

BREVI OSSERVAZIONI SULL'ATTO AMMINISTRATIVO IMPLICITO

(A MARGINE DI CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI, N. 5887/2014

E CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. LAV., N. 20735/2014)

di Ambrogio De Siano\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza del Consiglio di Stato n. 5887/2014 nel contesto della giurisprudenza amministrativa sull'atto implicito. – 3. La sentenza della Corte di Cassazione n. 20735/2014: sulla natura giuridica degli atti di gara e della clausola che subordina l'assunzione del vincitore alla volontà della P.A. – 4. *segue*: sulla configurabilità dell'atto amministrativo implicito. – 5. L'atto implicito nella elaborazione dottrinale. – 6. Brevi osservazioni conclusive sull'atto amministrativo implicito.

1. *Premessa*

Il presente breve studio prende spunto dal *dictum* di due sentenze (depositate a poco più di un mese di distanza l'una dall'altra) rispettivamente del Consiglio di Stato (sez. VI, n. 5887/2014) e della Corte di Cassazione (sez. lavoro, n. 20735/2014), che giungono a conclusioni fortemente divergenti in merito alla configurabilità della *species* dell'atto amministrativo implicito.

Per quanto riguarda la pronuncia del G.A., la vicenda processuale ha origine con l'impugnazione da parte di tre condominii di un provvedimento di demolizione di opere edilizie realizzate su suolo di proprietà comunale emesso nel 2012, nonché della precedente ordinanza del 2002 con cui era stato già ingiunto il ripristino dello stato dei luoghi.

Il Giudice di prime cure aveva respinto il ricorso, ritenendo che la recinzione costruita avesse intercluso una particella di proprietà del Comune così da impedire l'ingresso alla stessa da parte di estranei ai condominii ricorrenti<sup>1</sup>.

Con l'atto di appello i soccombenti hanno chiesto la riforma della sentenza deducendo, tra l'altro, la mancanza del previo annullamento d'ufficio dell'autorizzazione ad erigere il muretto in questione intervenuta con provvedimento sindacale del 1990, il quale avrebbe fatto maturare un affidamento sulla legittimità di tale titolo.

Il Collegio ha ritenuto l'appello infondato, in quanto «non sussiste l'asserito vizio del provvedimento impugnato per la mancanza del previo annullamento del titolo

---

\* Ricercatore di Diritto Amministrativo e professore aggregato di Diritto processuale amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza della Seconda Università degli Studi di Napoli.

<sup>1</sup> Tar Campania - Napoli, sez. III, n. 4531/2013, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

edilizio rilasciato con il provvedimento sindacale n. 13 del 1990, dovendosi ritenere tale annullamento formato, nel caso di specie, per provvedimento implicito».

Ed invero – ha proseguito il G.A. – la giurisprudenza riconosce, «pur se restrittivamente, la sussistenza del provvedimento implicito, quando l'Amministrazione pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente, congiungendosi i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumerne in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà».

Sulla scorta della così delineata figura dell'atto implicito, il Collegio ha affermato che nel caso oggetto della sua cognizione la volontà della P.A. di demolire l'opera in parola non potrebbe che presupporre «soltanto e univocamente la volontà provvedimentale dell'annullamento» del titolo edilizio originario.

Poco più di un mese prima, la Corte di Cassazione, occupandosi anch'essa dell'atto amministrativo implicito, era giunta a conclusioni opposte a quelle rassegnate dal Consiglio di Stato.

Con la sentenza divenuta poi oggetto del ricorso alla Suprema Corte, la Corte di Appello de L'Aquila aveva condannato una società di gestione del servizio idrico al risarcimento dei danni in favore del vincitore di un concorso per il ruolo di direttore generale, il quale, a seguito della approvazione della graduatoria, non era mai stato assunto per effetto di una clausola contenuta nel bando secondo cui la commissione giudicatrice avrebbe potuto non procedere ad alcuna nomina.

La Corte di Appello aveva dichiarato nulla la clausola in parola (ai sensi dell'art. 1355 c.c.) quale condizione meramente potestativa, ritenendo che chi si era classificato al primo posto nella graduatoria del concorso fosse titolare di un diritto soggettivo all'assunzione.

La società ha proposto ricorso, sostenendo anzitutto, sulla scorta dell'art. 4, R.D. n. 2578/1925<sup>2</sup>, che l'espletamento del concorso concluderebbe sì la procedura di scelta, ma non implicherebbe l'assunzione, che, stante la natura fiduciaria di tale incarico, sarebbe subordinata alla valutazione discrezionale della P.A. La ricorrente ha altresì dedotto la erroneità della dichiarazione di nullità della clausola in parola, in quanto il suddetto art. 4 assegnerebbe al bando la natura giuridica di invito all'offerta ovvero di promessa.

La Corte ha ritenuto infondati entrambi i motivi.

In merito al primo motivo, la lamentata violazione del R.D. n. 2578/1925 non avrebbe rilievo nella fattispecie in esame in cui si è proceduto alla nomina del direttore generale tramite concorso: sarebbe infatti da condividere la statuizione del Giudice di merito, il quale non ha fondato la propria decisione sull'art. 4, bensì «sulla legittimità della procedura concorsuale che, una volta adottata, vincola l'amministrazione costituendo questa un atto negoziale di offerta al pubblico».

Anche il secondo motivo è stato dichiarato infondato, in quanto la Corte, condividendo la conclusione del Giudice di appello circa la duplice natura giuridica degli atti di gara (di provvedimenti amministrativi, da un lato, e di atti negoziali che vincolano la P.A. nei confronti dei partecipanti al concorso, dall'altro), ha alla fine confermato la pronuncia impugnata dichiarando la nullità *ex art.* 1355 c.c. della clausola che subordinava l'obbligo di assunzione alla mera volontà della P.A.

La Corte, sempre nell'esaminare il secondo motivo di ricorso, ha ritenuto infondata una ulteriore prospettazione del ricorrente, secondo la quale «sarebbe intervenuta una decisione di revoca implicita della approvazione della graduatoria negli atti successivi all'approvazione» stessa.

A tal proposito il Collegio ha affermato che «deve negarsi in radice che possa efficacemente esercitarsi il potere di revoca, con eliminazione, sia pure *ex nunc*, del diritto soggettivo costituito dal provvedimento revocato, mediante un atto implicito in altri e senza i requisiti minimi di forma prescritti dalla legge».

---

<sup>2</sup> L'art. 4, R.D. n. 2578/1925, nel disciplinare la gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali attraverso una azienda speciale, prevede che «il direttore è, di regola, nominato in seguito a pubblico concorso dalla commissione» oppure «eccezionalmente nominato per chiamata, ma in tal caso la sua nomina dovrà essere proposta dalla commissione a voti unanimi e approvata dal consiglio comunale».

Ed invero, «costituisce ius receptum il principio secondo cui, quando non sia soltanto viziata, ma manchi del tutto la forma prevista dalla legge per il provvedimento, non è riconoscibile in concreto l'esercizio di potere autoritativo», sicché deve concludersi nel senso che «alla volontà di revocare il bando, dando per ammesso che sia stata manifestata con gli atti e comportamenti successivi all'approvazione della graduatoria di cui parla il ricorrente, non è consentito attribuire efficacia alcuna, risultando l'autotutela esercitata in "carenza di potere" (figura processuale) e con atto, sotto il profilo sostanziale, affetto da nullità per difetto dell'elemento essenziale della forma [...] ex art. 21 septies, comma 1, [L. 241/1990]».

Le sentenze appena richiamate, al di là della condivisibilità o meno delle conclusioni cui giungono – a ben vedere, invero, entrambe prestano il fianco a numerose osservazioni critiche –, sembrano assumere posizioni opposte sulla configurabilità dell'atto amministrativo implicito, così offrendo l'occasione per una breve riflessione su detta tipologia di atto, riguardo al quale, a fronte di una piuttosto ampia casistica giurisprudenziale, l'apporto della dottrina è stato (almeno numericamente) alquanto modesto.

Appare necessario a questo scopo ripercorrere gli esiti della elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sul tema, per poi rassegnare qualche osservazione conclusiva al fine ultimo di provare a contribuire alla ricostruzione della *species* di atto in parola.

## *2. La sentenza del Consiglio di Stato n. 5887/2014 nel contesto della giurisprudenza amministrativa sull'atto implicito*

Come riferito, il Consiglio di Stato ha ritenuto legittima la ordinanza di demolizione di un manufatto che impediva l'accesso alla proprietà comunale nonostante la stessa P.A. non avesse annullato d'ufficio il precedente (di ben 22 anni) atto autorizzatorio, in quanto la volontà di annullare quest'ultimo sarebbe stata chiaramente desumibile dall'ordinanza stessa.

Ad avviso della sezione VI, il fatto che la P.A. non abbia adottato un esplicito provvedimento di annullamento d'ufficio sarebbe irrilevante ai fini della esistenza ed efficacia di quest'ultimo laddove la stessa ne abbia definito univocamente i contenuti essenziali, «o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione», esprimendo così (nell'atto presupponente) una manifestazione chiara di vo-

lontà «a cui non può essere che ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente». In altre parole, la volontà della P.A. di demolire l'opera abusiva non poteva che presupporre la volontà di annullare il titolo edilizio originario.

Benché il ragionamento svolto dal Collegio appaia sotto il profilo logico non privo di coerenza, esso genera più di una perplessità sotto il profilo tecnico-giuridico.

Alcune di queste discendono dai dubbi circa la conformità della decisione rispetto alla giurisprudenza amministrativa sull'atto implicito, la quale a sua volta non sembra essere esente da osservazioni critiche derivanti dalla sua discussa compatibilità (segnatamente) con il diritto positivo.

Nel consolidato orientamento del G.A., invero, affinché un atto amministrativo possa desumersi da un altro atto, ovvero da un comportamento della P.A., è necessario che ricorrano i seguenti requisiti: «a) deve esistere una manifestazione espressa di volontà (comportamento concludente o altro atto amministrativo), proveniente dalla P.A. e a contenuto amministrativo, da cui desumere l'atto implicito; b) tali atti o comportamenti devono, poi, provenire da un organo competente e nell'esercizio delle sue attribuzioni [in quanto] l'atto implicito deve, a sua volta, rientrare nella sfera di competenza dell'autorità amministrativa emanante l'atto presupponente; c) l'atto implicito non deve essere un atto per il quale si richiede il rispetto di una forma solenne e devono essere rispettate le regole procedurali prescritte per l'emanazione di un provvedimento del genere; d) infine, dal comportamento deve desumersi in modo non equivoco la volontà provvedimentale, cioè deve esistere un collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile di quello espresso»<sup>3</sup>.

Ebbene, nel caso di specie sembra che non tutti gli appena richiamati requisiti effettivamente sussistano.

Anzitutto, pare lecito dubitare che la ordinanza di demolizione «presuppone soltanto e univocamente la volontà provvedimentale dell'annullamento» del titolo edilizio. A ben vedere, quel che appare certo è che la P.A. avesse la convinzione che le opere fossero state autorizzate illegittimamente, ma è tutt'altro che inequivoco che abbia manifestato una chiara volontà di annullare il titolo originario, in quanto per la valida for-

---

<sup>3</sup> Così Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5758/2002, in *Foro amm. - CdS*, 2002, p. 2384. Nello stesso senso, più di recente Cons. giust. amm., sez. I, sentenza n. 118/2012, in *Foro amm. - CdS*, 2012, n. 2, p. 473.

mazione di detta volontà non può bastare la sola illegittimità del provvedimento da annullare.

Come è noto, già ben prima della L. 15/2005<sup>4</sup>, in giurisprudenza si affermava pacificamente che l'annullamento d'ufficio richiedesse, non solo la illegittimità dell'atto da annullare e la sussistenza di un interesse pubblico (all'annullamento), ma anche, da un lato, una valutazione riguardante il tempo trascorso, e, dall'altro, una ponderazione dei diversi interessi interagenti con quello pubblico (che la P.A. con il riesercizio del potere intenderebbe perseguire)<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Che introdusse nella L. 241/1990 l'art. 21-*nonies*, la cui formulazione originaria era la seguente: «Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge». Il testo è stato di recente modificato dall'art. 25, co. 1, lett. b-*quater*, numeri 1) e 2), D.L. n. 133/2014 (convertito con modificazioni dalla L. n. 164/2014), così come di seguito: «Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo». Sull'annullamento d'ufficio a seguito della L. 15/2005 tra i tantissimi contributi esistenti si v. P.M. VIPIANA PERPETUA, *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della l. n. 15 del 2005*, Cedam, Padova, 2007; S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 237 ss. Sia altresì consentito rinviare ad A. DE SIANO, *Profili di influenza delle esigenze finanziarie sulla dogmatica dell'annullamento d'ufficio*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *op. ult. cit.*, pp. 293 ss., nonché ancora ad A. DE SIANO, *Interesse pubblico e decorso del «termine ragionevole» nell'annullamento d'ufficio*, in *Giust. amm.*, n. 1, 2009, pp. 339 ss. Più in generale, per lo studio dell'annullamento d'ufficio restano fondamentali i contributi di F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 529 ss.; E. CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, 1958, pp. 469 ss.; G. CORAGGIO, voce *Annulamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, 1988; ID., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, 1988; G. GHETTI, voce *Autotutela della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, 1987, pp. 81 ss.; F. MODUGNO, voce *Annulabilità ed annullamento. I) Diritto pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. II, 1988.

<sup>5</sup> Già nel 1950 il Consiglio di Stato, sez. IV, 3 maggio 1950, n. 246, in *Foro amm.*, 1950, I, p. 320, affermava che il pubblico interesse, «sufficiente in astratto a giustificare l'annullamento, può, in concreto, subire notevoli limitazioni quando il tempo trascorso dalla emanazione dell'atto sia tanto notevole da determinare troppo gravi ripercussioni nella sfera giuridica dei privati controinteressati o di terzi, con pregiudizio dei principi fondamentali quali quelli dell'equità e della buona fede, che l'ordinamento giuridico pone a base della stessa civile convivenza dell'ordine sociale, e che l'Amministrazione è essa stessa tenuta a rispettare». Analizzando la giurisprudenza del Consiglio di Stato degli anni '50, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 81, rileva che essa è «caratterizzata dai seguenti elementi che costituiscono i punti necessari di passaggio del ragionamento del giudice amministrativo: 1) illegittimità dell'atto; 2) discrezionalità dell'annullamento; 3) esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale al momento dell'annullamento; 4) necessario esame sulla prevalenza di questo interesse sulla eventuale situazione di vantaggio consolidatasi a favore del destinatario; 5) fattore tempo come indice della tutelabilità o meno della situazione di vantaggio del destinatario». Più di recente, ma comunque prima della L. n. 15/2005, cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, n. 6409/2004, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui «Pur se è

Anche in dottrina, d'altronde, si sosteneva unanimemente che l'interesse pubblico andasse comparato con l'interesse dei privati potenzialmente svantaggiati dall'annullamento, considerando altresì il tempo trascorso<sup>6</sup>.

Insomma, pare difficile sostenere che la manifestazione della volontà di demolire esprima in modo non equivoco che la P.A. abbia compiutamente valutato tanto gli interessi coinvolti nella fattispecie, quanto il tempo trascorso, dal decorso del quale è ragionevole credere si sia originato un legittimo affidamento in capo ai ricorrenti, giacché i provvedimenti amministrativi successivi sono stati emanati a distanza di molto tempo dall'autorizzazione sindacale (la prima ordinanza di ripristino dello stato dei luoghi è giunta 12 anni dopo ed il provvedimento che ha generato il giudizio addirittura 22 anni dopo).

È evidente che solamente una congrua motivazione avrebbe potuto mostrare il percorso argomentativo seguito dalla P.A., così rendendo chiara la relativa volontà. Tuttavia, l'atto implicito (per definizione) non ha motivazione, perché a dargli forma è il suo presupponente, che logica giuridica vorrebbe essere preceduto da un altro atto, per la cui adozione, però, il più delle volte sono previsti *step* procedurali e condizioni diversi rispetto a quelli propri dello stesso atto presupponente.

---

vero che nel caso in cui una situazione di fatto si è protratta nel tempo con l'assenso dell'amministrazione, generando nei terzi affidamento in ordine alla legittimità di un'attività, *l'esercizio dell'annullamento d'ufficio o della revoca dell'atto abilitativo o autorizzativo in via di autotutela, al fine di rimuovere gli atti pregressi della p.a., deve esplicitarsi tenendo conto, in un quadro comparativo di interessi, anche delle posizioni acquisite dai terzi, con motivato provvedimento*; è altresì vero che quando in tale quadro comparativo risulti l'esigenza della necessità al ripristino della legalità per la patente violazione, di cui l'amministrazione prima non era a conoscenza, non si esclude che le posizioni acquisite e consolidate sia pure nell'affidamento di situazioni illegittime, siano destinate a recedere». Proprio in materia edilizia, sulla scorta del presupposto per cui *«l'annullamento di ufficio di un provvedimento deve essere sorretto da autonome e attuali ragioni di pubblico interesse solo se incida su interessi che risultano consolidati, per il tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento annullato e per l'affidamento sulla sua legittimità ingenerato nei suoi destinatari, in quanto atto proveniente dalla p.a.»*, si è affermato che *«ai fini dell'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia è necessario, in linea di principio, l'accertamento della sussistenza di una situazione di interesse pubblico attuale e concreto che giustifichi il ricorso all'autotutela»*, dalla quale però *«si può prescindere quando risulti che il rilascio della concessione è derivato da una erronea rappresentazione dei fatti da parte del privato richiedente»* (Consiglio di Stato, sez. V, n. 6554/2004, in *Foro amm. - CdS*, 2004, p. 2867). Corsivi di chi scrive.

<sup>6</sup> Prima dell'avvento della L. n. 15/2005, per il rapporto tra interesse pubblico, da un lato, ed interessi secondari e decorso del tempo, dall'altro, si v. G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2002, pp. 689 ss.; in particolare sulla relazione tra il decorso del tempo e la tutela dell'affidamento si v. F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, n. 4, pp. 527 ss. Dopo la L. n. 15/2005, in merito al rapporto tra i diversi presupposti previsti all'art. 21-*nonies*, ed in particolare sulla rilevanza che il tempo assume nell'annullamento d'ufficio, anche alla luce del fatto che il legislatore non gli attribuisce alcun ruolo in altri istituti (ad esempio, nella revoca o nel recesso dagli accordi *ex art. 11*), sia di nuovo consentito rinviare ad A. DE SIANO, *Interesse pubblico e decorso del «termine ragionevole» nell'annullamento d'ufficio* cit.

Del resto, che un atto espressione di riesercizio del potere possa essere implicitamente ricavato da un altro atto con estrema difficoltà è stato già affermato più volte dal G.A., ad avviso del quale l'annullamento d'ufficio e la revoca esigono di regola la formale enunciazione delle circostanze che ne giustificano l'emanazione<sup>7</sup>.

In definitiva, sembra difficile concludere che nella fattispecie oggetto della sentenza in commento esista il «collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile di quello espresso», visto che dall'atto presupponente non è comprensibile se la volontà di annullare l'autorizzazione originaria si sia formata a seguito della valutazione di tutti i presupposti oggi trasfusi nell'art. 21-*nonies*.

A ben vedere, inoltre, alla luce di quanto fin qui osservato, mancherebbero due ulteriori requisiti, che la giurisprudenza sovente sovrappone, pur essendo autonomi l'uno rispetto all'altro, benché fortemente connessi: il G.A. considera necessario che vengano «rispettate le regole procedurali prescritte» per l'atto implicito, e che la sua emanazione debba altresì «rientrare nella sfera di competenza dell'autorità amministrativa emanante l'atto presupponente».

Nel caso di specie il difetto di questi due requisiti è reso ancor più evidente dal fatto che l'atto implicito è costituito da un annullamento d'ufficio, il cui regime giuridico tradizionale contempla, da un lato, il (non positivizzato, ma a tutt'oggi affermato con costanza dalla giurisprudenza) principio del *contrarius actus*<sup>8</sup>, e, da un altro, che la competenza sia propria dell'organo che ha emanato l'atto originario.

---

<sup>7</sup> Cfr. Tar Puglia - Bari, sez. I, n. 1686/2012, in *Foro amm. - Tar*, 2012, n. 9, p. 2869, secondo cui «La revoca o l'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo implica la necessità di esplicitare le ragioni giustificanti la nuova determinazione, con la conseguenza che essa non può assumere la forma implicita, pena la violazione dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, prescrivente l'obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi, a meno che le ragioni della stessa non siano chiaramente intuibili sulla base del contenuto del provvedimento impugnato. Senza contare, poi, che connaturato all'attività di secondo grado, per sua natura ampiamente discrezionale, è il rigoroso rispetto del contraddittorio procedimentale, fatta eccezione per le ipotesi, invero residuali, di interesse pubblico in re ipsa, contraddittorio che viceversa ammettendo l'autotutela in via implicita, sarebbe inopinatamente escluso». Nello stesso senso in riferimento alla sola revoca implicita la cui ammissibilità contrasterebbe con l'art. 3, L. 241/1990, cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 1152/1988, in *Cons. Stato*, 1988, I, p. 1260; sez. IV, n. 5398/2003, in *Foro amm. - CdS*, 2003, p. 2549, e più di recente sez. V, n. 3875/2011, in *Foro amm. - CdS*, 2011, n. 6, p. 1993, secondo cui la revoca della preesistente pianta organica deve essere esplicita e supportata da idonee giustificazioni.

<sup>8</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 6505/2012, in *Foro amm. - CdS*, 2012, n. 12, p. 3255, secondo cui «in applicazione del principio del "contrarius actus", la revoca ed in generale gli atti di secondo grado adottati in funzione di autotutela devono seguire la medesima procedura osservata per l'adozione del provvedimento poi ritirato ed essere disposti dallo stesso organo che li ha emanati». In dottrina, S. TARULLO, *Il riesercizio* cit., p. 255, dopo aver rilevato che i nuovi artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* tacciono

Pur non volendo considerare l'aspetto procedimentale, in quanto la disciplina edilizia è ad oggi assai diversa da quella vigente nel 1990, ciò facendo dubitare che il principio del *contrarius actus* possa avere un peso significativo nella presente fattispecie, quel che appare davvero rilevante è la mancata corrispondenza tra l'organo che ha autorizzato le opere (il Sindaco) e quello che avrebbe (implicitamente) annullato il titolo edilizio attraverso l'ordinanza di demolizione (cioè il dirigente, cui attualmente spetta anche la competenza autorizzatoria).

Con ciò non vuole necessariamente sostenersi che l'annullamento d'ufficio avrebbe dovuto essere adottato dal Sindaco; tuttavia, se non altro appare difficile revocare in dubbio che manchi un ulteriore requisito per desumere (dal provvedimento presupponente di demolizione) la evidente volontà di annullare il titolo originario.

In definitiva, la decisione del Consiglio di Stato in commento sembra, negli esiti, non essere condivisibile, quantomeno perché, nella fattispecie oggetto della sua cognizione, non sono riscontrabili gli elementi minimi che la stessa giurisprudenza amministrativa ha individuato per il configurarsi dell'atto implicito.

A ben riflettere, andando oltre la decisione in commento, a generare perplessità è proprio la figura dell'atto amministrativo implicito, che il G.A. ha contribuito a creare al fine di rispondere alla esigenza «di individuare un atto impugnabile, anche dove non esiste un provvedimento esplicito»: prima della sua teorizzazione, infatti, accadeva sovente che il ricorso proposto dai privati venisse dichiarato inammissibile per mancanza del provvedimento da impugnare, «anche se in realtà questo esisteva ma era implicito in un comportamento o fatto amministrativo inequivocabile»<sup>9</sup>. Il fenomeno si era via via intensificato con l'aumento dell'attività materiale della P.A., in quanto tale sottratta al sindacato del G.A.: ebbe così origine la teoria dell'atto implicito, il quale costituiva l'atto da impugnare poiché ad esso venivano riconnessi gli effetti della attività materiale, ciò consentendo di radicare la giurisdizione amministrativa.

Le menzionate perplessità nascono dalla dubbia compatibilità dell'atto amministrativo implicito (non solo con la teorica dell'atto amministrativo, la quale pure potrebbe rappresentare un ostacolo per l'ammissibilità di una manifestazione implicita del potere amministrativo – così come parrebbe sostenere la non proprio chiarissima giuri-

---

su questo aspetto, dubita che il mancato rispetto della medesima scansione procedurale sia condizione di legittimità dei provvedimenti di annullamento e di revoca.

<sup>9</sup> La ricostruzione è in Consiglio di Stato, n. 5758/2002 cit.

sprudenza della Corte di Cassazione di seguito illustrata –, ma soprattutto) con il dato normativo vigente, in particolare con l'art. 2, L. 241/1990, secondo cui «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso», come peraltro ha ammesso recentemente la stessa giurisprudenza amministrativa<sup>10</sup>.

### *3. La sentenza della Corte di Cassazione n. 20735/2014: sulla natura giuridica degli atti di gara e della clausola che subordina l'assunzione del vincitore alla volontà della P.A.*

Come già anticipato, le conclusioni cui giunge il G.A. in merito alla figura dell'atto implicito divergono da quelle rassegnate dalla Corte di Cassazione.

Ed invero, nell'occuparsi del diritto all'assunzione del vincitore di un concorso, la Suprema Corte, provvedendo sulla deduzione della parte resistente secondo cui la procedura concorsuale sarebbe stata revocata implicitamente, ha affermato che deve negarsi che il potere di revoca possa efficacemente esercitarsi «mediante un atto implicito in altri e senza i requisiti minimi di forma prescritti dalla legge», per cui ad una siffatta volontà «non è consentito attribuire efficacia alcuna, risultando l'autotutela esercitata in “carezza di potere” (figura processuale) e con atto, sotto il profilo sostanziale, affetto da nullità per difetto dell'elemento essenziale della forma».

La sentenza in parola è densa di spunti di riflessione, che vanno ben al di là del tema principale qui affrontato. Per cui, prima di porre l'attenzione sulla elaborazione della giurisprudenza civilistica riguardante l'atto amministrativo implicito, pare interessante soffermarsi brevemente anche sulla prima parte della decisione, in cui la Corte principia affermando la propria giurisdizione, in quanto l'espletamento della procedura concorsuale (conclusasi con la compilazione della graduatoria finale e con la sua approvazione) farebbe nascere in capo al vincitore del concorso un diritto soggettivo all'assunzione, che resterebbe intatto a dispetto della clausola con la quale la P.A. si è riservata di decidere se procedere o meno all'assunzione stessa<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Secondo il Cons. giust. amm., n. 118/2012 cit., la configurabilità dell'atto amministrativo implicito è «incerta sul piano teorico generale (posto che da oltre venti anni vige la regola di concludere ogni procedimento amministrativo con un provvedimento espresso)».

<sup>11</sup> Alla stessa conclusione era già giunta Cassazione civile, SS.UU., n. 8951/2007, in *Giust. civ.*, n. 5, 2008, p. 1296, secondo cui «rientra nella giurisdizione del g.o. la controversia per l'accertamento del

Tale conclusione troverebbe fondamento anzitutto nella duplice natura giuridica del bando, il quale avrebbe natura tanto di provvedimento amministrativo, quanto di atto negoziale; la medesima duplice natura giuridica sarebbe altresì da riconoscere anche all'atto di approvazione della graduatoria<sup>12</sup>.

Sicché – conclude la Corte sulla scorta dell'appena riportato assunto –, considerando l'atto di approvazione come un provvedimento amministrativo, deve escludersi che possa porsi in contraddizione con il bando: ed invero, se a detta approvazione non seguisse l'assunzione del vincitore, il concorso indetto per la copertura di determinati posti finirebbe per essere trasformato in una mera verifica di idoneità professionale di personale da assumere solo in relazione a fabbisogni futuri e incerti, così «negando addirittura l'interesse pubblico primario» perseguito con l'apertura del procedimento selettivo.

Il Collegio, quindi, registra una difformità tra (due provvedimenti della procedura concorsuale, ossia tra) bando ed approvazione della graduatoria; difformità che però non conduce ad una declaratoria di invalidità, la quale, invece, discende (questa volta considerando la natura negoziale del bando e dell'atto con il quale la graduatoria è approvata) dalla apposizione della clausola che, subordinando l'assunzione alla mera volontà della P.A., viola il divieto posto dall'art. 1355 c.c. (che sanziona con la nullità la condizione meramente potestativa).

La ricostruzione della Corte, in parte condivisibile negli esiti, lascia più di una perplessità sotto il profilo motivazionale.

---

diritto alla costituzione del rapporto di lavoro promossa da un candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, ritualmente approvata, di un concorso per l'assunzione di personale in un ente pubblico». In precedenza cfr. Cassazione civile, SS.UU., n. 20126/2005, in *Giust. civ.*, *Massimario*, 2005, p. 1604, nonché Cassazione civile, SS.UU., n. 6217/2005, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2609. Di recente si v. Cassazione civile, SS.UU., n. 16756/2014, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3089, e Consiglio di Stato, sez. III, n. 5903/2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>12</sup> Questo orientamento era stato già espresso da Cassazione civile, SS.UU., n. 8951/2007 cit., ad avviso della quale il bando «è diretto a dare attuazione alla decisione (di per sé non impegnativa nei confronti dei terzi) di far fronte al fabbisogno attuale di personale dipendente (con salvezza di ipotesi legislative particolari, a termini delle quali si possono bandire concorsi con riguardo a fabbisogni futuri), [indicando] il contratto di lavoro che l'amministrazione intende concludere (in modo conforme alla Delibera di indizione), nonché il tipo e le modalità della procedura, partecipando così agli interessati l'intento di addivenire alle assunzioni». Pertanto, al bando va riconosciuta una natura giuridica duplice: «di provvedimento amministrativo nella parte cui concreta un atto del procedimento di evidenza pubblica del quale regola il successivo svolgimento; ma anche di atto negoziale negli aspetti sostanziali, in quanto concreta proposta al pubblico, condizionata negli effetti all'espletamento del procedimento concorsuale e all'approvazione della graduatoria». Nello stesso senso Cassazione civile, sez. lav., n. 1399/2009, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 221.

Anzitutto, sebbene la decisione non sia sul punto chiarissima, pare che la Suprema Corte ritenga che la lesione al diritto del vincitore del concorso provenga dall'atto di approvazione (ritenuto – come visto – in contrasto con il bando), perché a questo non seguirebbe l'assunzione; insomma, è come se la Corte volesse sostenere che l'assunzione debba automaticamente discendere dall'atto conclusivo del procedimento selettivo.

Ebbene, l'interpretazione della Corte sembra non del tutto corretta, in quanto il pregiudizio sofferto dal vincitore si concretizza esclusivamente nella mancata assunzione: si deve osservare, infatti, per un verso, che il procedimento concorsuale (il quale si conclude con l'atto di approvazione della graduatoria a seguito della verifica del suo legittimo svolgimento) è funzionalizzato solamente a scegliere il contraente, e, per un altro, che la assunzione è subordinata (nel caso di specie) alla stipula del contratto.

D'altra parte, anche ad ammettere che la lesione al vincitore derivi dall'atto di approvazione, comunque la sua difformità rispetto al bando è assai dubbia, e per una duplice ragione: in primo luogo, essendo la clausola contenente la condizione meramente potestativa inserita nel bando, sotto questo profilo la mancata assunzione a seguito dell'approvazione della graduatoria pare essere coerentemente in linea con gli atti presupposti<sup>13</sup>; in secondo luogo, la illegittima trasformazione del concorso (in mera verifica di idoneità professionale) ad opera dell'atto di approvazione – così come rilevato dalla Corte –, a ben vedere, sarebbe configurabile laddove al bando fosse stata riconosciuta natura di atto amministrativo generale<sup>14</sup> o, ancor meglio, di atto normativo<sup>15</sup>, e l'atto di

---

<sup>13</sup> Sarebbe diverso se la clausola fosse stata apposta nell'atto di approvazione, così come accade nella fattispecie oggetto della sentenza delle SS.UU., n. 8951/2007 cit., dove la Corte, ritenendo che l'atto di approvazione è espressione del potere di verifica della regolarità dello svolgimento della procedura, conclude che la apposizione di una clausola siffatta «non concreta mero uso illegittimo del potere, ma difetto assoluto del potere di eliminare sostanzialmente gli effetti tipici del bando e del procedimento», e di conseguenza ne va dichiarata la nullità per difetto assoluto di attribuzione *ex art. 21-septies*, L. 241/1990. Anche in questo caso, però, la qualificazione di provvedimenti amministrativi attribuita al bando e all'atto di approvazione permette di dubitare della conclusione della Corte. Ed invero, stante tale natura giuridica, sembra problematico rilevare un difetto di attribuzione della approvazione rispetto al bando, posto che questo, in quanto provvedimento, non sarebbe in grado di conferire potere; tenendo ferma la natura di provvedimenti, più che altro sarebbe configurabile una illegittimità per eccesso di potere. Viceversa, la conclusione della Corte potrebbe condividersi laddove al bando venisse riconosciuta la natura di atto normativo (o, quantomeno, di atto amministrativo generale, con i contenuti riconosciuti gli da Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 9/2014, per la quale si veda la nota successiva).

<sup>14</sup> Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., n. 9/2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui il bando «è un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione; [ed] è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di

approvazione fosse stato ritenuto il provvedimento conclusivo del procedimento concorsuale. Viceversa, attribuendo ad entrambi la natura di provvedimento amministrativo, come sostenuto dalla Corte, il ragionamento diventa claudicante, visto che tra i detti atti potrebbe tutt'al più registrarsi una contraddittorietà (sintomo di eccesso di potere), che, a dire il vero, neppure può essere ravvisata stante la menzionata clausola contenuta nel bando.

Inoltre, ad apparire dubbia è altresì la qualificazione degli atti di gara quali atti negoziali, che, in quanto tali, vincolerebbero la P.A. nei confronti dei partecipanti al concorso: in merito basti pensare alla possibilità di revocare il bando al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 21-*quinquies*, L. 241/1990. Peraltro, la qualificazione del bando e della approvazione della graduatoria come atti negoziali neppure appare utile ai fini della pronuncia, l'art. 1355 c.c. potendo essere pacificamente applicato anche agli atti amministrativi<sup>16</sup>.

#### 4. segue: *sulla configurabilità dell'atto amministrativo implicito*

Secondo la decisione della Cassazione in commento, il diritto all'assunzione non può essere negato (oltre che dalla clausola dichiarata nulla *ex art.* 1355 c.c., neppure) dalla revoca implicitamente ricavabile dagli atti successivi all'approvazione della graduatoria, in quanto il potere in parola non potrebbe essere efficacemente esercitato

---

rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa». Corsivo di chi scrive.

<sup>15</sup> Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 2201/2014, in *Foro Amm.*, n. 4, 2014, p. 1088, ad avviso del quale «in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la stazione appaltante è tenuta ad applicare rigorosamente le regole fissate nel bando, atteso che questo costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela, atteso che il bando di una gara di appalto è *un atto a carattere normativo*». Corsivo di chi scrive.

<sup>16</sup> Cfr. Tar Campania - Napoli, sez. I, n. 2433/2011, in *Foro amm. - Tar*, 2011, n. 5, p. 1657, il quale, occupandosi di una clausola inserita nell'avviso di gara con la quale l'amministrazione si era riservata la facoltà di realizzare l'opera in maniera diversa senza dare ulteriore corso alla procedura eventualmente in atto, con esonero da ogni responsabilità contrattuale o anche precontrattuale, ha affermato che questa «non può dispiegare alcuna efficacia nei confronti dei partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica», dovendo «essere interpretata alla stregua del riconoscimento all'ente pubblico di un potere di implicita revoca dell'aggiudicazione, con obbligo di congrua motivazione che illustri la corretta ed esauriente ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti». Ed infatti, «qualsiasi interpretazione che tenda a sostenere la insindacabile natura di tale facoltà e, per questa via, l'irresponsabilità civile dell'amministrazione, comporterebbe la nullità della clausola *ex art.* 1355 c.c., in quanto si configurerebbe come condizione meramente potestativa (cfr. Cons. St. n. 5245 del 2009)». In dottrina, sulla condizione meramente potestativa si v. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 547 ss.

«mediante un atto implicito in altri e senza i requisiti minimi di forma prescritti dalla legge».

La sentenza – che negli esiti si inserisce nel solco della giurisprudenza che, fin dagli anni '60 del secolo scorso, tende ad escludere la revocabilità implicita dell'atto amministrativo<sup>17</sup> – è identica ad una precedente decisione delle SS.UU.<sup>18</sup> (più chiara sotto il profilo motivazionale), alla quale è necessario fare riferimento per meglio comprendere le argomentazioni su cui si fonda l'orientamento giurisprudenziale.

All'affermazione di detto orientamento le SS.UU. sono pervenute osservando che «la forte affermazione del principio di legalità dell'azione amministrativa conduce a considerare il potere pubblico esclusivamente in termini di supremazia tipica e formale», per cui «il mero comportamento materiale o l'emaneazione di atti diversi implica mancanza del procedimento amministrativo previsto per l'esercizio di quel potere – procedimento definito significativamente, in dottrina, come “forma della funzione amministrativa” – e, quindi, dell'indispensabile comparazione tra interesse pubblico e interesse privato, imposta dall'art. 97 Cost. mediante il precetto dell'imparzialità, che solo nello svolgersi del procedimento può realizzarsi (la mancanza del procedimento, quindi, non può essere assimilata all'ipotesi della semplice disfunzione procedimentale che rende illegittimo l'atto)».

Sulla scorta di tale presupposto concettuale è stato espresso il principio di diritto secondo cui «la mancanza (e non il semplice vizio) della forma prescritta priva l'azione amministrativa del potere in concreto e la rende non suscettibile di produrre l'effetto di affievolimento (o degradazione) del diritto soggettivo del privato». Per cui, in conclusione, alla volontà di revocare il bando manifestata implicitamente «non è consentito attribuire efficacia alcuna, risultando l'autotutela esercitata in “carenza di potere” (figura processuale) e con atto, sotto il profilo sostanziale, affetto da nullità per difetto dell'elemento essenziale della forma».

Ciò troverebbe altresì conferma – sempre secondo le SS.UU. – nell'art. 21-*bis*, L. n. 241/1990, dove è stabilito che il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei

---

<sup>17</sup> Sulla iniziale apertura e sul successivo irrigidimento della giurisprudenza con riguardo alla revoca implicita si v. S. STAMMATI - L. RAINALDI, *Revoca, revoca implicita, effetto abrogativo, abrogazione degli atti amministrativi (nota a TAR Campania 25 ottobre 1978 n. 971)*, in *Foro amm.*, 1979, pp. 1694 ss., pp. 1735 ss. Sulla giurisprudenza recente che dubita della configurabilità della revoca implicita si v. *retro* la nota 7.

<sup>18</sup> Cassazione civile, SS.UU., n. 8951/2007 cit.

privati acquista efficacia nel momento in cui viene comunicato al destinatario, «così escludendo radicalmente che l'efficacia propria di un atto solo annullabile possa riconoscersi a statuizioni di volontà amministrativa, dirette ad incidere in senso recessivo sui diritti soggettivi, che siano implicite in comportamenti o in altri atti, senza una formale esternazione e comunicazione»<sup>19</sup>.

Anche in questo caso le argomentazioni poste a supporto delle conclusioni lasciano qualche dubbio; in particolare non è ben chiaro cosa si intenda per forma dell'atto.

In alcuni passaggi pare che la forma cui ci si riferisce sia costituita dal procedimento amministrativo – a riguardo appare inequivoco il cenno alla dottrina sulla funzione amministrativa<sup>20</sup>: la Corte sembra affermare la inconfigurabilità dell'atto implicito per il fatto che quest'ultimo sarebbe privo della formazione procedimentalizzata della volontà, dal che conseguirebbe che l'attività della P.A. venga svolta in carenza di potere.

A tal proposito, non pare discutibile che, di regola, nell'atto implicito la formazione procedimentalizzata della volontà non sia 'sensibilmente percepibile': ad esempio, nella fattispecie oggetto della sentenza della Corte di Cassazione in commento, la revoca degli atti di gara avrebbe dovuto essere preceduta da una valutazione sull'interesse pubblico (così come prescrive l'art. 21-*quinquies*), che (da una revoca implicita) non è possibile capire se sia stata svolta.

Ciò nondimeno, è lecito dubitare che la scorretta (nei termini appena esposti) determinazione della volontà comporti la nullità per carenza di un elemento essenziale<sup>21</sup>,

---

<sup>19</sup> Gli ultimi tre capoversi sono tratti da Cassazione civile, SS.UU., n. 8951/2007 cit., che – come già riferito – condivide con la sentenza in commento gli esiti, ma non il corredo motivazionale, quello della decisione delle SS.UU. essendo più corposo e chiaro; sicché, a quest'ultimo è stato necessario fare ricorso per meglio comprendere la pronuncia della sez. lavoro.

<sup>20</sup> Concetto che F. BENVENUTI aveva per primo contribuito a definire nel significato ancora oggi ascrittogli nei saggi su *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pub.*, 1950, n. 1, pp. 1 ss., e *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1952, n. 1, pp. 118 ss.

<sup>21</sup> Così come sostenuto in dottrina da M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 218-219, secondo cui «il procedimento per la formazione della volontà della pubblica amministrazione, ai fini dell'adozione di un provvedimento amministrativo, deve essere correttamente eseguito, in tutti i suoi passaggi fondamentali. Poiché altrimenti il provvedimento può ritenersi nullo per mancanza della volontà»; e in giurisprudenza dal Tar Liguria, sez. II, n. 344/2011, in *Foro amm. - Tar*, 2011, n. 3, p. 789, per il quale «risulta affetto da nullità ex art 21 septies, l. n. 241 del 1990 l'atto carente degli elementi essenziali, da cui consegue altresì la cognizione del g.a., allorquando, per mero errore di coordinamento fra uffici, l'effetto dispositivo in esso contenuto non corrisponde affatto alla reale volontà espressa (elemento essenziale dell'atto)

ovvero per carenza di potere<sup>22</sup>, piuttosto potendo discenderne semplicemente il vizio di violazione di legge. D'altra parte, il fatto che l'esercizio del potere non sia stato esplicitato non prova che in concreto non sia stato svolto in conformità alla legge.

Sicché, il principale aspetto problematico (e dunque l'attenzione) sembra doversi spostare, in particolare, sull'assenza di motivazione e, più in generale, sulla esternazione dell'atto, alla quale la Corte pare dedicare il passaggio conclusivo sia della sentenza delle SS.UU. sia di quella in commento, laddove per forma dell'atto sembra intendere la sua esternazione, appunto, come del resto lascerebbe pensare il riferimento all'art. 21-*bis*, L. 241/1990, il disposto del quale confermerebbe la conclusione secondo cui alla volontà priva di una formale esternazione non possa riconoscersi alcuna efficacia.

Anche in questo caso, però, il ragionamento della Cassazione lascia perplessi, il riferimento normativo utilizzato per sostenere la tesi non sembrando quello più adatto: l'art. 21-*bis*, invero, da un lato, disciplina solamente il momento in cui il provvedimento amministrativo acquista efficacia, non occupandosi invece della esternazione dell'atto, ovvero della forma di questa; dall'altro, riguarda solo i provvedimenti limitativi della sfera giuridica del destinatario, mentre, invece, un atto implicito ben può avere anche un contenuto ampliativo, nel qual caso la disposizione in parola non sarebbe applicabile.

##### 5. *L'atto implicito nella elaborazione dottrinale*

Il tema dell'atto amministrativo implicito sembra non aver suscitato nella dottrina un significativo interesse. Inoltre, i non molti contributi esistenti si sono limitati per lo più a 'sistemare' e commentare gli esiti della elaborazione giurisprudenziale, che, invece, è stata abbastanza copiosa. L'unica opera monografica sull'atto implicito, infatti, è quasi del tutto dedicata a ripercorrere la nascita e la successiva evoluzione pretoria dell'istituto, dedicando particolare attenzione alle fattispecie più comuni, ossia quelle

---

dall'amministrazione nel corso del procedimento di istruzione». Di diversa opinione è invece Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1957/2012, in *Foro amm. - CdS*, 2012, n. 4, p. 864, ad avviso del quale «la volontà, quale elemento del provvedimento amministrativo, è "volontà procedimentale", di modo che singoli, specifici "vulnera" di conformazione della medesima ovvero del momento di valutazione, scelta, e quindi fissazione del contenuto dell'atto, non possono che rilevare se non sub specie di uno dei tipici vizi di legittimità».

<sup>22</sup> Resta per certi versi oscura l'affermazione della Corte circa la corrispondenza tra il mancato esercizio procedimentalizzato del potere e la carenza di questo. Pare da escludersi, infatti, che nel caso di specie possa predicarsi un difetto di attribuzione in considerazione del fatto che la P.A. è pacificamente legittimata a riesercitare il proprio potere. Viceversa, semmai la Corte intendesse riferirsi alla carenza di potere in concreto, ebbene in tal caso ricorrerebbe un vizio di legittimità e, dunque, la annullabilità dell'atto.

dell'assunzione implicita del pubblico dipendente e della concessione edilizia implicita (entrambe non più attuali perché 'risolte' dal legislatore)<sup>23</sup>.

Proprio lavorando alla 'sistemazione' della elaborazione giurisprudenziale, la dottrina è comunque riuscita a ricavare qualche categorizzazione (concettualmente utile): diversi autori, ad esempio, descrivono con nitidezza la differenza che intercorre tra atto amministrativo implicito e comportamento concludente (da distinguere a sua volta dalla mera attività materiale), benché poi dette figure finiscano per essere utilizzate dalla giurisprudenza in maniera del tutto promiscua<sup>24</sup>.

Ciò nondimeno, e a dispetto della operosa attività della giurisprudenza amministrativa di individuazione di atti impliciti (strumentale sì ad assicurare al cittadino una più ampia tutela, ma anche a guadagnare spazi di giurisdizione a discapito del G.O.), in dottrina non è mancato chi ha avanzato dubbi sulla configurabilità di tale specie di atto, sebbene a prima vista esso potesse trovare un valido fondamento nel principio di libertà della forma.

Di recente è stato affermato, ad esempio, che l'art. 2, L. 241/1990, prevedendo che il procedimento debba concludersi con un «provvedimento espresso», esclude «la possibilità di predicare l'esistenza di provvedimenti impliciti»<sup>25</sup>. Già in passato, peraltro, si era sostenuto che «il provvedimento implicito non dovrebbe ammettersi, perché poco conciliabile con il principio di legalità e con l'esigenza dei controlli»<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Cfr. M.A. TUCCI, *L'atto amministrativo implicito. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 1990.

<sup>24</sup> Si v., tra gli altri, B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo: struttura del provvedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'attività amministrativa*, Jovene, Napoli, 2006, pp. 301 ss., p. 311, il quale, sulla scorta della giurisprudenza, distingue il provvedimento implicito, «risultante da altro provvedimento o atto che lo presuppone», dal comportamento concludente, «che mostra la volontà dell'amministrazione pur non essendo volto a manifestarla».

<sup>25</sup> D. SORACE, voce *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, pp. 46 ss., p. 58, il quale aggiunge che il provvedimento espresso, «in principio, sembra dover consistere in una dichiarazione del suo autore. Mancando, peraltro, la prescrizione che quest'ultima debba estrinsecarsi in forma scritta [...], dovrebbe ritenersi vigente il principio della libertà delle forme [...]; salvi restando [...] i casi in cui una particolare modalità di manifestazione, anche non scritta, sia imposta dalla legge come essenziale o appaia intrinsecamente irrinunciabile in relazione al suo contenuto ed agli effetti che l'ordinamento le riconnette». Di diverso avviso è M.A. TUCCI, *Note in tema di atto implicito alla luce della L. n. 241 del 1990 in materia di procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1991, pp. 1867 ss., secondo cui gli artt. 2 e 3, L. 241/1990, da un lato, e le disposizioni riguardanti la partecipazione al procedimento ivi contenute, da un altro, non inciderebbero sulla sopravvivenza del concetto di atto implicito, in quanto «dette determinazioni della volontà dell'amministrazione deriverebbero pur sempre da un provvedimento espresso emanato dalla p.a.» (p. 1868).

<sup>26</sup> Così M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Volume secondo, Terza edizione, Giuffrè, Milano, 1993, p. 336, il quale, dopo aver rilevato che in dottrina e in giurisprudenza un simile atto era considerato ammissibile, precisava che «sembra che si debba ritenere che il provvedimento implicito si possa ammettere solo quando esso e il provvedimento che lo esplicita possano formare oggetto di uno stesso

D'altra parte, più di un autore non ha affatto dubitato della possibilità che l'atto amministrativo si 'riveli' (non diversamente dagli atti giuridici di diritto privato) anche per implicito, attraverso atti e fatti destinati ad altri fini<sup>27</sup>.

Malgrado l'autorevolezza dei contributi della dottrina (per lo più sintetici e peraltro quasi sempre riguardanti il solo provvedimento), la figura dell'atto amministrativo implicito continua ad essere caratterizzata da una certa oscurità concettuale, che una produzione giurisprudenziale poco lineare nelle argomentazioni e non sempre coerente nelle conclusioni ha concorso ad alimentare.

Per quanto lo studio di tale *species* di atto possa apparire trascurabile, proprio l'andamento della giurisprudenza (a volte tanto incerto da vanificare in buona parte l'obiettivo che la stessa si era posta dando origine alla figura dell'atto implicito) sembra suggerire la necessità di dedicare ad esso una più attenta riflessione, suscitando l'interesse degli studiosi per una parte della teorica dell'atto amministrativo rimasta un po' troppo trascurata.

#### 6. *Brevi osservazioni conclusive sull'atto amministrativo implicito*

Pur se brevemente, pare possibile avviare tale riflessione proponendo alcune brevi osservazioni derivanti dall'analisi delle due sentenze esaminate.

Come riferito, l'origine dell'atto amministrativo implicito pare risiedere non tanto nell'esigenza di garantire, da un lato, la economicità e la snellezza dell'azione amministrativa, e, da un altro, una maggiore tutela ai cittadini, bensì piuttosto nel tentativo di ampliare, attraverso la individuazione di un atto da impugnare, la giurisdizione amministrativa fino a ricomprendere fattispecie che altrimenti ne sarebbero rimaste estranee.

Tale tentativo, a ben vedere, appare oggi forse un po' anacronistico, la giurisdizione amministrativa essendo negli ultimi due lustri significativamente 'lievitata' per effetto, prima, dell'opera della giurisprudenza costituzionale, e, poi, dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo<sup>28</sup>. Di talché, pare difficile dubitare che attual-

---

procedimento amministrativo, anzi dello stesso subprocedimento: il provvedimento esplicito verrebbe ad essere un atto plurimo, comprendente almeno un atto avente regolare esternazione».

<sup>27</sup> Così, tra gli altri, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, 1989, Jovene, Napoli, p. 672, nonché O. RANELLETTI - A. AMORTH, voce *Atti amministrativi*, in *Nss. Dig. It.*, vol. I, Utet, 1958, pp. 1486, p. 1494.

<sup>28</sup> Sull'ampliamento della giurisdizione amministrativa, segnatamente per effetto della incessante crescita di quella esclusiva, sia consentito rinviare ad A. DE SIANO, *Brevi osservazioni sulla perdurante utilità*

mente la *species* di atto in parola rivesta un ruolo alquanto modesto per entrambi gli obiettivi, sia quello di recuperare spazi di giurisdizione amministrativa a scapito di quella ordinaria, sia quello di assicurare una più ampia tutela al cittadino, sebbene forse proprio a tal ultimo fine (più che a quello meramente teorico-classificatorio) sarebbe opportuno che le incertezze circa la sua configurabilità venissero superate.

Si è prima riferito che in dottrina e giurisprudenza si è sovente affermato che il principale ostacolo alla possibilità di predicare l'esistenza di atti impliciti sarebbe costituito dall'art. 2, L. 241/1990, che obbliga la P.A. a concludere il procedimento amministrativo a mezzo di un provvedimento espresso.

Lasciando in disparte la osservazione (comunque non insignificante) che tale disposizione riguardi i soli provvedimenti, l'assunto non pare del tutto condivisibile: ed invero, la norma, nell'affermare che il procedimento amministrativo debba essere concluso con un provvedimento *espresso*, ha il chiaro obiettivo di evitare che la P.A. possa trincerarsi dietro un silenzio privo di significato giuridico, l'inerzia rappresentando una delle più gravi forme di 'disfunzione' dell'azione della P.A., giacché, per un verso, indebolisce la tutela del frontista, e, per un altro, sminuisce la immagine della stessa P.A.<sup>29</sup>.

In altre parole, l'art. 2, mirando a stigmatizzare il silenzio inadempimento (come è altresì dimostrato dall'utilizzo che ne fa la giurisprudenza<sup>30</sup>), intende imporre alla P.A. di esprimere la propria volontà in maniera chiara e percepibile, a prescindere dalla forma attraverso cui detta volontà di volta in volta si manifesta. Insomma, ferma restando la necessità della esternazione dell'atto (che costituisce il veicolo attraverso cui il contenuto 'lascia' la P.A. per apportare una modificazione giuridica all'oggetto dell'atto stesso<sup>31</sup>), senza la quale quest'ultimo sarebbe nullo per mancanza di un

---

delle situazioni giuridiche soggettive nella definizione di limiti e contenuti della giurisdizione amministrativa, in *Foro amm.*, n. 9, 2014, pp. 2247 ss., ed a bibliografia e giurisprudenza ivi richiamate.

<sup>29</sup> In questo senso A. TRAVI, *Art. 2*, in ID. (a cura di), *Commentario su Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, fasc. 1, 1995, pp. 8 ss., p. 9.

<sup>30</sup> Tra la tantissime pronunce da ultimo si v. Tar Campania - Napoli, sez. VIII, n. 72/2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), e Consiglio di Stato, sez. V, n. 4473/2013, in *Foro Amm. - CdS*, n. 9, 2013, p. 2497.

<sup>31</sup> Oggetto dell'atto che – come è noto – costituisce il termine passivo dell'atto e, in quanto tale, coincide con il destinatario o il bene nei cui confronti l'atto opera. Sull'oggetto quale elemento essenziale (per l'esistenza) dell'atto amministrativo sia consentito rinviare ad A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb.*, n. 1, 2013, pp. 269 ss., pp. 300 ss.

elemento essenziale<sup>32</sup>, la disposizione in parola non pare affatto impedire che la forma (di regola libera) possa essere (oltre che scritta, anche) orale, implicita o tacita<sup>33</sup>.

In definitiva, alla luce della opzione interpretativa proposta, la ammissibilità giuridica del provvedimento implicito, consistente in un atto la cui volontà, pur non esplicitata in forma scritta, è chiaramente inferibile (proprio perché *espressa*) dall'atto presupponente, sembrerebbe non incontrare ostacoli. A maggior ragione la stessa conclusione dovrebbe valere per l'atto non provvedimentale, cui l'art. 2 non si riferisce.

A ben vedere, le considerazioni appena svolte sull'art. 2 consentono di riflettere brevemente anche sul silenzio significativo, al quale la dottrina – ormai piuttosto pacifica sul punto – ha assegnato carattere prettamente rimediale di fronte alla inerzia della P.A., ritenendolo una *fictio* che consente una conclusione (fittizia, appunto) del procedimento amministrativo una volta che il termine prestabilito sia decorso infruttuosamente<sup>34</sup>; sicché, quantunque il silenzio venga considerato equivalente al provvedimento sotto il profilo degli effetti, per il resto non viene affatto considerato

---

<sup>32</sup> Sulla differenza tra esternazione e forma e sulla qualificazione della prima come elemento essenziale (per l'efficacia) dell'atto amministrativo ex art. 21 *septies*, L. 241/1990, sia consentito rinviare ancora ad A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità cit.*, pp. 304-306. Tuttavia, al lemma 'forma' (qui inteso come modalità attraverso cui un atto viene 'portato' all'esterno del soggetto) possono attribuirsi significati piuttosto diversi: sulla sua polisemia si v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio. Formalismo pratico, azione amministrativa ed illegalità utile*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 19 ss.

<sup>33</sup> In dottrina sostengono che l'atto implicito sia validamente esternato (anche se in forma diversa da quella tradizionalmente utilizzata) M.A. TUCCI, *Note cit.*, p. 1869, nonché E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 512. Non esclude che il provvedimento possa essere espresso anche in forma non scritta G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, settima edizione, Giappichelli, Torino, 2015, p. 235, per il quale una delle implicazioni dell'art. 2, co. 1, «è che il provvedimento amministrativo deve avere una forma scritta. Teoricamente potrebbe essere “espresso” anche un provvedimento orale: ma solo la scrittura assicura la permanenza di ciò che viene espresso (anche ai fini di una verifica successiva, da parte di un terzo quale potrebbe essere un giudice)». Sembra dubitarne G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 735, secondo cui dal disposto del co. 1 dell'art. 2 «si ricava, per un verso, che alla P.A. sarebbe precluso restare inerte (ma [...] il condizionale è d'obbligo, visto che la legge ne disciplina il silenzio); e, per un altro, che il provvedimento deve essere espresso, in linea di massima (almeno quando conclude un procedimento formalizzato), nella forma scritta». In giurisprudenza cfr. Consiglio di Stato, n. 5758/2002 cit., e di recente Consiglio di Stato, sez. VI, n. 769/2015, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), dove si discute della legittimità della manifestazione di volontà del Ministro dei Beni culturali espressa a mezzo di un *tweet*.

<sup>34</sup> Cfr. M. RENNA - F. FIGORILLI, voce *Silenzio della pubblica amministrazione. I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. XVIII, 2009, p. 7, secondo cui il silenzio significativo è un «rimedio legale a una disfunzione patologica dell'amministrazione»: «la legge, dinanzi all'inerzia [...], finge che alla scadenza del termine prestabilito il procedimento si conclude con un provvedimento silenzioso; il quale, tuttavia, non esiste, rimanendo inadempito l'obbligo del *clare loqui*».

simile a quest'ultimo, il provvedimento (diversamente dal silenzio) costituendo l'esito fisiologico dell'esercizio del potere<sup>35</sup>.

Ed invero, sulla scorta della riferita interpretazione dell'art. 2, non pare possa del tutto escludersi di considerare il silenzio significativo (benché non costituisca il risultato del 'consueto' esercizio del potere) come un vero e proprio provvedimento esternato in forma tacita, viepiù se lo si rimira nell'ottica della semplificazione, al perseguimento della quale esso è chiaramente vocato (l'art. 20, L. 241/1990, che disciplina il silenzio-assenso, è collocato proprio nel capo dedicato alla semplificazione dell'azione amministrativa)<sup>36</sup>.

In questo modo sarebbe forse possibile rinvenire coerenza tra l'art. 2 (inserito tra i principi della L. 241/1990) e l'art. 20 (inserito invece nel capo della semplificazione)<sup>37</sup>, spesso in dottrina ritenuti in qualche modo in contraddizione tra loro<sup>38</sup>: a favore della tesi qui proposta sembrerebbero militare non solo la generalizzata applicabilità del silenzio assenso (escluso solamente nelle ipotesi elencate nel co. 4), ma anche, da un lato, la possibilità della P.A. di «assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies» (co. 3)<sup>39</sup>, e, dall'altro, la

---

<sup>35</sup> Cfr. A. TRAVI, *Art. 2 cit.*, p. 10, per il quale «il silenzio-assenso, sul piano degli effetti giuridici prodotti, rappresenta certamente un'alternativa al provvedimento amministrativo, ma la sua previsione si riconnette pur sempre a una situazione di 'inerzia' dell'Amministrazione». Nello stesso senso S. AGNES, *Art. 20*, in A. TRAVI (a cura di), *Commentario cit.*, pp. 110 ss., per il quale il silenzio significativo non potrà mai identificarsi con un atto esplicito data la diversa componente strutturale (p. 111).

<sup>36</sup> In giurisprudenza pare incontrarsi qualche (per il vero, non proprio inequivoca) apertura verso la tesi qui proposta: ad esempio Tar Campania - Napoli, sez. II, n. 6513/2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), secondo cui «pur nel nuovo sistema introdotto dagli art. 2 e 3, l. n. 241 del 1990, il silenzio serbato sull'istanza ex articolo 36 D.P.R. n. 380/2001 non ha natura di silenzio-inadempimento (cui conseguirebbe l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere), ma di silenzio provvedimentale (avente contenuto tipizzato, di atto tacito di reiezione dell'istanza), con la conseguenza che, una volta decorso il termine di 60 giorni, si forma il silenzio-rigetto, che può essere impugnato dall'interessato in sede giurisdizionale nel prescritto termine decadenziale di sessanta giorni, alla stessa stregua di un comune provvedimento, senza che però possano ravvisarsi in esso i vizi formali propri degli atti, quali i difetti di procedura o la mancanza di motivazione».

<sup>37</sup> Tale coerenza è rinvenuta anche da chi rileva una certa contraddittorietà tra art. 2 e art. 20: sul punto G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni cit.*, il quale se, da un lato, registra che stando all'art. 2 la P.A. non dovrebbe poter restare inerte, sebbene contraddittoriamente la stessa legge consente di farlo disciplinando il silenzio (pp. 738-739), dall'altro, osserva che «il silenzio-assenso è costruito dalla legge come una (anchorché patologica) possibile (perché codificata) modalità di conclusione del procedimento amministrativo» (p. 815).

<sup>38</sup> Cfr. A. TRAVI, *op. ult. cit.*, p. 10, secondo il quale nel caso in cui si formi il silenzio-assenso risulta violato il precetto sancito dall'art. 2.

<sup>39</sup> Manifestano una diversa opinione M. RENNA - F. FIGORILLI, voce *Silenzio cit.*, p. 8, ai quali, convinti che il silenzio significativo costituisca una «finzione», appare «quantomeno curioso» che il silenzio possa essere oggetto del riesercizio del potere.

(necessaria) proponibilità da parte del controinteressato dell'azione di annullamento per vederne dichiarare la illegittimità<sup>40</sup>.

Tornando all'atto implicito (sia esso provvedimento o meno), alla luce di quanto si è fin qui provato a chiarire, le perplessità che lo riguardano paiono legate, più che alla sua configurabilità per effetto del (presunto) contrasto con l'art. 2, L. 241/1990, al fatto che esso è privo di una esplicita motivazione.

È ben evidente che anche per tale aspetto problematico v'è analogia con il silenzio significativo, nel quale la motivazione è certamente assente; tuttavia, nell'atto implicito ben potrebbe accadere che detta mancanza non si verifichi, laddove nell'atto presupponente vengano illustrate modalità procedurali e ragioni che consentono la ricostruzione del percorso logico-giuridico posto a fondamento dell'atto (implicito) presupposto, che, quindi, sotto questo profilo risulterebbe non violare l'art. 3, L. 241/1990<sup>41</sup>.

Insomma, se per atto implicito si intende un atto esternato attraverso un altro atto dal quale è desumibile in maniera chiara il contenuto (comprensivo del dispositivo e del relativo corredo motivazionale), il soggetto emanante e l'oggetto, ebbene non pare ci siano ragioni per dubitare della sua ammissibilità.

In astratto, a conclusioni non dissimili sembra doversi giungere anche laddove l'atto implicito trovi la 'fonte esternatrice' della volontà della P.A. in un comportamento. Ciò nondimeno – va osservato – si presenta obiettivamente difficile desumere contenuto e (a volte addirittura) soggetto ed oggetto dell'atto implicito che reca come presupponente un certo comportamento della P.A.: a ben vedere, malgrado un determinato comportamento rechi fattezze tali da far immaginare che abbia come presupposto una chiara manifestazione di volontà, con ogni probabilità sarà impossibile, il più delle volte, capire se esso sia stato effettivamente preceduto dall'esercizio del potere (benché espresso in forma implicita) oppure consista in null'altro che un mero comportamento.

---

<sup>40</sup> Così N. PAOLANTONIO, *I riti speciali*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 519 ss., p. 528. In giurisprudenza Consiglio di Stato, sez. V, n. 5742/2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>41</sup> Sul contenuto della motivazione di recente il Consiglio di Stato, sez. V, n. 6006/2014, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha affermato che «l'obbligo per l'Autorità emanante di motivare il provvedimento amministrativo che adotta non può ritenersi violato qualora, anche a prescindere dal tenore letterale dell'atto finale, i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti e univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni e l'iter motivazionale posti a sostegno della determinazione assunta».

Tali perplessità non sono condivise dalla giurisprudenza, la quale all'atto implicito ricavato da un comportamento riserva il medesimo 'trattamento' di quello ricavato da un altro atto.

Ad esempio, il G.A. – nel respingere l'azione di accertamento e condanna proposta da un dipendente nei confronti della P.A. di appartenenza, dalla quale, dopo averle domandato il rimborso delle spese legali sostenute per i processi affrontati per cause di servizio, si è visto notificare (non il relativo provvedimento, bensì) solamente il parere di (parziale) congruità (della somma richiesta) emesso dall'Avvocatura dello Stato – ha affermato che la notificazione del parere di congruità costituisce un provvedimento implicito di accoglimento (parziale) dell'istanza di rimborso, da tale *comportamento* desumendosi la volontà provvedimentale di adesione al parere dell'Avvocatura dello Stato<sup>42</sup>.

Appare arduo condividere che si possa ricavare dal comportamento in parola la chiara manifestazione di volontà della P.A. di accogliere in parte la domanda di rimborso, viepiù se si considera che il parere – peraltro non proveniente dalla P.A. di appartenenza dell'istante – riguardava la congruità della somma e non la fondatezza della richiesta.

Ad attentamente riflettere è ragionevole ritenere che da comportamenti siffatti (e forse dai comportamenti in generale) possano trarsi al più elementi indiziari, da soli non idonei a rendere percepibile la effettiva volontà della P.A. e l'*iter* motivazionale che ha condotto alla sua determinazione<sup>43</sup>.

In conclusione, non pare arbitrario affermare che non sembrano sussistere ostacoli (segnatamente di natura legislativa) alla configurabilità dell'atto amministrativo implicito. Ciò nondimeno, è difficile revocare in dubbio che tale *species* di atto mal si presti ad essere utilizzato in riferimento a fattispecie in cui v'è discrezionalità della P.A., nelle quali l'adozione dell'atto è il risultato di valutazioni tecniche e/o di ponderazione tra interessi: un esempio è dato proprio dalla sentenza del Consiglio di Stato in commento, nella quale, in maniera criticabile, viene ritenuto implicito in una ordinanza

---

<sup>42</sup> Così Tar Lombardia - Milano, sez. I, n. 1475/2006, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>43</sup> Tali conclusioni sembrano assumere maggiore vigore laddove si riferiscano a fattispecie caratterizzate dalla presenza di attività discrezionale: si pensi, ad esempio, al discusso istituto della cd. 'sdemanializzazione tacita', che, molto discutibilmente, la giurisprudenza ritiene legittimo nel caso in cui da comportamenti univoci e concludenti risulti la certezza che la P.A. intenda rinunciare a conservare la destinazione pubblica di un bene demaniale. In merito cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 868/2011, in *Foro amm. - CdS*, n. 2, 2011, p. 550.

di demolizione l'annullamento d'ufficio di una autorizzazione (di vent'anni precedente), annullamento per giungere al quale la P.A. avrebbe dovuto passare per la (nient'affatto pacifica) verifica della sussistenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, L. 241/1990.

Ancor più incerta – come si è provato a spiegare – è la possibilità che la volontà della P.A. possa essere desunta da un comportamento (a maggior ragione se la fattispecie è connotata dalla presenza di discrezionalità), dal quale è davvero difficile ricavare elementi utili a concludere che questo costituisca l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà della P.A. integrante un atto implicito.

Soprattutto in casi come questi la giurisprudenza dovrebbe imporsi un atteggiamento prudente e rigoroso, la conclusione sulla esistenza/legittimità di un atto implicito non potendo che giungere all'esito di un percorso di verifica particolarmente severo, ciò a tutela tanto del principio di legalità, quanto degli interessi (pubblici e privati) di volta in volta coinvolti.