

La pubblica amministrazione e le sue funzioni. Dott. Stefano Maria Vilasi

Caratteri generali –Il principio della discrezionalità amministrativa- Il vincolo di fine nei poteri amministrativi discrezionali - L'attività vincolata: la certezza dell'esito del procedimento - L'attività discrezionale e apprezzamento della P.A.- La discrezionalità alla luce della L.241/90:la scelta comparativa degli interessi - I provvedimenti ampliativi o accrescitivi: le concessioni e le autorizzazioni -Differenza- Potere di revoca per sopravvenienza – Annullamento di ufficio dei relativi provvedimenti – Possibilità di rinnovo sulle concessioni dei beni pubblici.

La Pubblica Amministrazione, persegue i suoi fini avvalendosi del procedimento amministrativo che è appunto l'insieme di una pluralità di atti che, pur essendo eterogenei, hanno come unico fine l'emanazione di un provvedimento amministrativo, mediante il quale la stessa impartisce disposizioni o comandi costituendo, modificando o estinguendo, in maniera diretta ed immediata, situazioni giuridiche soggettive dei privati, per realizzare pubblici interessi primari selezionati dal legislatore, affidati istituzionalmente alla sua cura.

L'impostazione tradizionale definisce la *discrezionalità amministrativa o il potere discrezionale*, come la facoltà di scelta fra più componenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato (VIRGA).

Per altro orientamento, invece la discrezionalità consiste nella ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine all'interesse primario (GIANNINI).¹

Il potere discrezionale può investire diversi aspetti dell'azione amministrativa con riferimento al se, al come, al dove e al quando della stessa. Invero la Pubblica amministrazione può scegliere se agire o astenersi (*an*); può scegliere il contenuto dei provvedimenti (*quid*), così come la procedura da seguire per addivenire al risultato (*quomodo*); può inoltre decidere i tempi del proprio agire (*quando*).

La discrezionalità amministrativa è una modalità di espressione del potere pubblicistico, che presuppone il conferimento, (*rectius* il trasferimento), da parte della legge alla Pubblica amministrazione di uno spazio valutativo e decisionale, che ha la precipua funzione di adattare le previsioni astratte individuate, appunto, dalla legge alla realtà fattuale, nell'ottica della necessità di tutelare gli interessi dei privati coinvolti nel procedimento amministrativo e con l'obiettivo primario di curare concretamente un determinato interesse pubblico, realizzando il massimo soddisfacimento dell'interesse primario con il minor sacrificio possibile degli interessi secondari.

L'analisi del carattere discrezionale dell'attività della Pubblica amministrazione non può prescindere da un'importante osservazione preliminare, volta a sottolineare come la riflessione

¹ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della P.A.* MI, ivi 103 concetto e problemi.

sulla discrezionalità sia servita soprattutto a distinguere quest'ultima dall'arbitrio, indebolendo il privilegio in forza del quale la scelta discrezionale si rivelerebbe profondamente inidonea ad essere assoggettata al sindacato giurisdizionale.

Il dibattito dottrinale che ha contribuito a questo processo di chiarificazione è costituito da molteplici voci. Tuttavia, spetta, a Vittorio Ottaviano², il merito di aver dimostrato non solo che la discrezionalità non può dirsi di per sé sottratta al sindacato giurisdizionale (tramite l'eccesso di potere, infatti, viene a sindacarsi, sia pure in maniera indiretta, proprio l'uso scorretto della discrezionalità), ma altresì che, tra il sindacato di chi esercita attraverso l'eccesso di potere e quello che si esercita in sede di riesame del merito non esiste differenza *sostanziale*, presentando entrambi il medesimo *oggetto*, vale a dire il concretarsi del potere discrezionale nell'atto amministrativo.

Essi, come sopra accennato, si distinguono solamente sotto il profilo *modale*, attendendo, il primo sindacato al processo logico tramite il quale si è concretizzata la scelta discrezionale, il secondo ad una piena ripetizione della comparazione degli interessi rilevanti nella fattispecie.

Il vivace disaccordo dottrinale che si è incentrato sull'argomento è stato infatti progressivamente rivolto a sottrarre la discrezionalità all'ambito (*interno*) originariamente proprio dell'autorità amministrativa ed affidato al suo esclusivo dominio per meglio consentirle di conseguire i propri interessi, non necessariamente coincidenti con quelli dei cittadini.³

Accantonata la tesi secondo la quale la discrezionalità è da intendersi *libertà* di scelta tra più comportamenti leciti per il soddisfacimento del pubblico interesse, la più moderna dottrina ritiene che tale potere consista nella ponderazione comparativa di più interessi secondari, laddove per interessi secondari devono intendersi quelli pubblici, collettivi e privati, mentre per interesse primario solo e sempre l'interesse pubblico.

Si ha dunque potere *discrezionale* quando il Legislatore concede all'Amministrazione una limitata libertà di scelta o di valutazione in ordine all'esercizio del potere medesimo, sicché ogni manifestazione di discrezionalità risulta in parte sindacabile ed in parte insindacabile, a seconda, da un lato, del grado (ritenuto accettabile) di sacrificio del bene giuridico protetto dalla norma attributiva del potere, e, dall'altro lato, della misura in cui si ritiene di dover tutelare l'esistenza di una libertà di scelta⁴.

² Cfr. V. Ottaviano, *op.cit.*, 308 ss.; voce *Merito (Diritto amministrativo)*, Torino, Utet, 1968, 575 ss.

³ G. Barone, voce *Discrezionalità (Diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1989,1.

⁴ S. Lombardi, *op. cit.*, 414.

Dall'inclusione del potere discrezionale fra il settore delle attività regolamentate dalla legge e quello dei comportamenti le cui esplicazioni risultano libere da ogni predisposizione normativa deriva il rischio di far rientrare il potere medesimo in quello vincolato, oppure, all'opposto, in quello arbitrario⁵.

Dalle considerazioni che precedono, discende, il carattere *ibrido* della discrezionalità, causato dalla commistione, in essa, di vincolo e di libertà, che ne rappresentano gli essenziali presupposti.

L'elemento del *vincolo* deriva dal carattere *funzionale* del potere, ovvero dal suo essere *munus* rispetto alla funzione, intesa, quest'ultima, come collegamento del potere con interessi non propri del soggetto agente; il vincolo è pertanto rappresentato dall'obbligo di esercitare il potere in modo da soddisfare la funzione.

La componente libera attiene, invece, alla ricerca dei mezzi con i quali soddisfare, nei singoli casi concreti, gli interessi per la cui tutela il potere è stato conferito: alla lacunosità delle predisposizioni normative relative ai comportamenti da seguire corrisponde, infatti, in capo all'agente, l'esigenza di (liberamente) ricercare altre disposizioni regolative degli interessi affidati alla sua cura.

Sulla parte libera, caratterizzante il potere amministrativo, occorre in particolare soffermarsi: infatti, mentre ai fini della qualificazione di una fattispecie come potere non rileva l'estensione della parte libera, ossia la *quantità* di libertà concessa⁶, sorgono differenze fra i diversi tipi di potere laddove si analizzi la *qualità* della libertà, quale si desume dalle regole che compongono la disciplina positiva del singolo tipo di potere. Quest'ultima parte dal presupposto che il potere stesso possa disporre autoritariamente della sfera giuridica altrui: ciò implica la necessaria imposizione di vincoli che condizionino *dall'interno* la ricerca del precetto e che concernono il *modo* in cui la scelta attinente alla parte libera del potere amministrativo possa essere compiuta.

Viene in rilievo il principio cardine dal quale è retta la struttura della regolamentazione positiva dell'atto amministrativo, vale a dire *il principio di legalità*, consacrato a livello

⁵ C. Mortati, *op.cit.*, 1099.

⁶ G. Guarino, *op.cit.*, 192 e 195. Il potere- qualunque potere: legislativo, politico, negoziale-rimane tale anche se lo spazio da colmare attraverso l'autonoma formulazione del precetto sia minimo: si pensi alla scelta da compiere di fronte a due opzioni di un'unica alternativa. L'autore, inoltre, avverte che, << più il potere è libero nel suo contenuto e con riguardo ad ogni possibile aspetto, più esso è vincolato nel procedimento. Il potere tra tutti più libero, è quello di revisione costituzionale: corrispondentemente la procedura per la modifica della Costituzione è aggravata rispetto al procedimento amministrativo ordinario [...].

Anche a livello amministrativo, malgrado il rigore del principio di specificità, vi sono poteri che, per necessità di cose, devono avere un maggior grado di indeterminatezza. Il sistema reagisce a questa necessità adottando lo stesso metodo di cui già si è fatto cenno a proposito dei poteri legislativi: se l'oggetto non tollera, per la natura del potere da esercitare, una più precisa definizione, si accrescono i vincoli procedurali>> (141-144).

costituzionale dall'art.,97,c.1,Cost., il quale rappresenta l'espressione del principio democratico⁷ caratterizzante l'intero ordinamento repubblicano: nel sistema del diritto amministrativo, invero, il fondamento ed il limite della peculiare condizione di privilegio riconosciuta alla PA come autorità devono essere rinvenuti nella legge, in funzione dello scopo pubblico da essa indicato.⁸

In base al *principio di legalità*, la Pubblica amministrazione deve agire osservando i contenuti ed i confini stabiliti dalla legge ed operare nel modo migliore possibile in base ai criteri di adeguatezza, convenienza e opportunità.⁹

Secondo tale ricostruzione, la discrezionalità consta di due momenti: uno *cognitivo-valutativo*, che importa l'acquisizione e la valutazione di tutti i fatti e gli interessi rilevanti, e l'altro *volitivo*, che consiste nella scelta della soluzione ritenuta più opportuna e conveniente per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

In quanto espressione di potestà pubblicistica, l'attività discrezionale amministrativa si muove entro i limiti, positivi e negativi, che ne impediscono il trasmodare in mero arbitrio.

Sotto il primo profilo, la pubblica amministrazione è tenuta al rispetto del *principio di finalizzazione* dell'agere amministrativo, da intendere come necessaria tensione dell'attività pubblica verso il perseguimento del pubblico interesse e del *principio del minimo mezzo*, che impone alla Pubblica amministrazione di arrecare il minor pregiudizio possibile alle posizioni soggettive che interferiscono con l'interesse primario.

La discrezionalità è sì una libertà, e precisamente libertà di apprezzamento delle opportunità di soluzioni possibili¹⁰ che dà luogo ad una manifestazione di volontà, ma è una libertà limitata positivamente poiché comunque, è disciplinata da leggi ed è finalizzata proprio alla cura dell'interesse pubblico¹¹; tuttavia al di là di questi limiti la Pubblica amministrazione è assolutamente libera.

⁷ L. Carlassare, in *Enc. giur.*, VIII, Roma Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1990,5, che, a proposito della valenza *democratica* del principio di legalità nella sua portata generale, osserva che <<in un sistema democratico dove le scelte non possono che competere agli organi rappresentativi, la legalità (sostanziale) va valutata anche come strumento fondamentale per rendere democratica l'amministrazione, affidata ad una burocrazia priva di legittimazione propria>>.

⁸ V. Gasparini Casari, op.cit.,33-34. L'autore sostiene che il principio di legalità, proprio in relazione al principio democratico, debba essere inteso nel senso più ampio e persuasivo. A questo riguardo afferma che << i poteri d'imperio, di cui può disporre l'amministrazione, sussistono solo in quanto sono previsti dalla legge e devono essere esercitati, non solo nel rispetto della legge, ma anche in conformità a quanto da essa stabilito>>.

⁹ F.C. Scoca *ivi*, p.21-22; R. Chieppa, M. Lunardelli, *Attività discrezionale e attività vincolata della Pubblica amministrazione*, in *Altalex* 2017.

¹⁰ M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della P.A.* MI, Giuffrè, 1939, p.40.

¹¹ M.S. Giannini, *ivi* p.13.

Occorre, altresì, evidenziare che altra fondamentale distinzione dell'azione amministrativa è quella che separa l'attività discrezionale da quella *vincolata*; infatti quest'ultima, è caratterizzata dalla circostanza che tutti gli elementi da acquisire e valutare, ai fini della decisione della p.a., sono già rigidamente prefigurati dalla legge.

Da ciò consegue, che in tali casi, l'Autorità Amministrativa è tenuta a svolgere una semplice verifica tra quanto previsto dalla norma e quanto verificatosi nella realtà.

Pertanto, quando la P.A. adotta un provvedimento vincolato, ha l'obbligo di intervenire con un atto dovuto nell'*an* e vincolato nel contenuto, altresì, deriva l'obbligo di motivazione, che la giurisprudenza ha elaborato come canone in termine di dovere per ogni provvedimento amministrativo, ad opera dell'art.3 della legge sul procedimento amministrativo *L.241 del 7/8/90* (l'assenza di motivazione denominata anche carenza di motivazione dà luogo al vizio di violazione di legge).¹²

La motivazione dovrebbe esprimere << sostanzialmente >> l'interesse pubblico che ha guidato l'azione dell'amministrazione e non limitarsi a indicare << formalmente >> norme e fatti¹³.

La discrezionalità amministrativa si esplica ai massimi livelli rispetto ai provvedimenti *accrescitivi*, ossia quelli che ampliano la sfera giuridica dei privati. I più rilevanti provvedimenti sono le *concessioni e le autorizzazioni amministrative*.

Queste ultime sono provvedimenti con cui la Pubblica amministrazione rimuove un limite legale posto dall'ordinamento all'esercizio di un preesistente diritto del soggetto richiedente.

La posizione giuridica del privato, rispetto alla PA, evolve da interesse legittimo pretensivo a diritto soggettivo perfetto, rispetto all'esercizio del quale l'Amministrazione conserva un potere di vigilanza, con possibilità di applicare sanzioni.

Le concessioni, invece, sono provvedimenti con cui la Pubblica amministrazione attribuisce al privato una situazione soggettiva attiva, a titolo costitutivo (*c.d. concessione costitutiva*) ovvero derivativo (*c.d. concessione traslativa*). In simile ipotesi, la posizione giuridica del cessionario rimane, nei confronti dell'Amministrazione, di interesse legittimo e la PA stessa è titolare di un potere di ingerenza nell'esercizio del servizio, che si può esplicare mediante potestà direttiva, revocatoria e sostitutiva.

A differenza di quanto avviene per le autorizzazioni, le quali immettono il privato nel mercato, in regime di concorrenza rispetto ai terzi, le concessioni attribuiscono al concessionario l'esercizio della situazione soggettiva concessa in via esclusiva. Tali provvedimenti, tuttavia, non importano la privatizzazione del bene o del servizio che ne costituiscono l'oggetto.

¹² F. Caringella, *I nuovissimi principi del diritto amministrativo*, cit.,104.

¹³ E. Casetta, *Compendio di diritto amministrativo*, cit., 362.

Per tale ragione, la dottrina tende a riconoscere al concessionario la qualità di incaricato al pubblico servizio, con ciò che ne deriva sul piano della responsabilità penale.

Un'ulteriore differenza tra *provvedimenti autorizzatori e concessori* è costituita dal contenuto degli stessi. Mentre, infatti, i primi non hanno contenuto economico- i risvolti economici riguardano l'esercizio dell'attività autorizzata, non il provvedimento in sé-, i secondi conferiscono direttamente al privato un *quid* immediatamente suscettibile di valutazione economica.

In quanto espressione di discrezionalità amministrativa, concessioni e autorizzazioni devono essere emesse nel rispetto del principio di finalizzazione dell'attività pubblicistica.

Laddove ciò non accadesse, per cause originarie o sopravvenute, l'ordinamento prevede, a fianco della tutela giurisdizionale affidata al Giudice Amministrativo per vizi di legittimità e, nei casi espressamente previsti, di merito, la possibilità per la PA di adottare *provvedimenti demolitori* di secondo grado, volti a riesaminare quelli precedentemente emessi.

Le due principali figure di provvedimento demolitorio sono costituite dalla *revoca* (art.21quinques L.241/90) e dall'*annullamento d'ufficio* (art.21nonies L.241/90).

Essi, pur essendo espressione della potestà di autotutela decisoria della PA, si differenziano tra loro per diversi aspetti.

L'annullamento d'ufficio è il provvedimento di secondo grado che rimuove un provvedimento affetto da un vizio (originario) di legittimità, sussistendone le ragioni d'interesse pubblico e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, che da tale provvedimento o da quello di annullamento risultino incisi.

In altri termini, dunque la PA è chiamata ad effettuare, entro un congruo termine, una duplice valutazione: una prima, riguardante la sussistenza di un interesse pubblico, concreto e attuale, all'annullamento dell'atto viziato ai sensi dell'art.21 *octies*, *co.1* e L.241/90, una seconda, involgente una delicata comparazione fra interesse primario e quelli secondari, rilevanti dallo specifico caso di specie.

Tale secondo aspetto, peraltro, consente di escludere che l'annullamento d'ufficio costituisca atto dovuto dalla PA, nel momento in cui essa rileva un vizio di legittimità dell'atto amministrativo.

Di contro, infatti, esso può essere ascritto alla categoria dei provvedimenti discrezionali della Pubblica amministrazione. *Organo* competente ad annullare d'ufficio, il provvedimento di primo grado viziato, con effetto *ex tunc*, è quello che lo ha emanato, salvo che la legge non preveda diversamente.

La revoca è il provvedimento di secondo grado che rimuove un precedente provvedimento non già in quanto invalido, bensì per il sopravvenire di nuovi motivi di pubblico interesse, ovvero, per la mutazione della situazione di fatto o per una nuova valutazione dell'interesse pubblico. Essa, in altri termini, riposa su valutazioni di fatto o di opportunità. La revoca può riguardare

soltanto i provvedimenti ad efficacia durevole e determina l'inidoneità del provvedimento stesso a produrre effetti ulteriori (*caducazione ex nunc*).

Anche in questo caso, organo competente a revocare il provvedimento di primo grado è quello che lo ha emanato, ovvero un altro organo previsto dalla legge.

A ben valutare, dunque, i due istituti in parola paiono rispettare il principio, più volte affermato in sede civilistica, di separazione fra regole di validità e di efficacia dell'atto giuridico. L'esercizio del potere di *autotutela*, in quanto idoneo ad incidere interessi giuridicamente rilevanti per l'ordinamento, necessita di essere temperato con almeno due esigenze fondamentali: da un lato, infatti, occorre che in capo alla PA residui un qualche potere di adottare provvedimenti di secondo grado, dall'altro, occorre apprestare tutela all'incolpevole affidamento dei terzi. Circa la prima delle due esigenze menzionate, la verifica dell'esaurimento o meno del potere della PA non resta privo di conseguenze, incidendo sul riparto di giurisdizione.

Laddove, infatti, il provvedimento di secondo grado fosse adottato in assenza di potere, si dovrebbe riconoscere la giurisdizione del Giudice Ordinario. Laddove, invece, residuassero poteri pubblicistici, l'eventuale illegittimità del provvedimento di autotutela sarebbe censurabile davanti al Giudice amministrativo.

Come già accennato in precedenza, nel rapporto concessorio, residua, in capo alla Pubblica amministrazione, un potere di ingerenza rispetto all'operato del concessionario. Per quanto attiene, invece, alle autorizzazioni, la PA mantiene un potere di vigilanza sull'operato del privato, in capo al quale sussiste una posizione di diritto soggettivo.

Secondo l'*Adunanza Plenaria n.2/2016*, peraltro, la PA esaurisce il suo potere discrezionale in presenza di un autovincolo, di un eterovincolo-contenuto nella legge o in un altro provvedimento- di un giudicato che disponga sulla spettanza oppure di un vincolo procedimentale.

Occorre, dunque procedere ad una valutazione caso per caso, che tenga conto della situazione fattuale concreta. Per quanto attiene, invece, la tutela dell'affidamento che il privato ha legittimamente fondato sul provvedimento amministrativo, esso costituisce un limite all'esercizio di autotutela, non consentendone l'esplicazione libera e *ad nutum*.

Qualora, infatti, il privato abbia, in buona fede, conseguito una certa situazione di vantaggio, in forza di uno specifico provvedimento della PA, e sia decorso un apprezzabile e ragionevole lasso di tempo, il *principio di affidamento* impone alla PA di tenere conto dell'interesse privato alla conservazione del beneficio.

Da ciò consegue che ogni qualvolta la Pubblica Amministrazione intenda ritirare il detto provvedimento, incontrerà il limite dell'affidamento che il privato ha, in buona fede, consolidato rispetto alla definitività e alla stabilità dell'attribuzione, in virtù del lasso di tempo trascorso. Tale principio si declina, con riferimento all'istituto dell'annullamento d'ufficio, nella previsione di un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dall'adozione del provvedimento concessorio od autorizzatorio, entro il quale esercitare il potere di autotutela e, con riferimento alla revoca, nell'istituzione di un obbligo di corresponsione di un indennizzo in favore dei soggetti pregiudicati dal ritiro del provvedimento.

Il detto principio di affidamento si è inoltre posto in tensione con taluni principi di matrice eurocomunitaria, inerenti l'evidenza pubblica e la libertà di stabilimento, con particolare riferimento alla materia dei rinnovi delle concessioni di beni pubblici. Più in dettaglio, la normativa interna relativa alle concessioni demaniali marittime e lacuali prevedeva, in origine, un sistema di preferenza per i concessionari uscenti (*art.37, co.2, ultimo periodo Codice della navigazione*).

A seguito del rilevato contrasto con il disposto dell'art.19 TFUE, che sancisce il principio della libertà di stabilimento, il legislatore italiano ha abrogato il predetto art.37, co.2, disponendo, al contempo, che il termine di durata delle concessioni, ai tempi ancora in essere, fosse prorogato sino al 31/12/2015 (*art.1, co.18, d.lgs. 194/2009*). Tale proroga, concepita in un'ottica meramente provvisoria, è stata rinnovata, fino al 31/12/2020, dal *d.lgs.n.179/2012*.

Il quadro normativo appena descritto, importante, nella sostanza, il rinnovo automatico delle precedenti concessioni, ha indotto i TAR Lombardia e Sardegna a sollevare una questione pregiudiziale europea di fronte alla Corte di Giustizia UE, prospettando un contrasto con gli *artt. 49 TFUE e 12 dir.2006/123/CE*, il quale prescrive la necessità di ricorrere, nella individuazione del candidato a cui rilasciare l'autorizzazione all'esercizio di un'attività economica che prevede l'uso di risorse naturali scarse, a procedure selettive pubbliche e trasparenti.

Il contenuto della direttiva, pur ripreso da fonti nazionali in modo generico¹⁴ non ha prodotto nel nostro ordinamento gli effetti attesi, tanto che sul punto è dovuta intervenire, da ultimo, la c.d. "legge Madia" (l.124/2015), che pure ha inciso sulla discrezionalità della P.A., tendenzialmente in senso restrittivo, attraverso una serie di correttivi agli istituti già disciplinati nella legge 241/90.

¹⁴ Al riguardo va segnalato l'art.34 del d.l. n.201/2011 (c.d. "Salva Italia"), rubricato "liberalizzazione delle attività economiche ed eliminazione dei controlli ex ante", serie il cui comma 4 prevede che "l'introduzione di un regime amministrativo volto a sottoporre a previa autorizzazione l'esercizio di un'attività economica deve essere giustificato sulla base dell'esistenza di un interesse generale, costituzionalmente rilevante e compatibile con l'ordinamento comunitario, nel rispetto del principio di proporzionalità".

La Corte UE, con sentenza emessa nel 2016, una volta chiarito l'ambito di applicazione delle norme invocate dai TAR italiani, ha sancito che *l'art. 12, dir. 2006/123/CE*¹⁵ osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreativa, in assenza di qualsiasi procedura selettiva tra i possibili candidati. Il giudice nazionale, dunque, è tenuto a disapplicare la normativa interna e dare diretta applicazione alla direttiva 2006/123/CE (*direttiva Bolkestein*), che è *self-executing*.

La Corte ha inoltre precisato che, laddove si versi al di fuori dell'ambito del predetto art. 12, dir. 2006/123) – e non ci si trovi di fronte, quindi, a beni demaniali destinati ad uso economico e limitati in quanto scarsi –, troverà applicazione l'art. 49 TFUE, che osta ad una disciplina nazionale che preveda il rinnovo automatico delle autorizzazioni demaniali, in presenza di un interesse transfrontaliero certo.

Anche in tale ipotesi, pertanto, il giudice nazionale è tenuto a dare diretta applicazione alla normativa UE, disapplicando quella interna.

Secondo la Corte, infine, il quadro appena descritto è derogabile al ricorrere di due presupposti: quando, per l'aggiudicazione della concessione in essere, sia stata celebrata una gara pubblica, nel rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza, ed i rinnovi risalgono ad epoca anteriore all'affermazione dei principi contenuti nella illustrata sentenza. In tal modo, infatti, la Corte ha inteso bilanciare i principi dell'evidenza pubblica e della libertà di stabilimento europei con la tutela del legittimo affidamento dei privati concessionari.

In conclusione, la discrezionalità della Pubblica amministrazione, potere non illimitato e necessariamente funzionale alla cura dell'interesse pubblico primario, trova massima esplicitazione con riferimento ai provvedimenti amministrativi ampliativi, tra i quali spiccano nel nostro ordinamento, le concessioni e le autorizzazioni.

Simili provvedimenti, laddove non rispondono all'interesse pubblico per cause sopravvenute o siano affetti da vizi, possono essere rimossi dalla PA con *provvedimenti demolitori* di secondo grado, purché residui in capo ad essa il potere di riesaminare i propri atti e sia rispettato il principio della *tutela dell'affidamento incolpevole dei privati*.

Tale ultimo principio, infatti, bilanciandosi con il canone della discrezionalità amministrativa, finge da limite al potere di agire in autotutela della Pubblica amministrazione, salvaguardando l'interesse del privato.

¹⁵ **Direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio**, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno [Gazzetta Ufficiale L 376 del 27.12.2006].

Esso, inoltre, pur non giustificando, *tout court*, la legittimità del rinnovo automatico delle concessioni di beni pubblici, può, al ricorrere di determinati requisiti, temperare i principi europei di libertà di stabilimento e di evidenza pubblica.