

# Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

ANNO XXI - FASCICOLO 1-2 - 2013

**1-2/2013**

*In questo numero:*

Umberto Pototschnig  
Il “principio di concorrenza”



GIUFFRÈ EDITORE

© Copyright - Giuffrè Editore

---

# indice

---

## DOTTRINA

	<i>pag.</i>
Aldo TRAVI, <i>Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo (in ricordo di Umberto Pototschnig)</i> .....	1
Francesca TRIMARCHI BANFI, <i>Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento</i> .....	15
Margherita RAMAJOLI - Bruno TONOLETTI, <i>Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali</i> .....	53
Gian Domenico COMPORI, <i>Il danno ambientale e l'operazione rimediale ...</i>	117
Stefano TARULLO, <i>Buone prassi e continuità dell'amministrazione pubblica (parte II)</i> .....	149

## NOTE E RASSEGNE

Andreina SCOGNAMIGLIO, <i>Autotutela pubblicistica e contratti in corso</i> .....	205
Marco DI LULLO, <i>Organizzazione amministrativa e modelli privatistici: le società (legali) "pubbliche amministrazioni"</i> .....	245

MARGHERITA RAMAJOLI — BRUNO TONOLETTI

## QUALIFICAZIONE E REGIME GIURIDICO DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI GENERALI (\*)

SOMMARIO: 1. Del possibile contenuto precettivo degli atti amministrativi generali. — 2. Atti amministrativi generali e atti regolamentari. — 3. Gli atti amministrativi generali tra regolare e provvedere. — 4. Atti amministrativi generali e leggi provvedimento. — 5. Lacune normative e presunto statuto degli atti amministrativi generali. — 6. La tensione tra universale e particolare nel problema della motivazione degli atti amministrativi generali. — 7. L'apparente paradosso degli atti generali assoggettati alla disciplina degli atti individuali. — 8. I destinatari dei precetti contenuti negli atti amministrativi generali. — 9. Caratteri della lesività del contenuto precettivo degli atti amministrativi generali. — 10. L'antinomia dell'atto generale scindibile nella giurisprudenza sui limiti soggettivi di efficacia dell'annullamento dell'atto generale. — 11. Osservazioni conclusive.

1. Un saggio della fine degli anni Ottanta del secolo scorso proponeva di rifondare il sistema delle fonti di produzione normativa, ritenendo che la rilevanza di un atto giuridico risiedesse non nella forma rivestita, bensì nel precetto contenuto nell'atto stesso (1).

Si veniva così a elaborare con specifico riguardo alla materia urbanistica una “categoria nuova e autonoma di effetto giuridico precettivo”: “la categoria delle previsioni o prescrizioni urbanistiche, che tutte assieme compongono la disciplina urbanistica di un

(\*) Il presente scritto è destinato agli *Studi in onore di Paolo Stella Richter* ed è frutto della riflessione congiunta degli Autori; tuttavia, i paragrafi 1, 2, 4, 5, 8, e 9 sono stati scritti da Margherita Ramajoli e i paragrafi 3, 6, 7, 10 e 11 da Bruno Tonoletti.

(1) P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti della disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1989, 607 ss.

certo territorio in un momento dato”, accomunata dal porre precetti di natura sostanziale (2).

Nella categoria si ricomprendevano tutte le prescrizioni concorrenti a determinare la disciplina del territorio indipendentemente dalla circostanza che esse fossero poste per legge, per regolamento o per atto amministrativo (3).

In tal maniera si sottolineava che la categoria degli atti normativi, al pari di ogni altra categoria giuridica, possedeva un valore eminentemente relativo, potendo anche gli atti non propriamente normativi avere un’incidenza diretta sul sistema normativo (4).

Quest’originale impostazione stimola un’ulteriore riflessione intesa a verificare se sia possibile delineare un’autonoma categoria di atti amministrativi idonei a dettare precetti di natura sostanziale, oppure se la visione tradizionale che distingue tra atti legislativi, atti regolamentari, atti amministrativi generali, atti amministrativi puntuali sia idonea a consentire una soddisfacente e coerente ricostruzione dell’esperienza giuridica in materia.

Il quesito porta a domandarsi anzitutto quali siano gli attuali criteri di qualificazione degli atti giuridici e, al tempo stesso, quale sia la disciplina giuridica a essi applicabile.

Infatti l’importanza dell’inquadramento di un atto giuridico in una determinata categoria dogmatica risiede nel fatto che da tale inquadramento è fatta discendere l’applicabilità di un dato regime composto da talune regole particolari (5).

Tuttavia è possibile notare in materia una certa circolarità nel ragionamento giuridico: spesso è proprio da elementi di carattere formale, intesi come sottoposizione a una determinata disciplina giuridica, che si ricava la qualificazione di un atto, con un rapporto tra causa ed effetto completamente ribaltato.

In secondo luogo deve fin da subito essere osservato che il fenomeno degli atti provenienti dall’amministrazione e dotati del carattere della generalità è di per sé problematico. Per lungo tempo “le definizioni istituzionali” dell’atto amministrativo “ten-

(2) *Op. cit.*, 609.

(3) *Op. cit.*, 621.

(4) *Op. cit.*, 612.

(5) Per tutti A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, 1984, 52 ss.

devano a porre il suo carattere di specialità come elemento della nozione”, espungendo dalla categoria gli atti contraddistinti dalla generalità. E anche una volta ammessa l’esistenza di atti amministrativi non propriamente “speciali” si è affermato che “gli atti amministrativi generali costituiscono pur sempre l’eccezione, piuttosto che la regola” (6).

Gli atti amministrativi generali hanno da sempre costituito un’anomalia nel nostro ordinamento giuridico, perché si è soliti predicare che l’amministrazione è attività concreta e che l’atto amministrativo è il diritto nel caso individuale.

Ma è indubbio che vi sia, e sempre più esteso, uno spazio indistinto tra la legge e l’atto amministrativo puntuale, spazio che l’amministrazione occupa.

Questo fenomeno impone un approfondimento della portata della contrapposizione tra atto amministrativo *generale* e atto amministrativo *speciale*.

Scarsa è la consistenza dogmatica del concetto di generalità di un atto ed essa risalta se si passa a considerare la casistica in materia. Prova ne è l’estrema difficoltà di inquadramento di fattispecie quali, ad esempio, i piani regolatori generali, talvolta ricompresi tra gli atti amministrativi generali, talaltra tra gli atti normativi (7); oppure i provvedimenti di determinazione di prezzi o di tariffe, annoverati vuoi tra gli atti amministrativi generali, vuoi tra gli atti normativi, vuoi tra gli atti plurimi (8); o, ancora, i bandi di gara, considerati quasi sempre atti generali, ma talvolta anche atti normativi (9).

(6) Così A. ROMANO, *Sulla c.d. “generalità” dei provvedimenti-prezzi del C.I.P.*, in *Foro amm.*, 1960, 690 ss., 691; sull’originario ostacolo al riconoscimento degli atti amministrativi generali costituito dal tradizionale principio della divisione dei poteri dello Stato cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000, 3 ss.

(7) “Quasi tutti gli autori che si sono occupati dell’argomento hanno ritenuto di doversi pronunciare in un senso o nell’altro, quando non addirittura in un senso o nell’altro al tempo stesso” (P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti*, cit., 613-614).

(8) Sul punto cfr. già E. GUICCIARDI, *Natura e specialità dei provvedimenti-prezzi del C.I.P.*, in *Giur. it.*, 1955, III, 85 ss.; V. BACHELET, *L’attività di coordinamento nell’amministrazione pubblica dell’economia*, Milano, 1957, 225 ss.; A. AMORTH, voce *Prezzi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 438-439.

(9) Anche se maggioritario è l’orientamento che considera i bandi di gara atti generali (cfr., per tutti, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35), definisce, sia pure in un *obiter*, il bando di gara come disposizione di natura regolamentare Cons. Stato,

2. Tradizionalmente la categoria degli atti amministrativi generali è distinta da quella degli atti normativi, in particolare regolamentari (10).

Anche se è relativizzata da una parte della dottrina, la distinzione tra atti amministrativi generali e atti regolamentari è ancora fortemente presente a livello giurisprudenziale (11).

La giurisprudenza, sia costituzionale, sia amministrativa, sia ordinaria, è solita affermare che l'atto amministrativo generale e il regolamento non sono affatto equivalenti. L'atto amministrativo generale si contrappone all'atto normativo non in base al criterio formale o nominalistico, secondo cui sono le norme sulle norme a stabilire quali atti debbano qualificarsi come normativi (12), bensì utilizzando un criterio di natura sostanziale.

Dice il giudice costituzionale che non possono essere requisiti di carattere formale, "quali il *nomen iuris* e la difformità procedimentale rispetto ai modelli di regolamento disciplinati in via generale dall'ordinamento", a determinare di per sé l'esclusione di un determinato atto dalla tipologia regolamentare. Si ha un regolamento quando la potestà affidata all'amministrazione comporta la produzione di "norme generali e astratte", mediante le quali "si disciplinano i rapporti giuridici, conformi alla previsione normativa, che possano sorgere nel corso del tempo". Si ha invece

sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in *Urb. app.*, 2011, 983, con nota di M. CARMEN, *Superabilità della clausola "a pena di esclusione"*.

(10) A. DE VALLES, *Regolamenti ministeriali e ordinanze generali*, in *Foro it.*, 1951, IV, 97 ss.; M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, *ivi*, 1953, III, 18 ss., ora in *Scritti*, vol. III, Milano, 2003, 769 ss.; A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, *ivi*, 1954, IV, 217 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Napoli, 1990, 39 ss.

(11) Sulla sostanziale fungibilità tra regolamenti e direttive già G. AMATO, *Nuove tendenze nella formazione degli atti governativi di indirizzo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 158; F. MERUSI, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, *ivi*, 1972, 275. Sui confini sfumati tra regolamenti e atti amministrativi generali cfr. altresì G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, *cit.*, 172 ss.; G. MORBIDELLI, *Il Tar del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in *Istituzioni mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Torino, 2002, 405 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, 2003, 115 ss.; C. PADULA, *Considerazioni in tema di fonti statali secondarie atipiche*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 365 ss., spec. 403 ss.

(12) G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, *cit.*, 390.

un atto amministrativo generale quando la potestà “esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico, con cui l’amministrazione persegue la cura degli interessi pubblici a essa affidati dalla legge” (13).

Anche per il giudice amministrativo l’atto amministrativo generale, a differenza di quello regolamentare, “non pone alcuna disciplina generale e astratta dei rapporti giuridici e non innova l’ordinamento giuridico” (14) e così pure per la Cassazione l’atto amministrativo generale è espressione di una “semplice potestà amministrativa di natura gestionale” ed è rivolto alla “cura concreta d’interessi pubblici, seppure a destinatari indeterminati”; di contro gli atti regolamentari sono espressione di una potestà normativa secondaria rispetto alla potestà legislativa, disciplinano in astratto “tipi di rapporti giuridici” mediante una regolazione attuativa o integrativa della legge, ma ugualmente “innovativa” rispetto all’ordinamento giuridico esistente, e lo fanno con precetti che presentano i caratteri della generalità e dell’astrattezza, “intesi essenzialmente come ripetibilità nel tempo dell’applicazione delle norme e non determinabilità dei soggetti cui si riferiscono” (15).

La giurisprudenza mostra così di recepire la tesi dottrinale tradizionale secondo cui con i regolamenti l’amministrazione “partecipa alla funzione legislativa, in senso materiale” (16) e dispone di un potere che consiste nella “possibilità di innovare

(13) Cfr., da ultimo, Corte cost., 22 luglio 2010, n. 278.

(14) Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 1997, n. 1145, in *Giur. it.*, 1998, 1274, con nota di C. TUBERTINI, *Gli atti di determinazione di aliquote d’imposta e il discusso limite tra atti normativi e atti amministrativi generali*, che, facendo applicazione del suddetto criterio, ha escluso la natura normativa della delibera comunale istitutiva dell’Iciap; Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2001, n. 732; Cons. Stato, atti norm., 11 luglio 2005, n. 911, in *Foro amm. CdS*, 2005, 2347; da ultimo cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812 e 28 febbraio 2012, n. 1120, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, con nota di M. MASSA, *Due sentenze ambiziose sul potere normativo dell’amministrazione*; Ad. pl., 4 maggio 2012, n. 9, *ivi*, 2012, 1209, con nota di N. LUPO, *Il Consiglio di Stato individua un criterio per distinguere tra atti normativi e atti non normativi*.

(15) Così, molto chiaramente, Cass., sez. un., n. 10124/94, in *Giust. civ. Mass.*, 1994.

(16) A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1986 (rist. anastatica dell’edizione del 1916), 88.

(sia pure a un livello inferiore rispetto agli atti legislativi) l'ordinamento giuridico" (17).

Gli atti amministrativi generali, in quanto atti amministrativi, hanno per scopo la cura di un interesse pubblico concreto e puntuale, "che ne costituisce il motivo", mentre nel regolamento "lo scopo non è la cura dell'interesse pubblico: questa potrà essere un'occasione: ma lo scopo è quello tipico di qualsiasi atto normativo: la regolazione astratta di rapporti giuridici al fine di costituire l'ordinamento giuridico" (18).

I regolamenti svolgono "una funzione costitutiva dell'ordinamento", dettando norme destinate a "valere *semper et ad semper* finché non si verifichi l'abrogazione". Invece gli atti amministrativi generali esauriscono la loro efficacia con le singole applicazioni dei medesimi (19).

Facendo uso di questi criteri e di queste classificazioni, la giurisprudenza ad esempio nega che il bando di gara abbia carattere normativo perché in esso difettano sia l'elemento dell'innovatività che quello dell'astrattezza (20). Secondo il giudice amministrativo la preordinazione del bando alla "regolamentazione di una specifica procedura selettiva" impedisce di riconoscere in quell'atto "qualsiasi idoneità ad introdurre definitivamente nell'ordinamento giuridico regole o precetti destinati ad essere applicati ad una serie indefinita di rapporti". Di conseguenza viene esclusa qualsiasi valenza normativa nelle relative prescrizioni dirette a disciplinare, anche se in via generale, uno specifico procedimento amministrativo e, quindi, destinate ad esaurire la loro efficacia con la conclusione di quest'ultimo (21).

Il criterio distintivo tra le due categorie di atti amministrativi tuttora adottato dalla giurisprudenza fa leva sulla capacità inno-

(17) A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 53. Ma cfr. altresì S. ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1945, 390, secondo cui "la funzione legislativa e la funzione esecutiva trovano un punto in cui s'incontrano e si esplicano con atti di carattere misto, che costituiscono una legislazione amministrativa minore e secondaria, rispetto a quella delle leggi formali, e anche un'amministrazione normativa superiore all'amministrazione concreta che si estrinseca in singoli provvedimenti".

(18) M. S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi*, cit., 792.

(19) P. VIRGA, *Diritto amministrativo, Atti e ricorsi*, VI ed., Milano, 2001, 32.

(20) Cfr. *supra*, par. 1, nt. 9.

(21) Tra le tante cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 35/2003, cit.

vativa dell'ordinamento giuridico, che sarebbe propria solo degli atti regolamentari, in quanto fonti di produzione giuridica: è atto normativo quello le cui previsioni hanno il carattere dell'indefinita ripetibilità e applicabilità a fattispecie concrete.

Trattasi di un criterio di natura sostanziale, per cui un atto della pubblica amministrazione manifesterebbe la sua natura normativa in base alla sua attitudine intrinseca e oggettiva di disciplina in astratto di rapporti giuridici (22).

Tuttavia, specie a seguito di una vera e propria esplosione di quel particolare tipo di attività amministrativa che è l'attività regolatoria, la già labile distanza in concreto tra atti amministrativi generali e atti amministrativi regolamentari, ossia normativi, è venuta sempre più ad assottigliarsi. Per fare (per ora) un solo esempio, è difficile sostenere che atti come le delibere emesse dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas o dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni divergano dai tradizionali atti regolamentari dal punto di vista contenutistico e quindi dal punto di vista delle modalità di disciplina della materia. Siamo infatti di fronte a disposizioni che hanno la caratteristica della novità, introducendo condizioni e prescrizioni ulteriori rispetto a quelle fino a quel momento esistenti (23).

Del resto, anche la stessa affermazione tralattizia che tratto caratterizzante dell'atto amministrativo "generale" sia la soluzione in concreto di "specifici" problemi o di "specifiche" esigenze pubbliche risulta quasi una contraddizione in termini, un ossimoro.

3. Una delle ragioni per le quali la giurisprudenza continua a utilizzare la distinzione sostanziale tra norma e provvedimento

(22) A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali*, cit., 46.

(23) Sui particolari caratteri degli atti di regolazione si rinvia a V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI e A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, 2010, 75 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 679 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI e F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, 189 ss.; B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, in M. CUNIBERTI, E. LAMARQUE, B. TONOLETTI, G.E. VIGEVANI, M.P. VIVIANI SCHLEIN, *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006, II ed., 310 ss.

è data dall'esigenza di distinguere i diversi tipi di prescrizioni che possono essere contenute all'interno degli atti amministrativi. Uno degli esempi più importanti e problematici, anche se non certo il solo, è dato dagli strumenti urbanistici.

La giurisprudenza riconosce che il piano regolatore possa contenere anche norme di carattere regolamentare. Si parla in tal caso di "atto amministrativo generale a contenuto normativo" (24).

La distinzione tra prescrizioni provvedimentali e disposizioni regolamentari risulta funzionale principalmente a determinare il regime dell'impugnabilità del piano, essendosi consolidato l'orientamento che impone l'immediata impugnazione dello strumento urbanistico per contestare le prescrizioni di carattere provvedimentale, mentre ritiene che la legittimità delle disposizioni materialmente normative possa essere messa in discussione al momento dell'impugnazione dell'atto applicativo. Sul tema dell'impugnabilità si tornerà ampiamente in seguito, ma per il momento interessa osservare come il problema di qualificazione dei contenuti dell'atto si ponga operativamente, cioè nel momento in cui la classificazione tipologica delle prescrizioni contenute nel piano diventi rilevante per stabilire il suo regime sostanziale o processuale.

L'angolo di osservazione prescelto rende opportuno presentare il problema attraverso l'esposizione di casi concreti. Non è mai possibile, infatti, ridurre a semplice massima le concettualizzazioni presenti nell'elaborazione giurisprudenziale, perché la visuale del giudice è sempre condizionata dalle esigenze pratiche di disciplina poste dal caso concreto (25).

Con ciò non si vuol sostenere che la decisione del giudice sia determinata dalla particolarità del caso sottoposto al suo esame. A volte, certamente, questo accade, ma il punto che in questa sede interessa sottolineare è piuttosto che il giudice ha sempre davanti

(24) Cass., sez. III, 25 novembre 2003, n. 17914 (la quale richiama Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 1966 n. 517 e Sez. V, 25 novembre 1988 n. 749); Cons. Stato, sez. V, 6 ottobre 2000, n. 5326.

(25) Sulla contrapposizione tra diritto casistico e diritto per massime, cfr. F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in *Contratto e impresa*, 1985, 701 ss.

a sé una questione concreta e una problematica generale, che non possono essere artificiosamente separate.

Si pensi all'ipotesi in cui il giudice amministrativo ha dovuto affrontare sia una particolare ipotesi di contestazione tardiva di una determinata prescrizione urbanistica, sia il problema generale dato dalla tensione tra le istanze di tutela del singolo e l'esigenza di salvaguardare la stabilità della pianificazione.

Una variante integrale con valore di PUC di un Comune era stata annullata dal giudice amministrativo per violazione delle garanzie partecipative procedurali (26). Tuttavia, la sentenza, in quanto resa su ricorso di un solo soggetto "nella parte in cui l'area di (sua) proprietà ... risulta(va) sottoposta ad una nuova disciplina ritenuta penalizzante rispetto alla situazione preesistente", era stata interpretata da successive pronunce del medesimo Tar nel senso che la portata dell'annullamento fosse limitata alle parti in causa. Conseguentemente, le prescrizioni contenute nel piano annullato avevano continuato a trovare applicazione in tutto il resto del territorio comunale.

Una delle prescrizioni del piano in questione prevedeva la possibilità di realizzare nuovi edifici in una data zona mediante trasferimento di volumetria recuperata con interventi di demolizione attuati anche in altre zone del territorio comunale. Rilasciato un permesso di costruire in base al PUC, i proprietari di edifici vicini all'area di localizzazione della nuova costruzione presentavano ricorso contro tale permesso e contro le prescrizioni del PUC facoltizzanti il trasferimento di volumetria (27).

Il Tar ha respinto l'eccezione di tardività, con la quale si sosteneva che lo strumento urbanistico avrebbe dovuto essere impugnato entro il termine di decadenza decorrente dalla sua pubblicazione. Ha osservato il giudice che "il ricorso denuncia l'illegittimità del PUC di Genova come atto presupposto al titolo concretamente lesivo". Ma se a seguito dell'approvazione del PUC la situazione dei ricorrenti non risultava essere sostanzialmente mutata, essa "è mutata invece, colorando con ciò la situazione di sopravvenuta lesione, allorché il meccanismo di trasferi-

(26) Tar Liguria, 28 settembre 2002, n. 985, confermata da Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7783.

(27) Il caso è stato deciso da Tar Liguria, 26 maggio 2010, n. 3399.

mento di cubatura introdotto dal PUC ha prefigurato le sue potenzialità pregiudizievoli, circostanza che si è avverata solo con il rilascio del titolo di che si tratta”.

Pur senza affermarlo esplicitamente, il Tar ha ravvisato nella prescrizione sulla trasferibilità della volumetria una componente di astrattezza, che la rendeva suscettibile di ripetute (e solo eventuali) applicazioni, dipendenti dalle libere scelte dei soggetti che si fossero trovati nella condizione di approfittare della possibilità da essa offerta, per modo che il pregiudizio per i terzi necessitava del provvedimento applicativo per diventare attuale e concreto: “la generica possibilità di trasferire la cubatura da una zona all’altra del territorio comunale potrebbe essere intesa come lesiva da ogni proprietario di fondi agricoli o urbani del comune, posto che ognuno potrebbe considerarsi candidato all’anomalo inserimento di nuove volumetrie nelle aree prossime a quelle di pertinenza”.

Il Consiglio di Stato ha riformato la decisione, ritenendo inammissibile per tardività il ricorso contro il PUC (28). La decisione si è rifatta all’orientamento che, ai fini dell’impugnabilità degli strumenti urbanistici, distingue tra “le prescrizioni che in via immediata stabiliscono le potenzialità edificatorie della porzione di territorio interessata” e “le altre regole che più in dettaglio disciplinano l’esercizio dell’attività edificatoria, generalmente contenute nelle norme tecniche di attuazione del piano o nel regolamento edilizio”. Mentre le prime sono soggette all’onere d’impugnazione fin dalla loro pubblicazione, “in relazione all’immediato effetto conformativo dello *jus aedificandi* dei proprietari dei suoli interessati che ne deriva”, le seconde “sono suscettibili di ripetuta applicazione ed esplicano effetto lesivo nel momento in cui è adottato l’atto applicativo e possono essere, quindi, oggetto di censura in occasione della sua impugnazione”.

Nella specie, secondo il Consiglio di Stato, “la correlazione fra zona di intervento e normativa delle sottozone consentiva di individuare in maniera inequivoca la disciplina urbanistica alla stessa applicabile, con conseguente immediata percepibilità della potenzialità lesiva della zonizzazione così effettuata da chiunque potesse vantare un interesse differenziato, come i proprietari di

(28) Cons. Stato, sez. IV, 28 marzo 2011, n. 1868.

immobili in aree limitrofe”. Stante l’immediata percepibilità della potenzialità lesiva della zonizzazione, i ricorrenti avevano l’onere di impugnare tempestivamente il PUC, entro i termini decadenziali decorrenti dalla sua pubblicazione, senza attendere il rilascio del permesso di costruire.

Per quanto le due sentenze contrastanti abbiano ragionato attorno all’immediata lesività della prescrizione urbanistica relativa alla trasferibilità della volumetria, il punto di differenziazione risiede nella diversa classificazione della prescrizione medesima. La prescrizione viene (implicitamente) considerata dal Tar una regola suscettibile di ripetute applicazioni, laddove il Consiglio di Stato (altrettanto implicitamente) la assimila agli indici di edificabilità e alle altre prescrizioni che esprimono immediatamente la potenzialità edificatoria dell’area.

Malgrado lo scarso approfondimento che si registra sul punto in entrambe le decisioni, la questione appare intuitivamente “difficile”. Se è vero, da un lato, che la trasferibilità della volumetria concorre alla determinazione delle potenzialità edificatorie delle aree libere situate nelle zone per cui tale possibilità è prevista, si deve pure considerare, d’altro lato, che la trasferibilità della volumetria non è un indice, atto ad esprimere immediatamente la potenzialità edificatoria dell’area, ma è una regola astratta, in forza della quale la potenzialità edificatoria dell’area non è più immediatamente espressa dagli indici di zona, i quali potranno essere concretamente determinati solo nella fase applicativa del piano, in dipendenza di circostanze del tutto eventuali, rimesse alla libera iniziativa dei singoli e quindi non astrattamente prefirgurabili.

La linea di demarcazione individuata dalla giurisprudenza (prescrizioni che stabiliscono le potenzialità edificatorie delle aree, immediatamente conformative dello *ius aedificandi*, e regole che disciplinano l’attività edificatoria, suscettibili di ripetuta applicazione) rappresenta una traduzione della distinzione sistematica tra norma e provvedimento. Questa distinzione, solo apparentemente netta, rivela dunque una scarsa consistenza nel momento applicativo.

Tuttavia, le incertezze non dipendono solo da un insufficiente rigore nell’applicazione dei concetti, quanto piuttosto da ragioni di carattere eminentemente pratico.

Lo dimostra molto chiaramente l’orientamento assunto dalla

giurisprudenza in tema di prescrizioni localizzative delle antenne di telefonia cellulare. Il potere di regolamentare la localizzazione sul territorio delle reti di comunicazione mobile è stato ricondotto al potere di pianificazione urbanistica, essendosi escluso che i Comuni abbiano il potere di dettare prescrizioni in materia per ragioni di tutela della salute, le quali sono riservate alla legislazione statale (29).

Nonostante ciò, in questo ambito non si è posto un problema di distinzione tra prescrizioni immediatamente impugnabili e regole impugnabili solo con l'atto applicativo, perché la giurisprudenza ha classificato come norme di carattere regolamentare tutte indistintamente le disposizioni relative alla localizzazione delle reti di telefonia.

L'esigenza di favorire una rapida consolidazione della disciplina pianificatoria, mettendola al riparo da contestazioni tardive, così avvertita dalla giurisprudenza in materia urbanistica, non ha avuto alcuna incidenza nella materia in esame.

Formalmente, la giurisprudenza in argomento si appoggia sul criterio distintivo consolidato, ma si tratta all'evidenza di una giustificazione *a posteriori*, priva di qualsiasi incidenza concreta. Il giudice amministrativo, constatato che l'art. 8, co. 6, della legge n. 36 del 2001, ha attribuito il *nomen iuris* di "regolamento" allo strumento giuridico per l'esercizio della potestà riconosciuta ai Comuni di "assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti", attribuisce a qualsiasi prescrizione in materia il carattere di "norma regolamentare, di carattere generale e astratto, destinata a disciplinare, su tutto il territorio comunale, la futura installazione degli impianti di telecomunicazione" (30).

(29) Nel senso che ai comuni spettano "solo competenze in materia di uso del territorio e non anche in ordine alla disciplina dell'installazione degli impianti di radiocomunicazione sotto il profilo della compatibilità con la salute umana", cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2002, n. 3098, in *Foro amm. Cds*, 2002, 1864, con nota di M.C. COLOMBO, *Il potere regolamentare dei comuni in tema di inquinamento da onde elettromagnetiche prima e dopo la legge quadro 36/2001*, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, 168, con nota di E. ROLANDO, *Inquinamento derivante da onde elettromagnetiche. Disciplina normativa, profili di riparto di competenze e principio di precauzione*; Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 450.

(30) Così si esprime Cons. Stato, sez. VI, 8 settembre 2009, n. 5258, la quale aggiunge che, poiché con la prescrizione ivi considerata "sono stati posti limiti

Una tale sottolineatura dell'astrattezza dei limiti posti con la disciplina localizzativa delle antenne di telefonia appare pienamente condivisibile sul piano concettuale, ma contrasta con lo scarsissimo rilievo che in materia di pianificazione urbanistica la giurisprudenza tradizionalmente attribuisce all'astrattezza delle prescrizioni incidenti sulla potenzialità edificatoria delle aree, che vengono indistintamente ascritte al novero delle prescrizioni di carattere provvedimentale (31).

Le preoccupazioni pratiche sembrano prevalere nettamente sulla coerenza dei concetti. Se in materia urbanistica l'applicazione della distinzione tra provvedimento e norma risulta influenzata dalla preponderante preoccupazione per la stabilità dell'assetto pianificatorio, nel settore delle antenne di telefonia mobile prevale l'esigenza di assicurare un rapido ed organico sviluppo delle reti di telecomunicazione, il che conduce la giurisprudenza a una *preferenza* per il provvedimento nel primo caso e a una *preferenza* per la norma nel secondo.

4. Non vi sono però solo gli elementi di problematicità appena segnalati. Se si amplia l'orizzonte di riferimento il quadro tracciato inizialmente viene messo ulteriormente in crisi. L'impostazione che per distinguere atto amministrativo generale e atto regolamentare utilizza un criterio sostanziale non è più seguita dalla stessa giurisprudenza allorché viene in rilievo la distinzione tra atto amministrativo e atto legislativo.

La definizione di atto legislativo è affidata esclusivamente a caratteri formali e di conseguenza pure la distinzione tra atti legislativi e atti amministrativi è fatta passare attraverso un criterio squisitamente formale, che poggia sul rispettivo procedimento di formazione. Questo è il portato delle note polemiche dottrinali

astratti all'installazione dei detti impianti", ne "consegue che il termine per ricorrere avverso siffatta disciplina non può che decorrere dal momento in cui la disciplina ha ricevuto applicazione concreta; ossia dal provvedimento di diniego di autorizzazione".

(31) Una rara eccezione, rispetto a una giurisprudenza quasi integralmente orientata in senso contrario, è offerto da Cons. Stato, sez. V, n. 5326/00, cit., che ha considerato di carattere regolamentare la prescrizione che prevede la destinazione a verde attrezzato o servizi pubblici delle aree libere in zona B, malgrado si tratti di disposizione immediatamente conformativa dello *ius aedificandi*.

che hanno investito i caratteri della norma in senso sostanziale, sui quali non esiste concordia alcuna (32).

Così Corte costituzionale e Consiglio di Stato sono chiari e costanti nell'affermare che nessuna disposizione costituzionale prevede che gli atti a contenuto particolare o concreto debbano necessariamente avere la forma di atto amministrativo. Non esistendo nel nostro ordinamento una riserva agli organi amministrativi degli atti a contenuto particolare e concreto, sono ritenute ammissibili le leggi-provvedimento e cioè atti formalmente legislativi che tuttavia tengono luogo di provvedimenti amministrativi in quanto dispongono in concreto su casi e rapporti specifici.

Secondo il giudice costituzionale la legge si definisce non già in relazione al suo contenuto materiale generale e astratto, bensì in dipendenza dei suoi caratteri formali, con la conseguenza che essa può avere un contenuto concreto e particolare e disciplinare oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa (33).

Anche il giudice amministrativo ha precisato che “la Costituzione non garantisce ai pubblici poteri l'esclusività delle attribuzioni gestorie” e che il legislatore non incontra “limiti diversi da quelli dell'osservanza del procedimento di formazione delle leggi”. Il valore e il regime giuridico della legge sono fatti derivare unicamente dalla sua qualificazione formale e prescindono dalla

(32) Per diverse impostazioni sui caratteri propri della norma cfr. V. CRISAFULLI, voce *Atto normativo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 251 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto (artt. 1-9)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di F. GALGANO, II ed., Bologna-Roma, 2011, 168 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. I. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1990, 13 ss.; da ultimo, M. MASSA, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Napoli, 2011, spec. 87 ss. Va poi incidentalmente osservato che il diritto dell'Unione europea non conosce ancora una netta distinzione tra atti legislativi e atti amministrativi, nonostante una sistematizzazione più precisa “degli atti giuridici dell'Unione”, divisi e tipizzati nelle due categorie degli atti legislativi e degli atti non legislativi, dovuta agli artt. 288 ss. TFUE. Infatti, queste disposizioni del Trattato “rimangono estremamente generali” e per altra parte “sono poco convincenti nella distinzione tra atti non legislativi ed atti esecutivi” (M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, IV ed., Milano, 2011, 479).

(33) Cfr., tra le tante, Corte cost., 21 marzo 1989, n. 143; 9 febbraio 2012, n. 20. Sulla riserva di amministrazione si rinvia a M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 178 ss.; D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, 4 ss.

natura generale e astratta delle disposizioni in essa contenute: l'atto normativo primario non è qualificato dal suo contenuto sostanziale, né i precetti legislativi posseggono caratteri essenziali esclusivi (34).

Ne consegue altresì che la scelta se adottare una legge oppure un atto amministrativo per disciplinare una data materia rientra nell'ampia discrezionalità del legislatore. Così il piano sanitario regionale non necessariamente deve essere assunto con atto amministrativo, potendo anche essere approvato con legge (35), e, di converso, gli interventi da attuarsi con norme regionali sui meccanismi di distribuzione dei farmaci non devono essere introdotti inevitabilmente per legge, essendo l'espressione "norme regionali" "idonea a ricomprendere ogni sorta di disciplina che regoli in via di generalità la materia ... disciplina che può essere così posta anche con atto regolamentare o con atto generale a contenuto programmatico" (36) (37).

Del resto, questa sorta di equiparazione tra atto amministrativo generale e legge risulta anche dal fenomeno della "legificazione" di precedenti atti amministrativi generali. Tale fenomeno, a detta della giurisprudenza, non integra di per sé la fattispecie di un abuso di potere legislativo neppure nell'eventualità in cui i preesistenti atti amministrativi generali fossero già stati impugnati (38).

(34) Cons. Stato, sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6219; ma molto chiaramente altresì Cons. Stato, sez. IV, 26 settembre 2007, n. 4970.

(35) Cons. Stato, sez. IV, 5 novembre 2004, n. 7211; Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2004, n. 1559.

(36) Tar Puglia, Bari, sez. I, 21 maggio 2003, n. 1979.

(37) In realtà la Corte costituzionale ha affermato che "legittimamente la legge dello Stato, nell'esercizio di una competenza che le è riservata in via esclusiva, può vietare che la funzione amministrativa regionale venga esercitata in via legislativa". Pertanto, "il legislatore nazionale ha titolo per imporre alle Regioni di provvedere nella forma dell'atto amministrativo, anziché in quella della legge" (Corte cost., n. 20/2012, cit., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che ha approvato il calendario venatorio). Ma è evidente che la questione che qui viene in rilievo è ultronea rispetto a quella oggetto della presente analisi, riguardando esclusivamente i rapporti tra Stato e Regioni.

(38) Cons. Stato, sez. IV, 24 marzo 2004, n. 1559, in *Giur. it.*, 2005, 175, con nota di S. SPUNTARELLI, *La legge di approvazione del piano sanitario e del piano di riordino delle rete ospedaliera regionale*, e in *Foro amm. CdS*, 2004, 795, con nota di A. ROMEO, *La garanzia dei diritti tra astratto prevedere e concreto disporre*; Cons.

Non si può dunque parlare né di un monopolio dell'amministrazione nel disporre in concreto su rapporti specifici, né di un monopolio della legge nella definizione di precetti generali e astratti, visto che la distinzione tra atti legislativi e atti amministrativi viene fatta passare attraverso criteri non sostanziali, bensì formali, quali la relativa procedura di approvazione.

Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale, è sorto il dubbio che l'ipotesi d'attrazione nella sfera di disciplina legislativa di oggetti o materie di regola attribuiti all'amministrazione porti con sé una violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, stante la mancanza nel nostro ordinamento di un sindacato diffuso sulla costituzionalità delle leggi.

Tuttavia la Corte costituzionale ha affermato che la legge provvedimento "non determina un *vulnus* al diritto di difesa del cittadino riguardo agli effetti provvedimentali dell'atto normativo". La posizione soggettiva del singolo troverà "la sua adeguata tutela", non sul piano della giurisdizione amministrativa ma, "tramite questa, su quello, proprio della tipologia dell'atto in ipotesi lesivo, della giurisdizione costituzionale" (39).

La Consulta, al fine di evitare una lesione dei diritti di difesa del singolo, ha da tempo valorizzato il sindacato costituzionale di ragionevolezza e di non arbitrarietà della legge provvedimento. A partire dagli anni Novanta essa ha affermato che le leggi provvedimento devono soggiacere "ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio", a "un controllo di costituzionalità particolarmente penetrante del [relativo] apprezzamento discrezionale compiuto dal legislatore", a un sindacato

Stato, sez. IV, 19 ottobre 2004, n. 6727, relative all'approvazione di un piano sanitario mediante legge, allo scopo di conseguire "un fine politico di primaria importanza per la corretta amministrazione della regione".

(39) Corte cost., 8 ottobre 2010, n. 289, in *Giur. cost.*, 2010, 3728 con note di C. PINELLI, *Cronaca di uno scrutinio stretto annunciato*; R. MANFRELLOTTI, *Qualche ombra sull'effettività della tutela giurisdizionale avverso le leggi provvedimento*; A. PACE, *Postilla in tema di leggi-provvedimento (autoapplicative)*; Corte cost., 8 maggio 2009, n. 137, *ivi*, 2009, 1478, con nota di S. SPUNTARELLI, *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza costituzionale sull'amministrazione per legge*.

“tanto più rigoroso quanto più marcata sia la natura provvedimento dell’atto legislativo sottoposto a controllo” (40).

Ma la dottrina ha rivolto varie critiche a quest’orientamento del giudice costituzionale, ritenuto scarsamente garantista (41). Si è così voluto distinguere tra leggi provvedimento autoapplicative, da un lato, e leggi-provvedimento che necessitano di provvedimenti amministrativi applicativi, dall’altro (42). Mentre nella prima ipotesi sarebbe sicuramente configurabile una violazione degli artt. 24 e 113 Cost., non altrettanto potrebbe dirsi in relazione all’ipotesi di leggi provvedimento non autoapplicative. In quest’ultima ipotesi l’attuazione del precetto normativo contenuto nella legge provvedimento è demandata ad atti amministrativi applicativi, come tali impugnabili in sede di giurisdizione amministrativa e in tale sede è possibile dedurre in via incidentale l’incostituzionalità della legge provvedimento.

In realtà pure in questa ipotesi il grado di sindacabilità della scelta operata è oltremodo ridotto e oltretutto i tempi della tutela giurisdizionale risultano molto dilatati. Per l’ingresso alla garanzia propria del sindacato di costituzionalità devono in ogni caso essere espressamente impugnati davanti al giudice amministrativo gli atti di esecuzione della legge provvedimento, posto che solo in tal modo può estrinsecarsi sia il giudizio di rilevanza e di non

(40) Corte cost., 15 luglio 1991, n. 346, in *Giur. cost.*, 1991, 2773, con nota di F. SORRENTINO, *Garanzia giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi e leggi-provvedimento*; Corte cost., 29 maggio 1997, n. 153, *ivi*, 1997, 1628; Id., 28 luglio 1999, n. 364, *ivi*, 1999, 2805; Id., 29 ottobre 2002, n. 429, *ivi*, 2002, 3230, con nota di C. PINELLI, *In tema di scrutinio stretto sulle leggi-provvedimento*; nonché Id., 13 luglio 2007, n. 267, *ivi*, 2007, 2629, con nota di G. ARCONZO, *Conferme e nuove prospettive in tema di leggi provvedimento*, la quale afferma che “la legittimità di questo tipo di leggi deve essere valutata in relazione al loro specifico contenuto”; Id., 22 luglio 2010, n. 270, in *Giur. cost.*, 2010, 3296, con nota di M. LIBERTINI, *I fini sociali come limite eccezionale alla tutela della concorrenza: il caso del “decreto Alitalia”*; cfr. anche F. RIGANO, *Scrutinio stretto di ragionevolezza sulle leggi-provvedimento e riserva d’amministrazione*, in *Le Regioni* 1996, 526; nonché Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 2012, n. 1349; 19 ottobre 2004, n. 6727.

(41) Cfr. S. SPUNTARELLI, *L’amministrazione per legge*, Milano, 2007, spec. 183 ss. e bibliografia *ivi* citata; G.U. RESCIGNO, *Leggi-provvedimento costituzionalmente ammesse e leggi-provvedimento costituzionalmente illegittime*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 321 ss.

(42) A. PACE, *Postilla*, cit., 3748-3749, richiamando C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, 1 ss.

manifesta infondatezza della questione da parte del giudice *a quo*, sia il necessario seguito del giudizio presso quest'ultimo dopo l'esito dell'incidente di costituzionalità, per ottenere, nel caso di pronuncia caducatoria della legge provvedimento, anche l'annullamento da parte del giudice amministrativo degli atti applicativi impugnati (43).

In definitiva "l'interessato dispone del ricorso in sede di giurisdizione amministrativa o dell'azione davanti al giudice ordinario, mentre non dispone del giudizio di costituzionalità delle leggi, che è instaurato e delimitato, anche nei motivi, dall'ordinanza del giudice *a quo*" (44).

La monolitica giurisprudenza sulle leggi provvedimento e sulla tendenziale fungibilità contenutistica e materiale tra legge e atto della pubblica amministrazione può essere letta come crisi della legge, privata del suo significato di universalità, retaggio dello Stato liberale (45).

Ma il fenomeno descritto ha un respiro più ampio coinvolgendo gli stessi confini della normatività e la capacità discrezionale del prevedere in astratto rispetto al provvedere in concreto. Esso, infatti, slabbrando il valore dell'astrattezza proprio della norma, contribuisce a minare la portata della contrapposizione tra atto amministrativo normativo e atto amministrativo generale.

L'evanescenza di questa contrapposizione emerge con particolare chiarezza proprio dal fatto che la giurisprudenza definisce i confini della normatività sulla base di criteri differenti e opposti: laddove s'intenda contrapporre atti normativi ad atti amministra-

(43) Cons. Stato, sez. IV, n. 1349/2012, cit.

(44) V. CRISAFULLI, *Dichiarazione di manifesta infondatezza e limiti al giudizio della Corte. Interrogativi in tema di leggi singolari di espropriazione*, in *Giur. cost.*, 1966, 1145. Del resto, è la stessa Corte costituzionale ad avere riconosciuto che lo strumento del ricorso giurisdizionale davanti al giudice comune assicura risultati ben diversi rispetto alla giustizia costituzionale, "in ragione sia della disponibilità del ricorso in capo alle parti private legittimate, sia dei tempi con cui il giudice può assicurare una pronta risposta di giustizia, sia della latitudine dei poteri cautelari di cui esso dispone, sia dell'ampiezza del contraddittorio che si può realizzare con i soggetti aventi titolo per intervenire" (Corte cost., n. 20/2012, cit., punto 5.2 del considerato in diritto).

(45) F. LEDDA, *La legalità nell'amministrazione: momenti di sviluppo e fattori di crisi*, in G. MARONGIU e G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione*, Milano, 1992, 153 ss.; G. PARODI, *Le fonti del diritto*, Milano, 2012, 89 ss.

tivi generali nell'apprezzamento giurisdizionale prevale un criterio sostanziale, indipendentemente dal procedimento seguito dall'autorità; di contro, laddove s'intenda differenziare atti legislativi e atti amministrativi la giurisprudenza applica un criterio formale, indipendentemente dal contenuto e dalle finalità che riveste l'atto.

5. La necessità di differenziare gli atti amministrativi regolamentari da quelli amministrativi generali sorge essenzialmente in ragione del fatto che dal loro inquadramento in un senso oppure in un altro discendono precise conseguenze giuridiche.

Tuttavia è individuabile una tendenza giurisprudenziale a fornire una determinata qualificazione sostanziale di un atto amministrativo in ragione di certe esigenze di disciplina, specie di carattere processuale. Tendenza che ha alla base un rapporto anomalo e ribaltato tra causa ed effetto, non provvedendosi ad applicare un regime giuridico a seguito di un previo inquadramento della fattispecie, bensì inquadrandolo una fattispecie allo scopo di rendere alla medesima applicabile un dato regime giuridico.

Questo rovesciamento tra presupposti e conseguenze investe soprattutto il trattamento giuridico processuale degli atti, ma non si esaurisce esclusivamente in esso, riguardando anche il loro regime sostanziale.

Vi sono pronunce intese a considerare taluni atti come non regolamentari proprio al fine di evitare di applicare a essi le procedure aggravate contemplate all'art. 17 della legge n. 400 del 1988, nonché al d.P.C.M. 26 febbraio 2009. Così, ad esempio, il d.m. in tema di quote latte ha "carattere generale, ma non astratto e quindi deve essere considerato atto generale ma non normativo di natura regolamentare, sicché non è configurabile rispetto allo stesso la violazione dell'art. 17 della legge 400 del 1988" (46). Parimenti per il Consiglio di Stato non ha natura regolamentare e quindi non soggiace a procedimento e forma previsti per gli atti regolamentari l'atto ministeriale impositivo dell'obbligo di presentazione di fideiussione bancaria, da parte delle imprese di trasformazione privata, al momento della contrattazione definitiva con i produttori: si è "di fronte ad un provvedimento amministrativo di carattere generale, destinato alla cura concreta di

(46) Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3777.

interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti di una pluralità di destinatari non determinati nel provvedimento ... e non, invece, ad un precetto frutto di un potere normativo di carattere secondario, integrativo della norma primaria, dotato del carattere dell'astrattezza e della generalità" (47).

Ancora, definendo la delibera del Cipe che individua le tipologie d'impianti per la produzione di energia elettrica nucleare realizzabili sul territorio nazionale come atto non regolamentare, bensì amministrativo ("con l'esercizio di tale potere il Comitato interministeriale esprime una scelta di carattere essenzialmente tecnico", anche se è indubbia la natura politica del suddetto comitato) si evita una violazione dell'art. 117, co. 6, Cost., che riserva alle Regioni la potestà regolamentare in tali materie (48).

A tal riguardo la dottrina costituzionalista ha parlato di vera e propria "fuga" dalla disciplina legislativa dettata per i regolamenti, concretatasi nell'emanazione di numerosi atti ministeriali a carattere generale al di fuori delle regole procedurali previste (49). Trattasi di fuga non solo, come visto, che è pienamente avallata dalla giurisprudenza amministrativa (50), ma che talvolta si manifesta in base a esplicite indicazioni legislative; tant'è che si distingue una fuga dal regolamento "spontanea", ossia in assenza di indicazioni esplicite nella fonte legislativa su cui si fonda il potere regolamentare e una fuga dal regolamento "autorizzata dal legislatore", che configura espressamente l'atto da adottare come

(47) Cons. Stato, sez. VI, 9 maggio 2002, n. 2515; di contro, il giudice di primo grado aveva qualificato come regolamentare l'atto ministeriale in questione (Tar Lazio, sez. II ter, 17 febbraio 1995, n. 182).

(48) Corte cost., n. 278/2010, cit.

(49) U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare del governo (riflessioni sul primo anno di applicazione dell'art. 17 l. n. 400 del 1988)*, in *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, 277 ss.

(50) Si pensi da ultimo ad Ad. pl., n. 9/2012, cit., che ritiene, in nome di una particolare interpretazione del principio del *contrarius actus*, non contestabile la legittimità di un decreto adottato senza seguire la procedura prescritta per i regolamenti ministeriali dall'art. 17 della legge n. 400/1988, dal momento che il precedente decreto poi sostituito da quello impugnato era stato emanato seguendo il medesimo procedimento; critici nei riguardi di quest'orientamento si mostrano M. MASSA, *Interpretazione autentica e retroattiva di atti regolamentari e para-regolamentari? Sì, ma ...*, in [www.dirittiregionali.org](http://www.dirittiregionali.org); N. LUPO, *Il Consiglio di Stato*, cit., 1213.

“di natura non regolamentare pur affidandogli contenuti simili a quelli di un atto normativo (51).

Come risulta chiaro da quest'ultimo rilievo nonché dagli esempi fatti sopra, diverse sono le ragioni alla base di tale fenomeno ed esse spaziano dalla sottrazione all'aggravata procedura per l'emanazione e ai penetranti controlli di legittimità previsti dalla legge n. 400/1988 all'esigenza di preservare allo Stato una perdurante legittimazione normativa su materie al medesimo sottratte ai sensi del nuovo testo dell'art. 117 Cost. (52).

Al di là del fenomeno della fuga dal regolamento, la disciplina legislativa sia degli atti regolamentari sia degli atti amministrativi generali è tutt'altro che compiuta e esaustiva.

Per nessuna delle due categorie di atti giuridici il legislatore ha dettato disposizioni idonee a fornire una disciplina generale e unitaria, avendosi per lo più a che fare con disposizioni frammentarie ed espresse in forma negativa, nel senso che esse si limitano a esentare gli atti in questione dall'osservanza di alcune norme.

Non solo. Spesso le disposizioni normative accomunano, anziché differenziare, atti amministrativi generali e atti normativi quanto a singoli profili di disciplina.

Il suddetto processo di equiparazione tra atti amministrativi generali e atti normativi ha investito anzitutto l'attuale regime relativo alla forma di esternazione del contenuto dell'atto.

In passato era possibile affermare che, “a differenza degli atti a contenuto normativo, per la cui operatività l'art. 10 disp. sulla legge in gen. prescrive sempre la pubblicazione, e, di regola, la *vacatio*”, per gli atti amministrativi generali “tali adempimenti non sono prescritti da alcuna disposizione di portata generale” (53). Ora invece il regime giuridico delle due categorie di atti

(51) G. TARLI BARBIERI, *Il potere regolamentare nel caos senza fine della produzione normativa in Italia*, in M. CARTABIA, E. LAMARQUE, P. TANZARELLA (a cura di), *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, 2011, 489 ss., spec. 499 ss.

(52) U. DE SIERVO, *Lo sfuggente potere regolamentare*, cit., 279 ss.; Id., *Il potere regolamentare alla luce dell'attuazione dell'art. 17 della l. n. 400 del 1988*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 63 ss.; F. MODUGNO e A. CELOTTO, *Un “non regolamento” statale nelle competenze concorrenti*, in *Quad. cost.*, 2003, 355 ss.; A. MOSCARINI, *Sui decreti del Governo “di natura non regolamentare” che producono effetti normativi*, in *Giur. cost.*, 2008, 5075 ss., spec. 5088 ss.

(53) A.M. SANDULLI, *Sugli atti*, cit., 51.

è simile. Infatti l'art. 26, co. 1, della legge n. 241/1990 prescrive la pubblicazione di tutti gli atti generali ("le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sulla organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti di una pubblica amministrazione ovvero nel quale si determina l'interpretazione di norme giuridiche o si dettano disposizioni per l'applicazione di esse"), analogamente a quanto prevede per gli atti normativi il d.P.R. n. 1092/1985.

Inoltre sia gli "atti normativi" sia gli "atti a contenuto generale" sono sottratti per espressa previsione di legge all'obbligo di motivazione, sancito in via generale per ogni provvedimento amministrativo (art. 3, co. 2, legge n. 241/1990). Analogamente, tutte le disposizioni sulla partecipazione procedimentale contenute nel capo III della legge n. 241/1990 non si applicano nei confronti dell'attività amministrativa diretta all'emanazione di "atti normativi, atti generali, di pianificazione e di programmazione", per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione (art. 13, co. 1, legge n. 241/1990).

Abbondante è la giurisprudenza sul punto: non devono osservare l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento, ad esempio, i provvedimenti tariffari dell'Autorità di regolazione dell'energia elettrica e del gas (54), la determinazione o la rideeterminazione della pianta organica del personale di un ente (55), gli atti di formazione o di revisione della pianta organica delle farmacie (56), l'atto di individuazione delle zone carenti del servizio farmaceutico (57), la delibera comunale contenente misure di regolamentazione del traffico (58), la delibera che fissa la remunerazione delle prestazioni rese dalle strutture sanitarie (59), la delibera dell'Autorità di bacino che riduce il minimo deflusso

(54) Cons. Stato, sez. VI, n. 6070/2001, cit.; n. 258/2009, cit.

(55) Tar Liguria, Genova, sez. II, 15 novembre 2005, n. 1469.

(56) Tar Campania, Napoli, sez. V, 26 maggio 2009, n. 2920; Tar Umbria, 13 luglio 2007, n. 555; Tar Puglia, Bari, sez. I, 10 gennaio 2007, n. 41; Tar Basilicata, 15 aprile 2005, n. 278; Tar Trentino Alto Adige, Trento, 28 aprile 2004, n. 156; Tar Campania, Napoli, sez. I, 30 maggio 2002, n. 3232.

(57) Tar Campania, Salerno, sez. I, 2 febbraio 2010, n. 1013.

(58) Tar Campania, Napoli, sez. I, 18 ottobre 2005 n. 16660; 8 aprile 2010, n. 1830.

(59) Tar Lazio, Roma, sez. III, 8 febbraio 2007, n. 975.

vitale per le sorgenti (60), il programma di dismissione degli alloggi sottratti alla mano pubblica (61), l'adozione di una variante urbanistica (62).

Parimenti non soggiacciono all'obbligo di motivazione la delibera comunale contenente misure di regolamentazione del traffico (63), il piano di dimensionamento scolastico (64), il bando di concorso, neppure quando riguardi posti riservati dell'organico (65), il bando di gara (66), l'atto di regolamentazione degli orari di apertura e di chiusura degli esercizi pubblici, anche se l'atto riguarda un unico esercizio di tipo C presente nel Comune (67), la revisione della pianta organica delle farmacie (68).

La giurisprudenza ravvisa la *ratio* della mancata applicazione delle norme procedurali in materia essenzialmente nel fatto che gli atti in questione, sia regolamentari sia generali, si rivolgono a una categoria indeterminata di destinatari e pertanto l'applicazione ai medesimi degli istituti in materia partecipatoria non avrebbe una sua ragion d'essere (69).

(60) Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 4450.

(61) Tar Liguria, Genova, sez. I, 15 marzo 2004, n. 262.

(62) Tar Friuli Venezia Giulia, Trieste, sez. I, 22 marzo 2012, n. 110.

(63) Tar Lazio, Roma, Sez. III, 3 ottobre 2003 n. 7964; Tar Campania, Napoli, sez. I, 8 aprile 2010, n. 1830.

(64) Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 settembre 2010, n. 2553; Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 20 novembre 2009, n. 2248.

(65) Cons. Stato, sez. VI, 17 maggio 2010, n. 3058; Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2752; sez. VI, 24 marzo 2000, n. 1745; Tar Lazio, Roma, sez. III, 8 marzo 2006, n. 1825.

(66) Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2011, n. 3809.

(67) Tar Lombardia, Milano, sez. III, 28 febbraio 2006, n. 519.

(68) Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2007, n. 5014.

(69) La dottrina ha individuato ulteriori altre possibili ragioni dell'esclusione normativa, specie come rinvio alle singole discipline di settore; cfr. sul punto G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit., 271-272. Infatti per talune specifiche tipologie di atti generali la mancata applicabilità della disciplina di cui alla legge n. 241 non si traduce in minori garanzie procedurali e provvedimentali. Ad esempio, per espressa previsione normativa di settore (art. 69, co. 2, d.lgs. n. 507/1993; art. 49, c. 4, d.lgs. n. 22/1997; artt. 4 e 6 d.P.R. n. 158/1999), l'amministrazione nell'adozione di atti di determinazione delle tariffe per il servizio di smaltimento dei rifiuti solidi urbani è tenuta a esplicitare le ragioni dei rapporti stabiliti tra le tariffe, i dati consuntivi e previsionali relativi ai costi di servizio discriminati in base alla loro classificazione economica, nonché i dati e le circostanze che hanno determinato l'aumento per la copertura minima obbligatoria del costo. La legge di

Emergerebbe dunque nella giurisprudenza il minimo comune denominatore che accomuna atti amministrativi generali e atti normativi: avere per destinatari una generalità non specificata di soggetti, non individuati né individuabili *a priori*, ma determinabili *a posteriori*, tramite il relativo atto amministrativo applicativo.

Gli atti generali (normativi e non) sono atti “ad effetti plurisoggettivi” che si rivolgono a “gruppi indeterminati di figure soggettive”. In essi l’individuazione del singolo destinatario avviene solo attraverso un successivo concreto “atto di individualizzazione”, altrimenti definibile atto applicativo (70).

6. Al fine di sottoporre a verifica il criterio degli effetti plurisoggettivi come tratto che accomunerebbe regolamenti e atti amministrativi generali e li contrapporrebbe ai provvedimenti individuali, risulta necessario preliminarmente approfondire una

settore prevale per il suo carattere di specialità sulla disciplina generale di cui all’art. 3 della legge n. 241 e comporta pertanto l’obbligo di motivare analiticamente le scelte espresse in tali deliberazioni, ancorché queste abbiano natura di atto generale (Cons. Stato, sez. V, 2 febbraio 2012, n. 539; Tar Puglia, Lecce, sez. I, 25 maggio 2011, n. 966; Tar Sicilia, Catania, sez. III, 16 novembre 2010, n. 4471; Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 1 ottobre 2009, n. 1550; Tar Lazio, Latina, sez. I, 19 febbraio 2009, n. 127; Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 11 marzo 2008, n. 411). Ancora, l’art. 23, co. 1, della legge 28 dicembre 2005, n. 262, ha disposto che i provvedimenti della Banca d’Italia, della Consob, dell’Isvap e della Covip aventi natura regolamentare o di contenuto generale, “devono essere motivati con riferimento alle scelte di regolazione e di vigilanza del settore ovvero della materia su cui vertono” (sul punto cfr. R. VILLATA e F. GOISIS, *Procedimenti per l’adozione di atti regolamentari e generali*, in AA. VV., *La tutela del risparmio nella riforma dell’ordinamento finanziario*, Torino, 2008, 531 ss.). Diversa l’ipotesi, in quanto di origine giurisprudenziale e non più normativa, di obbligo di motivazione specifica degli strumenti urbanistici generali nel caso di lesione dell’affidamento qualificato del privato nella modificazione di un’area limitata, fondato su convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato tra il Comune e i proprietari delle aree, aspettative nascenti da giudicati di annullamento di dinieghi di permessi di costruire. In tali ipotesi l’esistenza di interessi particolarmente qualificati impone all’amministrazione l’onere di motivare le proprie scelte (Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 811; Cons. Stato, sez. IV, 14 ottobre 2005, n. 5716; Cons. Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 259). In dottrina sul punto cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 231 ss.; M. COCCONI, *L’obbligo di motivazione degli atti amministrativi generali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 707 ss.

(70) M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, III ed., Milano, 1993, 288; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali*, cit., 47; ID., *Manuale*, cit., 641; F. BENVENUTI, *L’impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amm.*, 1982, 532 ss., spec. 536 ss.

delle più controverse e problematiche differenze di disciplina scaturenti da detta contrapposizione. Si allude qui alla regola già menzionata in base alla quale gli atti normativi e generali non sarebbero soggetti al dovere di specifica motivazione che grava invece sui provvedimenti individuali.

Come già si è fatto per la distinzione tra regola e provvedimento (71), si porterà l'attenzione sulle prescrizioni contenute in un determinato atto e si cercherà di osservare quale ruolo giochi la qualificazione di tale contenuto quando si tratti operativamente di stabilire la regola applicabile al caso da decidere, nella specie la regola della motivazione specifica.

Quest'angolo visuale consente di apprezzare dal vivo il conflitto tra diversi modi di qualificare il contenuto del medesimo atto, la cui *singola* prescrizione, oggetto di contestazione da parte del ricorrente per il quale essa risulti concretamente lesiva, può essere interpretata come *individuale* o *generale*, pur essendo contenuta in un atto che, per i suoi effetti plurisoggettivi, può essere complessivamente considerato come un atto amministrativo generale. Ed è nuovamente la figura del piano a offrire gli esempi più interessanti per questo genere di problemi.

Il principio per il quale gli atti generali non necessitano di specifica motivazione ha trovato, successivamente alla sua codificazione nell'art. 3 della legge n. 241/90, un'applicazione assai contrastata con riguardo alla pianificazione delle attività estrattive nella Regione Lombardia, anche a causa del vivace contenzioso che si è registrato in questo settore.

La Regione Lombardia ha disciplinato l'attività di cava con legge n. 18/1982 e il modello è stato aggiornato con la legge n. 14/1998, tuttora vigente. Ai sensi dell'art. 2, co. 1, di quest'ultima legge, la programmazione della relativa attività si attua attraverso piani provinciali, "proposti dalle Province e approvati dal Consiglio regionale con deliberazione amministrativa".

L'attuazione della legislazione lombarda ha dato luogo a numerose controversie, dovute specialmente alla scelta compiuta dalla legge di attribuire la competenza pianificatoria a un organo politico quale è il Consiglio regionale. Ciò ha reso fisiologici ampi

(71) Cfr. *supra*, par. 3.

rimaneggiamenti in sede consiliare, rispetto alla proposta presentata dalla Provincia, che sono stati spesso il frutto di attività di *lobbying* degli enti locali, delle imprese e delle associazioni ambientaliste, consentita dalla prassi di accettare osservazioni degli interessati anche nella fase di esame consiliare della proposta. Va da sé che in questo contesto il profilo della motivazione delle modifiche apportate dal Consiglio in sede di approvazione ha finito per rappresentare il catalizzatore di tutti i possibili conflitti soggiacenti alle scelte pianificatorie.

Il nutrito contenzioso ha condotto la giurisprudenza ad approfondire da diversi punti di vista i caratteri di questo atto pianificatorio di settore. L'aspetto maggiormente controverso, rispetto al quale si sono registrate significative oscillazioni giurisprudenziali, è stato appunto quello della motivazione delle scelte di piano, specie in riferimento a censure con le quali si lamentava che il Consiglio regionale avesse modificato in maniera rilevante il piano adottato dalla Provincia senza esplicitare adeguatamente le ragioni poste a base della scelta differente, anche in relazione alle risultanze dell'istruttoria tecnica compiuta nel corso dell'elaborazione del piano.

La questione presenta un ulteriore profilo di complicazione, essenziale per l'indagine che si sta qui conducendo. In molti casi la modifica introdotta dal Consiglio regionale riguardava ambiti territoriali circoscritti o addirittura singole unità di cava, di modo che in queste ipotesi la scelta effettuata in sede di approvazione del piano assumeva un carattere spiccatamente individuale e concreto.

I Tar lombardi hanno annullato diversi piani provinciali per difetto di motivazione, ma quest'orientamento è stato contrastato con decisione dal Consiglio di Stato, che vi ha contrapposto il consolidato principio per il quale l'atto generale, alla stessa stregua di quello normativo, non abbisognerebbe di una motivazione particolare con riguardo alle specifiche scelte in esso compiute. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, il piano cave sarebbe "un tipico atto di programmazione a contenuto generale, il quale investe l'intero territorio provinciale, per il quale non è predicabile la particolare motivazione tipica di un provvedimento ammi-

nistrativo puntuale e concreto, come del resto esplicitamente prevede l'art. 3, secondo comma L. 7 agosto 1990 n. 241" (72).

La qualificazione del piano come atto generale opera nel senso di impedire l'applicazione alle scelte particolari contenute nel piano del rigore motivazionale normalmente richiesto per le scelte particolari contenute in atti individuali. Viene qui in rilievo una differenza fondamentale d'impostazione tra la giurisprudenza amministrativa e quella costituzionale sulle leggi provvedimento sopra esaminata.

La già evidenziata evoluzione della giurisprudenza costituzionale verso uno scrutinio stretto di ragionevolezza delle leggi provvedimento mostra una corretta impostazione che attribuisce rilievo al contenuto dell'atto legislativo al fine di determinare il regime di validità a esso adeguato (73).

Al contrario, la giurisprudenza amministrativa, nel momento in cui si trova di fronte a prescrizioni individuali contenute in un atto generale — che è problema speculare rispetto a quello delle leggi provvedimento — fa prevalere la disciplina del contenitore (l'atto generale non deve essere motivato), senza preoccuparsi della sua adeguatezza rispetto alle prescrizioni effettivamente in esso contenute; in questa logica la generalità dell'atto costituisce un elemento rafforzativo dell'insindacabilità del merito delle scelte in esso contenute.

In realtà anche in seno alla giurisprudenza amministrativa d'appello è possibile ravvisare alcune aperture (74), le quali continuano però contraddittoriamente a convivere con l'opposto orientamento, secondo cui il piano, in quanto atto generale, non

(72) Cons. Stato, sez. VI, 2 aprile 1997, n. 535, la quale riformava la pronuncia del Tar Lombardia, Brescia, 27 giugno 1995, n. 664, che aveva annullato per difetto di motivazione il piano cave della Provincia di Bergamo, nella parte in cui era stato ripristinato un ambito estrattivo che la Provincia aveva stralciato a seguito delle osservazioni critiche presentate dal Comune interessato.

(73) Cfr. *supra*, par. 4.

(74) Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2003, n. 7261, che ha confermato Tar Lombardia, Milano, 21 agosto 2002, n. 3253; Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2008, n. 2743, che ha confermato Tar Lombardia, Brescia, 19 aprile 2007, n. 403; Cons. Stato, sez. VI, 9 dicembre 2010, n. 8640, che ha confermato Tar Lombardia, Milano, 7 luglio 2008, n. 2884.

è sottoposto a un obbligo di motivazione in relazione alle singole statuizioni in esso contenute (75).

Molto più netta è la tendenza della giurisprudenza di primo grado ad imporre una specifica motivazione delle scelte pianificatorie in materia e nonostante le riforme di numerose sentenze operate dal Consiglio di Stato l'orientamento ha continuato a rafforzarsi nel corso del tempo (76).

Anzi il Tar Brescia è giunto sino ad affermare che in sede di approvazione dell'atto pianificatorio "si possano apportare in modo puro e semplice solo modifiche di mero dettaglio", dovendosi altrimenti ripetere l'intero procedimento di formazione del piano, perché "la pianificazione dell'uso di un dato territorio, nella specie dell'uso estrattivo, di per sé suscettibile ove non correttamente governato di produrre guasti anche notevoli all'ambiente, va operata considerando il territorio in questione come un tutto unitario, e non a caso ogni piano cave prende le mosse dalla determinazione di un fabbisogno complessivo di materiali. È quindi impossibile, in via generale, alterare una proposta di piano redatta secondo certi criteri aggiungendo puramente e semplicemente nuovi ambiti, dei quali non si sia calcolata l'incidenza non solo sulla località interessata, ma anche sull'assetto complessivo del sistema" (77).

(75) Cons. Stato, sez. VI, 14 ottobre 1998, n. 1393, in *Urb. app.*, 1999, 524, con nota di M.L. BORLONE, *La pianificazione delle attività estrattive: rapporti tra Regione e province*; cfr. altresì Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2002, n. 376; Cons. Stato, sez. VI, 8 novembre 2005, n. 6232; Cons. Stato, sez. VI, 23 dicembre 2008, n. 6519; Cons. Stato, sez. VI, 31 gennaio 2011, n. 711. Una via di mezzo sembra poi emergere da due recenti decisioni del Consiglio di Stato, le quali hanno affermato che l'obbligo di motivazione sussiste solo ove la Regione abbia inteso discostarsi dalla proposta della Provincia, con ciò differenziandosi la specifica ipotesi di difformità del piano approvato dalla proposta della Provincia dalle restanti altre che non necessiterebbero di una specifica motivazione (Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2012, n. 1059; Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2012, n. 4569).

(76) Fra le decisioni più significative cfr. Tar Lombardia, Milano, 28 maggio 2007, n. 4700; 14 maggio 2009, n. 3733; 11 novembre 2009, n. 5015; Tar Lombardia, Brescia, 22 aprile 2010, n. 1607 e 19 ottobre 2011, n. 1425.

(77) Tar Lombardia, Brescia, 4 maggio 2009, n. 893, poi annullata da Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2010, n. 1184, per difetto di contraddittorio. In sede di rinvio, Tar Lombardia, Brescia, 10 dicembre 2012, n. 1927 ha confermato l'accoglimento del motivo di ricorso relativo alla impossibilità di modificare sostanzialmente la proposta in sede di approvazione, senza rimettere la decisione alla Provincia.

L'affermazione appare di particolare rilievo, dal momento che dal carattere generale, unitario e inscindibile del piano viene tratta una regola che impone un preciso limite alla discrezionalità pianificatoria, nel senso di imporre effettivamente che le valutazioni siano complessive e tengano conto dell'interdipendenza delle singole determinazioni, laddove tali caratteri del piano vengono usualmente invocati, come si è visto, piuttosto per attenuare il requisito motivazionale del piano e, conseguentemente, non per circoscrivere, bensì per amplificare la libertà del pianificatore.

Non è dato attualmente sapere quale linea prevarrà nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. Tuttavia, la vicenda esaminata dimostra con sufficiente chiarezza che esiste effettivamente un problema di adeguatezza del regime di validità applicabile alle prescrizioni contenute nell'atto generale, non sempre pacificamente risolvibile con riferimento al regime di validità dell'atto generale. Sotto questo profilo, la figura del piano cave mostra quasi plasticamente quale tensione possa determinarsi tra la generalità del contenitore (unità dei criteri e della determinazione del fabbisogno estrattivo, contestualità delle scelte) e la particolarità dei contenuti (prescrizioni relative ai singoli ambiti e, all'interno di questi, alle singole aree estrattive).

Inoltre, la vicenda mostra la tensione tra particolare e generale all'opera in entrambe le direzioni: da una parte, la particolarità delle scelte inerenti ai singoli ambiti e alle singole aree estrattive reclama la specificità della motivazione, ma, dall'altra, la generalità, unitarietà e inscindibilità del piano, affermate dalla giurisprudenza dominante per respingere la pretesa a una motivazione specifica delle singole scelte, logicamente dovrebbe condurre a considerare illegittime tutte le scelte che siano davvero particolari, vale a dire non motivatamente fondate sui criteri generali di impostazione del piano.

7. Anche il tema delle prescrizioni di localizzazione delle antenne di telefonia mobile fornisce un esempio importante dell'inconsistenza del criterio che vorrebbe far conseguire dalla distinzione tra atti generali (normativi e non) e atti individuali l'applicazione di un differente regime di validità dell'atto.

Secondo quanto si è illustrato in precedenza, la giurisprudenza ritiene che le prescrizioni dettate in materia dall'ente locale

abbiano natura regolamentare, enfatizzandone i caratteri di generalità e astrattezza (78).

Ma il regime di validità che la giurisprudenza ritiene applicabile a queste prescrizioni (persino quando siano formalmente contenute non nel piano regolatore, ma nell'apposito regolamento previsto dall'art. 8, co. 6, della legge n. 36/2001) è quello del provvedimento individuale e concreto.

Le stesse decisioni che, al fine di consentire l'impugnazione dello strumento pianificatorio unitamente con l'atto applicativo o addirittura la sua disapplicazione, ne affermano il carattere generale e astratto, contemporaneamente e contraddittoriamente escludono che i Comuni possano dettare "prescrizioni di piano e di regolamento che si traducono in limiti alla localizzazione e allo sviluppo della rete per intere zone, per di più con scelta generale ed astratta ed in assenza di giustificazioni afferenti alla specifica tipologia dei luoghi o alla presenza di siti che per destinazioni d'uso possano essere qualificati come sensibili" (79).

Secondo la giurisprudenza, dunque, la disciplina localizzativa delle antenne di telefonia non può essere generale e astratta, ma deve essere particolare e concreta. Non solo. È principio consolidato anche quello per cui l'introduzione di limiti urbanistici alla localizzazione di antenne di telefonia "trova giustificazione solo se sia conforme al principio di ragionevolezza e alla natura delle competenze urbanistico-edilizie esercitate, e sia sorretta da una sufficiente motivazione sulla base di risultanze acquisite attraverso

(78) Cfr. *supra* par. 3.

(79) Giurisprudenza consolidata. Si veda, per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2007, n. 1567, ove la contraddizione è interna alla decisione stessa, posto che in essa si rinviene, oltre all'affermazione riportata nel testo, anche quella per cui "le prescrizioni di dettaglio contenute nelle n.t.a. del piano regolatore generale, per la loro natura regolamentare, sono suscettibili di ripetuta applicazione ed esplicano effetto lesivo nel momento in cui è adottato l'atto applicativo e possono, quindi, formare oggetto di censura in occasione dell'impugnativa di quest'ultimo". Come specifica Cons. Stato, sez. VI, n. 5258/09 cit., sono ammissibili le prescrizioni relative, "ad esempio, al particolare valore paesaggistico/ambientale o storico/artistico di individuate porzioni del territorio, ovvero alla presenza di siti che per la loro destinazione d'uso possano essere qualificati particolarmente sensibili alle emissioni elettromagnetiche".

so un'istruttoria idonea a dimostrare la ragionevolezza della misura e la sua idoneità rispetto al fine perseguito" (80).

Come si vede, malgrado l'affermata generalità al massimo grado (vale a dire quella normativa, connotata anche da astrattezza), le prescrizioni pianificatorie relative alle antenne di telefonia sono assoggettate alla disciplina della motivazione e dei requisiti sostanziali di legittimità tipica dell'atto individuale e concreto, non certo dell'atto generale e specialmente di quello di pianificazione del territorio.

Le incoerenze sistematiche sopra rilevate trovano una loro armonica ricomposizione solo alla luce delle esigenze di politica del diritto che la giurisprudenza ravvisa nella particolare materia considerata, la cui disciplina di derivazione europea appare connotata da una finalità d'interesse economico generale interpretata come superiore alle esigenze, sotto questo profilo "particolari", espresse dall'ente locale in sede di pianificazione urbanistica (81).

Da questo punto di vista, la possibilità di mettere in discussione la legittimità dell'atto pianificatorio unitamente all'atto applicativo e il rafforzamento dei criteri di legittimità sostanziale risultano coerenti con l'esigenza di protezione di un interesse generale prevalente su quello pianificatorio, che viene garantito "in via riflessa", attraverso un tutela rigorosa dell'interesse economico individuale dell'impresa di telefonia (82).

Più che fermarsi sulle possibili critiche nei confronti di quelle che si potrebbero chiamare discriminazioni di fonte giurisprudenziale tra diverse tipologie di atti amministrativi (con violazione

(80) Cfr. ad es. Cons. Stato, sez. VI, n. 3098/2002, cit.; Id., 6 agosto 2002, n. 4096, in *Giur. it.* 2003, 379, con nota di A. MONTINI, *L'interesse pubblico tra tutela della salute e potenziamento del servizio di telefonia mobile*.

(81) Corte cost. 7 ottobre 2003, n. 307, in *Foro amm. CdS*, 2003, 2811, con nota di F. DE LEONARDIS, *La Corte costituzionale sulla « necessità » degli impianti di telecomunicazione*, e in *Resp. civ. e prev.* 2004, 442, con nota di E. ROLANDO, *Riparto di poteri e competenze fra Stato ed Enti locali in materia di inquinamento derivante da onde elettromagnetiche: un "punto di equilibrio" fra tutela della salute ed interesse nazionale*; Id., 7 novembre 2003, n. 331, in *D&G* 2003, 30, con nota di M. PROIETTI, *Elettrosmog: sempre più difficile stabilire chi ha il potere di decidere. Federalismo e legge quadro, un inestricabile groviglio*.

(82) Da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3888; Id., 9 marzo 2011, n. 1469.

tanto palese quanto misconosciuta degli artt. 3 e 24 Cost.), mette conto di approfondire il profilo qualificatorio che l'orientamento esaminato consente di mettere a fuoco.

Tale giurisprudenza, infatti, laddove impone una specifica motivazione delle prescrizioni localizzative, parte dal presupposto che tali prescrizioni debbano essere fondate su ragioni particolari, emergenti dalle caratteristiche oggettive della porzione di territorio soggetta a limitazione. Malgrado l'affermata natura normativa di quelle prescrizioni, la giurisprudenza, imponendo loro una specifica motivazione, le sospinge verso l'area del concreto provvedere.

La rilevata contraddizione, che in tal modo si produce all'interno del sistema di disciplina creato dalla giurisprudenza in argomento, può allora essere utilizzata come un dispositivo teorico di particolare efficacia esplicativa, sviluppando quando già accennato commentando la giurisprudenza sul piano *cave*.

Tra il regolare e il provvedere esiste una tensione, determinata dalla differente disciplina che risulta appropriata per l'uno e per l'altro genere di prescrizioni. L'atto generale è un contenitore in cui possono coesistere, anche simultaneamente, contenuti strutturalmente assai diversi tra di loro. Di qui l'esigenza di distinguere attentamente tra i diversi tipi di prescrizioni, che la giurisprudenza più avvertita ha sempre mantenuto viva, malgrado la tendenza prevalente ad applicare massimalisticamente gli schemi di disciplina ritenuti più adatti a un certo tipo di contenitore, evitando accurate distinzioni dei suoi contenuti.

Esempi significativi di un'arte del distinguere accuratamente praticata si rinvengono in poche, ma non per questo meno importanti, decisioni. Pare sufficiente in questa sede riportare un unico caso emblematico.

Di fronte al ricorso proposto da un Comune, per "vizi di motivazione, illogicità ed irragionevolezza", contro un aggiornamento del piano socio-sanitario regionale, nella parte in cui veniva disposta la disattivazione dell'ospedale sito nel proprio territorio e la sua riconversione in poliambulatorio, il Consiglio di Stato ha adottato un'impostazione profondamente diversa rispetto a quella che affranca gli atti generali dall'obbligo di speci-

fica motivazione in ragione della loro sostanziale insindacabilità (83).

Ha rilevato la sentenza che nella delibera impugnata “non vi è alcun elemento che leghi logicamente, ancor prima che giuridicamente, le generali considerazioni svolte nella parte motiva con quella dispositiva oggetto di contestazione”, per modo che “non è dato di rilevare in alcun modo le ragioni giustificatrici della disattivazione dell’ospedale nell’ambito della più generale rivisitazione, in funzione di razionalizzazione e di miglioramento complessivo delle prestazioni offerte, del sistema ospedaliero regionale”.

Si trova qui a operare la massima giurisprudenziale, già incontrata, per la quale la congruità e la sufficienza della motivazione di un piano “in quanto atto generale, unitario e non scindibile, non può essere valutata in relazione alle singole statuizioni in esso contenute, trovando queste la loro giustificazione nelle scelte complessive e fondamentali del piano stesso” (84). Solo che in questo caso la massima opera in un senso del tutto diverso, tramutandosi nel principio per il quale le singole prescrizioni contenute in un piano devono essere *effettivamente riconducibili* a una coerente applicazione delle scelte generali che lo caratterizzano unitariamente.

Partendo da una massima funzionale all’espansione della libertà pianificatoria, si mette in luce un nesso essenziale tra generalità del piano e particolarità delle singole prescrizioni in esso contenute, istituendo così un rapporto, tutto interno al piano, tra regola (impostazione complessiva) e provvedimento (la singola prescrizione), che diviene funzionale a una limitazione della libertà pianificatoria. La generalità oggettiva del piano diviene il principio della sua motivazione, con riguardo alle singole prescrizioni in esso contenute.

Consequentemente, la sentenza in esame ha respinto la prospettazione della Regione, la quale invocava un “attenuato onere della motivazione in considerazione della natura programmatica

(83) Cons. Stato, sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2281, che ha confermato Tar Veneto, 18 aprile 2000, n. 922.

(84) Cons. Stato n. 1393/98 e n. 376/02, cit., a proposito del piano cave nella Regione Lombardia.

dei provvedimenti impugnati”, che “non consentirebbe l’esplicazione delle ragioni delle scelte amministrative”.

Dal momento che la disattivazione dell’ospedale “è conseguenza diretta ed immediata della volontà regionale” — ha replicato il Consiglio di Stato — le delibere impuginate “non possono essere considerate meramente programmatiche” e “il *modus procedendi* utilizzato dalla amministrazione regionale ... non può mai tramutarsi nell’attenuazione delle garanzie di difesa del cittadino o dell’ente esponenziale degli interessi della collettività stanziata sul suo territorio”. In particolare, “l’ampia discrezionalità riconosciuta ad una pubblica amministrazione in una determinata materia non sottrae i relativi provvedimenti al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, volto a controllare, proprio attraverso l’esame della motivazione, l’esercizio del potere sotto il profilo della logicità, la razionalità e la congruità, per evitare che esso possa scadere nel mero arbitrio” (85).

8. Quanto osservato nei paragrafi precedenti mostra che, almeno sotto un importante profilo, l’elemento della plurisoggettività, addotto dalla giurisprudenza per giustificare l’affermata unitarietà della categoria degli atti amministrativi generali e regolamentari, risulta in realtà del tutto irrilevante sul piano operativo.

Come si è visto, per affrancare il piano cave dal dovere di specifica motivazione, la giurisprudenza invoca una generalità del piano intesa non in senso soggettivo, ma in senso eminentemente oggettivo. I destinatari di prescrizioni dotate di una marcata autonomia le une rispetto alle altre non potrebbero dirsi accomunati dal semplice fatto che quelle prescrizioni si rivolgono a tutti indistintamente.

L’unitarietà postulata dalla giurisprudenza sul piano cave non

(85) In relazione al riscontrato difetto di motivazione, la sentenza di primo grado è stata, quindi, confermata anche nella parte in cui aveva accertato l’illogicità e la contraddittorietà della decisione di disattivare l’ospedale, “non risultando che si sia tenuto conto delle specificità geografiche e sociali del relativo bacino d’utenza, specificità (comunità montane disaggregate in una vasta area di montagna che non presentava altre strutture ospedaliere facilmente raggiungibili in caso di bisogno) che pure erano state previste espressamente come vincoli (deroghe) al potere regionale”.

riguarda gli effetti dell'atto, ma le modalità con cui devono essere assunte le scelte, vale a dire il contesto unitario determinato dalla necessità, legislativamente sancita (86), di determinare un fabbisogno unitario a livello provinciale da ripartire tra gli ambiti contestualmente individuati. Unitarietà, contestualità, interdipendenza delle scelte e delle valutazioni sono tratti di una generalità di tipo affatto oggettivo, non certo soggettivo.

Ma uno sguardo più attento alla corposa giurisprudenza in tema d'inapplicabilità dello statuto normativo provvedimentoale vuoi agli atti regolamentari, vuoi agli atti amministrativi generali mostra come lo stesso criterio della generalità in senso soggettivo, che dovrebbe accomunare entrambe le tipologie di atti, presenti in realtà un valore illusorio.

Se applicato in relazione a fattispecie concrete tale criterio risulta scarsamente consistente, al pari del già criticato criterio dell'astrattezza (87).

Non è vero che gli atti normativi e gli atti amministrativi generali siano sempre caratterizzati dal fatto di imporre prescrizioni destinate a produrre effetti nei confronti di una generalità di soggetti non specificamente individuati o facilmente identificabili.

Spesso è possibile scorporare dalla massa indistinta degli individui cui l'atto generale si rivolge soggetti maggiormente qualificati in quanto destinatari finali dei precetti ivi contenuti. È l'osservazione dell'estrema varietà fenomenica della categoria a condurre alla conclusione per cui sia l'atto generale sia l'atto regolamentare non sono sempre connotati dal rivolgersi a destinatari non individuabili. Tali atti talvolta recano disposizioni che disciplinano compiutamente l'attività di destinatari chiaramente determinati o determinabili, dettando prescrizioni immediatamente precettive e idonee a ledere in modo diretto le posizioni di terzi (88).

(86) Art. 4 della l.r. n. 18/1982; artt. 2 ss. della l.r. n. 14/1998.

(87) Si rinvia, per alcune intuizioni, a D. DONATI, *I caratteri della legge in senso materiale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1910, 289.

(88) Già A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 870 ss., aveva distinto le disposizioni regolamentari "che incidono direttamente nella sfera giuridica dei soggetti cui esse sono applicabili, costituendo, modificando o estinguendo mediante comandi o divieti, concessioni, autorizzazioni, etc., un rapporto giuridico tra tali

Così nel caso del piano di dimensionamento scolastico risultano destinatari sufficientemente determinati i rappresentanti degli istituti interessati a un'eventuale soppressione (89), oppure nel caso di una delibera dell'Autorità di bacino riduttiva del deflusso minimo vitale per le sorgenti i concessionari di derivazioni idroelettriche (90), o nel caso di programma di dismissione degli alloggi pubblici i singoli locatari (91), o nel caso di provvedimenti tariffari i soggetti operatori nel settore determinati e preconoscibili (92).

Dunque l'atto generale, normativo o non, ha un contenuto logico materiale che è talvolta eventualmente esprimibile anche in un rapporto individuabile in via immediata.

Ne discende che tali atti, in quanto in grado di produrre effetti giuridici nella sfera di soggetti previamente identificabili, risultano, anche se solo in queste particolari ipotesi, impugnabili.

Ma una volta ammessa la loro impugnabilità, occorre stabilire il termine d'impugnazione davanti al giudice amministrativo, ossia il momento a partire dal quale è proponibile ricorso giurisdizionale contro l'atto.

Il problema sorge dal momento che gli atti generali in senso

soggetti e la pubblica Amministrazione" e "tutte quelle disposizioni regolamentari che non hanno una immediata e diretta rilevanza per i privati cittadini, ma regolano la condotta che la stessa pubblica Amministrazione dovrà tenere in futuro nei loro confronti, condotta che a sua volta si esplicherà mediante atti amministrativi che costituiscono, modificano o estinguono un rapporto giuridico col privato" (*op. cit.*, 882-883). Del medesimo AUTORE cfr. altresì *Disapplicazione di norme regolamentari (sfaccettature di un problema?)*, in *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998, 116 ss.

(89) In tal senso Tar Liguria, Genova, sez. II, 28 agosto 2009, n. 2289, che afferma che per la redazione di tale piano è necessario un "coinvolgimento procedimentale" dei rappresentanti degli istituti interessati dalla soppressione, atteso l'immediato impatto che le determinazioni pianificatorie hanno sull'istruzione e il funzionamento dei singoli istituti scolastici.

(90) TSAP, 28 dicembre 2009, n. 202, pronuncia poi ribaltata dalla già menzionata Cass. civ., sez. un., 24 febbraio 2011, n. 4450, secondo cui la delibera non deve essere preceduta dall'avviso di avvio del procedimento, trattandosi di atto generale, che non costituisce una determinazione diretta ad incidere sulle posizioni di singoli concessionari, ma si applica a tutti i corsi d'acqua regionali, a fini di tutela dell'ambiente.

(91) Ma, in senso contrario, cfr. Tar Liguria, Genova, sez. I, 15 marzo 2004, n. 262.

(92) *Contra* però Cons. Stato, sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 258.

lato variano molto al loro interno quanto a modalità di produzione degli effetti, la quale può essere inscindibilmente legata a quella del relativo atto applicativo oppure autonoma, come mostrato in precedenza a proposito della controversa vicenda dell'impugnativa delle prescrizioni del PUC facoltizzanti il trasferimento di volumetria indipendentemente dall'impugnativa del permesso di costruire (93).

Secondo un costante orientamento giurisprudenziale l'atto amministrativo a contenuto generale, come del resto l'atto normativo, non lede interessi concreti se non attraverso la mediazione di un provvedimento applicativo, che renda attuale il pregiudizio sostanzialmente espresso dalla normativa astratta.

Di conseguenza, al pari dei regolamenti, gli atti amministrativi generali non sono impugnabili immediatamente, bensì unitamente all'atto applicativo, che rende attuale e concreta la lesione, radicando l'interesse alla reazione in sede giurisdizionale (94). Così, ad esempio, il piano faunistico venatorio va impugnato insieme ai calendari venatori, che, partendo dalle linee guida dettate dal piano, stabiliscono annualmente in concreto l'ambito e le modalità delle attività consentite (95).

Tuttavia la regola dell'impugnabilità differita degli atti regolamentari o generali incontra un limite qualora il provvedimento a contenuto generale “disciplini compiutamente l'attività dei destinatari, ponendo prescrizioni immediatamente precettive e direttamente lesive” (96).

In quest'ipotesi l'atto, in quanto suscettibile di produrre in via diretta ed immediata una concreta e attuale lesione dell'interesse di un dato soggetto, è autonomamente e immediatamente impugnabile. Più precisamente, nel caso in cui un atto regolamentare o

(93) Cfr. *supra*, par. 3.

(94) Cfr., per tutte, Ad. pl., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Giust. civ.*, 2004, 547, con nota di P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza “conservativa” e fermenti innovativi*, e in *Dir. proc. amm.*, 2003, 792, con nota di L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*; per un quadro sistematico cfr. M.C. ROMANO, voce *Atti amministrativi generali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 491 ss.

(95) Tar Sicilia, Palermo, sez. I, 23 marzo 2011, n. 546.

(96) Così Tar Lazio, Sez. II, 23 marzo 2004, n. 2732; in senso analogo Cons. Stato, sez. V, 1 dicembre 1999, n. 2023.

generale contenga delle disposizioni impositive di precisi obblighi o divieti, le quali siano immediatamente precettive e direttamente lesive della posizione di un soggetto interessato, costui ha non tanto la facoltà di impugnarlo autonomamente rispetto all'atto applicativo, quanto piuttosto uno specifico onere in tal senso, posto che l'assetto d'interessi censurato in quanto illegittimo è direttamente posto dalla norma regolamentare o generale (97).

Pertanto, ad esempio, vi è un interesse diretto, concreto e attuale di un'impresa a impugnare il regolamento comunale di polizia urbana allorché esso abbia un contenuto di per sé conformativo dei comportamenti dell'impresa stessa in relazione all'attività notturna, impedendone l'esercizio (98), oppure a impugnare il regolamento comunale di polizia che impone obblighi ai titolari di esercizi di somministrazione di bevande e alimenti (99).

Invero tra l'affermazione secondo cui gli atti regolamentari e gli atti amministrativi generali non sono impugnabili immediatamente, bensì unitamente all'atto applicativo, e quella in base alla quale l'atto regolamentare o amministrativo generale è immediatamente e autonomamente impugnabile se contiene disposizioni direttamente precettive non è configurabile un rapporto tra principio di carattere generale e relativa eccezione.

Infatti la conclusione cui giunge la giurisprudenza non è che l'applicazione dei consolidati principi che regolano l'ammissibilità del ricorso giurisdizionale (100).

Per riconoscere la diretta impugnabilità dell'atto "è dirimente

(97) Cons. Stato, Sez. V, 7 ottobre 2009, n. 6165.

(98) Tar Piemonte, Sez. II, 19 luglio 2006, n. 2971.

(99) Tar Toscana, Firenze, sez. II, 19 marzo 2010, n. 702; cfr. in termini Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 19 ottobre 2009, n. 1629; Tar Lombardia, Milano, Sez. IV, 17 giugno 2009, n. 4056.

(100) Cfr. sul punto, da ultimo, A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 93 ss.; ma cfr. altresì, nel senso che l'ostacolo che preclude l'impugnazione immediata dell'atto regolamentare è di natura non processuale, bensì sostanziale, Cons. Stato, sez. IV, n. 812/2012, cit., secondo cui "al momento dell'adozione del regolamento, ciò che manca non è la lesione di una posizione soggettiva di interesse legittimo (e quindi l'interesse ad agire a sua tutela), bensì lo stesso interesse legittimo, che non può che sorgere in un momento successivo, in dipendenza di fatti o atti che pongono l'interessato a contatto con l'esercizio di un potere amministrativo diverso da quello regolamentare, e che proprio nella norma regolamentare trova il suo fondamento".

la sussistenza di una lesione concreta ed attuale della situazione soggettiva dell'interessato che determini, a sua volta, la sussistenza di un interesse attuale all'impugnazione" (101). Altrimenti l'impugnativa dell'atto finirebbe per trasmodare in un "controllo oggettivo sulla legittimità dell'atto generale, in contrasto con gli enunciati principi sulla natura personale, concreta e attuale dell'interesse per cui l'ordinamento accorda tutela" (102).

Con ciò il problema risulta solo semplicemente spostato, essendo necessario individuare il momento e la modalità con cui l'atto produce una lesione immediata, concreta e attuale nella sfera giuridica del privato, individuazione tutt'altro che agevole con riferimento agli atti amministrativi generali.

9. Come si è più volte in questa sede evidenziato, gli atti amministrativi generali possono racchiudere precetti di vario genere e la cospicua giurisprudenza in tema di clausole contenute nei bandi di gara sta a dimostrare l'estrema difficoltà di determinare il termine di decadenza da osservare per la proposizione dell'azione di annullamento.

La giurisprudenza amministrativa distingue le clausole immediatamente lesive dell'interesse degli aspiranti concorrenti alla partecipazione alla procedura, le quali devono essere autonomamente impugnate nel termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione del bando, dalle altre regole di gara, impugnabili solo unitamente all'atto applicativo (103). Sono state così separate da tutte le altre disposizioni contenute nel bando di gara le clausole cd. escludenti, che stabiliscono i requisiti di partecipazione alle procedure selettive, oppure che impediscono l'ammissione

(101) Tar Lombardia, Milano, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1, ma cfr. già, con particolare chiarezza, Ad.pl., n. 1/ 2003, cit.; del resto, anche il diritto dell'Unione europea oggi prevede che qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre un ricorso "contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione"; così dispone l'art. 263, co. 4, del Trattato di Lisbona, su cui cfr. B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2011, 1471 ss.

(102) Tar Campania, Napoli, sez. I, 23 maggio 2005, n. 6840; Tar Lazio, sez. III, 10 gennaio 2005, n. 107.

(103) Cfr. Ad.pl., n. 1/ 2003, cit.; ma cfr. già anche Ad.pl., ord. 4 dicembre 1998, n. 1, in *Cons. Stato*, 1998, 1887 e, ancora prima, *Cons. Stato*, sez. V, 27 agosto 1954, in *Racc. giur. Cons. Stato*, 1954, 747.

agli interessati alla selezione qualora impongano ai fini della partecipazione oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati. Tali clausole sono idonee a ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto, in quanto esattamente identificate, preesistenti alla gara e non condizionate dal suo svolgimento, determinando un immediato arresto procedimentale.

L'Adunanza plenaria ha fatto discendere dall'idoneità del precetto contenuto nell'atto generale a cagionare una lesione diretta un vero e proprio onere di una sua impugnazione tempestiva. Immediata lesività comporta dunque un onere d'immediata impugnazione, entro il termine di decadenza, pena la sua inopponibilità (104).

Di conseguenza, nei casi di contestazione di clausole qualificabili come immediatamente lesive, quale, ad esempio, una clausola che prescriva, a pena di esclusione, una retribuzione oraria minima per gli addetti al servizio oggetto dell'appalto, precludendo l'ammissione di un'impresa autrice di una proposta difforme dalla condizione inderogabile, è considerato inammissibile "sia il ricorso proposto avverso il solo provvedimento di esclusione, da valersi quale atto meramente consequenziale e vincolato nel contenuto", "sia il gravame proposto contro l'atto di esclusione e il bando, ove siano decorsi i termini per l'impugnazione di quest'ultimo" (105).

L'impugnazione del bando unitamente al provvedimento di esclusione sarebbe tardiva, in quanto rivolta contro un atto rimasto inopponuto e produttivo di effetti definitivamente consolida-

(104) Ad. pl., n. 1/2003, cit.; Cons. Stato, sez. V, n. 35/2003, cit.; Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 901; Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2003, n. 6429; Tar Sicilia, Palermo, sez. III, 1 marzo 2011, n. 371. Critico nei riguardi dell'orientamento che ritiene che una clausola del bando ritenuta assolutamente irragionevole e illogica andrebbe immediatamente contestata è R. VILLATA, "Novità" in tema di *impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 912 ss.; in tema cfr. altresì P. PIZZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, *ivi*, 2002, 743 ss.

(105) Cons. Stato, sez. V, n. 35/2003, cit.; in senso analogo Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579.

tisi per l'inutile decorso del termine di decadenza stabilito per la sua contestazione giudiziale (106).

Di contro, non sono suscettibili d'impugnazione immediata le clausole del bando relative alle modalità di valutazione delle offerte e di attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della commissione giudicatrice (107).

La regola enunciata dalla giurisprudenza che vuole immediatamente impugnabile l'atto direttamente produttivo di effetti vale sia per gli atti amministrativi generali sia per gli atti regolamentari (108).

(106) Anche nell'ipotesi in cui un bando di gara sia in contrasto con il diritto europeo, la sua omessa impugnazione nel termine di decadenza, se immediatamente preclusivo, determina l'inammissibilità del ricorso avverso l'atto applicativo (Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579). Analogamente, nel caso di piano settoriale commerciale che individua le medie e le grandi strutture di vendita e i centri commerciali esistenti o realizzabili e che pertanto disciplina compiutamente l'attività dei destinatari, non è ritenuta ammissibile l'impugnazione dell'atto generale unitamente al provvedimento di applicazione: l'effetto limitativo e pregiudizievole delle aspirazioni dei soggetti interessati dal piano si realizza con la pubblicazione dello stesso, mentre l'atto applicativo presenta un "carattere semplicemente adempitivo" (Tar Toscana, Firenze, sez. II, 13 febbraio 2006, n. 353).

(107) Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699; sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079; sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192; ma cfr. già sez. V, 17 dicembre 1991, n. 13699. Sull'inammissibilità per difetto d'interesse del ricorso proposto avverso atti non aventi contenuto direttamente lesivo, inammissibilità non sanabile a seguito della proposizione di un successivo ricorso avverso atti applicativi concretamente lesivi cfr. Tar Sardegna, Cagliari, sez. II, 9 aprile 2010, n. 673, con riferimento al piano energetico regionale, al piano paesaggistico regionale e allo studio d'individuazione delle aree ove è possibile ubicare gli impianti eolici, e, quanto ad atto applicativo, al diniego d'autorizzazione alla collocazione di impianti eolici basati sui contestati atti programmatici; in termini Tar Lazio, Roma, 12 febbraio 2009, n. 2476.

Va da ultimo ricordato che con l'ordinanza 1 febbraio 2013, n. 634, la sez. VI del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza plenaria la questione se debba mantenersi fermo il principio secondo cui l'atto amministrativo generale debba essere impugnato direttamente solo se immediatamente lesivo, oppure se le imprese partecipanti a procedure concorsuali a evidenza pubblica debbano ritenersi tenute a impugnare entro gli ordinari termini decadenziali qualsiasi clausola del bando ritenuta illegittima. Tuttavia, l'A.p. si è pronunciata nel merito senza approfondire la questione prospettata dalla IV Sez. (cfr. Cons. Stato, A.p., 22 aprile 2013, n. 8).

(108) Così, con particolare riferimento agli atti pianificatori, si è affermato, da un lato, che un piano regolatore generale, una volta adottato, "nella misura in cui è suscettibile di applicazione, o in cui non necessita di ulteriori atti esecutivi, in quanto

Stesso discorso ovviamente per il suo corollario, e cioè per l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale proposto avverso un provvedimento attuativo in carenza di impugnazione nei termini dell'atto presupposto su cui direttamente e immediatamente si fonda il primo (109).

Da tutto ciò discende, in definitiva, che secondo la giurisprudenza se un atto amministrativo generale o regolamentare è

per il suo contenuto ha già in sé immediata portata prescrittiva (o limitativa), è immediatamente lesivo e direttamente impugnabile" (Cons. Stato, Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5498; cfr. anche Sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6016); dall'altro lato, che anche il regolamento urbanistico, se ha localizzato un'opera pubblica sui terreni di proprietà dei ricorrenti, è immediatamente lesivo e direttamente impugnabile (Tar Toscana, Firenze, sez. III, 7 aprile 2006, n. 1146). Cfr. altresì Cons. Stato, sez. I, 13 gennaio 2010, n. 3641.

(109) Tar Campania, Napoli, sez. VII, 12 dicembre 2007, n. 16210. Per quanto riguarda il termine decadenziale ai fini della contestazione giudiziale non esiste un univoco orientamento giurisprudenziale. Se l'orientamento più garantista per il privato ritiene che il termine per l'impugnazione di atti amministrativi generali immediatamente lesivi decorra necessariamente dal giorno in cui gli interessati conseguono sicura e piena conoscenza del relativo contenuto, a nulla rilevando che il provvedimento sia soggetto o meno a particolari forme di pubblicità (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2005, n. 1011; Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2001, n. 475; Cons. giust. amm. sic., 1 dicembre 1990, n. 423), altra parte della giurisprudenza fa decorrere tale termine dal giorno in cui sia scaduto il periodo della pubblicazione, facendo leva sul tenore dell'art. 41, comma 2, c.p.a. ai sensi del quale in tutti i casi in cui non sia necessaria la notificazione individuale del provvedimento e, al contempo, sia prescritta da una norma di legge o di regolamento la pubblicazione dell'atto in un apposito albo, il termine per proporre l'impugnazione decorre dalla data di pubblicazione dell'atto stesso (Cons. Stato, sez. V, 28 aprile 2011, n. 2534, nonché, vigente l'art. 21, comma 1, della legge Tar, Cons. Stato, sez. IV, 23 settembre 2004, n. 6209; Tar Valle d'Aosta, Aosta, 18 settembre 2008, n. 73; Tar Lazio, Roma, sez. II, 25 ottobre 2005, n. 9804; Tar Basilicata, Potenza, 15 aprile 2005, n. 278; Tar Calabria, Catanzaro, 14 luglio 1998, n. 604). In alcune pronunce il termine viene fatto decorrere dalla data di pubblicazione e non dalla piena conoscenza dell'atto addirittura nel caso in cui l'amministrazione non abbia rispettato i termini di legge previsti per la pubblicazione, dal momento che questi ultimi termini sarebbero meramente ordinatori; in questo senso cfr. sempre Tar Basilicata, Potenza, n. 278/2005, cit., che non condivide l'opposto orientamento giurisprudenziale (Tar Puglia, Bari, sez. I, 18 gennaio 2003, n. 4233; sez. I, 23 ottobre 2002, n. 4650; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 6 luglio 1996, n. 1083; Tar Piemonte Sez. II, 9 dicembre 1993, n. 367), secondo il quale, in caso di mancato rispetto dei termini *ex art. 2, co. 5, della legge n. 475/1968*, il termine di impugnazione del provvedimento di revisione delle sedi farmaceutiche decorre non dalla pubblicazione nel BUR, ma dall'effettiva conoscenza dell'atto.

ritenuto direttamente lesivo di una situazione giuridica soggettiva e la sua impugnazione non è stata effettuata nei termini, “l’interessato è decaduto senza rimedio dal diritto di proporre ricorso e la sua situazione giuridica rimane priva di tutela” (110).

Ma poco coerente appare la giurisprudenza nell’onerare all’impugnativa entro il termine decadenziale i destinatari delle disposizioni puntuali contenute negli atti generali o regolamentari e, di converso, escludere che tali destinatari abbiano diritto alla comunicazione di avvio del procedimento, come si è sottolineato ai paragrafi precedenti.

In secondo luogo, e soprattutto, le regole pretorie appena enunciate, dalle pesanti conseguenze processuali, risultano di difficile applicazione concreta.

Si pensi, ad esempio, al regolamento sulla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani. Esso deve formare oggetto di autonoma impugnazione perché gli atti di accertamento di tale tributo non possono avere contenuti diversi dalla mera e pedissequa applicazione delle disposizioni regolamentari? Oppure il termine per l’impugnazione decorre solo dal momento della concreta applicazione della tariffa? In altri termini, grava sugli amministrati il particolare obbligo di percepire con immediatezza l’aggravio contributivo che essi sono destinati a patire, con conseguente onere d’impugnazione immediata dell’atto (111)?

È stato puntualmente osservato che non è agevole distinguere, “per mancanza di criteri sicuri”, l’ipotesi dell’immediata impugnabilità di un atto generale perché direttamente lesivo, eventualmente seguito da un atto applicativo meramente dichiarativo e ricognitivo dell’effetto e di una lesione già prodottasi, dall’ipotesi dell’impugnabilità differita dell’atto generale, insieme a quella del provvedimento applicativo (112).

Il punto problematico riguarda le modalità di incidenza dell’atto nella sfera giuridica soggettiva altrui, o, se si vuole, la chiara

(110) In questi termini A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in *Cons. Stato*, 1964, II, 368, ora in *Scritti giuridici*, volume IV, Milano, 1999, 1849 ss., 1851.

(111) In tal senso *Cons. Stato*, sez. V, 23 novembre 1995, n. 1618; ma cfr. altresì *Cons. Stato*, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4719; *Tar Campania*, Napoli, sez. V, 12 settembre 2007, n. 7529; *Tar Liguria*, sez. I, 17 aprile 2003, n. 491.

(112) A. AMORTH, *Impugnabilità*, cit., 1851 ss.

e immediata percepibilità dell'esistenza di una lesione concreta e attuale della situazione soggettiva dell'interessato.

L'attitudine lesiva di un atto amministrativo generale spesso non è effettivamente avvertita dal soggetto, perché essa, pur diretta, è soltanto eventuale e astratta. Accanto a ipotesi di lesione diretta e attuale della situazione soggettiva esistono ipotesi di lesione diretta ma solo eventuale o potenziale: "poiché una incidenza diretta deve essere accompagnata dalla attualità (della lesione), è possibile esentare colui che entri in un rapporto con una pubblica Amministrazione dal verificare la legittimità delle disposizioni regolamentari, che lo disciplinano" (113).

Talvolta è difficile, quasi praticamente impossibile, comprendere il tenore della regola posta e la sua oggettiva portata effettuale e quindi apprezzare la lesività del contenuto dell'atto. Non sempre è dato distinguere in concreto le ipotesi di regole astratte, perché formulate in termini di fattispecie ipotetica, sin dall'inizio concretamente lesive per chiunque si trovi in determinate condizioni, indipendentemente da un successivo atto applicativo, dalle ipotesi di regole astratte dotate di mera potenzialità lesiva in ragione del carattere ancora incerto (prima, cioè, dell'emanazione del provvedimento amministrativo applicativo) del suo esatto contenuto precettivo.

Questo rilievo dovrebbe portare a un ripensamento dell'orientamento giurisprudenziale che drasticamente nega la posticipazione dell'impugnazione dell'atto generale alla data dell'atto ricognitivo dell'effetto lesivo, perché l'onere d'immediata impugnativa dell'atto amministrativo generale grava eccessivamente sul privato, specie se è richiesto uno sforzo volitivo e tecnico superiore a quello normalmente adeguato per comprendere la lesività del precetto posto dallo stesso atto (114).

Del resto, già un'ordinanza di rimessione della sez. IV del Consiglio di Stato, non però condivisa dall'Adunanza plenaria, aveva sostenuto che il bando di per sé non può mai arrecare una

(113) Ancora A. AMORTH, *Impugnabilità*, cit., 1861.

(114) Ad esempio, non richiede uno sforzo volitivo e tecnico superiore al consueto comprendere la lesività del precetto contenuto in una delibera dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas in tema di liquidazione delle rettifiche tardive, secondo Tar Lombardia, Milano, sez. III, 3 gennaio 2011, n. 1. La sentenza ha comunque concesso al ricorrente il beneficio della rimessione in termini.

lesione immediata, che si prospetta unicamente come una mera eventualità. Infatti l'amministrazione ha il potere di non applicare in concreto una clausola illegittima escludente contenuta nel bando, oppure ha il potere di interpretarla *secundum legem*, con il risultato di estendere la partecipazione al concorso o alla gara e non arrecare così alcun nocumento (115).

L'incertezza in ordine al contenuto precettivo degli atti generali risulta particolarmente evidente se si ha riguardo agli atti posti in essere dalle Autorità di regolazione, intesi a dettare una disciplina in divenire, procedente per via di successivi assestamenti (116). Si è infatti suggerito di introdurre un rito speciale per l'impugnazione degli atti di regolazione, dal momento che la tempistica processuale rischia di essere o troppo anticipata, non essendosi ancora potuti sperimentare i vantaggi della regola dettata, oppure tardiva, essendo praticamente impossibile ripristinare lo *status quo ante* stante la complessità delle relazioni coinvolte (117).

Quand'anche non s'intenda accogliere quest'ultima impostazione, preferibile in ogni caso appare la prospettazione in base alla quale di fronte ad un atto amministrativo generale contenente determinate prescrizioni l'interessato abbia non uno specifico onere, bensì una semplice facoltà di impugnarlo autonomamente rispetto al successivo atto applicativo.

A tal riguardo si rammenti che secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione l'illegittimità di un atto amministrativo presupposto può, di regola, essere fatta valere sia in via autonoma, mediante impugnativa *principaliter* davanti al giudice amministra-

(115) Cons. Stato, sez. IV, ord. 10 aprile 1998, n. 582, in *Giur. it.*, 1998, 2187, con nota di E. CANNADA BARTOLI, *In tema di atti generali e disapplicazione amministrativa*; secondo questa impostazione il provvedimento applicativo, in quanto tale, non è mai meramente esecutivo del bando e pertanto la lesività è propria solo degli atti amministrativi speciali. La decisione dell'Adunanza plenaria che respinge l'inquadramento suggerito dall'ordinanza di rimessione è la già citata n. 1 del 1998.

(116) Su questo carattere dell'attività regolatoria cfr. B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica*, cit.; M. RAMAJOLI, *Potere di regolazione e sindacato giurisdizionale*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. FERRARI, M. RAMAJOLI, M. SICA, Torino, 2006, 265 ss.

(117) G. NAPOLITANO, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 677 ss., 680, e letteratura nordamericana *ivi* citata.

tivo, sia in via incidentale, sollecitandone la disapplicazione da parte del giudice ordinario nella controversia su diritti soggettivi pregiudicati da atti o provvedimenti consequenziali. In altri termini, i due rimedi possono in astratto concorrere, come nel caso degli atti amministrativi generali disciplinanti l'ammontare dei canoni delle concessioni di utenza di risorse idriche (118), oppure nel caso di atti organizzativi generali delle amministrazioni nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, avverso i quali "deve ammettersi una doppia tutela (anche contemporaneamente)", senza che assuma rilevanza la circostanza che l'atto organizzativo generale sia definitivamente stabile per omessa impugnazione dinanzi al giudice amministrativo (119).

È noto però che la giurisprudenza amministrativa ritiene disapplicabili solo gli atti aventi valenza normativa e non gli atti amministrativi generali, per i quali sussiste sempre l'onere d'impugnazione rituale (120).

(118) Che sono impugnabili davanti al giudice amministrativo (nella specie TSAP) o disapplicabili da parte del giudice ordinario (nella specie TRAP) nelle controversie sui diritti soggettivi che si assumano lesi da atti consequenziali, ossia nel caso di domande volte a contestare gli atti non autoritativi di rideterminazione del canone (Cass., SS.UU., n. 10124/94). Cfr. altresì Cass. SS.UU., 23 giugno 2005, n. 13447.

(119) Cass., SS.UU., 16 febbraio 2009, n. 3677, in tema di revoca d'incarico dirigenziale a seguito di variazione della dotazione organica dell'amministrazione, nella quale la Corte ha accolto la domanda di riassegnazione dell'incarico precedentemente revocato. Cfr. anche in tema Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2006, n. 128; Tar Veneto, Venezia, sez. II, 30 novembre 2007, n. 3784; Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2001, n. 732, che ha sconfessato la difesa erariale secondo cui solo dal concreto atto impositivo con cui ad un singolo soggetto venga richiesto il pagamento del maggior onere tributario derivante dall'applicazione dal decreto di fissazione delle tariffe deriva una lesione concreta e attuale degli interessi degli amministrati, difesa che pertanto affermava l'inammissibilità dell'impugnativa dell'atto generale ove proposta in via principale davanti al giudice amministrativo, potendo invece trovare spazio solo in via incidentale — ai fini di un'eventuale disapplicazione — davanti alla giurisdizione ordinaria o tributaria.

(120) Così, ad esempio, si ritiene inammissibile la domanda di disapplicazione di una previsione contenuta nelle norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale (Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 12 dicembre 2008, n. 1773; Tar Lombardia, Milano, sez. II, 9 giugno 2006, n. 1352), o, in sede d'impugnazione di un atto di aggiudicazione di un appalto o di esclusione da una gara, la domanda di disapplicazione di una prescrizione contenuta nel bando o in un capitolato speciale non previamente impugnato (Cons. Stato, sez. IV, 22 maggio 2012, n. 2988; Cons. Stato,

Quanto alla *ratio* alla base dell'orientamento giurisprudenziale che impone sempre l'impugnativa dell'atto amministrativo generale e nega la possibilità di una sua disapplicazione, si afferma che un sindacato incidentale degli atti generali finirebbe per sovvertire le regole del giudizio impugnatorio, per snaturarne i caratteri essenziali e, in definitiva, per consentire l'elusione del termine di decadenza: “ammettere il contrario significherebbe aprire la strada alla incertezza assoluta — per non dire all'arbitrio ed alla anarchia — nei rapporti con le Pubbliche Amministrazioni, certezza che invece l'Ordinamento Giuridico ha inteso salvaguardare fissando un termine decadenziale per l'impugnativa degli atti e provvedimenti amministrativi” (121).

Tuttavia le invocate esigenze di certezza dei rapporti giuridici si trovano a non valere per i regolamenti, dal momento che il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati è ammesso, oltre che nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva relativamente alle controversie in tema di diritti soggettivi, nei riguardi di regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento, sia quando sia conforme al presupposto atto normativo (122).

La disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati si fonda sul principio di gerarchia delle fonti del diritto, sul rilievo della natura normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, preva-

sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4699; sez. IV, 22 settembre 2005, n. 5005; sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5370; sez. V, n. 35/2003, cit.; *contra*, ma del tutto isolata, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 31 maggio 2000, n. 3831), oppure la domanda di disapplicazione di un bando di concorso (Tar Umbria, Perugia, 27 dicembre 2007, n. 1037). Sul punto in dottrina cfr., da ultimo, F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010, 290 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011, 15 ss.

(121) Così Tar Puglia, Bari, sez. III, 30 settembre 2008, n. 2254; su quest'orientamento cfr., per particolare chiarezza, Cons. Stato, sez. V, n. 35/2003, cit.; nonché Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, secondo cui la disapplicazione “minerebbe le esigenze di certezza dei rapporti giuridici, nonché i principi di stabilità, affidamento, continuità dell'azione amministrativa, presunzione di legittimità, che pure hanno una loro funzione nella attività amministrativa”.

(122) Oltre alla giurisprudenza già citata, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 febbraio 2004, n. 367; sez. V, n. 35/2003, cit.; 19 settembre 1995, n. 1332; 24 luglio 1993, n. 799.

lenza a quella di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di normazione primaria) (123).

Per ammettere la disapplicazione dei regolamenti e negare la disapplicazione degli atti amministrativi generali la giurisprudenza valorizza l'asserita profonda diversa natura del regolamento rispetto a quella dell'atto generale. Ma, come qui illustrato a più riprese, tale diversità non ha un solido fondamento, non essendo possibile distinguere in concreto gli atti concernenti norme secondarie da quelli contenenti precetti non normativi. Atti amministrativi generali e atti regolamentari sono accomunati dal punto di vista contenutistico e strutturale, quanto a natura della volizione in essi contenuta e alla sua capacità di ledere direttamente gli interessi dei soggetti cui è applicabile. Più che contrapporre tra loro atti amministrativi generali e atti regolamentari, occorre distinguere all'interno sia dell'una sia dell'altra categoria atti idonei a provocare una diretta e immediata lesione dell'interesse dei soggetti cui si riferiscono e atti produttivi di effetti solo unitamente ad un successivo atto applicativo.

Dalla mancanza di una diversità ontologica tra atti amministrativi regolamentari e atti amministrativi generali dovrebbe dunque conseguire l'ammissibilità della disapplicazione ogni qual volta l'atto, normativo o generale, non incida direttamente e immediatamente nella sfera giuridica altrui e pertanto non sia autonomamente impugnabile; in tal maniera alla richiesta della sua disapplicazione nel corso del giudizio sulla legittimità del suo atto applicativo non osterebbe il principio della non elusibilità dei termini perentori di decadenza (124).

(123) Molto chiaro in tal senso è Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, in *Foro amm.*, 1993, 466, con nota di S. BACCARINI, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*. Sul punto cfr. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2007; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 661.

(124) In tema cfr. A. ROMANO, *Osservazioni*, cit., 946 ss.; Id., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 466, secondo cui "gli atti che non incidano direttamente nella sfera giuridica del ricorrente ... ma, unicamente, condizionano la legittimità dell'atto impugnato, possano essere disapplicati; e, anzi, possano essere solo disapplicati"; analogamente E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 194.

10. Un ultimo punto merita di essere approfondito in conclusione, perché in esso trovano una sorta di apoteosi tutte le contraddizioni finora rilevate in una giurisprudenza profondamente segnata dalla mancanza di punti fermi di carattere sistematico. Si tratta del tema dei limiti soggettivi di efficacia della sentenza di annullamento di un atto generale e ancora una volta partire da casi concreti risulta d'ausilio (125).

Il Consiglio di Stato, davanti al quale era stata impugnata da diversi proprietari d'immobili una variante al piano regolatore che destinava in blocco una zona al piano per l'edilizia economica popolare, aveva annullato il piano per sviamento di potere (126) e successivamente aveva precisato gli effetti di tale annullamento, in occasione nel giudizio proposto contro gli atti della procedura espropriativa da soggetti che non avevano a suo tempo impugnato il piano in questione. Secondo il giudice amministrativo la sentenza di annullamento era atta a fare stato non esclusivamente fra le parti del relativo giudizio, ma anche nei riguardi dei terzi, dal momento che essa aveva accertato "tipi di vizi destinati ad inficiare non altro che globalmente e indivisibilmente gli atti citati, onde, in assenza di espresse indicazioni in contrario, il conseguentemente statuito annullamento deve per necessaria coerenza venir inteso come diretto alla caducazione integrale degli atti medesimi ed avente pertanto efficacia, secondo i princîpi, nei confronti di tutti gli interessati anche se non evocati in giudizio" (127).

L'affermazione si riferiva evidentemente ai princîpi in tema di

(125) Come per gli altri aspetti del regime processuale dei regolamenti e degli atti generali, non interessa in questa sede discutere il problema strettamente processuale dell'efficacia della sentenza di annullamento rispetto ai terzi, ma soltanto sottoporre a verifica le qualificazioni sostanziali dell'atto, che vengono fornite dalla giurisprudenza al fine di risolvere il problema processuale. Per una sintesi delle diverse posizioni in argomento si rinvia ad A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., Torino, 2012, 365 s.; per maggiori approfondimenti, P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990, 225 ss.; A. LOLLÌ, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, Milano, 2002, 233 ss.

(126) Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 1978, n. 761, in *Riv. giur. edil.*, 1978, I, 778, che ha riformato T.A.R. Lombardia, Milano, 23 giugno 1976, n. 222, in *Riv. giur. edil.*, 1976, I, 530, con nota di G. D'ANGELO, *Note minime in tema di centri storici ed edilizia pubblica residenziale*.

(127) Cons. Stato, sez. IV, 24 novembre 1981, n. 910, in *Cons. Stato*, 1981, I, 1240.

effetti dell'annullamento degli atti generali, secondo cui il vizio che inficia l'atto nel suo procedimento formativo o nel suo elemento di generalità comporta necessariamente la rimozione integrale dell'atto, con la conseguente efficacia *erga omnes* dell'effetto caducatorio, a prescindere dalla scindibilità o meno delle disposizioni contenute nell'atto medesimo (128).

In un altro caso relativo alla medesima vicenda, nel quale i proprietari avevano agito davanti al giudice ordinario contro gli atti della procedura espropriativa senza aver previamente impugnato il piano, la Cassazione si è determinata in senso completamente opposto rispetto al Consiglio di Stato.

Contro la sentenza d'appello che aveva ritenuto irrilevante l'intervenuto annullamento del piano, non avendo gli interessati partecipato al relativo giudizio, i soccombenti avevano presentato ricorso per cassazione, invocando, da un lato, le statuizioni del giudice amministrativo sull'efficacia *erga omnes* dell'annullamento degli atti pianificatori in questione, e sostenendo, dall'altro, "che per sua natura il PEEP è strumento indivisibile per il suo carattere di disciplina organica, sistematica, razionale di una zona".

Le due questioni toccano il cuore della problematica esistenza dell'atto generale. Sotto il primo profilo si tratta di stabilire se l'annullamento dell'atto generale debba essere inteso come diretto alla caducazione integrale dell'atto medesimo e pertanto debba avere efficacia nei confronti di tutti gli interessati, anche se non evocati in giudizio.

La risposta data dalle Sezioni Unite si sviluppa a partire da un orientamento opposto a quello fatto proprio dal Consiglio di

(128) Con riguardo all'annullamento di uno strumento urbanistico, l'indirizzo è illustrato con particolare chiarezza in Cons. Stato, sez. IV, 18 giugno 1982, n. 349, in *Giur. it.*, 1983, III, 1, 129. Più di recente, Cons. Stato, IV, 2 agosto 2000, n. 4253 e 5 settembre 2003, n. 4977, per le quali "la caducazione di un provvedimento a carattere generale (nella specie di una variante al piano regolatore generale) o normativo in conseguenza di una sentenza passata in giudicato, per una causa indivisibile, opera non solo nei confronti delle parti che sono state in giudizio, ma anche di coloro che, sebbene rimasti estranei al processo, si trovino nelle stesse condizioni dei ricorrenti", laddove per *causa indivisibile* si intende l'annullamento disposto "per vizi del procedimento di formazione del piano", ovvero che "afferisca ad un vincolo di zona o di area a fini pubblici, avendo, in tal caso, effetti oggettivi più ampi della proprietà dei soli originari ricorrenti".

Stato, ma senza registrare espressamente l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in atto (129).

La Cassazione condivide con il Consiglio di Stato la premessa, ovvero che il giudizio amministrativo ha per oggetto "l'atto amministrativo sotto il profilo formale della sua legittimità", ma se ne distacca per la diversa e assai più limitata portata attribuita all'effetto caducatorio. Secondo la Corte, infatti, "il giudicato sulla legittimità od illegittimità dell'atto lo investe nella sua interezza" soltanto "ove l'atto sia davvero un atto solo ed unico, volto a provvedere in modo unitario ed indivisibile, pur se nei confronti di più soggetti ma che siano e siano considerati come componenti di un gruppo unitario ed inscindibile".

L'opposizione tra i due orientamenti è dunque netta, perché il Consiglio di Stato attribuisce all'effetto di annullamento dell'atto amministrativo un'efficacia *erga omnes* che la Cassazione invece gli nega. Mentre, per il Consiglio di Stato, la "parte cassatoria" della pronuncia di annullamento dell'atto amministrativo "non può che fare stato *erga omnes*" (130), per la Cassazione può ammettersi soltanto un'efficacia *ultra partes* del giudicato di annullamento, quale riflesso dell'inscindibilità sostanziale delle situazioni soggettive incise dall'atto amministrativo: se l'atto provvede "in modo unitario e indivisibile" nei confronti di una pluralità di soggetti "che siano considerati come componenti di un gruppo unitario ed inscindibile", allora e solo allora "davvero, vale il principio per cui l'atto o sta per tutti o non sta per nessuno", nel senso che il giudicato di annullamento "produce i suoi effetti nei confronti di tutti i soggetti appartenenti al gruppo unitario ed indivisibile" (131).

La tesi della Cassazione presuppone un'interpretazione fortemente riduttiva del concetto di atto amministrativo generale.

La seconda questione sollevata dai ricorrenti metteva proprio l'accento sulla struttura *oggettivamente* indivisibile dello strumento urbanistico, la cui generalità risiede nel suo "carattere di disciplina organica, sistematica e razionale di una zona, in cui le singole proprietà sono disciplinate l'una in funzione dell'altra, in

(129) Cass., s.u., 17 marzo 1989, n. 1357.

(130) Così Cons. Stato, sez. VI, n. 4253/2000 e n. 4977/2003 sopra citate.

(131) I precedenti cui si rifà la sentenza sono Cass. n. 3458/79 e n. 2313/79.

maniera combinata e coordinata tra di loro sì che il mutamento delle sorte di una parte incide immediatamente e inevitabilmente sulle sorti dell'altra".

Questa interpretazione oggettiva della generalità dello strumento urbanistico non solo era chiaramente presupposta nel criterio adottato dal Consiglio di Stato per determinare i limiti dell'effetto caducatorio del piano regolatore (132), ma era anche stata espressamente formulata in una fondamentale sentenza del 1980, nella quale si era individuato il carattere generale dello strumento urbanistico "nella globalità e inscindibilità delle scelte sottese dal provvedimento concreto", osservando che "l'atto amministrativo generale, a differenza di quello normativo, ha carattere concreto, per ciò che appare idoneo a realizzare da sé, senza necessità di ulteriori svolgimenti, i fini a cui è preordinato; ma a differenza dell'atto particolare esso non può regolare una situazione singola, nella quale debba risolversi una valutazione comparativa tra specifici interessi pubblici e situazioni soggettive determinate da sacrificare a quelli, perché il concetto di generalità implica la contestualità di valutazioni molteplici e una posizione di originaria *indifferenza*, rispetto agli obiettivi finali da realizzare, delle situazioni concrete nelle quali l'atto generale deve incidere" (133).

Per contro, il concetto di generalità fatto proprio dalla Cassazione risulta eminentemente soggettivo e, al fondo, finisce per negare il carattere di atto generale allo strumento urbanistico: "i singoli atti amministrativi erano ciascuno un atto unitario in quanto ciascuno si riferiva ad un insieme di immobili ai quali l'atto riservava identica destinazione ... con unico provvedimento. Ma la destinazione era attribuita e la sottoposizione riguardava non una astratta zona; sibbene proprio i singoli edifici, ad uno ad uno

(132) Si veda l'analisi compiuta dalla citata sentenza del Cons. Stato, sez. IV, n. 349/82, ove la limitazione dell'effetto caducatorio ai soli ricorrenti era giustificata dalla considerazione che l'impugnazione riguardava esclusivamente "il fatto che il programma di fabbricazione avesse localizzato, in un loro terreno, un'opera pubblica determinata" e che "il vizio ineriva strettamente alla prescrizione relativa al terreno e non inficiava il resto dello strumento urbanistico", senza che "la localizzazione di quella determinata opera rivestisse un'importanza tale, nell'insieme della pianificazione urbanistica, da rendere praticamente inesequibile e privo di significato l'intero programma di fabbricazione".

(133) Cons. Stato, sez. IV, 29 luglio 1980, n. 807, in *Riv. giur. edil.*, 1981, I, 817.

considerati. L'atto conteneva tante distinte disposizioni per quanti specifici immobili venivano così ad assumere quella specifica destinazione”.

In questo modo, la generalità del piano viene dissolta come apparenza dietro la quale si rivela una pura sommatoria di disposizioni individuali: “si trattava dunque di atti amministrativi che rappresentavano ciascuno la somma di atti di esercizio della medesima funzione ma aventi diversi oggetti (le varie proprietà) e diversi destinatari (i vari proprietari)” (134). In questa prospettiva, il piano non può più essere considerato come un atto generale: “ciò è tanto vero che la stessa funzione avrebbe potuto essere esercitata con procedimenti separati per ognuno dei proprietari”.

L'oggettiva unitarietà del piano non viene negata, ma viene dalle Sezioni unite fatta recedere in una dimensione empirica, irrilevante per la qualificazione giuridica dell'atto: il piano tende “a dare una complessiva e coordinata sistemazione del territorio ai fini della localizzazione e dei caratteri degli insediamenti umani. Ma questo è lo scopo empirico che si pone la P.A. quando elabora il piano: tale scopo è raggiunto, però, attraverso la disciplina che viene applicata — e può essere ed è spesso disciplina diversa — ad ogni singola proprietà”.

L'orientamento seguito dalla Cassazione restituisce della pianificazione territoriale una figura che non corrisponde in alcun modo a quella dell'atto generale. Come ha ribadito ancora di recente la Cassazione, di fronte al rinnovato tentativo di far valere l'unitarietà del piano di zona e l'unicità del vizio che ne aveva cagionato l'annullamento da parte del giudice amministrativo, la dichiarazione di indifferibilità ed urgenza e di pubblica utilità, implicita nell'approvazione di un piano di zona per l'edilizia economica e popolare “non è un atto collettivo, che in quanto tale è espressione di una volontà unica della pubblica amministrazione, che provvede unitariamente ed inscindibilmente nei confronti di un complesso di interessi considerati non singolarmente, ma come componenti di un gruppo unitario ed indivisibile; essa va al contrario inquadrata nella categoria degli atti plurimi, che sono viceversa caratterizzati dal fatto di rappresentare una esternazio-

(134) Il precedente richiamato per questa ricostruzione del piano come mera sommatoria di disposizioni individuali è Cass. n. 4125/81.

ne unica di una pluralità di provvedimenti che non perdono la propria individualità” (135).

Sebbene la Cassazione precisi che l'individualità dei distinti provvedimenti contenuti nel piano sia da intendersi “nel senso dell'efficacia soggettivamente limitata a ciascun destinatario” individuabile “in relazione all'appartenenza dei vari beni vincolati”, per modo che “ognuno di tali soggetti, in relazione al singolo bene, è titolare di distinti diritti ed interessi”, non può sfuggire l'incongruenza di considerare *ai fini dell'applicazione di una regola processuale* individuale un atto che, per la sua struttura giuridica, individuale certamente non è, e tale, soprattutto, non potrebbe essere considerato *ai fini dell'applicazione delle regole sostanziali* relative alla sua validità (136).

(135) Cass., sez. I, 22 maggio 2009, n. 11920, la quale non a caso richiama tre precedenti tutti relativi a dichiarazioni di pubblica utilità non contenute in piani urbanistici, ma aventi ad oggetto singole opere pubbliche interessanti una pluralità di particelle di terreno appartenenti a diversi proprietari (Cass., sez. I, 24 agosto 2004, n. 16728, concernente la realizzazione di un asse stradale; Id., 12 marzo 1996, n. 2038, concernente la realizzazione di un impianto sportivo; Id., 20 novembre 1993, n. 11474, concernente la realizzazione di una scuola). In effetti, come risulta ben chiaro dalla citazione riportata nel testo, la Cassazione “riduce” (nel senso forte del termine) il significato del piano di zona alla dichiarazione di pubblica utilità in esso contenuta, senza tenere in alcuna considerazione la differenza oggettiva e strutturale tra la dichiarazione di pubblica utilità strumentale rispetto all'attuazione di un piano territoriale e la dichiarazione di pubblica finalizzata alla realizzazione di un'unica opera pubblica. In questa prospettiva, la logica pianificatoria viene completamente obliterata.

(136) Si pensi, per quanto riguarda il piano per l'edilizia economica popolare, alla quantificazione del fabbisogno abitativo, la quale, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa, “costituisce elemento fondamentale non solo ai fini del dimensionamento in sé del piano dell'edilizia economica e popolare, ma vale a rendere concreto l'interesse pubblico di carattere prevalente alla realizzazione di case popolari a fronte del quale i diritti dominicali appaiono recessivi” (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4101). Il dimensionamento del piano ha un senso proprio in quanto l'atto di cui si tratta non costituisce la mera somma di distinte dichiarazioni di pubblica utilità, ma atto oggettivamente generale, che individua unitariamente una zona di territorio come luogo di edilizia residenziale pubblica. Per la stessa ragione, l'errato dimensionamento non può che colpire il piano nella sua interezza, in quanto esprime un interesse pubblico che fronteggia unitariamente una pluralità di diritti dominicali e non può sussistere per alcuni e non per altri. Secondo la pregnante espressione utilizzata da Cons. Stato, sez. VI, 12 novembre 2009, n. 7023, “un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario a contenuto generale non può esistere per taluni e non esistere per altri”. In relazione

La difformità dei criteri utilizzati dalla giurisprudenza per stabilire i limiti soggettivi di efficacia dell'annullamento degli atti generali non rappresenta una semplice incoerenza tra orientamenti giurisprudenziali, ma mette in luce l'esistenza di un'antinomia nascosta nelle pieghe della complessità del diritto vivente (137).

Un medesimo atto non può essere allo stesso tempo qualificato come atto generale, al fine del regime sostanziale e processuale di validità, e come mera somma di provvedimenti individuali separati, ai fini dell'efficacia della sentenza di annullamento (138). Un atto generale non può essere anche scindibile, perché altri-

al piano per gli insediamenti produttivi, che come il piano di zona la giurisprudenza considera plurimo e scindibile (Cons. Stato, sez. IV, 13 marzo 2007, n. 1383), tuttavia si afferma lo stesso genere di unitarietà e generalità del contenuto (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 18 settembre 1989, n. 590, in *Riv. giur. urbanistica*, 1990, 15, con nota di O. CANOVA, *Notazioni a margine di recenti decisioni in tema di motivazione e procedimento di impugnazione dei P.I.P.*).

(137) Ad ogni modo, anche l'incoerenza giurisprudenziale in materia risulta particolarmente grave. Ci si riferisce, in particolare, alla posizione tenuta dalla Cassazione in materia di provvedimenti tariffari, rispetto ai quali non viene applicato il criterio della generalità in senso soggettivo predicato per i piani urbanistici, bensì quelli della generalità in senso oggettivo e della inscindibilità del vizio accertato, che il Consiglio di Stato propone anche per i piani urbanistici. Cfr. Cass., sez. I, 13 marzo 1998, n. 2734, in tema di tariffe portuali per il servizio di rimorchio, ove si afferma che "il principio dell'efficacia *inter partes* del giudicato amministrativo non trova applicazione con riguardo alle pronunce di annullamento di peculiari categorie di atti amministrativi, quali quelli aventi pluralità di destinatari, contenuto inscindibile, ed effetti da vizi di validità che ne inficino il contenuto in modo indivisibile per tutti i loro destinatari".

(138) Particolarmente importante, sotto il profilo indicato nel testo, una risalente pronuncia che ha ritenuto inscindibile il provvedimento di fissazione delle tariffe telefoniche, trattandosi di "un insieme di determinazioni unitarie che si intrecciano tra loro" e sono "dirette a soggetti considerati nel loro complesso e non come singoli componenti: infatti il sistema tariffario del servizio telefonico è improntato a finalità di ordine sociale, per cui attenuazioni tariffarie a favore di alcune categorie si accompagnano ad un corrispondente inasprimento tariffario a danno di altre, sicché la determinazione non può non essere globale ed il sistema non può non essere unitario" (Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1981, n. 40, in *Cons. St.*, 1981, I, 130). Per quanto il Consiglio di Stato prenda le mosse dalla stessa contrapposizione, fatta propria dalla Cassazione, fra atti collettivi, che "provvedono unitariamente ed inscindibilmente nei confronti di un complesso di individui considerati non *uti singuli*, ma come esponenti di un unico contesto", ed atti plurimi, "che, pur essendo le risultanze di provvedimenti sostanzialmente distinti ed indipendenti tra loro, si presentano tuttavia come atto unico", il concetto di unitarietà dei destinatari è

menti, come mostra di essere ben consapevole la Cassazione nelle sentenze esaminate, esso si riduce a una collezione di atti individuali privi di rapporto l'uno con l'altro, ovvero privi di generalità.

La preponderanza della preoccupazione di conservare gli effetti di un'azione amministrativa particolarmente complessa quale quella che si esprime negli atti generali, che evidentemente anima anche l'orientamento della Cassazione da ultimo esaminato, finisce per condurre ad un punto di non ritorno, ovvero alla dissoluzione della categoria dell'atto generale (139).

Sotto il profilo concettuale questo non sarebbe un problema, se non fosse che l'inconsistenza delle categorie finisce per oscurare i veri problemi, che sono quelli dell'adeguatezza del regime sostanziale e processuale di validità applicabile non tanto all'atto quanto alle prescrizioni in esso contenute.

Se dunque è vero che “le fonti si configurano, in Italia, sulla base di criteri formali; mentre i loro vari contenuti possono rilevare, se mai, ai fini della validità e non dell'esistenza di esse” (140), si deve però anche sottolineare che il problema della validità dei contenuti non appare affatto secondario e privo di problemi, ma, al contrario, si pone come centrale per tutti gli atti che pongano precetti, siano essi riconducibili o meno formalmente al novero delle fonti del diritto.

11. Tornando al quesito che ci si poneva all'inizio del presente lavoro, l'analisi compiuta conduce a osservare che la distinzione tra atti legislativi, atti regolamentari, atti amministrativi generali e atti amministrativi puntuali non rappresenta uno sche-

completamente differente, perché nella sentenza richiamata l'unitarietà dei destinatari è determinata dall'unitarietà oggettiva della disciplina stessa. Cfr. anche Cons. Stato, sez. VI, 21 agosto 1993, n. 585, in *Dir. proc. amm.* 1995, 519 ss., con nota di P.M. VIPIANA, *L'annullamento giurisdizionale dei provvedimenti tariffari ancora al vaglio del Consiglio di Stato*.

(139) Per contro, si segnala l'importanza della già richiamata statuizione, secondo cui “un atto sostanzialmente e strutturalmente unitario non può esistere per taluni e non esistere per altri” (Cons. Stato, V Sez., 28 dicembre 1989 n. 910; Id., sez. IV, 24 novembre 2002, n. 6456; Id., 30 giugno 2004, n. 4802; Id., sez. VI, 12 novembre 2009, n. 7023).

(140) L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano: le problematiche della definizione e dell'individuazione*, in *Quad. cost.*, 1993, 240 ss.

ma ordinatorio adeguato rispetto alla realtà delle fonti del diritto amministrativo.

L'atto legislativo si contrappone a tutti gli altri per la forma, ma per il contenuto è in grado di coprire tutto l'arco delle possibili tipologie, fino a raggiungere, con la legge provvedimento, l'estremo dell'atto amministrativo puntuale. L'atto regolamentare dovrebbe essere nettamente distinto dall'atto amministrativo per la forma, secondo il tentativo di razionalizzazione compiuto dalla legge n. 400/88, ma la forma si è rivelata talmente duttile, di fronte alle esigenze della prassi, da consentire la creazione di una figura impossibile come il decreto (ovvero il regolamento) non regolamentare.

Al di là della forma, imprescindibili esigenze pratiche impongono di mantenere ferma la distinzione tra regolamento e atto amministrativo ricorrendo a un criterio sostanziale, perché il regolamento, appartenendo al novero delle fonti del diritto in senso stretto, deve avere un regime di validità più simile a quello della legge che non a quello dell'atto amministrativo. Ma l'applicazione di criteri distintivi sostanziali (generalità, astrattezza e novità) non è in grado di fornire risposte uniformi e certe. Il fatto stesso che si sia dovuta creare una categoria ibrida come quella dell'atto generale (ma non astratto) dimostra che vi sono figure di atti amministrativi talmente simili all'atto normativo da rendere oggettivamente sfumata la distinzione.

Inoltre uno stesso atto giuridico è suscettibile di possedere simultaneamente una pluralità contraddittoria di qualificazioni. Così come la legge, anche il regolamento e l'atto amministrativo generale sono suscettibili di contenere prescrizioni normative, amministrative generali e amministrative puntuali allo stesso tempo. La possibilità che prescrizioni di natura differente siano contenute, anche contemporaneamente, nel medesimo atto non solo aumenta la difficoltà di operare distinzioni certe, ma soprattutto determina una tensione tra forma e contenuto dell'atto che ne rende ambigua la configurazione complessiva e, conseguentemente, la disciplina applicabile.

D'altra parte, la disciplina non riesce a restare confinata nel ruolo logico di mera conseguenza della qualificazione dell'atto cui dev'essere applicata. Il regolamento e l'atto amministrativo generale sono accomunati dalle regole che li affrancano dalla partecipazione procedimentale e dalla motivazione specifica delle scelte

in essi contenute, ma l'esigenza pratica sottostante a queste regole finisce spesso per determinare forzature qualificatorie, di segno anche opposto, nella prassi giurisprudenziale. Si registrano così ipotesi di atti regolamentari assoggettati al regime motivazionale caratteristico dell'atto amministrativo puntuale e, viceversa, prescrizioni puntuali contenute in atti generali affrancate dall'onere di motivazione specifica. Ma questi e altri esempi di incoerenza qualificatoria si rivelano, allargando lo sguardo, come i tasselli di un ampio panorama di soluzioni derogatorie, che la giurisprudenza viene elaborando settorialmente, sotto la spinta di esigenze pratiche più forti (perché *speciali*) rispetto a quelle sottese agli schemi interpretativi *generali* (141).

Allo stesso modo, la disciplina processuale rappresenta un rilevante fattore di incoerenza qualificatoria. In particolare, le regole del processo di impugnazione, e segnatamente quella del termine di decadenza per la proposizione del ricorso, sembrano dotate di una forza livellante, che tende ad annullare tutte le distinzioni qualificatorie all'interno della vuota categoria formale dell'atto amministrativo impugnabile. Ed è ancora l'ibrida figura dell'atto generale a segnalare per prima la difficoltà di imporre un ordine alla materia, perché se c'è un'esigenza di disciplina che spiega la creazione della categoria è proprio quella di assicurare la stabilità di un'azione amministrativa complessa attraverso l'applicazione del termine di decadenza per l'azione di impugnazione.

Così accade che atti concepiti per regolare una serie indefinita di rapporti possibili — cui il legislatore ricorre quando il fine pubblico non possa essere perseguito se non coordinando e indirizzando un complesso intreccio non predeterminabile d'iniziativa dei singoli — vengono costretti entro la forma del provvedimento immediatamente impugnabile, artificialmente spezzando l'endiadi della generalità-astrattezza (142). E nel punto in cui il conflitto tra

(141) Si pensi al movimento giurisprudenziale rivolto a costruire uno speciale regime della partecipazione e della motivazione degli atti di regolazione, la cui logica settoriale (sulla quale cfr. M. COCCONI, *L'obbligo*, cit., 707 ss.) risulta del tutto analoga a quella presente nelle tendenze che si registrano in materia di localizzazione delle antenne di telefonia o di pianificazione delle attività estrattive. Cfr. *supra*, rispettivamente, par. 5, 6 e 7.

(142) Secondo l'insegnamento di V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova, 1976, 18 ss., poiché la norma, "nella sua forma pura" di giudizio

esigenza di conservazione dell'azione amministrativa e restaurazione della legalità si fa più forte, ovvero di fronte al problema degli effetti *ultra partes* dell'annullamento dell'atto, le qualificazioni dell'atto generale finiscono per divaricarsi all'estremo. Se per alcune specie di atti generali, come tipicamente i provvedimenti tariffari, il carattere della generalità spinge a considerare assolutamente inscindibile l'atto, predicandone sempre e comunque l'estensione *erga omnes* dell'annullamento; in altre ipotesi, il cui esempio paradigmatico sono i piani urbanistici, la generalità viene addirittura annullata, raffigurando l'atto come un insieme scindibile di provvedimenti individuali, che avrebbero anche potuto essere emanati separatamente l'uno dall'altro e che quindi possono essere annullati senza pregiudicare l'insieme.

Di fronte a questa "volubilità" delle qualificazioni, viene da chiedersi quale possa essere il ruolo dell'interprete.

Nel saggio ricordato all'inizio del presente lavoro, si osservava che "la smitizzazione del momento normativo dell'esperienza giuridica" non è fine a se stessa, ma funzionale a un recupero della prospettiva ordinamentale: "gli effetti giuridici rappresentano nullo altro che la risposta dell'ordinamento alle nuove situazioni di fatto e trovano la loro ragione e giustificazione nella valutazione della stessa ad opera dell'ordinamento" (143).

All'inizio della sua riflessione sull'ordinamento giuridico, Santi Romano osservava che "il diritto, in ciò che ha di culminante e, quasi, si direbbe di più essenziale, è principalmente pubblico",

ipotetico, costituisce un "precetto avente ad oggetto una classe di situazioni assunte come possibili, e pertanto suscettibile di indefinita applicazione", la generalità-astrattezza "rappresenta quantomeno un carattere 'naturale' delle norme costituenti il diritto oggettivo. Questo, infatti, è ordinamento e non è concepibile ordinamento che non abbia un certo grado di stabilità e permanenza nel tempo; né basta a formare un ordinamento una somma seriale di precetti individuali, esaurentisi ciascuno *una tantum*, che sarebbero — da soli — inadeguati ad oggettivarsi, distaccandosi dai fatti od atti dai quali derivano".

(143) P. STELLA RICHTER, *Il sistema delle fonti* cit., 611 s., ove si sottolineava altresì che "l'esperienza giuridica è dunque costituita dall'insieme delle valutazioni compiute, da soggetti a ciò deputati dall'ordinamento, di fatti considerati rilevanti per l'ordinamento medesimo. In tale definizione è implicito il rilievo che l'atto valutativo non deve essere necessariamente un atto normativo, ma è integrato da ogni precetto di quelle autorità, alle quali l'ordinamento attribuisca il potere di porre in essere valutazioni vincolanti nei confronti dei consociati".

mentre invece le “correnti definizioni del diritto ... sono state elaborate o dalla disciplina del diritto privato, che poi le ha imposte alle altre, o da punti di vista che non sono riusciti a superare quelli propri di tale disciplina” (144).

La critica, com'è noto, era rivolta contro la concezione del diritto come “una o più norme singole” e dell'ordinamento come “un insieme o un complesso di norme”, che egli considerava “contraria alla realtà”, perché il diritto “è, in primo luogo, la complessa e varia organizzazione dello Stato ..., i numerosi meccanismi o ingranaggi, i collegamenti di autorità o di forza, che producono, modificano, applicano, garantiscono le norme giuridiche, ma non si identificano con esse” (145). L'ordinamento giuridico “è un'entità che si muove in parte secondo le norme, ma, sopra tutto, muove, quasi come pedine in uno scacchiere, le norme medesime, che così rappresentano piuttosto l'oggetto e anche il mezzo della sua attività, che non un elemento della sua struttura” (146).

Questa prospettiva — che è quella dell'ordinamento “come farsi e non fatto, come continua attività produttiva” (147) — suggerisce alcune considerazioni di fronte al quadro emerso dall'analisi che precede.

Probabilmente non esiste alcun modo per ricondurre a un ordine coerente l'esperienza giuridica esaminata. I “meccanismi” del governo, che muovono le norme e i precetti come pedine in uno scacchiere, non si fanno certo imbrigliare dalle categorie (148). D'altra parte, dall'opera casistica della giurisprudenza,

(144) S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, 9 ss., ove, criticando l'opinione che “vero diritto sia soltanto quello privato, mentre i rapporti di diritto pubblico non sarebbero intrinsecamente rapporti giuridici”, si sottolineava che il diritto privato “è, senza dubbio, una semplice specificazione” del diritto pubblico, in quanto “non soltanto esso è sospeso al diritto pubblico, ... ma è dal diritto pubblico continuamente, per quanto talvolta silenziosamente, dominato”.

(145) *Op. cit.*, 14 ss.

(146) *Op. cit.*, 17.

(147) F. MODUGNO, *Ordinamento giuridico (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, 678 ss., spec. 682.

(148) Le immagini romane del meccanismo e dell'ingranaggio evocano il fondo del problema antico da cui sorge “l'orizzonte di senso dello Stato di diritto”, il quale, se “si iscrive nell'esigenza di porre argini alla forza debordante e tendenzialmente incontrollabile del potere (un potere terribile e minaccioso, ma nello

costantemente alla ricerca di un equilibrio tra il bisogno di tutela dei singoli e l'esigenza di salvaguardare l'effettività dei meccanismi di governo della società, non si può pretendere altro che "un andamento statistico ... lungo percorsi sufficientemente coerenti" (149).

Tuttavia, la coerenza è un valore costitutivo dell'ordinamento (150) di cui spetta alla scienza giuridica farsi carico, nonostante l'impossibilità del compito. Senza il costante richiamo all'unità e alla coerenza — che soltanto un'opera di paziente confronto critico tra i casi decisi dalla giurisprudenza può rendere sufficientemente credibile — l'ordinamento rischia di scivolare nel relativismo del fatto compiuto, che nel campo del diritto amministrativo sempre rischia di risolversi in un arbitrio incontrollato del potere pubblico.

Nel quadro di questa esigenza, continua ad essere importante mantenere viva la distinzione tra "il previo *disporre*, in generale

stesso tempo indispensabile per la fondazione e il mantenimento dell'ordine); se è l'espressione della fiducia che gli individui, incalzati dalla forza minacciosa e arcana del potere, ripongono nel diritto, nella norma oggettiva, come in una diga capace di frenare o comunque di regolare l'energia disordinata ed eccessiva della sovranità, allora il suo orizzonte di senso si colloca in uno scenario temporale estremamente ampio, che include tanto il mondo antico quanto la cultura medievale" (P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in P. COSTA e D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, 2002, 89 ss., spec. 91 s.).

(149) Come sottolinea R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa)*. Per una teoria quantistica delle fonti del diritto, in *Scritti in onore di L. Carlssare*, vol. I, Napoli, 2009, 35 ss., spec. 59 ss., il quale osserva che "se la fisica ha rinunciato ad una spiegazione deterministica della natura, forse anche noi giuristi potremmo far senza una spiegazione deterministica della 'applicazione delle leggi'. E soprattutto potremmo evitare di cedere alla tentazione di convertire tutto ciò che influisce su quest'ultima in una 'teoria delle fonti' che, quanto più cerca di includere in sé i fattori che incidono sul processo di interpretazione/applicazione del diritto, tanto meno risulta utile alla sua spiegazione, venendo anzi meno al suo fondamentale compito di guidarci nella selezione di ciò che è diritto e di ciò che non lo è".

(150) Ha sottolineato Corte cost., 30 novembre 1982, n. 204 (indicata da R. BIN, *Ordine delle norme* cit., 47, come la decisione che ha "portato a costituire il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. come ... *canone di coerenza* dell'intero ordinamento"), che "... la risposta affermativa deve essere data da chiunque ravvisi il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile nella coerenza tra le parti di cui si compone; valore nel dispregio del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore: canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di uguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3".

ed in astratto per tutti i possibili casi futuri, e il concreto *provvedere*, nei singoli casi particolari, in attuazione o sulla base ed entro i limiti di norme antecedentemente poste” (151). L’azione amministrativa di cura dell’interesse pubblico è un ampio mandato ordinamentale, che comprende in sé differenti dimensioni e che proprio per questo richiede accurate distinzioni. Quanto più le prescrizioni dettate dall’amministrazione si avvicinano alla sfera del disporre tipico della norma, tanto più deve farsi sentire la *vis attractiva* del regime di validità della legge; quanto più le prescrizioni si avvicinano alla sfera del provvedere, tanto più deve essere forte la *vis attractiva* del regime di validità del provvedimento amministrativo.

I due estremi tipologici dell’esercizio del potere pubblico non sono categorie, bensì principi che reclamano una giusta attuazione.

Come è stato osservato, “la generalità della legge è collegata all’esigenza politica dell’uguaglianza” e “lo Stato democratico di diritto, di cui l’uguaglianza è il centro, esige la generalità della norma, escludendo privilegi e trattamenti differenziati” (152). Pertanto, nella misura in cui l’azione amministrativa partecipa della funzione normativa, dovrebbe anzitutto sottolinearsi l’esigenza di una rigorosa sottomissione al principio di uguaglianza e a un sindacato di ragionevolezza analogo a quello elaborato dalla Corte costituzionale per la legge (153).

(151) V. CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., 23.

(152) L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir., Agg.*, vol. I, Milano, 1997, 561 ss., spec. 540.

(153) Un esempio importante di sindacato di ragionevolezza di una disposizione regolamentare, chiaramente ispirato al sindacato costituzionale di ragionevolezza, è in Cons. Stato, sez. IV, n. 812/2012, cit., in materia di accise agevolate sui biocarburanti. L’esempio più noto e rilevante di rifiuto di applicare il principio di uguaglianza a prescrizioni amministrative con valenza normativa è rappresentato dalla giurisprudenza per la quale “in sede di previsioni di zona di piano regolatore, la valutazione dell’idoneità delle aree a soddisfare, con riferimento alle possibili destinazioni, specifici interessi urbanistici, rientra nei limiti dell’esercizio del potere discrezionale, rispetto al quale, a meno che non siano riscontrabili errori di fatto o abnormi illogicità non è configurabile neppure il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento basato sulla comparazione con la destinazione impressa agli immobili adiacenti” (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. VI, 17 febbraio 2012, n. 854; un’isolata eccezione è rappresentata da Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4434).

Per contro, il regime di validità del provvedimento amministrativo è imperniato sulla motivazione, sull'ancoraggio della scelta amministrativa alla realtà e sull'idoneità dell'interesse pubblico concreto a giustificare il sacrificio imposto al privato. Nella misura in cui l'azione amministrativa, anche quando raggiunge dimensioni di notevole ampiezza e complessità, si traduca in scelte particolari, il regime del provvedimento dovrebbe prevalere e la generalità dell'atto non dovrebbe costituire un pretesto per mettere al riparo la scelta amministrativa dalla verifica di legittimità.

**ABSTRACT:** Il presente saggio intende verificare se la tradizionale distinzione tra atti legislativi, atti regolamentari, atti amministrativi generali e atti amministrativi puntuali rappresenti uno schema ordinario adeguato rispetto alla realtà delle fonti del diritto amministrativo. L'applicazione di criteri distintivi sostanziali (generalità, astrattezza e novità) non è in grado di fornire risposte uniformi e certi, mentre la forma si è rivelata duttile al punto tale da consentire la creazione di una figura impossibile come il decreto non regolamentare. Inoltre uno stesso atto giuridico è suscettibile di possedere simultaneamente una pluralità contraddittoria di qualificazioni, potendo contenere prescrizioni normative, amministrative generali e amministrative puntuali al tempo stesso. Di fronte alla volubilità delle qualificazioni, continua ad essere importante mantenere viva la distinzione tra il previo *disporre* in generale e in astratto e il concreto *provvedere* nei singoli casi particolari. Quanto più le prescrizioni dettate dall'amministrazione si avvicinano alla sfera del *disporre* tipico della norma, tanto più deve farsi sentire la *vis attractiva* del regime di validità della legge; quanto più le prescrizioni si avvicinano alla sfera del *provvedere*, tanto più deve essere forte la *vis attractiva* del regime di validità del provvedimento amministrativo.

**ABSTRACT:** *This paper aims at verifying if the traditional distinction between laws, regulations, general administrative acts and administrative decisions is an adequate framework in order to represent the existing sources of administrative law. The use of substantial standards (general and abstract nature and innovation) is not able to give uniform and definite answers. The form is also so flexible to admit an impossible figure as the non regulative decree. Moreover the same juridical act can concurrently assume an inconsistent multiplicity of nomenclatures, as it includes rules, general and particular administrative provisions at the same time. Notwithstanding the volubility of the classification it must be stressed the distinction between the general rulemaking and the particular adjudication in single cases. When the provisions get closer to rulemaking, the rules of law invalidity must be applied, when the provisions get closer to adjudication, the rules of administrative decision invalidity must be applied.*