



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO
AMMINISTRATIVO
CICLO XXIV**

**Pubblica amministrazione e “nuove
certezze”:
prime osservazioni.**

**DOTTORANDO:
LETTERIO DONATO**

**TUTOR:
CHIAR.MO PROF. ANTONIO ROMANO TASSONE**

**COORDINATORE:
CHIAR.MO PROF. IGNAZIO MARIA MARINO**

ANNO ACCADEMICO 2010 – 2011

INDICE

CAPITOLO I

Gli strumenti di produzione di certezza: linee evolutive.	4
1. Breve premessa sulla produzione di certezza.	4
2. Osservazioni in ordine all'utilità prodotta dagli strumenti di certezza.	9
3. Evoluzione degli strumenti idonei a produrre certezza. Modifica di alcuni tratti essenziali.	13
4. Nuove prospettive del principio di certezza del diritto e ripercussioni sui meccanismi di produzione di certezza.	17

CAPITOLO II

Strumenti di produzione di certezza e <i>social impact</i>.	26
1. Ricognizione delle principali teorie che nella prima metà del XX sec. si sono occupate degli atti di certezza: la teoria dell'atto dichiarativo.	26
2. La ricostruzione di Giannini e la centralità dell'accertamento.	35
3. Critiche alla classificazione tradizionale degli strumenti di certezza.	41
4. Nuove prospettive della certezza pubblica: la bipartizione tra certezza affidamento e certezza stabilità.	44

5. Certezza affidamento e certezza stabilità: il piano giuridico strutturale. Prime note.	48
--------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

CAPITOLO III

Un esempio di “certezza affidamento”: le “autocertificazioni”	51
1. Le dichiarazioni sostitutive tra semplificazione e certezza.	51
2. Dichiarazioni sostitutive di certificato, dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, il problema dei limiti impliciti.	59
3. Il controllo: doverosità.	70
4. Controllo modalità di effettuazione - in particolare il problema del tempo.	73
5. Il controllo con esito negativo e la sanzione di cui all’ art.75 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445.	84
6. L’annullamento doveroso, profili problematici ed evoluzione del sistema.	100
7. Riflessioni conclusive.	115
BIBLIOGRAFIA	129

CAPITOLO I

Gli strumenti di produzione di certezza: linee evolutive

1. Brevi premesse sulla produzione di certezza

Il problema della “verità” ha a lungo impegnato i campi più alti delle scienze sociali¹.

Anche il diritto, con rigore logico, ha affrontato il tema della “verità”, pur dovendosi confrontare con una realtà che non poteva sempre garantire la rispondenza tra il prodotto ottenuto attraverso meccanismi giuridici e la “verità” riscontrabile nella realtà materiale.

Gli strumenti elaborati a questo scopo dall’ordinamento trovano, infatti, il loro più grande limite proprio nel confronto tra il prodotto ottenuto attraverso meccanismi giuridici e la realtà ontologica delle cose; è d’altra parte innegabile che la rappresentazione che l’ordinamento giuridico dà di ciò di cui è o viene a conoscenza, si realizza sempre attraverso una esternazione, che rende incerta per natura la realtà rappresentata².

In ragione di quanto detto, in tutti gli studi che si sono occupati di certezza, emerge la consapevolezza che questa

¹ Il problema della verità per le scienze naturali è stato in parte superato con l’affermarsi del metodo scientifico galileiano, il quale consente di approdare a risultati oggettivamente certi in quanto verificabili. Il problema della verità per le scienze naturali, dunque, si concretizza oggi nella ricerca di metodi di verifica comuni, così da uniformare la realtà conosciuta.

² Non è il fatto ad essere oggetto di comunicazione ma sempre e solo la conoscenza acquisita dal soggetto; la comunicazione all’esterno del fatto avviene attraverso la rappresentazione, quest’ultima appunto può essere inesatta o imprecisa.

sia sempre una presunzione³ e ciò in ragione della inevitabile separazione tra rappresentazione esteriore, e ciò che è la realtà naturale⁴.

Gli studiosi, dunque, hanno sostituito al concetto di verità⁵ quello di presunzione di certezza; quest'ultima ottenuta per mezzo di atti e procedimenti giuridici.

Anche se certezza e verità restano comunque in relazione tra loro attraverso il termine della conoscenza: i due concetti, pertanto, non si pongono in contrasto, ma piuttosto il secondo discende dal significato oggettivo del primo⁶.

In questo senso appare opportuno rimarcare che le certezze prodotte dall'ordinamento altro non sono che il frutto di

³ M.S. GIANNINI, *Certezza Pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1959, 769 ss., ora Idem in *Scritti di Massimo Severo Giannini*, Milano, 2004, IV, 601 "di fronte alla realtà che troppo spesso smentiva tante verità, e di fronte all'avvertenza di tanti filosofi che ponevano in dubbio la possibilità di raggiungere la verità nelle cose terrene, o di qualificare questi casi come verità, la scienza trovò una linea di ripiegamento nelle presunzioni o finzioni di verità".

⁴ Tutti i mezzi che permettono all'essere umano di esternare un dato conosciuto subiscono due differenti mediazioni che lo "inquinano": una prima mediazione è data dalla percezione che l'uomo ha di un determinato dato, che può variare in ragione del suo bagaglio conoscitivo o di esperienza. Una volta immagazzinato il dato si ha un ulteriore passaggio, forse il più delicato, che è quello della esternazione di quanto si è recepito, questo avviene sempre attraverso strumenti convenzionali che per loro natura tendono a massimizzare ed uniformare il dato a qualcosa di già conosciuto, così che tutto possa essere di immediata comprensione. Entrambi i passaggi prospettano una separazione tra quella che è la realtà ontologica del dato rappresentato e la sua rappresentazione.

⁵ Dalla verità deve essere altresì distinta la verosimiglianza, infatti, il verosimile non è un surrogato del vero, ma piuttosto una rappresentazione di ciò che non "è dissimile da ciò che è noto", Così S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, 1961. l'autore mette in luce come la verosimiglianza scenti dunque due passaggi soggettivi: uno attinente alla considerazione di ciò che è noto ed uno che attiene alla percezione del singolo il quale deve ritenere che ciò che conosce non è dissimile da ciò che è noto.

⁶ S.PUGLIATTI, *op. ult. cit.*

una verità storica che, come tale, non nasce da “una facoltà speciale dello spirito umano, ma da un uso particolare dell’intelligenza e della ragione”⁷.

Attraverso gli strumenti di certezza l’ordinamento pone dei “punti di non ritorno” che permettono di cristallizzare come certa una determinata situazione giuridica, che diviene immutabile, salvo che per mezzo di un altro strumento giuridico.

Autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare, in proposito, che con l’atto che produce certezza “non si vuole fornire il vero, ma un’entità che sia quanto più probabilmente vera possibile[...]scopo dell’atto di certezza non è quello di fondare una verità, ma di fornire un’utilità che possa essere accettata in quanto plausibile, che sia rispondente a verità”⁸.

Questa diviene, dunque, non sinonimo di realtà effettiva delle situazioni rappresentate, ma presunzione o finzione di realtà ⁹; servendosi dello strumento della presunzioni, l’ordinamento crea dunque certezza, che diviene ad un tempo strumento e bene per i consociati.

La certezza coincide, dunque, con la funzione essenziale del diritto, tanto che, se quest’ultimo non dovesse essere idoneo al perseguimento della stessa verrebbe meno la sua ragion d’essere.

In definitiva, si può osservare che il diritto, in quanto scienza razionale, rinuncia alla ricerca della “verità assoluta” ed appunta la sua attenzione sulla utilità che le

⁷S. PUGLIATTI, *op.ult. cit.*

⁸ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 602.

⁹ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 601.

certezze hanno per il mondo giuridico, quale momento di sintesi riscontrabile all'interno dell'eterogeneità degli atti e dei procedimenti di cui si serve l'ordinamento.

E' del resto noto che il diritto quale scienza pratica, se non avesse un'utilità, si dissolverebbe in se stesso¹⁰.

Per tale ragione, l'ordinamento elabora una serie di strumenti che comprimono la giustizia e la verità ontologica, sacrificandola sull'altare del fine principale perseguito dal diritto: i termini in paragone non sono dunque quelli di verità e certezza, ma più opportunamente di diritto e verità, ed a prevalere, non può che essere il primo¹¹.

La nascita degli stati nazionali, e la conseguente affermazione dei pubblici poteri, ha condotto alla istituzione di uffici deputati al conferimento della certezza a persone, rapporti e cose¹².

Ogni ordinamento, dunque, si è dotato di "mezzi" che fossero in grado di "trasportare" informazioni "certe" alla conoscenza di tutti coloro i quali se ne dovevano servire: strumenti, volti a ridurre il margine di dubbio o di conflitto.

¹⁰ Sul punto l'autore richiama N.BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in *Rivista di filosofia*, 1962, 14 ss. per cui il diritto o è certo o non è.

¹¹ M. CORSALE, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in *La certezza del diritto* di F. Lopez de Oñate, Giuffrè, Milano, 1968, 285 ss..

¹² La funzione più propriamente amministrativa di produzione di certezza si emancipa da quella originaria giudiziale pienamente nel XIX sec. quando le funzioni di certificazione assurgono a "diritto assoluto di sovranità" statale. Secondo P.LABAND, *Le droit public de l'Empire Allemand*, Giard & Briere, Paris, III, 1902, 292 (*Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tubingen, 1878) la determinazione dei pesi e delle misure è l'esercizio di un diritto assoluto di sovranità, al pari della funzione monetaria.

Non sorprende, dunque, l'affermazione per cui: "ciò che noi chiamiamo certezze sono forse incertezze ad un grado minore"¹³.

Se il presupposto è questo, allora non può che essere l'ordinamento attraverso garanzie procedurali (spesso puramente burocratiche), a garantire la certezza dell'informazione.

Per la produzione di quest'ultima il soggetto pubblico si è sempre servito di sistemi di esternazione della realtà particolarmente articolati, ricchi di formalismi, ed a cui corrispondevano sanzioni severe, in grado di offrire al destinatario ampie garanzie sulla provenienza dell'atto.

Nella stessa ottica vanno lette le limitazioni che conferiscono solo ad alcuni uffici la capacità di fornire certezze legali; ed allo stesso tempo riservano solo ad alcune categorie professionali la possibilità di garantire determinate informazioni. Si registra, dunque, almeno in principio, un accentramento nella produzione di certezza, quale unico sistema volto a dotare le informazioni partecipate dei caratteri della riconoscibilità ed uniformità.

Tali due caratteristiche rappresentano elementi dai quali l'atto produttivo di certezza, ora come allora, non può prescindere: su queste si fonda, infatti, l'essenza divulgativa della realtà giuridica, e dunque il momento fondante della sua utilità.

¹³G. ARENA, *Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa*, in AA.VV. *La documentazione amministrativa*, Rimini, Maggioli Editore, 2001, 14.

2. Osservazioni in ordine all'utilità prodotta degli strumenti di certezza.

Si è già detto di come gli strumenti di certezza trovino la loro sintesi rispetto all'utilità prodotta dall'atto; è dunque su quest'ultima che si intende fare brevemente cenno.

In proposito, devono distinguersi due differenti ambiti di rilevanza: giuridico e sociale¹⁴.

Sotto il profilo strettamente giuridico, l'ordinamento predispone gli strumenti di certezza ed attribuisce ad essi una forza conformativa della realtà sottostante¹⁵; questa forza, promanazione diretta del potere sovrano, fa sì che i soggetti siano vincolati a tenere per buone le informazioni contenute nell'atto¹⁶.

Gli atti di certezza, come è stato osservato in dottrina, determinano una limitazione nella libertà dei consociati; come tali, non possono che essere prodotti in ragione della

¹⁴ A nostro avviso la distinzione tra rilevanza giuridica e rilevanza sociale della certezza trae spunto, e per certi aspetti è, la proiezione del contrasto tra conoscenza oggettiva che attiene generalmente ai valori giuridici - i quali esistono ed operano indipendentemente dalle sue rappresentazioni - ed il "fatto di conoscenza" indispensabile affinché si possa realizzare il valore giudico che l'ordinamento configura oggettivamente.

¹⁵ Negli atti che producono certezza la cura specifica dell'interesse pubblico sta nell'imposizione di certezze pubbliche come rappresentazioni necessarie, M.S. GIANNINI, *Atto Amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, IV, 1959, 190.

¹⁶ M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 604: "l'assoggettamento di tutti o di determinati soggetti alle certezze legali, investe la produzione, ma soprattutto la circolazione delle certezze: abbiamo qui delle certezze create sì da poter circolare in modo uniformemente vincolante nel tempo e nello spazio, il massimo che l'opera dell'uomo possa conseguire, e sotto certi aspetti un evento ancor più imponente della verità".

E' stato in vero osservato da autorevole dottrina che il cittadino si sottopone spontaneamente a tale forza purché in cambio riceva il bene a cui la forza tende, poiché "la certezza del diritto si traduce in certezza dell'azione ed in possibilità dell'azione" F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, 52.

sovranità dello stato e come diretta conseguenza dell'esercizio del potere pubblico, il quale ha la sua legittimazione nella legge¹⁷.

Pur seguendo procedimenti diversi, aventi un differente grado di approfondimento alcuni strumenti di cui si serve l'ordinamento sono, dunque, idonei a creare certezza pubblica, perché dotati di tale forza conformativa¹⁸.

Infatti, essi comportano sempre una presunzione di verità; chi li riceve, non solo deve presumere che questi siano rappresentativi del vero, ma è obbligato ad accettarne il contenuto come tale, salvo che non li contesti attraverso procedimenti appositamente predisposti.

Appare illuminante l'affermazione per cui: "gli atti di certezza compongono un mondo artificiale la cui incisività supera però quella del mondo reale, perché il rapporto con quest'ultimo molto spesso non esiste più, è totalmente mediato dal mondo artificiale e dalle certezze giuridiche, pubbliche e private"¹⁹.

La certezza sotto tale profilo si sostanzia nella forza conformativa dell'atto²⁰.

¹⁷ M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 604

¹⁸ M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., loc. cit.. Per l'autore le certezze legali non possono essere spiegate se non per l'esistenza di un potere sovrano che ne imponga a tutti i consociati l'accettazione; gli atti idonei alla creazione di certezza devono essere percepiti come tali dal cittadino e durevoli.

La capacità di conformare la realtà da parte delle certezze legali è tanto forte da incidere "profondamente nelle stesse libertà costituzionali e nell'autonomia privata, in quanto fanno circolare una realtà legale che prescinde dalla realtà effettiva" [...] "per queste certezze il dubbio come tale non è rilevante".

¹⁹ G. ARENA, *op. cit.*, 28

²⁰ M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 602. "Le certezze pubbliche sono dunque il contenuto di un atto che ha particolare autorevolezza perché

Sotto il profilo sociale la certezza deve considerarsi, invece, come uno stato d'animo soggettivo²¹, e per ciò stesso deve, ancora una volta, tenersi distinta dalla verità ontologica.

La rilevanza sociale della certezza, può tradursi in termini giuridici nei concetti dell' affidamento ²² e della ragionevolezza²³.

E' l'affidamento prestato dal soggetto nell'atto che determina lo stato d'animo di cui si è detto, ed è la ragionevolezza, invece, il parametro generale per

promanante da pubblica autorità, e che è il risultato di un acclamamento in senso materiale.”

²¹ F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950, 116, ed ancora A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003, 383. “L'elemento psicologico e giuridico comune, rinvenibile cioè in tutte le forme di certezza pubblica esaminate, è quello della sicurezza che viene a crearsi intorno ai fatti o alle qualità”.

²² L'affidamento quale condizione soggettiva dei consociati è connessa alla consapevolezza che ha il soggetto agente nel mondo giuridico che ad un atto posto in essere dal potere pubblico corrisponda una cristallizzazione della realtà.

Questa consapevolezza è generata dalla principio generale di non contraddizione da parte dell'amministrazione rispetto ad un proprio precedente atto senza che intervenga una ragione modificativa.

Nel campo delle certezze pubbliche i consociati sono indotti a credere nelle attestazioni fornite dalla pubblica amministrazione ed a riporre in queste affidamento, perché consapevoli che sia questa a doverle esternare ma solo a seguito di una apprensione diretta del dato.

In altre parole con l'emanazione di un atto avente forza conformativa l'ordinamento si impegna dinnanzi ai consociati che in quell'atto sia riportata la realtà delle cose, così come percepita da un accertamento pubblico.

Sull'affidamento del privato nei confronti degli atti in grado di produrre certezza si veda anche A. FIORITTO, *op. cit.*, 402 ss.

²³ Sono in realtà evidenti la difficoltà di concretizzare il concetto di ragionevolezza questo infatti, “impone di indagare sul rapporto tra “ragione” e “diritto” cioè sui nessi di “due termini che già di per sé offrono appigli estremamente vaghi.” C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*, Padova, 1973, III, 638.

considerare la bontà dello strumento rispetto all'utilità che intende conseguire²⁴.

Quest'ultima, in particolare ci permette di capire quanto un determinato dato può essere considerato certo²⁵; il concetto, caro alla cristianità moderna e definito della "centralità del testimone", si estrinseca nella ragionevolezza di affidarsi ad una determinata esternazione.

Al fine di evitare che l'espressione "ragionevolezza" si riduca ad una mera "formula verbale, denominazione riassuntiva di tecniche e criteri valutativi assai diversi"²⁶, o ad una "nozione impalpabile e sfuggente"²⁷, giova materializzare "l'incerto ed imprevedibile"²⁸ criterio in esame.

I dati sui quali è possibile fondare la ragionevolezza sono essenzialmente due: il primo è la conoscibilità della fonte, da intendersi come la possibilità che ha una fonte di conoscere come vero e diretto un determinato dato; il

²⁴ "E' solo attraverso il ricorso alla ragionevolezza che il guscio vuoto rappresentato dalla prescrizione legislativa viene volta a volta riempito di contenuti normativi, che variano in relazione al possibile evolversi dei contesti umani ed in funzione della varietà della fattispecie" L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 31.

²⁵ Secondo una lettura maggiormente vicina al diritto amministrativo la ragionevolezza è intesa come la rispondenza ad un canone di "misura comunemente riconosciuto normale, conforme ad uno standard dalla generalità reputato secondo ragione" adeguato; "il giudizio di ragionevolezza implica appunto l'applicazione non di norme, ma di standard di valutazione, di criteri di misura di comportamenti e situazioni in termini di normalità". G. SALA, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge n. 241/1990: un'ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 225 e 208-209.

²⁶ L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Agg. I, 1997, 901 ss.

²⁷ A. RUGGERI, "Il diritto ragionevole" e la teoria della Costituzione, in AA.VV. *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto* (Atti del seminario di Palermo, 11 febbraio 2002), a cura di Pajno S. e Verde G., Torino, 2004, 339.

²⁸ L. D'ANDREA, *op. cit.*, 12

secondo è rappresentato dalla credibilità della fonte stessa: essa è tanto più credibile, quanto minore è l'interesse che nutre nei confronti del dato fornito.

Appare opportuno sottolineare che i due parametri di riferimento appena richiamati altro non sono che il frutto dell'emersione degli interessi contrapposti evidentemente posti in bilanciamento ed equilibrio²⁹.

Và altresì, sottolineato come questi condizionino inevitabilmente anche l'aspetto della rilevanza giuridica della certezza.

L'effetto preclusivo generale è, infatti, attribuito alle sole certezze legali, poiché queste, venendo in essere solo dopo un accertamento compiuto dall'amministrazione, garantiscono tanto una conoscenza diretta del contenuto dell'atto, tanto l'imparzialità nella sua esternazione³⁰.

3. Evoluzione degli strumenti idonei a produrre certezza. Modifica di alcuni tratti essenziali.

Prima di proseguire nello studio, appare ora indispensabile attenzionare in che modo i procedimenti volti alla produzione di certezza ed il principio stesso di certezza del diritto si siano evoluti nella società post-moderna.

In particolare, quanto ai primi, si intende richiamare l'attenzione sui significativi mutamenti che hanno

²⁹ Il criterio di ragionevolezza tenta di attendere al "bilanciamento di istanze assiologiche quotidianamente effettuate dal potere pubblico e le peculiari esigenze recate dai casi, dalla situazione degli interessi su cui l'atto pubblico è destinato ad incidere". L. D'ANDREA, *op. cit.*, 47.

³⁰ L'ordinamento pubblicistico è quello che ha maggiore possibilità di conoscere direttamente un determinato dato, quindi è l'interlocutore più credibile ed allo stesso tempo più affidabile.

interessato la produzione di certezza pubblica nell'ordinamento contemporaneo e soprattutto su come detti cambiamenti hanno mutato e diversificato alcuni tratti fondamentali e caratteristici degli atti produttivi di certezza al fine di soddisfare l'utilità di cui gli stessi si fanno portatori.

Il primo dato oggettivo che merita attenzione è senz'altro rappresentato dal notevole aumento degli strumenti attraverso cui l'amministrazione produce certezza, tanto che deve essere sottolineato che è ormai desueto (per non dire scorretto) parlare di certezza al singolare.

Il legislatore ha, infatti, elaborato a tal fine più strumenti che sono conformati sulla scorta delle reali esigenze del cittadino, ognuno dei quali è caratterizzato da un grado diverso di approfondimento della conoscenza dell'ufficio³¹.

L'eterogeneità di tali atti è posta alla base della affermazione per cui: "non vi è la certezza in assoluto, ma vi sono gradi più o meno alti di certezza [...] non di certezza bisogna

³¹ Secondo autorevole dottrina si distinguono, atti di scienza ed atti di conoscenza, i primi hanno il loro momento fondamentale nell'accertamento, i secondi invece si sostanziano nella dichiarazione.

In ordine al procedimento seguito per la creazione della certezza è possibile distinguere tra acclaramenti, accertamenti, e certazioni.

L'acclaramento concerne dati attuali del mondo giuridico; negli accertamenti vi è un acquisizione di dati fattuali però subordinata alla attribuzione di una qualità, ma non alla costituzione di questa in capo al soggetto - cosa che invece accade per le certazioni - queste ultime attribuiscono una qualità giuridica creata sulla scorta del riscontro fattuale della realtà sottostante.

Infine, si distinguono ancora le certezze legali dalle certezze notiziali: le certezze legali possono attenersi tanto a fatti quanto a rapporti, e producono un obbligo nella generalità dei consociati di assumere la notizia come certa. M.S. GIANNINI, *op. ult. cit., loc. cit.*

Sulla eterogeneità degli strumenti di certezza si veda tra gli altri A. FIORITTO, *op.cit.*, 89 ss.

parlare, ma di certezze al plurale, tante quanti sono gli atti di certezza pubblici e privati”³².

L’aumento degli strumenti di produzione, e con esso della eterogeneità della categoria degli atti di certezza, va senz’altro letta alla luce dell’aumento della complessità sociale e delle esigenze di carattere economico che sono in grado di incidere fortemente su questa particolare attività dell’amministrazione conducendola verso l’uso di strumenti maggiormente idonei ad interpretare e tradurre le esigenze pratiche che di volta in volta l’ordinamento è chiamato a soddisfare.

Tali circostanze fattuali possono essere così assunte a base di un’ulteriore notazione, che attiene all’intima trasformazione di alcuni caratteri essenziali dell’atto di certezza.

Essa, infatti, è in grado di incidere rendendola sempre più sfumata sulla distinzione tra “atto” amministrativo produttivo di certezza e “certezza”³³.

La eterogeneità dei procedimenti e degli atti determina, infatti, l’aumento dell’interazione dello strumento procedimentale sul risultato finale: la capacità dell’atto di incidere sulla certezza, comporta, dunque, che esso stesso divenga certezza, tanto sul piano della dinamica giuridica che su quello della rilevanza sociale³⁴.

³²G. ARENA, *op. cit.*, 20. L’autore sostiene l’esistenza di una sorta di economia della certezza, che induce a esigere in determinate circostanze un grado di certezza maggiore ed in altre porta a “accontentarsi” di un livello inferiore.

³³A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 873.

³⁴A. FIORITTO, *op. cit.*, 383. “Risulta evidente che le attività di certezza pubblica influenzino quotidianamente l’attività delle persone”, l’autore

Quando aumenta la complessità spesso accade che l'essenza divenga l'informazione contenuta nell'atto in quanto è quello e non un altro³⁵.

Infatti, lo strumento è predisposto affinché il soggetto si senta sicuro di una determinata situazione e raggiunto lo scopo questo diventa esso stesso "sostanza" intangibile.

Accanto a tale processo di accrescimento del rilievo dell'aspetto comunicativo parallelamente si muove la crisi della definitività degli atti di certezza, infatti, in un sistema complesso e per sua natura mutevole, la non definitività da elemento deteriore diviene valore aggiunto³⁶.

osserva ancora come "All'aumento della complessità sociale e giuridica sia corrisposto un aumento delle forme di certezza".

³⁵ G. DEL RE, *Introduzione alla complessità*, in AA. VV. *Caos ordine e complessità*, I quaderni dell'IPE - quaderno n. 6, Napoli, 1994, 17 ss. si veda altresì F.T. ARECCHI, *La complessità nella scienza*, in *idem*, 41 ss. Del Re, nel suo scritto confuta la tesi esposta da K. R. Popper per cui l'essenza non esiste poiché nulla muta nel tempo, sostenendo che in un sistema come il nostro, che gradua la forza conformativa dell'informazione in base allo strumento in cui questa è contenuta, all'aumentare degli strumenti in cui è possibile contenere un'informazione, finisce per avere maggiore rilevanza lo strumento che si utilizza più che l'informazione in se.

Più in generale appare opportuno osservare che quando aumenta la complessità di un sistema aumenta proporzionalmente la probabilità che venga aggiunto un *quid novi* in tutti i processi di rilevazione-scrittura dell'informazione su quel sistema stesso. Ad ogni passaggio attraverso le procedure si ha dunque, una certa probabilità di commettere un errore, più le procedure sono complesse, più questa probabilità è fisiologicamente alta. Ogni errore introduce nuova informazione. Se le procedure sono abbastanza complesse, è facile capire come si corra il rischio che l'informazione aggiunta da queste risulti più significativa rispetto all'informazione di base, che era quella per cui l'ordinamento mostrava interesse.

³⁶ C. LAU, *Dissenso e incertezza nella società degli individui*, in *La società degli individui*, n. 9, anno III, 2000, 42. L'affermazione dell'autore sembra essere particolarmente calzante rispetto a quella che è l'evoluzione degli strumenti di certezza in cui sempre maggiore rilievo acquisisce il momento dichiarativo a scapito dell'attività accertativa propriamente pubblica. In tal senso è comprensibile la perdita della caratteristica della definitività che è vista quale ostacolo all'utilizzo di

4. Nuove prospettive del principio di certezza del diritto e ripercussioni sui meccanismi di produzione di certezza.

Il mutamento di alcuni tratti essenziali degli strumenti di certezza appare però, ad una più attenta analisi, solo il sintomo visibile di un generale ed intimo cambiamento che sembra interessare la produzione di certezza giuridica.

In proposito si ritiene che, tale affermazione, può comprendersi appieno solo ove si rivolga l'attenzione non più alla certezza quale strumento, ma alla certezza quale principio fondante dell'ordinamento.

Quest'ultimo, infatti, sembra possa rappresentare la "chiave di lettura" generale in grado da un lato, di far percepire la reale consistenza dei cambiamenti in atto e dall'altro di tracciare il sentiero sul quale le nuove esigenze spingono la produzione di certezza giuridica.

In termini esemplificativi, si ritiene che i mutamenti che involgono il principio di certezza del diritto, o meglio la lettura che di questo principio si dà, possano avere una eco specifica sulla funzione di produzione di certezza giuridica e sul/sui prodotto/i di tale funzione.

E' noto che il principio di certezza del diritto si sostanzia nella necessità che i consociati possano fidarsi nella garanzia offerta dalla legge, come volontà eguale e costante che fa sapere a ciascuno che cosa può volere. Ciò in quanto, l'azione umana si realizza nella vita sociale, solo sotto la

strumenti che devono essere idonei a produrre certezze in modo rapido ed efficiente.

garanzia di una stabile valutazione dei comportamenti umani.

Tradizionalmente si è inteso perseguire tale risultato attraverso la norma³⁷ che, introduce certezza nella vita sociale fondando la prevedibilità dei comportamenti e rendendo possibile la continuità che lega l'azione presente all'azione futura³⁸.

In questa chiave di lettura, la specifica funzione dello stato è, dunque, quella di introdurre la certezza nei rapporti tra il singolo e la collettività.

La tecnica classica di cui si serve il diritto per garantire tale valore supremo passa, quindi, quasi esclusivamente per l'uso della "leva" legislativa.

In questo senso appare esemplificativo il pensiero di Lopez De Oñate³⁹ il quale connette strettamente il principio di certezza del diritto alla norma ed alla sua operatività.

Secondo questa prima ricostruzione spetta infatti, a quest'ultima, esprimere una volontà su cui i cittadini possano concretamente confidare. Tale concezione sembra però il frutto del periodo storico in cui il libro è stato redatto, che porta del resto l'autore a parlare di crisi del principio di certezza del diritto e ad identificare la stessa con la crisi del

³⁷ E' noto infatti che La certezza del diritto sia il principio a tutela del quale il razionalismo illuminista verso la fine del settecento ha invocato la semplificazione legislativa e la sottrazione alla giurisprudenza del potere creativo. B. TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, CEDAM, Padova, 2001, 14.

³⁸ S. PUGLIATTI, *op.cit.* Come noto in principio la soddisfazione del principio di certezza giuridico trova la sua soddisfazione attraverso la predisposizioni di leggi generali ed astratte, idonee a garantire ed orientare nel tempo il comportamento dei cittadini.

³⁹ F.LOPEZ DE OÑATE, *op.cit.*, *passim*

diritto e quindi della legge, dovuta alla patologica instabilità della volontà legislativa stessa⁴⁰.

Di crisi, invero, parlano anche gli autori che successivamente si sono accostati al tema, in proposito però prima di proseguire oltre occorre precisare che la crisi di cui parla Lopez⁴¹ è notevolmente differente da quella cui fanno riferimento gli studiosi del nostro tempo⁴².

⁴⁰ F. LOPEZ DE OÑATE, *op.cit.*, *passim*. In definitiva, il fondamento della certezza del diritto non risiede nell'estrinsecarsi di un potere, ma piuttosto, nella stabilità della legge che è ad un tempo limite e garanzia dell'agire umano nello stato di diritto. Lopez De Onate il quale sviluppa la propria opera in pieno regime fascista, individua numerosi fattori di crisi che brevemente si proverà a riassumere.

Primo tra tutti vi è l'aumento dei poteri di valutazione del giudice che, evidentemente, genera una naturale incertezza su quella che è la conseguenza di un determinato comportamento umano. L'autore in tal senso critica la tensione sempre più forte verso il diritto del caso per caso. Questo periodo storico è inoltre caratterizzato dal discredito della codificazione e della legge che spesso perde i caratteri della generalità e dell'astrattezza al fine di soddisfare interessi specifici del regime autoritario. Sotto il profilo soggettivo, e più prettamente filosofico, viene invece sottolineato come l'immanità delle grandi strutture collettive conducano il singolo, a poco a poco, a smarrirsi proprio allorché tentava di raggiungere le garanzie di certezza cercate. La soluzione offerta dall'autore per il rinsaldamento del principio di certezza del diritto transita attraverso il recupero della certezza dell'azione del singolo e per esso della società: attraverso la garanzia del singolo si giunge alla garanzia della società. In tale prospettiva singolo e società sono, dunque, inscindibilmente legati.

⁴¹ Il riferimento principale va certamente all'autore che per primo ha avuto il merito di mettere in luce la crisi del principio di certezza del diritto F. LOPEZ DE OÑATE, *op.cit.* Dall'opera di Lopez prendono spunto le successive trattazioni sul tema come dimostra la lettura di E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, relazione al convegno degli amici del diritto dell'economia Torino 20-21 ottobre 1956, in *Il diritto dell'economia*, n. 10, 1956, 1198 ss. in *idem* T. ASCARELLI, *certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, 1238 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, 146 ss.;

⁴² Più di recente sono moltissimi gli studiosi del diritto ed i sociologi che si sono accostati rappresentando ed analizzando i fattori di crisi del principio quale necessario viatico per comprendere le evoluzioni del diritto moderno. In proposito si fa cenno solo ad alcuni che più di altri hanno ispirato le riflessioni che seguiranno. M. AINIS, *Sulla comunicazione delle regole giuridiche (e su un vuoto di comunicazione*

In proposito, basterà rammentare le parole di un insigne maestro⁴³, per rendersi conto della differenza di cui si è detto.

Pugliatti, in una dissertazione sulla crisi della scienza giuridica distingue tra due differenti significati di crisi: uno patologico ed uno fisiologico. Di crisi patologica può parlarsi in quei momenti in cui gli eventi sono tali da determinare un “brusco salto” o “una rottura” propria del normale estrinsecarsi di un processo evolutivo⁴⁴; per crisi fisiologica nel campo delle scienze giuridiche deve, invece, intendersi il “processo vitale del diritto stesso nel suo svolgersi”⁴⁵.

nella letteratura giuridica), in *Quaderni costituzionali*, n. 3, settembre 2002, 627 ss.; C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, giugno 1997, 89 ss.; G. GOMETZ, *Regole tecniche e certezza del diritto una relazione simbiotica*, in *Ragion pratica*, 36/giugno 2011, 245 ss., C. VACCARI, *Crisi di fiducia, legittimità delle istituzioni e nuove modalità di comunicazione*, C. VACCARI, in *sociologia del diritto*, n. 3/2010;

⁴³ S. PUGLIATTI, *Sulla crisi della scienza giuridica*, in Atti del XV congresso nazionale di filosofia, 1948, p.505 ss. oggi in *Scritti giuridici*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2010, 820 ss. L'A. avverte come quando si parla di crisi sia necessario tendere intellegibile, in quale accezione si usa il concetto dato, “bisogna evitare di attribuirgli senza avvertirlo o farlo avvertire entrambe i significati”

⁴⁴ S. PUGLIATTI, *Sulla crisi*, cit., 824, L'A. individua quale momento di crisi patologia del diritto quello occorso dopo la prima e la seconda guerra mondiale: ovvero il periodo in cui sono state “scrollate dalle fondamenta le strutture sociali, profondamente alterati i rapporti tra gli stati, turbati in ogni loro aspetto i rapporti tra i vari aggruppamenti sociali e persino compromesso l'equilibrio delle idee e delle pretese individuali, mutata la concezione dell'intero ordine delle nazioni. E' in questo momento che il giurista “si rifugia nella tecnica. La sua attività sarà soltanto uno strano e distaccato gioco o una meccanica occupazione, nel primo caso, o una tacita resistenza ed opposizione alle forze negatrici della libertà, nel secondo caso”.

⁴⁵ La crisi fisiologica del diritto e con esso della principio di certezza del diritto discende, dunque, dalla circostanza che il diritto, in quanto volto alla risoluzione del conflitto deve costantemente riadattarsi plasmandosi sul proprio scopo : per tale ragione è in continuo divenire. A tale determinazione si giunge puntando l'attenzione su quello che è lo scopo sostanziale del diritto ovvero la risoluzione del conflitto a fronte del

Sin da queste poche parole emerge, dunque, come la crisi di cui parla Lopez sia stata una crisi patologica che come tale incideva sulle fondamenta stesse dello stato, la crisi di cui oggi, invece, si parla sembra appartenere al normale divenire del principio ed in ragione di ciò dal suo esame possono trarsi importanti spunti di analisi utili per il prosieguo.

Chiarito dunque che quella dei giorni nostri non è crisi ma normale evoluzione del principio, deve osservarsi i giuristi ed i sociologi contemporanei, anche in questo caso, indicano tra gli elementi di rottura rispetto al passato l'incremento della complessità valoriale e della complessità normativa: la prima quale diretta conseguenza dell'incremento della complessità sociale, la seconda invece quale risultante della sovrapposizione di piani legislativi differenti.

Ma ciò che più interessa osservare in questa sede sono le conseguenze che tali mutamenti della realtà fattuale hanno avuto sul principio in parola.

Infatti, i fattori di cui si è detto sono certamente alla base della irrimediabile crisi in cui versa oggi il dogma della completezza dell'ordinamento⁴⁶.

quale il suo scopo tecnico ovvero la certezza e la rapidità di attuazione si mostrano quali mezzi utili al perseguimento dello stesso.

⁴⁶ C. FARALLI, *op. cit.*, 91. E difatti, la complessità del mondo moderno porta ad una costante insoddisfazione per il risultato conseguito attraverso la legislazione, e ciò dunque è alla base della continua mutazione della legge che si ripercuote sulla stabilità e con essa sulla certezza. Tali continue mutazioni minano al fondo la fiducia nella volontà dello stato quale volontà che per sua natura dovrebbe essere permanente e costante. Da ciò appare evidente come ad essere in crisi nello stato post-moderno non è la certezza del diritto in quanto valore

Le leggi, dunque, mutano, si sovrappongono, si moltiplicano, generando un'inevitabile incertezza: palesando così l'illusorietà dell'assunto che vede quest'ultima quale rimedio di ogni necessità umana⁴⁷.

Di fronte a tanta e tale complessità mostra, dunque, tutta la sua vulnerabilità, non il principio di certezza del diritto, ma la soluzione che il diritto ha ritenuto di adottare per il perseguimento del principio stesso⁴⁸. In questa chiave di

assoluto posto a tutela della sopravvivenza stessa dello e degli stati stessi, ma la ricetta attraverso cui questo valore va perseguito e tutelato.⁴⁷ Strettamente connesso a quello della completezza dell'ordinamento è il tema connesso alla conoscibilità delle regole, che contribuisce a minare *funditus* le convinzioni di completezza ed onnipotenza che avevano fino a qualche tempo fa contraddistinto la legge. Sul punto si è recentemente messa in luce la necessità di una conoscenza effettiva delle regole e per tale ragione si è sostenuta la necessità di abbandonare la complessità dell'esternazione. In questo senso dunque si ha certezza non solo quando oggettivamente questa è garantita, ma anche quando soggettivamente è percepibile la regola o l'esito di un determinato procedimento. Sul punto si veda M. AINIS, *op.cit.*, 629 ss. in particolare l'autore evidenzia come la semplificazione dell'esternazione delle regole sia ancora più urgente per gestire al meglio i processi di globalizzazione, infatti, "la trasformazione dello spazio trasforma fatalmente in trasformazione del linguaggio". Nella medesima direzione vanno le osservazioni che in dottrina si appuntano sulla norma quale regola tecnica. * , Regole tecniche e certezze. E' stato infatti osservato che la bontà delle regole tecniche è data dalla loro capacità di raggiungere il fine dal punto di vista fattuale. Regole tecniche e certezza vivono dunque in un rapporto simbiotico, poiché la certezza consiste nella prevedibilità delle conseguenze dell'azione prescritta dalla norma intese proprio nel loro aspetto di regole tecniche. Il diritto è una tecnica di controllo sociale efficace solo quando è efficace anche come tecnica per prevedere che ad una certa condotta seguirà una certa conseguenza favorevole o sfavorevole per l'agente.

Il difetto di certezza del diritto comporta l'impossibilità di usare le norme giuridiche come regole tecniche efficienti. L'autore tende a dimostrare che tutte le norme sono regole tecniche, ribaltando così la prospettiva kelseniana (fattispecie-conseguenza) a favore di una prospettiva che vede la norma tecnica utile ad evitare o a far verificare la conseguenza in essa contenuta.

⁴⁸ In questo senso infatti potrebbe sostenersi, con tutte le cautele del caso e lo sguardo di chi ormai è lontano anni luce da un potere dispotico e capriccioso che aveva nella legge il suo unico baluardo, che ad entrare in crisi non sia il principio ma la soluzione. Quel positivismo

lettura appaiono fondate quelle osservazioni che pretendono di spostare il centro operativo del principio dalla legge alla concreta tutela che l'ordinamento è in grado di offrire ai consociati.

Non sembra in questo senso peregrino parlare di emancipazione cognitiva e normativa del cittadino, che inevitabilmente si traduce in una maggiore libertà acquisita a fronte dell'assunzione consapevole di maggiori rischi.

In altre parole, la contraddizione, da rischio strutturale e dell'ordinamento, diviene rischio calcolato ed in quanto tale accettabile purché ad essere garantito sia sempre il controllo.

La prospettiva appena riportata può essere accettata oggi – e non ai tempi di Lopez - solo alla luce dell'opera realizzata dalla Costituzione, che ha avuto il merito di privare la legge della propria sovranità assoluta per affidarla al valore dei principi fondamentali⁴⁹, che fanno sì che le ragioni del caso concreto non appaiano arbitrarie, in quanto contenute entro il limite invalicabile da essi tracciato, lasciando spazio ad un diritto maturo in grado di fidare nel “controllo” piuttosto che nella “prevenzione vincolante”.

giuridico esaltato e contrapposto al diritto del caso per caso si è rivelato, forse in fine, il nemico più grande del principio per tutelare il quale era stato esaltato. Non ha retto la sfida della complessità e la sovrapposizione dei livelli legislativi: il diritto, quale scienza pratica, ha necessità di soddisfare tali pretese ed a tal fine ha utilizzato quale unico strumento utile quello della leva legislativa, il che ha comportato un inevitabile aumento della complessità giuridica. Tale complessità è stata ulteriormente accresciuta dalle esigenze degli stati stessi, che per ragioni economiche e di tutela del valore primario che è la pace, sono stati portati a muoversi all'interno di ordinamenti sovranazionali, con tutte le conseguenze che ciò ha comportato in termini di aumento della complessità.

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 8 ss.

La certezza del diritto, dunque, non è più utile a garantire il dogma della completezza dell'ordinamento ma è utile a soddisfare un'esigenza individuale⁵⁰.

Il minor rilievo assunto dalla predeterminazione delle regole a scapito della previa fissazione dei soli principi e del successivo intervento del controllo, come accennato in premessa del presente paragrafo, sembra poter rappresentare una chiave di lettura rilevante per orientare lo studio sull'evoluzione subita dagli strumenti di certezza.

Sembra, infatti, si possa ritenere che, che così come i fattori di crisi enunciati abbiano evidenziato la inadeguatezza del dogma della completezza dell'ordinamento, così anche la soluzione che si è ritenuto di adottare per la produzione di certezza giuridica si è dimostrata inadeguata alla prova della complessità valoriale.

Tale affermazione è tanto più vera quanto più si pensi alla crisi in cui versano i tradizionali strumenti di produzione di certezza pubblica.

I moduli procedurali tradizionali, impinti di meccanismi formali e di preclusioni rigide, mostrano oggi i loro limiti più profondi.

La stessa forza giuridica preclusiva attribuita alla certezza pubblica perde a fronte delle nuove e multiformi esigenze pratiche il suo contenuto "valoriale" e con esso viene svuotata dall'interno del suo effetto.

Le considerazioni appena svolte suggeriscono, quindi, al giurista di approcciarsi al tema con spirito nuovo, di percorrere strade che abbiano quale punto di arrivo la

⁵⁰ C. FARALLI, *op.ult. cit.* passim.

produzione del bene certezza – che come tale è di per se
irrinunciabile - nelle nuove forme in cui esso oggi si mostra
in grado di soddisfare le esigenze pratiche dei consociati.

CAPITOLO II

Strumenti di produzione di certezza e *social impact*

1. Ricognizione delle principali teorie che nella prima metà del XX sec. si sono occupate degli atti di certezza: la teoria dell'atto dichiarativo.

In questo secondo capitolo si intende verificare se siano ancora attuali le principali costruzioni nel tempo operate dalla dottrina in ordine agli atti produttivi di “certezza” o se invece, alla luce delle considerazioni svolte sopra circa le nuove esigenze pratiche che l'atto di certezza è chiamato a soddisfare, non sia più opportuno procedere ad una nuova e diversa definizione dei confini della materia oggetto del presente lavoro.

A tal fine sarà necessario esaminare le principali teorie che susseguendosi nel tempo si sono occupate di quella che oggi noi definiamo attività di produzione di “certezza”, evidenziando ove possibile quali siano, sotto il profilo strutturale, gli elementi individuati come caratterizzanti.

In particolare tale analisi non può che prendere le mosse dalle teorie elaborate in ordine alla classificazione degli atti amministrativi ed in particolare quelle che al loro interno hanno dedicato rilievo a singoli atti idonei alla produzione di certezza pubblica, contraddistinti quasi unanimemente per il loro carattere dichiarativo.

Pioniere del dibattito è certamente Ranelletti⁵¹, il quale considera alcune attività dell'amministrazione come atti di

⁵¹ O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, parte I, concetto e natura delle autorizzazioni e concezioni*

“pura esecuzione” in riferimento ai quali il potere della p.a. deve considerarsi alla stregua di una mera attività diretta a verificare la sussistenza degli “elementi dell’esistenza del diritto” da riconoscere in capo ad un soggetto.

Il primo però, ad introdurre con chiarezza la nozione di atto amministrativo dichiarativo fu Santi Romano, il quale, all’interno del dibattito sulla classificazione degli atti amministrativi, ne individua tre differenti tipologie: dichiarazioni di volontà ⁵² ; b) dichiarazioni di rappresentazioni ⁵³ ; c) dichiarazioni di sentimento ⁵⁴ . Le

amministrative, in *Giur. It.*, n. 4/1894, 7 ss, oggi in *Scritti Giuridici scelti*, Vol. III, Jovene Editore, Napoli, 1992.

⁵² S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930, 235 e ss. Gli atti amministrativi che contengono dichiarazioni di volontà corrispondono a quelli che in diritto privato vengono individuati come negozi giuridici (nella loro nozione più ampia). Tra le dichiarazioni di volontà vengono fatte rientrare tanto le dichiarazioni di volontà volte alla produzione di un effetto costitutivo o innovativo, tanto le dichiarazioni di volontà che non sono in grado di produrre alcuno di questi effetti. Nella prima categoria, segnatamente rientrano gli atti che per effetto hanno la nascita, la modificazione, l’estinzione di un soggetto, di una situazione giuridica e che quindi producono un mutamento nelle condizioni giuridiche esistenti, ai quali vengono dunque attribuiti effetti “costitutivi o innovativi”. Sotto altro profilo tra le dichiarazioni di volontà si fanno rientrare solo gli atti che producono effetti conformi a quella che è la volontà della parte che li ha posti in essere e che incidono su rapporti in cui è parte l’amministrazione. Le dichiarazioni di volontà a loro volta possono distinguersi in dichiarazioni unilaterali e convenzionali. Nella seconda, invece, quegli atti che contengono una dichiarazione di volontà ma che non producono un effetto innovativo (esempio di questa seconda tipologia di dichiarazioni di volontà sono alcuni ordini positivi o negativi, si tratta ovviamente dei soli ordini che non modificano o innovano il rapporto precedente, o ancora le ricusazioni o i rifiuti). Di particolare interesse, risulta infine, la distinzione formulata dall’autore tra le ammissioni, atti costitutivi, ed altri atti che pur chiamandosi ammissioni consistono in un semplice accertamento, in quanto non costituiscono uno status o una qualità. La distinzione non si fonda sulla discrezionalità o meno dell’atto di ammissione ma sul differente effetto da questo prodotto.

⁵³ S. ROMANO, *op. cit.*, 252 e ss. tra le dichiarazioni di rappresentazioni l’A. fa rientrare le attestazioni, le documentazioni, le pubblicazioni, le notificazioni, gli accertamenti ed i pareri. Le attestazioni sono gli atti attraverso i quali l’amministrazione porta a conoscenza della generalità

prime si sostanziano in atti in cui l'amministrazione dichiara la propria volontà, e che quale effetto costituiscono, modificano o estinguono un diritto; le seconde in atti con cui l'amministrazione dichiara la propria volontà ma per impartire un ordine e dunque esercita un potere già esistente; le terze infine si traducono in atti amministrativi che contengono una pronuncia dichiarativa in senso proprio - meramente dichiarativi - dove difetta "l'esercizio di una volontà e che certificano uno stato di cose o di diritto".

La ricostruzione fatta da Romano mette in luce come la distinzione tra atti dichiarativi e gli altri atti amministrativi poggia sostanziale sulla presenza o meno dell'elemento volontaristico e, dunque, la struttura di questi atti è rappresentata da una "mera dichiarazione".

Il tema degli atti dichiarativi è affrontato anche da Vitta, il quale né individua il tratto distintivo nella mancanza di ogni dichiarazione di volontà da parte dell'amministrazione, la

dei consociati dei dati di cui è in possesso. Le documentazioni consistono in delle acquisizioni di scienza destinate ad essere conservate dall'amministrazione nell'attesa del loro utilizzo. Le pubblicazioni hanno lo scopo di mettere la generalità dei consociati a conoscenza di altri atti che li possono riguardare, uno scopo analogo hanno le notificazioni con specifico riferimento però a soggetti determinati, occorre tuttavia considerare che vi sono dei casi in cui la notificazione è necessaria al fine di rendere perfetto l'atto. Gli accertamenti consistono invece in delle rappresentazioni attraverso cui l'amministrazione verifica la sussistenza di tutti i requisiti per il raggiungimento di un risultato normativamente previsto. Con gli accertamenti l'amministrazione, dunque, non manifesterebbe una volontà bensì un giudizio che ha scopo ed effetti differenti.

⁵⁴ S. ROMANO, *op. cit.*, 257 e ss. Questo tipo di dichiarazioni assumono il carattere di atti amministrativi solo in quanto la legge vi ricolleggi un determinato effetto. Tra questi atti l'autore ricomprende, a titolo esemplificativo, le proposte che in qualche misura producono un effetto vincolante sul prosieguo del procedimento.

quale attraverso tali atti manifestare solamente la propria conoscenza.

Gli atti dichiarativi, dunque, sono per Vitta quelli che comprendono esclusivamente dichiarazioni di scienza o di giudizio ed in quanto tali rientrano tra i meri atti amministrativi, implicando attestazioni di fatti materiali, di qualità di cose giuridicamente rilevanti o attestazioni di rapporti giuridici⁵⁵.

Tra i meri atti amministrativi vengono fatti rientrare gli atti certificativi, che l'autore distingue in atti destinati a regolare i rapporti tra privati, e atti destinati a definire i rapporti del privato nei confronti della p.a.⁵⁶.

Questi ultimi, in particolare, preposti all'accertato di fatti o qualità, sono idonee a fondare un rapporto tra autorità e singolo, oltre ad avere una particolare forza probatoria.

Di assoluto rilievo è inoltre la ricostruzione fornita da Zanobini il quale il quale affronta il tema degli atti amministrativi dichiarativi all'interno dell'opera in cui si preoccupa di definire la c.d. amministrazione pubblica del diritto privato⁵⁷, approdando a risultati del tutto particolari

⁵⁵ C. VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, UTET, 1949, 331. L'A. sottolinea come tali atti traggano la loro forza vincolante dal fatto di essere espressione del potere dello stato che come tale è in grado di imporsi alle autorità pubbliche sottordinate ed ai consociati in generale.

⁵⁶ C. VITTA, *op. cit.*, 340.

⁵⁷ G. ZANOBINI, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. di Dir. Pubbl.*, Vol. X, 1918, 169 ss. oggi in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955, 19 ss. Per amministrazione pubblica del diritto privato l'A. chiarisce subito di intendere quella parte della funzione amministrativa in senso tecnico che si occupa della cura dei diritti privati: "l'amministrazione pubblica del diritto privato non appartiene, dunque, né all'attività giuridica, né all'attività sociale dell'amministrazione: ma, secondoché in essa prevalga l'interesse dell'ordine pubblico oppure l'interesse dell'utile individuale, le sue funzioni appartengono all'uno o all'altra delle due fondamentali forme di

soprattutto in ordine alla capacità di tali atti di produrre effetti costitutivi.

Dal punto di vista strutturale, egli all'interno degli atti amministrativi distingue tra "negozi di diritto pubblico" e "meri atti amministrativi".

Tra i primi vengono ricompresi quegli atti che consistono in una dichiarazione di volontà destinati al perseguimento di un "fine voluto dall'agente e riconosciuto dal diritto". Tra i

attività" (p. 81). Il saggio si occupa della parte che lo Stato prende alla formazione e svolgimento dei diritti privati, solo in quanto essa si espliciti nella partecipazione statale alla formazione dei singoli rapporti concreti di diritto privato fra privati e in quanto questa partecipazione si concretizza in atti sostanzialmente amministrativi. In altri termini, all'interno di tale categoria rientrano tanto atti che fanno parte dell'attività giuridica quanto atti che fanno parte dell'attività sociale in ragione del singolo interesse di volta in volta tutelato. Quest'attività di cui non è in discussione il carattere amministrativo e pubblico, può svolgersi anche attraverso una partecipazione intrinseca di volontà da parte dell'amministrazione, senza che questo possa in alcun modo alterare i caratteri essenziali della stessa, ed il suo scopo primario è e rimane quello di contribuire con i privati alla formazione di situazioni giuridiche di diritto privato. Tali atti generalmente non discrezionali, si sostanziano in "un'opera di semplice accertamento di convenzioni, di dichiarazioni, di volontà oppure di fatti o di stati di fatto, i quali sono la causa o costituiscono i presupposti necessari all'esistenza dei singoli rapporti, delle situazioni, delle capacità, di diritto privato". L'autore individua due modalità di estrinsecazione di tale attività che sono la certificazione e l'attestazione. Si badi che l'A. allorché esamina gli atti propri della funzione, passando in rassegna le certificazioni e le attestazioni attribuisce a quest'ultimi principalmente una funzione probatoria (51). Rientrano sempre tra gli accertamenti anche gli atti amministrativi costitutivi di rapporti giuridici privati è il caso di tutti quegli atti privati che prima dell'intervento dell'accertamento pubblico non esistono o non hanno giuridica rilevanza. E' un esempio in tal senso l'atto pubblico necessario per fare una donazione, l'esistenza giuridica di certe persone collettive (59). In proposito, l'autore sostiene che sia l'atto amministrativo ad avere effetto costitutivo, elaborando così la categoria dell'atto costitutivo non discrezionale (64). Tali atti, vengono rintracciati ogni qual volta l'atto ricognitivo non ha un "semplice valore dichiarativo, ma serve a creare uno stato giuridico nuovo o un nuovo rapporto", all'atto amministrativo è dunque riconosciuto un valore costitutivo (70).

meri atti vengono, invece, fatti rientrare tutti gli atti con cui l'amministrazione esterna "un giudizio o una coscienza".

A differenza degli autori esaminati in precedenza, però, Zanobini non esclude che all'interno di tale ultima categoria di atti vi possa essere una partecipazione intrinseca di volontà da parte dell'amministrazione, ma questa non è comunque ritenuta idonea ad alterare la natura dell'atto stesso.

In proposito, l'autore precisa che a difettare in questi atti sia l'elemento della volontà ma non quello della volontarietà, infatti, l'atto è voluto ma i suoi effetti "non sono in alcun modo legati alla volontà del soggetto dal quale l'atto deriva", rispetto a questo schema i fini pratici perseguiti dai meri atti amministrativi sono dunque i più vari e per tanto "estranei ad ogni considerazione per l'agente"⁵⁸.

Su posizioni analoghe, si colloca D'Alessio, il quale dopo aver definito l'atto amministrativo come "una manifestazione di volontà di un organo della p.a. che agisce per finalità amministrative in quanto sia capace di produrre effetti giuridici"⁵⁹, distingue tra provvedimenti negativi e provvedimenti positivi, ed all'interno di questa seconda categoria tra i provvedimenti aventi carattere di negozio giuridico (che possono essere dichiarativi di diritto o costitutivi di diritto), e provvedimenti non aventi carattere di negozio giuridico.

⁵⁸ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1947, 188 - 198. In proposito va precisato che l'A. rintraccia in questi atti l'elemento della volontarietà e non quello della volontà.

⁵⁹ F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. II, UTET, Torino, 1934, 149 - 150

Anche in questi ultimi, secondo la ricostruzione fornita dall'autore è presente l'elemento della volontà ciò che invece difetta è il rapporto di interdipendenza tra la volontà ed l'effetto⁶⁰.

In altre parole, da questi autori, viene messa in luce la differenza che vi è tra la volontà espressa dall'amministrazione nel compiere l'atto e la volontà volta alla produzione dell'effetto⁶¹.

Anche la classificazione degli atti amministrativi fatta da Fragola, soffre come le precedenti una marcata influenza della teoria del negozio giuridico, tanto che l'autore accede alla tesi che distingue tra atti amministrativi negoziali e "meri atti"⁶². Tuttavia a differenza degli altri autori fin qui

⁶⁰ F. D'ALESSIO, *op. cit.*, 159 ss. La distinzione all'interno dei provvedimenti positivi tra negozi e non negozi è data dal rapporto che vi è tra volontà ed effetti prodotti dall'atto. Quando la volontà dell'amministrazione è preordinata anche alla produzione degli effetti si avranno atti "negozi giuridici", quando invece l'elemento volontaristico attiene alla sola emanazione dell'atto si avranno atti non negozi. Si badi però che i meri atti amministrativi così come definiti dall'A. non comprendono esclusivamente gli atti di certezza pubblica, né tantomeno li ricomprendono del tutto. Un esempio può trarsi dalla trattazione specifica dedicata agli "accertamenti": quest'ultimi sono considerati dei "veri e propri negozi giuridici poiché essi constano di una manifestazione di volontà diretta alla produzione di un determinato effetto che è insisto nell'accertamento stesso", ovvero sono idonei a condizionare la possibilità di esecuzione. In proposito viene osservato che "il provvedimento dichiarativo è una manifestazione della volontà esecutoria dello stato"(161).

⁶¹ R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1978, 210. Gli atti tipici di questo secondo tipo di attività sarebbero gli atti in cui manca l'immediatezza nella realizzazione dell'interesse pubblico e che per tale ragione vengono definiti come meri atti o come non provvedimenti.

⁶² U. FRAGOLA, *Manuale di diritto Amministrativo*, V ed., Napoli, Pellerano - Del Gaudio Editore, 1954, 162 - 191 ss.. L'A. per definire l'atto amministrativo prende spunto dalla definizione di atto giuridico inteso come: "qualunque dichiarazione o comportamento dell'uomo che acquisti rilievo per il diritto, del quale cioè il diritto si interessi, proteggendo alcunché, prodotto immediato di quel comportamento o di

citati quest'ultimo classifica tra i meri atti, quelli in cui l'amministrazione "non manifesta alcuna volontà diretta a realizzare lo scopo pratico che lo riguarda"⁶³.

In altre parole, l'accento è posto non sulla presenza o meno dell'elemento della volontà, bensì sul perseguimento in via diretta dell'interesse pubblico attraverso l'atto posto in essere⁶⁴. Può avere un qualche interesse, in proposito, osservare come tra gli atti dichiarativi vengono fatti rientrare anche i certificati estimativi che ad avviso dell'autore contengono un'opinione della p.a. nonché le

quella dichiarazione". Gli atti giuridici si esauriscono e possono consistere in dichiarazioni di conoscenza, di opinione, di volontà o di sentimento. Per esserci atto amministrativo occorre che l'autorità agisca nell'esercizio di una funzione amministrativa. Anche tale autore accede, infatti, alla distinzione classica tra atti amministrativi negoziali e "meri atti". Il primo consta di una dichiarazione di volontà produttiva di effetti giuridici, mentre "il mero atto è generalmente una dichiarazione di giudizio, di scienza, di sentimento".

⁶³ U. FRAGOLA, *op. cit.*, 191.

⁶⁴ U. FRAGOLA, *op. cit.*, 195. La caratteristica dei meri atti è data dalla circostanza che colui che lo emana "non manifesta alcuna volontà diretta a realizzare lo scopo pratico che lo riguarda". Tutti gli atti amministrativi che creano doveri o obbligazioni nei privati soggetti sono certamente negozi giuridici, negoziali sono anche gli atti che creano uno *status* nel soggetto privato. Per distinguere un atto negoziale da uno che non lo è non basta esaminare se esso contiene un atto di volontà o meno, diviene invece determinante se l'ente pubblico che lo ha emesso abbia o meno di mira il conseguimento delle proprie finalità, sempre in vista della soddisfazione dell'interesse pubblico. Per quanto riguarda i meri atti amministrativi questi possono dividersi in meri atti concernenti dichiarazioni di volontà, di giudizio, di scienza. "Nel primo gruppo rientrano le autorizzazioni le iscrizioni le ammissioni con le quali l'amministrazione manifesta una volontà diretta ad adempiere ad un proprio dovere di ufficio (è irrilevante per la p.a. se il soggetto privato si serva dell'autorizzazione o dell'ammissione). Il secondo gruppo comprende le dichiarazioni di giudizio o di opinione della pubblica amministrazione. In questa seconda categoria vengono fatte rientrare alcune forme di accertamento, ed i pareri. Nel terzo gruppo rientrano le costatazioni, le verbalizzazioni e le registrazioni e cioè i certificati di ogni genere. Sono questi atti che non contengono una dichiarazione di volontà di alcun genere e che non mirano a conseguire alcun interesse pubblico, ma il cui scopo è unicamente quello di dichiarare uno stato di fatto esistente o a documentare atti o fatti.

dichiarazioni di giudizio, ovvero tutti quegli atti in cui l'amministrazione esprime un giudizio, pur non esprimendo una dichiarazione di volontà⁶⁵.

In definitiva, dunque, le principali teorie della prima metà del secolo scorso quasi unanimemente, distinguono all'interno della macro categoria atti amministrativi, tra atti amministrativi "negozi" e meri atti amministrativi, categoria quest'ultima in cui vengono fatti rientrare molti – anche se non tutti - gli atti amministrativi che oggi noi definiamo produttivi di certezza.

Tale distinzione, che trova il suo fondamento nella presenza o meno dell'elemento volontaristico, è alla base dell'idea fondamentale che attribuisce a tali atti carattere dichiarativo.

Ed è proprio tale tratto essenziale riscontrato unanimemente che finisce per incidere tanto sulla loro struttura che sulla dinamica di produzione degli effetti⁶⁶.

Sotto il profilo strutturale, infatti, tali atti non costituiscono manifestazione di volontà.

Sotto quello della produzione degli effetti questi non vengono scritti direttamente all'atto posto in essere dalla p.a., ma vengono ricondotti alla norma attributiva del potere.

Appare evidente, però, come tale classificazione, almeno sotto il profilo strutturale, non sia affatto sufficiente ad identificare con precisione il fenomeno degli atti di produzione di certezza. Essa, infatti, oltre a comprendere al

⁶⁵ U. FRAGOLA, *op. cit.*, 195.

⁶⁶ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 870.

proprio interno una gran quantità di atti che nulla hanno a che vedere con la funzione specifica oggetto della presente ricerca, si mostra del tutto inutilizzabile proprio per il fatto di fare leva sull'elemento della volontà, che in una certa accezione si dimostrerà essere proprio di ogni atto amministrativo e con ciò di nessuno.

Sul punto, infatti, è stato osservato in dottrina che la volontà non va intesa quale volontà psicologica dell'agente il cui atteggiamento psichico è, invece, irrilevante⁶⁷, ma piuttosto quale "volontà teleologica"⁶⁸ orientata al contenuto volitivo o dispositivo risultato dall'esercizio del potere⁶⁹.

Per tali ragione la tendenza sempre più consolidata di rinvenire nell'atto amministrativo caratteri di rilievo squisitamente oggettivo, e di ritenerlo scevro da aspetti volontaristici mina alla base la distinzione strutturale tra atti negozio e meri atti⁷⁰.

2. La ricostruzione di Giannini e la centralità dell'accertamento.

Di gran lunga più articolata e complessa delle teoriche appena esaminate è la ricostruzione degli atti di certezza offerta da Giannini, il quale è il primo ad esaminare *ex professo* il tema.

⁶⁷ Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto Amministrativo*, XII ed, Napoli, Jovene Ed., 1974.

⁶⁸ M.S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, oggi in *Scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, 277.

⁶⁹ R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo, sistema di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 210.

⁷⁰ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 871.

L'autore, inquadrando gli atti di certezza all'interno degli atti dichiarativi⁷¹, individua quali momenti imprescindibili l'accertamento (o acclaramento), e l'esternazione dell'accertamento compiuto⁷².

Nella ricostruzione teorica gianniniana tali atti, infatti, si presentano tutti come dichiarazione di rappresentazioni, che godono di una certa autorevolezza in quanto promananti da pubbliche autorità ed il cui scopo è quello di fornire un'utilità che possa soddisfare un fine pratico.

Dal punto di vista strutturale l'autore mette in luce come i due momenti fondamentali e caratterizzanti degli atti di certezza, si atteggiavano diversamente in ragione del singolo procedimento all'interno del quale sono inseriti.

Può dunque accadere che uno occupi una rilevanza pratica maggiore rispetto all'altro, ed è proprio in ragione di ciò che si distinguono atti di scienza ed atti di conoscenza⁷³.

Ma la distinzione fondamentale⁷⁴ compiuta dall'autore per descrivere strutturalmente gli atti idonei a produrre certezza

⁷¹ La qual cosa fa sì che la teorica sia affetta da una sorta di "peccato originale" discendente dalle critiche alla teoria dell'atto dichiarativo. sub cap. II, par. 2.

⁷² M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970, 954. Nel primo vengono poste in essere tutte le attività necessarie per stabilire in cosa "consiste il fatto", nel secondo, cioè nel momento della dichiarazione, si rappresenta ciò che si è acquisito verso l'esterno.

⁷³ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 956. "l'atto costitutivo dei primi è una dichiarazione di scienza, quello dei secondi un atto di partecipazione". Attraverso i procedimenti di scienza si rende certo l'incerto, attraverso i procedimenti di conoscenza, invece, si partecipa all'esterno l'emanazione di un atto.

⁷⁴ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*. Accanto ai tre tipi di atti di scienza vengono poi descritti alcuni particolari procedimenti dichiarativi volti a produrre certezze pubbliche, i quali si differenziano tra loro per alcune particolarità strutturali, che però, si aggiungono e non si sostituiscono ancora una volta i due momenti essenziali. E' questo il caso delle ispezioni che si caratterizzano per il fatto che l'acquisizione di scienza

pubblica è certamente quella che, all'interno della categoria degli atti di scienza distingue tra accertamenti e certazioni⁷⁵.

avviene in forza dell'esercizio di una potestà normativa attribuita ad organi che si trovano in una posizione di sovraordinazione rispetto all'ispezzionato (967 ss). Simili alle ispezioni sono le inchieste caratterizzate dall'oggetto dell'acquisizione di scienza, che è un accadimento straordinario (972 ss). Un discorso a parte viene invece svolto per le verbalizzazioni (976), per questo tipo di atti Giannini ha il grande merito di mettere bene in luce la sostanziale differenza che vi è tra verbale ed atto verbalizzato. Segnatamente l'A. pone l'accento sui due possibili modelli in cui si estrinseca questa differenza, il primo che vede il verbale dare conto di atti che di per sé hanno una propria esternazione giuridicamente rilevante, il secondo in cui la verbalizzazione diviene esternazione unica tanto degli atti verbalizzati che dell'atto di verbalizzazione, in questo senso il verbale non può mai rappresentare la modalità di esternazione del solo atto verbalizzato essendo sempre presente ed irrinunciabile nel verbale l'esternazione della verbalizzazione. Il verbale, definito come una misura di garanzia e di conoscenza consistente in un "acclaramento storico contemporaneo", non presuppone alcuna qualificazione dei fatti. Sempre tra i procedimenti dichiarativi è dedicata un apposita trattazione alle certificazioni (986): le certificazioni che si caratterizzano per il fatto di non essere mai atti costitutivi di procedimenti propri. La certificazione è dunque una specie di dichiarazioni di scienza, che si sostanzia in un procedimento in cui l'ufficio esterna un dato precedentemente acquisito. L'A. distingue le certificazioni proprie, quelle emesse da un ufficio che è preposto all'attività certificativa, dalle certificazioni improprie quelle emesse da qualsiasi altro ufficio che certificano qualora ciò non si ponga in contrasto con l'interesse pubblico. Le prime, diversamente dalle seconde, producono certezza legale. Quando il certificato contiene in sé una qualificazione giuridica questa non deve essere ricondotta alla certificazione ma all'accertamento o acclaramento svolto dall'ufficio, poiché nel certificato viene espressa una scienza già in possesso dell'ufficio.

⁷⁵ M.S. GIANNINI, *op.ult. cit.*, 964. Si badi che la ricostruzione fornita dall'autore dal punto di vista strutturale ricomprende anche gli acclaramenti, che però in questa sede assumono un minor interesse. Questi sono i più semplici tra gli atti di scienza, si caratterizzano per il loro oggetto, "che è il concernere fatti materiali o stati di fatto, qualità di fatto, dati attuali del mondo reale". Gli acclaramenti non sono necessariamente atti tipici, poiché possono essere il frutto di una richiesta di informazioni non normativamente prevista ma giuridicamente utile. Si rammenta che l'A. considera gli acclaramenti inidonei a costituire o a fondare l'attribuzione di alcuna qualità giuridica, anche per tale ragione non necessitano di una precisa base normativa non essendo idonei di per sé ad incidere sulla libertà dei consociati.

I primi si caratterizzano per il fatto di avere ad oggetto l'apprensione di dati fattuali allo scopo di attribuire una qualità giuridica.

Le seconde, invece, hanno generalmente carattere autonomo e si differenziano dagli accertamenti poiché, “non si limitano ad attribuire una qualità giuridica ad un'entità giuridica esistente, ma creano esse stesse la qualificazione giuridica” che, non esiste finché l'atto di certazione non viene in essere.

Dal punto di vista effettuale, come meglio si vedrà oltre, gli atti di certazione hanno, dunque, un effetto qualificatorio puro (primigenio), diversamente, i secondi un effetto preclusivo⁷⁶.

Sotto il profilo funzionale, invece, la distinzione fondamentale proposta è tra atti produttivi di certezza legale e atti produttivi di certezza notiziale⁷⁷.

Tra questi solo gli atti di certezza legale sono idonei ad imporsi ai consociati con forza “preclusiva”, gli altri invece sono privi di alcun carattere vincolante.

E difatti, solo i primi hanno quale effetto giuridico “la nascita, modificazione, o estinzione di una situazione giuridica oggettiva o soggettiva”⁷⁸: essi sono dunque idonei

⁷⁶ M.S. GIANNINI, *Accertamento* (Diritto costituzionale e amministrativo), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 219 e ss.

⁷⁷ M.S. GIANNINI, *Diritto*, cit., 1016. L'A. non manca di mettere il rilievo economico che le certezze legali assumo all'interno del mondo giuridico, anche se non possono considerarsi dei beni autonomi poiché il bene certezza, quale valore aggiunto accede sempre al dato di base.

⁷⁸ M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 603 ss. Tra le certezze legali si distinguono poi le certezze ad apprendimento necessario, cioè quelle certezze che impongono la ricerca di se stesse ad un determinato soggetto, e le certezze ad uso necessario, cioè che impongono il loro uso. Queste ultime vincolano il soggetto che se ne deve servire. Vengono

a sovrapporre il contenuto del loro accertamento al mondo reale con forza legale ed è per tale ragione che occorre che la loro accettazione sia imposta dal potere sovrano, affinché tali certezze possano venire in essere⁷⁹.

Dal punto di vista effettuale l'autore elabora, dunque, la tesi che considera gli atti di certezza legale in grado di produrre un effetto preclusivo idoneo ad impedire alla generalità dei consociati di assumere un dato differente da quello in esse contenuto⁸⁰.

Tale effetto specifico della certezza pubblica, nella ricostruzione in esame, è riconducibile all'atto di accertamento e non al suo segno o al suo documento. Esso pertanto si produce attraverso la mediazione della norma e si sostanzia nella creazione di un vincolo⁸¹.

Quanto detto emerge chiaramente dalla ricostruzione fornita in ordine alla dinamica giuridica propria

ulteriormente distinte tra certezze che impongono o meno l'uso di se stesse ad altri soggetti. Queste ultime impongono il loro contenuto come vincolante e possono essere distrutte solo mediante il ricorso a specifici e particolari procedimenti, che daranno vita necessariamente a nuove certezze che si porranno in discontinuità con la precedente ma che creeranno il medesimo vincolo in capo a colui che ne deve far uso.

⁷⁹ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 605. l'intervento del potere sovrano è necessario poiché esse costituiscono una limitazione della libertà personale, esse infatti impediscono al soggetto di fare ricorso alla propria percezione storica di un determinato fatto o di una determinata qualità per imporgli l'uso della "realtà" cristallizzata nell'atto di certezza. In questo senso si esprime anche S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, Milano, IX, 1961, p. 129 ss.

⁸⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto*, cit., 1018 ss.

⁸¹ M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 609 – 617. L'A. ritiene che non sia l'atto a costituire lo *status*, o la qualificazione del soggetto, ma che l'atto si limita ad enunciare quanto deriva dall'accertamento della realtà e che sia dunque questa a creare il presupposto su cui poi si innesta l'effetto che è riconducibile alla previsione normativa. Quanto detto è confermato dalle osservazioni svolte sul punto in tema di verifica dell'atto di certezza, che quale logica conseguenza delle premesse che si è riportate, non incentra la propria attenzione sull'atto di certezza, ma piuttosto sulla situazione oggettiva reale.

dell'accertamento. Segnatamente, l'autore mette in luce come l'accertamento, sia orientato a "porre delle statuizioni assertorie giuridicamente valide tali da comportare un'adesione priva di riserve o quantomeno con possibilità predefinite di riserve - ad un giudizio di realtà".

Questa affermazione costituisce la premessa fondamentale su cui si fonda l'attribuzione del valore di certezza all'accertamento stesso.

In ragione delle considerazioni esposte, l'accertamento non è, dunque, solo elemento caratterizzante la struttura degli atti di certezza pubblica, ma anche momento fondante la loro efficacia.

In proposito pare opportuno precisare che Giannini aderisce alla costruzione dell'accertamento⁸² fatta da Falzea, per cui il termine accertamento denota "ogni processo spirituale attivamente orientato verso la situazione spirituale della certezza"⁸³.

Sulla scorta di questa preliminare osservazione Giannini costruisce poi la teoria relativa alla produzione amministrativa di certezza in funzione dell'atto di

⁸² M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit.

⁸³ A. FALZEA, *Accertamento*, Teoria generale, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 218 ss. Il fatto di accertamento è il risultato che da una situazione di obbiettiva incertezza, attraverso un'attività di chiarificazione della realtà, perviene ad una dichiarazione di scienza munita di efficacia preclusiva. L'A. sottolinea come l'incertezza di un fatto inteso nella sua oggettività, non può essere superata attraverso la mera conoscenza soggettiva, piuttosto occorre un fatto anch'esso oggettivo, che si rinviene nell'accertamento, che si pone così tra gli strumenti tipicamente formali del diritto. In definitiva "Dallo stadio iniziale, costituito dalla situazione di incertezza, si tratta di pervenire, attraverso lo stadio mediano rappresentato dall'attività di accertamento, allo stadio finale della situazione di certezza".

accertamento e l'atto di accertamento in chiave di "pura" certezza.

Esaminati dunque i caratteri essenziali della ricostruzione gianniniana occorre verificare se la stessa sotto gli svariati profili in cui si articola sia ancora oggi attuale.

3. Critiche alla classificazione tradizionale degli strumenti di certezza.

La ricostruzione offerta da Giannini, ancorché certamente centrale e fondamentale, appare invero, anch'essa inadatta a definire con precisione i confini dell'attività amministrativa di produzione di certezza, senza che questa finisca per confondersi con altre numerose attività dell'amministrazione.

In particolare, l'autore, identificando dal punto di vista strutturale gli atti di certezza con l'accertamento, mostra di non averne percepito "l'incontenibile valenza espansiva"⁸⁴.

Basterà in proposito richiamare le recenti ricostruzioni prospettate dalla dottrina per avvedersi che lo schema dell'accertamento sembra essere applicabile all'attività amministrativa tout court che, "se non proprio tutta, è certamente in gran parte suscettibile di essere esaustivamente ricostruita in termini di puro «accertamento»"⁸⁵.

Dal punto di vista strutturale si è, infatti, recentemente sottolineato come l'accertamento ricorra tutte le volte in cui "l'ordinamento renda giuridicamente rilevante, nell'ambito

⁸⁴ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 871.

⁸⁵ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 871.

del processo di attuazione del diritto oggettivo, il momento di concretizzazione delle disposizioni normative”⁸⁶.

Infatti, chi di recente si è occupato dell’argomento, addivenendo alle conclusioni suesposte, partendo dall’analisi del modello dell’accertamento giudiziale è giunto a ricondurre all’interno della categoria dell’accertamento non solo gli atti dell’amministrazione che producono effetti dichiarativi, ma anche atti costitutivi, ciò in quanto il tipo di effetto riconosciuto all’atto è fatto discendere non dall’accertamento in se, ma dalla conformazione della disciplina sostanziale applicata⁸⁷.

Il concetto di accertamento comprende pertanto l’intera attività che stabilisce quale debba essere la disciplina giuridica di un caso concreto.

La sua struttura, che si compone di due elementi strutturali “dialettici” rappresentati dalle circostanze di fatto e dall’enunciato normativo che entrano tra loro in

⁸⁶ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 90. L’autore si mostra particolarmente critico nei confronti della ricostruzione dell’accertamento offerta da Giannini. Questa, infatti, incentrandosi sulla sola efficacia spiegata dall’accertamento negli atti di certezza si dimostrerebbe particolarmente restrittiva, lasciando inesplorati molti e rilevanti aspetti su cui l’accertamento finisce per incidere. Ad avviso dell’autore tale circostanza è alla base anche della lettura restrittiva del concetto di certezza, intesa quale risultato tipico dell’accertamento. Si è dunque ristretto il campo di rilevazione dell’accertamento in senso tecnico alle sole certificazioni facenti fede fino a querela di falso, le quali essendo preordinate alla creazione di una certezza legale, sono gli unici atti amministrativi paragonabili alla sentenza di mero accertamento.

⁸⁷ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 97 e ss. L’A. in particolare individua tre tipi di accertamento: il primo riguardante le situazioni giuridiche; il secondo i fatti giuridici; il terzo gli stati giuridici. Tali tre tipi di accertamento risultano essere trasversali all’interno del panorama delle classificazioni fatte degli atti amministrativi. E’ messo subito in evidenza che il particolare modo di atteggiarsi dell’accertamento come modalità d’azione dell’amministrazione porta quest’ultima a confrontarsi in maniera del tutto peculiare tanto con la disposizione normativa che con i fatti della realtà.

correlazione attraverso un procedimento circolare di sussunzione (l'accertamento appunto), non è dunque propria dei soli atti produttivi di certezza pubblica, ma più in generale dell'attività amministrativa.

A riprova di quanto detto si è osservato che la certezza non è la funzione dell'accertamento, ma un bene della vita che il medesimo è in grado di assicurare adempiendo alla sua funzione di attuazione della legge⁸⁸.

“In sé, l'atto (il fatto) di certazione non è né dichiarativo né costitutivo, perché non attiene alle situazioni soggettive; la situazione oggettiva da esso creata può dalla norma esser configurata successivamente come fatto ad effetto costitutivo dichiarativo o preclusivo, ma non è detto che ciò debba avvenire sempre e ogni volta”⁸⁹.

In definitiva, per tutto quanto sopra esposto, il ruolo centrale attribuito all'accertamento, quale momento che connatura l'atto amministrativo produttivo di certezza, si dimostra non idoneo a distinguere l'attività oggetto di studio da una vasta ed eterogenea tipologia di atti di cui l'accertamento è pure momento fondamentale.

Venuto meno l'accertamento quale tratto essenziale di distinzione strutturale degli strumenti produttivi di certezza, anche le altre distinzioni strutturali ed effettuali perdono la loro valenza descrittiva del fenomeno di produzione di certezza pubblica.

In particolare, sotto il profilo funzionale, la classificazione prospettata appare non più utile per la semplice ragione che

⁸⁸ B. TONOLETTI, *op. cit.*, 46.

⁸⁹ M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit.

le due forme di certezza individuate (notiziale e legale) si mostrano insufficienti ad esemplificare la struttura funzionale delle nuove certezze così come descritte al cap.I. Sotto il profilo effettuale, invece, la previsione di un “effetto preclusivo” *tout court* non è di per sé idonea a smarcarsi da una critica sostanzialmente identica a quella sofferta dall'accertamento quale tratto strutturalmente caratterizzante.

A ciò si aggiunga che, quest'ultimo, anche nella teorica gianniniana è in grado di descrivere solo una delle due categorie funzionalmente individuate, lasciando così priva di un reale carattere distintivo una notevolissima parte di atti, che come si è provato a rappresentare assumono nel mondo post-moderno una funzione, riconducibile a forme qualitativamente⁹⁰ non “tradizionali” di certezza, all'interno dei rapporti sociali⁹¹.

4. Nuove prospettive della certezza pubblica, la bipartizione tra certezza affidamento e certezza stabilità.

L'unica strada percorribile appare dunque quella di accedere ad una classificazione degli atti di certezza che,

⁹⁰ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.* Il quale osserva che: “il quadro funzionale delle varie attività a ciò deputate è solo apparentemente unitario, ma in realtà è esso stesso eterogeneo e questo non già (o non solo) sul piano giuridico ma proprio e fondamentalmente su quello economico e sociale”. Per tale ragione oggi più che di “attività produttiva di certezza” si può parlare di “produzione di certezze” ordinamentali: “certezze” intrinsecamente diverse sul piano qualitativo.

⁹¹ Si è già detto nel Cap. I come la produzione di certezza sia fortemente influenzata dalle esigenze pratiche dei consociati, un esempio di tale influenza può essere tratto dalla sempre crescente domanda di certezza che ricade su qualità intrinseca, piuttosto che su rapporti o su fatti giuridici. Sul punto si veda A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 877.

tenuto conto delle nuove esigenze dell'ordinamento, appunti la propria attenzione non sulla struttura dell'atto ma piuttosto sulla funzione da questo assolta.

La eterogeneità degli strumenti di certezza ed il fallimento della strada perseguita nel conseguimento del bene certezza⁹² sono, infatti, fattori che sembra possano essere posti ragionevolmente alla base di una nuova e diversa classificazione degli atti di certezza sotto il profilo anzidetto. Avendo più specificatamente riguardo al profilo funzionale, dunque, la differenza tra le "nuove" e le "vecchie" certezze diviene immediatamente apprezzabile sul piano sociale, dove ogni strumento sembra destinato ad soddisfare un'utilità specifica.

In proposito, sembra illuminante l'intuizione di autorevole dottrina che ha ritenuto di poter rintracciare almeno "due fondamentali accezioni del valore di certezza: "certezza" nel senso tradizionale, inteso come stabilità sociale di qualificazioni e rapporti giuridici; certezza intesa come affidamento sociale nelle qualità intrinseche di persone/o di beni della vita"⁹³.

In altre parole, "la produzione di certezza da parte dell'apparato amministrativo, così come è eterogenea sul piano strutturale è del pari funzionalmente differenziata"⁹⁴.

⁹² Infra cap. I, par. 4

⁹³ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.* L'A. che sotto questo profilo distingue tra "certezze stabilità" e "certezze affidamento" mette in luce come l'ordinamento produce "certezza stabilità" attraverso tecniche di stabilizzazione quando l'oggetto dell'atto sia tale da poter essere stabilizzato; produce invece "certezze affidamento" quando l'oggetto dell'atto è costituito da qualità socialmente apprezzabili che non sono costruibili con tecniche di stabilizzazione.

⁹⁴ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*.

In estrema sintesi, può osservarsi che il processo evolutivo subito dagli strumenti di certezza ha condotto, per un verso, alla trasformazione di alcuni loro caratteri essenziali (come si è osservato a proposito della maggiore rilevanza via via assunta dalla dichiarazione⁹⁵ - profilo comunicativo -, cui ha corrisposto la perdita di rilevanza del carattere della definitività⁹⁶) e, per altro verso, ha fatto emergere una duplicità di funzioni che sembra poter assumere un ruolo fondamentale nella sistematizzazione della materia oggetto qui di studio.

Ciò che cambia nella ricostruzione appena rappresentata è l'angolo visuale dal quale gli strumenti di certezza vengono osservati. Viene, infatti, assunto quale punto privilegiato di osservazione quello dell'impatto sociale che le certezze sono destinate a produrre⁹⁷.

In questo senso, la "veridicità" dell'operazione di accertamento, pur essendo a fondamento di entrambe le forme di certezza, assume un diverso valore nel caso della certezza affidamento e della certezza stabilità.

Infatti, dal punto di vista sociale, mentre nel primo caso a rilevare è l'effettiva rispondenza al vero dell'accertamento, nel secondo può anche prescindersi dalla conformità o non

⁹⁵ In proposito non può non rilevarsi che tradizionalmente uno dei tratti distintivi dell'atto di certezza è rappresentato dal fatto che in esso la "dichiarazione esaurisce la sua funzione nella rappresentazione del fatto accertato". M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 603.

⁹⁶ Sul punto vale la pena ricordare che una delle principali caratteristiche degli atti produttivi di certezza nella ricostruzione fornita da Giannini è costituita dal fatto che tali atti sono generalmente destinati a durare nel tempo. M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 608.

⁹⁷ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 880. Secondo l'autore tale approccio appare assolutamente obbligato, giacché le certezze sono rivolte alla collettività nel suo insieme, e non soltanto alle parti del rapporto giuridico accertato.

conformità della situazione accertata rispetto a quella “reale”⁹⁸.

Inoltre, una volta prescelto il punto di vista funzionale, non si può escludere che non solo la p.a ma anche il privato possa essere chiamato ad offrire giudizi o informazioni qualificate sui quali i soggetti terzi possono riporre affidamento⁹⁹.

Campo elettivo di rilevanza pratica dei “nuovi” strumenti di certezza si dimostra ancora una volta il mercato. Come antidoto alle asimmetrie informative che minano la fiducia degli operatori, esistono forme di certezza che svolgono una importante funzione di supplenza rispetto a “condizioni di fiducia interpersonale non realizzabili in modo spontaneo”.¹⁰⁰ In questi casi lo Stato attraverso la produzione di certezze assolve alla funzione di regolazione e soprattutto di garanzia, assicurando ai cittadini alcune sicurezze, intorno ai fatti della vita, che questi da soli non potrebbero ottenere¹⁰¹.

⁹⁸ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 881.

⁹⁹ A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 884.

¹⁰⁰ A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze private”*, Milano, Giuffrè, 2010, 29. L'A. in proposito osserva che nota è in argomento la rilevanza di taluni strumenti certificativi nei mercati finanziari: emblematica è certamente, in materia di revisione legale dei conti, la revisione di bilancio. E difatti, la questione dell'individuazione di strumenti idonei a garantire fiducia nella rappresentazione contabile si pone con la nascita delle società commerciali e si impone in particolare con il diffondersi delle società per azioni. Il contratto tra la società di revisione e la società commerciale si innesta in un coacervo normativo disciplinante l'attività di revisione generando una complementarità tra regole di origine negoziale e regole pubblicistiche.

¹⁰¹ A. FIORITTO, *op. cit.*, 330. Sul punto l'A. osserva che i privati sono in grado di fornire tali “sicurezze”, attraverso la regolazione e controllo dello stato : le certezze che così, opinando, possono sempre essere ricondotte allo stato, dunque da quanto sostenuto emergerebbe chiaramente che le certezze possono definirsi pubbliche per tre caratteri

5. Certezza affidamento e certezza stabilità: il piano giuridico strutturale. Prime note.

La distinzione tra certezza-stabilità e certezza-affidamento, operata sul piano della funzione e del *social impact* dello strumento, consente una concettualizzazione degli atti di certezza anche sul piano giuridico-strutturale.

Quanto alla certezza-stabilità, ciò che, a ben guardare, contraddistingue tali atti è l'oggetto stesso dell'accertamento, che non è più il fatto, la qualità, o la situazione giuridica, ma la veridicità del fatto, della qualità, o della situazione giuridica.

L'effetto preclusivo proprio dell'accertamento non si appunta dunque sul fatto in se ma sulla circostanza che il fatto sia vero. Si ha, così, un effetto preclusivo di certezza dotato di una portata bivalente: in primo luogo, impedisce di mettere in discussione la veridicità del fatto e, in secondo luogo, in via ulteriore e secondaria, impedisce di mettere in discussione il fatto.

Tali certezze creano discontinuità rispetto al passato e dunque determinano una preclusione che può essere rimossa solo attraverso l'operatività di un ulteriore momento di discontinuità¹⁰², azionabile nei modi e nei tempi previsti dall'ordinamento.

peculiari:ingenerano un affidamento pubblico, ovvero una fiducia e sicurezza circa i fatti sottesi alla certificazione;sono sottoposte ad un controllo pubblico anche se trattasi di certezze prodotte da privati; in quanto attività giuridicamente rilevante si svolgono nel pieno rispetto delle norme che le regolano ed in sinergia con le stesse. p. 15 ss.

¹⁰² S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, cit.

In altri termini, così come una disposizione normativa ha voluto l'accertamento della veridicità di un fatto, al contempo è solo una disposizione normativa a poter tracciare la strada per la sua rimozione: da qui l'assunto per cui tali certezze fanno fede fino a querela di falso.

Tale certezza dal punto di vista strutturale è costituita nel caso di atti aventi ad oggetto un fatto, una situazione giuridica o una qualità già costituita, da un accertamento che ha ad oggetto la veridicità degli stessi.

Talvolta gli atti costitutivi di certezza-stabilità non si limitano ad accertare la veridicità di certi fatti, ma si spingono fino ad ascrivere loro qualificazioni giuridiche. In questi casi è possibile individuare un doppio accertamento. Il primo avente ad oggetto il fatto o la qualità giuridica che rappresentano il presupposto della costituzione della nuova situazione giuridica ed a cui è connesso l'effetto costitutivo della qualità; ed il secondo, invece, che attiene alla certezza della situazione neo costituita, cui è connesso l'effetto preclusivo di certezza.

Nella norma che attribuisce il potere di creare certezza stabilità sarà, dunque, possibile rinvenire, quale proposizione condizionante, che il fatto, la qualità o la qualificazione siano vere e, quale proposizione condizionata, l'effetto di preclusione circa la veridicità del contenuto dell'accertamento.

Più complesso è invece, rintracciare un aggancio prettamente giuridico per gli atti che producono certezza-affidamento.

In questo caso, infatti, deve essere certamente escluso che una qualche preclusione possa essere ricondotta all'accertamento, che in taluni casi può mancare¹⁰³ ed in altri può essere "appaltato" al privato.

Tali atti sono utilizzati dai singoli come punti di riferimento obiettivi alla luce dei quali operare le proprie scelte strategiche: in ragione di ciò la loro carica valoriale è connessa all'intima percezione che essi hanno del loro contenuto.

Per tale ragione la forza spiegata da tale tipo di certezza, nella ricostruzione che qui si tenta di formulare, può essere sintetizzabile solo in termini di ragionevolezza, intesa quale parametro generale per considerare la bontà dello strumento rispetto all'utilità che intende conseguire¹⁰⁴.

Si può dunque ipotizzare che la particolare preclusione prodotta da questi atti nei confronti dei soggetti chiamati dalle singole norme di diritto positivo o dai principi generali dell'ordinamento ad operare istituzionalmente scelte razionali discende dall'interazione tra il fatto della non contestazione e la norma che impone un agire razionale.

¹⁰³ *Infra* cap. III.

¹⁰⁴ *Infra* Cap.I, par. 2.

CAPITOLO III

Un esempio di “certezza affidamento”: le “autocertificazioni”.

1. Le dichiarazioni sostitutive tra semplificazione e certezza.

In questo ultimo capitolo si proverà a dimostrare quanto sostenuto in tema di certezza affidamento, attraverso l'analisi di un istituto che occupa oggi uno spazio essenziale nei rapporti tra amministrazione e cittadino: le “autocertificazioni”.

Infatti, la necessità di assecondare le esigenze economiche e strutturali di uno stato inadeguato ad affrontare le sfide di un mondo sempre più globalizzato trovano oggi risposta in una serie di disposizioni volte a semplificare l'azione tanto dell'amministrazione tanto del privato, nel campo della documentazione amministrativa¹⁰⁵.

Già dalla fine degli anni '50 il legislatore si preoccupò di disporre alcuni strumenti che esonerassero il cittadino dall'allegazione di documenti o informazioni di cui l'amministrazione fosse già in possesso.

Questo sulla scorta della considerazione per cui l'allegazione di fatti già conosciuti dal soggetto pubblico si risolve in un inutile spreco di tempo e denaro.

L'importante presa di coscienza del legislatore, che si è rafforzata ed estesa in tutte le successive riforme della

¹⁰⁵ E' innegabile come, sotto il profilo prettamente economico, le autocertificazioni siano evidentemente funzionali al rilancio dell'economia e alla creazione di certezze a basso costo, anzi a costo zero per la p.a.. Sul punto si veda M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, 96.

documentazione amministrativa, si tradusse nella prima disposizione di semplificazione relativa ai dati contenuti nelle carte di identità, l'art. 3 del d.p.r. 2 agosto 1957 n.678.

La prima vera norma di semplificazione della disciplina deve, però, essere rintracciata nella legge 4 gennaio 1968 n.15, che istituì lo strumento delle "autocertificazioni" temporaneamente sostitutive.

Purtuttavia, l'uso effettivo della misura semplificatoria restò a lungo limitato, poiché la stessa si muoveva secondo quello che in Italia è, ancora oggi lo schema classico della semplificazione: posticipando nel tempo l'attività di verifica (o l'intervento) della pubblica amministrazione¹⁰⁶.

La misura diminuiva il carico di lavoro della p.a. e le spese dello stato, dal momento che solo chi doveva ottenere un provvedimento favorevole avrebbe dovuto presentare l'originale del certificato.

Nonostante gli evidenti vantaggi¹⁰⁷, lo strumento venne di fatto applicato di rado dalla stessa amministrazione.

Tanto la "variabile" cittadino, tanto la "variabile" pubblici funzionari vanificarono gli sforzi del legislatore.

¹⁰⁶ "La *ratio* della norma semplificatoria consiste - a ben guardare - non già nell'abolire un controllo (o nel renderlo meno efficace, fornendo un indebito vantaggio a chi tenti di beneficiare di situazioni non conformi alla legge), ma solamente nel posticiparlo (in funzione acceleratoria) per poi farne eventualmente retroagire gli effetti". T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 21 settembre 2006, n. 9032. in *Foro amm. TAR*, 2006, 2905.

Lo schema è stato riproposto per tutte le riforme in chiave semplificatoria che hanno riguardato la pubblica amministrazione, basti pensare allo schema procedimentale che caratterizza la D.I.A. o il silenzio assenso.

¹⁰⁷ In proposito basti pensare che l'allegazione in originale delle certificazioni in caso di concorso pubblico andava fatta solo all'atto dell'accettazione dell'incarico, quindi solo gli idonei dovevano allegare la relativa documentazione e non i partecipanti alla selezione.

Il primo, infatti, riteneva maggiormente opportuno allegare la documentazione richiesta già dal primo contatto con l'amministrazione; gli altri, non di rado, richiedevano la documentazione in originale, quale presupposto inderogabile per dare avvio al procedimento; il tutto con l'avallo della giurisprudenza amministrativa che solo di recente ha censurato simili atteggiamenti.

Ciò che ostacolò il diffondersi dello strumento di semplificazione fu, dunque, l'atteggiamento dei soggetti che avrebbero dovuto trarre vantaggio dalla disposizione, a riprova del fatto che spesso pur se il legislatore riesce ad individuare il problema, a causa dell'insufficiente uso degli studi sociologici, non riesce a prevedere né il comportamento umano, né la reazione della stessa amministrazione; questa può sovente dimostrarsi strutturalmente inadeguata a recepire direttive che, in linea di principio, dovrebbero condurre a risultati efficienti ed efficaci.

Anche sotto questa luce v'è visto il processo di semplificazione che ha riguardato la disciplina della documentazione amministrativa, le cui riforme ispirate al modello anglosassone ed elaborate secondo una logica binaria (causa-effetto) si sono scontrate con l'atteggiamento tendenzialmente diffidente che caratterizza il rapporto tra amministrazione e cittadino nel nostro paese, ricco di "variabili" evidentemente imprevedibili¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Si rivela determinante anche in questo settore l'assenza di studi sociologici, volti a comprendere la reazione dell'amministrazione e dell'amministrato ad una disciplina innovativa, che però privava entrambe di quei formalismi che rappresentavano nell'immaginario

Una sensibile evoluzione in materia di semplificazione della documentazione amministrativa si registra in tempi più recenti, con la normativizzazione del principio di non aggravamento¹⁰⁹; questo muta la prospettiva che aveva caratterizzato la precedente normativa sulle dichiarazioni sostitutive.

Dalle riforme volte alla semplificazione del procedimento amministrativo, come sottolineato dalla dottrina, “emerge il contenuto funzionale del non aggravamento, nel senso che tale principio assume ormai un valore di ragionevolezza che prima non gli era riconosciuto¹¹⁰”.

E’, invero, necessario osservare che le riforme, che hanno semplificato l’azione amministrativa sulla scorta di tale principio, per un verso hanno alleggerito la posizione del cittadino, ma per l’altro hanno sollevato l’amministrazione dal peso di decisioni e responsabilità¹¹¹.

comune l’unica garanzia per il buon esito del procedimento. Sulla rilevanza degli studi non giuridici sull’amministrazione si veda S. CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, 74 ss.

¹⁰⁹ Pur se appare opportuno rammentare, anche per ciò che si dirà in seguito che: “l’istruttoria del procedimento deve essere necessariamente adeguata, ossia “razionale”, in quanto la decisione che non abbia esaminato tutti gli interessi rilevanti apparirà come priva di ragionevolezza cioè contraria al principio di proporzionalità” R. FERRARA, *Le “complicazioni” della semplificazione amministrativa: verso un’amministrazione senza qualità?*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, II, 652 ss.

Sul principio di non aggravamento si veda tra gli altri F. SAITTA, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un’azione amministrativa “economica” tra libertà e ragionevole proporzionalità dell’istruttoria*, in *Dir. e soc.*, 2001, 491 ss.

¹¹⁰ P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione*, Roma, Philos, 2005, 90.

¹¹¹ Un esempio in tal senso deve rinvenirsi nello strumento del silenzio assenso, per mezzo del quale si supera l’immobilismo dell’amministrazione, non solo esonerando la stessa dall’onere di pronunciarsi, ma soprattutto sgravandola dalla responsabilità della decisione.

Il legislatore rivede i meccanismi della documentazione amministrativa così da semplificare l'attività del privato, e ad un tempo quella dell'amministrazione certificante.

Orbene, in questa direzione vanno due leggi che si susseguono in un breve spazio temporale (la legge 15 maggio 1997 n.127e la legge 16 giugno 1998 n.191) definendo in larga misura la disciplina attualmente in vigore e prevedendo tra le altre misure volte al rilancio dello strumento alcune norme sanzionatorie nei confronti dei funzionari che non accettino dichiarazioni sostitutive in luogo del certificato originale.

Anche se, il momento fondamentale è quello rappresentato dal riordino della materia effettuato dal d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa); il T.U. ha definitivamente "lanciato" le dichiarazioni sostitutive, segnando la inevitabile scomparsa della dichiarazione temporaneamente sostitutiva, nel rispetto più profondo del principio di non aggravamento¹¹².

All'art. 41 del d.p.r. 445/00 viene infatti previsto l'obbligo dell'amministrazione di dare seguito al procedimento per cui le certificazioni "sono richieste", facendo salva la possibilità per il soggetto pubblico di controllare in un secondo momento.

¹¹² In altre parole il privato viene completamente sollevato dall'onere di allegare il documento in originale, tale incombenza ricade invece sull'amministrazione che ove lo ritenga opportuno potrà in sede di controllo richiedere all'amministrazione certificante una copia del documento anche in copia informale, o se essa stessa è in possesso del documento richiederlo agli uffici interni competenti.

La previsione aggiunta in modifica rispetto alla formulazione dell'art. 2 comma 4 della l. 127/97, sembra essere ispirata alla contrazione dei tempi istruttori¹¹³, ma introduce un inevitabile momento di rottura del sistema rispetto al passato, conferendo dignità autonoma - sganciata dal documento originale - alla dichiarazione sostitutiva¹¹⁴.

Una simile scelta, oltre a rimettere in discussione l'intero impianto della documentazione amministrativa, ha inevitabilmente inciso sul sistema delle certezze ordinamentali.

L'esigenza di semplificare in materia di documentazione era, ed è strettamente connessa al carattere fortemente formalizzato degli strumenti di cui l'ordinamento si serve per cristallizzare la realtà.

In questo processo innovativo, un ruolo fondamentale è rivestito dal principio di auto-responsabilità del privato¹¹⁵;

¹¹³ P. LAZZARA, *op. cit.*, 282

¹¹⁴ La riforma delle dichiarazioni sostitutive sembra essere in perfetta sintonia con la teoria della "razionalità procedurale" infatti, Il legislatore attraverso lo strumento delle autocertificazioni sopperisce alla cronica carenza di informazioni, la decisione assunta sulla scorta della dichiarazione mendace si trasferisce dall'area dell'incertezza all'area del rischio.

"Dal punto di vista economico è infatti ormai chiaro che il rischio individua un area di incertezza calcolabile e misurabile, mentre l'incertezza in senso proprio sfugge a qualsiasi tentativo di calcolo" R. FERRARA, *op. cit.*, 668.

¹¹⁵ Il "c.d. principio di "autoresponsabilità" deriva dalla possibilità di presentare dichiarazioni che abbiano valenza giuridica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tanto che l'eventuale "abuso" di tali strumenti (tale cioè da generare dubbi sulla veridicità del contenuto) può, tra l'altro, impedire il prodursi di effetti favorevoli nella sfera dell'interessato" T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 26 aprile 2006 , n. 1054, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1208.

"Il collegamento esistente tra il profilo dell'efficacia amministrativa dell'attestazione proveniente dal cittadino e quello della responsabilità

la dottrina sul punto ha avuto modo di sottolineare come le innovazioni legislative volte alla semplificazione, nell'affidare maggiore responsabilità al cittadino, abbiano inteso confidare "nella responsabile e cosciente collaborazione dello stesso ai fini dello svolgimento dell'attività amministrativa"¹¹⁶.

In tal senso le autocertificazioni assumono rilievo giuridico poiché il soggetto che le pone in essere è cosciente del fatto che attraverso le stesse è in grado di produrre un condizionamento giuridico il cui fondamento risiede nella conoscenza del fatto dichiarato. Nella autocertificazioni, dunque, più che una conoscenza semplice, vi è un dovere di conoscenza di ciò che si dichiara ed è questa doverosità che genera la responsabilità del suo autore.

Ad un alleggerimento materiale della posizione del cittadino corrisponde dunque, in capo ad esso lo spostamento delle responsabilità istruttorie¹¹⁷.

Il processo appena descritto che ha caratterizzato le più importanti riforme in chiave semplificatoria della fine dello scorso secolo, non può trovare come solo momento giustificativo la necessità di liberare l'amministrazione dal

penale del dichiarante si presenta come assolutamente inscindibile, giacché l'impegno consapevolmente assunto dal privato a "dire il vero" costituisce l'architrave che regge l'intera costruzione giuridica degli specifici istituti di semplificazione" così sez. V, 4 maggio 2006, n. 2479, in *Vita Not.*, 2006, 219.

¹¹⁶ Relazione del prescindete del Consiglio dei ministri, on. Moro, in Atti Parl. Sen. IV legisl., doc. n. 2242, la frase è richiamata da G. ARENA, "Autocertificazioni" e amministrazione per interessi, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, I, 39.

¹¹⁷ M. MAZZMUTO, *La riduzione cit.*, 55 ed invero tale processo di spostamento di una parte rilevante dell'attività amministrativa in capo al cittadino è stato strenuamente criticato in dottrina che in proposito ha parlato di coamministrazione tra cittadino e p.a. facendone emergere i punti "oscuri".

peso della decisione, ma va visto anche alla luce della complessità e quantità degli affari con cui questa deve confrontarsi, nonché della maggior forza che oggi assumono gli interessi pretensivi, tanto da attribuire un grande rilievo all'auto-responsabilità, in relazione al momento dell'iniziativa e dell'allegazione dei fatti favorevoli¹¹⁸.

L' "autocertificazione" quale procedimento di semplificazione tende ad eliminare tutte le formalità che hanno da sempre caratterizzato le certificazioni nel nostro ordinamento¹¹⁹.

La semplificazione nella materia della documentazione amministrativa generalmente si traduce nella attenuazione dei formalismi tipici degli atti di certezza; in particolare nel caso delle "autocertificazioni", si predispongono formule *standard* che il cittadino è obbligato ad osservare, così che sia chiara la volontà del soggetto di autocertificare ed allo

¹¹⁸ P. LAZZARA, *op. cit.*, 97

¹¹⁹ Sul alcuni spunti importanti di riflessione possono essere desunti dalla lettura orientata di N. BOBBIO, *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, Edizione di comunità, Milano, 1977, 21 e ss. l'A. infatti mette in luce le trasformazione del posto che il diritto occupa nella società, esaltandone il suo carattere promozionale. In chiave prospettica, dunque, lo strumento delle autocertificazioni, osservato sotto il profilo della riduzione della funzione specifica del diritto come strumento di controllo, sembra possa realizzare un controllo pervasivo. Ovvero un controllo di grado inferiore che trova il suo fondamento nell'esteso condizionamento psicologico degli individui e che nella società tecnologicamente avanzate si sposta dalla repressione alla prevenzione. In questo senso occorrerebbero ulteriori e più approfonditi studi, anche di carattere statistico, che permettano di conoscere la motivazione e le condizioni che rendono possibile il comportamento deviante. In altre parole le uniche strade percorribili, idonee a garantire il funzionamento efficiente della autocertificazioni sono per un vero la conoscenza delle ragioni del comportamento deviante delle dichiarazioni mendaci (così da prevenire ove possibile che ciò avvenga) e per altro la diffusione della utilità collettiva dello strumento tanto da rendere meno rilevante - perché quasi superflua - l'attività repressiva svolta ex post dall'autorità.

stesso tempo vi sia consapevolezza rispetto all'atto posto in essere ed alle conseguenze che da questo discendono.

L'amministrazione attraverso il procedimento in esame "svincola" risorse e affranca il cittadino da una serie di incombenze ritenute inutilmente gravose rispetto al raggiungimento della completezza istruttoria.

Il legislatore con la misura in esame tenta, dunque, di bilanciare tra loro i valori della certezza e della semplificazione dell'azione amministrativa, come osservato da parte della dottrina "il testo unico è redatto in modo da costituire una sorta di ponte fra il vecchio e il nuovo sistema delle certezze pubbliche¹²⁰".

Il legislatore completa il quadro normativo riequilibrando la posizione del privato rispetto all'amministrazione addossando a carico di quest'ultima l'onere di controllare, salvo escluderne la responsabilità per eventuali dichiarazioni mendaci rese dal cittadino.

L'attuale disciplina relativa alle dichiarazioni sostitutive esonera, dunque, il singolo dall'allegazione della documentazione originale, il che come è facile intuire facilita ed incentiva l'uso dello strumento di semplificazione, ma allo stesso tempo crea non pochi problemi per la stabilità dell'intero sistema della documentazione amministrativa.

2. Dichiarazioni sostitutive di certificato, dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, il problema dei limiti impliciti.

¹²⁰ G. ARENA, *op. cit.*, 38.

Altro aspetto problematico della disciplina attiene agli strumenti che concretamente il legislatore predispone in chiave semplificatoria: le dichiarazioni sostitutive di certificati, e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà.

I due strumenti giuridici, che sembrano ispirati dalla medesima *ratio*, hanno una rilevanza assolutamente diversa sul piano sostanziale.

Infatti, le dichiarazioni sostitutive attengono sempre a conoscenze già acquisite dall'amministrazione, mantenendo una funzione puramente dichiarativa¹²¹.

Le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, invece, quale strumento vicario rispetto a quest'ultimo, non attengono a circostanze di cui l'amministrazione è documentalmente a conoscenza, ma sostituiscono un procedimento costoso e defaticante, con un altro ben più semplice.

Gli atti di notorietà, infatti, hanno rappresentato per lungo tempo l'unico strumento attraverso il quale dimostrare circostanze notorie sulle quali mancava un base documentale.

La forza probatoria dell'atto di notorietà è evidentemente ridotta rispetto alla normale capacità di provare che potremmo rinvenire in un documento dell'amministrazione,

¹²¹ Per comprendere meglio cosa si vuole intendere per dichiarazione sostitutiva di certificato è bene precisare cosa si intende per certificato: questo è il documento in cui è esternata la certificazione ovvero una "dichiarazione di scienza in funzione di partecipazione"; convivono in esso profili di scienza e di conoscenza.

Invertendo l'ordine dei "fattori" il certificato è una dichiarazione di certezza, che attiene alla scienza d'ufficio, è preceduto, da un atto di ricognizione compiuto dall'ufficio, che si sostanzia materialmente nel certificato.

Le certificazioni di norma attengono alle informazioni già possedute dall'ufficio, ed hanno durata limitata, dovuta alla mutevolezza della realtà sottostante. M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 601 e ss.

non fosse altro per il fatto che questo è espressione di una verità soggettiva, poiché esprime la notorietà di un fatto così come percepita: è dunque più alto il rischio di un travisamento del fatto in sé.

Il soggetto nella dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, dunque, dichiara una circostanza di cui l'amministrazione non ha conoscenza, e la cui veridicità è spesso lontana dal poter essere con semplicità comprovata, il che potrebbe anche consentire un utilizzo distorto dello strumento.

Rispetto alle dichiarazioni sostitutive di notorietà, si registra più forte la tensione tra i principi di certezza e quello di semplificazione, che convivono in equilibrio precario in tutto il testo unico sulla documentazione amministrativa.

Né vale a riequilibrare il sacrificio imposto al valore della certezza, l'aggravio di formalità previsto per tali dichiarazioni.

L'allegazione di un documento d'identità sottoscritto dal dichiarante, non sembra avere, infatti, quella valenza sostanziale di collegamento personale tra dichiarazione e dichiarante che il giudice amministrativo ha più volte ribadito, ma piuttosto appare come una misura di semplice deterrenza.

La sostanziale differenza che attiene all'oggetto della dichiarazione che sostituisce tanto il certificato, tanto l'atto di notorietà, deve condurre ad alcune osservazioni in merito alla capacità di operare delle dichiarazioni sostitutive.

Quello relativo ai limiti impliciti ed espliciti che incontra la possibilità di dichiarare del privato a norma del d.p.r. 445/00, sembra un punto fondamentale per comprendere

la reale portata dello strumento di semplificazione; in tal senso appare significativa la lettura in combinato disposto degli art. 46 e 47.

Le disposizioni appena richiamate elencano stati, qualità personali o fatti, in cui è possibile servirsi degli strumenti di semplificazione.

Quanto previsto dall'art. 46 sulla possibilità di dichiarare in sostituzione di certificato, è ulteriormente ampliato dalla norma di chiusura prevista dall'art. 47: "...nei rapporti con la pubblica amministrazione e con i concessionari di pubblici servizi, tutti gli stati, le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell'articolo 46..." possono essere oggetto di dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, salvo limiti appositamente previsti dall'ordinamento.

Di contro l'art. 49, rubricato "limiti all'utilizzo delle misure di semplificazione", predispone al primo comma un elenco dei certificati che per la mutevolezza e la rilevanza delle informazioni contenute o la qualità del soggetto che certifica, non possono essere oggetto di dichiarazione sostitutiva¹²².

Orbene, emerge dirompente la portata generale dello strumento di semplificazione, ove le disposizioni sui limiti si leggano alla luce tanto dell'oggetto della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, tanto delle disposizioni che prevedono in capo all'amministrazione il divieto di richiedere la certificazione in originale ove sia possibile sostituire questa con un dichiarazione della parte

¹²² "I certificati medici, sanitari, veterinari, di origine, di conformità CE, di marchi o brevetti non possono essere sostituiti da altro documento, salvo diverse disposizioni della normativa di settore".

interessata, salvo che non vi sia espressa disposizione di legge¹²³.

In altre parole, il legislatore ha predisposto uno strumento che segna la scomparsa dell'atto di notorietà¹²⁴, che non ha più alcuna utilità, e una sensibile riduzione del certificato "tradizionale".

¹²³ E' opportuno osservare come la portata generale della disposizione incide sul sistema delle certezze: infatti è possibile vantare nei confronti del soggetto pubblico qualsiasi qualità, anche quelle per le quali non si dispone di un certificato depositato presso un archivio immediatamente fruibile dall'amministrazione procedente, questa possibilità permette dunque al privato di dichiarare sotto la propria responsabilità ciò che gli è utile in un determinato procedimento.

A questa possibilità deve sommarsi l'impossibilità dell'amministrazione di richiedere certificati in originale al privato ove questi abbia provveduto a dichiarare in sostituzione quanto richiesto.

Sul punto significativa è la pronuncia giurisprudenziale che in relazione ad un bando di gara che imponeva la presentazione di una determinata certificazione ha rinvenuto l'illegittimità dello stesso affermando in particolare che: "le aziende che intendono partecipare a gare per l'assegnazione di appalti pubblici, sono tenute a presentare unicamente una dichiarazione del legale rappresentante, che attesti l'ottemperanza agli obblighi di assunzione; sarà cura delle amministrazioni interessate effettuare, nei confronti dell'azienda che risulterà aggiudicataria, i necessari accertamenti presso i servizi provinciali che esercitano le funzioni di collocamento". T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 11 dicembre 2006, n. 1790, in *Foro amm. TAR*, 2006, 4045; ed ancora "in difetto di deroghe esplicite al novero dei rapporti nell'ambito dei quali risulta utilizzabile l'"autocertificazione", tale ultimo strumento di semplificazione (anche per la sua valenza strategica nella rimodulazione delle relazioni tra il cittadino e le pubbliche amministrazioni) deve intendersi ammesso in ogni settore dell'azione amministrativa e, nel dubbio, favorito con interpretazioni sistematiche delle disposizioni apparentemente ostative che assegnino a queste ultime significati compatibili con la più ampia diffusione delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni" Sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5797, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2521.

Il combinato delle due disposizioni fa sì che il privato possa dichiarare anche qualità di cui l'amministrazione non può provare l'inesistenza e l'amministrazione è priva di strumenti per impedire che ciò avvenga. In questo senso anche l'art. 38 comma 5 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che disciplina l'attestazione del possesso dei requisiti delle imprese estere che intendono partecipare ad una procedura per l'affidamento di un appalto.

¹²⁴ P. LAZZARA, *op. cit.*, 296

Questa rivoluzione pone in seria crisi la tradizionale visione della documentazione amministrativa, tanto da doversi auspicare l'elaborazione di un sistema di limiti impliciti alle dichiarazioni sostitutive, come peraltro è stato fatto da una parte della dottrina¹²⁵.

Questa ha osservato come la sostanziale possibilità di comprovare presso l'amministrazione qualsiasi circostanza, anche non altrimenti verificabile, porta a nutrire forti dubbi sulla compatibilità della disposizione sulla dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la nostra carta costituzionale.

Si è infatti sostenuto che una simile disposizione violerebbe il principio di legalità.

Un'asettica interpretazione del T.U. condurrebbe ad ammettere la possibilità di adottare provvedimenti amministrativi sulla base di presupposti ed elementi di fatto non verificabili.

Atteggiamento, questo, assolutamente inaccettabile, che può essere scongiurato solo attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata delle disposizioni in esame, che conduca ad escludere le dichiarazioni rispetto a circostanze fatti o qualità non comprovabili ¹²⁶ .

Una lettura in tal senso appare ancor più corretta ove si tenga conto di quanto in precedenza detto in proposito degli

¹²⁵ Per una disamina più approfondita sul punto di veda P. LAZZARA, *op. cit.*, 292

¹²⁶ P. LAZZARA, *op. cit.*, 298, l'autore evidenzia altresì, che la dichiarazione in cui il soggetto si impegna sotto la propria responsabilità nei confronti dell'amministrazione rispetto ad un evento futuro, non può certamente integrare gli estremi della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, se non altro poiché non vi è il fatto notorio.

obblighi che gravano sull'amministrazione: di non sospendere il procedimento e di non discostarsi dalla dichiarazione del privato senza averne provato la non veridicità¹²⁷.

Quanto appena affermato mostra tutta la sua forza dirompente ove si pensi che l'amministrazione, "in base ai canoni di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 cod. civ. ed all'art. 97 Cost. che vincolano l'agire della P.A. nei suoi rapporti con i privati¹²⁸", non può mettere in dubbio la veridicità della dichiarazione del cittadino, senza aver prima effettuato i controlli previsti dalla normativa; l'azione della p.a. rimane fortemente vincolata al contenuto dell' "autocertificazione" fin tanto che questo non sia stato confutato.

¹²⁷ Si veda ancora ad esempio T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 15 febbraio 1999, n. 405, in *Foro Amm.*, 1999, 1876; in cui il giudice amministrativo censura l'operato della commissione assegnazione alloggi affermando che: "in presenza di dichiarazioni sostitutive degli interessati attestanti la situazione reddituale di costoro, deve, ove le ritenga inattendibili (e quindi voglia discostarsene), fondare le proprie diverse determinazioni su concreti elementi di valutazione che siano idonei a provare il contrario di quanto affermato nelle suddette dichiarazioni".

In altre parole il giudice rovescia l'onere della prova a carico dell'amministrazione che ove voglia discostarsi da una certificazione deve provare che quanto dichiarato dalla parte non corrisponde al vero. Assolutamente criticabile è invece sul punto la pronuncia del TAR Lombardia Milano, sez. II, 26 aprile 2006, n. 1054, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1208, che ha ritenuto legittimo il provvedimento emesso da un comune che, in presenza di dichiarazioni contrastanti rese dallo stesso soggetto, pur non procedendo ai controlli, ha ritenuto mendace la dichiarazione resa dal privato, escludendolo così dalla graduatoria per l'assegnazione di alloggi popolari.

In questo caso il provvedimento era invece certamente affetto da eccesso di potere, infatti l'amministrazione ha arbitrariamente considerato mendace la dichiarazione.

¹²⁸ T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 28 ottobre 2005, n. 17852, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3262.

In questo senso è orientata la normativa di riferimento, che attribuisce alla dichiarazione una presunzione di veridicità; la giurisprudenza ha, dunque, ritenuto viziato da eccesso di potere il provvedimento che senza previo controllo si sia discostato da quanto dichiarato dal privato¹²⁹, ritenendo in ordine ad una procedura concorsuale che: *“l’inerzia procedimentale acquista l’obiettivo significato di acquiescenza per facta concludentia alle risultanze della domanda di partecipazione del privato”* ¹³⁰.

In altri termini, se un fatto non è comprovabile, ove fosse autocertificato dalla parte sarebbe inamovibile e inconfutabile, tanto da dovere essere assunto come certo¹³¹.

Il limite alle dichiarazioni sostitutive deve dunque essere costituito dal valore della certezza ¹³², vada pertanto

¹²⁹Sez. V, 22 gennaio 2003, n. 246, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 1064, “in presenza di dichiarazioni sostitutive degli interessati attestanti la situazione reddituale di costoro, deve, ove le ritenga inattendibili (e quindi voglia discostarsene), fondare le proprie diverse determinazioni su concreti elementi di valutazione che siano idonei a provare il contrario di quanto affermato nelle suddette dichiarazioni”.

La questione assume rilevanza anche nella fase patologica sulla opportunità di motivare successivamente.

¹³⁰ T.A.R. Campania Napoli, sez. V, 28 ottobre 2005, n. 17852, in *Foro amm. TAR*, 2005, 3262.

¹³¹ M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 609. L’autore sottolinea in particolare come di norma tutte le certezze sono verificabili, pur tuttavia può accadere che una certezza non sia più verificabile in questi casi diviene dunque irreversibile, “la certezza irreversibile è dunque desumibile non da un tratto sostanziale, ma procedimentale, quella che non può più essere verificata”.

¹³² La tesi prospettata che fa leva sulla possibilità che il limite alle dichiarazioni sostitutive sia costituito dalla certezza, poggia più a fondo sulla consapevolezza che la certezza nel suo significato più alto si assume quale valore fondamentale dell’ordinamento giuridico poiché, contribuisce al conseguimento del buon andamento e della imparzialità dell’amministrazione stessa.

E’ in vero evidente come un ordinamento i cui provvedimenti sono privi di basi istruttorie certe ed inconfutabili non possa mai considerarsi rispettoso del principio del buon andamento e dell’imparzialità, atteso che possono verificarsi e rimanere impuniti usi distorti dell’istituto.

scongiurata la possibilità che tali forme di semplificazioni si facciano portatrici di dati non verificabili e dunque immutabili.

Altra parte della dottrina, sul punto, ha sostenuto la necessità di dichiarare solo dati oggettivi ed ufficiali, l'assunto sarebbe comprovato dalla disposizione che prevede i limiti all'utilizzo delle misure di semplificazione, che andrebbe interpretato come limite generale rispetto a tutte le certificazioni improprie¹³³, dove appunto svolge un ruolo principale l'attività valutativa¹³⁴.

Và rilevato sul punto l'orientamento mostrato dalla giurisprudenza sulle certificazioni Ce, espressamente escluse dall'art. 49 dalle circostanze dichiarabili attraverso lo strumento di semplificazione.

Questa ha sottolineato la necessità che le stesse siano provabili solo dal soggetto detentore, poiché provenienti da una parte privata, ma allo stesso tempo ha sancito un importante principio, sostenendo che: *“l'amministrazione possa ritenere, in funzione di interessi prevalenti rispetto a quelli della mera semplificazione, non consentita tale alternativa, quando la produzione del documento (in originale o copia autentica) non sia surrogabile, o tale non si ritenga motivatamente, con la dichiarazione di conformità all'originale resa nella forma alternativa della dichiarazione sostitutiva di notorietà”*¹³⁵.

¹³³ G. ARENA, *Autocertificazione*, cit., 37 ss.

¹³⁴ P. LAZZARA, *op. cit.*, 303

¹³⁵ T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 14 gennaio 2005, n. 67, in *Foro amm. TAR*, 2005, 35, sul punto si veda anche T.A.R. Lombardia Brescia, 05 ottobre 2004, n. 1150 in *Foro amm. TAR*, 2004, 2870, “i certificati di

Per cui è la stessa amministrazione che deve valutare motivatamente la surrogabilità o meno di un certificato, anche se lascia perplessi la circostanza che tale affermazione veda la luce in una controversia che si occupa di certificato Ce che dovrebbe essere escluso *ex lege* dalle circostanze dichiarabili.

L'orientamento, dal punto di vista logico ineccepibile ed auspicabile, non trova riscontro nel testo della disposizione, che sembra aver definito tassativamente le ipotesi di esclusione della dichiarazione sostitutiva, e nella giurisprudenza - che non ha mancato di sottolineare la generalissima portata dell'istituto¹³⁶ - la quale ha con forza sostenuto che questo debba trovare la più ampia applicazione¹³⁷.

Se dunque il meccanismo delle dichiarazioni sostitutive ha carattere generale, devono considerarsi tassativi i limiti previsti espressamente dalla norma.

Deve invero considerarsi che: per un verso, un'interpretazione estensiva dei limiti renderebbe maggiormente equilibrato rispetto al bene certezza l'istituto di semplificazione, ma ne complicherebbe l'applicazione tanto da incentivare un atteggiamento ostile della p.a..

conformità Ce non possono essere sostituiti da altro documento, costituendo un'eccezione alla regola generale dell'"autocertificazione".

¹³⁶ Questa vede le ipotesi di esclusione della possibilità di autocertificare come eccezioni alla regola generale, significativo in tal senso appare T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 11 dicembre 2006, n. 14126 "È illegittima l'esclusione di un concorrente da una gara pubblica motivata con riferimento alla presentazione della sola dichiarazione sostitutiva attestante il rispetto delle norme sul diritto al lavoro dei disabili e non anche l'apposita certificazione prescritta dalla l. n. 68/99 art. 17";

¹³⁷ Sez. VI, 19 marzo 2008, n. 1206, in sostiene la non tassatività dell'elenco previsti dall'art. 46 e considera la dichiarazione sostitutiva istituto di carattere generale.

Un'interpretazione restrittiva delle disposizioni in esame, comporterebbe infatti, a ben guardare, la sostanziale abrogazione della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà.

Orbene, se si parte dall'assunto che può dichiararsi solo ciò che è oggettivamente comprovabile; si sostiene che può formare oggetto di "autocertificazione" solo ciò che è preventivamente contenuto in un atto dell'amministrazione che ne renda oggettiva l'esistenza, ovvero il contenuto di un certificato o qualcosa di molto simile; ciò premesso, tenuto altresì conto dell'affermazione giurisprudenziale per cui l'art. 46 non è elenco tassativo, ma estensibile per analogia: si deve concludere per la sostanziale abrogazione dell'art. 47.

L'unica soluzione compatibile con le esigenze di legalità, efficienza ed economicità¹³⁸ sembra invece essere quella di riconoscere in capo all'amministrazione una certa autonomia nell'escludere, motivatamente, la surrogabilità di un determinato documento, sulla scorta delle esperienze che si verranno formando.

Sul punto, dunque, sarebbe auspicabile una correzione del legislatore, o un intervento del Giudice delle Leggi, atteso che la lettura sistematica delle norme si muove in tutt'altra direzione.

Appare dunque difficilmente compatibile, ancorché intrinsecamente giusta, una interpretazione che restringa il

¹³⁸ In particolare i principi di economicità ed efficienza vengono posti in crisi dal controllo sulle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà; a causa dell'enorme dispendio di tempo e denaro impiegato nella confutazione della dichiarazione.

campo elettivo di applicazione della dichiarazione sostitutiva.

3. Il controllo: doverosità.

Altro aspetto particolarmente problematico delle dichiarazioni sostitutive è quello che attiene al controllo; l'art. 71 del d.p.r. 445/00, racchiude in se l'essenza dell'istituto semplificatorio, ed è il primo momento in cui si registra un intervento attivo della p.a..

La disposizione in parola attribuisce alle amministrazioni procedenti, che ricevono le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, la funzione di controllo sulla veridicità e correttezza delle stesse.

In primo luogo appare opportuno osservare come la fase di verifica sia stata introdotta solo nelle più recenti riforme che hanno riguardato le dichiarazioni sostitutive.

La legge 4 gennaio 1968 n.15 non prevedeva alcun meccanismo di controllo sulla veridicità della dichiarazione; la scelta del legislatore va letta alla luce dell'effettivo atteggiarsi dell'istituto, che concepiva l'attività privata come dichiarazione solo temporaneamente sostitutiva; venivano con questo meccanismo eliminati tutti i rischi connessi alle false attestazioni¹³⁹.

Il controllo sulle "autocertificazioni" fu introdotto nel nostro ordinamento per la prima volta con il d.p.r. 20 ottobre 1998 n. 403, che all'art. 11 onerava le amministrazioni di

¹³⁹ Il privato, prima di ottenere il provvedimento favorevole dell'amministrazione aveva, dunque, l'onere di allegare i certificati in originale.

effettuare “idonei controlli, anche a campione”, in merito alla veridicità delle dichiarazioni.

La norma introdotta nell'ottobre del 1998 è preceduta dalla legge 16 giugno 1998 n.191, che statuisce la possibilità di portare avanti il procedimento pur senza l'originale del certificato.

Orbene, rispetto all'azione di un'amministrazione che deve concludere il procedimento entro termini predeterminati, l'unica fase in grado di garantire stabilità alla circolazione delle informazioni rimane quella del controllo.

Deve anche qui compararsi la disposizione in parola con l'impossibilità per l'amministrazione di discostarsi da quanto dichiarato dal privato senza averne prima provato la non veridicità.

Purtuttavia il principio della presunzione di veridicità è temperato dall'atteggiamento sostanzialista della giurisprudenza, che lo afferma ogni qual volta sia stata comunque provata la rispondenza al vero della dichiarazione in corso di causa, e lo disattende quando il privato non abbia provato che è vero quanto esso dichiara¹⁴⁰.

¹⁴⁰T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 26 aprile 2006 , n. 1054, in *Foro amm. TAR*, 2006, 1208, “le informazioni sulla situazione reddituale dell'interessato, il problema che si è posto al Comune resistente è stato quello di stabilire, a fronte di autodichiarazioni contrastanti, quale fosse quella veritiera posto peraltro che il ricorrente, oltre a non aver prodotto alcuna documentazione al riguardo, ha anche dichiarato “di non aver presentato la dovuta dichiarazione fiscale”.

A fronte dell'assenza di risultanze documentali idonee a far emergere la reale situazione economica del ricorrente (come detto, non provata neppure in questa sede) e considerata la cronica carenza di alloggi della specie per far fronte alle innumerevoli emergenze abitative esistenti nell'ambito territoriale di riferimento, la decisione del Comune di non ritenere sussistenti i presupposti per attivare nei confronti dell'istante la

Il controllo assume dunque una rilevanza fondamentale, tanto per confutare la veridicità di quanto dichiarato, tanto come deterrente per la generalità dei consociati.

La dottrina ha rintracciato, nell'aumento dei casi in cui è stato reso possibile l'utilizzo dell' "autocertificazione", e nella funzione deterrente, la ragione dell'introduzione dell'obbligo di controllo¹⁴¹.

Certamente le ragioni esposte appaiono pertinenti: infatti, se per un verso il controllo è una logica conseguenza dalla riforma apportata dalla legge n.191/98, per altro verso, la possibilità di effettuarlo a campione è indice di come il

procedura straordinaria di cui all'art. 46 della legge regionale n. 28/90 risulta immune dai vizi dedotti.

In quest'ottica, risulta pertinente il richiamo operato dalla difesa comunale (nella memoria depositata in vista della trattazione del merito) all'art. 75 del d.p.r. n. 445/00 (recante il "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa") secondo cui "...qualora dal controllo... emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera". La predetta disposizione costituisce, invero, esplicitazione del c.d. principio di "autoresponsabilità" derivante dalla possibilità di presentare dichiarazioni che abbiano valenza giuridica nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tanto che l'eventuale "abuso" di tali strumenti (tale cioè da generare dubbi sulla veridicità del contenuto) può, tra l'altro, impedire - come nel caso di specie - il prodursi di effetti favorevoli nella sfera dell'interessato (l'assegnazione, in via straordinaria, di un alloggio ERP)".

¹⁴¹ G. ARENA, *op. cit.*, 62 "la vera funzione di controllo non è tanto quella di punire coloro che dichiarano il falso, quanto quello di scoraggiare in futuro il più alto numero di soggetti dal dichiarare il falso, se infatti l'obbiettivo del legislatore fosse stato quello di punire tutti gli autori di "autocertificazioni" false, i controlli avrebbero dovuto essere a tappeto, non a campione". In senso analogo M. BOMBARDELLI, *la semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in AA. VV. *La documentazione amministrativa*, *op. cit.*, 161.

In chiave di deterrenza sembra altresì orientato l'art. 38 comma 1 lett. h del d.lgs. 163/06 che prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti delle imprese che abbiano reso false dichiarazioni nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando di gara.

controllo sia stato concepito a scopo di deterrenza e non certo di verifica¹⁴².

Le previsioni in materia sono state successivamente riproposte con qualche modifica nel d.p.r. n. 445/00 agli art 71 e 72.

4. Controllo modalità di effettuazione - in particolare il problema del tempo.

La norma appare chiara anche sulle modalità di espletamento dei controlli; essi, infatti, sono effettuati secondo le disposizione previste dall'art. 43, cioè mediante l'acquisizione d'ufficio delle informazioni; anche se le modalità di controllo non si limitano alle sole consultazioni cartolari, ma il legislatore lascia spazio ad ulteriori interventi delle amministrazioni procedenti, soprattutto nella verifica delle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà, spesso particolarmente complesse.

Dalla modalità di verifica emerge come ciò di cui si occupa la norma sia un controllo interno alla stessa amministrazione, che si concluderà con un atto scritto a rilevanza esterna solo nel caso in cui si evidenzi o la falsità

¹⁴² Quanto detto appare altresì logico dal momento che ove fossero state onerate le amministrazioni di compiere una verifica totale sulle dichiarazioni, non ci si sarebbe giovati di nessun vantaggio salvo che di quello dovuto alle procedure informali ed interne con cui questo può essere posto in essere. Tutto ciò avrebbe altresì comportato un deciso e definitivo spostamento dell'onere della prova in capo alla parte pubblica su cui sarebbe stata addossata ad un tempo l'intera responsabilità per eventuali errori procedurali.

Sotto tale profilo il controllo totale oltre che incompatibile con le esigenze di semplificazione risulta incompatibile con il principio di auto-responsabilità posto alla base dell'istituto delle dichiarazioni sostitutive.

della dichiarazione o la irregolarità della stessa; nessuna rilevanza (esterna) assume invece il controllo effettuato dall'amministrazione che abbia evidenziato la veridicità della dichiarazione.

Infatti, questo caratterizzandosi per un accesso diretto dell'amministrazione precedente alla banca dati dell'amministrazione certificante o per la trasmissione, anche con mezzi informali, delle informazioni richieste, lascia intendere che né i terzi, né il cittadino che ha dichiarato, verranno a conoscenza del fatto che vi sia un accertamento né dell'esito avuto da quest'ultimo.

Il controllo può ascriversi alle attività interne della pubblica amministrazione; l'obbligo di informare il cittadino dichiarante sorge infatti solo nella fase di contestazione.

In riferimento all'istituto in esame, è necessario, al fine della trattazione generale del tema, esaminare in primo luogo la natura della previsione, e i tempi che ad esso attengono.

La dottrina ha definito il controllo un obbligo a carico dell'amministrazione; questa definizione, formalmente e letteralmente corretta, appare tuttavia affrettata: infatti, se si ha riguardo alla lettera della norma l'obbligo di cui si grava l'amministrazione, è talmente sfuggente da non potersi considerare nulla più che un semplice dovere¹⁴³.

¹⁴³ La norma prevede invero due distinte situazioni, la prima che attiene alla possibilità di effettuare controlli a campione che dunque attribuisce all'amministrazione un potere "generico senza che vi sia un oggetto determinato"; la seconda nel prevedere un ipotesi specifica di azione della p.a. integra un vero e proprio obbligo in capo alla stessa, poiché si pone come "termine dell'azione di controllo". In altre parole si intende sostenere che la norma nel prevedere i controlli a campione sancisce un generale dovere di controllo della p.a., invece, nel prevedere il caso in cui vi siano "fondati dubbi sulla veridicità della dichiarazione" impone

Se, per un verso è vero che l'amministrazione deve procedere ad idonei controlli, è pur vero che questi possono essere effettuati a campione; il legislatore lascia sul punto largo margine di discrezionalità alla singola amministrazione.

Il T.U., nello stesso articolo, prevede però a differenza dell'art. 11 contenuto nel d.p.r. n. 403/98 una fondamentale innovazione, infatti, nel caso in cui si nutrano fondati dubbi sulla veridicità della dichiarazione obbliga, in senso proprio stavolta, l'amministrazione a procedere¹⁴⁴.

Il legislatore ha inteso creare un doppio binario per il controllo, al fine di sensibilizzare l'amministrazione, anche se la formula adoperata appare piuttosto imprecisa; infatti omette di definire quando è giusto nutrire un ragionevole dubbio¹⁴⁵.

Bisogna altresì tenere in considerazione gli inconvenienti che una disposizione del genere porta con sé; si corre infatti il rischio che l'amministrazione sia portata a controllare

uno specifico obbligo di controllo alla p.a.. Sulla distinzione tra obbligo e dovere si veda S. ROMANO, *Doveri e obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953, 91 ss.

¹⁴⁴ P. LAZZARA, *op cit.*, 305, l'autore sostiene che il controllo diviene obbligatorio a fronte di fondati dubbi sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive.

¹⁴⁵ Il sistema dei controlli si articola in due momenti: il primo discrezionale e da svolgersi su basi ridotte e casuali, il secondo è invece assolutamente obbligatorio e deve riguardare singole e precise dichiarazioni.

Nel secondo caso a nostro avviso l'amministrazione non godrebbe di alcuna discrezionalità, ma in vero sarebbe obbligata ad adempiere salvo venir meno ai doveri d'ufficio.

Deve altresì rilevarsi che in presenza di circostanze che dovrebbero condurre a ritenere mendace una dichiarazione, in capo all'amministrazione che non procede ai controlli potrebbe configurarsi una colpa grave, il che impedisce alla p.a. di liberarsi dalla responsabilità derivante da un eventuale danno causato da una dichiarazione mendace del singolo.

solo in presenza del “ragionevole dubbio”, sentendosi deresponsabilizzata in tutti gli altri casi, dove può bene essere stato dichiarato il falso.

Và altresì ribadito che la giurisprudenza non ha ancora svolto quel ruolo fondamentale che le compete in presenza di formule tanto ampie come quelle usate nell’art. 71: deve altresì osservarsi che un’opera di questo tipo avrebbe un’importanza strategica, tanto per quel compito di prevenzione che il controllo si propone, tanto per la certezza dei rapporti.

Si badi, ancora, che la considerazione del problema non è imposta da un eccesso di senso critico, ma da una chiara esigenza di responsabilizzazione del soggetto pubblico, che nei casi in cui disattenda l’obbligo in parola non potrebbe considerarsi esente dalla responsabilità per l’emanazione di un provvedimento i cui presupposti dovessero risultare mendaci; dal momento che l’art. 73 (rubricato: “assenza di responsabilità della pubblica amministrazione”) non opera in presenza di colpa grave¹⁴⁶.

Pur senza alcuna pretesa di esaustività, sono comunque ipotizzabili, attraverso un esame della casistica giurisprudenziale, almeno due ipotesi in cui, a nostro avviso, potrebbe rinvenirsi “il ragionevole dubbio” sulla falsità della

¹⁴⁶ La disposizione del T.U. che deroga ai principi generali che vedono la pubblica amministrazione rispondere già in presenza di colpa, trova giustificazione nel fatto che la dichiarazione è posta in essere dal privato che se ne assume la responsabilità; residua dunque, in capo all’amministrazione una culpa in vigilando che è rinvenibile pacificamente solo in caso di colpa grave. Ciò avviene quando i riferimenti normativi e giuridici sono tali da palesare la negligenza e l’imperizia grave dell’organo che ha assunto a fondamento del proprio provvedimento un presupposto mendace.

dichiarazione: in tutti quei casi in cui vi siano segnalazioni (supportate da idonea documentazione) da parte di altri controinteressati in merito alla non veridicità della dichiarazione, o ancora ove si confrontino due dichiarazioni che nell'ambito dello stesso procedimento contrastino tra di loro¹⁴⁷.

Nel primo caso, pur permanendo, quella al controllo, una pretesa non direttamente azionabile dal privato, non può negarsi l'emersione di un interesse qualificato dell'interessato al riesame del provvedimento emanato dall'amministrazione sulla scorta di falsi presupposti.

Con tutto ciò che comporta la costruzione in questi casi di una posizione giuridica soggettiva in capo al soggetto danneggiato, può infatti rinvenirsi più di un interesse semplice del privato che abbia fatto inutilmente trascorrere il termine per l'impugnazione.

L'art. 72 detta al primo comma una norma di principio, per cui le amministrazioni certificanti - quelle cioè che devono rispondere alle amministrazioni procedenti - rendono note le misure organizzative adottate per "*l'efficiente, efficace e tempestiva esecuzione dei controlli*"; all'interno di tali disposizioni organizzative potrebbero trovare una adeguata sistemazione le ipotesi esemplificative in cui l'amministrazione ritiene necessario procedere ai controlli ex art. 71.

¹⁴⁷ Certamente non è possibile limitare solo alle due ipotesi descritte il controllo obbligatorio, poiché le possibili evenienze sono assolutamente eterogenee, ma su queste ipotesi sarebbe auspicabile un intervento deciso della giurisprudenza, così da gravare l'amministrazione di responsabilità determinate.

La norma richiamata, al comma secondo, sanziona il ritardo nella risposta ai chiarimenti chiesti dalla amministrazione precedente, configurando tale omissione come violazione dei doveri d'ufficio.

Il Testo unico, invece, nulla dice in merito alla tempistica con cui le amministrazioni precedenti debbono richiedere i controlli. Infatti, il d.p.r. n.445/00 non ha ripreso le previsioni relative al termine entro cui deve essere fatta la richiesta, in precedenza contenute nell'art. 2, comma 3 del d.p.r. n. 403/98¹⁴⁸.

Sul punto deve osservarsi che la disciplina prevista dalla precedente normativa non voleva porre un termine per la verifica, la quale poteva comunque effettuarsi in qualsiasi momento, ma desiderava solamente semplificare l'attività dell'amministrazione precedente, liberandola dell'onere di doversi procurare d'ufficio certificati rilasciati da altra amministrazione.

La disposizione non trova ragion d'essere nel d.p.r. n.445/00, perché l'intero impianto normativo punta all'informatizzazione della macchina amministrativa, prova ne sia l'articolo che descrive le modalità di acquisizione della documentazione, ove si pone l'accento sul mezzo telematico.

¹⁴⁸ Art 2 comma 3 del d.p.r. n. 403/98 "Qualora risulti necessario controllare la veridicità delle dichiarazioni di cui al comma 1, nel caso in cui gli stati, i fatti e le qualità personali dichiarati siano certificabili o attestabili da parte di un altro soggetto pubblico, l'amministrazione precedente entro quindici giorni richiede direttamente la necessaria documentazione al soggetto competente. In questo caso, per accelerare il procedimento, l'interessato può trasmettere, anche attraverso strumenti informatici o telematici, una copia fotostatica, ancorchè non autenticata, dei certificati di cui sia già in possesso".

La dottrina ha sostenuto che, pur non essendo stato fissato dalla norma alcun termine, lo stesso debba essere indicato dalle amministrazioni precedenti al momento della definizione delle proprie procedure di controllo¹⁴⁹.

In verità la soluzione non convince: infatti, se è vero che la previsione di un limite di tempo entro il quale richiedere i controlli si contrapporrebbe allo spirito della norma e si tradurrebbe in una sorta di sanatoria delle false dichiarazioni, tanto da incentivarle, è altrettanto vero che le esigenze di certezza e stabilità dell'ordinamento avrebbero dovuto consigliare la previsione di un limite temporale adeguato.

Questo però al solo fine di rendere certa l'esecuzione di quei controlli che abbiamo detto ineludibili, eliminando ogni dubbio residuo sulla doverosità degli stessi, per poi considerare l'amministrazione responsabile di eventuali danni a terzi o all'erario¹⁵⁰.

In altre parole, sarebbe stato più opportuno prevedere una violazione dei doveri d'ufficio ogni qual volta si omettano del tutto i controlli, anche a campione, o qualora, al verificarsi di un evento che renda ragionevolmente dubbia la veridicità di una dichiarazione, l'amministrazione rimanga inerte.

¹⁴⁹ M. BOMBARDELLI, *op. cit.*, 161-169

¹⁵⁰ Deve osservarsi che il sistema attuale dei controlli si presta ad un uso distorto del potere da parte della stessa amministrazione, o ancor peggio del singolo funzionario, infatti la libertà di cui questo gode nella determinazione la necessità di controlli o meno - anche nei casi più evidenti - lascia più di qualche perplessità.

Un indice in questo senso deve potersi desumere dalla molteplicità di casi in cui la dichiarazione mendace viene scoperta molti anni dopo l'emanazione del provvedimento di cui era presupposto.

E', quello appena descritto, il punto in cui l'intero sistema delle auto-certificazioni vacilla inesorabilmente, sotto il peso di valori troppo importanti per essere lasciati a soluzioni incerte e spesso contraddittorie.

In realtà il controllo di norma avviene molti mesi, se non anni, dopo la presentazione della dichiarazione, mostrandoci il volto più aberrante della semplificazione "all'italiana"¹⁵¹.

Questo vuoto deve interamente imputarsi alla costruzione di un sistema che doveva e dovrebbe funzionare in modo del tutto differente da come normalmente si atteggia.

Come emerge chiaramente dalla circolare del Ministro di Grazia e Giustizia n.1 del 1999, la legge aveva previsto i controlli a campione proprio per una esigenza di celerità degli stessi, consapevole del fatto che il sistema di informatizzazione dell'amministrazione era ancora troppo debole per sopportare un carico così pesante come quello che dalla nuova normativa appariva delinearsi.

La circolare tratteggia solo il primo passaggio per giungere in breve ad un controllo efficiente efficace e tempestivo, grazie all'informatizzazione della p.a..

A riprova di quanto detto nella stessa si precisa come i controlli a campione siano una condizione minima per la corretta attuazione della normativa sulle "autocertificazioni", e che gli stessi dovranno riguardare tutto ciò che viene dichiarato una volta che si sia sviluppato un sistema

¹⁵¹ In proposito appare opportuno segnalare che " la semplificazione amministrativa è cosa altra e diversa dall'accelerazione dei procedimenti amministrativi, anche se talora i due procedimenti vengono accostati o comunque presentati come un'indissolubile endiadi" in questo senso R. FERRARA, *op. cit.*, 652.

integrato di informatizzazione tra pubbliche amministrazioni¹⁵².

E' in vero innegabile che le scelte effettuate dal legislatore in tema di controllo, sono tese a trovare un giusto bilanciamento tra il valore della certezza e quello della semplificazione.

Le stesse formule usate nel dettare la disciplina di un momento così importante per il buon funzionamento delle dichiarazioni sostitutive appaiono infatti volutamente imprecise.

Il legislatore ha optato per una soluzione intermedia, consapevole della sostanziale inutilità dell'istituto di semplificazione nella misura in cui avesse istituito un controllo totale ed obbligatorio su tutte le "autocertificazioni".

Pur non di meno la scelta, condivisibile nel suo intento primario, appare fortemente criticabile sotto diversi e fondamentali aspetti, infatti, un controllo privo di una tempistica certa appare contrario ai doveri di buona amministrazione, ma soprattutto appare contrario all'esigenza di certezza dell'ordinamento.

Appare evidente altresì che un sistema di tal guisa (a "controllo variabile") pone in seria crisi anche il principio inquisitorio.

Infatti, se per un verso è vero che questo non può configurarsi oggi come un obbligo gravante sull'amministrazione in ordine alla ricerca della verità, per

¹⁵² Da questo breve passaggio è evidente la preoccupazione che il legislatore ha nei confronti di un uso distorto dello strumento semplificatorio previsto dalla d.p.r. n. 445/00.

altro verso non può dimenticarsi che quantomeno sul soggetto pubblico dovrebbe gravare il ruolo di guida nell'acquisizione delle prove, così come la responsabilità ultima sulla veridicità ed attendibilità dei dati su cui si fonda la scelta amministrativa¹⁵³.

Ciò vale ancor di più ove si pensi che l'effettività del principio inquisitorio all'interno del procedimento amministrativo, costituisce, come di recente affermato dalla dottrina, "irrinunciabile portato dello stato di diritto, emanazione del principio di legittimità"¹⁵⁴.

Quello che emerge *ictu oculi* osservando la disciplina del controllo è un impianto normativo che vuole e deve essere flessibile, tale circostanza impone all'interprete di servirsi del parametro della ragionevolezza quale stella polare dell'agire dell'amministrazione¹⁵⁵;

Deve in proposito osservarsi che tanto più grande sarà il bene della vita a cui aspira il privato, tanto più certi dovranno essere i controlli¹⁵⁶; è possibile infatti affermare che "la probabilità che le "autocertificazioni" possano diventare veicolo, anziché di certezza, di informazioni false, è tanto più alta quanto più il vantaggio, che il dichiarante

¹⁵³ P. LAZZARA, *op. cit.*, 98.

¹⁵⁴ P. LAZZARA, *op. cit.*, 103.

¹⁵⁵ "Il principio di ragionevolezza, in ragione dello statuto debole e flessibile che lo caratterizza rappresenta la sola categoria capace di unificare e legittimare ordinamenti pluralistici assiologicamente qualificati: esso si pone come principio di sintesi dinamica ed aperta del sistema" L. D'ANDREA, *op. cit.*, 375

¹⁵⁶ P. LAZZARA, *op. cit.*, 305, "In base al principio di ragionevolezza, i controlli dovrebbero essere, per intensità, direttamente proporzionali al valore dell'interesse pubblico di cui si dispone con l'atto amministrativo".

può trarre dalla dichiarazione falsa, sopravanza il rischio di incorrere nelle sanzioni previste dalla normativa¹⁵⁷”.

I principi del buon andamento dell'efficienza e della certezza dovrebbero applicarsi non solo all'amministrazione certificante, ma anche all'amministrazione precedente: è questa, infatti, titolare del potere di impulso alla verifica.

Sarebbe dunque necessario offrire una lettura costituzionalmente orientata della disciplina dei controlli, anche alla luce dei principi generali espressi nella legge sul procedimento ¹⁵⁸ , dal momento che le dichiarazioni sostitutive trovano il loro campo elettivo appunto all'interno dell' iter procedimentale.

La certezza non è più configurabile come prodotto del certificato, ma rappresenta la scintilla che avvia il sistema dei controlli.

Particolare importanza rivestono le norme sull'attuazione del sistema (art. 50 e ss.) che definiscono nel dettaglio cosa

¹⁵⁷ G. ARENA, *op. cit.*, 62.

¹⁵⁸ La giurisprudenza, richiamando i principi propri del procedimento amministrativo, non ha stentato a definire doveroso il controllo “necessario ad accertare in capo ai soggetti coi quali entra in rapporti, il possesso da parte di costoro dei requisiti personali che siano stati in sede istruttoria o precontrattuale soltanto autocertificati, per ragioni di semplificazione e celerità. L'obbligo si rinviene dall'art. 43 del d.p.r. 445/00 e risponde, ad ogni modo, ad un canone di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione perfettamente coniugabile con la semplificazione amministrativa e niente affatto aggravante il procedimento siccome posto in essere successivamente alla conclusione dello stesso oltre che funzionale alla esigenza che il soggetto scelto sia effettivamente in possesso delle qualità dichiarate a garanzia del perseguimento dell'interesse pubblico avuto in cura”. T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 19 dicembre 2006 , n. 4131, in *Foro amm. TAR*, 2006, 3811.

dovrà fare l'amministrazione, al fine di rendere effettivo ed efficace il sistema delle dichiarazioni sostitutive¹⁵⁹.

5. Il controllo con esito negativo e la sanzione di cui all' art.75 del d.p.r. 28 dicembre 2000 n. 445

La normativa, nell'intento di riequilibrare il rapporto tra la certezza e la semplificazione nella documentazione amministrativa, prevede all'art. 75 una disposizione del tutto peculiare.

La norma, che si occupa della fase patologica delle dichiarazioni sostitutive, prevede in caso di dichiarazione mendace la "decadenza" dai benefici eventualmente conseguiti¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Il legislatore definisce quali sono le azioni che le amministrazioni deve mettere in atto: sistemi di protocollo informatico, la gestione informatica dei documenti, migliorare la comunicazione tra le varie aree dell'amministrazione, lo sviluppo dei sistemi che gestiscano telematicamente i documenti necessari.

In altre parole negli articoli che seguono la definizione ed il contenuto delle dichiarazioni sostitutive di certificato e di atto di notorietà, ci si preoccupa di costruire l'informatizzazione della pubblica amministrazione.

¹⁶⁰ La disposizione prevista dall'art. 75 trae spunto dall'art. 127 lett. d) del T.U. degli imp. civ. st. il quale prescrive che: incorre nella decadenza dall'impiego chi abbia conseguito lo stesso mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile.

La norma a sua volta preceduta da altra che in casi simili prevedeva il licenziamento dell'impiegato, ha suscitato un forte dibattito in dottrina sulla natura della disposizione - tra chi sosteneva la natura di atto di ritiro della disposizione e chi la natura sanzionatoria - , ormai quasi del tutto acquietatosi sull'idea che si tratti di norma sanzionatoria: "il legislatore insomma più che preoccuparsi di riparare al vizio dell'atto di nomina mediante il suo annullamento ha mirato a colpire l'autore dell'illecito" M. AMMENDOLIA, *Dispensa e decadenza*, in *Enc. Dir.*, Milano, XIII, 1960, 163

E' fondamentale precisare però che il citato orientamento dà rilievo al dolo del lavoratore quale elemento soggettivo necessario ad integrare la decadenza.

Preliminarmente deve essere brevemente chiarito quando una dichiarazione sostitutiva può considerarsi veridica, o meglio come la stessa giurisprudenza chiarisce “oggettivamente veridica”.

La dichiarazione è tale ogni qual volta il suo contenuto sia il medesimo di quello che ha il certificato che la stessa deve sostituire¹⁶¹.

Il legislatore sembra dunque prevedere una decadenza sanzionatoria. L'istituto della decadenza è previsto generalmente in presenza di provvedimenti ampliativi delle facoltà del privato, infatti esso trova il suo presupposto in un inadempimento del destinatario o nel mancato esercizio di una facoltà, l'istituto ha una spiccata funzione sanzionatoria che ne determina le linee essenziali¹⁶².

¹⁶¹ Sul punto particolare interesse riveste la giurisprudenza relativa alla dichiarazione sostitutiva del certificato del casellario giudiziario, il soggetto dovrà dichiarare la propria posizione non così come emergente da un semplice certificato rilasciato dal casellario, ma inserendovi tutte le condanne riportate, pur tuttavia una simile richiesta deve essere formulata espressamente nel bando di gara (sez. V, n. 1660 del 29.3.2004)

¹⁶² La decadenza è pacificamente considerata una misura avente carattere eminentemente sanzionatorio pur se la dottrina si mostra divisa sulla natura giuridica della stessa, in questo senso. P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Palermo, 1956, 479; G. SANTANIELLO, *La decadenza* (dir. Amm.) in *Enc. Dir.*, Milano, XI, 1988, 800; R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 145; l'autore sottolinea altresì la necessaria persistenza di un rapporto obbligatorio perché vi possa essere decadenza. Al carattere sanzionatorio della disciplina della decadenza corrisponde una possibile valutazione discrezionale, da parte dell'amministrazione, del comportamento del privato. Infatti, anche per la decadenza, la dottrina ha sottolineato che non tutte le violazioni conducono alla decadenza sul punto M. DI LORENZO, *L'annullamento in via amministrativa del provvedimento illegittimo in confronto con l'annullamento e la revoca*, in *Foro Amm.*, 1937, I, 143; ed ancora G. SANTANIELLO, *op. cit.*, 801, “non ogni infrazione[...]ma solo un infrazione grava ed ingiustificata; di contro la giurisprudenza ha negato la possibilità che possano essere bilanciati valori contrapposti come quello alla permanenza dell'atto ed alla gravità della azione del privato.

La dottrina in passato si è mostrata divisa sulla natura giuridica da attribuire all'istituto della decadenza; deve ora ritenersi maggioritaria la corrente che la inquadra tra gli atti di ritiro¹⁶³.

Pur essendo particolarmente chiara la lettera dell'art. 75, deve notarsi che la giurisprudenza amministrativa, pronunciandosi in merito all'applicazione dell'istituto, non parla mai di "sanzione" e raramente di "decadenza", bensì di "annullamento d'ufficio"¹⁶⁴.

¹⁶³Tra coloro che hanno inquadrato la decadenza tra gli atti di ritiro, M.S. GIANNINI, *L'atto amministrativo*, cit., 193; P. VIRGA, *op. cit.*, 477 e ss., l'autore attribuisce infatti alla pronuncia di decadenza effetto costitutivo, *contra* E. SILVESTRI *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, VIII, 1961, 384; G. SANTANIELLO, *op. cit.*, loc.cit., per cui la decadenza si limita ad estinguere il rapporto senza comportare un riesame dell'atto, per questi autori ha dunque natura di sanzione.

A nostro avviso è preferibile il primo orientamento anche sulla scorta dell'insegnamento di A. FALZEA, *op. cit.*, 210. che attribuisce all'accertamento in generale efficacia costitutiva - preclusiva, quindi anche a quell'accertamento volto a determinare la decadenza.

¹⁶⁴ L'uso del termine annullamento deve anche considerarsi un retaggio della vecchia giurisprudenza questa non prendeva in considerazione il problema delle dichiarazioni mendaci, tanto che la giurisprudenza affermava l'automaticità dell'annullamento inquadrandolo come diretta conseguenza del controllo, dunque come condizione risolutiva del rapporto. T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 21 settembre 2006, n. 9032, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 2905.

Per cui l'annullamento era l'unico strumento a disposizione dell'amministrazione per eliminare dal mondo giuridico un provvedimento il cui presupposto era mendace, ed ancora fondandolo come diretta conseguenza del controllo diveniva irrilevante l'interesse pubblico.

Purtuttavia è necessario osservare come la giurisprudenza ha continuato a parlare di annullamento in autotutela anche per le dichiarazioni rese in seguito all'emanazione dell'art. 75.

T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 13 giugno 2006, n. 1469 in *Foro Amm. TAR*, 2006, 2225; Sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444 in *Foro Amm. CDS*, 2003, 2576;

Pochissime pronunce parlano invece espressamente di decadenza, ma anche quando ciò avviene la decadenza si concretizza per mezzo dell'annullamento.

Emblematica è la pronuncia in cui il Tribunale dopo aver affermato che non vi è affidamento sottolinea la natura sanzionatoria della disposizione, che si riduce però a mera petizione di principio: "non

Così come le stesse amministrazioni nell'emettere provvedimenti di decadenza dai benefici parlano espressamente di annullamento.

Una prima giustificazione di tale atteggiamento potrebbe rinvenirsi nel fatto che l'istituto della decadenza e quello dell'annullamento si pongono su due piani differenti, il primo interviene sugli effetti, il secondo elimina il provvedimento dal mondo giuridico¹⁶⁵.

Potrebbe dunque, sostenersi che l'amministrazione per rendere effettiva la decadenza si serve dell'annullamento, in altre parole l'annullamento è l'atto, la decadenza è l'effetto.

In verità anche volendo accettare tale semplicistica soluzione, questa si rivelerebbe comunque inutile, poiché il problema della natura giuridica continuerebbe a sussistere: la decadenza come norma sanzionatoria, infatti, imporrebbe all'amministrazione una valutazione dell'elemento soggettivo che muove il privato, quindi del reale contesto in cui questo ha dichiarato¹⁶⁶.

sussisteva poi l'obbligo di motivare sull'interesse pubblico all'annullamento, trattandosi di situazione non ancora consolidata e comunque di controllo dell'autodichiarazione ai sensi del d.p.r. n.445/00 (che, all'art. 75, individua espressamente nella decadenza dai benefici conseguiti e quindi nell'annullamento dell'aggiudicazione, la sanzione per le dichiarazioni non veritiere)". T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 06 maggio 2002, n. 1657, in *Foro Amm. TAR*, 2002, 1756.

La dottrina tradizionale in relazione alla distinzione tra annullamento e decadenza sottolinea che mentre il primo comporta un riesame della legittimità dell'atto, alla stregua della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della emanazione, la decadenza comporta un accertamento dei requisiti in un momento successivo all'emanazione dell'atto. P. VIRGA, *op. cit.*, 480.

¹⁶⁵ "Il potere di autotutela rappresenta lo strumento di carattere generale assegnato per la rimozione dell'atto", sez. VI, 19 marzo 2008, n. 1207.

¹⁶⁶ Se si consideri, dunque, la decadenza prevista dall'art. 75 come una sanzione, la norma nel descrivere il procedimento di applicazione della

Il giudice amministrativo ha invece avuto modo di sottolineare che nessuna rilevanza può essere data alla condizione interiore del soggetto; tanto che il provvedimento di annullamento non attiene ad una scelta discrezionale dell'amministrazione, ma ad un preciso dovere della stessa non appena riscontrato il mendacio (oggettivo)¹⁶⁷.

Gli strumenti tradizionalmente a disposizione del giudice amministrativo spingono quest'ultimo ad oggettivizzare la valutazione, tanto che lo stesso arriva ad escludere la legittimità del provvedimento di annullamento fondato su un dato mendace, quando la dichiarazione non sia risultata determinante per l'emanazione dell'atto favorevole¹⁶⁸, così

stessa non potrebbe non prevedere un momento in cui al privato sia consentito di difendersi, se così non fosse si violerebbe il principio d'imparzialità che soggiace all'esercizio del potere punitivo. A. TIGANO, *Garanzie dei singoli ed esercizio del potere amministrativo*, in *Impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*, 6/1979, 26.

¹⁶⁷ Alla medesima logica e ad una lettura formalistica delle disposizioni contenute nel d.p.r. n. 445/00 sembra essere ispirata la giurisprudenza relativa all'allegazione del documento di identità alla dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà; visto come uno strumento attraverso il quale può trarsi l'inequivocabile volontà del soggetto di "autocertificare". La rigidità espressa dalla giurisprudenza sul punto, dai più è stata giustificata in ragione della necessità di imputare al soggetto la volontà di dichiarare. Dal resto non avrebbe alcun senso considerare nulla la certificazione priva dei requisiti formali prescritti dalla norma, senza che la veridicità del suo contenuto sia mai stata posta in discussione.

¹⁶⁸ Sulla qualificazione giuridica incide a nostro avviso la natura sostanzialista del controllo: "l'art. 75 citato, pur non configurando una disposizione sanzionatoria, tale deve considerarsi in senso lato, o comunque ad essa assimilabile, siccome contenente un precetto in concreto restrittivo della sfera giuridica dei destinatari (i soggetti percettori di benefici). Se ciò è esatto, se ne deduce che esso va interpretato in senso restrittivo. Ciò comporta, in altre parole, che - in presenza di dubbi sull'esatta portata della norma (precetto "para-sanzionatorio") - deve, correttamente, applicarsi quella più favorevole al trasgressore (sorta di *favor rei*).

Nel caso di specie, la dizione letterale del precetto induce, invero, a dubitare se la decadenza dai benefici comminata dall'art. 75 debba disporsi ogni volta che ci si trovi al cospetto di una omissione o falsa dichiarazione, oppure limitatamente a quelle fattispecie in cui,

che perde in assoluto rilevanza l'elemento soggettivo ed al contempo svanisce la possibilità di qualificare come sanzionatoria la disposizione in parola¹⁶⁹.

Un simile atteggiamento deve, altresì, considerarsi il frutto dell'applicazione della logica dell'annullamento, disposto sempre in vista di un interesse pubblico attuale e concreto, alla fattispecie prevista dall'art. 75.

Il giudice amministrativo esclude, dunque, ogni rilevanza dell'elemento psicologico della parte che dichiara per dare rilievo all'aspetto formale della dichiarazione, quello che dovrebbe essere un sindacato sul comportamento di chi dichiara è trasformato in un sindacato sulla legittimità dell'atto amministrativo derivante dalla dichiarazione.

Anche quella che per la dottrina classica è la differenza tra la decadenza e l'annullamento svanisce rispetto al concreto atteggiarsi dell'art. 75: infatti, l'annullamento, riconsidera la legittimità dell'atto al momento della sua emanazione; la

nonostante la detta omissione, permangono ugualmente in capo al soggetto interessato i requisiti per ottenere il beneficio a suo tempo ricevuto.

Orbene, al cospetto di un simile dubbio, non sarebbe conforme ai principi che presidono all'illecito amministrativo optare per l'interpretazione sfavorevole all'autore della dichiarazione non conforme al vero, ma sarebbe necessario aderire all'interpretazione a lui favorevole. Facendo applicazione del criterio appena enunciato nel caso di specie, se ne deduce che la prospettazione del ricorrente - esposta nel primo e nel secondo mezzo di impugnazione - non può non condividersi.". T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 19 dicembre 2006, n. 4131, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 3811.

¹⁶⁹ Emblematica è sul punto la pronuncia del TAR Lazio: "Rileva comunque che la cit. disposizione del d.p.r. n. 445/00, non disciplina una sanzione di carattere affittivo, in quanto la decadenza da un'utilità conseguita per effetto di una dichiarazione non veritiera non è che la naturale conseguenza della mancanza, successivamente accertata, dei requisiti per il conseguimento di siffatta utilità.". T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 15 giugno 2005, n. 4938, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 2039.

decadenza, comporta una valutazione che si appunta su di un momento in cui il provvedimento è già venuto in essere. La disposizione contenuta nell'art. 75, invece, prevede la decadenza dai benefici prodotti da un atto che manca dei presupposti di fatto (perché non esistenti e non perché falsamente dichiarati) sin dall'origine; dunque, determinante è il comportamento tenuto nella fase anteriore all'emanazione dell'atto, il che impone l'eliminazione dello stesso con efficacia *ex tunc*.

Deve osservarsi che quello delineato dalla giurisprudenza, non sembra, al di là della lettera normativa, un istituto le cui caratteristiche siano diverse da quelle proprie dell'annullamento d'ufficio, a cui è attribuito dal giudice il carattere della doverosità.

Orbene, nonostante la legge usi espressamente il termine decadenza, gli effetti propri dell'istituto e le modalità con cui questo opera lo rendono del tutto assimilabile all'annullamento d'ufficio, ed in particolare ad una di quelle ipotesi in cui i principi generali dell'istituto trovano una deroga¹⁷⁰, cioè in cui l'annullamento è "doveroso".

In vero la dottrina si è a lungo interrogata sulla possibilità che l'annullamento fosse sempre doveroso e sulla necessaria sussistenza del requisito dell'interesse pubblico, data anche la carenza di norme positive che delineassero in modo preciso il potere di annullare dell'amministrazione.

¹⁷⁰ Tanto la decadenza quanto l'annullamento d'ufficio sono inquadrati secondo la dottrina maggioritaria tra gli atti di ritiro - P. VIRGA *op. cit.*, 477. - , in questo caso ricorrerebbe l'ipotesi del ritiro con efficacia *ex tunc* dell'atto originariamente illegittimo.

Ed infatti, una parte minoritaria ha sostenuto che l'illegittimità del provvedimento fosse di per sé sufficiente a giustificare l'annullamento; i sostenitori di tale tesi ritenevano vincolato il potere di annullamento in ragione del superiore principio di legalità¹⁷¹.

Purtuttavia tale teoria non trovava riscontro nella giurisprudenza e nella parte maggioritaria della dottrina che sosteneva la spontaneità, e la discrezionalità di cui disponeva l'amministrazione nell'esercizio del potere¹⁷².

Si sosteneva dunque la necessità che l'azione dell'amministrazione fosse sempre funzionale ad un

¹⁷¹ In epoca ormai risalente si è infatti ritenuto che l'interesse sotteso all'attività di annullamento fosse il ripristino della mera legalità, la teoria traeva spunto certamente da una concezione normativista del diritto. In particolare G. ZANOBINI, *Corso*, cit., 267: " Il potere di annullamento, da qualunque autorità esercitato, non incontra alcun limite nei diritti o interessi spettanti ad altri soggetti, perché sopra gli atti invalidi non può basarsi nessun diritto o tutela giuridica. Gli effetti dell'annullamento decorrono sempre *ex tunc*, perché quando un atto sia riconosciuto viziato, deve essere eliminato fino dal momento della sua formazione. Per questo anche gli effetti, che già l'atto può aver prodotto, sono annullati, nel senso che devono essere, fin dove possibile, eliminati o riparati".

¹⁷² Non bisogna a tal proposito dimenticare, quanto ricordatoci da Zanobini, che: "le leggi considerano l'annullamento d'ufficio come una facoltà dell'amministrazione: e ciò significa che questa anche se riconosca l'illegittimità di un suo provvedimento, può astenersi dall'annullarlo, per ragioni di equità o di convenienza, e specialmente per non turbare i complessi rapporti, che intorno a quello possono essersi formati", l'affermazione sembra oggi sempre più attuale alla luce della nuova normativa. G. ZANOBINI, *op. ult. cit.*, 247.

Il motivo di interesse pubblico da porre alla base dell'annullamento d'ufficio non poteva tanto meno identificarsi con la *ratio* della norma violata, (Consiglio di Giustizia Amministrativa, 21 maggio 1960 n. 187), poiché occorre un pubblico interesse all'emanazione dell'atto di annullamento G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 177.

La logica premessa di tale orientamento va ricercata nell'assunto che: "quale espressione di amministrazione attiva, l'annullamento d'ufficio assume a proprio fine l'interesse pubblico specifico e non il mero interesse astratto alla legittimità degli atti amministrativi" in F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, 843.

interesse pubblico che “non è identificabile perciò nell’interesse generico al ripristino della legalità¹⁷³”.

Sul presupposto che si tratta di atto discrezionale e che un atto invalido può sempre essere oggetto di convalida vengono elaborati da dottrina e giurisprudenza i limiti all’annullamento d’ufficio.

Una spinta propulsiva in tale direzione è da rintracciare nella costituzionalizzazione dei principi di buon andamento ed imparzialità, che hanno costituito la base normativa e sistematica dalla quale ricavare i limiti al potere di autotutela¹⁷⁴.

Il superamento del concetto di mera legalità, per avvicinarsi ad un interesse concreto che potesse giustificare la decisione dell’amministrazione, venne visto da autorevole dottrina come “la risposta, non del tutto consapevole, all’esigenza di tutela dell’affidamento del cittadino”¹⁷⁵.

¹⁷³ A.M. SANDULLI, *op. cit.*, 506.

¹⁷⁴ Dal principio di buon andamento si trae, infatti, la necessità che gli atti adottati dalla p.a. siano il più possibile rispondenti ai fini da essa perseguiti, il che se per un verso permette il riesame di un atto precedentemente emanato, per altro verso accostato al principio di imparzialità costituisce un ostacolo all’annullamento di un atto che sia di per sé idoneo a soddisfare il fine perseguito.

¹⁷⁵ F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970, *passim*. Lo stesso autore ha sostenuto la necessaria concretizzazione dell’interesse curato dalla norma a soddisfazione del quale è stato emanato il provvedimento viziato.

L’autore ritiene in particolare che l’annullamento d’ufficio di atti favorevoli viziati appare regolato dal principio di buona fede inteso come obbligo di correttezza e dunque nella sua accezione oggettiva.

L’evoluzione della società e l’ampliamento delle pretese del cittadino si traduce nel particolare interesse rivolto dalla dottrina alle posizioni favorevoli che il provvedimento ha fatto sorgere in capo al privato.

La necessità di tutelare queste posizioni ha condotto ad un’evoluzione dell’interesse pubblico, non più rintracciabile nella singola norma espressione del potere legislativo, ma desumibile solo attraverso la composizione costruttiva con gli interessi delle parti che sul provvedimento avevano fatto affidamento.

L'attenzione per queste posizioni ha portato dottrina e giurisprudenza alla ricerca di "regole di bilanciamento"¹⁷⁶ che potessero compendiare tanto l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento, quanto la posizione dei soggetti che dall'atto viziato traevano un vantaggio.

La tutela per il cittadino discendeva pertanto dal corretto uso del potere discrezionale, così come emergeva dalla

Si è osservato, inoltre, che non può giustificare l'affidamento la percezione interna che il soggetto ha della legittimità di un provvedimento, ma questa deve necessariamente essere accompagnata all'inerzia della p.a. "intesa come aspettativa di coerenza (di questa) con il proprio precedente comportamento" F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 863,;

Alcuni autori nell'intento di rendere oggettiva la valutazione dell'amministrazione, in ordine all'annullamento hanno rintracciato nel trascorrere del tempo un indice sull'assenza dell'interesse pubblico: si è così sostenuto che "il relativo potere non possa essere legittimamente esercitato allorché il decorso di un congruo periodo di tempo faccia considerare avvenuta la convalescenza dell'atto" - A. SANDULLI *op. cit.*, 507 - , l'affermazione quanto mai significativa, ci descrive una sorta di irrimediabilità all'inerzia che l'amministrazione abbia tenuto per troppo tempo, pur permanendo formalmente in capo ad essa esercitabile il potere.

Lo stesso Consiglio di Stato fin dall'inizio del secolo scorso, considera il trascorrere del tempo come un limite all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ma solo in quanto faccia venir meno il requisito dell'interesse pubblico. Va, altresì, sottolineato che il trascorrere del tempo oltre a ingenerare nel privato delle legittime aspettative, produce un effetto di stabilizzazione funzionale alla certezza dei rapporti, è dunque anche e soprattutto il valore della certezza che va tutelato, come valore fondante dei rapporti giuridici; Sez. V, 21 gennaio 1997, n. 74; T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 06 maggio 1999, n. 1222 "non è precluso alla p.a. di adottare atti in via di autotutela o di riesame, nell'esercizio di un potere discrezionale, e ciò in quanto l'Amministrazione è libera di verificare se l'inoppugnabilità dei propri atti meriti di essere superata da successive valutazioni che tengano conto del decorso del tempo, dell'esigenza di certezza dei rapporti e delle disponibilità di bilancio (Sez. V - 15 settembre 1997 n. 980)".

¹⁷⁶ A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, E.S.I., 1991, 21.

motivazione sulle ragioni di interesse pubblico che avevano determinato l'azione dell'amministrazione¹⁷⁷.

In altre parole, anche un atto illegittimo poteva essere in grado di soddisfare un interesse pubblico, e pertanto non doveva essere eliminato dal mondo giuridico: l'interesse privato era invece soddisfatto solo attraverso la mediazione scaturente dalla soddisfazione dell'interesse pubblico, inteso come beneficio collettivo.

La figura dell'annullamento d'ufficio, da sempre particolarmente problematica è stata, di recente, disciplinata dal legislatore all'interno della legge sul procedimento amministrativo.

Appare innegabile la forza dirompente della nuova normativa, che, giunta a seguito di un percorso lungo e frammentato "cristallizza" le regole che vanno applicate allorquando l'amministrazione intenda riesaminare un proprio precedente provvedimento¹⁷⁸.

Và altresì sottolineato che una parte della dottrina ha rinvenuto nel nuovo quadro normativo un potere di

¹⁷⁷ La stessa giurisprudenza, nel rispetto della natura discrezionale del potere, ha previsto in questi casi in capo all'amministrazione un aggravio di motivazione – F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 846, -, che dovrà essere tanto più articolata e convincente quanto maggior tempo sarà trascorso dall'emanazione dell'atto e l'annullamento, è infatti "sufficiente che questo sia esercitato in ragionevole collegamento logico e causale con la situazione illegittima da rimuovere" Consiglio Stato, sez V, 16 ottobre 1989, n. 641.

¹⁷⁸ V. ANTONELLI, *Art. 21 nonies*, in *La Pubblica Amministrazione e la sua azione* a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005, 649: "la previsione nel medesimo articolo degli istituti dell'annullamento d'ufficio e della convalida, così come della clausola di salvezza introdotta a favore di quest'ultimo, ci induce a rinvenire il loro elemento unificante e costante nel riesame del precedente provvedimento ovvero nella possibilità di un'autonoma correzione amministrativa rispetto alla rotta originaria."

autocorrezione a carattere generale, in quanto previsto senza specifico riferimento a settori materiali particolari, e tipizzato normativamente¹⁷⁹; milita del resto in questa direzione lo stesso inserimento della normativa all'interno della legge sul procedimento amministrativo.

La codificazione dell'istituto in parola a nostro avviso pone in una diversa luce l'intera evoluzione subita dall'annullamento d'ufficio¹⁸⁰; è stato correttamente osservato che il trascorrere del tempo, l'equità, la rilevanza dell'interesse dei privati, sono stati usati in passato come correttivi ad un'esigenza ormai desueta come quella alla mera legalità, che evidentemente si scontrava con una realtà sociale dove difficilmente comprensibile, per non dire irragionevole, risultava la determinazione di annullare senza che vi fosse un interesse specifico a che ciò avvenisse¹⁸¹.

¹⁷⁹ N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 3-2005.

¹⁸⁰ L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985, 23.: "le tensioni sociali generate dal dinamismo della struttura pluralistica, nella misura in cui non sono assorbite mediante strumenti politici produttivi di nuovo diritto si trasformano in domande di giustizia indirizzate agli organi del potere giudiziario, cioè agli organi di applicazione del diritto esistente".

¹⁸¹ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 843 e ss. osserva come il richiamo alle esigenze dell'equità, che talvolta si legge nella giurisprudenza degli anni '50-'60, si presenta non come riconoscimento di una posizione soggettiva autonoma (l'affidamento pubblicistico) che, messa a confronto con l'interesse all'annullamento, appare meritevole di protezione, ma piuttosto come correttivo alle esigenze del principio di legalità, e quindi, ancora una volta, come ragione giustificatrice dell'orientamento giurisprudenziale che richiedeva, per la legittimità dell'annullamento, la presenza di un interesse concreto e attuale; è irragionevole annullare *quando manchi un interesse specifico a farlo*.

Anche la tutela dell'affidamento era comunque un tramite per tutelare un interesse pubblico di base "sull'interesse al rispetto della legalità prevale, in un certo momento, l'interesse che situazioni di fatto

In altre parole, quelli che fino a ieri erano visti come limiti alla discrezionalità dell'azione amministrativa si mostrano oggi in tutta la loro "nudità" come correttivi tra loro correlati, figli del complesso intreccio di interessi che si registra nella società moderna, ma sempre recessivi rispetto alle ragioni pubbliche: il fine dell'annullamento è quello di assicurare l'ordine e la regolarità dell'azione amministrativa, la cui causa "prevalente" è l'interesse pubblico¹⁸².

Significativo appare, in proposito, che nella formulazione dell'art. 21 *nonies* scompaia il riferimento all'attualità dell'interesse pubblico. Questa assenza, a nostro avviso assume rilevanza, non perché non sia più necessario un interesse pubblico attuale e concreto, ma perché quelli che prima costituivano gli indici dell'attualità e concretezza dell'interesse, assumono oggi autonoma rilevanza.

La norma, nel compiere questa "frammentazione procedimentale" dell'interesse pubblico "attuale e concreto" predispone "un modulo decisionale" in grado di legittimare le scelte compiute dall'amministrazione¹⁸³.

Coerentemente con tale scelta, il legislatore elimina la previsione di un termine certo oltre il quale non sia possibile effettuare l'annullamento (in un primo momento apparsa nelle bozze dei lavori parlamentari), per affidarsi ad

consolidatesi non vengano sconvolte, interesse che lo stato considera prevalente in vista degli scopi pubblici perseguiti" F. GARRI, *Il pubblico interesse all'annullamento d'ufficio ed il decorso del tempo*, in *Foro Amm.*, 1964, 176.

¹⁸² G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, 110.

¹⁸³ A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra legittimazione politica e potere giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007, 103-107.

una clausola generale che di volta in volta si dimostri rispettosa degli interessi in gioco¹⁸⁴.

La norma oggi pone in serio ed autonomo bilanciamento i valori in campo, attribuisce di per sé rilevanza tanto al tempo tanto agli interessi dei destinatari così come dei controinteressati: l'interesse pubblico, dunque, è visto sempre meno come una realtà astratta e preconstituita, per essere individuato nel concreto confronto tra interessi.

E' appunto l'idea del confronto, della composizione tra differenti posizioni, che assume un ruolo fondamentale per la ricostruzione dell'istituto, così come accade in altri settori dell'amministrazione, dove il coinvolgimento del privato passa per gli istituti di partecipazione al procedimento o dell'obbligo di motivazione¹⁸⁵.

Le ragioni poste alla base della decisione di annullare sono ad un tempo fondanti e legittimanti, la qual cosa è ancora più comprensibile ove si pensi alla portata dell'istituto.

L'annullamento d'ufficio, come altri istituti, ha mutato il proprio volto in ragione della situazione di sostanziale crisi in cui versa il potere amministrativo: in passato le ragioni

¹⁸⁴ Il legislatore in altre parole concede molto di più di ciò che era concesso dalla giurisprudenza, questa infatti, tutelava le posizioni dei singoli solo di riflesso servendosi dell'interesse pubblico, come "specchietto per le allodole" e su di esso ha elaborato i limiti al potere di riesame.

¹⁸⁵ A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 47-50. Non è infatti un caso che si associ all'uso del potere discrezionale l'obbligo di motivazione, la motivazione: non solo come strumento di controllo dell'attività pubblica ma anche e soprattutto come momento di legittimazione.

fondanti della rimozione dell'atto erano determinanti per individuare il potere di cui ci si era serviti¹⁸⁶;

Successivamente queste, espresse nella motivazione, divengono strumento di controllo sul corretto utilizzo del potere discrezionale, ma una volta che l'interesse del privato alla conservazione dell'atto è riconosciuto come posizione autonoma, sintesi dei limiti espressi nella norma, allora, le ragioni poste alla base della decisione divengono strumento di legittimazione dell'esercizio del potere autoritativo¹⁸⁷.

L'affidamento viene dunque in essere sempre come posizione mediata, ma non più dalla preponderanza dell'interesse pubblico, bensì dalla sussistenza dell'interesse privato, la comparazione degli interessi si trasforma inevitabilmente nella percezione del potere da parte del cittadino, cioè nella possibilità che il cittadino comprenda come giusta l'azione autoritativa della pubblica amministrazione.

Anche nella dottrina e nella giurisprudenza risalente, è possibile rinvenire la preoccupazione per la necessità che l'atto di annullamento non sia percepito come strumento di

¹⁸⁶ Se infatti si fosse censurata la illegittimità dell'atto si era certamente dinnanzi ad un annullamento d'ufficio, se invece si fosse argomentato sull'opportunità di un provvedimento l'amministrazione aveva proceduto alla sua revoca.

¹⁸⁷ La crisi del potere è anche se non soprattutto crisi di legittimazione – soggettiva – dei governanti, infatti, come teorizzato da autorevole dottrina “Il principio di legittimazione soggettivo tende a consolidarsi allorquando vi è una diffusa concordia circa i valori fondanti dell'ordinamento [...] Quando vi sono contrasti sull'essenza di tali valori si “prediligono moduli legittimanti oggettivi [...] i moduli decisionali divengono strumento di legittimazione della decisione”. A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti*, cit., loc. cit..

abusi o come un tradimento che il potere amministrativo perpetra nei confronti del cittadino¹⁸⁸.

Oggi la norma si lascia alle spalle la grande dicotomia tra buona fede oggettiva e legalità, per approdare ad una comparazione concreta tra interessi che lasci all'amministrazione un margine concreto di composizione del conflitto.

A cambiare il suo volto è il principio di legalità, oggi da intendersi non più come semplice rispetto della legge, ma come più complessa ricerca della giustizia¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Consiglio Stato, sez. I 20 gennaio 1953 n. 11 ciò avviene quando si ritiene "sussistente l'interesse pubblico all'annullamento di atti che abbiano creato il malcontento tra i dipendenti" o ancora "sfavorevoli ripercussioni nell'opinione pubblica locale si da scuotere la fiducia nell'amministrazione pubblica".

¹⁸⁹ Deve osservarsi in proposito che il principio di legalità - quale principio di "cerniera" - risente dei mutamenti che possono riguardare la vita sociale e politica di un paese.

Nell'ottocento il diritto si identifica con la legge, da questo momento storico è una fonte legale il presupposto necessario di ogni manifestazione dell'autorità. Il nuovo tempio dello stato di diritto poggia sull'architrave della legalità.

Purtuttavia una volta che l'amministrazione assume un ruolo autonomo, separato da quello della giustizia, si statalizza e burocratizza. In tale clima il problema della legalità rispetto all'agire dell'amministrazione è affrontato in chiave di garanzia per il cittadino. Nella ricerca della giustizia nell'amministrazione lo stato di diritto impegna gran parte dei suoi sforzi di modernizzazione istituzionale, nel segno sempre più marcato del binomio stato del diritto e legalità amministrativa.

La cotituzionalizzazione del principio di legalità amministrativa quale diretta conseguenza del pensiero kelseniano si fonda sul presupposto che vi è identità tra lo stato e il diritto, e pertanto non vi può essere spazio per parti di potere amministrativo non legittimate dal comando legislativo.

Nei tempi più recenti si registra il venir meno della funzione ordinante del principio di legalità, ciò in ragione del rapido dissolversi dell'unità amministrativa ed della proliferazione di modelli procedurali. La legalità si è ridotta oggi secondo una certa visione dottrinale ad un mero perimetro del lecito, e ciò in ragione della complessità sociale. Il complicarsi del sistema delle fonti e la crescente giurisprudenzializzazione degli ordinamenti invitano a sostituire il modello semplicistico della legalità con un più vasto e comprensivo rispetto del diritto. Oggi la complessità degli interessi deve condurre a

In questo contesto trova ragion d'essere il decisivo ed autonomo ruolo oggi riservato anche dal legislatore al trascorrere del tempo definito come ragionevole¹⁹⁰.

Sembra infatti opportuno legare la decisione dell'amministrazione al principio di ragionevolezza come clausola elastica di risoluzione del conflitto che intrinsecamente contraddistingue il riesame dell'atto amministrativo illegittimo.

6. L'annullamento doveroso, profili problematici ed evoluzione del sistema.

In questa direzione vanno le evidenti tensioni rispetto agli atti il cui annullamento sarebbe "doveroso".

Và infatti rilevato che, i limiti che contraddistinguono l'annullamento d'ufficio hanno tradizionalmente incontrato delle eccezioni nel cosiddetto annullamento "doveroso"¹⁹¹.

valutare il principio di legalità non come sterile rispetto della legge, ma come più complessa ricerca della giustizia.

Si veda per una attenta disamina dell'evoluzione che ha attraversato il principio di legalità B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica.*, in *Dir. Amm.*, 2008, 1 e ss.

¹⁹⁰ "La ragionevolezza, pur nelle molteplici forme in cui si manifesta, opera sempre in vista del conseguimento effettivo e concreto di una ottimale ed equilibrata soddisfazione degli interessi giuridicamente tutelati ed afferenti alla fattispecie ed ai casi concreti, nonché dell'acquisizione del consenso sulle sintesi di valore individuate dai pubblici poteri". L. D'ANDREA, *op. cit.*, 373.

¹⁹¹ Per una disamina dei casi in cui la giurisprudenza ha ritenuto doveroso l'annullamento si veda S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 1247 ss., in tema di annullamento doveroso sottolinea come questo risponde alla logica "ripristino della legalità - doverosità del ritiro dell'atto", "è quel tipo di annullamento d'ufficio la cui validità è esclusivamente legata al riscontro dell'illegittimità".

La giurisprudenza ha individuato varie ipotesi nelle quali l'interesse pubblico all'annullamento è, come suole dirsi, *in re ipsa*, e non richiede particolare motivazione, ciò accade in primo luogo quando si intendono rimuovere i provvedimenti ritenuti illegittimi dal giudice ordinario o dalla corte dei conti.

Successivamente si ritenne doveroso l'annullamento di altre due categorie di atti illegittimi, quelli che comportano un esborso continuativo di denaro pubblico di fatto sottoposto al vincolo di destinazione, e quelli per i quali non si è potuto formare un legittimo affidamento da parte del cittadino.

Nonostante la dottrina prevalente sia stata e sia ancora dell'avviso che nelle ipotesi sopramenzionate sia doveroso annullare, in passato come nel presente si sono elaborate teorie che da tale assunto generale hanno inteso discostarsi. Infatti autorevole dottrina¹⁹², ha sostenuto che sorgeva in capo all'amministrazione il solo obbligo di rivalutare il provvedimento, e nel caso in cui questo fosse risultato legittimo ma illecito e quindi lesivo della sfera del privato, sarebbe sorto il solo obbligo di risarcire: oggi le teorie che si oppongono all'obbligatorietà sostengono invece la necessità di valutare se non vi siano interessi concreti che ostano all'annullamento.

Per le ipotesi di annullamento doveroso, autorevole dottrina ritiene di fatto sussistere il potere discrezionale dell'amministrazione, che si tradurrebbe non nella valutazione dell'interesse pubblico concreto ed attuale

¹⁹² F. CAMMEO, *Questioni sull'obbligo delle amministrazioni di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1924, III, 149.

all'annullamento, bensì nell'interesse pubblico concreto ed attuale al non annullamento, producendo in tal modo una sorta di inversione del *modus operandi*¹⁹³.

Se si bada alla necessità di legittimazione del potere amministrativo esercitato ¹⁹⁴, è agevole trovare una giustificazione alla spinta evolutiva che ha investito l'istituto anche nelle ipotesi "doverose", ciò è ancora più evidente ove si pensi che: "l'imperatività e l'unilateralità proprie dei provvedimenti hanno una valenza più ampia, in quanto cancellano o comunque modificano radicalmente ciò che in altra occasione si era deciso, prescindendo dalla volontà degli interessati che avevano fatto affidamento su quelle decisioni"¹⁹⁵.

Ugualmente doveroso è stato ritenuto l'annullamento dell'atto la cui illegittimità deriva da una decisione della Corte di Giustizia Europea, anche se sul punto la più recente giurisprudenza sembra avere cambiato orientamento, valorizzando tanto i meccanismi dei singoli stati di rimozione del provvedimento invalido, tanto il principio di certezza del diritto¹⁹⁶.

¹⁹³ A. SANDULLI, *op. cit.*, 506.

¹⁹⁴ A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, n. 2, Catania, Ed. Giannotta, 1981, 405 ss. L'autore in particolare sostiene che "al decadere del valore legittimante delle procedure elettorali si accompagna la necessità, sempre più spesso avvertita di attribuire un autonomo fondamento razionale ed obbiettivo ad ogni singola manifestazione dell'autorità". Questa esigenza si sostanzia nella necessità di rilevare, "in maniera obbiettiva, l'interesse pubblico e concreto che sottende ogni singola decisione dell'autorità".

¹⁹⁵ A. CONTIERI, *op. cit.*, 15.

¹⁹⁶ Di recente un'ulteriore ipotesi di annullamento doveroso è stata rivista dalla Corte di Giustizia la quale ha affermato che, il ritiro dell'atto dimostratosi illegittimo a seguito di un pronuncia della Corte di Giustizia non è soggetto ad annullamento doveroso: infatti

L'applicabilità generale dell'art. 21 *nonies* sostenuta di recente in dottrina rende oggi discutibile, per non dire superata, la configurabilità dell'annullamento "doveroso": la norma procedimentale, infatti, "suggerisce il processo-logico ermeneutico che l'amministrazione dovrà seguire nell'attuare, nel singolo episodio amministrativo, la potestà di riesame del proprio operato.¹⁹⁷"

Avuto riguardo all'art. 75, la giurisprudenza ha ritenuto l'interesse ad annullare *in re ipsa*, tanto da prevedere in capo all'amministrazione un obbligo di eliminare l'atto illegittimo.

l'annullamento i cui effetti sono evidentemente retroattivi può intervenire solo entro un lasso di tempo ragionevole, ed ancora si è ribadita la necessità di valutare l'interesse pubblico alla sua eliminazione non ritenendo di per sé sufficiente la mera illegittimità. La corte ha infine posto l'accento sul principio di certezza considerato principio generale riconosciuto dall'ordinamento, certamente messo in crisi dalla rimozione con efficacia *ex tunc* dell'atto amministrativo ormai consolidatosi nel mondo giuridico. La corte ha affidato dunque la scelta sull'annullamento dell'atto alla valutazione discrezionale dell'amministrazione che dovrà attenersi ai criteri generali delineati dalla disciplina statale. Sul punto si veda D. DE PRETIS, "Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2007, 75 ss, "La stabilità e la certezza dei rapporti giuridici vanno il più possibile assicurate". Sulla discrezionalità dell'annullamento di atti resi illegittimi da pronunce della Corte di giustizia si veda anche F. FRACCHIA, *nota a Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1996, n.54*, in *Foro Italiano*, 1996, 442 ss.¹⁹⁷ V. ANTONELLI, *op. cit.*, 647, si veda altresì anche D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli., Napoli, 2006, 397, "vi è da domandarsi a questo punto se la previsione del 21 *nonies* non abbia inciso sulla possibilità riconosciuta dalla giurisprudenza richiamata di prescindere, nella ricorrenza di specifiche fattispecie, da una valutazione puntuale sull'interesse pubblico perché *in re ipsa*. La citata norma, infatti, oltre a porre la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico come presupposto stesso del potere di annullamento, aggiunge altresì l'esigenza di tenere conto degli interessi dei privati e dei controinteressati". L'autrice afferma infatti la possibilità di applicare l'istituto dell'annullamento d'ufficio così come previsto dalla norma anche a queste specifiche ipotesi di annullamento.

L'applicazione pratica dell'istituto registra oggi, infatti, al di là di ogni ulteriore considerazione l'assoluta irrilevanza dell'interesse pubblico.

Certamente la chiusura estrema espressa dal giudice amministrativo se per un verso trova una sua giustificazione nella necessità di salvaguardare il sistema della documentazione amministrativa e nel non vanificare quell'effetto di deterrenza che la norma affida ai controlli, lascia qualche perplessità rispetto alle posizioni che in capo al privato si sono consolidate.

A nostro avviso è criticabile anche la giurisprudenza che qualifica l'annullamento come un obbligo per l'amministrazione derivante dal precedente controllo¹⁹⁸; in proposito giova ricordare le parole di una dottrina che, in tempi ormai lontani ha sostenuto che: "la facoltà di annullare d'ufficio deve, invece, ritenersi discrezionale, quando sia compresa in un potere di controllo, non esercitato sempre, né in modo continuo, cui l'atto possa essere sottoposto"¹⁹⁹.

Rispetto alla previsione normativa contenuta nel d.p.r. n.445/00, la giurisprudenza ha fermamente sostenuto la necessità di ripristinare la legalità violata al di là di ogni ulteriore valutazione, tanto da esonerare l'amministrazione

¹⁹⁸ Sul punto, Sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444, in *Foro amm. CDS*, 2003, 2576: "è evidente che il contestato ritiro dell'originaria aggiudicazione e la conseguente dichiarazione di nullità del contratto stipulato sono conseguenza immediata e diretta dell'attività di controllo della regolarità".

¹⁹⁹ G. CODACCI PISANELLI, *op. cit.*, 86 ss., sul punto si deve altresì osservare che il controllo affinché si possa procedere all'annullamento *de plano* dell'atto debba essere istituzionalizzato.

dal motivare atti che dispongano l'annullamento a seguito di dichiarazioni mendaci.

La rigidità che si registra nell'applicazione dell'istituto è tuttavia smorzata dall'orientamento emerso di recente in giurisprudenza che considera corretta la rimozione dell'atto e la conseguente perdita dei benefici solo quando la falsità sia stata funzionale al conseguimento di questi ultimi²⁰⁰.

In altre parole, a determinare la necessità di annullare l'atto non è la falsa dichiarazione, bensì il fatto che questa abbia prodotto un illegittimo, (cioè "non dovuto") provvedimento vantaggioso per il dichiarante.

Quella che sembra essere una spinta sostanzialista del giudice amministrativo, si dimostra la base del paradosso più rilevante della disciplina in parola.

Infatti, per un verso nessuna rilevanza assume la dichiarazione "volutamente" falsa, quando il soggetto avrebbe comunque ottenuto il provvedimento favorevole²⁰¹, mentre, per altro verso, nessuna rilevanza, nel caso in cui vi siano benefici riconducibili alla dichiarazione, assume la condizione di buona fede (desumibile dalle circostanze di fatto), di un soggetto che pure abbia dichiarato cosa non vera, e che dunque potrebbe vantare un diritto alla conservazione dell'atto.

L'assimilazione all'istituto dell'annullamento doveroso si coglie in quella giurisprudenza che fa specifico riferimento

²⁰⁰ Si veda sul punto la nota n. 77 relativa alla sentenza resa dal T.A.R. Veneto Venezia, sez. I, 19 dicembre 2006, n. 4131

²⁰¹ Sul punto di contrario avviso P. LAZZARA *op. cit.*, 289, per cui è necessario annullare indipendentemente dalla considerazione di ciò che sarebbe accaduto ove non fosse stata prodotta la dichiarazione sostitutiva.

alla impossibilità che il soggetto dichiarante abbia potuto prestare legittimo affidamento rispetto ad un atto che egli sapeva essere fondato su presupposti mendaci.

Sulla impossibilità che si formi un legittimo affidamento fa leva anche la giurisprudenza comunitaria che ha avallato i provvedimenti di annullamento d'ufficio in alcuni casi in cui i beneficiari avrebbero dovuto avvedersi dell'illegittimità del provvedimento, avendola direttamente causata tramite dichiarazioni false o reticenti.

Ancora una volta si attribuisce rilevanza alla posizione del soggetto, consapevole dell'illegittimità dell'atto favorevole, implicitamente affermando la natura intimamente soggettiva del principio dell'affidamento.

Un importante spunto di riflessione che muove in direzione opposta a quella finora osservata può desumersi dalla giurisprudenza formatasi sui titoli di studio, dove si impone all'amministrazione una attenta ponderazione degli interessi prima di annullare un percorso formativo o una parte di esso che abbia condotto ad un esito positivo²⁰²; in questo

²⁰² “Lo status di studente universitario (costituito con l'atto di iscrizione), pur essendo funzionale al conseguimento della laurea, assume nondimeno una sua autonoma rilevanza giuridica e pertanto il suo annullamento d'ufficio, in presenza di una situazione soggettiva consolidatasi nel tempo ed in considerazione dell'affidamento ingenerato nel suo titolare, non può prescindere da una puntuale motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico specifico, concreto e attuale che ne giustifica il sacrificio.” Sez. VI, 07 settembre 2006 , n. 5188, in *Foro amm. CDS*, 2006, 2574, nel caso di specie il giudice amministrativo tutela lo status di studente indipendentemente dal conseguimento della laurea; “È illegittimo il provvedimento di annullamento di una laurea o diploma universitario disposto per contemporanea iscrizione in due diverse facoltà universitarie, ai sensi dell'art. 142 t.u. 31 agosto 1933 n. 1592 se nel provvedimento stesso non siano state enunciate le ragioni di pubblico interesse che hanno imposto il sacrificio della posizione soggettiva dell'interessato, da tempo

caso, quindi, la carenza del presupposto essenziale non rende doveroso l'annullamento.

Come precedentemente accennato è, invece, differente il trattamento allorché alla base della un carenza dei presupposti vi sia la dichiarazione mendace del soggetto.

Tale visione punitiva, se per un verso deve ritenersi assolutamente corretta alla luce della funzione di certezza e di deterrenza che caratterizza l'impianto di controllo della veridicità delle dichiarazioni stesse, per altro verso si scontra con la più volte affermata, assoluta irrilevanza della posizione soggettiva del privato, tanto che la giurisprudenza, quando intende accostare l'art. 75 alla figura della sanzione, definisce la norma una "para-sanzione".

L'istituto in parola ha in sé le caratteristiche dell'atto di ritiro e quelle della sanzione: esso, infatti, si accosta all'atto di ritiro ogni qual volta l'attenzione del giurista si appunti sulla struttura dell'atto, che evidentemente risulta carente di un presupposto essenziale sin dall'origine, tanto da rendere invalido il provvedimento fin dalla sua emanazione (da qui la sua necessaria eliminazione dal mondo giuridico). Ma non appena si volge lo sguardo alla norma, questa assume le sembianze di una sanzione, con una fattispecie

consolidata". T.A.R. Lombardia Milano, 09 febbraio 1985 , n. 54, in *Riv. giur. scuola*, 1987, 785.

Dello stesso tenore, se non più esplicativa dello scontro tra interessi che può evidenziarsi in casi di decadenza, è la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha affermato l'illegittimità dell'annullamento d'ufficio di un provvedimento di assunzione di un pubblico impiegato per difetto del titolo di studio necessario, se è trascorso un lungo periodo di tempo dall'assunzione, durante il quale il dipendente ha prestato lodevole servizio, salvo che l'amministrazione non abbia dimostrato motivi di pubblico interesse all'annullamento, sez. VI, 1956, 12, in *Foro Amm.*, 1956, 213.

punibile, che deriva dall'obbligo per il cittadino di osservare le stringenti disposizioni dettate dall'intera normativa; non si intende qui riesumere la dottrina che ha a lungo definito l'invalidità dell'atto come una sanzione, ma semplicemente si vuole sottolineare come la speciale decadenza prevista dall'art. 75, per il solo fatto di appuntarsi ora sul comportamento del soggetto, ed ora sulla legittimità dell'atto, è inevitabilmente al confine tra i due tipi giuridici. Da sempre la sanzione è infatti dettata per disciplinare il comportamento umano, per orientarlo e punirlo ogni qual volta si spinge oltre il limite della legalità.

L'annullamento è invece congegnato per adattarsi alle vicende dell'atto, alla sua originaria invalidità, che è determinata da un errore dell'amministrazione.

Qui l'illegittimità è formalmente originaria ma sostanzialmente successiva, e - cosa ancor più peculiare - non è prodotta da un atto dell'amministrazione, ma da un atto del privato, che l'amministrazione inconsciamente avalla.

Una sorta di *Giano Bifronte*, che negli effetti è assimilabile in tutto all'annullamento - tanto da non provocare una *deminutio* nella sfera del dichiarante ma il solo ripristino della situazione *qua ante* - che però si comporta come una sanzione rispetto alla valutazione del vizio che rende il provvedimento illegittimo.

Orbene, la dicotomia strutturale che l'istituto porta con sé è oggi accentuata dalla puntuale definizione ad opera del legislatore di quella che può e deve essere definita la

procedura da seguire per la revisione di un precedente provvedimento da parte dell'autorità amministrativa.

E' innegabile che, comunque lo si osservi, quello previsto dall'art. 75 è un procedimento di riesame che si conclude (o si può concludere) con la decadenza dai benefici con effetto *ex tunc*.

In altre parole la norma si limita a descrivere il solo provvedimento da adottare e in assenza di qualsiasi dettato normativo relativo al procedimento, dovevano trarsi dallo stesso articolo 75 i principi da seguire in sede di riesame.

La mutata situazione legislativa impone oggi di applicare il procedimento tipico previsto dall'art. 21 *nonies* della legge 7 agosto 1990 n. 241, come modificato dalla 11 febbraio 2005 n.15.

In altre parole, grava sull'applicazione dell'art. 75 un vincolo procedimentale invalicabile, generalmente valido per i provvedimenti di riesame.

La via che meglio si addice al sistema per la risoluzione della tensione sembra, dunque, essere quella che prende in considerazione in prima istanza la posizione di buona fede oggettiva del soggetto, poiché questa è preliminare alla configurabilità di un interesse legittimo del privato, pur permanendo inevitabile la valutazione tanto dell'interesse del terzo, tanto del tempo intercorso prima di giungere all'annullamento.

La rigida previsione del d.p.r. n. 445/00 si dimostra, quindi, inadeguata rispetto al nuovo impianto normativo ed ancor

di più stenterebbe ad essere percepita come giusta dal cittadino²⁰³.

Dopo un ampio lasso di tempo ed in presenza di una buona fede oggettiva del dichiarante così come dell'amministrazione, potrebbe infatti risultare particolarmente agevole individuare un interesse sostanziale al mantenimento dell'atto, salvo voler affermare la necessità di ripristinare la legalità formale dell'agire dell'amministrazione, principio ormai cronicamente in crisi. Né può ragionevolmente attribuirsi a tali provvedimenti alcuna funzione di deterrenza: infatti nessun effetto sociale potrebbe avere una decisione che interviene dopo che una posizione si sia consolidata in capo ad un soggetto.

A ciò si aggiunga che la rilevanza assolutamente interna della procedura di controllo²⁰⁴ potrebbe portare ad un uso distorto dello strumento offerto dall'art. 75; è forse

²⁰³ In questa direzione milita anche una recente opinione dottrinale la quale ha sostenuto che : “la necessità di riconoscere piena valenza al formarsi della decisione amministrativa nelle sue concrete modalità induce a privilegiare un ottica di inquadramento [...] attento alle effettive dinamiche in esso presenti e valutabili in ragione dell'interesse pubblico alla cui determinazione esse pure partecipano” il che deve condurre ad una “soluzione effettiva del problema che si traduca nel conseguimento di un risultato secondo il criterio del buon andamento, raggiunto attraverso il migliore impiego possibile, nella vicenda considerata, degli strumenti disponibili e con il più elevato livello di soddisfacimento delle istanze sociali” - A. ROMEO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, E.S.I., 2008, 403, 405. - è dunque evidente che sulle determinazioni assunte dall'amministrazione incide in maniera determinante la complessità degli interessi di volta in volta coinvolti, e che una simile tendenza non può che porsi in contrasto con l'esistenza stessa dell' annullamento d'ufficio “doveroso”.

²⁰⁴ L'affermazione che detta attività non ha - se non per via di un esito negativo - alcuna rilevanza esterna può trovare conferma nelle parole di autorevole dottrina che qualifica l'attività compiuta dai funzionari nell'acquisire informazioni o nel reperire dati, come interna, che solo talvolta può sfociare in un provvedimento. M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit, 219.

preferibile, duque inquadrare la disciplina della l. 241/90 come vincolo procedimentale all'applicabilità dell'istituto.

E' bene tuttavia precisare che non si vuole sostenere l'assoluta irrilevanza del comportamento del soggetto, ma la necessità di valutare la buona fede, soggettiva ed oggettiva, che produrrebbe una aspettativa qualificata alla conservazione dell'atto che si presume essere valido, e sul quale - in virtù di un processo interiore di convincimento - si sia formato il legittimo affidamento del cittadino²⁰⁵.

Illuminante in proposito appare l'affermazione per cui: "Il mutato clima culturale, risultato di una più matura considerazione dell'attività amministrativa colta nel suo divenire e spostatosi l'interesse generale del provvedimento al procedimento, in quanto sede privilegiata di emersione degli interessi, potrebbe giustificare una rimediazione che affronti il più generale tema del riesame: non quindi il risultato ma l'attività necessaria per poter eventualmente approdare a quel risultato²⁰⁶".

²⁰⁵ In proposito occorre sottolineare che la buona fede del soggetto che ha dichiarato, è presa in considerazione dalla giurisprudenza ogni qual volta si spinge a negare la sussistenza di un legittimo affidamento, ma è di contro assolutamente ignorata in tutti quei in cui si presta attenzione alle veridicità oggettiva della dichiarazione.

In altre parole si effettua un apprezzamento sul soggetto ogni qual volta ciò sia necessario al fine di escludere la rilevanza dell'affidamento, per poi appuntare l'attenzione sulla dichiarazione per provare la necessità di procedere ex art. 75.

Delle due l'una o si appunta il giudizio sempre sul soggetto che dichiara o lo si volge lo sguardo sempre alla dichiarazione, dando rilievo se è il caso ad eventuali condizioni oggettive che hanno causato la compilazione di un "documento" difforme dal certificato che intendeva sostituire, ciò vale ancor di più ove si pensi che la possibilità di dichiarare sotto la propria responsabilità non attiene ai soli aspetti della vita perfettamente conosciuti dal cittadino ma anche condizioni la cui percezione non è sempre agevole.

²⁰⁶ A. CONTIERI, *op cit.*, 20

Il punto di partenza di tale rimeditazione non può che essere la nuova disciplina dell'art. 21 *nonies*, intesa come momento procedimentale di emersione delle legittime aspettative del soggetto e come ricerca ad un tempo di giustizia e legittimazione del potere esercitato dall'amministrazione.

E' proprio la maggiore giustificabilità di una scelta autoritativa a legittimare una attenuazione del principio di ricerca di un interesse concreto ed attuale; il senso intrinseco di giustizia che porta con sé il provvedimento che annulla una decisione formatasi nella mala fede del soggetto alleggerisce certamente il compito dell'amministrazione, senza però giustificare l'appiattimento totale²⁰⁷.

Connesso al tema della rilevanza della buona fede, vi è quello dalla chiarezza espositiva dei moduli predisposti dall'amministrazione e quindi della correttezza del comportamento dell'amministrazione nei confronti del cittadino ²⁰⁸ : è infatti, in queste ipotesi che potrebbe

²⁰⁷ Orbene si intende sostenere che l'applicazione del modello procedimentale disposto dall'art. 21 *nonies* all'art. 75 del d.p.r. 445/00 potrebbe trovare il suo presupposto - oltre che nell'essere anche quest'ultimo un provvedimento di secondo grado - in quelle riflessioni tese alla ricerca della giustizia, più che della legalità formale, che troviamo oggi alla base del principio di legalità e della crisi del potere (vedi note 100 e 103)

²⁰⁸ Sulla necessità che l'amministrazione si esprima nei confronti del cittadino al di là di tecnicismi incomprensibili e che dunque si ponga sullo stesso piano di chi debba ricevere l'informazione si veda M.R. SPASIANO, *Qualità e strumentalità del diritto di informazione*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione* (atti del convegno di Copanello del 25 e 26 giugno 2005), Torino, 2005, 133.

Se è vero che l'amministrazione deve assumere un atteggiamento orientato a favorire un comportamento corretto da parte del cittadino, in capo a questo deve essere ravvisato un generale dovere di buona fede e correttezza nei confronti dell'amministrazione. Questo, come sostenuto

rinvenirsi il momento più alto di ponderazione delle posizioni contrapposte, tanto che un eventuale annullamento risulterebbe ancor più ingiusto e parziale.

In altre parole, allorquando la formula o l'atteggiamento usato dall'amministrazione siano stati tali da poter ragionevolmente lasciare intendere una richiesta di tipo diverso, non può trascurarsi l'affidamento prestato dal soggetto²⁰⁹.

da parte della dottrina, si sostanzia nell'onere del cittadino di allegare al procedimento, attraverso la partecipazione, le informazioni di cui è a conoscenza affinché la decisione finale sia quella che meglio soddisfi l'interesse pubblico. Nei confronti della p.a. il cittadino deve rispettare il principio di buona fede ancor più di quanto faccia nei rapporti con il privato. Si osserva in proposito che il cittadino "non può invocare la parità delle armi solo quando gli fa comodo pretendendo l'applicazione unilaterale del principio di buona fede/ correttezza nei rapporti giuridici esclusivamente a suo favore". F. SAITTA, *Del dovere del cittadino di informare la p.a. e delle sue possibili implicazioni*, in *I Nuovi diritti di cittadinanza*, op. cit., 111 ss.

Nel campo delle dichiarazioni sostitutive vengono più che in ogni altro settore dell'amministrazione in evidenza "le aspettative di verità" che questa nutre, anche se deve rammentarsi come la verità possa essere influenzata dalle modalità con cui si formula la richiesta pubblica: infatti "la verità dell'amministrazione e dell'amministrato è prima di tutto la loro conformità alle convinzioni ritenute". U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 285. In tal senso anche la teoria filosofica di G.B. VICO per cui "L'uomo (giusto) certifica sempre il vero di quello che fa".

²⁰⁹ In casi del genere la giustificazione dell'aver fatto affidamento su di un provvedimento che si sapeva illegittimo si trasformerebbe in un'affermazione apodittica e come tale incapace di giustificare un'annullamento totale della giurisprudenza.

In particolare sembra emblematico il caso di chi sulla scorta di una richiesta generica dell'amministrazione e di un successivo provvedimento positivo abbia abbandonato il proprio posto di lavoro, per poi dopo molto tempo veder annullare il provvedimento positivo - che lo abilitava all'esercizio di una professione - perché fondato su una dichiarazione a parere dell'amministrazione mendace, ma nella realtà frutto di una richiesta evidentemente confusa.

In particolare T.A.R. Lazio Roma, sez. I, 21 settembre 2006, n. 9032, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2905, "Non appare seriamente revocabile in dubbio che la "colpa" di tutto quanto è accaduto non possa essere attribuita all'Amministrazione, dovendosi - invece - imputare il triste

Ciò si dimostra tanto più necessario ove si pensi alla mancanza di un limite temporale oltre il quale non sia ammessa la possibilità di effettuare il controllo; l'amministrazione, dunque, può avvedersi della falsità della dichiarazione anche dopo che sia trascorso un ampio lasso di tempo, senza avere riguardo all'affidamento nutrito da colui che ha reso la dichiarazione assunta a base del provvedimento consolidatosi.

In questi casi, "la risposta coerente rispetto all'esigenza di far salvo l'interesse alla modificazione della situazione esistente e, insieme, di non far gravare sul cittadino incolpevole le conseguenze della disfunzione amministrativa che è all'origine del conflitto, è quella che socializza il peso della disfunzione: la riparazione del danno ripartisce sulla collettività il costo della realizzazione dell'interesse pubblico che è stato compromesso dal provvedimento illegittimo"²¹⁰.

Finora si è inoltre dato rilievo al solo affidamento del soggetto dichiarante, mentre nessuna rilevanza è stata data all'affidamento del terzo e della stessa amministrazione.

Per questi soggetti, più che l'affidamento, ad essere messa in crisi è la certezza dei rapporti giuridici: la compromissione di questo valore dovrebbe infatti costituire il limite intrinseco all'operare non solo dell'annullamento ma di qualsiasi atto di ritiro dell'amministrazione.

Il giudice, in questi casi, non può arroccarsi dietro la sola rilevanza della legittimità del provvedimento, dovendo

epilogo della vicenda a chi ha formulato la domanda in un certo modo ed effettuato, in analogo modo, le connesse dichiarazioni.

²¹⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *op. cit.*, 856.

scendere necessariamente all'esame del rapporto, come l'impianto sostanzialista della normativa gli impone.

Per uno strano gioco del destino, il valore della certezza, che per un verso si pone in una situazione dicotomica rispetto al sistema semplificatorio delle "autocertificazioni", per altro verso impedisce la rimozione di provvedimenti fondati su dichiarazioni non veritiere, come in uno scontro interiore ed intestino il cui unico elemento dirimente rimane la valutazione sostanziale degli interessi in campo.

Sul profilo dell'interesse incide il decorso del tempo, normalmente riconducibile all'attualità ed alla concretezza dell'interesse all'annullamento ed ora normativamente previsto come elemento determinante per procedere al riesame dell'atto.

Rispetto alla tutela della posizione del terzo, v'è altresì rilevato che alla perdita dei benefici per il dichiarante può non corrispondere un vantaggio per il terzo: questo rischio è tanto più presente quanto più spostati nel tempo sono i controlli dell'amministrazione rispetto alle dichiarazioni sostitutive²¹¹.

7. Riflessioni conclusive

Nell'istituto delle "autocertificazioni" assunto quale banco di prova della prospettiva ricostruttiva proposta appare

²¹¹Sul punto G. ARENA, pone l'accento sulla inefficacia della sanzione rispetto ai servizi o alle prestazioni nel servizio sociale, e del diritto allo studio. op. cit., 70.

Si pensi a chi consegua l'iscrizione ad un corso di studio a numero chiuso sulla scorta di una dichiarazione non veritiera, ove il controllo dovesse avvenire a distanza di anni nessuna tutela effettiva sarebbe riservata al terzo pretermesso.

evidente, pur essendo chiara la volontà di semplificare²¹² la materia della documentazione amministrativa, la tensione che lo strumento fa registrare rispetto al valore della certezza. L'analisi dell'istituto, tanto nella sua vita fisiologica che nei suoi momenti patologici, suggerisce alcune riflessioni sulla reale efficacia delle dichiarazioni sostitutive, ed in particolare sul rapporto tra queste e la certezza pubblica.

Parte della dottrina ha con forza sostenuto che la “normativa costituisce diretta applicazione del dovere di non aggravamento in relazione agli oneri procedurali imposti ai privati, non si inquadra, dunque, nella tematica della “certezza pubblica” ed assume rispetto a questa un differente ambito di rilevanza²¹³”.

Le dichiarazioni sostitutive permetterebbero di trasformare ciò che normalmente è onere della prova in un dovere di allegazione, a cui però corrisponde un'assunzione di responsabilità²¹⁴.

“Il valore di queste non può, dunque, oltrepassare la relazione amministrazione-cittadino”²¹⁵.

²¹² In proposito deve essere rilevato che la disciplina della “autocertificazione” sembra essere figlia più di quell’ “ansia di provvedere”, che di un progetto semplificatorio di buona amministrazione, che conduca ad uno tra i migliori risultati possibili. Nella stessa direzione vanno le affermazioni di M. OCCHIENA, *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina sul commercio*, in *Giur. Reg.*, 1998, 34 e ss. che sottolinea come le tendenze legislative in campo di semplificazione trascurano la bontà della scelta privilegiando la sua rapidità.

²¹³ P. LAZZARA, *op. cit.*, 283

²¹⁴ G. CORSO - F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti, commento alla legge 7 agosto 1990 n.241*, Rimini, Maggioli, 1991, 121-123.

²¹⁵ P. LAZZARA, *op. cit.*, 310

Tale posizione è giustificata in ragione della rilevanza interna al procedimento che assumono le dichiarazioni sostitutive; queste non creano alcuna certezza, non possono circolare al di fuori di uno specifico procedimento, così come il valore delle stesse è limitato ai rapporti con l'amministrazione²¹⁶.

Le dichiarazioni sostitutive mancherebbero di quei requisiti tradizionalmente propri degli atti che producono certezza.

Purtuttavia se si appunta l'attenzione su ciò che si è detto nei capitoli precedenti in merito all'applicazione pratica dell'istituto ed alla necessità di assumere una diversa chiave prospettica nell'analisi degli strumenti di certezza, è possibile approdare a soluzioni in parte differenti da quelle ora menzionate.

Per valutare la sostanziale rilevanza dell'istituto, è necessario partire da alcune premesse, la prima delle quali è che non esiste un solo tipo di certezza, ma questa come si è visto può essere suddivisa in almeno due tipologie: la certezza affidamento e la certezza stabilità.

In proposito si è precisato che la certezza affidamento va vista in ragione del minore o maggiore grado di affidabilità che lo strumento è in grado di ingenerare nei consociati e dunque nell'ordinamento.

Deve, altresì, osservarsi che il concetto della certezza è un concetto mai assoluto²¹⁷, e che l'atto che la produce impone il distacco dalla realtà ontologica della situazione rapportata.

²¹⁶ P. LAZZARA, *op. cit.*, 284

²¹⁷ Se è vero che la certezza non è verità, e che è l'ordinamento a predisporre gli strumenti che creano la certezza, non può attribuirsi a la certezza una connotazione assoluta.

Ancora, v'è tenuto in debito conto che in relazione ai controlli la realtà ci mostra un'amministrazione lenta, per non dire assente, che stenta a recepire le disposizioni sulla informatizzazione.

Orbene, l'intero sistema delle "autocertificazioni" prevede una serie di preclusioni a carico dell'amministrazione che, inserite in un contesto procedimentale, danno vita a provvedimenti, che certamente non hanno il medesimo ambito di efficacia dei procedimenti volti alla creazione di certezza pubblica, ma che sono espressione diretta delle dichiarazioni rese dal privato.

In particolare, l'art. 41 del d.p.r. n. 445/00, posto in correlazione con il generale principio dell'onere della prova, comporta che ove l'amministrazione intenda discostarsi dalla dichiarazione del privato lo debba fare sulla scorta di concreti elementi che dimostrino il contrario; se l'amministrazione non procede al controllo, quanto affermato dal privato deve considerarsi immutabilmente allegato al procedimento quale base del provvedimento stesso.

In stretta connessione con questa, vanno lette tutte le disposizioni che prevedono un espresso divieto per le amministrazioni di richiedere in luogo delle dichiarazioni sostitutive i certificati in originale²¹⁸, così come quella che qualifica come violazione dei doveri d'ufficio tale richiesta.

²¹⁸ In primo luogo il divieto gravante sull'amministrazione procedente, di richiedere "atti o certificati concernenti stati, qualità personali e fatti che risultino elencati all'art. 46, che siano attestati in documenti già in loro possesso o che comunque esse stesse siano tenute a certificare", che invece dovranno essere acquisiti d'ufficio dall'amministrazione.

Le disposizioni in parola, orientate al rilancio dello strumento semplificatorio, in passato vanificato dalla scarsa predisposizione delle amministrazioni ²¹⁹, portano ad affermare che: se formalmente è ineccepibile l'incapacità strutturale della dichiarazione di produrre certezza secondo i canoni tradizionali, lo stesso non può dirsi oggi dove a cambiare è la prospettiva di riferimento.

L'atteggiarsi della dichiarazione sostitutiva nel volgere della vita dell'amministrazione, sembra essere infatti funzionalmente preordinato a qualcosa di più che al semplice sgravio procedimentale.

Per apprezzare la cifra di quanto detto, basta pensare al rapporto che vi è tra controllo e certezza: se è vero che tutte le certezze sono controllabili e che queste divengono immutabili solo quando non possono più essere controllate ²²⁰, ed allo stesso tempo se si ammette che alcune dichiarazioni non sono o non possono essere

E' altresì fatto espresso divieto all'amministrazione, di pretendere la produzione di certificati al fine di verificare i dati contenuti nel documento di identità.

Ed infine l'ultimo divieto consiste nella impossibilità di esigere gli atti di notorietà in luogo delle relative dichiarazioni sostitutive.

²¹⁹ L'art. 74, rubricato violazione dei doveri d'ufficio prevede "1. Costituisce violazione dei doveri d'ufficio la mancata accettazione delle dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto di notorietà rese a norma delle disposizioni del presente testo unico. 2. Costituiscono altresì violazioni dei doveri d'ufficio: a) la richiesta di certificati o di atti di notorietà nei casi in cui, ai sensi dell'articolo 43, ci sia l'obbligo del dipendente di accettare la dichiarazione sostitutiva; b) il rifiuto da parte del dipendente addetto di accettare l'attestazione di stati, qualità personali e fatti mediante l'esibizione di un documento di riconoscimento; c) la richiesta e la produzione, da parte rispettivamente degli ufficiali di stato civile e dei direttori sanitari, del certificato di assistenza al parto ai fini della formazione dell'atto di nascita".

²²⁰ M.S. GIANNINI, *Certezza*, op. cit., 617.

verificate, si potrebbe ammettere che queste hanno la medesima forza delle certezze.

In altre parole, se la dichiarazione del soggetto privato, non incontra nel mondo giuridico alcuna contestazione (non importa se ciò sia dovuto ad un impedimento oggettivo o ad un mancato controllo) la stessa si impone inevitabilmente sull'agire dell'amministrazione, che è normativamente chiamata a prestarvi affidamento.

Dall'analisi complessiva del sistema emerge dunque che, se è vero che le dichiarazioni sono incapaci di produrre effetti immediati sulla realtà esterna, è altrettanto vero che è loro attribuita dal legislatore la capacità di imporsi all'amministrazione, che non può disattenderle salvo che non proceda ai controlli previsti dall'art. 71 del d.p.r. n. 445/00, e che questi non rivelino la falsità della dichiarazione.

L'amministrazione è dunque vincolata dalla dichiarazione resa dal privato, che come un vero e proprio atto in grado di produrre certezza, elimina il dubbio dell'ordinamento.

Deve altresì notarsi che tali dichiarazioni producono inevitabilmente un effetto mediato dal provvedimento all'interno del mondo giuridico²²¹.

²²¹ Per esempio, se attraverso una dichiarazione sostitutiva di certificato di laurea a taluno è concesso di partecipare all'esame di abilitazione per procuratore, è di tutta evidenza che ove dovesse abilitarsi, il titolo di procuratore acquisito, in quell'occasione sarà spendibile, per una moltitudine di rapporti, tutti riconducibili al fatto che di essere in possesso di una laurea, quindi la dichiarazione se non produce immediatamente effetti all'esterno (dalla porta), li produce in via mediata (dalla finestra).

Né vale a dimostrare il contrario la inutilizzabilità delle dichiarazioni sostitutive nel processo in luogo della prova documentale²²²: infatti, essendo la dichiarazione sostitutiva per antonomasia da accertare, ciò comporta non un'incompatibilità strutturale di questa rispetto alla certezza, ma un' incompatibilità rispetto al processo ed alle sue regole.

Il giudice chiamato ad acclarare la verità dei fatti, non può servirsi di uno strumento che contiene una informazione che deve essere accertata, senza essere dotato dei poteri di controllo propri dell'amministrazione.

Assume in quest'ottica importanza anche l'atteggiamento della giurisprudenza in relazione agli errori non formali, compiuti dal privato nella dichiarazione: questi, infatti, rilevano solo quando siano stati determinanti per il conseguimento del risultato.

Deve rammentarsi ancora una volta che “La certezza non è altro che uno stato soggettivo di conoscenza[...] la convinzione soggettiva della conoscenza è il risultato di un oggettiva evidenza delle situazioni”[...] “nel concreto dell'esperienza umana appunto, i due principi – dell'oggettività del diritto e della soggettività della conoscenza – trovano un piano di conciliazione nel più comprensivo principio in forza del quale determinati fatti oggettivi, prendendo rilievo in un determinato ambiente e campo di vita del soggetto causano il fatto soggettivo della conoscenza” [...] “la convinzione soggettiva della conoscenza è il risultato di un oggettiva evidenza delle situazioni” A. FALZEA, *Accertamento* cit., 207.

²²² Si veda tra le altre Cass. 10.3.2006, n. 5321 “alla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà prevista dalla L. n. 15 del 1968, art. 4 (ma evidentemente le conclusioni non possono essere diverse per l'“autocertificazione” in oggetto) deve escludersi qualunque rilevanza, sia pure indiziaria, qualora costituisca l'unico documento esibito in giudizio al fine di provare un elemento costitutivo dell'azione o dell'eccezione, atteso che la parte non può derivare elementi di prova a proprio favore, ai fini del soddisfacimento dell'onere di cui all'art. 2697 cod. civ., da proprie dichiarazioni non asseverate da terzi”.

In altre parole, la dichiarazione errata resta stabilmente quale presupposto del provvedimento amministrativo purché l'errore si dimostri irrilevante: viene dunque cristallizzata nel procedimento una informazione certamente diversa dalla realtà.

Dunque se dal punto di vista strutturale la dichiarazione sostitutiva non ha le caratteristiche dell'atto di certezza poiché manca dell'accertamento, dal punto di vista effettuale essa produce certamente una preclusione²²³, anche se di grado minore rispetto a quella prodotta dalla certezza stabilità.

Pur restando ferme le considerazioni sin qui svolte, non può tacersi che è pur sempre il privato ad immettere nel mondo giuridico le dichiarazioni sostitutive.

Orbene, di norma il soggetto preposto alla produzione di certezza è, invece, quello pubblico (o ente pubblico o privato esercente pubblico servizio), ciò perché lo stato è l'unico in grado di imporre la conformazione alla realtà emergente dall'atto di certezza.

Anche questa differenza appare però superabile per due fondamentali ragioni.

²²³ Le circostanze che in condizione di patologia si verifica in capo all'amministrazione un obbligo di conformarsi alla dichiarazione senza poterla contraddire, e che questa evenienza altro non è che il verificarsi di un effetto preclusivo in capo all'amministrazione, dovrebbero portare ad attenta riflessione sulle parole di autorevolissima dottrina per cui "effetto preclusivo e dichiarazione di verità sono gli effetti necessari di ogni figura di accertamento, sicché non esiste dichiarazione di verità accompagnata da effetto preclusivo che non costituisca un fatto di accertamento, e per converso, nessun fatto di accertamento può essere altrimenti costituito se non da dichiarazioni di verità" A. FALZEA, *op. ult. cit.*, 219

Altra autorevole dottrina ha sottolineato come in presenza di una certezza irreversibile si produce un effetto preclusivo. M.S. GIANNINI, *Accertamento*, cit., 225.

La prima che trova il suo fondamento nella circostanza che la dichiarazione sostitutiva è in grado di limitare la sola “libertà” della p.a. ma mai quella dei consociati.

La seconda e fondamentale ragione è, invece, insita nel cambio di prospettiva assunto nel lavoro che, come riferito, ha condotto la dottrina a ricostruire la certezza in termini di certezza stabilità e certezza affidamento.

In questa nuova prospettiva, perde di rilevanza il necessario aggancio con il potere pubblico generalmente necessario ai procedimenti tradizionalmente studiati al fine di produrre quella che Giannini definiva certezza pubblica.

Il piano logico entro cui la certezza affidamento si muove, infatti, prescinde del tutto dal “sigillo o dalla garanzia” di provenire dallo Stato²²⁴, ma piuttosto la sua carica valoriale discende direttamente dalle esigenze pratiche che soddisfa.

Il suo effetto preclusivo (che potremmo definire “debole”) dunque, è il prodotto tra il fatto di non contestazione e le norme contenute nel T.U. in materia di documentazione amministrativa, che nei limiti della specificazione di cui sopra attribuiscono alla dichiarazione forza conformativa, nel rispetto del principio di legalità.

Ciò che invece nella nuova prospettiva può realmente rappresentare un ostacolo al prodursi della certezza affidamento è la parzialità della dichiarazione²²⁵, per tale ragione il consolidarsi dello strumento tra quelli in grado di produrre certezza affidamento passa necessariamente per

²²⁴ M.S. GIANNINI, *Certezza*, cit., 603.

²²⁵ Questa, in quanto frutto di attività privata sarà la risultante di una percezione parziale della realtà.

l'attribuzione di valenza effettiva allo strumento del controllo.

E', infatti, questa determinante fase che si presta a fare da anello di congiunzione tra certezza del diritto ed efficienza dell'azione amministrativa: il conseguimento del bene della vita da parte del consociato con il minor dispendio possibile di energia, passa inevitabilmente per la semplificazione, come la legalità dell'azione amministrativa e la particolare certezza che questa produce passano per il controllo²²⁶, salvo non si voglia accettare "il [totale] sacrificio della legalità - formale e sostanziale - per incrementare l'efficacia e l'efficienza dell'attività amministrativa"²²⁷.

Quella che viene, dunque, in essere è una certezza dotata di un grado minore di garanzia²²⁸ rispetto alla certezza stabilità, ma che una volta prodottasi (a causa del fatto di non contestazione) produce un impatto identico a quello che quest'ultima è in grado di generare.

Il bene prodotto dall'interazione tra privato e pubblico nelle dichiarazioni sostitutive sembra dunque rappresentare uno dei molti esempi di quella che autorevole dottrina ha definito certezze-affidamento²²⁹.

²²⁶ Da più parti in senso critico è stato notato come le misure di semplificazioni hanno concesso uno spazio ampio al privato connotato da ben poca razionalità, poiché contro la stessa intenzione del legislatore, tale processo si è trasformato "in una confusa sommatoria di plateali irrazionalità, del comportamento e delle scelte, a meno che non venga sbrigativamente intesa come la rinuncia dell'amministrazione ad esercitare i compiti che le sono propri". R. FERRARA, *op. cit.*, 702.

²²⁷ R. FERRARA, *op. cit.*, loc.cit.

²²⁸ O almeno di quelle che tradizionalmente si sono considerati momenti di garanzia propri degli strumenti idonei a produrre certezza pubblica.

²²⁹ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione*, cit., 883.

Per altro verso, non deve essere sottovalutata la generale capacità di tali certezze di fondare le scelte dei consociati anche se certamente non attraverso preclusioni di tipo giuridico.

Sotto questo profilo, infatti, ciò che rileva è la condizione psicologica del singolo che si rapporta al contenuto dello strumento di volta in volta predisposto dall'ordinamento.

In questo contesto, di fronte all'inerzia dell'amministrazione nel controllo sulle dichiarazioni del privato, la necessaria presunzione di veridicità di cui queste sono dotate si rivela ancora una volta determinante.

Per fare un esempio banale, chi in virtù di una dichiarazione sostitutiva che attesta il titolo di laurea si abilita alla professione forense, sarà per il consociato "certamente" un avvocato: questi infatti sarà iscritto all'ordine professionale di appartenenza e rappresenterà in giudizio i propri clienti.

Che le dichiarazioni sostitutive ricoprano presso i consociati un ruolo ed una funzione che non è ad esse propria per legge, è paradossalmente desumibile anche dal fatto che i cittadini stessi si servono delle dichiarazioni al fine di attestare status o qualità nella realtà non posseduti.

Se queste non fossero in grado di garantire stabilità al provvedimento dell'amministrazione, vuoi per la impossibilità di controllare o per l'inefficienza del sistema, nessuno ricorrerebbe ad un simile espediente, salvo voler affermare che una grande percentuale della popolazione è irrazionalmente irrispettosa della legge.

Altro fattore, determinate rispetto al sentire comune, è l'affievolimento del senso dello stato che vive la società post-moderna, il quale inevitabilmente oscura il momento collaborativo tra stato e cittadino.

Per certezza deve infatti intendersi anche la soddisfazione dell'aspettativa dei consociati²³⁰, rispetto alla necessità di decisioni sostanzialmente giuste e come tali accettabili: “La certezza, collocata sul piano della realtà materiale, e quindi sul piano concreto di applicazione della norma, individua un'aspettativa dei consociati, nei confronti della gestione del potere”²³¹.

Ciò ha portato il legislatore ad elaborare meccanismi automatici di raggiungimento del risultato; tanto questi, tanto lo spostamento della responsabilità, devono ricondursi alla “riduzione del carattere autoritativo del potere, e delle scelte amministrative in genere”²³².

La crisi del “potere” si ripercuote inevitabilmente sulla disciplina delle dichiarazioni sostitutive, ma ciò avviene indirettamente: infatti, queste inevitabilmente vivono il confronto con gli strumenti di certezza, e sono questi ultimi ad apparire indeboliti; in uno stato in cui diminuisce il senso comune, dove tutto può essere delegittimato e posto in discussione, dove è atavica l'incapacità di assumere decisioni, la burocratizzazione non è vista quale strumento

²³⁰ S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, 131 e ss.

²³¹ M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (atti convegno Palermo 27-28 febbraio 2003) a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004, 22.

²³² P. LAZZARA, *op. cit.*, 277

di controllo e garanzia, ma come un inutile aggravio a carico del cittadino (sacrificato sull'altare del potere).

A questo punto occorre però sottolineare che se le utilità prodotte dalla dichiarazione sostitutiva possono in qualche misura essere assimilate a quelle prodotte dagli atti tradizionalmente produttivi di certezza, non si vuole in questa sede sostenere che alle dichiarazioni sostitutive debba essere attribuito il medesimo valore ed i medesimi effetti degli atti che sostituiscono, come parte della dottrina ha ritenuto²³³.

Infatti, la funzione di certezza è largamente diffusa nell'ambito dell'ordinamento, il quale la consegue - si tratti di certezza affidamento o di certezza stabilità - attraverso tecniche giuridiche diverse, ossia attraverso atti che producono effetti giuridici diversi.

Se si vuole definire tecnicamente gli atti produttivi di certezza pubblica, e di conseguenza il valore da attribuire alle dichiarazioni sostitutive, le alternative sembrano solamente due a seconda che ci si intenda seguire la prospettiva classica o la prospettiva funzionalista.

Nel primo caso potranno considerarsi produttivi di certezza pubblica in senso tecnico soltanto gli atti che contengono attestazioni che fanno fede fino a querela di falso.

In questo caso, non vi è dubbio che le dichiarazioni sostitutive non sono produttive di certezza pubblica, così come, però, non lo sono la stragrande maggioranza degli atti amministrativi che di norma si ascrivono a tale categoria.

²³³ M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, op. cit., 230 ss.

Se invece si adotta la prospettiva sposata nel presente lavoro, in forza della quale è produttivo di certezza pubblica (ed in particolare di certezza stabilità), qualsiasi atto cui sono comuni effetti preclusivi, allora si dovrà ammettere che vi fanno parte anche le “autocertificazioni”.

Né assume rilevanza la circostanza che l’effetto preclusivo ad esse connesso sia limitato al procedimento in cui vengono prodotte, e questo in ragione delle considerazioni generali svolte circa la pluralità delle certezze pubbliche, la loro configurabilità secondo modelli ed ambiti differenti e la loro graduazione sia in ordine alla forma che all’ambito di circolazione.

BIBLIOGRAFIA

AINIS, *Sulla comunicazione delle regole giuridiche (e su un vuoto di comunicazione nella letteratura giuridica)*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3, settembre 2002;

ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, Giuffrè, 1978;

ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;

ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, relazione al convegno degli amici del diritto dell'economia Torino 20-21 ottobre 1956, in *Il diritto dell'economia*, n. 10, 1956;

AMMENDOLIA, *Dispensa e decadenza*, in *Enc. Dir.*, Milano, XIII, 1960;

ANTONELLI, *Art. 21 nonies*, in *La Pubblica Amministrazione e la sua azione* a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito, Torino, 2005;

ASCARELLI, *certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, relazione al convegno degli amici del diritto dell'economia Torino 20-21 ottobre 1956, in *Il diritto dell'economia*, n. 10, 1956;

ARENA, *Certezze pubbliche e semplificazione amministrativa*, in AA.VV. *La documentazione amministrativa*, Rimini, Maggioli Editore, 2001;

ARENA, *"Autocertificazioni" e amministrazione per interessi*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol.I, Milano, 1988.

ARECCHI, *La complessità nella scienza*, in AA. VV. *Caos ordine e complessità*, I quaderni dell'IPE - quaderno n. 6, Napoli, 1994;

- BENEDETTI**, *Certezza pubblica e "certezze private"*, Milano, Giuffrè, 2010;
- BERTEA**, *La certezza del diritto nel dibattito teorico giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001;
- BOBBIO**, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, in *Rivista di filosofia*, 1962;
- BOBBIO**, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951;
- BOBBIO**, *La funzione promozionale del diritto*, in *Dalla struttura alla funzione*, Edizione di comunità, Milano, 1977
- BOMBARDELLI**, *la semplificazione della documentazione amministrativa: strumenti e tecniche*, in AA. VV. *La documentazione amministrativa*, Rimini, Maggioli Editore, 2001
- CAMMEO**, *Questioni sull'obbligo delle amministrazioni di conformarsi al giudicato dei tribunali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1924, III;
- CARNELUTTI**, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1950;
- CASSESE**, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971;
- CODACCI PISANELLI**, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939;
- CONTIERI**, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, E.S.I., 1991;
- CORSALE**, *Il problema della certezza del diritto in Italia dopo il 1950*, in *La certezza del diritto* di F. Lopez de Oñate, Giuffrè, Milano, 1968;

CORSO - TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti, commento alla legge 7 agosto 1990 n.241*, Rimini, Maggioli, 1991;

D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. II, UTET, Torino, 1934;

D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005;

DEL RE, *Introduzione alla complessità*, in AA. VV. *Caos ordine e complessità*, I quaderni dell'IPE - quaderno n. 6, Napoli, 1994;

DE PRETIS, *“Illegittimità comunitaria” dell’atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2007;

DI LORENZO, *L’annullamento in via amministrativa del provvedimento illegittimo in confronto con l’annullamento e la revoca*, in *Foro Amm.*, 1937;

FALZEA, *Accertamento, Teoria generale*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958;

FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, giugno 1997;

FERRARA, *Le “complicazioni” della semplificazione amministrativa: verso un’amministrazione senza qualità?*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, Napoli, 2001.

FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003;

FRACCHIA, *nota a Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1996, n.54*, in *Foro Italiano*, 1996;

FRAGOLA, *Manuale di diritto Amministrativo*, V ed., Napoli, Pellerano – Del Gaudio Editore, 1954;

- GALETTA**, *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli., Napoli, 2006;
- GARRI**, *Il pubblico interesse all'annullamento d'ufficio ed il decorso del tempo*, in *Foro Amm.*, 1964;
- GIANNINI**, *Accertamento (Diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958;
- GIANNINI**, *Atto Amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Milano, IV, 1959;
- GIANNINI**, *Certezza Pubblica*, in *Enc. Dir.*, Milano, VI, 1959, 769 ss., ora *Idem in Scritti di Massimo Severo Giannini*, Milano, 2004, IV;
- GIANNINI**, *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1970;
- GIANNINI**, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1939, oggi in *Scritti*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000;
- GOMETZ**, *Regole tecniche e certezza del diritto una relazione simbiotica*, in *Ragion pratica*, 36/giugno 2011;
- IMMORDINO**, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (atti convegno Palermo 27-28 febbraio 2003) a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004;
- LAU**, *Dissenso e incertezza nella società degli individui*, in *La società degli individui*, n. 9, anno III, 2000, 42.
- LAVAGNA**, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*, Padova, 1973, vol. III;
- LAZZARA**, *Procedimento e semplificazione*, Roma, Philos, 2005;
- LOPEZ DE OÑATE**, *La certezza del diritto*, Milano, 1968;

MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000;

MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985;

MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970;

OCCHIENA, *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina sul commercio*, in *Giur. Reg.*, 1998;

PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Agg. I, 1997;

PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della l. 241/90*, in *www.giustamm.it*, 3-2005;

PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, 1961;

PUGLIATTI, *Sulla crisi della scienza giuridica*, in *Atti del XV congresso nazionale di filosofia*, 1948, p.505 ss. oggi in *Scritti giuridici*, Vol. III, Giuffrè, Milano, 2010;

RANELLITTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative, parte I, concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. It.*, n. 4/1894, oggi in *Scritti Giuridici scelti*, Vol. III, Jovene Editore, Napoli, 1992;

RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935;

ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1930;

ROMANO, *Doveri e obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953;

ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di certezza: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005;

- ROMANO TASSONE**, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987;
- ROMANO TASSONE**, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, n. 2, Catania, Ed. Giannotta, 1981;
- ROMANO TASSONE**, *Sui rapporti tra legittimazione politica e potere giuridico degli atti dei pubblici poteri*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2007;
- ROMEO**, *L'impugnabilità degli atti amministrativi*, Napoli, E.S.I., 2008;
- RUGGERI**, "Il diritto ragionevole" e la teoria della Costituzione, in AA.VV. *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto* (Atti del seminario di Palermo, 11 febbraio 2002), a cura di Pajno S. e Verde G., Torino, 2004;
- SAITTA**, *Del dovere del cittadino di informare la p.a. e delle sue possibili implicazioni*, in *I Nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione* (atti del convegno di Copanello del 25 e 26 giugno 2005), Torino, 2005;
- SAITTA**, *Interrogativi sul c.d. divieto di aggravamento: il difficile obiettivo di un'azione amministrativa "economica" tra libertà e ragionevole proporzionalità dell'istruttoria*, in *Dir. e soc.*, 2001;
- SALA**, *L'eccesso di potere amministrativo dopo la legge n. 241/1990: un ipotesi di ridefinizione*, in *Dir. Amm.*, 1993;
- SANDULLI**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, ed. XII, 1974;

SANDULLI (M.A.), *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in *Principio di legalità e amministrazione di risultati* (atti convegno Palermo 27-28 febbraio 2003) a cura di M. Immordino, A. Police, Torino, 2004;

SANTANIELLO, *La decadenza* (dir. Amm.) in *Enc. Dir.*, Milano, XI, 1988;

SILVESTRI, *Concessione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, VIII, 1961;

SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica.*, in *Dir. Amm.*, 2008;

SPASIANO, *Qualità e strumentalità del diritto di informazione*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione* (atti del convegno di Copanello del 25 e 26 giugno 2005), Torino, 2005;

TONOLETTI, *L'accertamento amministrativo*, CEDAM, Padova, 2001;

TIGANO, *Garanzie dei singoli ed esercizio del potere amministrativo*, in *Impresa, Ambiente e Pubblica Amministrazione*, 6/1979;

TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005;

VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004;

VILLATA - RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo, sistema di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006;

VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Palermo, 1956;

VITTA, *Diritto amministrativo*, I, Torino, UTET, 1949;

VACCARI, *Crisi di fiducia, legittimità delle istituzioni e nuove modalità di comunicazione*, C. VACCARI, in *sociologia del diritto*, n. 3/2010;

ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992;

ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1947;

ZANOBINI, *L'amministrazione pubblica del diritto privato*, in *Riv. di Dir. Pubbl.*, Vol. X, 1918, oggi in, *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, Giuffrè, 1955;