

*Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento
amministrativo nella riforma della l. 241/90*

Il 26 gennaio 2005 la camera dei Deputati ha definitivamente approvato il d.d.l. n. 3890-B, recante “modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernente norme generali sull’azione amministrativa”. Le notazioni che seguono, originate da una riflessione confluita in una relazione pronunciata nell’Ateneo di Cassino nel giugno di 2003, all’indomani dell’approvazione del progetto da parte del Senato (progetto poi modificato, e non poco significativamente, prima dalla Camera e poi nuovamente dalla I Commissione permanente del Senato), si appuntano sul primo comma del “nuovo” art. 21-*ter* della l. 241/90 e sul secondo comma dell’altrettanto “nuovo” art. 21-*quater*, entrambi inseriti nel pure “nuovo” Capo IV dedicato al regime dell’efficacia e dell’invalidità del provvedimento amministrativo, nonché all’autotutela ed al recesso di diritto comune).

La scelta del Legislatore, di accostare alla disciplina dell’autotutela di “riesame” quella sull’esecutorietà del provvedimento fa propria la partizione di teoria generale proposta da Feliciano Benvenuti che, com’è noto, distingueva tra autotutela decisoria ed autotutela esecutiva, la prima funzionale ad assicurare la validità dell’azione amministrativa – quando appuntata su atti e decisioni – e l’utilità dei rapporti, la seconda strumentale alla concreta attuazione dei precetti. E’ vero che, in tempi ancora relativamente recenti, la correlazione tra sfera dell’autotutela ed attività di esecuzione è stata sottoposta a critica, rilevandosi che, una volta abbandonate le ormai superate teorie che ravvisavano nell’esecuzione amministrativa implicazioni derivanti dal principio di sovranità e dalla presunzione di legittimità dei provvedimenti, non sarebbe più utile né opportuno continuare a professare il predetto collegamento (Falcon): la critica si fonda sull’osservazione che l’attività di esecuzione non si legittimerebbe in ragione dell’esigenza di risoluzione di conflitti tra amministrazione e privati, bensì alla stregua della necessità di garantire il risultato di pubblico interesse “nonostante il conflitto”, o comunque nonostante l’inadempimento del soggetto obbligato a concorrere alla soddisfazione delle pretese coercibili dell’amministrazione.

Peraltro, alla luce della riforma qui all’attenzione, il dubbio sull’ascrizione dell’attività di esecuzione all’ambito dell’autotutela intesa in accezione ampia – ossia come prerogativa dell’amministrazione di farsi giustizia da sé – pare debba risolversi in senso positivo: la *ratio* dell’art. 21-*ter*, secondo cui “*nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l’adempimento degli obblighi nei loro confronti*”, sembra essere quella di fondare legislativamente la legittimazione dell’amministrazione a realizzare materialmente le pretese nascenti dall’attività provvedimentale nel rigoroso ambito delineato dal principio di legalità formale; ed in tal senso, la

disciplina positiva che, come accennato, è stata dettata anche per i poteri di annullamento d'ufficio e di revoca, appare ispirata alla riconduzione della disciplina del provvedimento amministrativo al principio di legalità ed alla negazione – e questo è un risultato di non poco momento sul piano teorico – della esistenza di poteri amministrativi impliciti.

Tanto doverosamente precisato, sul piano della politica del diritto non pare possa sostenersi, come a tutta prima si sarebbe indotti a ritenere, che l'art. 21 *ter* detti una disciplina sostanzialmente inutile, in quanto fondata sull'ormai generalmente condiviso principio della eccezionalità del requisito dell'esecutorietà per i provvedimenti amministrativi.

Gli spunti a disposizione dell'interprete sono molteplici. In primo luogo vi è la constatazione di una sempre crescente insofferenza verso il dogma dell'imperatività, serpeggiante sia nella manualistica che negli studi mirati, che rende attuale la notazione secondo cui l'autotutela esecutiva costituisce un potere autonomo piuttosto che un aspetto, appunto, della c.d. forza imperativa del provvedimento.

In secondo luogo va ricordato il profilo, non ancora sufficientemente approfondito, dei rapporti tra cc.dd. effetti finali del provvedimento, direttamente soddisfatti dell'interesse curato dall'atto, ed effetti strumentali prodotti dall'esecuzione amministrativa: profilo che imporrebbe di verificare scientificamente se l'attività di esecuzione sia caratterizzata dallo svolgimento del medesimo interesse specifico concretizzato dal provvedimento ovvero se essa si fondi e si giustifichi alla stregua di un interesse autonomo: in tal senso, manca ancora in dottrina un approccio che tenga adeguatamente conto dei profili di teoria generale propri dell'attività di esecuzione nel processo, dalla quale potrebbero giungere non secondari contributi e suggestioni.

In terzo luogo, e dato più importante, la riforma sembra idonea a sopire una sensazione di disagio percepibile anche nella dottrina più recente, sempre protesa alla ricerca di una norma generale fondante l'esecuzione amministrativa. Invero, ancora in lavori recenti (penso, ad esempio, allo studio di Nicola Bassi sui poteri amministrativi impliciti), traspare l'esigenza di verificare se la norma attributiva del potere implichi o meno anche il conferimento, accanto alla potestà decisoria, di una "facoltà ulteriore", quale appunto quella che si estrinseca nella coercizione amministrativa; proprio Bassi, in linea con la dottrina dominante, risolve negativamente il problema, ma invocando sempre un principio non scritto, che viene ravvisato nella "regola generale" del divieto, per qualunque soggetto giuridico, della ragion fattasi, desunta ancora – come aveva ritenuto Cammeo, seppure giungendo a risultati opposti – dalla disciplina del codice penale in tema di divieto di farsi giustizia da sé e di necessaria intermediazione, per la realizzazione di qualsivoglia pretesa giuridica, dell'attività del giudice.

Queste osservazioni confermano l'opportunità di una disciplina generale inserita nello statuto del provvedimento amministrativo, anche al fine di accertare se la posizione passiva cui il soggetto tenuto all'adempimento della pretesa soggiace sia espressione di una situazione diversa da quella ravvisabile nella

esposizione agli effetti del provvedimento costitutivo di obblighi: questione che riconduce necessariamente ad una riconsiderazione di teoria generale sulla qualificazione delle varie situazioni soggettive che fronteggiano il potere, problema che la riforma, qui all'esame pare risolvere in termini di netta separazione.

Ancora, e quale ipotesi di discussione, pare utile suggerire una lettura della riforma secondo la più recente acquisizioni della dottrina in tema di amministrazione di risultato. Lo statuto dettato dalla novella pare ancora legato alla nozione formale di legalità, nel senso che l'esigenza di materializzazione del risultato concreto sembra limitarsi, almeno per quel che concerne l'attività di esecuzione, al solo dato formale dell'adempimento dell'obbligo genericamente indicato: manca infatti una regolamentazione organica delle varie fattispecie di esecuzione, eccezion fatta che per il fuggevole richiamo (art. 21 ter, comma 2°) alla disciplina della esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro.

Fa inoltre difetto una regolamentazione delle varie tipologie di obblighi adempiendi e della correlata diversificazione delle varie forme di esecuzione coattiva; in tal senso sarebbe stato utile non limitarsi soltanto a recepire l'orientamento della dottrina affermatosi da Benvenuti in poi sul problema del fondamento del potere di esecuzione, ma guardare comparatisticamente anche all'esperienza delle legislazioni europee, almeno per i cc.dd. ordinamenti a diritto amministrativo. Mi riferisco in particolare alla disciplina tedesca, che contempla una articolata tipologia delle varie fattispecie esecutive, graduando l'azione dell'amministrazione secondo livelli che tengono conto sia della natura, fungibile o meno, dell'obbligo, sia del contenuto dell'obbligo medesimo (una generica previsione sugli obblighi fungibili era contenuta nel d.d.l. approvato dal Senato nel 2003, ma è poi stata eliminata).

Inoltre, la legge tedesca contempla una serie di garanzie anche per il privato esecutato, quale l'obbligo dell'amministrazione di fare riferimento, nell'intimazione, ad un solo e determinato mezzo di esecuzione, laddove il testo licenziato dalla Camera non prevede alcunché (la versione approvata dal Senato dell'art. 21 *bis* si limitava ad imporre che nel provvedimento costitutivo di obblighi fossero indicate, oltre al termine, le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato).

Nell'ottica tipica dell'amministrazione di risultato, l'esigenza di assicurare il conseguimento del bene, o la prestazione del servizio, avrebbe probabilmente richiesto una disciplina più articolata, contemplando ad esempio anche l'ipotesi, teoricamente non peregrina, della sopravvenuta impossibilità di conseguire l'adempimento dell'obbligazione, o comunque di quella specifica obbligazione dedotta nel provvedimento, ed apprestando misure per eventualmente consentire all'amministrazione di assicurare l'utilità divisata anche attraverso forme alternative di collaborazione del privato e, quindi, di eventuale successiva coercizione.

La riforma, quindi, risolve un problema ma ne apre di nuovi. Può ritenersi definitivamente recepito l'abbandono della già recessiva teoria dell'esecutorietà come attributo generale del provvedimento, fondata, com'è noto, sul peculiare concetto di sovranità – che Borsi generalizzava in guisa da ritenere che il

principio di divisione dei poteri fissasse solo limiti esterni al potere – oppure sulla nozione di presunzione di legittimità del provvedimento, che pure andrebbe assoggettata ad autonoma revisione critica, o, ancora, sulla inerenza del potere esecutivo a quello provvedimentale (c.d. principio di pienezza della competenza) o alla imperatività del provvedimento.

Tuttavia, si avverte nel testo una certa carenza di tecnica di codificazione. Si sarebbe ad esempio potuto recuperare la nota elaborazione di Sandulli, fondata sulla distinzione tra obblighi di dare, aventi rispettivamente ad oggetto somme di danaro ovvero beni determinati (anche se in questo caso lo stesso Sandulli ricordava che, più che di obbligo di dare si tratti di un obbligo di sopportare), obblighi di fare, ripartiti rispettivamente in obblighi aventi ad oggetto prestazioni fungibili ed infungibili (questi ultimi risolvendosi nella delicata figura della coazione fisica *in personam*, per nulla considerata dal progetto di riforma), ed obblighi di sopportare, che pure implicano interventi di coazione fisica o *manu militari*.

Il rinvio – necessario – operato dalla riforma alla legislazione positiva non risolve adeguatamente il problema, soprattutto se si concorda sulla necessità di privilegiare il risultato nella moderna accezione del termine. La conseguenza è necessariamente quella di affidare alla giurisprudenza il delicato compito di stabilire i confini di applicazione delle nuove disposizioni, soprattutto con riferimento agli obblighi di carattere fungibile.

Basti pensare al problema della qualificazione del potere di coazione, se cioè di natura vincolata o discrezionale. Contrariamente a quanto ritiene la dottrina (per tutti, Giannini), la giurisprudenza anche recente afferma ad esempio che il potere di autotutela esecutiva di cui all'art. 823 cod. civ. (che esibisce all'interprete certamente la parte più ampia della casistica pretoria) abbia natura vincolata, con la grave conseguenza che l'atto che ne costituisce estrinsecazione non è censurabile per eccesso di potere (Cons. St., IV, n. 5461 del 2001); ovvero (conseguenza immediata dell'affermazione or ora ricordata), che il provvedimento di rilascio adottato sempre ai sensi dell'art. 823 non debba essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, atteso che non si ravviserebbe alcuno spazio utile per un'eventuale cooperazione da parte del privato all'adozione dell'atto in questione (Id.).

Tra l'altro, dalla versione del d.d.l. definitivamente approvata è sparita anche la previsione (di cui al secondo comma del precedente testo dell'art. 21 *bis*) della comunicazione all'interessato dell'avvio dell'esecuzione (previsione peraltro, ed inspiegabilmente, limitata, nella precedente versione, al solo caso degli obblighi fungibili): è facile prevedere, in considerazione del richiamato orientamento della giurisprudenza, che codesto *silentium legis* venga interpretato nel senso che il Legislatore ha inteso escludere ogni forma di partecipazione dell'esecutato al procedimento di formazione del provvedimento di esecuzione coattiva.

A sostegno di tale interpretazione potrebbe rilevarsi che non avrebbe senso parlare di partecipazione dell'interessato alla fase autonoma di realizzazione dell'obbligazione rimasta inadempita; ma a mio avviso l'obiezione non sarebbe convincente: se si ritiene infatti che la previsione espressa del potere di coazione si fonda su

un interesse pubblico in qualche modo autonomo rispetto a quello concretato dal provvedimento costitutivo dell'obbligo, e quindi si tratti di un interesse, per così dire, strumentale alla realizzazione di un obiettivo che può atteggiarsi variamente in relazione alla concretizzazione dell'interesse finale, non si vede ragione per escludere da tale processo logico – che suppone comunque la formazione di una decisione – l'apporto partecipativo dello stesso esecutato: anche in questo caso, l'esperienza del processo civile di esecuzione andrebbe meditata, poiché è proprio in tal sede che il giudice, nell'assumere le proprie determinazioni, si affida ad una serie di valutazioni, anche di opportunità, circa le modalità, i tempi ed i contenuti della realizzazione coattiva della pretesa; e non v'è dubbio che, nel processo, codesta decisione si avvalga dei contributi provenienti dal contraddittorio delle parti.

Ancora alla giurisprudenza sarà affidato il compito di stabilire se l'atto di coazione debba essere – come ritengo – adeguatamente motivato; anche in questo caso l'analisi della casistica non è incoraggiante se, come ad esempio affermato dal Tar Toscana con la sentenza 460 del 1998, il provvedimento che ordina il rilascio di immobile demaniale può essere assunto, oltre che in assenza di contraddittorio con l'interessato, anche senza una “diffusa motivazione”.

Infine, la riforma appare tutta incentrata sulla figura del provvedimento, e quindi sul regime di coazione della produzione degli effetti scaturenti dalla volontà unilaterale dell'amministrazione. Manca quindi una meditazione sul problema – ancora una volta connesso alla nuova concezione dell'agire per risultati – che l'intera azione amministrativa si intende, oggi, funzionalizzata, non nel significato, già da qualche anno riproposto dalla dottrina dominante, che esistano poteri non autoritativi, che pur sempre poteri amministrativi sarebbero – affermazione intrinsecamente contraddittoria per ragioni che non possono qui illustrarsi – ma nel diverso significato che l'attenzione al risultato implica che anche l'azione consensuale dell'amministrazione è condizionata dal vincolo di risultato (più che dal vincolo di scopo di cui parlava Marzuoli nello studio sull'attività di diritto privato dell'amministrazione).

Se così è, forse la riforma avrebbe dovuto considerare il problema della esecuzione coattiva degli obblighi nascenti da contratto. L'affermazione non è peregrina: già dal 1991 Falcone aveva fatto cenno ad un profilo che non mi risulta esser stato ulteriormente studiato, ossia quello che il problema dell'esecutorietà, come problema che concerne i mezzi che l'ordinamento appresta per la realizzazione del risultato di pubblico interesse nonostante l'inerzia di terzi obbligati, si pone anche per le pretese derivanti da atti diversi dal provvedimento, quali appunto il contratto: sicché il legame tra la teoria dell'esecutorietà e la teoria del provvedimento corrisponde ad una tradizione che non implica alcun profilo di necessità o esclusività.

Tuttavia, tale figura non è minimamente esaminata dalla novella: il che imporrebbe di riflettere sulla questione se tale carenza di regolamentazione sia consapevole, e voglia quindi intendere che le pretese da contratto vadano eseguite solo per il

tramite dell'azione giurisdizionale; è vero che non mancano esempi, soprattutto nella materia dei lavori pubblici, in cui la legge attribuisce all'amministrazione poteri di coazione che prescindono dal ricorso al giudice; tuttavia, in presenza di una disciplina generale sull'esecuzione delle sole pretese nascenti da provvedimento, quale sembra essere quella di cui alla riforma in esame (ne sembra conferma l'art. 21 *quater*, secondo cui "i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo"), sarebbe oggi necessario riconsiderare la collocazione sistematica di tali istituti, che configurerebbero una sorta di eccezione alla regola generale o, meglio, andrebbero definitivamente inquadrati fra gli istituti della autotutela privata dell'amministrazione: il che pare coerente anche con il regime di tutela giudiziaria esperibile nei confronti di codesti atti, e segnatamente in punto di individuazione del Giudice munito di giurisdizione, che è da sempre il Giudice ordinario.

Meritevole di particolare attenzione è inoltre la previsione di cui al 2° comma dell'art. 21 *quater*, che introduce per la prima volta la disciplina generale dell'istituto della sospensione, da parte della stessa amministrazione, dell'efficacia o dell'esecuzione del provvedimento. Questa, ci dice la norma, può essere disposta solo "per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario", e dev'essere corredata da un termine esplicitamente indicato, prorogabile, differibile o riducibile per una sola volta per "sopravvenute esigenze".

La norma pare voler risolvere un dubbio sul quale la dottrina non ha mai raggiunto posizioni univoche (una compiuta ricostruzione delle varie posizioni è nella monografia di Fabio Saitta sul potere cautelare dell'amministrazione).

E' con l'art. 7 comma 2° della 241 che la dottrina ha avuto il destro per ulteriori meditazioni: la norma, è noto, fa salva la facoltà dell'amministrazione di adottare provvedimenti cautelari anche prima della comunicazione di avvio del procedimento. Vi è stato chi ha negato recisamente che la norma attribuisca un generale potere sospensivo all'amministrazione, anche in ragione del divieto espresso di aggravare il procedimento e della genericità del dettato normativo, che aprirebbe la porta ad ogni forma di arbitrio da parte dell'amministrazione; altri ha invocato il principio di tipicità per negare l'esistenza di siffatto potere generale.

Qualche spunto favorevole alla ammissibilità della figura è ravvisabile in un saggio di Pototschnig del 1996, ove si osserva che il provvedimento cautelare dell'amministrazione può utilmente anticipare i risultati dell'azione amministrativa che rientrano fra gli obiettivi del procedimento in corso e che, altrimenti, potrebbero non essere raggiunti: ma è evidente che, in questa situazione, si è al di fuori della fattispecie puramente sospensiva degli effetti o dell'esecuzione di un atto già perfetto ed efficace, fattispecie oggetto della previsione normativa in commento.

Giannini, nell'ultima edizione del *Diritto amministrativo*, del 1993, ha riconosciuto l'esistenza di un generale potere di sospensione, che però atterrebbe solo al momento dell'esecuzione dell'atto, non anche alla efficacia di esso; Villata ha escluso che l'art.

7 legittimi un generale potere di sospensione, ritenendo necessario che il fondamento di tale potere vada individuato in specifiche previsioni legislative.

La giurisprudenza favorevole al riconoscimento della sussistenza in capo all'amministrazione di un potere di sospensione ha generalmente fatto anch'essa ricorso all'istituto dell'autotutela, considerando il potere di sospensione un *minus* rispetto al potere generale di revoca. Il Consiglio di Stato, a partire dalla decisione della sez. IV, n. 350 del 1995, afferma che la questione dell'esistenza o meno, nell'ambito dell'autotutela della p.a., di un potere generale di sospensione dei propri atti, variamente risolta in dottrina e in giurisprudenza, troverebbe soluzione proprio nell'art. 7, comma 2.

Non sono mancate tuttavia pronunce contrarie, anche solidamente argomentate. Si è detto ad esempio, anche dopo l'entrata in vigore della legge 241, che nel vigente sistema normativo non c'è alcuna disposizione che consenta la sospensione della concessione edilizia, anche se si volesse fare riferimento al principio dell'autotutela, non potendosi sostenere che lo *jus poenitendi* dell'amministrazione si concretizzi in una misura di portata più limitata (Tar Salerno, n. 145 del 1991).

L'ultimo contributo in tema, come accennato, è quello di Fabio Saitta, favorevole alla tesi che vede nell'art. 7 della l. 241 il fondamento generale del potere di sospensione amministrativa. Prendendo in esame la precedente versione del d.d.l. che stiamo esaminando, Saitta ritiene che la norma oggi confluita nel comma 2° dell'art. 21 *quater* assuma una portata meramente ricognitiva del principio già codificato all'art. 7, e ciò sostiene muovendo dalla nuova concezione della legalità, qualificata alla luce dei principi di efficienza e di adeguatezza (quest'ultimo, si ricorda, elevato al rango di principio costituzionale dal novellato art. 118), nell'ambito della concezione dell'agire per risultati. Questa concezione imporrebbe di ragionare per principi, più che per disposizioni precettive specifiche, coniugando il concetto dell'azione amministrativa con la logica di una gestione aziendalistica: in sostanza, si dovrebbe pensare alla legalità – come da più parti suggerito – in termini comprensivi del valore dell'efficienza; tuttavia, consapevole dei rischi che il “baratto” tra efficienza e legalità implica (l'espressione è del compianto Franco Ledda), Saitta suggerisce di intendere in senso più elastico il concetto di tipicità. Sembra che l'Autore intenda privilegiare una visione dinamica del fenomeno della produzione, associata ad un'idea di amministrazione che agisce per principi, più che per regole puntuali e per precetti specifici precostituiti.

Le conclusioni cui giunge Saitta *de jure condito* sono nel senso che l'art. 7, comma 2 mirerebbe a non compromettere l'efficacia dell'azione amministrativa in conseguenza dei tempi necessari per assicurare il contraddittorio procedimentale, e questo potrebbe talvolta ridondare anche a vantaggio del cittadino (come nel caso in cui questi, soggetto ad esproprio, proponga di dislocare l'opera su un'altra area, e, al fine di valutare la proposta, l'amministrazione sospenda l'esecuzione del decreto ablativo). Infine, Saitta auspica anche per la sospensione amministrativa il regime di indennizzabilità che, come è stato visto, dovrebbe caratterizzare il novello istituto positivo della revoca.

Si tratta allora di capire se il Legislatore abbia introdotto un istituto nuovo di zecca, ovvero una disposizione ricognitiva di un precetto già presente nell'ordinamento, quanto meno dal 1990.

La chiave di soluzione sta a mio avviso nel principio di legalità, o meglio nel ruolo che si deve attribuire a codesto principio in relazione al principio di efficienza, e quindi di buon risultato.

Appare condivisibile l'opinione secondo cui l'emergere delle varie forme di amministrazione per risultati nell'ambito delle scienze giuridiche vada associata ad un'idea di "predilezione" del Legislatore per il criterio dell'efficienza, da affiancare, e non da sostituire, al principio di legalità. Matrice di questo processo innovativo sembra essere l'adozione via via più frequente di tecniche di amministrazione sempre più simili a quelle proprie delle aziende private, sì che oggetto di verifica non è più solo l'atto amministrativo in sé considerato, ma la gestione complessivamente intesa.

La difficoltà, semmai, consiste nell'estendere al campo del diritto concetti propri delle scienze aziendalistiche che, soprattutto nel campo della programmazione strategica e del controllo sulla gestione, si ispirano a criteri e parametri obbiettivi che solo casualmente possono interagire con la tradizionale nozione del vincolo di scopo che presiede alla nozione di amministrazione in senso formale.

La stessa idea, sempre più diffusa, della funzionalizzazione dell'interesse del privato all'interesse pubblico può a mio avviso giustificarsi solo se quest'ultimo viene qualificato non più solo alla stregua dell'enunciato normativo, sibbene alla luce dei principi di adeguatezza, efficacia ed economicità: solo in tal modo, infatti, può apparire razionale la soluzione di pensare ad un concorso attivo della sfera particolare degli amministrati alla formazione delle decisioni, di programmazione e particolari, attraverso le quali l'amministrazione dei nostri tempi gestisce l'utile collettivo, nel quale concretamente può riconoscersi – e non solo in via mediata e riflessa – anche l'interesse materiale del cittadino; il tutto, beninteso, a condizione che codesta concezione non si traduca in una recessione del principio di legalità formale, che alla logica del risultato fa comunque da contraltare, e la cui a volte eccessivamente enfatizzata "crisi" non può in nessun caso giustificare franchigie dall'osservanza delle regole codificate, limite e garanzia delle fondamentali istanze di libertà del cittadino e di democraticità del sistema.

Se si condivide questa impostazione, che solo descrittivamente potrebbe definirsi di compromesso, ne consegue che pensare ad una norma, quale l'art. 7 della 241, che fa salvi i poteri cautelari dell'amministrazione nelle more della instaurazione del contraddittorio procedimentale, come disposizione fondante il potere di sospensione amministrativa, anche nella logica dell'agire per risultati, o per principi generali, appare una indubbia forzatura.

Senza scendere nello scivoloso terreno dei principi generali del diritto e dell'ordinamento, è sufficiente osservare che il risultato, per giustificare moduli di azione amministrativa congrua ed adeguata, deve comunque essere predefinito: deve cioè essere l'oggetto di una programmazione meditata e svolta al lume della applicazione di criteri, anche extragiuridici, idonei a fondare il

concetto di strategia, essenziale nella nuova concezione del comportamento amministrativo.

Questo modo di agire appare del tutto estraneo all'assai più limitato ambito governato, tutt'al contrario, dalla logica della immediatezza e del salvataggio di situazioni transeunti che è proprio del potere cautelare strumentale, ed a maggior ragione del potere sospensivo.

In una parola, la predeterminazione della decisione (si veda lo studio di Aristide Police del 1997) come criterio immancabile della assunzione della decisione, per così dire, "giusta", non pare potersi conciliare con l'esigenza cautelare: questa, quindi, è estranea alla logica dell'amministrazione di risultati e si colloca necessariamente nel territorio delle eccezioni; è per questo che non può ritenersi che la norma sulla partecipazione legittimi un potere generale di sospensione, non solo, su un piano formale, perché l'art. 7 non parla di sospensione, ma anche perché, in termini sostanziali, non è possibile invocare la logica del risultato per includere in tale fattispecie uno strumento che presuppone necessariamente un'attività di programmazione meditata, ponderata e, si direbbe, aziendalisticamente sottoposta al vaglio di strategie di medio o lungo periodo (non certo di breve o brevissimo periodo, come viceversa la logica della cautela sospensiva pare suggerire).

Per tale ragione, che dovrebbe essere sviluppata assai più profondamente, non mi pare possibile condividere la tesi secondo cui l'art. 7, comma 2 della l. 241 rappresenti il fondamento del potere cautelare, e segnatamente sospensivo, dell'amministrazione; sicché mi sembra doversi ritenere che, per la prima volta nell'ordinamento giuridico italiano all'amministrazione è stato attribuito il potere di sospendere l'efficacia o l'esecuzione di un provvedimento amministrativo.

Ciò premesso, si intravedono problemi assai gravi. La disciplina della sospensione, infatti, non costituisce – come è stato fatto notare al promotore della riforma nell'assise dei professori amministrativisti – la codificazione di una giurisprudenza consolidata, che non solo non è tale, ma è viceversa controversa, tentennante e settorializzata; inoltre, manca una adeguata ed opportuna elencazione dei presupposti in presenza dei quali l'amministrazione possa esercitare il potere sospensivo. Le "gravi ragioni" di cui parla il comma secondo dell'art. 21 *quater* replicano il linguaggio utilizzato dal legislatore crispino in tema di azione cautelare giurisdizionale; e, se all'epoca il precetto poteva apparire soddisfacente in quanto l'applicazione di essa era demandata ad un giudice, non pare che l'esigenza di tipicità del contenuto dell'azione amministrativa possa ritenersi appagata da tanto generica ed ondivaga previsione.

Né potrebbe replicarsi che sarà la giurisprudenza a delineare il contenuto di codeste ragioni, non solo in considerazione della immanente ritrosia del giudice verso il sindacato diretto sulla qualificazione dei fatti sottesi alla valutazione cautelare, ma anche perché parrebbe quanto meno di dubbia legittimità costituzionale che sia il giudice a stabilire i limiti entro i quali un potere atipico debba divenire, viceversa, tipico.

La norma è pericolosissima, e, nella formulazione attuale, foriera dei più nefandi arbitri da parte dell'amministrazione: basti pensare alle implicazioni che la politica e le spinte sociali potrebbero indurre sull'azionamento di questa tanto lata leva di potere, in tutti i settori dell'azione amministrativa produttrice di effetti accrescitivi di *status*; ed alla carenza di una effettiva tutela giurisdizionale, anche cautelare.

Non si capisce perché, ad esempio, dalla attuale formulazione sia stato eliminato il limite del termine massimo della sospensione, che la prima versione del progetto fissava in sei mesi; ora, la fissazione ineludibile del termine è rimessa alla discrezionalità pura dell'amministrazione, con tutto quel che ne consegue in termini di sindacabilità di tale potere in termini – difficilmente individuabili – di proporzionalità: è facile immaginare quanto ampio potrà essere il contenzioso che si instaurerà sulla quantificazione dei tempi della sospensione.

Un notevole problema è posto inoltre dal coordinamento della norma in esame con il capo della l. 241 sulla partecipazione: è agevole immaginare che ove la potestà atipica di sospensione sia ricondotta dalla giurisprudenza all'altrettanto atipico novero dei poteri cautelari dell'amministrazione, si giunga facilmente ad escludere l'applicabilità del regime di cui agli artt. da 7 a 10 della legge. Il che non pare confacente alla stessa logica dell'azione per risultati congrui ed adeguati, posto che il mancato contraddittorio sull'opportunità di azionare il potere cautelare genera la mancata valutazione di apporti conoscitivi idonei a condizionare l'assunzione di quella che potremo definire la decisione di "merito" nell'ambito del problema amministrativo.

Anche in questo caso, un'indicazione normativa sulla tempistica dell'azione cautelare in relazione all'obiettivo concreto da realizzare con l'azione sospensiva sarebbe apparsa opportuna al fine di coordinare la disciplina generale sulla partecipazione con quella specifica, e derogatoria, dell'azione amministrativa d'urgenza.

Solo per esemplificare, se la sospensione viene stabilita per un periodo apprezzabilmente lungo, ciò denoterebbe che l'esigenza della immediatezza cautelare non è così urgente; sicchè, in questo caso, non parrebbe ammissibile escludere la partecipazione dell'interessato dalla formazione del provvedimento sospensivo.

Ma tutto questo la riforma non dice.