

## Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva\*

Massimo Occhiena, Nicola Posteraro

SOMMARIO: 1. L'attività consultiva: una prima definizione. – 2. I caratteri fondamentali dell'attività consultiva. – 3. L'esercizio dell'attività consultiva. In particolare: i pareri e le loro caratteristiche principali. – 4. Le diverse tipologie di pareri. – 5. Il procedimento consultivo e la semplificazione: alcuni nodi da sciogliere. – 6. Sull'applicabilità dell'art. 16, legge 241/1990, ai pareri vincolanti e sulla loro natura. – 7. Osservazioni conclusive. Dal parere “tollerato” alla decisione erronea ma non annullabile perché tempestiva?

### 1. *L'attività consultiva: una prima definizione*

In diritto amministrativo, con “attività consultiva” si intende comunemente l'attività volta «non già a decidere per la cura di un interesse pubblico, ma a fornire valutazioni e giudizi su varie questioni in vista delle scelte finali adottate da altri»<sup>1</sup> e che, appunto perché rilevante dal punto di vista del diritto amministrativo, è posta in essere da un'amministrazione pubblica, *recte*, da un organo/oggetto amministrativo<sup>2</sup>.

La locuzione “attività consultiva” risale alla sistematica della dottrina pubblicistica di fine Ottocento che ha elaborato la distinzione tra “funzioni sostanziali” e “funzioni ordinali”<sup>3</sup>. In particolare, con le prime si individuavano le fun-

\* Il presente lavoro è frutto di approfondimenti e riflessioni comuni; tuttavia, i paragrafi 1, 2, 4 e 7 sono stati scritti da Massimo Occhiena, i paragrafi 3, 5 e 6 da Nicola Posteraro.

<sup>1</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 464.

<sup>2</sup> M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 562, che ha qualificato come organo consultivo «qualunque organo o soggetto al quale l'ordinamento conferisce una funzione consultiva».

<sup>3</sup> Sul punto, si v. la ricostruzione offerta da M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 26 s.

zioni correlate agli interessi, appunto, sostanziali affidati alla cura dei diversi di enti pubblici; con le seconde si indicavano le attività poste in essere dagli uffici pubblici al fine di esercitare le funzioni sostanziali ed erano denominate “ordinali” per rappresentarne l’ordine di svolgimento. Queste ultime erano identificate nelle funzioni di amministrazione attiva, consultiva e di controllo. Prescindendo dalle ulteriori classificazioni di cui queste categorie (e, più specificamente, quella dell’amministrazione attiva)<sup>4</sup> sono state oggetto e rinviando alla definizione in premessa riportata della funzione/attività consultiva<sup>5</sup>, si rileva come tradizionalmente all’amministrazione attiva si riconducano «tutte le attività mediante le quali l’Amministrazione agisce operativamente in vista della realizzazione degli obiettivi concreti assegnati all’azione amministrativa»<sup>6</sup>; a quella di controllo, le attività volte a sindacare – a seconda dei casi, in punto di mero diritto ovvero anche con estensione al merito – gli atti e gli effetti posti in essere e conseguenti all’esercizio delle funzioni di amministrazione attiva.

In tempi relativamente recenti, la formula lessicale “attività consultiva” ha avuto riconoscimento e copertura formale a opera del legislatore nazionale, che, con l’art. 21, comma 1, lett. u), legge 11 febbraio 2005, n. 15, ha inserito la rubri-

<sup>4</sup> Sempre M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., 26 ricorda come la dottrina abbia ulteriormente scandito la funzione di amministrazione attiva in funzione conoscitiva, decisoria e di attuazione. Sep pure talora utilizzata (si pensi, quanto all’approfondimento della raccolta ed elaborazione istruttoria degli enti pubblici, a F. Levi, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967), la suddetta tripartizione e, in genere, lo schema concettuale delle funzioni sostanziali e ordinali non ha avuto particolare seguito nella dogmatica dell’attività amministrativa (sebbene non manchino eccezioni: si v., ad esempio, nella materia urbanistica, P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico*, Torino, 2004, 62 ss., che riprendono P. Stella Richter, *Profili funzionali dell’urbanistica*, Milano, 1984, spec. 49 ss., a sua volta ispiratosi alla menzionata ricostruzione di Giannini, il quale tuttavia in *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, II, 246, scrisse che detta classificazione «in sé non vale molto»). Lo studio sempre più preciso e minuzioso dell’attività amministrativa, così da scomporre l’agire degli enti pubblici in una molteplicità di atti il cui catalogo diventò particolarmente complesso, ripeteva l’impianto sistematico di stampo pandettistico proprio del diritto civile e portò alla costruzione di un’accurata tassonomia dell’attività amministrativa, riconducendo i diversi atti a categorie generali che ne compendiasero le caratteristiche. Questa impostazione nello studio dell’azione amministrativa venne gradatamente abbandonata in considerazione sia dell’affermarsi del metodo elaborato dalla Scuola italiana del diritto pubblico (sulla parabola storica testé brevemente accennata, per tutti, si v. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 19 ss.), sia del successo della teoria del procedimento amministrativo siccome inizialmente elaborata da A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, la quale pare avere determinato la graduale perdita di importanza della scomposizione classificatoria in atti dell’attività amministrativa, concentrandosi l’attenzione degli studiosi specialmente sulla dinamica del processo decisionale pubblico, nelle diverse accezioni – strutturale (Sandulli), funzionale (Benvenuti), organizzativa (Nigro) – in cui progressivamente il procedimento è stato concepito e ricostruito (sul punto, *ex multis*, G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, I, Bologna, 2005, 537 ss.; R. Villata, G. Sala, voce *Procedimento amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, Torino, 1996, 574 ss.).

<sup>5</sup> L’utilizzazione alternativa di cui al testo risponde all’opzione di considerare i due termini in rapporto di sinonimia (sul punto, si v. anche C. Barbati, *L’attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2002, 14, nota 1), sebbene ovviamente, sul piano strettamente dogmatico, “attività” e “funzione” costituiscono concetti diversi e quindi non assimilabili: per tutti, si v. M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 96 ss.

<sup>6</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, I, 589.

ca all'art. 16 della legge 7 agosto 1990, n. 241, intitolandolo appunto «Attività consultiva». Seppure, come si tenterà di dimostrare in appresso, la norma offra importanti elementi ai fini della determinazione delle peculiarità dell'attività in analisi, di per sé l'art. 16, cit., disciplina esclusivamente il regime dei pareri degli organi consultivi<sup>7</sup>, mentre nulla dice in relazione al contenuto e alle caratteristiche dell'attività consultiva *tout court*<sup>8</sup>.

Pertanto, ai fini di comprendere quali siano i profili ontologici di tale attività, occorre volgersi all'opera della dottrina, dalla cui indicazioni paiono emergere alcuni caratteri principali su cui si sofferma l'attenzione<sup>9</sup>.

## 2. *I caratteri fondamentali dell'attività consultiva*

L'attività consultiva si caratterizza per l'essere esercitata da organi amministrativi cui è stata attribuita la relativa funzione o comunque il compito, anche occasionale, di rendere consulenza ad altri organi o enti pubblici<sup>10</sup>. Si tratta di aspetto da sempre sottolineato dalla dottrina, correlato sul piano organizzativo alla tripartizione già illustrata delle attività/funzioni amministrative<sup>11</sup>.

Gli organi a ciò preposti possono essere interni o esterni all'amministrazione precedente, ma devono per forza di cose essere apparati amministrativi stabilmente integrati all'interno dell'organizzazione pubblica: non si può per questo parlare dello svolgimento di funzione di amministrazione consultiva propriamente detta nel caso di attività consultiva resa da consulenti ed esperti privati estranei all'organizzazione amministrativa<sup>12</sup>. Ancora, gli organi consultivi sono «non necessaria-

<sup>7</sup> Come osservato da A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 615 s.

<sup>8</sup> Sui caratteri dell'attività consultiva con riguardo anche alle esperienze di altri ordinamenti, S. Cassese, *La funzione consultiva nei governi moderni*, in *Quad. cost.*, 2001, 5 e ss.

<sup>9</sup> Scrive C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 16 che «quella dell'attività consultiva è una categoria per così dire aperta. Tranne che per alcune figure, provviste di rilievo costituzionale, la cui previsione e configurazione possiedono quel maggiore grado di stabilità, assicurato dalla rigidità delle norme che le contemplano, le sue espressioni sono rimesse alle determinazioni che vengano assunte in sede normativa, talvolta anche solo in via amministrativa, potendo essere oggetto di ricorrenti modifiche che assegnano alle corrispondenti discipline carattere di mobilità, anche elevata».

<sup>10</sup> Così, per tutti, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2018, 335.

<sup>11</sup> Si v., a titolo di mero esempio, G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, I, 276; A. De Valles, *Elementi di diritto amministrativo*, Padova, 1956, 210 e ss.; G. Belli, voce *Parere*, in *Nuovo Dig. it.*, IX, Torino, 1939, 451; C. Vitta, *Diritto amministrativo. I - Parte generale*, Torino, 1933, 142; Santi Romano, *Corso di diritto amministrativo. Principii generali*, Padova, 1932, 119; F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, II, 906 s. (nella ristampa anastatica del 1992; pag. 420 nell'edizione del 1960 con note di G. Miele).

<sup>12</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464. M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 525, osserva che «non sono "organi consultivi" uffici interni, organi, enti, persone fisiche – funzionari o esperti esterni – non titolari di specifici compiti di consulenza, che rendono contributi di conoscenza spesso in forma verbale o informa-

mente, ma ordinariamente»<sup>13</sup> a composizione collegiale e possono essere burocratici (cioè composti da funzionari legati all'amministrazione o a più amministrazioni da rapporti di impiego), ovvero tecnici (composti da esperti in particolari discipline, da membri dotati di peculiare qualificazione sotto il profilo personale conoscenza e preparazione)<sup>14</sup>, ovvero misti (a composizione burocratica e tecnica).

L'attività in disamina si caratterizza per essere ausiliaria rispetto ad altre attività amministrative volte all'assunzione di decisioni<sup>15</sup>. Com'è stato osservato, questa prerogativa deriva dal fatto che la funzione in analisi è strumentale a salvaguardare la qualità delle decisioni amministrative<sup>16</sup>. L'attività consultiva è quindi diretta ad aiutare chi debba prendere una decisione amministrativa ad assumerla nel modo migliore, tenendo conto di tutti gli elementi rilevanti. Dal fatto di essere ausiliaria consegue il carattere servente di tale attività rispetto a quella preordinata all'adozione della decisione amministrativa, nel senso che «non si può configurare un atto consultivo di per sé stante, avulso dalla relazione giuridica che lo lega all'atto di volontà dell'organo attivo»<sup>17</sup>: in altri termini, essa non gode di una sua autonomia funzionale.

Al carattere ausiliario è strettamente legata l'ulteriore peculiarità dell'attività consultiva, concernente la sua collocazione endoprocedimentale rispetto al procedimento principale volto all'adozione del provvedimento cui la consulenza è resa. Sia che l'attività in questione si esaurisca o, meglio, venga descritta, quale attività *uno actu*, valorizzando l'unicità dell'atto consulenziale su richiesta, sia che

---

le, attraverso manifestazioni che non assurgono a dignità di atti del procedimento, integrando un'attività preparatoria dei medesimi; atti di volta involta, denominati note, studi, avvisi, ecc.». Occorre tuttavia rilevare che, come emerge anche dai lavori preparatori alla legge generale sul procedimento, atti normalmente riconducibili alle categorie suddette ricadono invece nella disciplina di cui all'art. 16, legge 241/1990, laddove siano previsti espressamente da norme.

<sup>13</sup> Secondo l'annotazione, tuttora valida, di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, cit., II, 907.

<sup>14</sup> D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2005, 195 e ss. L'Autore inserisce nel novero degli apparati consultivi altresì quelli «costituiti da (o anche che da) rappresentanti di categorie i cui interessi sono coinvolti dall'attività dell'amministrazione» (196): si ritiene tuttavia di dovere escludere la natura consultiva di questi organi, per le ragioni esposte *infra*.

<sup>15</sup> Secondo una recente e aggiornata classificazione teorica delle funzioni amministrative colte sia nel momento dell'esercizio delle attività tipiche che le estrinsecano, sia in quello dell'organizzazione, ossia degli organi e degli apparati amministrativi chiamati a svolgere quelle attività, la funzione consultiva è ricondotta unitamente a quella di controllo alle funzioni ausiliarie, altrimenti definita «amministrazione delle funzioni ausiliarie»: così D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 193. In passato, C. Vitta, *Diritto amministrativo. I - Parte generale*, cit., 345, ha riconosciuto l'ausiliarietà quale carattere peculiare non solo degli atti, ma anche degli uffici consultivi. Secondo G. Ferrari, *Gli organi ausiliari dello Stato*, Milano, 1956, il dato significativo per la individuazione dell'essenza della funzione consultiva sta proprio nel concetto di ausiliarietà. Sulla natura ausiliaria-strumentale dell'attività consultiva, si v. C. Barabati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 9.

<sup>16</sup> V. Parisio, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 804. Sul carattere strumentale della funzione consultiva, si v. A. Amorth, *La funzione consultiva e i suoi organi*, in Id., *Scritti giuridici*, 1958-1986, Milano, 1999, IV, 1777).

<sup>17</sup> F. Franchini, voce *Parere*, in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, 396.

essa comporti/sia (più correttamente) rappresentata in modo maggiormente articolato alla stregua di vero e proprio subprocedimento caratterizzato dalla sequenza di più atti<sup>18</sup>, in ogni caso essa si svolge nel contesto procedimentale volto a predisporre il provvedimento conclusivo, precedendo la formazione della decisione, cui come visto è strumentale. In buona sostanza, l'attività consultiva ha valenza eminentemente preparatoria della decisione finale<sup>19</sup>. Per questa ragione è stato altresì segnalato come generalmente l'atto consultivo consegue a espressa richiesta da parte dell'organo decidente, ossia si connota quale «attività *su impulso*, che non si mette in moto da sola»<sup>20</sup>.

Sostenere il carattere endoprocedimentale della funzione consultiva non significa affermarne la natura “interna”. Pare, infatti, non potersi seguire la qualificazione dell'attività consultiva alla stregua di “attività interna”<sup>21</sup>, categoria dell'attività amministrativa in effetti ormai desueta. Con tale locuzione in passato «si indicava l'attività di pubblici poteri che non superasse la soglia della rilevanza giuridica nell'ordinamento generale»<sup>22</sup>. Al di là degli aspetti inerenti alla produzione di atti giuridici di regolazione dei momenti organizzativi funzionali all'esercizio di poteri amministrativi e costituenti l'ordinamento interno della (*recte*, di ciascuna) pubblica amministrazione<sup>23</sup>, questa categoria risulta oggi superata in considerazione dell'ampliamento del sindacato del giudice amministrativo, mediante l'utilizzo dell'eccesso di potere, anche in relazione agli atti interni, che di per sé hanno perso la loro assoluta irrilevanza/intangibilità<sup>24</sup>, costituendo pur sempre un momento della determinazione del provvedimento, in quanto tale di giuridica rilevanza. E ciò a prescindere dall'efficacia condizionante dell'atto consultivo rispetto a quello conclusivo del procedimento, dal momento che, senza anticipare temi che saranno trattati *infra*, per quanto la consulenza dell'orga-

<sup>18</sup> Sullo svolgimento procedimentale dell'attività consultiva, su cui ormai converge la dottrina maggioritaria, si v., per tutti, A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, Milano, II, 2000, 1016.

<sup>19</sup> Così, riferendosi ai pareri, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 639.

<sup>20</sup> C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 20 ss.

<sup>21</sup> Si v., ad esempio, V. Brondi, *Appunti delle lezioni di Diritto amministrativo*, Torino, 1928, 46; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit., I, 269, secondo il quale sono atti interni gli atti consultivi «quando l'autorità attiva domanda il parere liberamente», mentre sono esterni gli atti consultivi «nei casi in cui hanno carattere di pareri obbligatori». Secondo O. Ranalletti, *L'organizzazione della pubblica amministrazione nello Stato italiano*, Padova, 1935, 43, l'attività interna è da intendersi come attività giuridicamente rilevante, ma inidonea a produrre immediate modificazioni nella sfera giuridica dei destinatari dell'attività amministrativa.

<sup>22</sup> M.S. Giannini, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, III, 991.

<sup>23</sup> Sul punto, oltre i fondamentali studi di F. Bassi, *La norma interna*, Milano, 1963 e di E. Silvestri, *L'attività interna della pubblica amministrazione*, Milano, 1950, nonché il recente V. Berlingò, *Contributo a uno studio dell'attività amministrativa interna nelle riforme dell'Italia e della Cina*, Napoli, 2018, sia consentito rinviare a F. Fracchia, M. Occhiena, *Le norme interne tra esigenze regolative dei pubblici poteri e vincoli dell'ordinamento generale*, Napoli, 2020.

<sup>24</sup> M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., I, 451 e ss.

no pubblico possa essere disattesa, comunque essa costituisce un momento del processo decisionale giuridicamente preordinato all'assunzione del provvedimento finale, tanto da dovere emergere nella trama motivazionale di quest'ultimo<sup>25</sup>.

Si afferma, tradizionalmente, che gli organi consultivi sono neutrali<sup>26</sup>, in quanto non sono portatori di interessi propri, limitandosi a fornire all'autorità procedente, in modo disinteressato, elementi utili a far sì che questa possa provvedere curando nel miglior modo possibile gli interessi rilevanti nel procedimento di cui la decisione costituisce epilogo. In questo senso, l'attività consultiva consiste (solo) nel «procurare elementi conoscitivi e/o valutativi ai quali resta estranea ogni manifestazione di volontà»<sup>27</sup>.

Questa riflessione, che si condivide, conduce a espungere dall'ambito dell'attività consultiva qualsiasi connotazione partecipativa<sup>28</sup>. Mentre con la

<sup>25</sup> Già C. Vitta, *Diritto amministrativo. I - Parte generale*, cit., 275, osservava che gli atti preparatori (tra cui includeva le inchieste e i pareri) acquistano di per sé rilevanza dopo l'emissione del provvedimento definitivo «in confronto dei terzi, in quanto, se gli atti preparatori voluti dalla legge non siano stati compiuti o siano viziati, l'atto stesso terminale ne risulta viziato».

<sup>26</sup> Sul punto, G. Ghetti, *La consulenza amministrativa. Problemi generali*, Padova, I, 1974, 41. Si caratterizza per una marcata neutralità, ad esempio, l'attività consultiva svolta dal Consiglio di Stato e dal CNEL, per l'assenza in capo ad essi di un ruolo direttamente collaborativo alla determinazione alla cura dell'interesse pubblico specifico perseguito dall'autorità richiedente: il relativo compito si risolve, piuttosto, nell'inquadramento di tale interesse nell'ordinamento giuridico complessivo (così T. Ancora, *Funzione di indirizzo e coordinamento e funzione consultiva*, in *La funzione consultiva del Consiglio di Stato. Studi in onore di Guido Landi*, Milano, 1985, 27). Nel caso in cui gli organi consultivi siano invece interni all'amministrazione che richiede loro il parere, la neutralità va intesa in senso lato, cioè, come mera assenza di interessi che sono atti a condizionare il consiglio da offrire circa quale sia il modo migliore per curare gli interessi di cui è titolare l'ente titolare di amministrazione attiva. Invero, come nota A. Sandulli, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, cit., 1134, è difficile ammettere che in questi casi il momento consultivo consista in un apprezzamento strumentale e non condizionato dalla tutela di uno tra gli interessi compresenti, dal momento che in siffatte ipotesi, gli organi consultivi esprimono la propria visione in relazione all'interesse perseguito e curato con l'adozione del provvedimento finale, posto che non tendono a garantire un interesse diverso da quello curato dall'amministrazione attiva. Già P. Corso, *La funzione consultiva*, Padova, 1942, 69 e s., scriveva che «Fra l'amministrazione consultiva e quella deliberativa si stabilisce un rapporto di cooperazione ancor più spiccato in quanto non si rivela quello fra l'amministrazione attiva e gli organi di controllo... l'organo consultivo, in quanto prevede che l'opinione che dovrà esprimere è destinata a trasfondersi nella sfera intellettuale delle persone fisiche preposte agli uffici deliberativi, si preoccupa di collaborare in modo effettivo ed esauriente, preparando spesso gli schemi di provvedimenti o suggerendo le opportune modifiche a quelli che gli siano stati sottoposti». In tema, si v. anche R. Lucifredi, *Alcune questioni in tema di attività consultiva e di contratti comunali*, in *Foro it.*, 1937, 258; Id., *Ancora sui pareri tardivi e sulla possibilità di sanatoria*, in *Rass. legislaz. per i Comuni*, 1937, 25 e ss.; A. De Valles, *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, I, 203.

<sup>27</sup> C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 29. Sulla neutralità quale fondamento dell'attività consultiva, si v. G. Ferrari, *Gli organi ausiliari dello Stato*, cit., 197 e ss.

<sup>28</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 654, rileva come spesso nel linguaggio legislativo siano indicati gli interventi partecipativi «col nome di pareri: ma è chiaro che si tratta invece semplicemente di manifestazioni ordinate a esprimere (non valutazioni neutrali, bensì) ragioni e punti di vista interessati». Esprime diversa posizione V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2001, 416, secondo il quale l'esigenza consultiva nasce in ordine all'esercizio di poteri che coinvolgono situazioni complesse, sul piano tecnico o sul piano degli interessi in gioco: in questi casi, rifacendosi a Corte conti, Sez. contr. Stato, 21 maggio 1998, n. 54, l'Autore afferma che «si ritiene che la decisione dell'autorità debba essere preceduta da un momento valutativo affidato ad un ufficio differenziato organizzativamente rispetto all'Amministrazione attiva

partecipazione procedimentale si introducono nel processo decisionale pubblico rappresentazioni di interessi, con la consulenza si esprimono solo valutazioni neutrali, “punti di vista” scervi da qualsiasi specifico interesse a che la decisione finale dell'amministrazione sia assunta in un modo, piuttosto che in un altro<sup>29</sup>. La puntualizzazione pare essere affatto evidente quando si tratti di “punti di vista” espressi da soggetti estranei all'organizzazione amministrativa. E ciò per due ragioni. In primo luogo, per quanto dal punto di vista dell'ente decidente la partecipazione procedimentale – sia nella sua accezione di “collaborazione” sia in quella di “contraddittorio”<sup>30</sup> – costituisca momento di arricchimento del quadro delle possibili scelte finali, dal momento che grazie ai documenti, alle osservazioni, delle memorie ecc. presentati dai privati il decisore può acquisire dati utili per colmare le c.d. “asimmetrie informative”<sup>31</sup>, non c'è dubbio che ciò richieda uno sforzo da parte di quest'ultimo e una sua effettiva capacità di discernimento per sfrondare le intenzioni “egoistiche” sottese alla partecipazione (nel senso che chi partecipa intende continuare a fruire o fruire *ex novo* di beni per soddisfare interessi individuali), valutando criticamente e selezionando i contributi partecipativi in vista del perseguimento del pubblico interesse<sup>32</sup>. Non è così per l'attività consultiva che, in quanto resa da un soggetto pubblico neutrale rispetto agli interessi implicati dalla decisione finale, offre al soggetto chiamato ad assumere la decisione finale una valutazione *ex se* improntata a canoni di oggettività, con la conseguenza che quello stesso decisore pubblico può confidare nell'oggettività della lettura della porzione di realtà sottoposta a indagine siccome prospettata dall'or-

---

(precedente e decidente) i cui titolari siano dotati di particolari caratteristiche concernenti, a seconda del tipo di uffici consultivi, la preparazione o specializzazione tecnica, ovvero la rappresentatività degli interessi in gioco».

<sup>29</sup> «Nettamente distinti dall'attività consultiva sono talora esaminati i casi nei quali la legge richiede che, prima di un determinato provvedimento, debbano essere sentiti gli interessati, riscontrandovisi un accostamento maggiore alle manifestazioni di desiderio che a quelle di rappresentazione»: così P. Corso, *La funzione consultiva*, cit., 136; in argomento, V. Parisio, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, cit., 805 e dottrina ivi citata; M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 526. *Contra*, come già ricordato, D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 193, che ricomprende nell'oggetto dell'attività consultiva anche «gli interessi che debbono avere particolare considerazione» nella decisione finale; F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, Milano, 1974, 9, 37 e 51, nonché R. Lucifredi, *Sull'innammissibilità ex post della funzione consultiva*, in *Scritti in onore di G. Vacchelli*, Milano, 1938, 290, secondo cui «opportuno, pertanto, sono da qualche autore inquadrati nella funzione consultiva non solo i casi nei quali il ricorso al parere è giustificato dalla particolare competenza specifica, tecnica o giuridico-amministrativa che si riconosce all'organo consultivo, ma anche quelli nei quali il motivo va ricercato nella speciale conoscenza che tali organi hanno di situazioni di fatto che costituiscono il presupposto del provvedimento da emanare, nonché, infine, quegli altri in cui è preso in considerazione l'immediato interesse che al provvedimento ha una certa categoria di soggetti, sicché si reputa opportuno conoscere al riguardo il punto di vista degli organi che possono ritenersi interpreti dell'opinione della categoria interessata».

<sup>30</sup> Per questa distinzione, sia consentito rinviare a M. Occhiena, voce *Partecipazione al procedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, V, 4128 ss.

<sup>31</sup> E. Cardi, voce *Procedimento amministrativo*, in *Enc. giur., agg.*, XXIV, Roma, 1995, 7.

<sup>32</sup> F. Fracchia, *Manifestazioni di interesse del privato e procedimento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1996, 48.



gano consultivo<sup>33</sup>. In secondo luogo, la partecipazione al procedimento costituisce una facoltà, mentre l'esercizio dell'attività consultiva è doverosa per l'organo che ne è titolare, che quindi non "può", ma "deve" svolgerla<sup>34</sup>.

Meno immediata e comunque oggetto di contrasti in dottrina è invece l'esclusione dal novero dell'attività consultiva della partecipazione di organi e/o enti al processo decisionale, con il fine di ivi rappresentare gli interessi di cui sono portatori<sup>35</sup>. Invero, laddove con "interessi" si intenda la componente funzionale delle situazioni giuridiche soggettive (private e pubbliche) e, quindi, le aspirazioni dei singoli soggetti (che, simmetricamente con le predette situazioni, possono essere sia privati che pubblici) verso i beni (materiali, immateriali, patrimoniali, non patrimoniali, già rientranti nella sfera di titolarità del soggetto, oppure che vi possono rientrare)<sup>36</sup>, pare emergere come all'organo consultivo sia generalmente di per sé indifferente l'assetto degli interessi che sarà posto dalla decisione finale, essendogli estranea la cura in concreto dell'interesse pubblico dell'agente pubblico<sup>37</sup>. Infatti, com'è stato osservato, con la consulenza tale organo amministrativo non rappresenta la sua specifica tendenza in relazione a un certo bene – ossia, trattandosi di soggetto pubblico, come un certo interesse pubblico debba essere realizzato e/o compendiato nella decisione – ma la modalità che il decisore deve seguire/applicare ai fini dell'adozione del provvedimento finale che determinerà il bilanciamento tra gli interessi in concreto implicati dall'agire amministrativo<sup>38</sup>. In buona sostanza, l'atto consultivo consiste in un apprezzamento strumentale

<sup>33</sup> A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 165, sottolinea come «vada tenuta ben distinta dall'attività consultiva quell'attività... che i soggetti interessati positivamente o negativamente a un certo provvedimento son chiamati a esplicitare, ogni volta che debbano essere sentiti in vista della sua emanazione. In tali casi, ben frequenti sia nell'ordinamento interno, che nelle relazioni con altri ordinamenti, non si riscontra, come nei pareri veri e propri, l'espressione di un giudizio tecnico, in ordine all'emissione del provvedimento di cui si tratta; ma viene piuttosto in esame diretto la voce dell'interessato».

<sup>34</sup> Sulla doverosità dell'esercizio dell'attività consultiva da parte dell'organo cui l'ordinamento attribuisce la relativa funzione si v. *infra*, XXX.

<sup>35</sup> C. Barbatì, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 31 ss. e 84 s., la quale sostiene che «la neutralità, se intesa come estraneità alla trama degli interessi, anche quando resti come attributo implicito di taluni interventi consuntivi, deducibile dalla natura dei contributi che, per il loro tramite, vengono resi e dalla composizione e/o collocazione del soggetto chiamato renderli, perde gran parte della propria capacità ad identificare ciò che debba intendersi come espressione di un'attività consultiva». Sul punto, si v. anche la ricostruzione di D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 195 s., nonché E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464, secondo il quale il «giudizio» in cui si manifesta la funzione consultiva «può investire anche l'apprezzamento di interessi pubblici»; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 630, che ricomprende tra i pareri consultivi quelli che esprimono valutazioni comparative sui vari interessi coinvolti, definendoli «pareri politico-amministrativi»; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 336, qualifica alla stregua di atti consultivi anche i pareri di contenuto politico-amministrativo.

<sup>36</sup> Per queste definizioni, sia consentito rinviare a M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002 (242 ss. per il concetto giuridico di "interesse" e 245 ss. per quello di "bene").

<sup>37</sup> Si v. la definizione di attività consultiva elaborata da E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464 e riportata in apertura del presente lavoro.

<sup>38</sup> A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 613 ss.



a garantire la qualità, la correttezza della decisione mediante l'assunzione di un contributo qualificato per la specifica conoscenza/capacità/esperienza dell'organo che lo rilascia, laddove la partecipazione di soggetti pubblici nel procedimento è volta a ivi introdurre il loro punto di vista sulla opportunità, sulla coerenza con gli indirizzi politico-amministrativi di una decisione in relazione agli interessi pubblici di cui essi sono titolari<sup>39</sup>.

In linea di massima, l'attività consultiva è propria di organi cui sono attribuiti compiti esclusivamente consultivi e che, dunque, non sono titolari di attribuzioni relative all'esercizio di altre attività e funzioni (così il Consiglio di Stato in sede consultiva e i Consigli superiori dei Ministeri). Quest'ultimo aspetto deve essere però puntualizzato, nel senso che anche un organo che non svolge di per sé attività consultiva (e che dunque è titolare di base di altre funzioni, come quella di amministrazione attiva) può essere talvolta chiamato a rendere consulenza a un'altra amministrazione od organo<sup>40</sup>. È il caso, ad esempio, dell'Avvocatura dello Stato, che affianca alla funzione specifica della difesa in giudizio delle amministrazioni dello Stato quella di provvedere «alle consultazioni legali richieste dalle Amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi», nonché di esaminare «progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle Amministrazioni, qualora ne sia richiesta» e di esprimere «parere sugli atti di transazione redatti dalle Amministrazioni» (come stabilisce l'art. 13, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611); oppure anche delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, a cui l'art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003, n. 131, attribuisce la funzione consultiva a favore di Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni nella materia della contabilità pubblica.

Ciò precisato, pare dunque di potere affermare che ciò che caratterizza gli organi consultivi non è tanto il fatto che essi siano titolari in via esclusiva della relativa funzione, quanto invece il fatto che il compito consultivo sia loro attribuito dalla legge (o dai regolamenti)<sup>41</sup> e, soprattutto, che si tratti di apparati amministrativi stabilmente integrati all'interno dell'organizzazione pubblica.

---

<sup>39</sup> A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 614 s., osserva come non siano riconducibili a un'attività di consulenza i c.d. "pareri" con cui, partecipando a un procedimento, un ente od organo pubblico rappresenti interessi pubblici affinché di questi sia tenuto conto nel provvedimento finale: tali atti soddisfanno esigenze di co-imputazione degli effetti della decisione, avvicinandosi dunque al regime degli atti di consenso, volti a consentire l'espressione di «valutazioni determinanti» circa il rilascio di un provvedimento o lo svolgimento di un'attività da parte di un soggetto pubblico diverso da quello chiamato dalla legge ad assumere la decisione. Parla di esercizio della funzione codeliberativa nell'adozione di questa tipologia di atti, F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit., 104.

<sup>40</sup> Su questi aspetti, si v. G. Grasso, *Art. 16 - Attività consultiva*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, Roma, 2010, 414; C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 132 ss.

<sup>41</sup> Scrive a questo proposito M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., I, 563, che «l'attività consultiva deve sempre trovare una base normativa. Dato che... qualunque figura soggettiva può dare pareri, non si deve

Ora: come si è rilevato *supra*, si afferma, tradizionalmente, che gli organi consultivi non sono portatori di interessi propri. Alla luce di queste ultime considerazioni, deve forse meglio dirsi che i soggetti che svolgono attività consultiva, anche qualora siano portatori di interessi propri, nel momento in cui consigliano, non mettono in gioco gli interessi di cui eventualmente sono portatori e alla cui tutela provvedono quando esercitano attività e funzioni di amministrazione attiva di cui pure sono titolari. Invero, se, come s'è detto, l'attività consultiva è un'attività neutrale e gli organi che la esercitano non introducono interessi nel procedimento, allora si deve consequenzialmente affermare che un soggetto titolare anche di funzioni di amministrazione attiva esercita attività consultiva in senso proprio solo nel caso in cui il consiglio che gli sia stato richiesto (e che abbia offerto) sia di tipo tecnico<sup>42</sup>. È inverosimile, infatti, pensare che, in costanza d'un giudizio di c.d. "opportunità", il soggetto interpellato riesca a essere neutrale al punto da consigliare senza tenere conto degli interessi di cui è portatore e alla cui tutela presiede. Ciò appare particolarmente evidente laddove il momento consultivo sia reso da un ente pubblico, dunque da una entità organizzativa titolare di interessi propri, eterogenei o comunque non coincidenti con quelli perseguiti dall'autorità procedente. Quantomeno laddove debbano consigliare sulla opportunità della scelta, non è possibile predicare la posizione ausiliaria e servente di un'amministrazione pubblica rispetto a un'altra, quindi il possesso della neutralità e dell'imparzialità proprie (e indispensabili) dell'organizzazione consultiva in senso tradizionale<sup>43</sup>. Questi apporti procedimentali integrano, quindi, per lo più, contributi in funzione partecipativa di manifestazione d'interessi di cui l'ente è titolare e soddisfano primarie esigenze di coordinamento tra apparati; da questo punto di vista, essi possono costituire momento di esercizio della funzione codeliberativa oppure essere espressione del principio di leale collaborazione<sup>44</sup>, rappresentando interessi pubblici secondari e perciò diversi da quelli primari, con cui possono anche confliggere.

---

confondere il dare pareri con l'attribuzione consultiva... quest'ultima consistendo nel dare pareri in esercizio di un'attività specificamente definita come tale da norme».

<sup>42</sup> Come rileva A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 614, non v'è collaborazione alla gestione di interessi o introduzione di interessi settoriali laddove il contributo delle amministrazioni attenga alla verifica della legittimità o dell'adeguatezza tecnica dell'assetto d'interessi proposto.

<sup>43</sup> M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedimentali*, cit., 528.

<sup>44</sup> Così A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 614.

### 3. L'esercizio dell'attività consultiva. In particolare: i pareri e le loro caratteristiche principali

L'attività consultiva si concretizza, principalmente (ma non necessariamente), nel rilascio di pareri, atti giuridici<sup>45</sup> che ne costituiscono il *proprium*<sup>46</sup>. Essi si risolvono nella dichiarazione di una rappresentazione e, più precisamente, di un giudizio<sup>47</sup> (non necessariamente scritto)<sup>48</sup>, in ordine all'azione che dovrà essere esplicata da parte di chi (l'amministrazione titolare di funzione attiva) li abbia voluti/dovuti richiedere.

Come è noto, possono sussistere ipotesi in cui il legislatore utilizzi il *nomen iuris* "parere" per delineare un atto non riconducibile allo svolgimento della funzione consultiva<sup>49</sup>; tuttavia, che il parere costituisca il *proprium* dell'attività consultiva è opinione da sempre invalsa in dottrina, che ha trovato conferma nell'art. 16, legge 241/1990, laddove inequivocabilmente sancisce che gli «organi consultivi delle pubbliche amministrazioni» rendono «i pareri»<sup>50</sup>.

Dall'annotata circostanza per cui i pareri sono la manifestazione dell'esercizio dell'attività consultiva deriva che essi esibiscono gli stessi caratteri peculiari di quest'ultima. Pertanto, sono resi in sede endoprocedimentale, su richie-

---

<sup>45</sup> «Se bene non possa ai pareri riconoscersi una autonomia funzionale... non si può tuttavia a essi negare la qualifica di atti giuridici. Ciò perché è indiscutibile che comunque essi rappresentano delle attività volontarie dell'uomo, le quali come tali vengono prese in rilievo dall'ordinamento per farne nascere delle conseguenze giuridiche» così A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 161 e s.

<sup>46</sup> Sull'evoluzione storica della ricostruzione sistematica di questa categoria di atti, si rinvia agli approfondimenti di A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., 1015 s. e A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 601 s.

<sup>47</sup> Scrive R. Villata, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, 867, che i pareri «concretano apporti conoscitivi e introducono apprezzamenti e consigli in ordine agli interessi che l'Amministrazione tributaria del potere decisorio deve tutelare... il cui carattere strumentale risulta evidente ove si consideri che la loro funzione è di portare elementi di giudizio all'attenzione dell'organo che deve assumere la determinazione provvedimento».

<sup>48</sup> Sulla necessaria forma scritta del parere, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 127; P. Corso, *La funzione consultiva*, cit., 169 (secondo cui «la forma scritta è ritenuta necessaria, in genere, nei rapporti tra amministrazione attiva e organi consultivi, anche in mancanza di tassative opinioni di legge»). Invero, come rileva A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 610, più che di un obbligo di esternazione scritta, si può parlare di un «obbligo di documentazione per iscritto del contenuto del parere», facendo l'esempio dei pareri consultivi previsti dall'ordinamento universitario, che possono e vengono forniti oralmente nella seduta di organo collegiale; ciò che rileva, infatti, è che risultino dal verbale riunione seduta stessa.

<sup>49</sup> Sui «pareri in funzione non consultiva» si v. G. Grasso, *Art. 16 - Attività consultiva*, cit., 413. A questo riguardo, G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 630, rammenta la natura di atti di controllo dei «pareri» di regolarità tecnica e contabile delle proposte di deliberazione, che non siano di mero indirizzo, sottoposte alle giunte e ai consigli degli enti locali siccome di cui all'art. 49, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

<sup>50</sup> Nel testo originario della parte della norma che qui interessa, l'art. 16, comma 1, prevedeva che «Ove debba essere obbligatoriamente sentito un organo consultivo, questo deve emettere il proprio parere», poi sostituito dall'art. 17, comma 24, legge 15 maggio 1997, n. 127 con il vigente testo di legge (non emendato in questa parte dall'art. 8, comma 1, lett. a, legge 18 giugno 2009, n. 69), recante «Gli organi consultivi delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, sono tenuti a rendere i pareri a essi obbligatoriamente richiesti».

sta di una amministrazione pubblica<sup>51</sup>, da un organo amministrativo, generalmente collegiale<sup>52</sup> e a cui è attribuita (anche, o esclusivamente)<sup>53</sup> una funzione consultiva, che deve essere esercitata sulle questioni oggetto del procedimento o segnalate nella richiesta di parere<sup>54</sup>. Si tratta di atti di natura preparatoria, carenti di autonomia funzionale<sup>55</sup> e, almeno in linea di massima, non direttamente lesivi (dunque, non possono/devono essere autonomamente e immediatamente impugnati)<sup>56</sup>. Ancora, proseguendo a tratteggiare i lineamenti distintivi dei pareri rispetto ad altri atti amministrativi, si rileva che non costituiscono pareri propriamente detti:

- i “pareri-note”, con cui l’apparato che li emana rappresenta il suo punto di vista o gli interessi di cui è titolare, che «si accostano agli atti di partecipazione procedimentale, anche perché la loro emanazione non costituisce un dovere per l’organo che li pone in essere»<sup>57</sup>.
- lo “studio”, con cui un organo rilascia opinioni o valutazioni senza rispondere a quesiti o seguendo schemi già formulati nella richiesta dall’autorità decidente<sup>58</sup>;
- la “proposta”, che è atto d’iniziativa, mentre il parere non è «spontanea manifestazione giuridica da parte dell’organo consultivo», conseguendo all’iniziativa eteronoma del soggetto decidente che ne richiede il rilascio<sup>59</sup>;

<sup>51</sup> M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 534, parla, a questo proposito, di atto «a sollecitazione necessaria». Sul punto si v. anche G. Ghetti, *La consulenza amministrativa. Problemi generali*, cit., 41; F. Franchini, voce *Parere*, cit., 396. Non mancano però ipotesi in cui le norme riconoscono all’organo consultivo la facoltà di esprimere pareri di propria iniziativa: C. Barbatì, *L’attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 20).

<sup>52</sup> Scrive R. Lucifredi, *Sull’inammissibilità ex post della funzione consultiva*, cit., 290 che «Il deliberare è di uno, il consigliare è di molti». Anche A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 213, osservò come «la collegialità rappresenta un carattere normale» dei pareri.

<sup>53</sup> Sul punto, si v. A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 571.

<sup>54</sup> Così Corte cost., 30 giugno 1988, n. 747. V. Parisio, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, cit., 807, osserva che l’organo consultivo non può spingersi *ultra petita*, sicché all’attività consultiva si finisce per applicare il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, proprio dell’attività giurisdizionale.

<sup>55</sup> Annotano questa caratteristica, tra gli altri, A. Corsaro, *L’attività consultiva e le valutazioni tecniche*, in *Le nuove regole dell’azione amministrativa. Atti del Convegno di Catania dell’11-12 novembre 2005*, Catania, 2006, 113 e ss.; B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 88; G. Berruti, *Note sull’atto preparatorio*, in *Foro amm.*, 1980, 1147; R. Alessi, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1978, 327 e ss.; A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 161.

<sup>56</sup> Invero la questione dell’immediata impugnabilità dei pareri deve essere approfondita: pertanto, sul punto si tornerà *infra*, paragrafo 6. Proprio alla luce del fatto che il parere è atto endoprocedimentale e generalmente privo di autonomo carattere lesivo, la giurisprudenza ravvisa il difetto di legittimazione passiva dell’autorità consultiva: *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 24 maggio 2007, n. 2637; Cons. Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2006, n. 179.

<sup>57</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464.

<sup>58</sup> V. Parisio, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, cit., 805. Si v. anche *infra*, paragrafo 5.

<sup>59</sup> Così F. Franchini, voce *Parere*, cit., 396; si v. anche A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 641.

- il “nulla-osta”, che non è atto endoprocedimentale, in quanto è adottato da un ente pubblico ai fini del perseguimento/salvaguardia dell’interesse pubblico di cui è titolare<sup>60</sup>.

La cennata collocazione endoprocedimentale del parere merita separato approfondimento.

In primo luogo, è stata valorizzata la natura preparatoria di tale atto sicché, seguendo la dottrina che ha elaborato tale categoria, esso non è elemento della fattispecie, prodotta unicamente dal provvedimento finale: da ciò consegue che il parere si distingue sia dai diversi atti che formano l’atto complesso, in quanto tutti elementi produttivi della fattispecie, sia dagli atti-presupposto, sia, infine, anche per la ragione qui disvelata, dai predetti nulla-osta<sup>61</sup>.

In secondo luogo, quanto alla più precisa definizione della allocazione del parere all’interno del procedimento amministrativo, si afferma pacificamente che esso si inserisce nella fase che precede la formazione della decisione e, in particolare, in quella che segue immediatamente l’istruttoria<sup>62</sup>. In altre parole, posto che «la sua acquisizione serve anche a procurare elementi per valutare le risultanze»<sup>63</sup> dell’istruttoria, il parere deve essere richiesto a istruttoria conclusa, quando, cioè, anche sulla base degli accertamenti effettuati, l’organo consultivo può rendere il consiglio che guiderà l’agente pubblico nell’adozione della decisione finale<sup>64</sup>.

Questa puntualizzazione è preziosa, perché offre un importante elemento distintivo tra i pareri (tecnici e obbligatori) e le valutazioni tecniche. In particolare, pur dovendo, al pari dei pareri, essere acquisite «preventivamente» (così l’art. 17, legge 241/1990) rispetto all’adozione del provvedimento, le valutazioni tecniche se ne differenziano poiché sono interne all’istruttoria, di cui costituiscono parte necessaria e integrante<sup>65</sup>. Tuttavia, si ritiene che quest’assunto non valga a differenziare in assoluto i suddetti atti e che sia, piuttosto, il precipitato di una loro differenza ontologica. In altre parole, il fatto che il parere si collochi in una

---

<sup>60</sup> Per queste precisazioni, A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 605 e, in generale, G. Mari, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 863.

<sup>61</sup> Sul punto, si v. A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 604 s., che si rifà alla teoria procedimentale di Sandulli e, in particolare, alla categoria degli atti preparatori elaborata da questo Autore nella citata opera del 1940.

<sup>62</sup> Di recente, proprio sul presupposto che i pareri si collocano in una fase antecedente a quella decisoria, Cons. Stato, Comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640 ha affermato l’inapplicabilità a tali atti della disciplina di cui all’articolo 17-bis, legge 241/1990, cit.; in argomento, G. Mari, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in *Codice dell’azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 863.

<sup>63</sup> Per tutti, C. Barbati, *L’attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 19.

<sup>64</sup> Sul punto, A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 608; F. Levi, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 431.

<sup>65</sup> Si v. ancora A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 616. Sulla distinzione tra le due figure, M. Delsignore, *La valutazione tecnica ed i suoi riflessi sul procedimento*, in *Foro amm.-CDS*, 2010, 1121 ss.

fase diversa da quella in cui si collocano le valutazioni tecniche consente di comprendere come i due atti non possano essere assimilati, anche se riuscire a discriminare in quale caso ricorra un parere consultivo anziché una valutazione tecnica non sia in concreto operazione certamente agevole<sup>66</sup>. Cionondimeno, stabilire la differenza tra i pareri e le valutazioni tecniche è molto importante, non solo teoricamente, ma anche sul piano operativo: infatti, la disciplina procedurale cui i due atti sono assoggettati varia sostanzialmente, visto quanto stabilito dalla legge 241/1990 sulla prescindibilità dei primi (art. 16, di cui si dirà *infra*) e sull'imprescindibilità delle seconde (art. 17, cit.)<sup>67</sup>.

Infine, sembra importante chiarire che i pareri devono essere motivati, “spiegati” nel loro farsi (non è legittima l'emissione di pareri generici, dunque, ovvero di pareri “in bianco”)<sup>68</sup>. Trattandosi di atti estrinsecazione dell'attività consultiva e consistendo in consigli rivolti all'organo di amministrazione attiva, giocoforza devono riportare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche su cui si fonda la manifestazione di giudizio in essi compendiata. E ciò non solo per offrire al decisore una vivida ricostruzione del contesto su cui deve provvedere, ma anche per fornire allo stesso il materiale esplicativo sulla cui base costruire l'*iter* logico-argomentativo – *id est* la motivazione – del provvedimento finale.

#### 4. *Le diverse tipologie di pareri*

I pareri sono generalmente classificati dal punto di vista dell'oggetto; del regime giuridico (della loro acquisizione); dell'efficacia.

In relazione alla prima tassonomia, si distinguono i pareri di legittimità, i pareri di opportunità e i pareri tecnici<sup>69</sup>. Come facilmente deducibile dalla terminologia impiegata, i primi hanno contenuto prettamente giuridico e riguardano la valutazione della maggiore aderenza dell'azione amministrativa alla specifica disciplina relativa alle modalità di svolgimento del potere (possono dunque essere correlati anche all'esercizio di poteri di tipo vincolato); i secondi, attinenti evidentemente all'esercizio di poteri discrezionali, offrono ricostruzioni sul merito dell'attività da esplicitare, quindi sulle modalità di realizzazione dell'interesse pub-

<sup>66</sup> Come rileva A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 615.

<sup>67</sup> In argomento, si v. i chiarimenti offerti da C. Videtta, *Pareri e valutazioni tecniche a confronto nel procedimento di riconoscimento di infermità o lesione dipendente da causa di servizio e di concessione dell'equo indennizzo*, in *Foro it.*, 2002, III, 239 ss.

<sup>68</sup> M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 537; G. Ghetti, *La consulenza amministrativa. Problemi generali*, cit., 265; P. Corso, *La funzione consultiva*, cit., 174.

<sup>69</sup> M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., I, 565.

blico<sup>70</sup>; gli ultimi (che possono in verità ritenersi comprensivi anche dei primi)<sup>71</sup>, sono collegati all'esercizio della c.d. "discrezionalità tecnica" dell'amministrazione, o quantomeno mista, e forniscono consigli sulla base di apprezzamenti tecnico-scientifici su cui l'organo richiedente ha la necessità di ricevere chiarimenti per assumere la decisione.

Invero, la dottrina ha evidenziato che demarcazioni nette siano assai difficili da osservare nella prassi applicativa, rilevando dunque che la distinzione è eccessivamente schematica, in quanto sovente i pareri hanno natura promiscua, contenuto composito<sup>72</sup>. Continuando su questo crinale argomentativo, occorre comunque rilevare che al fine di riconoscere che un atto di tal fatta sia qualificabile alla stregua di parere in senso proprio occorre che esso consista in un "consiglio tecnico" e non già in una "valutazione tecnica", perché se così non fosse il "consiglio" rilasciato non sarebbe, in concreto, un vero e proprio parere, colorandosi di caratteri che lo allontanano dall'area dell'attività consultiva per avvicinarlo a quella dell'attività valutativa tecnica.

Passando alle modalità di attivazione della funzione consultiva, i pareri si distinguono in obbligatori e facoltativi. I primi sono quelli la cui acquisizione – o meglio la richiesta<sup>73</sup> – è prescritta dalla legge a pena di illegittimità del provvedimento finale; l'amministrazione procedente li deve richiedere anche laddove siano riferibili a procedimenti amministrativi identici ad altri già conclusi e in costanza dei quali si era già ottenuto il parere dovuto<sup>74</sup>. I secondi, quelli che la legge non prevede che debbano essere assunti e che, tuttavia, l'amministrazione procedente può richiedere di propria iniziativa (anche laddove la legge non la abiliti espressamente a farlo) quando ritiene di dovere essere supportata nell'assunzione della scelta finale da assumere<sup>75</sup>.

Su quest'ultima tipologia, per completezza, occorre notare che originariamente la dottrina considerava richiedibili esclusivamente le c.d. "consulenze

---

<sup>70</sup> Rispetto all'assetto degli interessi in gioco, il parere deve rappresentare un'ipotesi possibile, il provvedimento l'ipotesi accolta (A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 605).

<sup>71</sup> G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 430.

<sup>72</sup> Si v., ancora, G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 430, secondo il quale i pareri hanno talvolta anche un contenuto propositivo. Lo stesso Autore include i pareri di legittimità in quelli tecnici.

<sup>73</sup> Come si spiegherà meglio *infra*, infatti, tranne che in alcuni casi, ai fini della legittimità del provvedimento finale ciò che rileva è che il parere obbligatorio sia stato richiesto e non già che sia stato effettivamente rilasciato.

<sup>74</sup> Più in dettaglio, nel caso dei pareri obbligatori, gli organi amministrativi agiscono in adempimento a una norma procedimentale che onera l'organo decidente di assumere una dichiarazione di giudizio di stampo tecnico-scientifico su determinati aspetti che devono essere valutati al fine di adottare un provvedimento qualitativamente migliore.

<sup>75</sup> Con il parere, l'amministrazione procedente può ovviamente chiedere all'organo consultivo di esprimersi nell'ambito della propria sfera di competenza; qualora la richiesta fosse contraria a questo principio, il parere comunque eventualmente rilasciato dall'organo consultivo sarebbe illegittimo (e, consequenzialmente, sarebbe parimenti illegittimo il provvedimento finale basatosi su di esso).



facoltative tipiche”, quando cioè la legge autorizza espressamente l’ente procedente a richiedere il rilascio di un parere facoltativo<sup>76</sup>. Questa teorica pare ormai superata<sup>77</sup>, anche in forza del dettato dell’art. 1, legge 241/1990, che impegnando l’amministrazione a realizzare i fini siccome scolpiti dalla legge e nel rispetto, per quanto qui rileva, dei criteri di economicità, di efficacia e di imparzialità le consente, con una lettura “in positivo” del comma 2 della norma in disamina, di svolgere la fase istruttoria procedimentale anche al di là della pedissequa disciplina di legge e dunque di aggravare il procedimento purché «per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell’istruttoria». In buona sostanza, in forza del c.d. “principio inquisitorio” che informa l’istruttoria amministrativa<sup>78</sup>, non pare possibile inibire a un ente di chiedere *sua sponte* un parere qualora sia ritenuto fondamentale ai fini della migliore realizzazione dell’interesse pubblico. Il vero punto è semmai che l’amministrazione pubblica che amplia il momento istruttorio chiedendo un parere di per sé non previsto dalla cornice definita dalla disciplina di azione deve necessariamente rispettare il principio che contempera quello inquisitorio, ossia quello del non aggravamento di cui all’ultimo comma dell’art. 1, legge 241/1990, e quindi, com’è stato scritto, garantire nel caso concreto «il contesto più adatto alla sintesi tra i principi di correttezza, imparzialità, ragionevolezza, economicità della pubblica amministrazione»<sup>79</sup>.

Tornando, in generale, ai pareri facoltativi e obbligatori, queste due categorie hanno avuto espresso riconoscimento anche per mano del legislatore, essendo oggi previste dai primi due commi dell’art. 16, legge 241/1990, cit., siccome modificati dall’art. 8, della legge 18 giugno 2009, n. 69. In entrambi i casi, occorre rilevare che il parere, una volta richiesto, è sicuramente dovuto: l’organo consultivo non può dunque discrezionalmente decidere se renderlo oppure no, dal momento che «l’obbligatorietà non attiene al fatto che l’organo consultivo sia tenuto a rendere il parere: ciò accade in ogni caso»<sup>80</sup>, pure – come anticipato – laddove il parere sia riferibile a un procedimento identico ad altro in cui il parere sia già stato reso<sup>81</sup>. Per tale motivo, in assenza della disciplina devolutiva *ex art.*

<sup>76</sup> Si riteneva, infatti, che non fossero legittime, infatti, le c.d. “richieste facoltative spontanee”, cioè non autorizzate dal legislatore: *ex multis*, si v. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 224; O Ranelletti, *L’organizzazione della pubblica amministrazione nello Stato italiano*, cit., 45.

<sup>77</sup> Per tutti, G. Grasso, *Art. 16 - Attività consultiva*, cit., 409.

<sup>78</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., 359 e s. Si v. anche P. Lazzara, *Procedimento amministrativo e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoreponsabilità privata*, Roma, 2005, spec. 29 e ss.

<sup>79</sup> Così M. Cafagno, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 501. Sulla delicata questione di conciliare in materia i diversi canoni dell’attività amministrativa e succintamente delineata nel testo si tornerà *infra*, paragrafo 5.

<sup>80</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, 464.

<sup>81</sup> M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 126.

16, legge 241/1990, la dottrina più antica aveva annotato l'illegittimità del silenzio serbato dall'organo consultivo<sup>82</sup>.

Secondo alcuni Autori, invero, il parere *ex lege* obbligatorio è dovuto anche nel caso in cui manchi una previa richiesta da parte dell'amministrazione attiva<sup>83</sup>. Tuttavia, la funzione consultiva è strettamente connessa a quella attiva ed è solo grazie alla sollecitazione da parte dell'ente titolare di quest'ultima che, generalmente, come si è rilevato, può essere concretamente esercitata<sup>84</sup>, sicché la previa richiesta sembra comunque essenziale per far sì che, quantomeno al di là dei casi in cui la legge abiliti l'organo consultivo a rilasciare il parere obbligatorio *motu proprio*, il potere consultivo possa qualificarsi come doveroso<sup>85</sup>. L'attività consultiva svolta spontaneamente dall'organo consultivo è equiparabile a quella svolta da amministrazioni che, vuoi spontaneamente, vuoi su richiesta, abbiano rilasciato opinioni sebbene non siano titolari di funzioni consultive: trattasi, cioè, di attività consultiva *lato sensu* intesa, che si sostanzia nel rilascio di atti che tuttavia non sono pareri. A questa attività non pare riconducibile quella svolta dall'organo consultivo nell'ipotesi in cui l'amministrazione attiva gli abbia inviato gli atti istruttori relativi al procedimento pur senza richiedere espressamente il rilascio del parere previsto dalla legge: in tale fattispecie, infatti, la doverosità deriva dalla previsione legislativa che onera l'ente procedente di munirsi del parere e, simmetricamente, l'organo consultivo di (doverosamente) renderlo<sup>86</sup>, laddove la mancanza del quesito – ovviamente non posto dall'amministrazione agente – è supplita dalla previsione di legge in merito alla tipologia di parere che deve essere richiesto.

Infine, dal punto di vista dell'efficacia, tradizionalmente sono individuate le seguenti tipologie di pareri:

- il parere conforme (o “obbligatorio conforme”), quando l'organo di amministrazione attiva ha il dovere di richiederli, potendo però decidere se prov-

---

<sup>82</sup> Si v. P. Corso, *La funzione consultiva*, cit., 169, che osserva che se l'organo cui è stato richiesto il parere si mantiene in silenzio, contravviene ad un preciso obbligo che l'ordinamento gli fa di illuminare comunque l'autorità attiva.

<sup>83</sup> Così F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit., 2, secondo cui a fronte dell'imposizione normativa del necessario intervento del parere nel procedimento, «deve ritenersi che quella richiesta non sia sempre necessaria e indispensabile, ma che, in particolare, in procedimenti decisionali più semplici o elementari, sia lo stesso iter burocratico della pratica a segnare i momenti di accensione delle diverse competenze».

<sup>84</sup> Scrive F. Franchini, voce *Parere*, cit., 396, che «la richiesta dell'organo attivo condiziona la funzione dell'organo consultivo sollecitato, sia rispetto alla giuridica ammissibilità di espressione, che rispetto ai limiti di esercizio della funzione stessa».

<sup>85</sup> Proprio perché non è titolare di un interesse proprio, distinto da quello di cui sia titolare l'amministrazione procedente, l'emissione del parere consultivo non può essere qualificata in termini di onere per l'organo consultivo: M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 536.

<sup>86</sup> Ancora M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 535, osserva che, in questo caso, la richiesta di parere è implicita nell'invio del materiale istruttorio.

- vedere o meno, ma se sceglie di provvedere deve farlo uniformandosi al contenuto del parere, che non può disattendere;
- il parere vincolante, che è il parere obbligatorio a cui l'amministrazione decidente deve uniformarsi, a meno di motivarne l'illegittimità;
  - il parere semivincolante o parzialmente vincolante, che ricorre(va) «quando l'organo di amministrazione attiva può adottare un provvedimento difforme solo in una determinata direzione o con un determinato procedimento»<sup>87</sup>.

Iniziando da quest'ultima categoria, essa sembra invero ormai venuta meno a seguito dell'abrogazione a opera dell'art. 69, legge 69/2009, cit., dell'unica fattispecie che veniva ricondotta a questa tipologia, ossia quella ex art. 14, comma 1, d.p.r. 24 novembre 1971, n. 1199, relativa al parere del Consiglio di Stato nel procedimento di decisione dei ricorsi straordinari al Presidente della Repubblica, che poteva essere disatteso mediante deliberazione del Consiglio dei Ministri.

Quanto ai pareri conformi, su tali atti le opinioni divergono. In alcuni casi la dottrina ne afferma l'esistenza<sup>88</sup>; in altri semplicemente non li include nelle ricostruzioni tassonomiche<sup>89</sup>; in altri ancora ne ha motivatamente negato la configurabilità (si v. *infra*). Prima di tentare di risolvere la questione teorica, dal punto di vista della prassi operativa emerge che, sul piano normativo, la categoria in esame sembra riguardare fattispecie affatto isolate<sup>90</sup>. Senza contare il fatto che, sul piano dell'indagine giurisprudenziale, dall'analisi dei precedenti emerge che la locuzione "parere conforme" è utilizzata dal giudice amministrativo con il significato di "su parere conforme", senza quindi qualificare l'efficacia dell'atto consultivo, ma solo rappresentando la circostanza per cui l'autorità decidente ha agito, appunto, in conformità al parere reso<sup>91</sup>.

Venendo al delineato dibattito teorico-sistematico, la questione sembra avere valenza più che altro ricostruttiva di un dibattito che non pare avere più attinenza con il dato giuridico-positivo: infatti, ai sensi dell'art. 2, legge 241/1990, una volta che abbia dato avvio (d'ufficio, ovvero su istanza di parte) al procedimento amministrativo di sua competenza la pubblica amministrazione non è più libera di scegliere se provvedere o meno, sicché, quanto al decidere, la discrezionalità nell'*an* non sussiste. Oltre al *quid* e al *quomodo* provvedere, sussiste, sem-

<sup>87</sup> P. Virga, *Diritto amministrativo. 2. Atti e ricorsi*, Milano, 1999, 29.

<sup>88</sup> Riconoscono tale categoria, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 464; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 640.

<sup>89</sup> È il caso, ad esempio, di G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 628 ss.; P. Virga, *Diritto amministrativo - 2. Atti e ricorsi*, Milano, 1999, 29.

<sup>90</sup> Oltre ai casi ricordati da A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 640, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2008, n. 3898, a proposito della delibera di Consiglio di Facoltà adottata ai sensi dell'art. 102, comma 6, d.p.r. 11 luglio 1980, n. 382.

<sup>91</sup> Così, recentemente, TAR Campania, Salerno, Sez. II, 19 luglio 2018, n. 1112; TAR Campania, Sez. I, 5 febbraio 2018, n. 744. In dottrina, utilizza in modo analogo la formula verbale "parere conforme" anche D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 194.

mai, la discrezionalità relativa all'*an* procedere: trattasi, però, di una discrezionalità che non rileva ai fini della configurabilità del parere conforme, posto che questo, in quanto atto endoprocedimentale, può essere richiesto e dunque rilasciato solo in costanza di un procedimento amministrativo già avviato<sup>92</sup>. Ed è probabilmente per tale ragione che la giurisprudenza utilizza la già segnalata locuzione “parere conforme” con il significato di “su parere conforme”, nel senso che senza qualificare l'efficacia dell'atto consultivo si limita a rappresentare la circostanza per cui l'autorità decidente ha agito, appunto, in conformità al parere reso. Ancora, si può poi osservare come la locuzione “parere conforme”, letteralmente intesa, non sembra neppure del tutto corretta, laddove ci si soffermi a considerare che la conformità non pertiene al parere, ma al provvedimento finale: non è, cioè, il parere a dover essere conforme (a qualcosa), ma è il provvedimento a dovere essere conforme al parere obbligatorio e non vincolante che è stato richiesto e sulla cui base l'ente pubblico decidente ha concretamente provveduto.

Infine, in relazione alla categoria dei pareri vincolanti, essa assume una rilevanza particolare nell'ambito del *genus* “pareri obbligatori”: più specificamente, una volta ottenuto il parere, la pubblica amministrazione che ha dovuto richiederlo può essere o meno costretta a conformarsi al contenuto dell'atto consultivo. La possibilità di discostarsene è per la verità eccezionale: per quanto l'ente decidente non sia tenuto a provvedere conformemente al parere, deve però motivare in ordine alle ragioni che hanno determinato la decisione di discostarsene. La regola è, invece, che l'ente procedente debba necessariamente uniformarsi al parere; qualora non dovesse farlo, il provvedimento finale sarebbe evidentemente illegittimo. Tuttavia, non può escludersi a priori l'eventualità che l'amministrazione procedente si discosti – illegittimamente – dal parere vincolante legittimo (su questo profilo, si v. *infra*). Diversa l'ipotesi in cui il parere obbligatorio-vincolante risulti illegittimo: in questo caso, si ritiene che l'amministrazione richiedente, motivando in ordine ai profili di illegittimità del parere, possa – *rectius*, debba, al fine di scongiurare l'illegittimità consequenziale del provvedimento amministrativo finale adottato sulla base del parere viziato – disattenderlo. Al più e a tacere dei casi in cui il termine per la conclusione del procedimento stia per spirare, si potrebbe rilevare che, ricevuto il parere illegittimo, l'amministrazione attiva sarebbe tenuta a segnalare detta circostanza all'organo consultivo, chiedendo

---

<sup>92</sup> Nello stesso senso, A. Sandulli, *Il procedimento*, cit., 1018, secondo cui tale tipologia di pareri non sarebbe più coerente con il principio del dovere di provvedere stabilito dall'art. 2, legge 241/1990, stante l'insussistenza di uno spazio di scelta dell'organo procedente in ordine alla possibilità di non concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso. M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 532, utilizza il termine “conformi” come sinonimo di “vincolanti”: il parere obbligatorio conforme altro non è, oggi, che un parere obbligatorio vincolante. Scrive V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 420, che «appare meramente nominalistica la distinzione che si rinviene nella legislazione tra pareri vincolanti e pareri conformi»

l'adozione di altro parere emendato dagli emarginati vizi. Quest'ultima affermazione necessita di una precisazione: con essa, si è indirettamente riconosciuta la capacità del parere illegittimo di incidere sulla validità consequenziale del provvedimento amministrativo emanato a valle del procedimento in costanza del quale lo stesso parere è stato adottato<sup>93</sup>. Si osserva in ogni caso che, da un lato, questa illegittimità derivata potrebbe integrarsi pure nel caso in cui il parere rilasciato non fosse vincolante; dall'altro, che è ormai pacificamente riconosciuto che il parere illegittimo (di qualsiasi natura) comporta l'illegittimità del provvedimento finale nel solo caso in cui l'amministrazione decidente vi si sia uniformata<sup>94</sup>.

A ben vedere, occorre valutare se siffatta regola valga anche nel caso in cui il parere richiesto sia obbligatorio. Probabilmente, fatta salva l'applicazione dell'art. 21-*octies* legge 241/1990, potrebbe ragionarsi nel senso che il parere obbligatorio illegittimo finisca con l'inficiare comunque il provvedimento finale che, sebbene a esso non uniformatosi, sia stato emanato in costanza d'una procedura viziata. A conclusione differente sembra invece doversi giungere nel caso in cui a essere illegittimo sia il parere facoltativo e l'amministrazione, conformandosi, abbia in sostanza motivato la propria scelta condividendo quanto decretato dall'organo consultivo: in questo caso, posto che se essa avesse provveduto da sola, sarebbe giunta alla medesima determinazione finale, potrebbe evitarsi di guardare all'illegittimità derivata del provvedimento, dal momento che esso risulterebbe inficiato dal parere illegittimo esclusivamente dal punto di vista formale.

Infine, per completezza pare opportuno precisare che la vincolatività dell'atto prescinde dal fatto che a rilasciarlo sia un organo interno ovvero esterno all'amministrazione che l'abbia dovuto richiedere<sup>95</sup>. In altri termini, la carica più o meno vincolante dell'atto consultivo per l'organo decidente non è tanto da ricondursi al fatto che entrambi appartengano al medesimo plesso amministrativo, quanto all'effettivo grado di autonomia/dipendenza funzionale e organizzativa tra i due organi, sicché il carattere dell'indipendenza decisionale non deriva «solo dalla collocazione ordinamentale degli organi, ma da altre variabili che ne caratterizzano i profili funzionali e relazionali, per come sono configurati dalle norme

<sup>93</sup> I profili di illegittimità del parere si traducono nella illegittimità del provvedimento finale (A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 612). Un parere può essere illegittimo per vizi formali, ovvero di contenuto. Tra i primi rientrano, ad esempio, quelli che dipendono dalla convocazione, dalla discussione, dalla deliberazione, dalla votazione dell'organo consultivo.

<sup>94</sup> C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, 95.

<sup>95</sup> Secondo alcuni, nel caso di organo consultivo avente natura interna e quindi strutturalmente collegato all'autorità decidente, non sussisterebbe la sufficiente indipendenza tra i due soggetti affinché quello decidente possa assumere una determinazione indipendentemente da quanto rappresentato nell'atto consultivo (così V. Caianiello, *L'attività consultiva*, in *Cons. Stato*, 1969, II, 915 ss.; A.M. Sandulli, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, IV, 249). Invero, al carattere esterno o interno dell'organo consultivo può dunque al più attribuirsi valenza classificatoria delle diverse figure di organi cui è attribuita la relativa funzione.

e per come risultano dai rapporti che si instaurano tra essi e diversi soggetti che, a vario titolo, entrano nel processo decisionale»<sup>96</sup>.

##### 5. *Il procedimento consultivo e la semplificazione: alcuni nodi da sciogliere*

Secondo quanto è già stato anticipato, mentre nell'originaria versione dell'art. 16, legge 241/1990, non si distingueva espressamente tra pareri obbligatori e facoltativi, con la riforma del 2009 le menzionate due categorie di pareri hanno avuto riconoscimento legislativo e sono oggi regolate dai primi due commi dell'art. 16, legge 241/1990, cit., siccome modificati dall'art. 8, legge 69/2009.

Allo stesso modo, si è già avuto modo di segnalare che, con riguardo ai pareri facoltativi, l'art. 16 in ultimo citato va letto in correlazione con l'art. 1, comma 2, della legge sul procedimento. Nel valutare la necessità di avvalersi in via opzionale di un consiglio non richiesto dalle norme d'azione, l'ente procedente deve infatti verificare che il conseguente aggravamento del procedimento trovi giustificazione in straordinarie e motivate esigenze, dando evidenza di come abbia calibrato le esigenze istruttorie con quelle del sollecito svolgimento del processo decisionale<sup>97</sup>. E ciò anche perché se è vero che il termine di conclusione finale del procedimento non si sospende, è altrettanto vero che l'organo di amministrazione attiva, prima di potere legittimamente decidere, deve comunque attendere lo spirare dei termini di legge per il rilascio del parere. Oltre al suddetto contemperamento, occorrerà altresì tenere conto della natura del potere amministrativo in concreto esercitato: alquanto complesso giustificare un parere facoltativo qualora si faccia questione di adottare un provvedimento in via d'urgenza, sicché il campo d'elezione dei pareri facoltativi riguarda materie «che per la loro stessa natura richiedono una ineditata e ben ponderata preparazione prima che giunga il momento dell'azione», oppure «materie nelle quali, per la loro importanza e la gravità degli interessi che involgono, l'eventuale danno che possa derivare da qualche ritardo nell'azione è di gran lunga inferiore agli inconvenienti che potrebbero tener dietro ad un'azione men che oculata»<sup>98</sup>.

Ne consegue l'indispensabile, esauriente motivazione in ordine alla scelta di ricorrere al parere facoltativo, per giustificare le ragioni di interesse pubblico sottese alla richiesta, da cui deriva non solo il differimento dell'adozione del provvedimento e, dunque, il dilatarsi del processo decisionale pubblico, ma anche l'aggravio organizzativo correlato al coinvolgimento di altro organo/plesso amministrativo. E

---

<sup>96</sup> C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 29.

<sup>97</sup> In argomento, M. Occhiena, *Il procedimento*, in *Procedimento amministrativo e partecipazione: problemi, prospettive ed esperienze*, a cura di A. Crosetti, F. Fracchia, Milano, 2002, 213 e s.

<sup>98</sup> R. Lucifredi, *Sull'inammissibilità ex post della funzione consultiva*, cit., 289 e ss.

tanto più è evidente l'importanza che assume la motivazione della scelta istruttoria in esame quanto più si faccia riferimento alla teorica che ha segnalato la duplice funzione della motivazione amministrativa quale discorso argomentativo rivolto non soltanto al privato destinatario dell'atto, che così è messo nelle condizioni di meglio valutare l'opportunità di contestare la (eventuale manifesta irragionevolezza della) scelta istruttoria che potrebbe ritardare l'assunzione della decisione finale (e, dunque, il soddisfacimento degli interessi di cui è titolare), ma anche all'opinione pubblica, al fine di assicurare un sindacato diffuso della comunità in ordine alla non arbitrarietà della soluzione istruttoria seguita dall'ente procedente<sup>99</sup>.

I pareri facoltativi, s'è detto in dottrina, costituiscono l'essenza della funzione consultiva, posto che, anche laddove siano stati richiesti (o, meglio, una volta richiesti, siano stati rilasciati), non mettono in forse lo spazio di autonoma determinazione dell'organo attivo, che resta garantito, posto che l'autorità titolare della funzione di amministrazione attiva potrebbe anche decidere di non tenerne conto<sup>100</sup>. Quest'ultima affermazione necessita di due precisazioni.

In primo luogo, se è vero che l'ente richiedente può non tener conto del parere facoltativo, nel senso che può decidere senza uniformarsi a esso, è altrettanto vero che lo stesso ente non può discostarsi dal parere facoltativo ottenuto senza debitamente spiegare quali siano le ragioni che lo inducono a provvedere in modo difforme da come gli è stato consigliato<sup>101</sup>. In altri termini, l'organo attivo può scegliere o meno di chiedere il parere; ma, una volta che l'abbia richiesto e ottenuto non può disattenderlo *tout court*<sup>102</sup>. Il che vale, invero, anche nel caso in cui il parere risulti illegittimo<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> Il riferimento è ovviamente a A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 70 ss. Dello stesso Autore, si v. anche *Sulla c.d. «funzione democratica» della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in *Studi in onore di F. Benvenuti*, Modena, 1996, IV, 1507 e ss.

<sup>100</sup> F. Trimarchi, *Funzione consultiva e amministrazione democratica*, cit., 3.

<sup>101</sup> V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 419, scrive che «Il parere facoltativo, una volta emesso su richiesta dell'Amministrazione procedente e acquisito al procedimento, svolge nell'ambito dell'istruttoria procedimentale lo stesso ruolo del parere obbligatorio come necessario elemento di valutazione del fatto o dell'assetto degli interessi, che deve esser preso in considerazione in sede decisoria».

<sup>102</sup> Scrive A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 608 che «Il parere non vincolante deve essere preso in considerazione dall'autorità competente ad assumere il provvedimento finale e ciò vale anche nel caso che di tratti di parere facoltativo: non è assimilabile, perciò, a modalità di mera collaborazione nel processo decisionale, ma rappresenta un elemento imprescindibile per la decisione su quel procedimento». Così anche A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 165, che annotò che se «l'ordinamento accorda all'autorità, la quale deve provvedere su una data materia, la possibilità di lasciarsi illuminare, ove lo stimi opportuno, da un certo organo istituzionale, è evidente che presuppone che questo eserciterà una più o meno diretta influenza sul provvedimento, che verrà preso. Ove così non fosse, la norma, la quale accorda la possibilità di avvalersi del giudizio di esso, sarebbe un fuor d'opera; e ne risulterebbe scosso lo stesso spirito del sistema». Per l'affermazione secondo cui i pareri facoltativi sarebbero privi di rilevanza giuridica, si v. F. Franchini, voce *Parere*, cit., 397; C. Vitta, *Diritto amministrativo. I - Parte generale*, cit., 370; U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. Orlando, Milano, II, 1915, 864 e ss.

<sup>103</sup> Sul punto, si v. le ampie considerazioni di A. Calegari, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Padova, 2012, 185 e ss.



In secondo luogo, il poter essere disattesi non è prerogativa dei soli pareri facoltativi: infatti, anche in costanza di un parere obbligatorio non vincolante l'amministrazione attiva può decidere motivatamente di provvedere in modo diverso da quanto consigliato dall'organo consultivo<sup>104</sup>. Si deve semmai evidenziare che la peculiarità propria dei pareri facoltativi non è che essi non hanno la forza di rendere vincolata nel *quid* la scelta provvedimentoale dell'amministrazione che li abbia richiesti, ma dal fatto che, a differenza di quelli obbligatori, presuppongono a monte la valutazione di discrezionalità procedimentale circa l'opportunità/necessità della loro acquisizione.

Il parere è reso all'esito di un subprocedimento che viene avviato dall'organo di amministrazione attiva mediante richiesta di rispondere a un quesito<sup>105</sup> e che, dopo l'espletarsi dei necessari passaggi endoprocedimentali, si conclude con la trasmissione del parere stesso all'autorità che l'abbia richiesto, «con mezzi telematici» (art. 16, comma 5, cit.).

Come visto, la richiesta di parere deve essere effettuata a istruttoria conclusa, dimodoché l'organo consultivo possa consigliare la migliore azione da intraprendere alla luce del materiale istruttorio nella sua completezza. Pare allora che l'organo consultivo non sia tenuto a/possa rifiutarsi di rilasciare il parere qualora la richiesta pervenga a istruttoria non ancora conclusa. Naturalmente, per valutare in concreto la completezza dell'istruttoria occorre tenere in considerazione che cosa è domandato dall'organo richiedente: se l'atto consultivo tocca nella sua totalità la decisione da adottare, allora l'istruttoria dovrà essersi conclusa nella sua globalità; «ove il parere sia stato richiesto con riferimento a uno specifico aspetto del provvedimento, è sufficiente che la completezza dell'istruzione sia riferibile al quesito sottoposto all'organo consultivo»<sup>106</sup>. In ogni caso, appare chiaro che l'autorità chiamata ad esprimere il suo parere deve essere messa nelle condizioni, da chi ha la responsabilità del procedimento, di conoscere gli elementi utili e di disporre del materiale acquisito nel corso dell'istruttoria procedimentale<sup>107</sup>. L'organo consultivo, quindi, qualora ritenga che il materiale sia insufficiente, ai sensi dell'art. 16, comma 4, legge 241/1990, è tenuto a richiedere i necessari e ulteriori elementi integrativi. Il termine per l'emissione del parere, in questo caso, si interrompe e l'ulteriore termine per il rilascio del parere è di quindici giorni dalla ricezione dei chiarimenti o documenti richiesti. Sebbene l'articolo 16, cit., nul-

---

<sup>104</sup> M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedimentali*, cit., 530 osserva che l'autorità procedente ha facoltà di disattendere il parere motivatamente, nonché di scegliere, nell'ambito di una pluralità di atti consultivi intervenuti nel corso di un procedimento, la soluzione che, tra quelle prospettate, appare la più conferente.

<sup>105</sup> Proprio per questo, si differenziano dagli studi, che non hanno ad oggetto quesiti o schemi già formulati dall'autorità procedente: M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 125 e ss..

<sup>106</sup> F. Levi, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., 431.

<sup>107</sup> A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 608.

la disponga in proposito, si desume dalla *ratio* complessiva della disciplina che le richieste di supplemento istruttorio da parte dell'organo consultivo possano, in ipotesi, essere anche più d'una: in questo caso, solo la prima richiesta sarebbe però idonea a determinare l'interruzione del termine per la conclusione del subprocedimento di adozione del contributo endoprocedimentale<sup>108</sup>.

Ciò che non è disciplinato dalla legge sul procedimento è il termine entro il quale l'amministrazione precedente deve inviare l'ulteriore documentazione richiesta dall'organo consultivo: sul punto, dunque, assumono un ruolo determinante i regolamenti attuativi delle singole amministrazioni. Infine, pare che qualora l'ente decidente non adempia alla sollecitazione di integrare gli atti trasmessi con la richiesta di parere venga meno l'obbligatorietà del rilascio dell'atto consultivo: alla luce dell'incompletezza della richiesta (*recte*, del materiale istruttorio necessario per assolvere a quanto domandato), l'organo consultivo pare potersi/doversi legittimamente rifiutare di adottare il parere senza incorrere in responsabilità di sorta<sup>109</sup>. Tuttavia, posto che l'art. 16, comma 4, cit., prevede espressamente che l'organo consultivo possa rappresentare esigenze istruttorie, sembra doversi ritenere che in costanza di una richiesta incompleta, l'organo medesimo debba chiedere l'integrazione della documentazione, essendo legittimato a restare silente (come nel caso di omessa richiesta) solo laddove, anche a seguito della rappresentazione di ulteriori incombenzi istruttori, l'ente precedente rimanga inerte. Altro è che l'organo consultivo debba compiere autonomamente accertamenti, valutazioni, studi, inchieste, ecc.: purché non si tratti di attività sostitutive o duplicative dell'istruttoria procedimentale, è evidente che questi momenti istruttori siano di pertinenza dell'organo chiamato a rendere il parere e che, pertanto, siano insuscetibili di determinare interruzione alcuna del relativo subprocedimento.

Tornando alla disciplina generale, la legge 241/1990 regola la scansione temporale del procedimento consultivo a seconda della tipologia di parere – obbligatorio o facoltativo – che dovrà essere adottato dall'apparato chiamato a rendere la consulenza. Tuttavia, occorre segnalare che il legislatore non ha previsto un termine entro il quale l'amministrazione decidente possa/debba richiedere il parere, lacuna che eventualmente può essere colmata nei regolamenti di attuazione adottati da ogni singola amministrazione. Certo è che, nel decidere quando effettuare la richiesta dovuta/voluta e tenuto conto del fatto che la richiesta di parere non vale a sospendere i termini massimi di conclusione del procedimento

<sup>108</sup> M.G. Della Scala, *Attività consultiva e semplificazioni procedurali*, cit., 547. Come rileva C. Barbatì, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 21, l'esercizio dell'attività consultiva può articolarsi in una sequenza di atti e di interventi, non esaurendosi necessariamente in una sola richiesta e in una sola pronuncia, potendo alla prima istanza di parere seguirne altre, dando così vita all'adozione di pareri suppletivi.

<sup>109</sup> La richiesta incompleta viene paragonata, in dottrina, alla richiesta omessa, da cui dipende l'insussistenza di un obbligo di pronunciarsi e l'illegittimità del provvedimento finale se la richiesta era obbligatoria: sul punto, si v. G. Grasso, *Art. 16 - Attività consultiva*, cit., 417.).

amministrativo, il responsabile del procedimento deve necessariamente calibrare i tempi dell'azione nel suo complesso, al fine di non incorrere in responsabilità per la ritardata adozione del provvedimento finale.

Nel caso di pareri obbligatori, l'organo consultivo deve rendere il parere entro venti giorni dal ricevimento della relativa richiesta. A meno che non abbia rappresentato esigenze istruttorie: in questa eventualità, i termini si interrompono una sola volta e in ogni caso il parere «deve essere reso definitivamente entro quindici giorni dalla ricezione degli elementi istruttori da parte delle amministrazioni interessate» (art. 16, comma 4, cit.). Decorso inutilmente detto termine senza che sia stato comunicato il parere, «è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'espressione del parere» (art. 16, comma 2, cit.). Ora, se è vero che «la prescindibilità del parere sembra eliminare anche l'obbligo di esporre i motivi per le quali non si è inteso attenderlo»<sup>110</sup>, è altrettanto vero che, a contrario, qualora l'amministrazione attiva non voglia privarsi dal parere così determinando un prolungamento dei tempi procedurali sia tenuta a dettagliatamente motivare le ragioni di tale scelta, esplicando le ragioni per cui ritenga imprescindibile attendere la manifestazione di giudizio. Anche in questo caso, nel silenzio della legge, i termini massimi di attesa del parere tardivo possono eventualmente essere fissati in sede regolamentare.

Ponendoci nella prospettiva del destinatario del provvedimento, egli potrà contestare tanto la scelta assunta dall'amministrazione procedente di attendere l'emissione del parere, quanto la scelta contraria. In questo secondo caso, il privato può infatti avere interesse a che l'attività amministrativa venga illuminata dall'esterno, posto che, quand'anche decidesse di non seguire quanto suggerito nel parere, dovrà comunque necessariamente spiegare le ragioni sottese a una decisione non coerente con il consiglio che le è stato reso.

Si ritiene, inoltre, che il destinatario dell'atto finale possa altresì esperire il ricorso avverso il silenzio nel caso in cui, in costanza di parere obbligatorio, la pubblica amministrazione procedente decida di attendere l'emissione del parere oltre i termini di legge<sup>111</sup> e l'organo consultivo tenuto a consigliare resti inerte. Se è vero, infatti, che nell'ipotesi emarginata quest'ultima non potrebbe adire il giudice per chiedere l'accertamento dell'illegittimità (e la conseguenziale condanna dell'organo consultivo a provvedere) perché possiede lo strumento di legge per potere superare lo stallo, è anche vero che, verosimilmente dopo avere sollecitato l'ente procedente a superare la stasi, il destinatario dell'atto potrebbe essere interessato a ottenere una definizione della situazione pendente.

---

<sup>110</sup> C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 65.

<sup>111</sup> Sul punto, si v. quanto specificato *infra* a proposito del superamento dell'inerzia in ipotesi di pareri in materia di c.d. "interessi critici" o "sensibili" (tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute).

Ai sensi dell'art. 16, comma 1, cit., in ipotesi di parere facoltativo, l'organo consultivo deve invece immediatamente comunicare il termine entro cui lo renderà, termine «che comunque non può superare i venti giorni dal ricevimento della richiesta». Anche in questa ipotesi, comunque, l'organo adito può rappresentare esigenze istruttorie e vale la già esaminata regola enunciata dall'art. 16, comma 4, cit. L'inutile decorrenza di detto termine comporta che l'amministrazione richiedente proceda «indipendentemente dall'espressione del parere» (art. 16, comma 2, cit.). La disciplina semplificatoria dimostra, quindi, che nel caso di mancata emanazione del parere facoltativo l'amministrazione attiva non è libera di scegliere se o meno attendere il rilascio della dichiarazione, ma è obbligata a continuare senza ottenere il consiglio che avrebbe voluto ricevere. Se nel caso dei pareri obbligatori il legislatore ha ritenuto che l'urgenza di decidere non possa e non debba a priori comportare il sacrificio dell'attività amministrativa, nel caso dei pareri facoltativi ha invece statuito il dovere dell'ente decidente di procedere, in ogni caso, senza parere. Ciò sulla scorta del fatto che essi non vengono normativamente ritenuti fondamentali al fine di mettere l'amministrazione decidente nelle condizioni di adottare provvedimenti di qualità: come è stato osservato, tale disciplina «ha dato valenza generale all'istituto dell'”accantonamento” (o del “prescindere”) dal parere quando la sua emanazione ritardi»<sup>112</sup>.

Sotto diverso profilo, si rileva come l'organo consultivo che non adempia al dovere di rendere il parere incorra nelle conseguenti responsabilità: amministrativo-contabile, dirigenziale, penale (*ex art. 328, c.p.*)<sup>113</sup>. Per espressa previsione di legge (invero pleonastica), il responsabile del procedimento che ha chiesto e che non ha ottenuto nei termini anzidetti il parere va esente da responsabilità, non potendo «essere chiamato a rispondere degli eventuali danni derivanti dalla mancata espressione dei pareri» (art. 16, comma 2, ultimo periodo, legge 241/1990).

Occorre rilevare che lo scadere del termine di legge non vale a fare consumare il correlato potere attribuito dall'ordinamento all'organo consultivo che sia stato interpellato, dal momento che «la perentorietà del termine riguarda non la sussistenza del potere o la legittimità del parere, ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento»<sup>114</sup>. D'altronde, l'osservata facoltà per l'amministrazione decidente di attendere il rilascio della ritardata manifestazione del giudizio comprova che l'inutile decorso del termine non comporta alcuna consumazione del correlato potere. Da ciò consegue che i termini indicati per l'emissione del parere hanno

<sup>112</sup> G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 632.

<sup>113</sup> Per l'approfondimento sull'integrazione della fattispecie di reato *ex art. 328, c.p.*, in caso di comportamento omissivo dell'amministrazione consultiva, si v. V. Parisio, *La funzione consultiva nella dinamica procedimentale*, cit., 823.

<sup>114</sup> Così Cons. Stato, Sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 4914; da ultimo, TAR Campania, Sez. VI, 5 gennaio 2017, n. 138.

natura ordinatoria e finalità acceleratoria, secondo quanto pacificamente ritenuto in dottrina e in giurisprudenza, in ossequio al principio per cui sono tali i termini fissati dal legislatore senza un'espressa sanzione decadenziale per attività amministrative cui è connesso il soddisfacimento di pubblici interessi<sup>115</sup>. È ben possibile, dunque, che il consiglio richiesto pervenga all'amministrazione decidente successivamente allo spirare dei termini stabiliti dal legislatore. In questo caso, se il parere fosse rilasciato prima dell'adozione della decisione, l'amministrazione attiva sarebbe comunque tenuta a tenerne conto, pena l'illegittimità del provvedimento amministrativo finale<sup>116</sup>.

Sempre sul piano della scansione procedurale, l'amministrazione procedente non può comunque legittimamente provvedere prima che siano trascorsi i termini di legge per l'emissione del parere, sia esso obbligatorio o facoltativo. Considerato che l'acquisizione del parere rappresenta un elemento «essenziale perché il procedimento possa ritenersi maturo per la decisione»<sup>117</sup> e visto che l'art. 16, cit., impone all'amministrazione di procedere solo quando, nel tempo prescritto, l'organo consultivo non abbia rilasciato la dichiarazione richiesta, non pare potersi accogliere la tesi secondo cui non sussisterebbe il dovere di attendere il contributo consultivo richiesto, ma solo quello di tenerne conto e di motivare in relazione al medesimo solo laddove esso fosse stato effettivamente acquisito<sup>118</sup>. In senso proprio, il parere costituisce un adempimento procedimentale, con la duplice conseguenza che sarebbe illegittima sia l'adozione del provvedimento amministrativo prima dello scadere dei termini per il rilascio del richiesto parere, sia il provvedimento emanato senza che la richiesta di parere, pur adottata, sia stata effettivamente e debitamente inoltrata all'organo consultivo. Nel considerare l'illegittimità del provvedimento finale occorrerà comunque valutare l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, legge 241/1990.

A questo punto, si pone la questione dell'efficacia eventualmente sanante del parere sopravvenuto rispetto all'adozione del provvedimento finale del relativo procedimento amministrativo.

Il tema è tutt'altro che agevole e pare prestarsi a una soluzione differenziata.

Nel caso in cui l'amministrazione attiva abbia effettuato la richiesta adottando il provvedimento senza attendere lo spirare dei termini del subprocedimento consultivo, mentre, da un lato, astrattamente l'organo consultivo è senz'altro titolare del potere-dovere di rendere il parere anche postumo, in quanto per l'appunto sollecitato dall'amministrazione procedente, non pare davvero, dal lato opposto, che detto parere emanato successivamente all'adozione del provvedi-

<sup>115</sup> A. Angiuli, *Sulla discrezionalità amministrativa nel "quando"*, Bari, 1988, 55 e ss.

<sup>116</sup> G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 633.

<sup>117</sup> A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 608.

<sup>118</sup> F. Franchini, voce *Parere*, cit., 397; A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 397.

mento possa valere a rimediare al vizio di violazione di legge in cui è incorsa l'ente decidente. La funzione consultiva si pone come antecedente logico dell'amministrazione attiva, sicché, il parere non può intervenire *ex post* rispetto al provvedimento finale, dovendo necessariamente precedere la fase decisoria, e non seguirla. E ciò non tanto per la formalistica ragione che il parere avrebbe dovuto essere reso "prima" e non "dopo", bensì per la ragione sostanziale per cui quell'atto è espressione della funzione consultiva, ontologicamente strumentale alla (migliore) determinazione della decisione finale e che dunque deve precederne e non seguirne l'adozione<sup>119</sup>. Senza contare il fatto che il parere è del tutto estraneo all'esercizio del diverso potere di riesame in sede di autotutela.

Nella diversa ipotesi in cui l'amministrazione procedente abbia provveduto senza avere previamente richiesto il parere obbligatorio per legge, a tacere dell'eventuale disposizione che abiliti l'organo consultivo ad autonomamente decidere di consigliare l'amministrazione attiva, sembra di potere affermare che il problema della sanabilità del parere postumo non si pone neppure. Infatti, la mancata richiesta, presupposto per il legittimo rilascio della manifestazione di giudizio, non abilita l'organo consultivo a consigliare l'amministrazione attiva, con la conseguenza che il parere emanato senza essere domandato non sembra dispiegare nessun effetto sanante con riguardo al provvedimento illegittimo. Anzi, in siffatta ipotesi, a ben vedere, si può persino dubitare che ci si trovi, in tal caso, al cospetto di un atto propriamente qualificabile alla stregua di "parere".

Proseguendo oltre, l'art. 16, comma 3, legge 241/1990, prevede che la disciplina acceleratoria sopra riportata non si applica ai pareri resi da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini. Al più, ai pareri in materia ambientale, paesaggistica, territoriale, si applicano, ove esistenti, le discipline di settore recanti appositi meccanismi di semplificazione e relativi termini<sup>120</sup>. In costanza dell'inerzia serbata da uno di questi organi consultivi, l'amministrazione procedente non deve, né può, superare lo stallo, potendosi prospettare un arresto procedimentale *sine die*, eventualmente superabile ricorrendo all'azione giurisdizionale avverso il silenzio<sup>121</sup>.

In dottrina è stato annotato che la disposizione in analisi vale a indirettamente riconoscere che i pareri possono costituire momenti di espressione di determinati interessi<sup>122</sup>. Il punto è già stato affrontato (si v. *supra*, paragrafo 2) e

<sup>119</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 465.

<sup>120</sup> In argomento, M. Poto, *Certezza dei tempi in caso di attività consultiva e valutazioni tecniche*, in *Il nuovo procedimento amministrativo*, a cura di F. Caringella, M. Protto, Roma, 2009, 193.

<sup>121</sup> F. Fracchia, *Riti speciali a valenza endoprocedimentale*, Torino, 2003, 71 e s. Ritiene che in questi casi sarebbe stato opportuno introdurre una ipotesi di silenzio significativo, B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 100.

<sup>122</sup> C. Barbati, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, cit., 55.

si è visto come possa sostenersi che gli atti resi da enti pubblici che introducono interessi nei procedimenti amministrativi non costituiscano espressione di attività consultiva. Se si accetta l'assunto secondo cui l'attività consultiva *stricto sensu* intesa è un'attività affatto neutrale, va da sé che non può poi affermarsi che l'attività consultiva medesima possa connotarsi come strumento per l'introduzione di interessi nel procedimento decisionale.

Ci si deve chiedere, dunque, se il legislatore abbia opportunamente inserito nell'articolo 16, legge 241/1990, sussumendoli nel *genus* attività consultiva, questi "pareri" riguardanti interessi sensibili e che non sembrano essere espressione dell'attività consultiva. Invero, come osservato, l'art. 16, cit., non riguarda i pareri in quanto tali, ma detta la regolamentazione specifica dei pareri rilasciati dagli organi consultivi<sup>123</sup>, nel cui novero non rientrano quelli che costituiscono espressione degli interessi di cui sono titolare gli enti/organi pubblici che li rilasciano. Pertanto, la disciplina dell'art. 16, cit., non si sarebbe comunque applicata ai pareri «rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini» per la semplice ragione che tali atti non sono pareri propriamente detti. In buona sostanza, i pareri *supra* richiamati, anche laddove il legislatore non li avesse espressamente inclusi nella disciplina in commento, al fine di predicarne l'esclusione, sarebbero comunque rimasti estranei all'assoggettabilità del meccanismo procedurale di cui s'è dato conto.

#### 6. *Sull'applicabilità dell'art. 16, legge 241/1990, ai pareri vincolanti e sulla loro natura*

L'art. 16, legge 241/1990, cit., non si riferisce espressamente ai pareri vincolanti. Si pone così il problema se questa tipologia di atti sia o meno assoggettata alla disciplina posta dalla suddetta norma.

In siffatta prospettiva, la soluzione negativa sembrerebbe coerente con la natura stessa del parere vincolante, voluto dal legislatore in considerazione degli effetti conformativi sull'attività amministrativa: difatti, se fosse assoggettato all'art. 16, cit., nei casi di inerzia dell'organo consultivo il parere vincolante sarebbe "accantonabile", perdendosi così il senso stesso dell'effetto conformativo che ne costituisce la *ratio* del suo inserimento nella scansione procedimentale<sup>124</sup>. Ne conseguirebbe che, in quanto estranei all'art. 16, cit., i pareri vincolanti sarebbe-

<sup>123</sup> A. Travi, voce *Parere nel diritto amministrativo*, cit., 615.

<sup>124</sup> Sul punto, si v. G. Grasso, *Art. 16 - Attività consultiva*, cit., 414. P. Corso, *La funzione consultiva*, cit., 117, ritiene che il meccanismo della accantonabilità del parere tardivo operi anche con riferimento ai pareri vincolanti.



ro esclusivamente sottoposti alle norme speciali che li riguardano, aprendosi così il problema di stabilirne in concreto la disciplina qualora il legislatore si limitasse a prevederli, senza però dettare le relative regole procedimentali.

Ciò detto, sembra invero che la riflessione in materia possa essere diversamente impostata. Come si è anticipato (si v. *supra*, paragrafo 4), il parere vincolante costituisce una *species* del *genus* pareri obbligatori, espressamente richiamati dall'art. 16, legge 241/1990, cit. In questa prospettiva, il fatto che la norma in ultimo menzionata non li preveda espressamente non pare di per sé decisivo per predicarne la non applicabilità, perché il parere è vincolante e dunque non può essere in nessun modo legittimamente disatteso (tranne se illegittimo) nel caso in cui sia stato effettivamente rilasciato; nel caso di mancato rilascio da parte dell'organo consultivo, in quanto inesistente non può produrre effetti giuridici, sicché non si vede per quale ragione non possa essere accantonato, *recte*, non necessariamente atteso prima dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento cui si riferisce.

Il problema circa l'applicabilità dell'art. 16, cit., ai pareri vincolanti per la verità non si pone laddove si ritenga che il parere vincolante non sia sussumibile nella categoria dei pareri che sono estrinsecazione dell'attività consultiva, trattandosi di atti di volizione e dunque estranei alla categoria dei pareri propriamente detti.

Dalle sopraesposte considerazioni, pare derivarne una conclusione pressoché obbligatoria: per risolvere la questione se o meno questa tipologia di atti sia assoggettata alla disciplina generale posta dalla legge sul procedimento amministrativo occorre stabilirne la natura giuridica.

Ora, è evidente che il parere vincolante va al di là del mero consiglio, posto che è capace di imporre all'amministrazione decidente la scelta da assumere, di stabilire, cioè, quale contenuto dovrà avere la decisione finale della fattispecie oggetto di esercizio del potere. È chiaro che vincolando l'organo decidente, i pareri in disamina di fatto perdono la connotazione di "consiglio", risolvendosi in atti decisori, appunto, «perché l'amministrazione attiva non può da ess[i] discostarsi»<sup>125</sup>. Proprio sulla scorta di queste considerazioni, i giudici amministrativi hanno nel tempo affermato l'impugnabilità immediata e diretta del parere vincolante, consequenzialmente dichiarando tardivo il ricorso proposto avverso il provvedimento finale la cui lesività dipenderebbe dal parere obbligatorio-vincolante cui l'ammi-

<sup>125</sup> Così E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 465. Affermano che i pareri vincolanti non sono pareri in senso proprio, «ma atti di decisione», anche M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., I, 127; D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 194; V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, cit., 338. Già U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, in *Studi senesi 1901-1902*, 140 e ss. (ora anche in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, I, 1976, 81 e ss.) e D. Donati, *Atto complesso, autorizzazione, approvazione*, Modena, 1903, 39 e ss. (ora anche in Id., *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966, 389 e ss.) hanno sostenuto che i pareri vincolanti non sono sussumibili, per via degli effetti prodotti sul piano giuridico, nella attività di consulenza.

nistrazione decidente si è necessariamente uniformata<sup>126</sup>. Il parere vincolante viene così qualificato a tutti gli effetti come un atto presupposto, dotato di autonomia rispetto al provvedimento finale ed espressione di effetti giuridici indipendenti rispetto a quelli propri del provvedimento cui pure ineriscono<sup>127</sup>.

Diversamente opinando, altra teorica riconosce ai pareri vincolanti la natura di meri atti preparatori, estranei al piano della produzione degli effetti giuridici e quindi non impugnabili perché non dotati di carica lesiva, insuscettibili di arrecare pregiudizi a situazioni giuridiche soggettive, dal momento che «[i]l parere vincolante determina un obbligo di conformarsi, non un obbligo di attuare una previa decisione altrui»<sup>128</sup>.

Le due tesi sembrano entrambe fondarsi su valide argomentazioni: la seconda esibisce evidente coerenza sistematica, laddove la prima offre una ricostruzione più attenta ai profili sostanziali e applicativi, meglio raccordandosi all'interpretazione giurisprudenziale che, come visto, ritiene il parere vincolante suscettibile di autonoma e necessaria<sup>129</sup> impugnazione, in quanto di per sé lesivo prima ancora di essere recepito nel provvedimento conclusivo del procedimento principale di competenza dell'organo decidente. È d'altronde indicativo che, sebbene in sede consultiva, il Consiglio di Stato abbia recentemente affermato (ai fini di assumere la sottoposizione alla disciplina dell'art. 17 *bis*, legge 241/1990) che i pareri vincolanti, «al di là della loro denominazione, attribuiscono di fatto all'autorità consultata un potere di co-decisione»<sup>130</sup>. È pur vero che la giurisprudenza amministrativa afferma pure che il parere vincolante reso una volta spirati i termini posti

---

<sup>126</sup> Sull'immediata impugnabilità dei pareri vincolanti, si v., tra le più recenti, TAR Campania, Sez. VI, 5 luglio 2017, n. 3607; TAR Liguria, Sez. I, 8 giugno 2016, n. 579; TAR Veneto, Sez. II, 29 aprile 2015, n. 475; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, 23 marzo 2015, n. 523; TAR Puglia, Sez. I, 23 ottobre 2014, n. 1226; TAR Campania, Salerno, Sez. I, 6 giugno 2014, n. 1068; Cons. Stato, Sez. IV, 28 marzo 2012, n. 1829. Si v. anche TAR Campania, Sez. VII, 20 settembre 2018, n. 5541, secondo cui è immediatamente impugnabile la comunicazione da parte dell'amministrazione procedente del parere vincolante negativo reso dall'organo consultivo in quanto detta comunicazione costituisce concreta espressione di potere provvedimentale da parte dell'organo che ne è titolare.

<sup>127</sup> L'organo che lo adotta finisce dunque per porsi su di un livello partecipativo paritetico rispetto a quello dell'organo che emette il provvedimento finale. In materia si v. P. Marzaro, *Il coordinamento orizzontale tra amministrazioni: l'art. 17-bis della legge n. 241 del 1990 dopo l'intervento del Consiglio di Stato. Rilevanza dell'istituto nella gestione dell'interesse paesaggistico e rapporti con la conferenza di servizi*, in *Riv. giur. urbanistica*, 2016, 10 e ss. Su questi temi, si v. anche S. Dettori, *Il rapporto di presupposizione nel diritto amministrativo*, Napoli, 2006.

<sup>128</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., I, 640.

<sup>129</sup> Si v. però TAR Piemonte, Sez. II, 21 dicembre 2016, n. 1585, secondo cui costituisce una facoltà e non un obbligo dell'interessato attivare la tutela giurisdizionale subito dopo l'adozione del parere vincolante anziché attendere l'adozione del provvedimento che lo recepisce.

<sup>130</sup> Cons. Stato, Comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640. Appare criticabile questa interpretazione di estendere la norma in questione anche ai pareri vincolanti in materia di interessi sensibili, posto che finisce con il perdere di significato la diversa disciplina speciale posta dall'art. 16 della legge sul procedimento, specialmente alla luce del fatto che non è stata oggetto di modifiche a opera della legge 7 agosto 2015, n. 124 il cui art. 3 ha introdotto nel corpo della legge 241/1990 il menzionato art. 17 *bis*. In materia, si v. F. De Leonardis, *Il*

dalla predetta norma perde il carattere della vincolatività, per divenire un elemento dell'istruttoria procedimentale, liberamente valutabile dall'organo di amministrazione attiva<sup>131</sup>. In questo modo, si finisce quindi con l'ammettere, da un lato, che anche i pareri vincolanti sono generalmente ricondotti alla disciplina generale *ex art. 16, legge 241/1990, cit.*; dall'altro lato, che anche questi atti, quantomeno qualora tardivi, hanno natura di "consigli" e, come tali, riconducibili alla categoria dei pareri quale espressione dell'attività consultiva in senso stretto, di cui esibirebbero il carattere fondamentale di non coartare il contenuto della decisione finale.

In ultimo, una sollecitazione critica. Individuare il *dies a quo* del termine decadenziale per agire dinanzi al giudice amministrativo al momento dell'adozione/piena conoscenza del parere vincolante negativo non sembra esibire i tratti propri della regola assoluta. Infatti, non può tassativamente escludersi che l'amministrazione attiva, ricevuto il parere richiesto *ex lege*, se ne discosti. In questa ipotesi, emerge con evidenza che a fronte del provvedimento sopravvenuto "favorevole all'amministrato", benché illegittimo (perché non conforme al parere disatteso), viene meno la lesione concreta e attuale rispetto a un parere che, per quanto vincolante, non ha provocato alcun arresto procedimentale e, una volta emanato il provvedimento finale, appare lesivo soltanto in via astratta. Al di là di alcune somiglianze con l'annosa diatriba, risolta dal legislatore, in ordine all'onere di impugnazione degli atti di ammissione dei concorrenti alle gare pubbliche prima ancora della conclusione della procedura selettiva e, quindi, dell'effettiva lesione prodotta in capo agli altri partecipanti al concorso<sup>132</sup>, la questione in disamina pare teoricamente soffrire di quell'impostazione che nega la sussistenza del potere amministrativo quando esso ha carattere vincolato – nel caso che ci occupa, a quanto espresso nel parere. Ebbene, esercitata l'opzione teorica

---

*silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2015.

<sup>131</sup> Si v. Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179; TAR Sardegna, Sez. II, 8 gennaio 2016, n. 3. In particolare, la giurisprudenza formatasi sul parere paesaggistico *ex art. 146, commi 8 e 9, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, ha affermato che la decorrenza del termine previsto per l'emanazione del parere statale non determina la consumazione della relativa potestà, in quanto l'organo consultivo ha comunque il potere di esprimersi in merito alla istanza sottoposta al suo esame, ma comporta che laddove il parere fosse adottato tardivamente esso non avrebbe più carattere vincolante, per cui l'organo decidente può eventualmente discostarsene: TAR Campania, Sez. III, 3 settembre 2018, n. 5317; Cons. Stato, sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3656; TAR Toscana, Sez. III, 20 dicembre 2016, n. 1828; Cons. Stato, Sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3561; Cons. Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179; TAR Sardegna, Sez. II, 8 gennaio 2016, n. 3.

<sup>132</sup> Il riferimento è ovviamente al dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, sorto intorno all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a., introdotto dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, convertito con modificazioni dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55, dichiarato compatibile con l'ordinamento europeo da Corte Giustizia UE, Sez. IV, ord. 14 febbraio 2019, causa C-54/18 e su cui prima dell'abrogazione sancita dall'art. 1, comma 22, lett. a), d.l. 18 aprile 2019, n. 32, TAR Puglia, Bari, Sez. III, ord. 20 giugno 2018, n. 903 e ord. 20 luglio 2018, n. 1097 aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale, mai decisa dalla Corte costituzionale proprio in virtù della sopravvenuta abrogazione a opera del d.l. 32/2019.

per cui la sussistenza del (carattere costitutivo del) potere amministrativo e dunque del provvedimento in cui si estrinseca dipende non dal suo carattere innovativo, bensì dalla «produzione di un effetto giuridico che la legge riconduce a quell'atto»<sup>133</sup>, sembra potersi affermare, come peraltro già sostenuto dalla dottrina di cui poc'anzi si è dato conto<sup>134</sup>, che per quanto vincolante il parere non produce alcuna vicenda giuridica, giacché per disposizione di legge è il provvedimento adottato dall'ente di amministrazione attiva a creare, modificare, estinguere situazioni giuridiche, ossia a trasformare l'assetto giuridico degli interessi finali, concretizzando le modificazioni giuridiche prefigurate dall'ordinamento giuridico in vista della realizzazione degli interessi pubblici.

7. *Osservazioni conclusive: dal parere “tollerato” alla decisione erronea ma non annullabile perché tempestiva?*

Traspare in modo nitido dalla disciplina posta dall'art. 16, legge 241/1990, cit., come il legislatore abbia optato per una soluzione di modalità di esercizio del potere consultivo improntata alla logica del massimo contenimento dei tempi, laddove la scelta operata nel testo originario della norma in oggetto era solo quella di evitare le *impasse* procedurali in caso di ritardi nel rilascio degli apporti consulenziali da parte degli organi preposti.

Difatti, nel testo storico della norma non si faceva distinzione tra parere obbligatorio e facoltativo e il termine residuale (in mancanza cioè di diverso termine posto da altra disposizione di legge o regolamentare) ivi fissato era di novanta giorni dal ricevimento della richiesta, il cui inutile spirare abilitava l'organo decidente a esercitare la facoltà di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere. A seguito della riforma operata prima dalla legge 127/1997, cit., e poi dalla legge 69/2009, cit., invece, tramite la generalizzazione dell'istituto del c.d. “accantonamento” del parere tardivo, si è imposto un sistema in cui l'attività consultiva risulta compressa e talora compromessa. Il testo vigente della disposizione in commento riduce sensibilmente i termini, sia quello generale che quello speciale in caso di ampliamento dell'istruttoria; regola partitamente i pareri obbligatori e quelli facoltativi, limitando la facoltà di proseguire senza la consulenza solo ai primi e rendendo invece obbligatorio il progredire dell'azione in caso di mancato rilascio dei secondi; con fini palesemente monitori, introduce – seppure in negativo («non può essere chiamato a rispondere») – il concetto di responsabilità per illecito da ritardo.

<sup>133</sup> A. Travi, *Semplificazione e tutela del cittadino*, in *Riv. giur. urbanistica*, 1998, 111. Per una compiuta analisi della questione teorica in questione, M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, cit., spec. 271 e ss.

<sup>134</sup> Il richiamo è alla teoria elaborata da A.M. Sandulli nelle opere richiamate nelle precedenti note.

I temi che si stagliano sullo sfondo sono noti e rappresentati da quella dottrina che ha evidenziato come nella legislazione degli ultimi anni emerga vivida la «prevalenza dell'ansia di provvedere rispetto ai valori di garanzia, pubblicità e completezza dell'istruttoria»<sup>135</sup>, in cui l'istruttoria è spinta ai margini dell'azione amministrativa, laddove la decisione è invece posta in posizione sempre più centrale, posto che l'«importante non è *decidere bene*, ma *decidere in fretta*»<sup>136</sup>.

È altrettanto noto, però, che è ormai davvero improrogabile garantire la soddisfazione dell'esigenza del cittadino (specie se operatore economico) di potere contare su una definizione, favorevole o sfavorevole che sia, dei processi decisionali pubblici in un lasso di tempo congruo rispetto agli interessi in gioco e secondo modalità prevedibili<sup>137</sup>. Ora, per stare collegati al tema dell'attività consultiva, a tacere delle diverse ragioni che, nei fatti, non hanno consentito, per citare alcuni esempi, né al principio del non aggravamento del procedimento; né alla regola dell'obbligo di provvedere *ex art. 2*, legge 241/1990, cit.; né all'istituto della conferenza di servizi (nelle sue varianti istruttoria e decisoria) di assicurare la certa e sollecita acquisizione dei pareri nei termini prefissati<sup>138</sup>, resta comunque il fatto che la lentezza/l'inefficienza delle pubbliche amministrazioni costituisca problema del tutto irrisolto, con conseguenze economiche gravi<sup>139</sup>, a dispetto dei frequenti tentativi del legislatore di intervenire nel corpo della legge sul procedimento con propensione semplificatoria. Né sono stati posti in essere i necessari rimedi sul piano organizzativo: dopo il buon inizio negli anni Novanta del secolo scorso, è mancata continuità nello sforzo riformatore dell'organizzazione consultiva nell'ottica di una completa razionalizzazione degli organi preposti<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 514, tesi già esposta in Id., *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*, 1998, 335 ss. Su queste tematiche, si v. anche F. Salvia, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 447 ss.; R. Ferrara, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 327 ss.

<sup>136</sup> Sul fenomeno per cui gli istituti di semplificazione comportano la trasformazione radicale del procedimento e, in specie, della fase istruttoria nonché, più in generale, sull'effetto della semplificazione dell'attività amministrativa di spingere ai margini il procedimento e di attirare al centro la decisione, sia consentito rinviare a M. Occhiena, *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativi: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. società*, 1998, 508 ss. (509 per la citazione riportata nel testo). Parla di una «esigenza di accelerare il procedimento amministrativo», G. Piperata, *Semplificazione e digitalizzazione nelle recenti politiche di riforma della pubblica amministrazione*, in *L'amministrazione che cambia. Fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme*, a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tuberini, Bologna, 2016, 255.

<sup>137</sup> Sul punto, F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.* 2002, 527 ss.

<sup>138</sup> Sulla necessità di assicurare al massimo grado la certezza e la stabilità dei rapporti giuridici, imponendo che i richiamati poteri debbano essere esercitati entro un termine certamente congruo, ma allo stesso tempo certo e non superabile, si v. Cons. Stato, Sez. VI, 28 ottobre 2015 n. 4927.

<sup>139</sup> Sul tema, si rinvia alle riflessioni di P. Lazzara, *Il principio di semplificazione del procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna, F. Saitta, Milano, 2012, 533 ss.

<sup>140</sup> Si v. C. Barbatì, cit., 137 ss. Esempi recenti di riforma razionalizzatrice degli apparati consultivi dell'amministrazione pubblica sono i decreti approvati dal Governo francese nel 2006 e nel 2009, su cui si v.

Sennonché, risulta assai complesso riuscire a inscrivere in una logica di sistema non tanto norme finalizzate a rendere sollecito l'esercizio dell'attività consultiva, contingentandone i tempi, quanto norme che la obliterano del tutto. Per questa via, non sembra che dalla vigente disciplina dell'art. 16, legge 241/1990, traspaia l'intenzione di attribuire particolare valore all'attività consultiva: dal quadro generale normativo sembra evincersi un generale disconoscimento della carica di momento insostituibile di acquisizione di dati e conoscenze utili e talvolta necessari per adottare una decisione di qualità.

Potrebbe dirsi, con una battuta, che nella disciplina vigente il parere è, al più, tollerato.

Ne consegue il sacrificio di quella qualità delle decisioni che ne costituisce la ragione fondante siccome *supra* delineata, essendo il parere istituito finalizzato a fornire valutazioni tecniche e scientifiche utili per emanare una decisione qualitativamente migliore, dunque in grado di meglio realizzare gli interessi pubblici e di meglio compendiare gli interessi (pubblici ma soprattutto) privati coinvolti dall'azione amministrativa. Ciò specialmente qualora venga fatto cadere pure il limite dei c.d. "interessi sensibili" (*è il caso del sopra menzionato art. 17-bis, cit., nella criticata interpretazione offerta dal Consiglio di Stato*).

Si ritiene, allora e in ottica conclusiva, che per realizzare la semplificazione non ci si possa esclusivamente limitare a eliminare momenti istruttori, accorciando la catena decisionale e riducendo lo spazio tra l'inizio del procedimento e l'adozione del provvedimento che lo conclude. Il timore è che, se si concede una riflessione che ha il sapore della provocazione, dopo la formalizzazione dell'irrelevanza dei vizi procedurali (il riferimento è, ovviamente, all'art. 21 *octies*, legge 241/1990), si debba un domani fare i conti con una norma che preveda la non annullabilità di una decisione errata, in quanto adottata senza il prescritto parere, ma tempestiva.

---

J. Morand-Deville, *Vers une démocratie administrative délibérative. Consultation, concertation, participation*, in *Foro amm.-TAR*, 2011, 4179 ss.

*Massimo Occhiena, Nicola Posteraro - Abstract*

*L'attività consultiva della pubblica amministrazione. In particolare, i pareri ex art. 16 della legge 241/1990*

Lo scritto analizza i caratteri principali dell'attività consultiva della pubblica amministrazione, in particolare soffermandosi sull'analisi dei pareri e dei tratti tipici che contraddistinguono tali atti, anche alla luce della disciplina del procedimento consultivo posta dalla legge 241/1990. Al riguardo, il saggio affronta criticamente le conseguenze derivanti dalla spinta semplificatrice degli ultimi anni che, per favorire la rapida adozione delle decisioni amministrative, invece di complessivamente migliorare l'organizzazione amministrativa si è limitata a eliminare momenti istruttori.

*The consultative activity of the public administration. In particular, the opinions of ex art. 16 of Law 241/1990*

The article analyses the main features of the public administration's consultative activity, in particular by focusing on an analysis of the opinions and typical features that distinguish such acts, also in the light of the rules of the consultative procedure laid down by Law 241/1990. In this regard, the essay critically addresses the consequences deriving from the simplification drive of recent years, which, in order to facilitate the rapid adoption of administrative decisions, instead of improving the administrative organisation as a whole, has limited itself to the elimination of preliminary stages.