

Introduzione

SOMMARIO: 1. L'oggetto della ricerca. – 2. I problemi che pone la nozione di provvedimento amministrativo. – 3. Approccio metodologico. – 4. Rappresentazione sintetica delle linee evolutive della ricerca.

1. L'oggetto della ricerca

La nozione di provvedimento amministrativo, sostanzialmente immutata rispetto alla sua originaria formulazione, sembra attraversare i secoli, le diverse organizzazioni statali e, persino, i confini territoriali di Stati differenti. Si ha l'impressione di trovarsi di fronte a una "invariante" (per riprendere la nota terminologia di un grande Maestro¹), vale a dire a uno degli elementi di base delle organizzazioni statali a diritto amministrativo, un architrave immutabile, insostituibile, destinato a reggere l'intero sistema.

Se si pongono sullo stesso piano considerazioni di teoria generale² e di dogmatica, confondendole fra di loro, è facile cadere nell'equivoco di individuare nel provvedimento amministrativo una figura dotata di caratteri rimasti costanti dal momento del suo primo apparire sino ai nostri giorni.

Questo modo di pensare è più diffuso di quanto non si creda e trova espressione nella convinzione secondo la quale la prima compiuta elaborazione teorica del provvedimento amministrativo, dovuta a Otto Mayer, conserva intatta la sua attualità, risultando idonea a definire il provvedimento amministrativo ancora oggi.

In sede di teoria del diritto, la predetta impostazione potrebbe essere condivisa a condizione che ci si appaghi di una costruzione generica del fenomeno giuridico in esame. Invero, ora come allora, il provvedimento

¹ M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 25, 251.

² Nell'uso corrente si suole parlare di teoria generale, tuttavia, poiché una teoria non può che essere generale per evitare una evidente endiadi si userà solo il termine teoria.

amministrativo è ed era un atto giuridico, emanato da un soggetto e idoneo a produrre effetti giuridici. Tuttavia, una siffatta definizione non si rivela idonea ad assolvere al suo scopo perché delinea una categoria capace di ricomprendere qualsiasi atto giuridico.

In sede di elaborazione dogmatica diventa ancora più difficile prospettare una figura capace di definire contemporaneamente il provvedimento amministrativo come si presentava nella seconda metà del 1800 e come si presenta oggi. Anche qui il rischio è quello di offrire una definizione talmente generica da risultare completamente inutile.

Appare difficile sostenere che tutti i mutamenti ordinamentali sopravvenuti non abbiano inciso sul provvedimento amministrativo modificandone le connotazioni originarie.

Si giunge alle stesse considerazioni se si sposta l'attenzione sul ruolo attribuito al provvedimento nelle prassi amministrative e giurisdizionali.

Si suole ritenere che il provvedimento amministrativo abbia un duplice volto. Da un lato, si sarebbe in presenza della massima espressione dell'autorità, dall'altro, dell'espressione di garanzia. Il tema merita un approfondimento, che sarà effettuato nel capitolo dedicato ai profili funzionali del provvedimento.

Invero, la tesi in esame presenta il grave difetto di indurre a ritenere che il provvedimento amministrativo appartenga a una categoria teorica, generale e astratta, pienamente compatibile con gli attuali assetti ordinamentali e costituzionali. La naturale conseguenza sarebbe quella di considerare i suoi originari connotati come elementi asettici, immutabili nel tempo e incontestabili. Invero, un atteggiamento siffatto è diffuso nella cultura giuridica, non solo in quella teorica, ma anche in quella pratica.

Le conseguenze di una siffatta impostazione sono quelle di sottrarre il provvedimento amministrativo a una verifica di costituzionalità.

Probabilmente le posizioni più estreme di tale orientamento sono solo il frutto di visioni storiche del diritto e di una vistosa inversione concettuale, che interpreta il presente con gli schemi del passato e viceversa.

I profili problematici sopra enucleati impongono una verifica estremamente puntuale.

2. I problemi che pone la nozione di provvedimento amministrativo

Il provvedimento amministrativo è un istituto che pone diversi problemi di ordine teorico, dogmatico e pratico. Innanzi tutto, è incerta la stessa nozione di provvedimento. L'assenza di una definizione normativa³ e di parametri ben definiti complica l'intera questione, giustificando il proliferare di interpretazioni discordi. Inoltre, non vi è accordo neppure sugli elementi strutturali del provvedimento, sui caratteri che lo contraddistinguono, sulla individuazione degli atti idonei a far parte della categoria, sui soggetti legittimati a emanarlo, sui soggetti ai quali è destinato, sulla sua c.d. imperatività, sul regime della sua efficacia e sul regime della sua validità.

Sono diffuse e accreditate differenti nozioni di provvedimento amministrativo. Ognuna di queste suggerisce un diverso fondamento teorico e dogmatico.

L'enucleazione dei connotati strutturali del provvedimento registra la presenza di posizioni distinte. I caratteri del provvedimento sono oggetto di una serrata discussione. Si dibatte su quali atti siano provvedimenti e su cosa si basi la distinzione fra atti amministrativi e provvedimenti. Si discute se un provvedimento amministrativo possa essere emanato solo da pubbliche amministrazioni o anche da soggetti privati, ai quali siano state conferite pubbliche funzioni.

Anche la determinazione dei soggetti ai quali il provvedimento è rivolto costituisce un aspetto problematico. In particolare, non è chiaro se destinatari di un provvedimento amministrativo possano essere solo i soggetti privati, persone fisiche o giuridiche, o anche i soggetti pubblici. Si riconosce generalmente che un'amministrazione pubblica possa emanare un atto amministrativo nei confronti di un'altra pubblica amministrazione. Invece, non è chiaro se un'amministrazione pubblica possa emanare un provvedimento autoritativo nei confronti di un'altra pubblica amministrazione, anche essa dotata di poteri autoritativi, e se l'atto, eventualmente emanato, abbia i caratteri tipici del provvedimento amministrativo.

³B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 705 ss., individua nell'assenza di una definizione normativa la causa delle incertezze e dei fraintendimenti che circolano in materia.

Discusso è se il provvedimento amministrativo espliciti un'efficacia diretta e un'efficacia indiretta, se abbia efficacia autoritativa e imperativa e quale sia il suo fondamento teorico e dogmatico, se sia dotato di efficacia esecutoria ed eventualmente quale ne sia il fondamento, se sia idoneo ad esplicare efficacia dichiarativa, efficacia costitutiva ed efficacia preclusiva.

Le questioni prospettabili si sono ulteriormente incrementate dopo l'emanazione dell'art. 1 *bis* l. n. 241/1990, perché la norma pone il problema di delimitare la sfera di operatività del provvedimento amministrativo autoritativo e quella eventualmente riservata agli atti amministrativi, non autoritativi, soggetti al diritto privato; perché occorre stabilire se sia configurabile la categoria degli atti amministrativi, non autoritativi, soggetti a un regime pubblicistico; perché essa impone di ricostruire il regime giuridico degli atti autoritativi e quello degli atti non autoritativi; perché occorre individuare la categoria nella quale collocare le autorizzazioni.

Il regime di validità rappresenta un altro arduo scoglio. Si discute se siano configurabili la nozione di inesistenza, quella di nullità e quella di irregolarità del provvedimento amministrativo, quali ne siano le caratteristiche, quali siano i confini con la nozione di illegittimità e quale sia il rapporto di ognuna di dette patologie con il regime dell'efficacia.

Su tutte queste questioni sono diffuse opinioni differenti e, a volte, contrastanti, ognuna delle quali è sicuramente dotata di un fondo di verità, ma è inadeguata a definire l'intero fenomeno.

La dottrina ha tentato di rinvenire soluzioni a tutti i predetti problemi sperimentando la via dell'accostamento del provvedimento amministrativo al negozio giuridico, assumendo il contratto e i suoi requisiti essenziali a modello teorico per l'elaborazione concettuale del provvedimento⁴, in tal modo rinverdendo una tendenza presente nei primi autori che, tra la fine dell'ottocento e l'inizio del Novecento, propugnarono una teoria negoziale del provvedimento⁵.

⁴ Sul tema M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 5.

⁵ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (ma 1914), 547 ss.; O. RANELLETTI-A. AMORTH, *Atti amministrativi*, in *Nuovo dig. it.*, I, 1937, 1093; S. ROMANO, *Atti e negozi giuridici*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (ma 1945), 3 ss.

Invece, la strada da percorrere per mettere a fuoco l'istituto in esame è un'altra. Occorre ricostruire il regime giuridico del provvedimento amministrativo e valutare la sua compatibilità con la Costituzione e con l'impianto ordinamentale.

3. Approccio metodologico

Dopo aver delineato l'oggetto della ricerca, appare opportuno riflettere sul metodo di indagine. Invero, il metodo di indagine non può essere avulso dall'oggetto da analizzare, ma deve essere calibrato su di esso.

Il provvedimento amministrativo si innesta in un sistema complesso, soprattutto nella fase attuale contraddistinta dalla presenza di uno Stato costituzionale di diritto, e vive in diversi settori, perché costituisce una figura utilizzata dal legislatore in ambito normativo, dalla dottrina in ambito teorico e dogmatico, dalla giurisprudenza per la definizione di numerose controversie, dall'amministrazione nell'esercizio delle sue funzioni, con la sua conseguente rilevanza applicativa.

Si può guardare al provvedimento da uno solo dei predetti angoli prospettici, per esempio ricostruendo l'idea che la giurisprudenza si è fatta della nozione di provvedimento, purché sia chiaro che il risultato dell'indagine sarà parziale e sicuramente distorto.

Si può optare per l'approccio puramente normativistico, che conduce a una descrizione del dover essere del provvedimento, ignorando il diritto che è, il diritto dell'essere, il provvedimento così come è nella realtà.

Si può privilegiare l'approccio puramente realistico, che conduce a una rappresentazione dell'essere del provvedimento, del suo stato reale, trascurando, immancabilmente, il suo dover essere, il suo modello normativo disegnato dalla Costituzione e da tutte le altre norme che lo disciplinano. L'approccio realistico, empirico o sociologico disvela il campo di applicazione che l'amministrazione e la giurisprudenza riservano al provvedimento.

Si può preferire, infine, l'approccio puramente teorico o dogmatico idoneo a fornire l'idea che la dottrina si è fatta del provvedimento rispettivamente in sede teorica o in sede dogmatica.

Per superare la fallacia di ogni singola prospettiva è necessario integrare i diversi approcci, evitando di privilegiarne uno a scapito degli altri.

Inoltre, la stessa complessità del sistema, nel quale opera il provvedi-

mento amministrativo, impone di guardare a esso a tutto campo, da angoli prospettici differenti.

A quanto precede va aggiunto che l'ambivalenza tipica di ogni fenomeno giuridico, derivante dalla sua duplice natura di "norma" e di "fatto", impone di tematizzarne l'ambivalenza stessa e di ricomporne la plurima natura.

Per quanto concerne, in particolare, l'elaborazione dogmatica della figura appare opportuno evidenziare che la sua ricostruzione va effettuata rifuggendo dalla tentazione di allineare le diverse opinioni espresse in dottrina sulla definizione di provvedimento, come se si trattasse di comporre una storia delle idee. Una storia delle idee sul provvedimento, pur svolta in altri contesti⁶, ancorché mitigata dall'obbiettivo di mostrare la propensione della nozione e di approfondire alcuni suoi profili, non conduce lontano. Detta impostazione si basa su di un preconcetto rappresentato dal fatto di configurare l'oggetto di indagine come una invariante, un dato immutabile, dai contorni indefiniti, del quale è sufficiente registrare le diverse opinioni maturate nel tempo dalla dottrina. Invero, tale assunto può costituire un dato da verificare, non la tesi dalla quale muovere.

Il tema da affrontare è quello volto a stabilire se il progredire della scienza giuridica sul provvedimento sia dovuto al fatto che in letteratura si siano inforcati occhiali più potenti, capaci di svelare profili sfuggiti in passato, oppure se l'oggetto della ricerca, influenzato da fattori endogeni, sia mutato nel tempo.

Nel far ciò appare opportuno premettere che le diverse elaborazioni della nozione di provvedimento succedutesi nel tempo non sono il frutto di estemporanee riflessioni. Esse, al contrario, rappresentano l'esito di ricostruzioni nelle quali si riversano cultura, sensibilità, ideologia e influenze esterne di ogni autore. Devono essere guardate come l'espressione della visione del tempo che ne aveva ogni autore. Per comprendere l'escatologia delle predette elaborazioni occorre contestualizzarle, per rappresentarne la dimensione storica, e avere contezza della storia costituzionale, economica, politica e istituzionale del tempo⁷.

⁶ M. ENGERT, *Die historische Entwicklung des Rechtsinstituts Verwaltungsakt*, Frankfurt am Main, 2002.

⁷ Sul rapporto fra scienza giuridica e scienze sociali N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, 42 ss.

A quanto precede occorre aggiungere che il metodo analitico, di carattere sperimentale e induttivo⁸, non è idoneo per procedere alla fondazione dogmatica del provvedimento amministrativo.

L'oggetto dell'indagine non è un dato empirico, che appartiene al mondo dei fenomeni sensibili. La sua natura non richiede un'analisi ricognitiva. Non occorre, in altre parole, un approccio di tipo sperimentale, capace di indurre dall'esame del materiale l'esistenza di una figura generale.

L'oggetto di indagine necessita di una fondazione teorica e dogmatica.

Fra i vari approcci non va eccessivamente enfatizzato quello concettualistico. Il suo difetto fondamentale è costituito da un marcato apriorismo. Detto apriorismo può operare sia nel momento della rilevazione del dato⁹, assumendolo arbitrariamente, sia successivamente sostituendo, quale oggetto di indagine, il fenomeno reale con il concetto del fenomeno stesso¹⁰.

Le predette osservazioni e i rilievi critici, da più parti formulati verso i criteri metodologici prospettati, inducono a contestarne la validità assoluta e ad affermarne la relatività¹¹. Solo in tal modo si fa veramente giustizia di una tendenza che ha esasperatamente enfatizzato, assurgendolo a criterio generale, quello che invece, anche nelle intenzioni di uno dei primi e più strenui propugnatori¹², era semplice strumento per un approccio il più completo possibile all'oggetto dell'osservazione¹³, per la "moltiplicazione dei punti di vista dell'osservazione"¹⁴.

Da ciò consegue l'opportunità di adottare una metodica di indagine che, nell'ambito di una impostazione di tipo teorico e deduttivo, isoli i nuclei

⁸ Adotta un metodo analitico induttivo e sperimentale L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, I, Padova, 1980, 60 ss., 65.

⁹ Sul pericolo che la scienza giuridica possa avere a oggetto formazioni illusorie inesistenti nella realtà si veda G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Roma, 1962, 33 ss.

¹⁰ Sullo scambio tra concetti e fenomeni si veda F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Milano, 1990 (ma 1939), 61.

¹¹ Sulla pluralità dei metodi di analisi, si veda G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 185 ss.

¹² F. CARNELUTTI, *Metodologia, cit.*, 1990 (ma 1939), 11 ss., 72 ss.

¹³ F. CARNELUTTI, *Metodologia, cit.*, 1990 (ma 1939), 72 ss.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Metodologia, cit.*, 1990 (ma 1939), 72 ss.

problematici propri della figura in esame, raggruppi intorno a essi l'analisi in maniera tale da procedere per tappe successive, ognuna delle quali sia scandita dalla risoluzione di dette questioni. Si svilupperà una indagine aderente agli aspetti controversi dell'istituto in esame, senza sovrapposizioni preconcepite, che possono influenzarne la ricostruzione. In definitiva, si adotta un'impostazione topica, contraddistinta da una progressione dell'analisi intorno ai nuclei problematici fondamentali della figura in esame, quali mezzi per approssimarsi al tema centrale dell'indagine¹⁵.

Infine, una indicazione metodologica preziosa per l'impostazione e lo sviluppo della ricerca proviene da quell'orientamento secondo il quale l'analisi di un istituto giuridico richiede un approfondimento dei suoi profili strutturali e dei suoi profili funzionali.

Il tema verrà affrontato nella seconda parte dedicata all'analisi strutturale e funzionale del provvedimento. In particolare, l'indagine verrà sviluppata nel capitolo terzo e nel capitolo ottavo.

4. Rappresentazione sintetica delle linee evolutive della ricerca

In quest'ultimo paragrafo si rappresentano, in maniera sintetica, le linee evolutive degli esiti della ricerca.

La monografia, oltre all'introduzione, si articola in tre parti.

La prima parte, costituita da due capitoli, è interamente dedicata alla rappresentazione del processo di elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo. Il primo capitolo è volto a delineare l'elaborazione della nozione nel corso del XIX secolo. L'indagine muoverà dai primordi dell'apparire della nozione di atto e provvedimento amministrativo in Francia, si soffermerà sul suo recepimento in Germania e in Italia nella prima metà dell'ottocento, sulla rilevanza della distinzione fra atti di imperio e atti di gestione, considerata prodromica alla nozione di provvedimento amministrativo, sull'approfondimento effettuato in Germania e in Italia nel corso della seconda metà dell'ottocento. Infine, il primo capitolo si concluderà mettendo a confronto le prime compiute elaborazioni

¹⁵ Si veda G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, I, Milano, 1984, 1 ss.. Un'impostazione in parte analoga la si riscontra in P. CAPPELLINI, *Teoria e scienza del diritto (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLIV, 1992, 164.

della nozione di provvedimento riconducibili, in Germania, a Otto Mayer e, in Italia, a Lorenzo Meucci.

Il secondo capitolo, invece, è volto a rappresentare l'elaborazione della nozione in esame nel corso del XX secolo, sino ai giorni nostri. L'attenzione viene concentrata sulle nozioni che hanno preceduto la figura del provvedimento, quali l'atto complesso, l'atto continuato, l'atto collegiale. L'indagine prosegue esaminando la tesi proposta da M.S. Giannini, gli orientamenti che ne hanno recepito l'insegnamento, coloro che si sono espressi in senso critico, espungendo dalla categoria gli atti vincolati e quelli favorevoli, per giungere, infine, agli assetti odierni sintetizzati da Franco Gaetano Scoca e dalla dottrina successiva.

La seconda parte è costituita da sei capitoli, dedicati all'analisi dei profili strutturali e a quella dei profili funzionali. Nel terzo capitolo si delineano i riferimenti teorici che verranno utilizzati nel corso dell'analisi. In particolare, si esaminano gli elementi di base del fenomeno giuridico, la relazione di rilevanza giuridica e quella di efficacia giuridica.

Il quarto capitolo è dedicato alla individuazione del fondamento del provvedimento. L'analisi del fondamento, oltre a consentire l'approfondimento di un aspetto specifico del provvedimento di per sé importante, quale appunto il fondamento di un istituto giuridico, rappresenta un tema dotato di una portata sistematica perché intorno alla soluzione data si dislocano e trovano a loro volta soluzione i diversi problemi dell'istituto in esame. Dopo aver analizzato la tesi secondo la quale il fondamento deve essere individuato nella sovranità e quella secondo la quale il fondamento deve essere ravvisato nella funzionalizzazione dell'amministrazione al perseguimento del fine pubblico, si propugna la convinzione che il fondamento risieda nella legge. L'indagine prosegue evidenziando che il rapporto fra legge, potere amministrativo e provvedimento muta nel tempo, subendo una profonda trasformazione per effetto del passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto. In quest'ultimo assetto ordinamentale la rilevanza costituzionale attribuita ai diritti fondamentali e il sindacato di costituzionalità delle leggi impongono al legislatore non solo di stabilire in maniera tipica e tassativa i casi in cui l'amministrazione può emanare provvedimenti, ma anche di precisare il procedimento di adozione del provvedimento e, soprattutto, il contenuto che l'atto dovrà assumere.

Il quinto capitolo esamina i profili strutturali statici. Il capitolo è diviso in due sezioni. La prima è volta a rappresentare il procedimento di

produzione giuridica del provvedimento, dedicando particolare attenzione al procedimento e alle sue funzioni. La seconda sezione è volta a individuare gli elementi del provvedimento quale atto giuridico. In essa si distingue fra elementi essenziali, elementi costitutivi ed elementi accidentali del provvedimento. Gli elementi essenziali sono la causa, l'oggetto e la forma. L'elemento costitutivo è la motivazione. Infine, gli elementi accidentali sono il termine, la condizione e il *modus*.

Il sesto capitolo analizza i profili strutturali dinamici ed è suddiviso in quattro sezioni.

Si evidenzierà che i profili statici corrispondono alla relazione di rilevanza giuridica, i profili dinamici si collocano nell'ambito della relazione di efficacia giuridica. La relazione di rilevanza giuridica e la relazione di efficacia giuridica rappresentano le due dimensioni teoriche strutturali, insieme a quelle funzionali, dell'intera fenomenologia del diritto. La relazione di rilevanza giuridica e la relazione di efficacia giuridica rinvengono il loro contraltare nelle figure di causa e contenuto.

Si preciserà che la causa, in sede teorica, è stata connotata come conformità alla norma, in particolare, come corrispondenza fra la fattispecie (prima proposizione costitutiva della norma) e il fatto; in sede dogmatica è stata configurata come elemento essenziale del provvedimento. La conformità del fatto-atto provvedimento alla fattispecie integra la relazione di rilevanza giuridica, in altri termini implica che il fatto extragiuridico (l'atto amministrativo), in quanto morfologicamente corrispondente alla fattispecie normativa, assurge a fatto giuridicamente rilevante, vale a dire a provvedimento amministrativo.

Verrà evidenziato che la relazione di rilevanza giuridica non si esaurisce nella conformità morfologica fra fattispecie e fatto, ma consiste anche nell'"attitudine della fattispecie a veder ricondotte conseguenze giuridiche". La correlazione fra statuizione normativa (seconda proposizione costitutiva della norma) e fatto giuridicamente rilevante integra la relazione di efficacia e conferisce, nel nostro caso, al provvedimento l'efficacia sua tipica.

Gli effetti, in sede teorica, rappresentano le modificazioni che la causa produce sulle situazioni giuridiche altrui. Gli effetti, in sede dogmatica, costituiscono il contenuto del provvedimento, vale a dire la sua determinazione precettiva, i cui esiti sono rappresentati dal mutamento giuridico destinato a essere prodotto nella sfera giuridica del destinatario dell'atto.

Pertanto, l'analisi dei profili strutturali dinamici del provvedimento

investirà due aspetti, rappresentati, il primo, dall'esame degli effetti giuridici del provvedimento e, il secondo, dall'indagine dei meccanismi di determinazione giuridica del contenuto del provvedimento. Il primo aspetto verrà esaminato nella prima sezione, il secondo verrà affrontato nella seconda sezione del capitolo.

Nella prima sezione, l'analisi dei profili strutturali giuridici dinamici implicherà l'esame degli effetti soggettivi, degli effetti oggettivi, degli effetti nel tempo e degli effetti nello spazio. In particolare, verranno esaminati gli effetti immediati, gli effetti differiti, gli effetti retroattivi, il fenomeno denominato retrodatazione, gli effetti istantanei, gli effetti di durata e gli effetti permanenti.

Nella seconda sezione l'analisi degli effetti del provvedimento amministrativo consentirà di approfondire un ulteriore aspetto della figura in esame, considerando fra le diverse tipologie del contenuto degli effetti del provvedimento amministrativo, l'efficacia oggettiva di natura dichiarativa, quella di natura costitutiva e quella di natura preclusiva.

Nella terza sezione si esaminerà il parametro normativo di riferimento dell'azione amministrativa. Il tema verrà affrontato da due angoli prospettici differenti, trattati rispettivamente nella terza e nella quarta sezione. Il primo – al cui esame è dedicata la terza sezione – è costituito dalle caratteristiche delle strategie legislative di configurazione del potere dell'amministrazione e, quindi, dalla natura delle disposizioni in esecuzione delle quali viene elaborata la prescrizione provvedimentale. In particolare, l'indagine verrà condotta analizzando le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo fondate sulle regole e le strategie fondate su principi, su concetti giuridici indeterminati e su clausole generali, le strategie legislative di configurazione del potere decisionale della amministrazione, le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come sfera di libertà, come soggetto a vincoli procedurali e come vincolato, le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come sfera di discrezionalità contraddistinta dalla comparazione degli interessi, le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come mera interpretazione di norme giuridiche, le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo consistenti nella emanazione di principi, di clausole generali e di concetti giuridici indeterminati, le strategie legislative di configurazione del potere amministrativo come scelta fra più soluzioni tecniche.

In altri termini, l'indagine investirà la natura del parametro normativo di riferimento in esecuzione del quale deve essere esercitato il potere amministrativo.

Invece, nella quarta sezione il predetto tema verrà affrontato dal secondo angolo prospettico, che guarda alla determinazione dell'assetto normativo o fattuale assunto come parametro di riferimento per la elaborazione della prescrizione provvedimentale. Il tema concerne i casi in cui nel corso dell'esercizio del potere amministrativo sopravviene un mutamento della situazione di diritto o della situazione di fatto, vale a dire un fenomeno di successione delle norme nel tempo o una sopravvenienza di fatto.

Ne derivano, rispettivamente, le due problematiche comunemente note sotto le locuzioni di provvedimento vincolato e di provvedimento discrezionale, da un lato, e di provvedimento amministrativo "ora per allora", dall'altro.

Il settimo capitolo è dedicato all'analisi delle modalità di esplicazione dell'efficacia. In esso si esaminerà l'imperatività del provvedimento, intesa come una particolare modalità di esplicazione dell'efficacia e l'esecutorietà. In particolare, nel corso dell'analisi dedicata all'esecutorietà si dovrà affrontare il problema di ricostruire la natura giuridica dell'esecutorietà; poi, occorrerà stabilire se il potere esecutivo sia configurabile solo nei casi in cui il legislatore si è pronunciato in maniera espressa oppure anche nei casi in cui l'attribuzione è implicita; inoltre, occorrerà precisare il rapporto intercorrente fra il provvedimento impositivo di obblighi e l'esecuzione coattiva; successivamente, si dovrà determinare il contenuto, i termini e le modalità di esecuzione del provvedimento impositivo dell'obbligo; infine, sarà necessario puntualizzare il ruolo e la natura della diffida.

L'ottavo capitolo esamina i profili funzionali del provvedimento amministrativo. Nel predetto capitolo si svilupperanno brevi riflessioni sulla funzione, se ne prospetterà la collocazione nella fenomenologia giuridica e si analizzeranno le diverse funzioni svolte dal provvedimento amministrativo.

Nella terza parte, composta da un solo capitolo, si esamineranno le patologie del provvedimento e si passeranno in rassegna i casi di inesistenza, di nullità, di annullabilità e di irregolarità del provvedimento.

Parte Prima

*L'elaborazione della nozione
di provvedimento amministrativo*

Capitolo Primo

La genesi dell'atto amministrativo nell'Ottocento

SOMMARIO: 1. Introduzione alla prima parte. – 2. L'origine della nozione di atto amministrativo in Francia. – 3. L'elaborazione della nozione di atto amministrativo in Germania nella prima metà del XIX secolo. – 4. L'atto amministrativo in Italia nella prima metà del XIX secolo. – 5. La distinzione fra atti di imperio e atti di gestione. – 6. L'elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo nella seconda metà del XIX secolo in Germania. – 7. L'elaborazione della nozione di provvedimento amministrativo nella seconda metà del XIX secolo in Italia. – 8. Considerazioni sul metodo giuridico di Otto Mayer. – 9. La teoria dello Stato di Otto Mayer. – 10. La teoria mayeriana dello Stato contesta ogni costruzione giuridica dello Stato. – 11. La divisione dei poteri nella concezione mayeriana dello Stato. – 12. Le subcategorie del potere esecutivo: amministrazione e giurisdizione. – 13. L'idealizzazione del modello statale monarchico costituzionale. – 14. Il diritto amministrativo nella teoria di Otto Mayer. – 15. Il provvedimento amministrativo nella teoria di Otto Mayer. – 16. L'elaborazione della nozione di provvedimento in Italia sul finire dell'Ottocento sino ai primi del Novecento. – 17. Provvedimento e tutela giurisdizionale in Italia nella seconda metà dell'Ottocento.

1. Introduzione alla prima parte

La prima parte del lavoro è dedicata alla ricostruzione delle linee evolutive di elaborazione della nozione, prima, di atto amministrativo e, poi, di provvedimento amministrativo. La prospettiva assunta è volta a ric collegare le riflessioni della dottrina sul provvedimento ai mutamenti ordinamentali che hanno investito ogni Stato, al fine di verificare l'esistenza di un rapporto di condizionalità fra le trasformazioni dell'assetto statale e le alterazioni della nozione in esame.

La prima parte è costituita da due capitoli. Il primo capitolo è volto a delineare l'elaborazione della nozione di provvedimento nel corso del XIX secolo. L'indagine muove dal momento in cui apparve la nozione di

atto e provvedimento amministrativo in Francia, si sofferma sul suo recepimento in Germania e in Italia nella prima metà dell'Ottocento, richiama la distinzione fra atti di imperio e atti di gestione, considerata prodromica alla nozione di provvedimento amministrativo, per poi approfondire le riflessioni avviate in Germania e in Italia nel corso della seconda metà dell'Ottocento. Infine, il primo capitolo si conclude mettendo a confronto le prime compiute elaborazioni della nozione di provvedimento riconducibili, in Germania, a Otto Mayer e, in Italia, a Lorenzo Meucci. Il secondo capitolo, invece, ricostruisce l'elaborazione della nozione in esame nel corso del XX secolo, sino ai giorni nostri. L'attenzione viene concentrata sulle nozioni che hanno preceduto la figura del provvedimento, quali l'atto complesso, l'atto continuato, l'atto collegiale. L'indagine prosegue esaminando la tesi proposta da Massimo Severo Giannini, gli orientamenti che ne hanno recepito l'insegnamento, coloro che si sono espressi in senso critico, espungendo dalla categoria gli atti vincolati e quelli favorevoli, per giungere, infine, agli assetti odierni sintetizzati da Franco Gaetano Scoca e dalla dottrina successiva.

2. L'origine della nozione di atto amministrativo in Francia

L'elaborazione della nozione di atto amministrativo in Europa è stata condizionata dalle vicende istituzionali di tutti i paesi. Invero, il diritto pubblico, in generale, e il diritto amministrativo, in particolare, hanno sempre risentito degli effetti prodotti dai processi di evoluzione e trasformazione delle istituzioni, in maniera più diretta e immediata di ogni altro ramo del diritto.

Il passaggio dalla monarchia assoluta allo Stato di polizia e alla monarchia costituzionale, la trasformazione di uno Stato monarchico in uno Stato federale, la proclamazione della Repubblica costituzionale sono tutti eventi che hanno mutato l'organizzazione istituzionale dello Stato, hanno alterato i rapporti fra i poteri pubblici e hanno modificato in maniera diretta il diritto pubblico e il diritto amministrativo¹.

Le vicende istituzionali, politiche e sociali di uno Stato si riflettono

¹ Per una sintesi estremamente incisiva S. COGNETTI, *Legge amministrazione giudice. Potere amministrativo fra storia e attualità*, Torino, 2014, 15 ss.

sulla nozione di potere e si rispecchiano nell'elaborazione della nozione di atto amministrativo, come di qui a poco si tenterà di dimostrare.

Invero, la locuzione “atto amministrativo” ha origini francesi²; ha fatto la sua prima comparsa in alcune norme emanate durante la Rivoluzione francese³. Né avrebbe potuto essere diversamente perché il diritto amministrativo è nato con la Rivoluzione francese e con l'epopea napoleonica, che hanno demolito e travolto le istituzioni dell'Ancien Régime⁴.

Nel 1808 in Francia è stata pubblicata la prima opera di diritto amministrativo⁵, che ancora oggi viene considerata l'atto di fondazione della scienza amministrativa in Francia.

La predetta locuzione ha fatto ingresso nella dottrina grazie a Philippe Antoine Merlin⁶, che la utilizzò nel 1810 nella quarta edizione del Repertorio Guyot⁷.

²Sostengono che l'espressione abbia origine francese O. MAYER, *Droit Administratif Allemand*, Paris, 1903-1906, I, 70; ID., *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, 1885, 59; L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo (concetto, classificazione, validità)*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1917, 159 ss.; S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1932, 229 ss.; H.U. ERICHSEN, W. MARTENS, *Das Verwaltungshandeln*, in H.U. ERICHSEN, W. MARTENS (hrsg), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 6, 1983, 157 ss.; B.G. MATTARELLA, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 11; M. ENGERT, *Die historische Entwicklung*, cit., 2002, 51 ss. Contro l'origine francese dell'espressione, G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1905, 596.

³Di atti amministrativi parlavano la legge del 16 fruttidoro dell'anno III e il Decreto, che il 2 germinale dell'anno V faceva riferimento a “atti di amministrazione”.

⁴In tal senso, M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in Studi Saresani, 1940, ora in ID., *Scritti*, II, Milano, 2002, 79 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, XII, 1964, 859; L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi, II, La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987, 1 ss.; S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2000, 10 ss.; L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 3; Anche F.G. COCA-M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 8 ss., seppur con qualche perplessità. Ricostruisce il dibattito in Francia sulla nascita del diritto amministrativo G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, 2002, 18 ss.

⁵C.J.B. BONNIN, *Principes d'administration publique*, Paris, 1808. Il volume venne tradotto in Italia, ovviamente a Napoli, C.J.B. BONNIN, *Principi di amministrazione pubblica*, traduzione a cura di ANTONIO DE CRESCENZI-MICHELE SAFIOTTI, Napoli, 1824.

⁶PHILIPPE ANTOINE MERLIN, *Acte administratif*, in *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, I, 1810.

⁷Si fa riferimento al GUYOT, *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*, la cui prima edizione è del 1777, mentre la IV edizione del 1812 venne curata dal Merlin.

Per il Merlin, “acte administratifs” era una ordinanza, una decisione dell'autorità amministrativa, un'azione o un atto di un amministratore in rapporto alle sue funzioni pubbliche. Come si vede, la nozione era tanto ampia da comprendere non solo gli atti amministrativi, come oggi noi li intendiamo, ma anche le operazioni e i comportamenti dell'amministrazione. La connotazione generica e onnicomprensiva della nozione è rimasta in uso per diversi decenni nella stessa cultura giuridica francese⁸, e solo agli inizi del '900 si assistette a qualche tentativo di precisazione⁹.

Gli approfondimenti sono stati possibili perché, già nella prima metà del XIX secolo, in Francia fiorirono gli studi di diritto amministrativo. Salvo la parentesi determinata dalla Restaurazione, nel corso della quale vennero abolite le cattedre di diritto amministrativo dal 1823 al 1828, l'insegnamento del diritto amministrativo è stato incoraggiato, sino a essere reso obbligatorio in tutte le università francesi dal 1837 in poi¹⁰. Contestualmente, sono stati pubblicati numerosi corsi e trattati di diritto amministrativo, che collocarono la scienza francese di diritto amministrativo in una posizione di primo piano fra quelle dei paesi europei¹¹.

Le pubblicazioni dell'epoca hanno subito un intenso processo di trasformazione, passando, in una prima fase, da un impianto descrittivo ed espositivo, per giungere, in un secondo momento, a opere caratterizzate dalla presenza di un impianto sistematico, anche se elementare, e dall'aspirazione verso maggiori approfondimenti¹². Gli autori di dette pub-

⁸ Per una connotazione generica dell'atto amministrativo cfr. M. DALLOZ, *Repertoire de Legislation, de Doctrine et de Jurisprudence*, Paris, 1842, II.

⁹ Restrinsero la nozione agli atti produttivi di effetti giuridici, con i quali si esercitano poteri e diritti dell'amministrazione M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1907, 413; F. MOREAU, *Droit administratif*, Paris, 1909, 127.

¹⁰ A. SANDULLI, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 16.

¹¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1988, 31.

¹² Nella prima metà dell'Ottocento, vennero pubblicati diversi lavori, fra i quali vanno ricordati L.A. MACAREL, *Eléments de jurisprudence administrative, extraits de décisions rendues par le Conseil d'Etat en matière contentieuse*, Paris, 1818; L.A. MACAREL, *Des tribunaux administratifs ou introduction à l'étude de la jurisprudence administrative*, Paris, 1828; J. M. DE GERARDO, *Institutes de droit administratif français, ou éléments du Code administratif*, Paris, 1829; E. V. FOUART, *Eléments de droit public et administratif ou exposition méthodique des principes du droit public positif*, Paris, 1834; L.F.J. LAFERRIERE, *Cours théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris,