Alpa, *Pianificazione del territorio e vincoli di destinazione. Una questione ancora aperta?*, in *Riv. giur. ed.*, 1982, 3, 422 ss.
- G. Amato, *Rapporti tra norme primarie e secondarie. Aspetti problematici*, Milano, 1962
- L. Ammaniti, M. De Focatiis, *Un nuovo diritto per il nucleare. Una prima lettura del d. lgs. 15 febbraio 2010, n. 31*, in *giustamm.it.*, 2010, n. 5
- S. Amorosino, *Materiali per uno schema storico dei procedimenti amministrativi complessi*, in *Foro amm.*, 1973, 6, 302 ss.
- S. Amorosino, *Vincoli urbanistici ed indennità di esproprio tra inadempienze ed ambiguità del legislatore ed interpretazioni surrogatorie della giurisprudenza*, in *Riv. giur. ed.*, 1984, 5-6, 238 ss.
- S. Amorosino, *I vincoli paesistici ex lege n. 431 del 1985: concetti normativamente indeterminati e valutazioni amministrative*, in *Riv. giur. ed.*, 1986, 6, 171 ss.
- S. Amorosino, *Note per la riforma dell'Amministrazione dei beni culturali*, in *Riv. giur. ed.*, 1988, 1-2, 24 ss.
- S. Amorosino, *Cinquant'anni di leggi urbanistiche (1942-1992). Spunti preliminari ad una riflessione*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, 3, 93 ss.
- S. Amorosino, *Dalle destinazioni d'uso all'uso delle destinazioni nella disciplina urbanistica*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, (a cura di) E. Ferrari, Milano, 2000, 127 ss.
- S. Amorosino, *Il governo del territorio tra Stato, regioni ed enti locali*, in *Il governo del territorio*, (a cura di) S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani, Milano, 2003, 141 ss.
- S. Amorosino, *Dalla disciplina (statica) alla regolazione (dinamica) del paesaggio: una riflessione d'insieme*, in *Studi in onore di L. Mazzarolli. Teoria e storia. Diritto amministrativo generale*, I, Padova, 2007, 143 ss.
- S. Amorosino, *I poter legislativi e amministrativi di Stato e Regioni in tema di tutela e valorizzazione del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 147 ss.
- S. Amorosino, *La governance e la tutela del paesaggio tra Stato e Regioni dopo il secondo decreto correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 99 ss.
- A. Amorth, *Il merito dell'atto amministrativo*, Milano, 1939
- A. Andreani, *Funzione amministrativa, procedimento, partecipazione nella legge n. 241 del 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 655 ss.

- A. Andreani, *Idee per un saggio sulla motivazione obbligatoria dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 1, 3 ss.
- A. Andronio, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2004
- V. Angiolini, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Padova, 1986
- V. Angiolini, *La pianificazione urbanistica generale*, in *Materiali per un corso di diritto urbanistico*, (a cura di) V. Angiolini, C. Marzuoli, A. Roccella, D. Sorace, A. Travi, Padova, 2000, 193 ss.
- A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988
- A. Angiuli, *Commento all'art. 146*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, 383 ss.
- A. Angiuli, *Piano paesaggistico e piani ad incidenza territoriale. Un profilo ricostruttivo*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 291 ss
- S. Antoniazzi, *Il necessario indennizzo in conseguenza della reiterazione di vincoli urbanistici decaduti nella più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e del Consiglio di Stato: più ampie possibilità di effettiva tutela per le posizioni private*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 3-4, 363 ss.
- S. Antoniazzi, *Brevi riflessioni sul più recentemente orientamento della giurisprudenza in tema di accordi amministrativi e di applicabilità de principi civilistici, con particolare riferimento al principio di tutela dell'affidamento ed alle convenzioni di lottizzazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2003, 1, 75 ss.
- S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005
- M. Antonioli, *Note minime in tema di mutamento di destinazione d'uso*, in *Riv. giur. urb.*, 2001, 3-4, 429 ss.
- M. Antonioli, *Precauzionalità, gestione del rischio e azione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2007, 1, 52 ss.
- A. Anzon, *Il regime di dei beni culturali nell'ordinamento vigente e nelle prospettive di riforma*, in *Ricerca sui beni culturali*, I, Roma, 1975, 91 ss.
- A. Anzon, *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in *La giurisprudenza costituzionale a una svolta*, (a cura di) R. Romboli, Torino, 1991, 31 ss.
- M. Asprone, M. Marasca, A. Ruscito, *La discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 2009
- N. Assini, *Abusi edilizi e sanzioni amministrative. Profili critici e aspetti ricostruttivi*, Milano, 1979
- N. Assini, *La gerarchia degli interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Milano, 1994, 93 ss.
- N. Assini, *Diritto urbanistico*, Padova, 2003
- N. Assini, R. Colonna, *Il vincolo storico-artistico*, in *Manuale dei beni culturali*, (a cura di) N. Assini, P. Francalacci, Padova, 2000, 321 ss.
- N. Assini, P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007

- F. Astone, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa. Contributo allo studio dell'influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa italiano e sui poteri del giudice amministrativo*, Napoli, 1999
- G. Azzariti, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989
- A. Azzena, *Natura e limiti dell'eccesso di potere amministrativo*, Milano, 1976
- A. Azzena, *Spunti per una riflessione su regole tecniche e merito amministrativo in relazione alla possibilità di sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Studi in memoria di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, 600 ss.
- A. Azzena, *Potere amministrativo e discrezionalità*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzarolli, G. Pericu, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, II, 1993, 1195 ss.
- S. Baccarini, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 1, 80 ss.
- S. Baccarini, *Motivazione ed effettività della tutela*, in *Foro amm. – Tar*, 2007, 10, 3311 ss.
- V. Bachelet, *Legge, attività amministrativa e programmazione economica*, in *Giur. cost.*, 1961, 904 ss.
- V. Bachelet, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967
- V. Bachelet, *Evoluzione del ruolo e della struttura della pubblica amministrazione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Vol. II, Milano, 1977
- A. Baldassare, *Intervento*, in *Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, (a cura di) N. Occhicupo, Bologna, 1978, 122 ss.
- A. Balestrieri, *Discrezionalità amministrativa e pianificazione urbanistica: questioni vecchie e nuove*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 2-3, 269 ss.
- A. M. Balestrieri, *Sussidiarietà, territorio, cooperazione fra mano pubblica e soggetti privati fra discrezionalità amministrativa e autonomia privata*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, (a cura di) E. Ferrari, F. Pugliese, Milano, 1999, 129 ss.
- L. Balucani, *Sulla indennizzabilità dei vincoli di inedificabilità posti a tutela delle cose di interesse artistico e storico*, in *Cons. St.*, 1973, 158 ss.
- C. Barbati, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali dopo il Titolo V: la separazione delle funzioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 2, 145 ss.
- C. Barbati, *Governo del territorio, beni culturali e autonomie: luci e ombre di un rapporto*, in *aedon.it*, 2009, 2.
- E. M. Barbieri, *La reiterazione dei vincoli preordinati all'espropriazione fra indennizzo e risarcimento, verso la risarcibilità degli interessi legittimi*, in *Foro amm.*, 1999, 9, 1846 ss.
- A. Barone, *Pianificazione urbanistica e principio di proporzionalità*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, (a cura di) E. Ferrari, N. Saitta, Milano, 2001, 303 ss.
- A. Barone, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 2, 261 ss.
- A. Barone, *La governance del territorio*, in *L'uso del territorio*, (a cura di) I. M. Marino, S. Licciardello, A. Barone, Milano, 2004, 31 ss.
- A. Barone, *Il diritto del rischio*, Milano, 2006
- G. Barone, *L'intervento nel privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1969

- G. Barone, *Discrezionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1989, XI
- M. A. Bartoli, A. Predieri, *Piano regolatore*, in *Enc. Dir.*, 1983, XXXIII, 654 ss.
- A. Bartolini, *Questioni problematiche sull'efficacia giuridica della pianificazione strutturale ed operativa*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 2, 262 ss.
- A. Bartolini, *I diritti edificatori in funzione premiale (le c.d. premialità edilizie)*, in *giust-amm.it*, 2008, n. 10
- A. Bartolini, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *pausania.it*
- A. Bartolini, A. Maltoni, *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, Napoli, 2009.
- F. Bartolomei, *Ordinanza (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1980, XXX, 89 ss.
- G. Barzari, *Sulla partecipazione del privato al procedimento per la formazione di una variante a piano regolatore generale in caso di accoglimento di osservazione sfavorevole*, in *Dir. reg.*, 1998, 5-6, 902 ss.
- M. Bassani, V. Italia, *Art. 1. Commento al comma 1*, 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, 51 ss.
- F. Bassi, *La norma interna. Lineamenti di una teorica*, Milano, 1963
- F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969
- F. Bassi, *Sanzioni amministrative edilizie e interesse pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 2, 480 ss.
- N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001
- S. Battini, *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini: omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008, 1 ss.
- S. Bellomia, *Diritto privato regionale, perequazione urbanistica e nuovi strumenti di governo del territorio*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 2, 71 ss.
- S. Benini, *La discrezionalità nei vincoli culturali e ambientali*, in *Foro it.*, 1998, III, 326 ss.
- F. Benvenuti, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1, 1 ss.
- F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118 ss.
- F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953
- F. Benvenuti, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.
- F. Benvenuti, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, 1959, IV, 537 ss.
- F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in onore di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.
- F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. di scienza dell'amministrazione*, 1978, 1, 6 ss.
- F. Benvenuti, *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980*, Milano, 1982, 33 ss.
- F. Benvenuti, *Semantica di funzione*, in *Jus*, 1985, 3 ss
- F. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986

- F. Benvenuti, *Pianificazione del territorio e tutela del cittadino*, in *Jus*, 1987, 135 ss.
- F. Benvenuti, *Istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII, 204 ss.
- F. Benvenuti, *Introduzione al tema*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, (a cura di) V. Parisio, Milano, 1998, 5 ss.
- G. Bergonzini, *La motivazione degli atti amministrativi*, Vicenza, 1981
- G. Bergonzini, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere (a dieci anni dalla legge n. 241 del 1990)*, in *Dir. Amm.*, 2000, 2, 181 ss.
- A. Berra, *Brevi considerazioni in materia di decadenza dei vincoli urbanistici e loro reiterabilità*, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 4, 668 ss.
- G. Berti, *Autorizzazione e concessione in materia di scuole*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 438 ss.
- G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968
- G. Berti, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in onore di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779 ss.
- G. Berti, *Dinamica giuridico-economica dell'urbanistica*, in *Amministrare* 1989, 3, 351 ss
- G. Berti e G. C. De Martin, *Il sistema amministrativo dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. Atti del Convegno, Roma, 31 gennaio 2002*, Roma, 2002
- R. Bettini, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968
- D. Bevilacqua, *I limiti della scienza e le ragioni della discrezionalità: il principio di precauzione nel diritto globale*, in *I principi dell'azione amministrativa nello spazio giuridico globale*, (a cura di) G. della Cananea, Napoli, 2007, 147 ss.
- L. Biamonti, *Nota*, in *Foro it.*, 1913, I, 1014 ss.
- R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992
- R. Bin, *Piani territoriali e principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2001, 1, 114 ss.
- R. Bin, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, 365 ss.
- R. Bin, *Lo Stato di diritto. Come imporre regole al potere*, Bologna, 2004
- L. Bobbio (a cura di), *Le politiche dei beni culturali in Europa*, II, Bologna, 1992
- N. Bobbio, *Stato*, in *Enciclopedia Einaudi*, XIII, Torino, 1981, 453 ss
- P. Bodda, *Un nuovo caso di eccesso di potere?*, in *Riv. di dir. proc. civ.*, 1936, 186 ss.
- P. Bonaccorsi, G. Pericu, *Su alcune tendenze della pianificazione territoriale e dei procedimenti per la sua attuazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, 1, 161 ss.
- T. Bonetti, *Oggetto e limiti della pianificazione urbanistica strategico-comunale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 12, 1329 ss.
- T. Bonetti, *La deroga all'obbligo di motivare gli atti a contenuto generale: vent'anni dopo*, relazione presentata al Convegno "La legge sul procedimento: vent'anni dopo", Palermo, 16-17 aprile 2010, pagine 9 ss. del testo dattiloscritto.
- D. Borgonovo Re, *Parchi naturali nazionali e regionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1995, IX, 595 ss.
- M. Borioni, *Partecipazione dei cittadini nell'elaborazione dei piani urbanistici. Discrezionalità e motivazione. La situazione in Italia*, in *Piani urbanistici e controllo giurisdizionale in Spagna e in Italia*, (a cura di) G. Paleologo, Milano, 2002, 121 ss.
- U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901

- A. Bortoluzzi, *La radice errante dello squilibrio contrattuale: il principio di proporzionalità*, in *Contr. e impr.*, 2007, 3, 1431 ss
- E. Boscolo, *Dalla zonizzazione alla perequazione del sistema urbanistico (il caso del p.r.g. di Reggio Emilia)*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 1, 21 ss.
- E. Boscolo, *L'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione e l'attuazione di opere "a scomputo": elementi di una distinzione tra sfera convenzionale e principio di legalità*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 1, 15 ss.
- E. Boscolo, *Espropriazione: la giurisprudenza della CEDU e l'urbanistica regionale tra perequazione, compensazione e premialità*, in *Foro amm. – Tar*, 2005, 4, 1331 ss.
- E. Boscolo, *Paesaggio e tecniche di regolazione: i contenuti del piano paesaggistico*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 130 ss.
- E. Boscolo, *Le perequazioni e le compensazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 104 ss.
- G. Bottino, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004
- A. Bozzi, *Il principio di proporzionalità nelle sentenze dei T.A.R.*, in *Sospensive*, 1997, n. 63, 4776
- M. Breganze, *L'urbanistica contrattata oggi: brevi note*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 3-4, 563 ss.
- M. Breganze, *I vincoli urbanistici nel testo unico delle espropriazioni*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 1, 131 ss.
- M. Breganze, *La nuova pianificazione urbanistica territoriale in Veneto e gli accordi con i privati*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 1-2, 210 ss
- M. Breganze, *L'adeguamento dei piani paesaggistici (ex art. 156 d.lgs. n. 42/2004)*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 250 ss.
- F. Brignola, *Introduzione*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero 19-21 settembre 1991*, Milano, 1994, 9 ss.
- M. Brocca, *Parco culturale, beni ambientali e ponderazione degli interessi sottesi*, in *Riv. giur. amb.*, 2003, 5, 747 ss.
- M. Brocca, *L'individuazione dei beni culturali e il ruolo della partecipazione procedimentale (nota a Consiglio di Stato, sez. VI, decisione 5 ottobre 2004, n. 6483)*, in *aedon.it*, 2005, 1
- E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996
- J. Buccisano, *Accertamento*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1988, I
- L. Buffoni, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento" e l'archetipo del "processo"*, in *quadernicostituzionali.it*.
- E. Buoso, *Gli accordi tra amministrazione comunale e privati nel diritto urbanistico tedesco: i contratti urbanistici (stadtebauliche Verträge)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 3, 357 ss.
- C. Cacciavillani Lanzini, *Il rapporto tra pubblico e privato nella formazione e gestione dei programmi complessi. La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1997, 4, 471 ss
- I. Cacciavillani, *La posizione giuridica delle lottizzazioni "fatte salve" dalla legge-ponte del 1967*, in *Nuova rass.*, 1985, 19-20, 1904 ss.

- I. Cacciavillani, *L'ultimo tabù della pianificazione: la perequazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2010, 3-4, 867 ss.
- G. Caia, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 707 ss.
- V. Caianiello, *Rapporti tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 2, 241 ss.
- C. Calabrò, *La discrezionalità amministrativa nella realtà d'oggi. L'evoluzione del sindacato giurisdizionale sull'eccesso di potere*, in *Cons. St.*, 1992, 10, 1565 ss.
- M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale: il caso ambiente*, Napoli, 2004
- P. Calamandrei, *Immobilizzazione per destinazione artistica*, in *Foro it.*, 1933, I, 1722
- P. Calamandrei, *Appunti sul concetto di legalità*, in *Opere giuridiche*, (a cura di) P. Calamandrei, III, Napoli, 1968, 52 ss.
- G. Calandra, *Brevi osservazioni in tema di autorizzazioni e approvazioni*, in *Foro amm.*, 1957, 240 ss.
- A. Calegari, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 1-2, 157 ss.
- Q. Camerlengo, *Autonomia locale e il potere regionale di indirizzo e coordinamento: itinerari ricostruttivi e prospettive di riforma*, in *Le Regioni*. 1999, 4, 659 ss.
- M. Cammelli, *Amministrazioni (e interpreti) davanti al nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 6, 1273 ss.
- M. Cammelli, *Principio di sussidiarietà e sistema delle amministrazioni pubbliche*, in *Quad. Reg.*, 2002, 2, 453 ss.
- M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 555 ss.
- F. Cammeo, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, (a cura di) V. E. Orlando, Milano, 1901, Vol. III, 1 ss.
- F. Cammeo, *La competenza di legittimità della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 1902, III, 175 ss
- F. Cammeo, *Gli atti amministrativi e l'obbligo di motivazione*, in *Giur. it.*, 1908, II, 253 ss
- F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1911-1912, 130 ss.
- F. Cammeo, *La violazione delle circolari come eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, c. 108 ss.
- F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914
- F. Cammeo, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 ss.
- F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, rist. 1960
- M. Campiolo, *Interessi ambientali e pianificazione del territorio. La valutazione di impatto ambientale*, Napoli, 2000
- G. Campos Venuti, *Amministrare l'urbanistica*, Torino, 1967
- G. Campos Venuti, *La terza generazione dell'urbanistica*, Milano, 1990
- C. Canato, *Esperienze di perequazione 'sostenibile': modelli e strumenti a confronto*, in *Riv. giur. urb.*, 2007, 3, 426 ss

- A. Candian, A. Gambaro, *Le convenzioni urbanistiche*, Milano, 1992
- F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004
- F. Cangelli, *Gli strumenti consensuali dell'azione pubblica: accordi tra amministrazioni e accordi con i privati nel mutato quadro dogmatico introdotto dalla l. n. 15/2005*, in *Dir. e proc. amm.*, 2007, 1, 247 ss.
- F. Cangelli, *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 175 ss.
- E. Cannada Bartoli, *L'inapplicabilità dell'atto amministrativo*, Milano, 1950
- E. Cannada Bartoli, *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo*, in *Foro amm.*, 1964, 72 ss.
- E. Cannada Bartoli, *Sulla tardività della delibera a stare in giudizio; sui limiti della discrezionalità amministrativa*, in *Giur. it.*, 1994, 1, 113 ss.
- E. Cannada Bartoli, *In tema di motivazione di atti a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 1995, 4-5, 1088 ss.
- E. Cannada Bartoli, *Interesse pubblico (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1972, XXII, 1 ss.
- E. Cannizzaro, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000
- E. Cannizzaro, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto internazionale*, in *Ragionevolezza e interpretazione*, Milano, 2002, 247 ss.
- O. Canova, *Varianti ai piani regolatori. Quale tutela dei privati?*, in *Riv. giur. urb.*, 1989 1, 19 ss.
- M. Cantucci, *La tutela giuridica delle cose di interesse artistico e storico*, Padova, 1953
- E. Capaccioli, *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Milano, 1979, 126 ss.
- E. Capaccioli, *Manuale di diritto amministrativo*, Padova, 1980
- E. Capaccioli, *Prospettive recenti sul merito amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 1981, 14, 1363 ss.
- E. Capaccioli, *Il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrativa pecuniarie*, in *Le sanzioni amministrative. Atti del XXVI° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980*, Milano, 1982, 87 ss.
- E. Capelli, *I principi generali come fonte del diritto*, in *Dir. comm. scambi. intern.*, 1986, 541 ss.
- O. M. Caputo, *Vincolo storico-artistico e interessi secondari. Contrasto nella VI Sezione del Consiglio di Stato*, in *Foro amm. – Tar.*, 2000, 5, 1800 ss.
- E. Caracciolo La Grotteria, *Osservazioni sui limiti alle attività economiche derivanti da esigenze di tutela paesaggistica ed ambientale*, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2005, 2, 477 ss.
- E. Caracciolo La Grotteria, *La consulenza tecnica d'ufficio e il sindacato del giudice amministrativo*, Napoli, 2008
- R. Caranta, *Procedimento amministrativo di diritto comparato*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1996, XI, 604 ss.
- R. Caranta, L. Ferraris, S. Rodriguez (a cura di), *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005

- E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Vol. I, Perugia, 1983, Vol. II, Perugia, 1984
- E. Cardi, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *Foro amm.*, 1989, 3, 864 ss.
- E. Cardi, *L'istruttoria nel procedimento: effettività delle rappresentazioni ed elaborazioni delle alternative*, in *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione. Atti del Convegno Messina-Taormina 25-26 febbraio 1988*, (a cura di) F. Trimarchi, Milano, 1990, 105 ss.
- E. Cardi, S. Cognetti, *Eccesso di potere (atto amministrativo)* in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1990, V, 341 ss.
- F. Caringella, D. De Carolis, G. De Marco (a cura di), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005
- F. Caringella, M. Protto, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002
- L. Carlassare, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966
- L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974
- L. Carlassare, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XVIII
- C. Carli, *Il Caso Chevron. Interpretazione del giudice e interpretazione dell'amministrazione negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 4, 959 ss.
- F. Carnelutti, *Eccesso di potere*, Padova, 1924
- M. A. Carnevale Venchi, *Contributo alla studio della nozione di funzione pubblica*, I, Padova, 1969, Vol. II, 1974.
- C. Carpentieri, *La razionalità complessa dell'azione amministrativa come ragione della sua irriducibilità al diritto privato*, in *Foro amm. – Tar*, 2005, 7-8, 2652 ss.
- P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 2, 363 ss.
- P. Carpentieri, *Paesaggio contro Ambiente*, in *Urb. app.*, 2005, 8, 931 ss.
- P. Carpentieri, *Eolico e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 1, 322 ss.
- P. Carpentieri, *Il "secondo" correttivo del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. app.*, 2008, 6, 681 ss.
- L. Carraro, *Contributo alla teoria dell'autorizzazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1947, 282 ss.
- M. Cartabia, *La tutela dei diritti nel procedimento amministrativo. La legge 241 del 1990 alla luce di principi comunitari*, Milano, 1990
- M. Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 3, 221 ss.
- G. F. Cartei, *La disciplina del paesaggio tra conservazione e fruizione programmata*, Torino, 1995
- G. F. Cartei, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 11, 1267 ss.
- G. F. Cartei, *I principi del diritto comunitario*, in *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, (a cura di) S. Civitarese Matteucci e G. Gardini, Bologna, 2004

- G. F. Cartei, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa*, in *Urbanistica e paesaggio*, (a cura di) G. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari, Napoli, 2006
- G. F. Cartei, *Codice dei beni culturali e del paesaggio e Convenzione europea: un confronto*, in *aedon.it*, 2008, 3
- G. F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007
- E. Casetta, *Profili della evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 3 ss.
- E. Casetta, *Sanzione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, XIII, 598 ss.
- E. Casetta, *Riflessioni in tema di discrezionalità amministrativa, attività vincolata e interpretazione*, in *Dir. ec.*, 1998, 3, 503 ss.
- L. Casini, *La valorizzazione dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 1, 165 ss.
- L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005
- L. Casini, *Perequazione e compensazioni nel nuovo piano regolatore generale di Roma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 2, 203 ss.
- L. Casoli, *Cap. VIII – Altre forme di protezione*, in *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) E. Follieri, I, Napoli, 2005,
- S. Cassese, *Il privato e il procedimento amministrativo*, in *Arch. giur.*, 1970, 25 ss.
- S. Cassese, *Imparzialità amministrativa e sindacato giurisdizionale*, Milano, 1973
- S. Cassese, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in *Diritto amministrativo comunitario*, (a cura di) L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati, Rimini, 1992, 23 ss.
- S. Cassese, *I beni culturali: dalla tutela alla valorizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 7, 675 ss.
- S. Cassese, *L'amministrazione nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 12, 1193 ss.
- S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Bologna, 2001
- S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, (a cura di) S. Cassese, I, Milano, 2003, 220 ss.
- S. Cassese, *Diritto amministrativo comunitario e diritto amministrativo nazionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, (a cura di) M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, 1ss.
- S. Cassese, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *irpa.eu*
- S. Castellazzi, *La destinazione a verde agricolo tra potere di pianificazione e vincolo di inedificabilità*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 3-4, 389 ss.
- F. Castiello, *La generalizzazione dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Cons. St.*, 1991, 9, 1537 ss.
- F. Castiello, *Il nuovo modello di amministrazione nella legge n. 241/990 e nella riforma "Bassanini"*, Rimini, 2002
- F. Castiello, *Il principio del Giusto Procedimento dalla sentenza n. 13/1962 alla sentenza n. 142/2007 della Corte Costituzionale*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2008, 2, 269 ss.

- E. Castorina, *Considerazioni sui profili costituzionali dei limiti di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 1, 70 ss.
- E. Castorina, *Diritto alla sicurezza, riserva di legge e principio di proporzionalità: le premesse per una "democrazia europea"*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2003, 3, 329 ss
- E. Castorina, *Commento all'art. 823*, in *Beni pubblici. Artt. 822-830*, a cura di E. Castorina, G. Chiara, Milano, 2008, 164 ss.
- A. Catelani, S. Cattaneo, *I beni e le attività culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) G. Santaniello, Padova, 2002
- M. C. Cavallaro, *Pubblica amministrazione e diritto privato*, in *Nuove autonomie*, 2005, 1-2, 39 ss.
- M. C. Cavallaro, *Clausola di buona amministrazione e risarcimento del danno*, in *giustamm.it.*, 2009
- B. Cavallo, *La nozione di bene culturale tra mito e realtà: rilettura critica della prima dichiarazione della Commissione Franceschini*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, II, 113 ss.
- B. Cavallo, *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici fra diritto interno e normativa comunitaria: rilievi procedurali e sostanziali*, in *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, (a cura di) F. Mastragostino, Bologna, 2007, 23 ss.
- R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità. Le ordinanze amministrative di necessità e urgenza*, Milano, 1990
- R. Cavallo Perin, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 777ss
- A. Celotto, *Corte Costituzionale ed "eccesso di potere legislativo"*, in *Giur. cost.*, 1995, 5, 3724 ss.
- A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *giust-amm.it*, 2010, n. 5
- P. Cerbo, *Sanzioni amministrative*, Milano, 1999
- Idem, *Sanzioni amministrative*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2006, 5424 ss.
- A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nell'amministrazione*, Padova, 1973
- A. Cerri, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, Milano, 1976
- A. Cerri, *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XXIII
- V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1984, 4, 463 ss.
- V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 2, 386 ss.
- V. Cerulli Irelli, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, Milano, 1988, I, 135 ss.
- V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo. Parte III. Attività e tutela*, Torino, 1991
- V. Cerulli Irelli, *Il "governo del territorio" nel nuovo assetto costituzionale*, in *Il governo del territorio*, (a cura di) S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani, Milano, 2003, 499 ss.

- V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 217 ss.
- V. Cerulli Irelli, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 1, 187 ss.
- V. Cerulli Irelli, *Introduzione*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 1 ss.
- V. Cerulli Irelli, *Principii di diritto amministrativo*, Vol. II, Torino, 2005
- V. Cerulli Irelli, *I principi dell'azione amministrativa*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, (a cura di) G. Clemente di San Luca, Torino, 2006, 17 ss.
- V. Cerulli Irelli, *Sui principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento*, in *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007
- V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007
- V. Cerulli Irelli, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008
- V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2008
- V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90 – II Parte*, in *giustamm.it*, 2005, 7
- M. Ceruti, *Ricerca di idrocarburi in aree naturali protette: il problema della motivazione del nulla osta degli Enti Parco tra interesse minerario ed interesse ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 6, 937 ss.
- P. L. Cervellati, *Rendita urbana e trasformazioni del territorio*, in *L'Italia contemporanea 1945-1975*, (a cura di) V. Castronovo, Torino, 1976, 337 ss.
- L. Cesarini, *Divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, obblighi del responsabile e sindacato di ragionevolezza del giudice*, in *Rass. giur. umbra*, 1999, 1, 284 ss.
- E. Cheli, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967
- R. Chieppa, *Vecchie problematiche e nuove questioni in tema di piani e autorizzazioni paesaggistiche dopo il d.lg. 26 marzo 2008, n. 63*, in *aedon.it*, 2008, 3.
- D. Chinello, *Adozione del p.r.g. e garanzie partecipative: quando l'accoglimento di un'osservazione impone la ripubblicazione del piano*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 1, 195 ss.
- P. Chirulli, *Attività amministrativa e sindacato giurisdizionale in Gran Bretagna. Dal locus standi al justiciability*, Torino, 1996,
- E. Chiti, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 3, 679 ss.
- G. Chiti, *Il principio di non discriminazione e il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 3-4, 851 ss.
- M. P. Chiti, *Partecipazione popolare e pubblica amministrazione*, Pisa, 1977
- M. P. Chiti, *Atti di consenso*, in *Dir. amm.*, 1996, 2, 181 ss.
- M. P. Chiti, *Implicazioni amministrative dell'integrazione europea*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, Milano, 1998, I, 591 ss
- M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008

- A. Chizzini, *Il potere istruttorio del giudice amministrativo nel quadro delle recenti riforme delineate dal d. lgs. n. 80/1998 e dalla l. 205/2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 4, 872 ss.
- G. Ciaglia, *Della "compensazione urbanistica" ovvero di come rivoluzionare l'urbanistica senza che nessuno se ne accorga*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 3, 446 ss.
- M. C. Ciciriello, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999
- L. Cimellaro, *La motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1995, 3, 441 ss.
- L. Cimellaro, *Le garanzie del procedimento amministrativo nella l. 241/1990: gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sulla partecipazione al procedimento e la motivazione del provvedimento*, Padova, 1997
- S. Cimini, *Partecipazione procedimentale: limiti di effettività della forma scritta e prospettiva dell'oralità*, in A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002, 25 ss.
- F. Cintioli, *Consulenza tecnica d'ufficio e discrezionalità tecnica: l'intensità del giudicato giurisdizionale al vaglio della giurisprudenza*, in *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, (a cura di) F. Caringella, M. Protto, Milano, 2002, 707 ss.
- F. Cintioli, *"Nuovo" procedimento amministrativo e principi costituzionali*, in *Quaderni costituzionali*, 2005, 3, 648 ss.
- A. Cioffi, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005
- N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000
- S. Civitarese Matteucci, *Sulla dinamica degli interessi pubblici nella pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1992, 6, 155 ss.
- S. Civitarese Matteucci, *Vincoli ambientali, pianificazione urbanistica ed affidamento del privato*, in *Riv. giur. amb.*, 1994, 6, 922 ss
- S. Civitarese Matteucci, *Verso l'urbanistica consensuale*, in *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica. Nuovi moduli convenzionali*, (a cura di) P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, Torino, 1995, 5 ss.
- S. Civitarese Matteucci, *Contributo alla studio del principio contrattuale dell'attività amministrativa*, Torino, 1997
- S. Civitarese Matteucci, *Le previsioni urbanistiche "sostanzialmente espropriative" dopo la sent. N. 179 /99 della Corte Costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 3, 933 ss.
- S. Civitarese Matteucci, *Sul fondamento giuridico degli accordi in materia di fissazione delle prescrizioni urbanistiche*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, in *Presente e futuro della pianificazione urbanistica*, (a cura di) E. Ferrari, F. Pugliese, Milano, 1999, 162 ss.
- S. Civitarese Matteucci, *La concezione del paesaggio alla prova della prima revisione del Codice del paesaggio*, in *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, (a cura di) G. F. Cartei, Bologna, 2007, 129 ss.
- S. Civitarese Matteucci, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche dello sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007
- M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995
- M. Clarich, *Tutela giurisdizionale e altre forme di tutela*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 153 ss.

- M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 91 ss.
- M. Cocconi, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 3, 707 ss.
- A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, 285 ss.
- G. Codacci Pisanelli, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940
- G. Cofrancesco, *Note sul potere discrezionale della pubblica amministrazione in ordine al rilascio della licenza-concessione edilizia in attuazione di convenzione lottizzata*, in *Foro amm.*, 1977, 10, 2456 ss.
- S. Cogliani, *Il principio di ragionevolezza dell'azione amministrativa. Commento a Cons. St., ad. plen., 6 febbraio 1993, n. 3*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, (a cura di) G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2001, 607 ss.
- S. Cogliani (a cura di), *Il principio di proporzionalità in Italia ed in Europa: la tutela dinanzi al giudice amministrativo*, Padova, 2008
- S. Cognetti, *La tutela delle situazioni soggettive tra procedimento e processo. Le esperienze di pianificazione urbanistica in Italia e Germania*, Napoli, 1987
- S. Cognetti, *Normative sul procedimento, regole di garanzia ed efficienza*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1990, 1, 94 ss.
- S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993
- S. Cognetti, *Quantità e qualità della partecipazione: tutela procedimentale e legittimazione processuale*, Milano, 2000
- L. Colacino Cinnante, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, Napoli, 2007
- A. Colavecchio, *La tutela dell'ambiente tra Stato e Regioni: l'ordine delle competenze nel prisma della giurisprudenza costituzionale*, in *La tutela multilivello dell'ambiente*, (a cura di) F. Gabriele, A. M. Nico, Bari, 2005, 23 ss.
- G. Coletti, *Sugli effetti dell'autorizzazione amministrativa in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 50 ss.
- R. Colonna, *La tutela ambientale dei beni culturali: riflessioni sulla natura giuridica del c.d. vincolo indiretto ex art. 21 legge n. 1089 del 1939*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 2, 75 ss.
- V. Colonna, *Nuovo modello di pianificazione e perequazione urbanistica nella legislazione regionale dell'ultimo decennio*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 2, 63 ss.
- G. D. Comporti, *Il coordinamento infrastrutturale: tecniche e garanzie*, Milano, 1996
- G. D. Comporti, *L'autorizzazione paesaggistica: i rischi dell'isolamento*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi*, (a cura di) V. Piergigli, A. L. Maccari, Milano, 2006, 549 ss.
- B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006
- G. L. Conti, *Le dimensioni costituzionali del governo del territorio*, Milano, 2007
- G. Coraggio, (vocem) *Merito amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1976, XXVI, 130 ss.
- G. Coraggio, *La posizione dell'interesse privato nella gerarchia degli interessi*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza*

- dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991, Milano, 1994, 79 ss.
- A. Corpaci, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2006, 1, 305 ss.
- G. Corso, *La ponderazione di interessi nei procedimenti di pianificazione urbanistica*, in *La ponderazione degli interessi nell'esercizio dei controlli. Atti del XXXIV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 22-23 settembre 1988*, Milano, 1991, 207 ss.
- G. Corso, *Le norme costituzionali sull'organizzazione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione: riflessioni e indicazioni di riforma : atti del XXXIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 16-18 settembre 1993*, Milano, 1995, 25 ss.
- G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999
- G. Corso, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. dir., App.*, 2001, V, 774 ss.
- G. Corso, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, 2002, 437 ss.
- G. Corso, *Amministrazione di risultati*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 130 ss.
- G. Corso, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc., Ist. Enc. It.*, 2003, XVIII
- G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2003
- G. Corso, *La valutazione del rischio ambientale*, in *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi*, (a cura di) M. Immordino, N. Gullo, Napoli, 2008, 187 ss.
- G. Corso, F. Teresi, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991
- P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002
- V. Crisafulli, *Principio di legalità e "giusto procedimento"*, in *Giur. Cost.*, 1962, 130 ss
- V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1976
- F. Criscuolo, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Scritti in memoria di Mario Buoncrisiano*, Napoli, I, 2002, 218 ss.
- F. Criscuolo, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003
- F. Criscuolo, *Il civilista e i criteri di valutazione dell'attività amministrativa*, in *Il diritto civile oggi: compiti scientifici e didattici del civilista. Atti del 1. Convegno nazionale, Grand Hotel Quisisana, Capri 7-8-9 aprile 2005*, Napoli, 2006, 948 ss.
- G. Crocioni, *Dall'urbanistica prescrittiva all'urbanistica negoziale*, in *La disciplina urbanistica in Italia*, (a cura di) S. Civitarese Matteucci, P. Urbani, Torino, 1997
- A. Crosetti, *La tutela ambientale dei beni culturali*, Padova, 2001
- A. Crosetti, *Evoluzione del regime d'uso dei suoli e nuovi strumenti di perequazione urbanistica*, in *Quad. reg.*, 2004, 2, 547 ss.
- A. Crosetti, *Le tutele differenziate*, in *Diritto dell'ambiente*, (a cura di) A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, Bari, 2007, 393 ss.
- A. Crosetti, *La composizione degli interessi nel vincolo indiretto: problemi di proporzionalità*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 46 ss.
- A. Crosetti, F. Fracchia (a cura di), *Procedimento amministrativo e partecipazione*, Milano, 2002

- C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008
- C. Cudia, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 1, 263 ss.
- C. Cugurra, *Principio di legalità e amministrazione negoziata*, in *Studi in onore di L. Mazzaroli. Teoria e storia. Diritto amministrativo generale*, Padova, 2007, 147 ss.
- L. Cuocolo, *Le sanzioni amministrative tra caratteri afflittivi ed amministrazione attiva*, in *Quad. reg.*, 2002, 3, 531 ss.
- E. Dalfino, *L'interesse pubblico nelle lottizzazioni edilizie*, Milano, 1981
- F. Dani, *Oscillazioni in materia di affidamenti dei privati in ordine alle scelte urbanistiche*, in *Riv. giur. ed.*, 1988, 3, 98 ss.
- N. Daniele, *L'atto amministrativo recettizio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, 826 ss.
- M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1, 3 ss.
- G. D'Angelo, *Sull'obbligo di ripubblicazione da parte del Comune del piano regolatore generale modificato prima dell'approvazione*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, 131 ss.
- G. D'Angelo, *L'illegittimità dei piani regolatori generali in assenza di zonizzazione*, in *Urb. app.*, 2002, 4, 449 ss
- G. D'angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000, n. 250*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 659 ss.
- M. D'Auria, *Impianti eolici e vincoli paesistici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 9, 944 ss.
- M. D'Auria, *Impianti eolici e termine massimo di conclusione del procedimento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 4, 495 ss.
- C. Dal Piaz, *Il trasferimento delle autorizzazioni e delle concessioni amministrative*, Torino, 1971
- G. De Cesare, *Problematica dell'eccesso di potere amministrativo. L'eccesso di potere e la giurisdizione del Consiglio di Stato*, Padova, I, 1973
- G. De Giorgi Gezzi, *La ricostruzione del fatto nel processo amministrativo*, Napoli, 2003
- F. De Leonardis, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 889 ss.
- F. De Leonardis, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005
- P. De Lise, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2008, 10
- G. della Cananea, *Gli atti amministrativi generali*, Milano, 2000
- G. della Cananea, *L'Unione europea: un ordinamento composito*, Roma, 2003
- G. della Cananea (a cura di), *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*. Milano, 2006
- M. Dente, *Il lungo cammino dell'Italia verso Kyoto. La programmazione italiana in materia di politiche dei cambiamenti climatici e le recenti norme di attuazione*, in *Riv. giur. amb.*, 2005, 1, 59 ss.
- L. De Pauli, *E' legittima la "doppia zonizzazione" di una stessa area?*, in *Urb. app.*, 1998, 4, 553 ss.
- D. De Pretis, *L'autonomia comunale in materia urbanistica di fronte agli interessi differenziati*, in *Le Regioni*, 1995, 1, 159 ss.

- D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995
- D. De Pretis, *I vari usi della nozione di discrezionalità tecnica*, in *Giorn. dir. amm.*, 1998, 4, 331 ss.
- D. De Pretis, *I vincoli di inedificabilità di nuovo al vaglio della Corte Costituzionale: aggiornamento della categoria e indennizzo per la reiterazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1999, 3-4, 289 ss.
- D. De Pretis, *L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis della legge n. 241 del 1990: l'attività non autoritativa secondo le regole del diritto privato e il principio di specialità*, in *giustamm.it*, 7 novembre 2006
- A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917
- G. De Virgilis, F. Spantigati, *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n. 55 del 1968 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 865 ss.
- V. Del Pozzo, *Il nulla osta amministrativo*, Bari, 1959
- P. Dell'Anno, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989
- P. Dell'Anno, *Manuale di diritto ambientale*, Padova, 2003
- M. Delsignore, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 182 ss.
- C. Desideri, C. Fonderico, *I parchi naturali per la protezione della natura*, Milano, 1998
- G. Di Cosimo, *Gli organi di raccordo tra regioni ed enti locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1998, 1, 11 ss.
- R. Di Cristofalo, *Il principio di ragionevolezza come criterio di bilanciamento tra paesaggio ed energia eolica*, in *Nuove autonomie*, 2006, 3-4, 565 ss.
- A. Di Giovine, *Introduzione allo studio della riserva di legge nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1969
- I. Di Lorenzo, *L'eccesso di potere per irrazionalità o illogicità di criteri nei concorsi ai pubblici impieghi*, in *Riv. pubbl. imp.*, 1941, 1, 55 ss.
- A. Di Mario, *Le varianti al piano regolatore e l'obbligo di motivazione*, in *Urb. app.*, 1997, 10, 1149 ss.
- F. Di Mauro, *La natura dei provvedimenti di tutela dei beni paesistici*, in *Dir. e giur. agr.*, 1999, 1, 14 ss.
- T. Di Nitto, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 3, 731 ss.
- G. Di Plinio, *Diritto pubblico dell'ambiente e aree naturali protette: il dualismo giuridico dell'ambiente tra tutela comparativa e protezione integrale*, Torino, 1994
- G. Di Plinio, P. Fimiani, *Aree naturali protette: diritto ed economia*, Milano, 2008
- M. Difino, *Vincoli urbanistici e sistema perequativo alla luce delle ultime pronunce giurisprudenziali*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, (a cura di) E. Ferrari, N. Saitta, Milano, 2001, 323 ss.
- P. Diman, *Gli strumenti della protezione*, in *Aree naturali protette. Diritto ed economia*, (a cura di) G. Di Plinio, P. Fimiani, Milano, 2008,
- R. Dipace, *Partenariato pubblico e privato e contratti atipici*, Milano, 2006,
- M. D'Orsogna, *La fase introduttiva*, in *Giustizia amministrativa*, (a cura di) F. G. Scoca, Torino, 2009, 280 ss.
- D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Modena, 1903

- M. R. Donnarumma, *Il principio di legalità nella dinamica dei rapporti costituzionali*, Padova, 1988
- M. Dugato, *Brevi note in tema di convenzioni edilizie ed accordi ex art. 11, legge n. 241 del 1990*, in *Le Regioni*, 1993, 3, 970 ss.
- M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996
- M. Dugato, *Presentazione sull'Osservatorio del diritto del governo del territorio*, in *iuandirittogovernoterritorio.it*
- M. Dugato, *L'oggetto dell'accordo amministrativo e i vincoli per le parti nella sua definizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 1, 155 ss
- M. Esposito, *Autonomia comunale e governo del territorio*, in *Giur. cost.*, 1997, 2, 824 ss.
- M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003
- L. Falco, *Gli standards urbanistici*, Roma, 1977
- G. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1988, IX
- G. Falcon, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 2, 351 ss.
- G. Falcon, *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi art. 118 e 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, 383 ss.
- G. Falcon, *Semplificazioni, garanzie, certezza: modelli di composizione degli interessi*, in *Il procedimento amministrativo in Europa. Atti del Convegno di Milano*, Milano, 2002, 59 ss.
- G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 1 ss.
- G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2008
- G. Falcon, *I principi costituzionali del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 78 ss.
- P. Falcone, *L'edilizia*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, (a cura di) S. Cassese, Vol. IV, Milano, 2003
- A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941
- A. Falzea, *Accertamento: a) Teoria generale*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, 205 ss.
- A. Falzea, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, 1, 2 ss.
- G. Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953
- G. Fazio, *Sindacabilità e motivazione degli atti amministrativi discrezionali*, Milano, 1966
- F. Felicetti, *Discrezionalità legislativa e giudizio di costituzionalità*, in *Foro It.*, 1986, I, 22 ss.
- L. Ferrara, *Diritti soggettivi e accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Padova, 1996
- L. Ferrara, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario nella disciplina del procedimento amministrativo*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, (a cura di) G. C. di San Luca, Torino, 2005, 40 ss.
- R. Ferrara, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.* 1999, 2, 323 ss.

- R. Ferrara (a cura di), *La Valutazione di impatto ambientale*, Padova, 2000
- R. Ferrara, *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "liberta" dell'amministrazione alla "liberta" dell'amministrazione*, in *Dir. soc.*, 2000, 1, 101 ss.
- R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 4, 1024 ss.
- R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005
- R. Ferrara, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2005, 3, 509 ss.
- G. Ferrari, *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, in *Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, (a cura di) N. Occhiocupo, Bologna, 1978, 89 ss.
- G. F. Ferrari, *Il principio di proporzionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, (a cura di) V. Parisio, Milano, 1998, 125 ss.
- E. Ferrari, N. Saitta, A. Tigano (a cura di), *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, Milano, 2001
- P. G. Ferri, *Beni culturali e ambientali nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, II, 217 ss.
- L. Ferroni (a cura di), *Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*, Napoli, 2002
- M. V. Ferroni, *Principio di sussidiarietà e negoziazione urbanistica*, Torino, 2008
- A. Fiale, E. Fiale, *Diritto urbanistico*, Napoli, 2006
- F. Figorilli, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo. Dal processo al procedimento con una pluralità di parti*, Perugia, 1996
- F. Figorilli, *Art. 45- Prescrizioni di tutela indiretta*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commentario*, (a cura di) G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2005, 5-6, 1256 ss.
- M. Filippi, *Il procedimento di dichiarazione del bene culturale*, in *Il Testo unico dei beni culturali*, (a cura di) G. Caia, Milano, 2002, 21 ss.
- L. Filomusi Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, Napoli, 1904
- M. Fioravanti, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 2, 600 ss.
- M. Fioravanti, *Stato (storia)*, in *Enc. Dir.*, 1990, XLIII, 708 ss.
- M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, (a cura di) M. Fioravanti, Roma-Bari, 2006, 3 ss.
- F. Fiorini, *La natura dei provvedimenti di vincolo storico-artistico sui beni immobili*, in *Dir. dell'economia*, 2002, 2, 365 ss.
- G. G. Florida, *La discrezionalità amministrativa tra urbanistica pianificata e urbanistica contrattata*, in *Scritti minori*, (a cura di) F. Sorrentino, Torino, 2008, 837 ss.
- S. Fois, *Legalità (principio di)*, in *Enc. Dir.*, 1973, XXIII, 658 ss.
- E. Follieri, *Contributo allo studio sulla dinamica della pianificazione urbanistica*, Chieti, 1986
- E. Follieri, *Rigidità e elasticità degli strumenti di pianificazione generale*, in *Urb. app.*, 1999, 1, 20 ss.

- E. Follieri, *Profili amministrativi nell'individuazione delle materie di cui all'articolo 117*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 479 ss.
- E. Follieri, *Le funzioni amministrative del nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 2-3, 439 ss.
- F. Forte, *Struttura e forma del piano urbanistico comunale perequativo*, Napoli, 2005
- P. Forte, *Il principio di distinzione tra politica e amministrazione*, Torino, 2005
- P. Forte, *I principi dell'azione amministrative dopo le recenti riforme*, in *I principi generali dell'azione amministrativa. Atti del convegno di Napoli – 3 febbraio 2006*, (a cura di) M. P. Chiti e G. Palma, Napoli, 2006, 59 ss.
- U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Trattato diritto amministrativo*, (a cura di) V. E. Orlando, Milano, 1915, 624 ss.
- U. Forti, *I motivi e la causa negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937
- F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996
- F. Fracchia, *Manifestazione di interessi del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 1996, 1, 11 ss.
- F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998
- C. Franchini, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2002, 4, 672 ss.
- F. Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1975
- I. Franco, *L'oggetto del giudizio dopo la riforma sulla giurisdizione amministrativa ex D.Lgs. n. 80 del 1998. Tipologie di illegittimità e reintegrazione patrimoniale, con particolare riguardo agli atti di pianificazione del territorio*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 399 ss.
- I. Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo commentato: l'attività della p.a. nell'ordinamento amministrativo innovato dalla l. 241/1990 e dalle leggi di riforma successive*, Padova, 2001
- F. Frattini, *Le fonti della gerarchia degli interessi*, in *Cons. St.*, 1992, 10, 1763 ss.
- E. Frediani, *Partecipazione procedimentale, contraddittorio e comunicazione, dal deposito di memorie scritte e documenti al preavviso di rigetto*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 1003 ss.
- D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1993, 4, 837 ss
- D. U. Galetta, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 1, 142 ss.
- D. U. Galetta, *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo del rispetto del principio di proporzionalità: riflessioni a prima lettura*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 1, 89 ss.
- D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa*, Milano, 1998
- D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale*.

- Riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 3-4, 743 ss.
- D. U. Galetta, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 2, 459 ss.
- D. U. Galetta, *Norme italiane sulla ripartizione del traffico aereo nel sistema aeroportuale di Milano, principio di proporzionalità e ripartizione delle competenze fra organi (brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di Giustizia 18 gennaio 2001, in causa C-361/98)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 1, 152 ss.
- D. U. Galetta, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003
- D. U. Galetta, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 2005, 4-5, 541 ss.
- D. U. Galetta, *"Garanzia linguistica" e diritto amministrativo europeo: fra diritto ad una buona amministrazione e problemi di "cattiva traduzione"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 2, 345 ss.
- D. U. Galetta, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 3-4, 819 ss.
- D. U. Galetta, *Notazioni critiche sul nuovo art. 21-octies della legge n. 241/90*, in *giustamm.it*, 2005, 7
- D. U. Galetta, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10, 1106 ss.
- D. U. Galetta, *Legittimo affidamento e leggi finanziarie, alla luce dell'esperienza comparata e comunitaria: riflessioni critiche e proposte per un nuovo approccio in materia di tutela del legittimo affidamento nei confronti dell'attività del legislatore*, in *Foro Amm - Tar*, 2008, 6, 1899 ss.
- D. U. Galetta, D. Kroger, *Giustiziabilità del principio di sussidiarietà nell'ordinamento costituzionale tedesco e concetto di "necessarietà" ai sensi del principio di proporzionalità tedesco*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 5, 907 ss.
- U. Galimberti, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 1999
- T. Galletto, *Le convenzioni urbanistiche*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1989, IV, 362 ss.
- C. E. Gallo, *La Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo nella giurisprudenza dei giudici italiani*, in *Dir. amm.*, 1996, 3, 509 ss.
- C. E. Gallo, *L'istruttoria processuale*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, 4391 ss.
- A. Gambaro, *Jus aedificandi e nozione civilistica di proprietà*, Milano, 1975
- A. Gambaro, *Proprietà privata e disciplina urbanistica*, Bologna, 1977
- G. Gardini, *Un nuovo modo di azione pubblica: il procedimento di autorizzazione all'insediamento di attività produttive in base al D.P.R. 20 ottobre 1998, n. 447*, in *Dir. amm.*, 1998, 4, 572 ss.
- G. Gardini, G. Piperata (a cura di), *Le riforme amministrative alla prova: lo sportello unico per le attività produttive*, Torino, 2002

- L. Garofano (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Padova, 2003
- G. Garzia, *Imposizione del vincolo storico-artistico e comunicazione di avvio del procedimento agli interessati (nota a Cons. St., sez. VI, 16 aprile 1998, n. 515, in aedon.it, 1999,1*
- G. Garzia, *Il procedimento di individuazione di beni privati di interesse storico e artistico*, in *Riv. giur. urb.*, 1994, 1, 267 ss.
- G. Garzia, *Difesa del suolo e vincoli di tutela. Attività amministrativa di accertamento e di ponderazione*, Milano, 2003
- F. Gaspari, *La tutela del diritto di proprietà tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione sociale come principio ordinatore dello Statuto*, in *Giust. amm.*, 2009, 3, 67 ss.
- P. Gasparri, *Autorizzazione*, in *Enc. Dir.*, 1958, IV, 509 ss.
- P. Gasparri, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, 1965, XIV, 124 ss.
- G. Giaccardi, *La protezione dei beni culturali tra discrezionalità tecnica e amministrativa*, in *I beni culturali tra interessi pubblici e privati*, (a cura di) G. Cofrancesco, Roma, 1996, 39 sss.
- S. Giacchetti, *Partecipazione e tutela cautelare*, in *Cons. St.*, 1990, 9, 1315 ss.
- S. Giacchetti, *Gli accordi dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 tra realtà virtuale e realtà reale*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 3, 513 ss.
- S. Giacchetti, *Fontanazzzi giuridici: l'integrazione in corso di giudizio del provvedimento impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 18 ss.
- G. Giambartolomei, *La reiterabilità dei vincoli di piano divenuti inefficaci*, in *Foro amm.*, 1984, 9-10, 1828 ss.
- A. Giannelli, *Perequazione urbanistica: un istituto dalle molteplici applicazioni*, in *Urb. app.*, 2010, 3, 356 ss.
- M. S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giudica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939
- M. S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939
- M. S. Giannini, *Potere di ordinanza e atti necessitati*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1948, 288 ss.
- M. S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950
- M. S. Giannini, *Accertamento: b) Diritto costituzionale e amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1958, I, 219 ss.
- M. S. Giannini, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1959, IV, 157 ss.
- M. S. Giannini, *I beni pubblici*, Roma, 1963
- M. S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1966
- M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, 1993
- M. S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. dir.*, 1971, 443 ss.
- M. S. Giannini, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 1263 ss.
- M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1976
- M. S. Giannini, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1, 3 ss.

- M. S. Giannini, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, 1977, XXVII, 262 ss.
- M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981
- M. S. Giannini, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986
- M. S. Giannini, *Problemi relativi al merito amministrativo e problemi connessi*, in *Scritti. 1939-1948*, Vol. II, Milano, 2002, 347 ss
- R. Gisondi, *Le destinazioni urbanistiche a spazi pubblici sono sempre vincoli preordinati all'espropriazione*, in *Urb. app.*, 2002, 4, 397 ss.
- W. Giulietti, *Attività consensuale della P.A. e vincoli giuridici tutela del pubblico interesse e affidamento del privato (nota a sent. Cons. St., VI sez., 20 gennaio 2000, n. 264)*, in *Cons. St.*, 2001, 9, 1615 ss.
- A. Giusti, *Contributo allo studio di un concetto ancora indeterminato: la discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione*, Napoli, 2007
- M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 3, 641 ss.
- G. Gozzi, *Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale*, Roma, 1999
- P. Grassano, *Vincoli di inedificabilità o preordinati all'esproprio*, in *Nuova rass.*, 2000, 9, 1008 ss.
- G. Greco, *Provvedimenti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici tra privati*, Milano, 1977
- G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Milano, 1980
- G. Greco, *Per un giudizio di accertamento compatibile con la mentalità del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 2, 481 ss.
- G. Greco, *Il diritto comunitario propulsivo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 1, 85-88
- G. Greco, *Innovazioni del diritto comunitario sul "tipo" e sul regime dell'atto amministrativo nazionale*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000
- G. Greco, *La Convenzione Europea per i diritti dell'Uomo e il diritto amministrativo italiano*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 253 ss.
- G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003
- G. Greco, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, (a cura di) M. P. Chiti e G. Greco, Milano, 2007, 827 ss.
- G. Greco, *Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2009, 5, 819 ss.
- R. Greco, *I poteri istruttori e di accertamento del giudice amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*
- M. Grisolia, *La tutela delle cose d'arte*, Milano, 1952
- T. Groppi, *Principio costituzionale di autonomia locale e regioni a statuto speciale: la Corte individua limiti al legislatore regionale validi anche per le leggi statali*, in *Giur. cost.*, 1997, 2, 811 ss.
- F. Gualandi, *Ambiente, urbanistica ed ordinamento del territorio*, in *Manuale di diritto ambientale*, (a cura di) L. Mezzetti, Padova, 2001, 307 ss.

- F. Gualandi, *Art. 18 - Accordi con i privati*, in *La pianificazione urbanistica in Emilia Romagna. Commento della Legge regionale 24 marzo 2000, n. 20*, (a cura di) B. Graziosi, Milanofiori-Assago, 2007, 50 ss.
- F. Gualandi, *Il "dito e la luna": riflessioni sparse sulla disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo e sulla realizzazione delle opere pubbliche in genere*, in *iuav/diritto-governoterritorio.it*
- G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, (a cura di) G. Guarino, Vol. I, Milano, 1983, II Ed., 200 ss.
- S. Guarino, *Autorizzazione paesaggistica e valutazione comparativa di interessi in materia di energia eolica*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 3-4, 638 ss.
- R. Guastini, *Note sullo Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico*, in *Stato di diritto e trasformazione della politica*, (a cura di) B. Montanari, Torino, 1992, 169 ss.
- R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, IX, 84 ss.
- E. Guicciardi, *Tutela diretta e indiretta delle cose d'interesse artistico*, in *Giur. it.*, 1963, III, 209 ss.
- F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965
- G. Guzzardo, *Commento all'art. 46 (procedimento per la tutela indiretta)*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) A. Angiuli, V. Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, 151 ss.
- C. M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione con speciale riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933
- L. Iannotta, *Scienza e realtà: l'oggetto della scienza del diritto amministrativo tra essere e divenire*, in *Dir. Amm.*, 1996, 4, 579 ss.
- L. Iannotta, *La considerazione dei risultati nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 2, 299 ss.
- L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 57 ss.
- L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, 741 ss.
- L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1, 1 ss.
- L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 2, 354 ss.
- L. Ieva, *Pianificazione del territorio e valutazioni tecniche*, in *Riv. giur. ed.*, 2001, 4, 127 ss.
- L. Ieva, *Valutazioni tecniche e decisioni amministrative*, in *Riv. giur. quadr. servizi pubblici*, 2001, 1, 65 ss.
- L. Ieva, *La discrezionalità tecnica nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *lexitalia.it*
- M. Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991
- M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004
- M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi*, Napoli, 2008,

- I. G. Impastato, *La conferenza di servizi “aperta” nel D.P.R. n. 447 del 1998 ovvero della “semplificazione partecipata”*, in *Dir. amm.*, 2001, 4, 481 ss.
- N. Irti, E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001
- P. Janes Carratù, *Ecosistema. Parchi e tutela della fauna*, in *Ambiente, territori e beni culturali nella giurisprudenza costituzionale*, (a cura di) F. Lucarelli, Napoli, 2006, 185 ss, in particolare 207-217.
- R. Juso, *Motivi e motivazione nel provvedimento amministrativo*, Milano, 1963
- R. La Barbera, *L’attività amministrativa dal piano al progetto*, Padova, 1990
- R. La Barbera, *Il rilievo giuridico della previsione degli effetti: dal procedimento autorizzatorio di gestione del vincolo paesaggistico alla funzione amministrativa proceduralizzata*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 544 ss.
- R. La Barbera, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001
- G. Landi, *L’indennizzabilità dei vincoli di interesse pubblico della proprietà privata*, in *Foro amm.*, 1970, 475 ss.
- G. Landi, *Vincoli di piano regolatore generale con effetti espropriativi*, in *Foro amm.*, 1984, 4, 616 ss.
- G. Landi – G. Potenza – V. Italia, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999
- C. Lavagna, *Interventi ablatori e principio di congruità*, in *Giur. it.*, 1965, c. 16
- C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, Milano, 1973, 1673 ss.
- P. Lazzara, *“Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 1, 212 ss.
- P. Lazzara, *L’azione amministrativa e il procedimento in cinquant’anni di giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, (a cura di) G. della Cananea e M. Dugato, Napoli, 2006, 387 ss.
- F. Ledda, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull’amministrazione pubblica*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 1, 371 ss.
- F. Ledda, *L’attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni ’80. Atti del XXX convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984*, Milano, 1987, 84 ss.
- F. Ledda, *La legalità nell’amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di “crisi”*, in *Democrazia e amministrazione*, (a cura di) F. Marongiu, G. C. De Martin, Milano, 1992, 154 ss.
- F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 1, 133 ss.
- F. Ledda, *Dal principio di legalità al principio di infallibilità dell’amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 12, 3303 ss.
- F. Ledda, *Dell’autorità e del consenso nel diritto dell’amministrazione pubblica*, in *Foro amm.*, 1997, 5, 1561 ss
- F. Ledda, *Variazioni sul tema dell’eccesso di potere*, in *Scritti in onore di Casetta*, I, Napoli, 2001, 103 ss.
- R. Leonardi, *Le osservazioni del privato nell’attività di pianificazione del territorio: quando la trasparenza dell’azione amministrativa si opacizza*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, 6, 1277 ss.

- G. Leondini, *L'affidamento del privato nei programmi pluriennali di attuazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 2, 270 ss.
- F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967
- F. Levi, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1974, XXIV, 124 ss.
- S. Licciardello, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per autonomie e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2000
- M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 2, 293 ss.
- M. Lipari, *I principi generali dell'istruttoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 1, 55 ss.
- M. Lipari, *Il nuovo regime dei vincoli nella legislazione sul paesaggio*, in *giustamm.it*, 2006
- A. Loiodice, L. Spagnoletti, *Parchi naturali*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1991, XII
- A. Lolli, *Piano regolatore generale degli acquedotti, disciplina urbanistica e nuovi modelli di amministrazione introdotti dalla legge 18 maggio 1989, n. 183*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, 1, 11 ss.
- A. Lolli, *Caratteri dell'attività ricognitiva dell'interesse storico-artistico dei beni in proprietà pubblica*, in *Riv. giur. ed.*, 1994, 3, 624 ss.
- G. Lombardo, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, 4, 939 ss.
- P. Lombardi, E. Miceli, *Le misure del piano. Temi e strumenti della valutazione dei nuovi piani*, Milano, 1999
- P. Lombardi, *La realizzazione degli impianti di produzione di energia eolica tra ponderazione degli interessi e cooperazione istituzionale*, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 6, 1639 ss.
- R. Lombardi, M. R. Spasiano, F. Vetrò, *L'autorizzazione paesaggistica e il nulla-osta dell'ente parco nella cogestione e salvaguardia degli assetti naturalistici del territorio*, in *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi*, (a cura di) M. Immordino, N. Gullo, Napoli, 2008, 107 ss.,
- F. Longo, *Ius variandi e motivazione della deliberazione di modifica del P.R.G.*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 2-3, 311 ss.
- F. Longo, *Collaborazione tra enti locali nella logica dell'economicità dell'azione amministrativa*, Milano, 2000
- N. Longobardi, *Il principio del giusto procedimento come limite al legislatore*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*.
- N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la L. n. 15 del 2005*, in *Dir. e proc. amm.*, 2008, 4, 1023 ss.
- L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998
- A. Luce, *Il procedimento amministrativo ed il "diritto di partecipazione" nella legge n. 241 del 1990*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 3, 552 ss.
- M. Lugato, *Principio di proporzionalità e invalidità di atti delle Comunità Europee*, in *Dir. com. sc. intern.*, 1990, 1, 67 ss
- M. Lugato, *Ancora sul principio di proporzionalità come parametro di invalidità di atti comunitari*, in *Giust. civ.*, 1990, I, 2765 ss.
- N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, trad. it., Milano, 1995

- J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, XII, 341 ss.
- J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000
- M. Macchia, *Ambiti di operatività del principio di buona fede oggettiva. Commento a Cons. St., sez. IV, 26 settembre 2003, n. 5495*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 4, 404 ss.
- P. Maddalena, *La legge quadro sulle aree protette*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 3, 648 ss
- A. Maglieri, *Commento articolo 13 del d. lgs. n. 490 del 1990*, in *Il diritto dei beni culturali*, (a cura di) C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo, Bologna, 2004, 110 ss.
- M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 4, 539 ss
- C. Malinconico, *Il principio di proporzionalità*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, 47 ss.
- A. Mandarano, *Nuove tendenze della pianificazione: perequazione, integrazione funzionale, tutela ambientale*, in *Urb. app.*, 2000, 7, 780 ss.
- A. Mandarano, *Opere di urbanizzazione a scomputo e principio di concorrenza*, in *Urb. app.*, 2008, 12, 1367 ss.
- G. Manfredi, *Vincolo storico-artistico, cose d'arte, beni culturali, attività*, in *Urb. app.*, 1998, 10, 1085 ss.
- G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001
- G. Manfredi, *Tre modelli di riparto delle competenze in tema di ambiente*, in *Ist. Federalismo*, 2004, 2-3, 509 ss.
- F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1995
- F. Manganaro, *Inadempimento del privato degli obblighi contenuti negli accordi amministrativi*, in *Urb. app.*, 2004, 1, 103 ss.
- F. Manganaro, *I ragazzi della via Paal, ovvero come tutelare i residenti dalla trasformazione di un parco giochi attrezzato in un area mercantile*, in *Urb. app.*, 2007, 4, 489 ss.
- F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir. amm.*, 2008, 2, 379 ss.
- L. Mannori, B. Sordi, *giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, (a cura di) M. Fioravanti, Roma-Bari, 2006, 59 ss.
- A. Mansi, *La tutela dei beni culturali*, Padova, 1993
- P. Mantini, *Cenni sulla partecipazione al procedimento amministrativo in materia urbanistica nell'Europa comunitaria*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Milano, 1994, 213 ss.
- P. Mantini, M. Lupi (a cura di), *I principi del governo del territorio. La riforma urbanistica in Parlamento*, Milano, 2005
- P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2007
- A. Mantero, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Padova, 1979

- G. Marazzita, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*
- G. Margiotta, *Quale stato di diritto?*, in *Teoria e politica*, 2001, 2, 17 ss.
- E. Maria Marengi, *Giusto processo e processualprocedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 4, 961 ss.
- F. S. Marini, *Il nuovo titolo V: l'epilogo delle garanzie costituzionali sull'allocazione delle funzioni amministrative*, in *Le Regioni*, 2002, 2-3, 399 ss.
- I. M. Marino, *La programmazione come "sistema giuridico"*, in *Dir. soc.*, 1990, 3, 427 ss.
- I. M. Marino, *Pianificazione territoriale e sviluppo economico*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, (a cura di) E. Ferrari, N. Saitta, Milano, 2001, 189 ss.
- I. M. Marino, *Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali*, in *Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali*, (a cura di) I. M. Marino, Palermo, 2003, 97 ss.
- I. M. Marino, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e "potere" dell'amministrazione*, in *Giust. civ.*, 2003, 1, 338 ss.
- G. Marongiu, *Funzione amministrativa*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1989, XIV
- F. Marotta, *Gli effetti delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 1, 58 ss.
- L. Marotta, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, Padova, 1988
- B. Marucci, *Equilibrio contrattuale: un principio nella continuità*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 1, 213 ss.
- E. Martinetti, *Rilevanza giuridico-urbanistica del mutamento di destinazione d'uso meramente funzionale*, in *Riv. giur. ed.*, 1997, 1, 57 ss.
- S. Martini, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giurisdizionale nell'esperienza giuridica tedesca*, in *La discrezionalità amministrativa. Profili comparati. Atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995*, Milano, 1997, 11 ss.
- L. Marzaro, *E' legittima l'adozione di un P.I.P. motivato con l'apporto di ricchezza per il sistema economico e sociale*, in *Urb. app.*, 2009, 3, 338 ss.
- P. Marzaro, *La "cura" ovvero "l'amministrazione del paesaggio": livelli poteri e competenze nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 416 ss.
- P. Marzaro Gamba, *Pianificazione urbanistica e immobili esistenti. Garanzia delle proprietà e scelte della p.a.*, Padova, 2002
- P. Marzaro Gamba, *Credito edilizio, compensazione e potere di pianificazione. Il caso della legge urbanistica veneta*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 4, 644 ss
- P. Marzaro Gamba, *La (misura della) partecipazione nei procedimenti di tutela del patrimonio culturale "assolutezza" degli interessi e "procedimentalizzazione" dei poteri: le ragioni di una difficile coesistenza sotto l'egida della discrezionalità tecnica della p.a.*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 18 ss.
- P. Marzaro Gamba, *La "cura" ovvero "l'amministrazione del paesaggio": livelli poteri e competenze nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 416 ss.

- P. Marzaro Gamba, *Il nuovo regime del provvedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico; dal procedimento alla separazione delle funzioni di tutela dei beni paesaggistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 131 ss.
- P. Marzaro Gamba, *Il contenuto economico minimo del diritto di proprietà nel "sistema" della legislazione regionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 158 ss.
- C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982
- C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985
- C. Marzuoli, *Abilitazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, I, 1 ss.
- C. Marzuoli, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 1, 127 ss.
- C. Marzuoli, *Carta europea dei diritti fondamentali, amministrazione e soggetti di diritto: dai diritti sui poteri ai diritti sui soggetti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2002, 255 ss.
- S. Masini, *Parchi e riserve naturali*, Milano, 1997
- P. G. Massaretti, *Dalla regolamentazione alla regola. Sondaggio storico-giuridico sull'origine della legge generale urbanistica del 17 agosto 1942, n. 1150*, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 4, 437 ss.
- A. Massera, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, 4, 707 ss.
- A. Massera, *I principi generali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte generale*, (a cura di) M. P. Chiti e G. Greco, Tomo I, II Ed., Milano, 2007, 332 ss.
- F. Mastragostino, *Il commercio nel sistema delle autorizzazioni amministrative*, in *Foro amm.*, 1977, 5, 1326 ss.
- B. G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Milano, 2000
- B. G. Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, 868 ss.
- B. G. Mattarella, *Analisi di impatto della regolamentazione, analisi tecnico-normativa e motivazione degli atti giuridici*, in *L'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e l'analisi tecnico-normativa (ATN) nell'attività normativa del Governo*, (a cura di) E. Catelani, E. Rossi, Milano, 2003, 91 ss.
- B. G. Mattarella, *Motivazione (dir. com.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2006, 3748 ss.
- B. G. Mattarella, *Il declino della motivazione*, nota a Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2007, n. 522, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 6, 617 ss.
- C. Maviglia, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002
- M. Mazzamuto, *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro Amm.*, 1993, 7-8, 1739 ss.
- M. Mazzamuto, *La legalità debole dei principi*, in *Dir. soc.*, 1993, 3, 473 ss.
- V. Mazzarelli, *La motivazione dell'atto amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XX

- V. Mazzarelli, *I vincoli "sostanzialmente espropriativi"*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 9, 853 ss.
- V. Mazzarelli, *Il testo unico in materia edilizia: quel che resta dell'urbanistica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 8, 775 ss.
- V. Mazzarelli, *Il paesaggio. dal vincolo al piano e ritorno*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, (a cura di) E. Ferrari, N. Saitta, Milano, 2001, 215 ss.
- V. Mazzarelli (a cura di), *Diritto dell'edilizia*, Torino, 2004.
- V. Mazzarelli, *La disciplina del paesaggio dopo il d. lgs. 157/2006*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 10, 1080 ss.
- V. Mazzarelli, *Corte Costituzionale e indennità di esproprio: "serio ristoro" e proporzionalità dell'azione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1, 32 ss.
- L. Mazzaroli, *I piani regolatori generali urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova, 1962
- A. Mele, *Autonomia negoziale della pubblica amministrazione e Costituzione*, in *Tar*, 1986, 7-8, 249 ss.
- A. Mele, *I contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1993
- G. Mengoli, *Sul limite del potere di pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1983, 4, 313 ss.
- G. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, 2009
- G. Mengoli, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003
- L. Mercati, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002
- F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970
- F. Merusi, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss.
- F. Merusi, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione*, (a cura di) G. Branca, I, Bologna, 1975, 444 ss.
- F. Merusi, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Milano, 1994, 39 ss.
- F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001
- F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 527 ss.
- F. Merusi, *Variazioni su tecnica e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 4, 973 ss.
- F. Merusi, *Diritti fondamentali e Amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Dir. amm.*, 2006, 2-3, 543 ss.
- F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007
- F. Merusi, *L'integrazione fra la legalità comunitarie e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 1, 43 ss.
- F. Merusi, *Giurisdizione e amministrazione: ancora separazione dopo il codice sul processo amministrativo*, in *giustamm.it*, 2010

- F. Merusi, D. Sorace (a cura di), *Pagine scelte dal Manuale di Diritto amministrativo di Capaccioli*, Bologna, 1993
- S. Merz, *Osservazioni sul principio di legalità*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1355 ss.
- G. P. Mezzapesa, *Il divieto di integrazione in corso di giudizio della motivazione: un principio ancora saldo nel nostro ordinamento giuridico*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 2, 382 ss.
- L. Mezzetti, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009
- V. Miceli, *Sul principio di equità: brevi considerazioni*, Prato, 1904
- E. Micelli, *Perequazione urbanistica. Pubblico e privato per la trasformazione della città*, Venezia, 2004
- G. Miele, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931
- G. Miele, *L'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Foro amm.*, 1942, 9 ss.
- G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960
- G. Miele, *Aspetti giuridici della pianificazione urbanistica*, in *Studi in memoria di Guido Zanolini. Diritto amministrativo*, Vol. II, Milano, 1965, 267 ss.
- G. Miele, *Il requisito della motivazione negli atti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, Milano, II, 1987, 465 ss.
- F. Migliarese, *Ordinanze di necessità*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XXI
- G. Migliorini, *L'istruzione nel processo amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. it., 1990, XVIII
- G. Migliorini, *La fase istruttoria*, in *Giustizia amministrativa*, (a cura di) F. G. Scoca, Torino, 2009, 340 ss
- G. Mignemi, *Sull'inesistenza dell'eccesso di potere legislativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 1, 167 ss.
- G. Milo, *Il potere di governo del territorio. Principi ricostruttivi*, Milano, 2005
- A. Milone, *Il piano stralcio di assetto idrogeologico. Partecipazione al procedimento di adozione e sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm. – Tar*, 2003, 11, 3291 ss.
- A. Milone, *La realizzazione di una discarica in un parco: prevale il principio della protezione sostenibile*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 2, 530 ss.
- F. Miscioscia, *I beni paesaggistici*, in *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M. A. Cabiddu, N. Grasso, Torino, 2004, 290 ss.
- F. Modugno, *Poteri (divisione dei)*, in *Novissimo Digesto It.*, XIII, 1968, 472 ss.
- F. Modugno, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, 1969, XVIII, 301 ss.
- F. Modugno, *Legge*, in *Legge. Ordinamento giuridico, pluralità degli ordinamenti. Saggi di teoria generale del diritto*, (a cura di) F. Modugno, Milano, 1975, 5 ss.
- F. Modugno, M. Manetti, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1989, XII
- F. Modugno, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1991, XXIV
- F. Modugno, *Appunti dalle lezioni sulle fonti del diritto*, Torino, 2002
- F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007
- F. Modugno, D. Nocilla, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Dir. e soc.*, 1989, 3, 411 ss.
- B. Montanari (a cura di), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Torino, 1992

- G. Montedoro, *La nuova disciplina degli accordi*, in *giustizia-amministrativa.it*
- G. Monteferrante, *La nuova disciplina degli accordi procedurali: profili di tutela giurisdizionale*, in *giust-amm.it*
- G. Mor, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1974
- G. Morbidelli, *Note sulla giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di c.d. espropriazioni sostanziali*, in *Foro Amm.*, 1970, 316 ss.
- G. Morbidelli, *Le "limitazioni" alla proprietà montana e forestale (linee evolutive)*, in *Amministrare*, 1974, 1-2, 154 ss.
- G. Morbidelli, *Sulla disciplina urbanistico-edilizia della destinazione d'uso degli immobili*, in *Riv. giur. ed.*, 1982, 1, 3 ss.
- G. Morbidelli, *Legge "Galasso": durata e forma di imposizione di vincoli di inedificabilità nei piani urbanistico-paesistici*, in *Riv. giur. urb.*, 1986, 2, 325 ss.
- G. Morbidelli, *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica. Riflessi sul diritto di proprietà*, in *Riv. giur. ed.*, 1988, 4, 129 ss.
- G. Morbidelli, *Ancora sui vincoli urbanistici nelle aree urbane: non sono più temporanei ma allora sono da indennizzare*, in *Giur. cost.*, 1990, 1-2, 450 ss.
- G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XXIII
- G. Morbidelli, *Note sulla riserva di procedimento amministrativo*, in *Studi in memoria di F. Piga*, I, Milano, 1992, 675 ss.
- G. Morbidelli, *Il giudizio di ragionevolezza nel procedimento amministrativo* in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Vol. III, Milano, 1998, 95
- G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, F. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 2005, 531 ss.
- M. Morisi, S. Passigli (a cura di), *Amministrazione e gruppi di interesse nella trasformazione urbana*, Bologna, 1994
- A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001
- C. Morrone, *Competenze e strumenti di coordinamento delle competenze in materia di pianificazione ambientale e tutela del suolo: i piani di bacino ex. L. 18 maggio 1989, n. 183*, in *Foro amm. - Tar*, 1995, 6, 1187 ss.
- C. Mortati, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1943, III, 2 ss
- C. Mortati, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968
- C. Mortati, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, in *Raccolta di scritti*, Vol. II, Milano, 1972, 471 ss.
- C. Mortati, *Ancora sul merito amministrativo*, in *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, Vol. III, Milano, 1972, 1034 ss.
- G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001
- G. Napolitano, *L'attività amministrativa e il diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 5, 481 ss.
- U. Natoli, *La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, 134 ss.
- V. Neri, *Poteri discrezionali dell'amministrazione nel procedimento di realizzazione delle discariche*, in *Corr. giur.*, 2007, 10, 1211 ss.

- S. Nespore, A. L. De Cesaris, *Le lunghe estati calde. Il cambiamento climatico e il protocollo di Kyoto*, Bologna, 2003
- F. Nicoletti, *Lo sviluppo e la produzione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili alla luce del d. lgs. 29 dicembre 2003, n. 387*, in *Dir. ec.*, 2004, 2, 367 ss.
- F. Nicoletti, *Pianificazione urbanistica, energia eolica e tutela del paesaggio tra divieti assoluti e ponderazione degli interessi*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 2-3, 264 ss.
- C. Nicolini, *Reiterazione dei vincoli di natura espropriativa degli strumenti urbanistici*, in *Riv. giur. ed.*, 1985, 2, 66 ss.
- F. M. Nicosia, *Potere pubblico e interessi privati tra vincoli dell'amministrazione e tutela giurisdizionale. Parte prima. Potere ed eccesso di potere nell'attività amministrativa discrezionale*, Napoli, 1991
- M. Nigro, *In tema di rispetto dell'ambiente monumentale*, in *Foro amm.*, 1958, 119 ss.
- M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966
- M. Nigro, *Lineamenti generali*, in *Manuale di diritto pubblico*, (a cura di) G. Amato, A. Barbera, Bologna 1994, 721 ss.
- M. Nigro, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, Vol. III, Milano, 1996, 1429 ss.
- M. Nigro, *Il giudice amministrativo signore della prova*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 683 ss.
- M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione e il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro amm. – Tar*, 2003, 2, 522 ss.
- M. Olivetti, T. Groppi, *La giustizia costituzionale in Europa*, Milano, 2003
- A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, II, 59 ss.
- G. Orsoni, *Disciplina urbanistica*, Padova, 1988
- G. Ortolani, *Autorizzazione e approvazione*, in *Scritti S. Romano*, II, Padova, 1940, 16 ss.
- V. Ottaviano, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, Vol. I, Milano, 1992, 267 ss.
- V. Ottaviano, *“Merito” (diritto amministrativo)*, in *Nuovo.mo Dig. It.*, Torino, 1963, 575 ss.
- V. Ottaviano, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 913 ss.
- V. Ottaviano, *Giudice ordinario e giudice amministrativo di fronte agli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione*, in *Riv. tr. diritto e proc. civ.*, 1986, 1 ss.
- F. Pagano, *Vincoli ablativi e ricognitivi nella pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2001, 6, 255 ss.
- G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2002
- G. Pagliari, *Gli accordi amministrativi tra P.A. e Privati*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 4, 449 ss.

- G. Pagliari, *La legislazione dei parchi è davvero "vincolistica"?*, in *Sviluppo sostenibile e regime giuridico dei parchi*, (a cura di) M. Immordino, N. Gullo, Napoli, 2008, 221 ss.
- G. Pagliari, *Pianificazione urbanistica e proprietà edilizia: il problema dei vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 4, 579 ss.
- L. Paladin, *Il Sindacato della Corte Costituzionale sull'utilità delle leggi*, in *Giur. Cost.*, 1964, 144 ss
- L. Paladin, *Il principio costituzionale d'eguaglianza*, Milano, 1965
- L. Paladin, *La legge come norma e come provvedimento*, in *Giur. cost.*, 1969, I, 892 ss.
- L. Paladin, *Corte Costituzionale e principio generale di eguaglianza. Aprile 1979-dicembre 1983*, in *Studi in onore di V. Crisafulli*, Padova, Vol. I, 1985, 147 ss.
- L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995
- L. Paladin, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir., Agg.*, 1997, I, 899 ss.
- C. E. Paliero, A. Travi, *Le sanzioni amministrative. Profili problematici*, Milano, 1988
- C. E. Paliero, A. Travi, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 1989, XLI, 345 ss.
- G. Palma, *Note intorno alla nozione di conformità alla legge ed eccesso di potere nell'evoluzione della giurisprudenza*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1963, 81 ss.
- G. Palma, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971
- N. Paolantonio, *Potere discrezionale e sindacato giurisdizionale di legittimità nel sistema francese*, in *La discrezionalità amministrativa. Profili comparati. Atti del seminario di studio – Roma, 27 gennaio 1995*, Milano, 1997, 29 ss.
- N. Paolantonio, *Ancora un passo indietro del Consiglio di Stato sul sindacato di legittimità*, in *giustamm.it*, 2004, n. 3
- N. Pappalardo, *L'eccesso di potere secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, Roma, 1932
- M. Parini, *Art. 45. Prescrizioni di tutela indiretta*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modifiche*, (a cura di) M. Cammelli, Bologna, 2004, 223 ss.
- V. Parisio, *Silenzi assenso e richiesta di nulla osta per interventi all'interno del parco alla luce dell'art. 13 della legge 6 dicembre 1991, n. 394*, in *Riv. giur. ed.*, 1992, 2-3, 61 ss.
- V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998
- V. Parisio, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giudiziario*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 4, 526 ss.
- V. Parisio, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove Autonomie*, 2006, 4-5, 717 ss.
- V. Parisio, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in *Foro amm. - Tar*, 2006, 3087 ss.
- V. Parisio, *Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela. Commento Art. 146, co. 13, in Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M. A. Sandulli, Milano, 2006, 978 ss.
- V. Parisio, *Legittimità e merito nel ricorso amministrativo contro i provvedimenti di vincolo*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 165 ss.
- G. Pastori, *Introduzione*, in *La procedura amministrativa*, (a cura di) G. Pastori, Venezia, 1964, 32 ss.

- G. Pastori, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1987, 11, 3165 ss.
- G. Pastori, *Il seicentosedici rovesciato*, in *Le Regioni*, 1991, 1, 25 ss.
- G. Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, 1035 ss.
- G. Pastori, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale. Considerazioni introduttive*, in *Annuario AIPDA 2001*, Milano, 2002, 463 ss.
- G. Pastori, *Governo del territorio e nuovo assetto delle competenze statali e regionali, in L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, (a cura di) B. Pozzo, M. Renna, Milano, 2004, 29 ss.
- L. Pegoraro, *Giustizia costituzionale comparata*, Torino, 2007
- S. Pelillo, *Reiterazione di vincoli urbanistici preordinati ad espropriazione per pubblica utilità tra attività pianificatoria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, 4, 1086 ss.
- M. Pennasilico, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 4, 1052 ss.
- L. Perfetti, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 3-4, 789 ss.
- G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di attività amministrativa*, Milano, 1971
- G. Pericu, *La normativa urbanistica: ragione di una crisi*, in *Riv. giur. urb.*, 1985, 1, 157 ss.
- G. Pericu, *Problematiche recenti nei rapporti pubblico-privati nella pianificazione territoriale*, in *Quaderni delle Regioni*, 1986, 1, 45 ss.
- G. Pericu, *Emergenza e composizione dei vari interessi concorrenti nelle vicende energetico-ambientali*, in *Studi in memoria di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, 393 ss.
- G. Pericu, *Le convenzioni di lottizzazione*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, F. A. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 1993, 1335 ss.
- G. Pericu, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, F. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, II, 2005, 283 ss.
- A. Perini, *Verso l'urbanistica consensuale: un'occasione mancata. L'interesse pubblico tra autorità e consenso*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, 3, 243 s.
- M. G. Perini, *Osservazioni sull'accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padova, 1953
- P. Perlingieri, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 1, 334 ss.
- P. Perlingieri, *Nuovi profili del contratto*, in *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, Napoli, 2003, 423 ss.
- S. Perongini, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, 2005
- G. Perulli, *La consulenza tecnica d'ufficio nel processo amministrativo*, Padova, 2002
- E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, 1983
- E. Picozza, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 4, 1209 ss.

- E. Picozza (a cura di), *Il nuovo regime autorizzatorio degli impianti di produzione di energia elettrica*, Torino, 2003
- E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 2004
- E. Picozza, *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, in *Cons. St.*, 2005, 7-8, 1419 ss.
- C. Pinelli, *Gerarchia della fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1999, 4, 725 ss.
- G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005
- S. Piraino, *La funzione amministrativa fra discrezionalità e arbitrio*, Milano, 1990
- A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, 1964, XII, 65 ss.
- A. Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1965
- A. Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998
- L. Piscitelli, *Potere di pianificazione e situazioni soggettive. I vincoli urbanistici*, Padova, 1990
- L. Piscitelli, *Perequazione e integrazione fra le zone*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, (a cura di) E. Ferrari, Milano, 2000, 165 ss.
- C. Piva, *Cose d'arte*, in *Enc. Dir.*, 1962, XI, 93 ss.
- A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 57 ss.
- A. Pizzorusso, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alle prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, 3, 521 ss.
- A. Pizzorusso, *Il controllo della Corte Costituzionale sull'uso della discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 795 ss.
- A. Poggi, *Pianificazione e controllo strategico in una logica di apprendimento dinamico*, Milano, 1998,
- A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Milano, 1990
- A. Police, *La tutela del privato nel diritto urbanistico inglese: le garanzie del procedimento*, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 4, 661 ss.
- A. Police, *Il sindacato sull'eccesso di potere nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 3, 643 ss.
- A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997
- A. Police, *L'illegittimità dei provvedimenti amministrativi alla luce distinzione tra vizi c.d. formali e vizi sostanziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 4, 735 ss.
- A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.
- A. Police, *Gli strumenti di perequazione urbanistica: magia evocativa dei nomi, legalità ed effettività*, in *Riv. giur. ed.*, 2004, 1, 3 ss.
- A. Police, *Principi generali dell'azione amministrativa*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 49 ss.
- A. Police, *Principi e azione amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F. G. Scoca, Torino, 2008, 191 ss.
- S. Polidori, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 2, 686 ss.

- R. Politi, *La variante al p.r.g. comparazione degli interessi pubblici e privati ed obbligo di motivazione*, in *Corr. giur.*, 1994, 9, 1159 ss.
- P. G. Ponticelli, *Merito amministrativo (e giurisdizione di merito)*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1990, XX
- P. L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali: studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998
- P. L. Portaluri, *Livelli di pianificazione urbanistica e "principio dell'atto complesso"*, in *Urb. app.*, 2001, 1, 131 ss.
- P. L. Portaluri, *Principio di pianificazione e poteri urbanistici*, Napoli, 2003
- U. Pototschnig, *Pianificazione del territorio e ius aedificandi*, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 2, 329 ss.
- U. Pototschnig, *La difesa del suolo (ossia le Regioni senza difesa)*, in *Le Regioni*, 1991, 1, 19 ss.
- B. Pozzo, M. Renna (a cura di), *L'ambiente nel nuovo titolo V della Costituzione*, Milano, 2004
- L. Prati, *Imposizione del vincolo ambientale e valutazione degli interessi privati*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 5, 749 ss.
- A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963
- A. Predieri, *Espropriazione e regime di proprietà delle aree edificabili*, in *Giur. cost.*, 1968, 1298 ss.
- A. Predieri, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969
- A. Predieri, *Paesaggio*, in *Enc. Dir.*, 1981, XXXI, 503 ss.
- E. Presutti, *I limiti al sindacato di legittimità*, Milano, 1911
- E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931
- M. Protto, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008
- A. Pubusa, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1994, IX, 401 ss.
- F. Pugliese, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 13 ss.
- F. P. Pugliese, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 2, 1469 ss.
- M. A. Quaglia, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, 2000
- M. A. Quaglia, *Il governo del territorio*, Torino, 2006
- M. Ragazzo, *Pianificazione urbanistica e perequazione: il caso del PRG di Roma*, in *Urb. app.*, 2010, 9, 1088 ss.,
- L. Raggi, *Alcuni rilievi a chiarimento del concetto di autorizzazione amministrativa*, in *Foro it.*, 1907, 8 ss.
- L. Rainaldi, *I piani di bacino nella previsione della legge n. 183 del 1989*, Milano, 1992
- F. C. Rampulla, A. Robecchi Majnardi, A. Travi, *Uso del territorio e vincolo idrogeologico*, Milano, 1981
- M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 2, 459 ss.
- M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in *giustamm.it*, 2011, n. 2
- O. Ranalletti, *Concetto e natura*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss.

- O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni concessioni amministrative*, Torino, 1894
- O. Ranelletti, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. studi giur.*, 1895, 3 ss.
- O. Ranelletti, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912
- O. Ranelletti, *Le guarentigie amministrative e giurisdizionali della giustizia nell'amministrazione*, Milano, 1930
- V. Rapelli, *La tutela avverso le varianti generali re iterative di vincoli urbanistici decaduti, con particolare riferimento alla motivazione e all'indennizzabilità della reiterazione*, in *Giur. it.*, 2001, 1, 159 ss.
- E. Redenti, *Eccesso di potere*, in *Temì*, 1908
- M. Renna, *Pianificazione per la tutela delle acque e per la gestione dei rifiuti*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, (a cura di) F. Bassi, L. Mazzaroli, Torino, 2000, 193 ss.
- M. Renna, *Vincoli alla proprietà e diritto dell'ambiente*, in *Dir. dell'economia*, 2005, 4, 1 ss.
- G. U. Rescigno, *Ordinanze e provvedimenti di necessità e urgenza*, in *Noviss. Dig.*, 1965, XII, 90 ss.
- G. U. Rescigno, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 2, 247 ss
- D. Resta, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e gli interessi legittimi dei cittadini nella legge di riforma del procedimento amministrativo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *T.a.r.*, 1992, II, 11, 411 ss.
- D. Resta, *Alcune osservazioni sulla possibilità di individuare "gerarchia" e "coordinamento" tra interessi pubblici e privati nel provvedimento legislativo di riforma del procedimento amministrativo*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Milano, 1994, 213 ss.
- R. Resta, *Natura giuridica dell'eccesso di potere come vizio degli atti amministrativi*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, Padova, 1933, 410 ss.
- R. Resta, *L'onere di buona amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Vol. II, Padova, 1940, 105 ss.
- A. Ricci, *Ragionevolezza e diritto privato*, Bologna, 2007
- E. Riva Crugnola, *La determinazione della misura delle sanzioni amministrative*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 18-20 settembre 1980*, Milano, 1982, 475 ss.
- M. Rivalta, *La motivazione degli atti amministrativi in relazione al pubblico e al privato interesse*, Milano, 1963
- D. Rodella, *Sulla reiterabilità dei vincoli urbanistici decaduti*, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 2, 84 ss
- G. Roehrsen, *Gli strumenti urbanistici italiani*, Firenze, 1971
- G. Roehrsen, *Il giusto procedimento nel quadro dei principi costituzionali*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, 1, 47 ss.

- G. Rolla, *In tema di vincoli su beni di interesse artistico e storico*, in *Giur. cost.*, 1974, 2130 ss.
- D. Romagnosi, *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*, Prato, 1835
- A. Romano, *Esistenza e legittimità di esercizio del potere*, in *Foro amm.*, 1981, 11, 2162 ss.
- A. Romano, *Commento all'art. 26 T. U. Consiglio di Stato*, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, (a cura di) A. Romano, Padova, 1992, 220 ss.
- A. Romano, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, 1, 111 ss.
- A. Romano, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 2005, 1 ss.
- A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 2005, 160 ss.
- A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987
- A. Romano Tassone, *Sulla c.d. "funzione democratica" della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale. Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1983*, (a cura di) A. Ruggeri, Torino, 1994, 46 ss.
- A. Romano Tassone, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1997, XIII, 683 ss.
- A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, II, Napoli, 2001, 813 ss.
- A. Romano Tassone, *Motivazione (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2006, 3741 ss.
- A. Romano Tassone, *Sulle vicende del concetto di "merito"*, in *Dir. Amm.*, 2008, 3, 517 ss.
- S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912
- S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1937
- S. Romano, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Scritti minori*, II, Milano 1950, 76 ss.
- E. Rosini, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1981
- E. Rosini, *Le sanzioni amministrative. La giurisdizione ordinaria*, Milano, 1991
- A. M. Rossi, *L'istruzione probatoria con particolare riferimento alla CTU*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario*, (a cura di) E. Picozza, Padova, 2003, 291 ss.
- G. Rossi, *Atti dichiarativi e discrezionalità nell'amministrazione dei beni culturali*, in *La cultura e i suoi beni giuridici*, (a cura di) V. Caputi Jambrenghi, Milano, 1999, 242 ss.
- G. Rossi, *Problemi di metodo e di adeguatezza*, in *Riv. giur. quadr. serv. pubbl.*, 2001, 1, 7 ss.
- G. Rossi, *Diritto amministrativo. Principi*, Milano, 2005
- A. Rota, *La tutela dei beni culturali tra tecnica e discrezionalità*, Padova, 2002
- R. Rota, *L'obbligo di motivazione degli atti vincolati*, in *Cons. St.*, 1993, 4, 801 ss.

- F. Rovelli, *Lo sviamento di potere*, in *Scritti Vacchelli*, Milano, 1938, 447 ss.
- S. Ruina, *La disciplina comunitaria dei diritti di partecipazione ai procedimenti ambientali*, Milano, 2008
- E. Ruoizzi, *I principi di necessità e di proporzionalità all'interno dell'articolo XX Gatt*, in *Dir. ec.*, 2007, 1, 139 ss.
- S. Russo, *Appunti sulla gerarchia degli interessi nella l. 241/1990*, in *Gerarchia e coordinamento degli interessi pubblici e privati dopo la riforma delle autonomie locali e del procedimento amministrativo. Atti del XXXVII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 19-21 settembre 1991*, Milano, 1994, 283 ss.
- D. Russo, *Sull'equità dei contratti*, Napoli, 2001
- G. Sabato, *La perequazione urbanistica*, in *giustizia-amministrativa.it*
- F. Saitta, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. e soc.*, 2001, 4, 491 ss.
- F. Saitta, *Commento all'art. 13 del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commentario*, (a cura di) G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2005, 5-6, 1146 ss.
- N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, Milano, 2009
- G. Sala, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993
- V. Salomone, *I vincoli urbanistici preordinati all'espropriazione per pubblica utilità*, in *giustizia-amministrativa.it*
- P. Salvatore, *Le autorizzazioni amministrative*, in *Cons. St.*, 1965, 463 ss.
- P. Salvatore, *Autorizzazione*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1998, IV
- F. Salvia, *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 4, 685 ss.
- F. Salvia, *Standard e parametri tra regole di pianificazione e disciplina dell'edificabilità*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, (a cura di) E. Ferrari, Milano, 2000, 111 ss.
- F. Salvia, *Considerazione su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 2, 603 ss.
- F. Salvia, *La buona amministrazione e i suoi miti*, in *Dir. soc.*, 2004, 4, 551 ss
- F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008
- E. Salzano, *Deregulation urbanistica e Tangentopoli*, in *Democrazia e diritto*, 1992, 3, 169 ss.
- E. Salzano, *Fondamenti di urbanistica: la storia e la norma*, Roma, 2007
- A. Sandulli, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 1975, 574 ss.
- A. Sandulli, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità. Profili comparati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, 2, 329 ss.
- A. Sandulli, *Le convenzioni di lottizzazione: natura e tutela*, in *Giorn. dir. amm.*, 1995, 4, 416 ss.
- A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998
- A. Sandulli, *La comunicazione di avvio nei procedimenti di tutela del patrimonio storico-artistico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 6, 583 ss.

- A. Sandulli, *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2006, V, 4643 ss.
- A. Sandulli, *Ragionevolezza (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. Cassese, V, Milano, 2006, 4803 ss.
- A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009
- A. Sandulli, *Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, (a cura di) G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2001, 585 ss.
- A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, (a cura di) S. Cassese, Milano, 2003, 1035 ss.
- A. M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940
- A. M. Sandulli, *Natura e funzione della notifica e della pubblicità delle cose private di interesse artistico e storico e storico qualificato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 1022 ss.
- A.M. Sandulli, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss.
- A. M. Sandulli, *Abilitazioni, autorizzazioni e licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 1. ss.
- A. M. Sandulli, *Boschi (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, 1959, V, 617 ss.
- A. M. Sandulli, *Natura ed effetti dell'imposizione di vincoli paesistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 809 ss.
- A. M. Sandulli, *L'attività amministrativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970
- A. M. Sandulli, *I limiti della proprietà privata nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, I, 963 ss.
- A. M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, I, 465 ss.
- A. M. Sandulli, *Nuovo regime dei suoli e costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1978, 3, 73 ss.
- A. M. Sandulli, *Conclusioni del Convegno "L'azione amministrativa tra garanzia ed efficienza"*, in *Problemi di amministrazione pubblica*, Quaderni Formez, 1981, 1, 171 ss.
- A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989
- A. M. Sandulli, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in *Scritti giuridici*, II, Napoli, 1992, 279 ss.
- A. M. Sandulli, *Reiterazione dei vincoli espropriativi e tutela risarcitoria*, in *Riv. giur. ed.*, 1993, 1, 127 ss.
- M. A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983
- M. A. Sandulli, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 1992, XXVIII
- M. A. Sandulli, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. – Tar*, 2008, 12, 3533 ss.
- M. Santini, *Le osservazioni dei privati al piano regolatore generali (o sue varianti): non più un "apporto collaborativo" ma con funzione anche garantista*, in *Riv. giur. urb.*, 1996, 3-4, 347 ss.
- E. Santoro, *L'autorizzazione alla realizzazione di impianti di energia eolica tra tutela ambientale e tutela paesaggistica*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 2, 369 ss.

- F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969
- F. Satta, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, 1980
- F. Satta, *Giustizia amministrativa*, Padova, 1997
- A. Sau, *Il ruolo della pianificazione comunale nella disciplina dei procedimenti complessi per la realizzazione degli impianti per la produzione di energia elettrica. Commento a Tar Lazio, Latina, Sez. I, 27 febbraio 2008, n. 126*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 2, 474 ss.
- A. Sau, *Profili giuridici dell'informazione ambientale e territoriale*, in *Dir. amm.*, 2009, 1, 131 ss.
- A. Sau, *La pianificazione di bacino*, in *Diritto del governo del territorio*, (a cura di) M. A. Cabiddu, Torino, 2010, 244 ss.
- P. Savona, *Centrali eoliche e autorizzazione paesaggistica, ovvero del difficile bilanciamento tra "ambiente visibile" e "ambiente invisibile"*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2005, 3, 653 ss.
- G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000
- G. Scaccia, *Il principio di proporzionalità*, in *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, (a cura di) S. Mangiameli, Milano, 2006, 225 ss.
- R. Scarciglia, *La motivazione dell'atto amministrativo: profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, Milano, 1999
- G. Scavonetti, *L'equità della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di F. Cammeo*, II, Padova, 1933, 505 ss.
- M. E. Schinaia, *Gli standards urbanistici nella l. 6 agosto 1967, n. 765*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1969, 1195 ss.
- M. E. Schinaia, *Il controllo del giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, 1009 ss.
- M. E. Schinaia, *Cenni sulla fase istruttoria nel processo amministrativo tra esigenze di celerità e ambiguità del risultato nella l. n. 205, con particolare riguardo alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Cons. St.*, 2001, 5-6, 1029 ss.
- M. E. Schinaia, *Consulente tecnico*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 2003, III
- J. Schwarze, *The principle of proportionality and the principle of impartiality in european administrative law*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 1, 53 ss.
- J. Schwarze, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 6, 1279 ss.
- J. Schwarze, *European Administrative Law*, London, 2006
- G. Sciullo, *Pianificazione amministrativa e partecipazione*, Milano, 1984
- G. Sciullo, *Giusto procedimento e localizzazione dei programmi di edilizia residenziale pubblica*, in *Le Regioni*, 1986, 3, 440 ss.
- G. Sciullo, *Il fastidio della partecipazione*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 4, 463 ss.
- G. Sciullo, *Discrezionalità di piano e selezione degli interessi*, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 1, 107 ss.
- G. Sciullo, *Pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1996, XI, 135 ss
- G. Sciullo, *Commento all'art. 6*, in *La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali*, (a cura di) M. Cammelli, Bologna, 2000, 42 ss.
- G. Sciullo, *Profili degli accordi tra amministrazioni e privati*, in *Dir. amm.*, 2007, 4, 805 ss.

- G. Sciullo, *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, in *aedon.it*, 2008, 3
- G. Sciullo, *Accordi e conferenze di servizi nella l.r. n. 6/2009*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 6, 91 ss.
- F. G. Scoca, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971
- F. G. Scoca, *Profili sostanziali del merito amministrativo*, in *Nuova Rassegna*, 1981, II, 1376 ss.
- F. G. Scoca, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in *Prospettive del processo amministrativo*, (a cura di) L. Mazzarolli, Padova, 1990
- F. G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, (a cura di) S. Amorosino, Milano, 1995, 257 ss.
- F. G. Scoca, *Sul trattamento giurisprudenziale della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, (a cura di) V. Parisio, Milano, 1998, 107 ss.
- F. G. Scoca, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Convivenza nella libertà. Studi in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1999, 1261 ss.
- F. G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 4, 1045 ss.
- F. G. Scoca, *Caratteri e scopi della pianificazione di settore e rappresentazione procedimentale degli interessi pubblici*, in *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e pianificazione di settore*, (a cura di) G. Caia, Rimini, 2001, 23 ss.
- F. G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa. Atti del 47° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2001*, Milano, 2002, 21 ss.
- F. G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir., Agg.*, 2002, VI, 75 ss.
- F. G. Scoca, *Tutela giurisdizionale e comportamento della pubblica amministrazione contrario alla buona fede*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese. (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, Padova, 2003, 473 ss.
- F. G. Scoca, *Il termine come garanzia nel procedimento amministrativo*, in *giustamm.it*, 2005, 9
- F. G. Scoca, *Gli accordi*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) F. G. Scoca, Torino, 2008, 411 ss.
- A. Scognamiglio, *Sui collegamenti di atti di autonomia privata e procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 1, 290 ss.
- B. Secchi, *Il racconto urbanistico: la politica della casa e del territorio in Italia*, Torino, 1984
- M. T. Sempreviva, *Vincoli di inedificabilità: motivazione e indennizzo*, in *Urb. app.*, 2000, 3, 298
- A. Serio, *Il principio di buona amministrazione procedurale. Contributo allo studio del buon andamento nel contesto europeo*, Napoli, 2008
- O. Sepe, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975
- M. T. Serra, *Contributo ad uno studio sull'istruttoria del procedimento amministrativo*, Milano, 1991

- G. Severini, *La pianificazione paesistica: estensione e contenuti*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, in *Pianificazioni territoriali e tutela dell'ambiente*, (a cura di) F. Bassi, L. Mazzarolli, Torino, 2000 101 ss.
- G. Severini, *Art. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M. A. Sandulli, Milano, 2006, 8 ss.
- G. Severini, *Le nuove misure correttive e integrative*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 10, 1057 ss.
- G. Silvestri, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. Dir.*, 1985, XXXIV, 710 ss.
- P. Silvestrini, *La riforma costituzionale e il governo del territorio*, in *Riv. trim. app.*, 2005, 1, 79 ss.
- A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, 2009
- C. Smith, *Dottrina della Costituzione*, Milano, 1984
- D. Sorace, *Approvazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1987, I, 333 ss.
- D. Sorace, *Promemoria per una nuova voce "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, III, Milano, 1988, 747 ss.
- D. Sorace, *Gli indennizzi espropriativi nella Costituzione: fra tutela dell'affidamento, esigenze risarcitorio e problemi della rendita urbana*, in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà. Scritti in onore di P. Barile*, Padova, 1990, 513 ss
- B. Sordi, *Giustizia e amministrazione*, in *Lo Stato moderno in Europa*, (a cura di) M. Fioravanti, Roma-Bari, 2006, 59 ss.
- B. Sordi, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Milano, 2007, 33 ss.
- F. Sorrentino, *Legalità e delegificazione*, in *Dir. amm.*, 1999, 3, 359 ss
- F. Sorrentino, *Le fonti del diritto amministrativo*, Padova, 2004
- F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. giur.*, 2010, 2, 145 ss.
- F. Spagnuolo, *Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità nelle sentenze della Corte di Giustizia sulle norme relative alla circolazione delle merci e tutela dei consumatori*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 6, 1544 ss.
- F. Spagnuolo, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 3-4, 992 ss.
- V. Spagnuolo Vigorita, *Eccesso di potere per sproporzionata gravosità dei vincoli imposti alla proprietà privata*, in *Riv. giur. ed.*, 1958, 626
- S. Spagnuolo Vigorita, *Sulla necessaria proporzione tra area espropriata e pubblica utilità*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, 825 ss.
- V. Spagnuolo Vigorita, *Rassegna di giurisprudenza sui piani di ricostruzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1961, 99 ss.
- V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, 1962
- V. Spagnuolo Vigorita, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 1, 9 ss.

- F. Spantigati, *Un esperimento di opinione dissenziente alla sentenza n. 55 del 1968 della Corte Costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1968, 865 ss.
- F. Spantigati, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1969
- F. Spantigati, *Le ragioni della difficoltà di spiegare le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 1, 194 ss.
- F. Spantigati, *Trent'anni dopo (1962-1991): Regione e Stato nella proposta di legge quadro sui parchi nazionali*, in *Riv. giur. amb.*, 1991, 3, 469 ss.
- F. Spantigati, *Intervento*, in *Trent'anni dopo: l'impatto delle sentenze della Corte Costituzionale nn. 55 e 56 del 1968 sull'evoluzione successiva dell'ordinamento giuridico e dell'urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1998, 6, 263 ss.
- M. R. Spasiano, *Reiterazione dei vincoli ex lege n. 1186/1968 ed esigenza di tutela di interessi pubblici e privati*, in *Riv. giur. ed.*, 1987, 6, 211 ss.
- M. R. Spasiano, *La partecipazione al procedimento amministrativo quale fonte di legittimazione dell'esercizio del potere: un'ipotesi ricostruttiva*, in *Dir. amm.*, 2002, 2, 285 ss.
- M. Spasiano, *Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela. Commento all'art. 146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M. A. Sandulli, Milano, 2006, 958 ss.
- M. R. Spasiano, *Alcune riflessioni in tema di buon andamento e di modelli di cooperazione tra i diversi livelli di governo*, in *giustamm.it*, 2010, n. 5.
- M. R. Spasiano, *La semplificazione amministrativa e la garanzia dell'effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. – Tar*, 2010, 9, 1041 ss.
- S. Spaventa, *Discorso per l'inaugurazione della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, 308 ss.
- S. Spaventa, *La giustizia nell'amministrazione*, Torino, 1949
- M. C. Spena, *La "congrua motivazione" nel procedimento di reiterazione dei vincoli di piano regolatore generale*, in *Riv. giur. urb.*, 1996, 3-4, 477 ss.
- M. C. Spena, *L'autorizzazione paesaggistica tra creazione e percezione di valore*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, 2, 533 ss.
- S. Spuntarelli, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrazione*, in *Dir. amm.*, 2008, 1, 223 ss.
- P. Stancampiano, *Discrezionalità amministrativa e valutazioni tecniche nel vincolo "indiretto" a tutela di immobili di interesse storico e artistico*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 1, 101 ss.
- P. Stella Richter, *Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali*, nota a Cass. sez. II, 17 luglio 1964, n. 1943, in *Giust. civ.*, 1964, 1971 ss.
- P. Stella Richter, *Il potere di pianificazione nella legislazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1968, 2, 113 ss.
- P. Stella Richter, *Opposizione*, in *Enc. Dir.*, 1980, XXX, 523 ss.
- P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984
- P. Stella Richter, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Riv. giu. urb.*, 1988, 4, 648 ss.
- P. Stella Richter, *Il nodo irrisolto dei vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, 2, 325 ss.
- P. Stella Richter, *Il piano di bacino*, in *Riv. giur. urb.*, 1998, 4, 523 ss.

- P. Stella Richter, *A proposito dei vincoli a contenuto sostanzialmente espropriativo*, in *Giust. civ.*, 1999, 10, 2597 ss.
- P. Stella Richter, *L'articolazione del potere di piano*, in *Dir. amm.*, 2000, 3-4, 657 ss.
- P. Stella Richter, *Piano di bacino e piano territoriale di coordinamento provinciale*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 2, 241 ss.
- P. Stella Richter, P. Scotti, *Lo stato dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in *I beni e le attività culturali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) G. Santaniello, Padova, 2002, 385 ss.
- P. Stella Richter, *La nozione di "governo del territorio" dopo la riforma dell'art. 117 cost.*, in *Giust. civ.*, 2003, 1, 107 ss.
- P. Stella Richter, *La perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, 4, 169 ss.
- P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2006
- P. Stella Richter, *Il difficile rapporto tra urbanistica e diritto di proprietà*, in M. A. Sandulli, M. R. Spasiano, P. Stella Richter (a cura di), *Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 2007, 37 ss.
- P. Stella Richter, *Proprietà immobiliare e pianificazione urbanistica*, in *Ripensare la disciplina urbanistica*, Torino, 2007, 57 ss.
- E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992
- S. Sticchi Damiani, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, 2006
- E. Sticchi Damiani, *Disciplina del territorio e tutele differenziate: verso un'urbanistica "integrale"*, in *L'uso delle aree urbane e la qualità dell'abitato*, (a cura di) E. Ferrari, Milano, 2000, 145 ss.
- E. Sticchi Damiani, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm. - Tar*, 2006, 4, 1547 ss.
- M. Stipo, *Riflessioni sulla problematica dell'affidamento in diritto pubblico, quale proiezione del principio di buona fede oggettiva con particolare riferimento all'ordinamento comunitario*, in *giustamm.it*, 2010, 10.
- G. Taccogna, *Giusto procedimento amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 3, 696 ss.
- R. Tamiozzo, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata*, Milano, 2009
- M. Tamponi, *Una proprietà speciale (lo statuto dei beni forestali)*, Padova, 1983
- P. Tanda, *Principio di legalità ed efficienza amministrativa*, in *giustamm.it*, 2010, n. 4.
- A. L. Tarasco, *Beni culturali e sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro amm. - Tar*, 2004, 9, 2442 ss.
- S. Tarullo, *Commento all'art. 10-bis*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, (a cura di) N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 213 ss.
- S. Tarullo, *Il divieto di aggravamento del procedimento amministrativo quale dovere codificato di correttezza amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2008, 2, 437 ss.
- S. Tarullo, *L'art. 10 bis della legge n. 241/90: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *giustamm.it*

- N. Tassoni, *Ambiente, paesaggio e parchi eolici: un rapporto (in parte) ancora irrisolto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 11, 1183 ss.
- A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925
- G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2008
- A. Tigano, *Pianificazione territoriale e controllo giurisdizionale (il problema della tutela risarcitoria degli interessi legittimi)*, in *Livelli e contenuti della pianificazione territoriale*, (a cura di) E. Ferrati, N. Saitta, Milano, 2001, 269 ss.
- B. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo*, Padova, 2001
- L. Torchia, *Diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario: sviluppo recenti del processo di ibridazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 5, 845 ss.
- L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009
- L. Torchia, *Le nuove pronunce nel Codice del processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*
- G. Torregrossa, *Il nodo irrisolto dei vincoli urbanistici*, in *Giust. civ.*, 1984, 89 ss.
- G. Torregrossa, *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 1987
- A. Travi, G. Trotta, *Sopravvenienza di nuovi strumenti urbanistici*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela dei rapporti tra privati*, (a cura di) M. Costantino, Milano, 1978, 735 ss.
- A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983
- A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 1, 91 ss.
- A. Travi, *Piano di lottizzazione e comparti edificatori*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1996, XI, 150 ss.
- A. Travi, *Nota*, in *Foro it.*, 2001, III, 9 ss.
- A. Travi, *Accordi tra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro it.*, 2002, V, 274 ss.
- A. Travi, *Nota*, in *Foro It.*, 2007, II, 11, 550 ss.
- A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008
- A. Trentini, *Codice dei beni culturali e del paesaggio: commentario ragionato del D. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, Rimini, 2004
- G. Treves, *Considerazioni sullo Stato di diritto*, in *Studi in onore di E. Crosa*, II, Milano, 1960, 1859 ss.
- F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 2, 237 ss.
- F. Trimarchi Banfi, *Questioni in tema di partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Amm.*, 1993, 1, 137 ss.
- F. Trimarchi Banfi, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 2, 430 ss.
- F. Trimarchi Banfi, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, 4, 663 ss.
- F. Trimarchi Banfi, *L'art. 1 comma 1 bis della L. n. 241 del 1990*, in *Foro amm - Cons. St.*, 2005, 3, 947 ss.
- F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, 843 ss.

- F. Trimarchi Banfi, *Il principio di legalità e l'impiego del diritto privato da parte dell'amministrazione pubblica*, in *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. Atti del LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 2007*, Milano, 2008, 341 ss.
- G. Tropea, *Imposizione del vincolo storico-artistico e controllo giurisdizionale: un passo indietro del giudice amministrativo nel sindacato della c.d. "discrezionalità tecnica"*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 540 ss.
- G. Tropea, *La c.d. "motivazione successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 3, 531 ss.
- M. Tucci, *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003
- S. Tumbiolo, *La reiterazione dei vincoli urbanistici divenuti inefficaci*, in *Riv. amm.*, 1985, 2, 31 ss.
- G. Tulumello, *Pianificazione urbanistica e dimensione territoriale degli interessi*, Milano, 1996
- G. Tulumello, *L'energia eolica: problemi e prospettive. L'esperienza italiana*, in *giustamm.it*.
- G. Turco Livieri, *I vincoli urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 1985, 4, 489 ss.
- P. Urbani (a cura di), *La difesa del suolo*, Roma, 1993
- P. Urbani, *Urbanistica consensuale: la disciplina degli usi del territorio tra liberalizzazione e tutele differenziate*, Torino, 2000, 442 ss.
- P. Urbani, *La pianificazione per la tutela dell'ambiente, delle acque e per la tutela del suolo*, *Riv. giur. amb.*, 2001, 2, 199 ss.
- P. Urbani, *I problemi giuridici della perequazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 2002, 4, 587 ss.
- P. Urbani, *Il governo del territorio e luoghi di vita e di lavoro*, in *Governo del territorio*, (a cura di) S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani, Milano, 2003, 183 ss.
- P. Urbani, *Il governo del territorio nel Titolo V della Costituzione*, in *Riv. giur. urb.*, 2003, 1, 49 ss.
- P. Urbani, *L'allocazione delle funzioni amministrative secondo il Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2003, 2-3, 459 ss.
- P. Urbani, *Dell'urbanistica consensuale*, in *Riv. giur. urb.*, 2005, 2, 222 ss.
- P. Urbani, *La costruzione del piano paesaggistico*, in *Urbanistica e paesaggio*, (a cura di) G. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari, Napoli, 2006, 205 ss.
- P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Territorio e poteri emergenti. Le politiche dello sviluppo tra urbanistica e mercato*, Torino, 2007
- P. Urbani, *La riforma regionale del prg: un primo bilancio. Efficacia, contenuti ed effetti del piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità del provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà*, in *Giustizia amministrativa*, 2008, 1, 213 ss.
- P. Urbani, *Vincoli paesaggistici e vincoli di settore a qualificazione ambientale: i rapporti con la tutela della proprietà e la necessità di un loro riordino*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 1-2, 75 ss.
- P. Urbani, *Urbanistica*, in *Enc. Giur. Trecc.*, Ist. Enc. It., 2009, XXXII
- P. Urbani e S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2010

- P. Urbani, *Sistemi di pianificazione urbanistica e principio di legalità dell'azione amministrativa. A proposito delle sentenze del Tar Lazio sul PRg di Roma*, in *giustamm.it*, 2010, n. 4
- P. Urbani, *La costruzione della città pubblica: modelli perequativi, diritto di proprietà e principio di legalità*, in *pausania.it*
- P. Urbani, *Pianificare per accordi*, in *pausania.it*
- P. Urbani, *Urbanistica consensuale, "pregiudizio" del giudice penale e trasparenza dell'azione amministrativa*, in *astrid-online.it*
- P. Vaiano, *Reiterazione dei vincoli di natura espropriativa*, in *Foro amm.*, 1987, 4-5, 1331 ss.
- L. Vandelli, *Osservazioni sull'obbligo di motivazione degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1973, 1595 ss.
- L. Ventura, *Motivazione degli atti costituzionali e valore democratico*, Torino, 1995
- L. Ventura, *Motivazione (degli atti costituzionali)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1995, X, 34 ss.
- G. Venturini, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare in diritto internazionale*, Milano, 1988
- G. Vettori, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, 35 ss.
- G. Vettori, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2002, 1 ss.
- C. Videtta, *Le valutazioni tecniche ambientali tra riserva procedimentale e self restraint del giudice amministrativo*, in *Foro amm. – Tar*, 2005, 4, 1359 ss.
- C. Videtta, *Le valutazioni tecniche nei procedimenti di tutela dei beni culturali*, in *Riv. giur. urb.*, 2010, 1, 88 ss.
- A. Vigneri, *Profili generali della sanzione amministrativa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 5, 1110 ss.
- A. Vigneri, *La sanzione amministrativa, I. Origine e nozione*, Padova, 1984
- G. Vignocchi, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944
- G. Vignocchi, *Gli accertamenti costitutivi nel diritto amministrativo*, Milano, 1956
- G. Vignocchi, *L'indennità di espropriazione*, Modena, 1964
- G. Vignocchi, *Limitazioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, 1974, XXIV, 705 ss.
- S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008
- R. Villata, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata*, Milano, 1974
- R. Villata, *Problemi di tutela giurisdizionale nei confronti delle sanzioni amministrative pecuniarie*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 3, 388 ss.
- R. Villata, *Riflessioni in tema di partecipazione al procedimento e legittimazione processuale*, in *Dir. pro. amm.*, 1992, 1, 172 ss.
- R. Villata, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 1, 195 ss.
- R. Villata, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. Mazzaroli, G. Pericu, F. Roversi Monaco, F. G. Scoca, Bologna, 2005, 767 ss
- P. M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990

- P. M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Milano, 1993
- G. Virga, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998
- P. Virga, *La potestà di polizia*, Milano, 1954
- P. Virga, *Il provvedimento amministrativo. Lezioni*, Milano, 1968
- P. Virga, *Appunti sulla c.d. discrezionalità tecnica*, in *Jus*, 1975, 1, 95 ss.
- P. Virga, *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991
- P. Virga, *Diritto Amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1992
- P. Virga, *Integrazione della motivazione nel corso del giudizio e tutela dell'interesse alla legittimità sostanziale del provvedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 3, 516 ss.
- P. Virga, *Il "verde attrezzato" qualificato come vincolo conformativo*, nota a Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2000, n. 5327, in *giustamm.it*, 2001, n. 1
- C. Vitale, *Verso un'amministrazione diligente?*, relazione presentata al Convegno "La legge sul procedimento: vent'anni dopo", Palermo, 16-17 aprile 2010, testo dattiloscritto
- C. Vitta, *Nozione degli atti amministrativi*, in *Giur. it.*, 1906, IV, 60 ss.
- C. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1933
- C. Volpe, *Il regime dei vincoli in materia culturale e ambientale*, in *Tar*, 1988, 1, 137 ss.
- C. Volpe, *Commento agli articoli da 12 a 16 del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *giustizia-amministrativa.it*
- F. Volpe, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 1, 303 ss.
- F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2002
- F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2008, 4, 791 ss.
- G. Zagrebelsky, *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, in *Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, (a cura di) N. Occhiocupo, Bologna, 1978, 106 ss.
- G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Padova, 1988
- G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992
- L. Zanetti, *Riscrittura della legge n. 241/1990 e disciplina amministrativa dei beni culturali*, *aedon.it*, 2005, 1
- R. Zanino, *L'uguaglianza nella pianificazione: una possibilità o un'utopia?*, in *giustamm.it*, 2007, n. 12
- R. Zanino, *Ipotesi di perequazione urbanistica*, in *giustamm.it*, 2010, n. 3
- G. Zanobini, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924
- G. Zanobini, *Eccesso di potere e violazione di legge*, Milano, 1927
- G. Zanobini, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.
- G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1959
- I. Zingales, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari di bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, in *Foro Amm.*, 1998, 9, 2457 ss.
- A. Zito, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 3, 577 ss.

- A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1996
- A. Zito, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 2-3, 42 ss.
- D. Zonno, *I poteri del giudice amministrativo in tema di prove: intervento del giudice nella formazione della prova*, in *giustizia-amministrativa.it*
- G. Zuballi, *Il controllo della discrezionalità*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, (a cura di) V. Parisio, Milano, 1998, 147 ss.
- C. Zucchelli, *Art. 14*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, (a cura di) M. A. Sandulli, Milano, 2006, 133 ss.