

Vincenzo Freda

Le fonti normative e
le fasi del procedimento amministrativo

<<http://www.vincenzofreda.it>>

©2009

Premessa

Il termine diritto è usato in diverse accezioni: come *diritto soggettivo*, che regola la sfera individuale delle prerogative attribuite ad ogni persona; come *diritto oggettivo*, che disciplina il complesso di norme poste da un'autorità al fine di organizzare la vita della collettività e risolvere gli eventuali conflitti che possono insorgere. In senso oggettivo il diritto si configura come ordinamento giuridico e l'autorità da cui promana è quella statale, tant'è che non ci può essere diritto senza autorità.

Oggetto del diritto amministrativo è la funzione amministrativa, cioè la cura concreta degli interessi, ed è rivolto alla risoluzione dei problemi quotidiani (amministrazione dello stato, dei comuni, del condomino, domestica). Questi interessi vengono risolti attraverso **atti giuridici** (che permettono, ad esempio, di trovare un contraente per un appalto) e **operazioni materiali** (che consistono negli interventi concreti per risolvere i problemi). La *funzione di amministrazione* è una funzione ineliminabile ed essenziale in una comunità politica, che è caratterizzata da altre due funzioni: la *funzione di normazione*, svolta da chi pone in essere le regole; la *funzione giurisdizionale*, esercitata da chi invece applica quelle regole per risolvere i conflitti.

La **peculiarità** del diritto amministrativo sta nel fatto che i problemi concreti vengono affrontati con procedimenti che non rientrano nel diritto privato, cioè il diritto che regola i rapporti tra i privati cittadini. Poiché coloro che governano le organizzazioni collettive non sempre incontrano il consenso a cui si rivolgono le attività di amministrazione concreta, ecco che il diritto amministrativo è sempre connotato da un potere di supremazia rispetto al diritto privato che, al contrario, è contraddistinto da modelli

relazionali a livello paritario. Su questo carattere si è configurato storicamente il diritto amministrativo, successivo al diritto privato e con caratteristica derogatoria rispetto ad esso. Sotto il profilo storico, il diritto amministrativo si è formato con il crollo dell'Antico regime e si è consolidato in età napoleonica.

Ambito del diritto amministrativo è la sfera di attività della Pubblica amministrazione e di organizzazione dei soggetti e degli organi che vi sono preposti per legge. Sotto questo aspetto, il diritto amministrativo è un ramo del diritto pubblico. Si intende per Amministrazioni pubbliche quelle preposte alla cura degli interessi della collettività. Ma quando a soggetti privati vengono demandate funzioni amministrative o pubbliche, agendo così nell'ambito della cura degli interessi pubblici, anche in tal caso si applica il diritto amministrativo. Le norme sono cogenti e inviolabili. Gli scopi devono essere stabiliti per legge e sempre per legge sono attribuiti a soggetti predeterminati dall'ordinamento, essendo questi soggetti obbligati al perseguimento di quegli scopi. In questo consiste il carattere della imperatività delle norme del diritto pubblico, contrassegnato dal principio della supremazia.

L'attività legislativa

Procedimento di formazione della legge statale

La titolarità della funzione di formazione, cioè del potere di legiferare, è attribuita al Parlamento ed è esercitata collettivamente dalle due Camere che si trovano su un piano di equa-ordinazione. Il procedimento legislativo consta di tre fasi: *iniziativa, esame e approvazione*.

1) Fase dell'**iniziativa**. L'iniziativa legislativa appartiene al Governo (maggiormente in grado di conoscere l'effettivo bisogno di una legge), a ciascun membro delle Camere e ad altri organi a cui viene conferita con legge costituzionale. Oltre ai soggetti istituzionali, anche il popolo è titolare dell'iniziativa attraverso la sottoscrizione popolare (con un minimo di cinquantamila firme) di una proposta che poi viene elaborata dalle Camere. *Progetto di legge* è chiamata la proposta ad iniziativa del popolo, *disegno di legge* quella ad iniziativa degli organi istituzionali. Elaborata formalmente la proposta, il testo viene presentato ad una delle due Camere e si apre la seconda fase.

2) Fase dell'**esame**. L'esame di una proposta di legge avviene da parte di ciascuna Camera secondo l'ordinamento che ne regola il funzionamento.

3) Fase dell'**approvazione**. Segue infine l'approvazione che avviene dapprima articolo per articolo e poi per l'intero testo nella sua composizione integrale. Dopo l'approvazione ad opera di una delle due Camere, il testo legislativo deve essere approvato nella stessa e precisa formulazione anche dall'altra Camera. Se in seconda lettura vengono apportate modifiche, il testo deve ritornare alla prima Camera per l'approvazione nella nuova formulazione modificata in seconda lettura.

Può accadere che esame e approvazione avvengano non da parte del Parlamento ma di una delle diverse Commissioni permanenti, in cui sono strutturate le Camere, che si occupano di problematiche specifiche. Le Commissioni sono caratterizzate da una composizione che riproduce gli stessi rapporti di forza presenti nell'aula parlamentare. Determinate materie importanti, però, prevedono sempre la procedura di esame e approvazione da parte delle Camere.

Promulgazione

Una legge approvata dal Parlamento non è immediatamente applicabile. Per entrare pienamente in vigore, è necessario che sia dapprima promulgata ad opera del Presidente della repubblica al quale la legge licenziata dalle Camere deve essere inviata. La promulgazione attiene alla verifica di costituzionalità. Il Presidente constata la costituzionalità della legge e, nel caso in cui rilevi difformità, può richiederne un riesame con una richiesta motivata. Le Camere, a cui il testo ritorna, possono anche non tenerne conto e riapprovare il testo nella medesima formulazione oppure accogliere i correttivi indicati dal Presidente.

Pubblicazione

Segue infine la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale perché i destinatari ne possano avere conoscenza. L'entrata in vigore della legge avviene il quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione. Ma la stessa legge può prevedere in un suo articolo un termine diverso, anticipato o posticipato rispetto a quello stabilito normalmente. L'istituto della pubblicazione comporta una presunzione di conoscenza della legge

Fonti del diritto

Sono fonti del diritto determinati fatti o atti da cui nasce il diritto (**fonti di produzione**) o da cui se ne trae la conoscenza (**fonti di cognizione**). Fonte di cognizione, ad esempio, è la Gazzetta ufficiale in cui sono pubblicate le leggi e i decreti.

Le **fonti di produzione** si distinguono in: *fonti costituzionali*, *fonti primarie* (leggi), *fonti secondarie* (regolamenti). Si tratta di una distinzione che non è solo qualificante, ma indicativa anche di un rapporto gerarchico

tra le fonti stesse. Oltre a un rapporto di carattere gerarchico, tra le fonti opera anche un principio di competenza o specificità che stabilisce quale tipo di fonte è preordinata a normare un certo tipo di materia. Inoltre, se due fonti si trovano in rapporto di equa-ordinazione, si applica il principio dell'abrogazione: *lex posterior abrogat priorem*.

Fonti costituzionali

Al vertice della gerarchia delle fonti è posta la Costituzione, la legge fondamentale dello stato, in cui sono espressi i principi generali ed enunciati i diritti inviolabili dei cittadini nonché è regolata l'organizzazione per il funzionamento dell'apparato amministrativo e la disciplina dei suoi organi (legislativi, giurisdizionali ed esecutivi). La Costituzione è la fonte sovraordinata in virtù di un peculiare carattere che le è riconosciuto dal nostro ordinamento, quello di essere "rigida". Per effetto di questa connotazione, le altre fonti di produzione gerarchicamente inferiori non possono facilmente modificarla senza una procedura specifica e rafforzata, stabilita dall'art. 138. Oltre alla modifica o revisione della costituzione (le cosiddette leggi di revisione costituzionale), l'art. 138 disciplina anche le leggi costituzionali, come ad esempio quelle di approvazione degli statuti delle regioni a ordinamento speciale. Le leggi costituzionali vengono emanate solo nelle materie previste dalla Costituzione ed hanno un carattere formale equiparato alla Costituzione stessa.

Fonti primarie

Leggi ordinarie

La legge ordinaria viene approvata dal Parlamento, nelle materie devolute

allo stato, o dalle regioni a cui è riconosciuto il potere di legiferare in specifiche materie distinte da quelle attribuite allo stato. Le leggi regionali hanno una validità limitata al territorio regionale. Per quanto riguarda la potestà legislativa regionale, con la riforma dell'art. 117 della Costituzione è stato stabilito una legislazione esclusiva di competenza dello stato e una altrettanto esclusiva per le regioni. Quest'ultima, non essendo espressamente elencata come quella riservata allo stato, è apparentemente residuale perché rivela un'estensione di competenze su materie molto più ampia di quella riconosciuta allo stato stesso. Sempre l'art. 117 ha anche previsto una potestà legislativa concorrente su particolari materie dove lo stato è chiamato a fissare i principi generali di riferimento, le cosiddette leggi cornici o quadro, mentre la regione interviene successivamente con norme di dettaglio.

Decreti legge e decreti legislativi

Decreto legge e decreto legislativo rientrano nel sistema delle fonti di produzione del diritto come atti aventi forza di legge, che hanno cioè la stessa forza formale della legge capace di innovare o modificare la legislazione precedente. Si tratta di fonti equoordinate, secondo il principio per il quale la legge successiva abroga quella precedente in base a un criterio cronologico. Stante il principio della separazione dei poteri, c'è un potere che legifera (il Parlamento) ed un potere che esegue (il Governo). Si tratta di un principio posto a garanzia della democrazia per evitare derive autoritarie. Con i decreti legge e i decreti legislativi si introduce un correttivo al principio generale. Posto che la titolarità della potestà legislativa spetta al Parlamento, nel caso degli atti aventi forza di legge opera una deroga al principio della separazione dei poteri perché si tratta di atti posti in essere dal Governo che è titolare del potere esecutivo.

Con il **decreto legge** il Governo esercita il potere legislativo attraverso la decretazione d'urgenza per fronteggiare particolari necessità. La peculiarità del decreto legge è quella di dover essere *convertito* il legge dal Parlamento entro sessanta giorni dalla sua emanazione a pena di decadenza. La decadenza opera *ex tunc*, cioè come se non fosse stato emanato. Nonostante il carattere eccezionale di questo tipo di provvedimento, il ricorso all'istituto del decreto legge è diventato abbastanza frequente. Altrettanto diffusi sono i casi di *reiterazione* dei decreti legge, ogni qual volta scadono i termini di conversione, che hanno fatto sorgere problemi di costituzionalità venendo meno i requisiti e i presupposti fondamentali della necessità ed urgenza che sono alla base della decretazione da parte del Governo.

Con i **decreti legislativi** il Governo esercita la funzione legislativa sulla base di una *delegazione* del Parlamento che affida al Governo il compito di disciplinare una materia riguardante i settori che rientrano nelle attribuzioni dei ministeri. Con la legge delega il Parlamento fornisce i criteri direttivi e i principi guida a cui il Governo si deve attenere, nonché i termini temporali entro cui deve legiferare.

Mentre per il decreto legislativo esiste a monte una legge delega che stabilisce principi, obiettivi e tempi di emanazione, il decreto legge non è caratterizzato da nessun atto preordinato bensì da uno successivo del Parlamento, che deve intervenire sotto forma di conversione in legge entro sessanta giorni dalla sua emanazione.

Nell'ambito delle fonti del diritto amministrativo, che sono molto varie, i principi generali vengono desunti in sede di interpretazione da parte dei giudici delle magistrature superiori, facendo vivere il diritto nell'interpretazione data delle norme, ma anche da parte dei funzionari che applicano quelle norme, creando la cosiddetta prassi.

Fonti secondarie

Fonti secondarie di provenienza statale

I **regolamenti** sono un'attività normativa con la quale le Pubbliche amministrazioni disciplinano loro stesse, emanando norme riguardanti sia l'azione esterna che l'organizzazione interna. Si tratta di una normazione autonoma e non eteronoma ma che, in ogni caso, avviene sempre nei limiti imposti dalla legislazione ordinaria dello stato.

Formalmente i regolamenti sono atti amministrativi. A differenza della legge, che è un atto normativo sostanziale e formale, un regolamento presenta la natura formale di un atto amministrativo pur essendo, dal punto di vista sostanziale, una norma astratta, capace di regolare rapporti generali. Se formalmente il regolamento è un atto amministrativo, anche la disciplina applicabile sarà quella amministrativa. Per cui non solo il procedimento di approvazione è diverso da quello della legge (cfr. la legge 241/90) ma anche sotto il profilo dell'impugnazione il regime è quello amministrativo (impugnabilità dinanzi al Tar e al Consiglio di Stato). Dunque, i regolamenti sono sostanzialmente atti normativi e formalmente atti amministrativi.

I **regolamenti statali o governativi** sono disciplinati dalla legge 400/88, relativa al funzionamento degli organi statali. La loro veste formale è quella del Decreto del Presidente della Repubblica. L'organo che li approva è il Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio di stato (organo costituzionale che, oltre alla funzione giurisdizionale, svolge anche una funzione consultiva). I regolamenti governativi emanati dal Consiglio dei ministri sono di due tipi: quelli che promanano da un potere esercitato senza autorizzazione legislativa in svariate materie (come, ad esempio, i regolamenti per dare esecuzione o attuazione alle leggi, i regolamenti per

organizzare il funzionamento della Pubblica amministrazione, i regolamenti per l'organizzazione dei dipendenti pubblici); quelli che necessitano invece di autorizzazione legislativa, quando di tratta di regolamenti che intervengono per abrogare norme preesistenti e innovare la legislazione vigente (cosiddetto principio della delegificazione).

I **regolamenti ministeriali** sono adottati dal singolo ministro. La veste formale è quella del Decreto Ministeriale, sentito il Consiglio di Stato.

I **regolamenti interministeriali** riguardano materie trasversali a più ministeri e sono emanati nella veste formale del Decreto Interministeriale, sentito il CdS.

Per queste due tipologie di atti normativi il potere regolamentare ha sempre bisogno di un'autorizzazione legislativa. Perciò, dal punto di vista gerarchico, sono al di sotto di quelli governativi.

Fonti secondarie di provenienza non statale

Fonti secondarie di provenienza non statale sono quegli atti normativi emanati dagli enti di governo territoriale che hanno una potestà regolamentare espressamente riconosciuta dalla Costituzione, che garantisce loro una particolare forma di autonomia. Si tratta di **statuti** e **regolamenti**. Per le regioni, lo statuto determina la forma di governo (per cui le regioni possono darsi forme di governo differenti) e i principi di organizzazione e funzionamento, essendo le norme di dettaglio oggetto di specifici regolamenti attuativi con valenza normativa. Di una pubblica amministrazione i regolamenti attendono sia al funzionamento che all'organizzazione interna. Ogni ente pubblico dispone di regole che si è dato in proprio.

Fonti comunitarie

Sono dette “comunitarie” le fonti di provenienza europea da termine “Comunità” usato in precedenza per designare l’Unione europea. La Comunità europea nasce con un trattato istitutivo stipulato nel 1957 tra sei nazioni fondatrici e si è definitivamente consolidata nel 1992 con il trattato di Maastricht stipulato dai dodici paesi membri.

L’Unione europea è una organizzazione internazionale in cui gli stati aderenti cedono una parte della loro sovranità agli organismi comunitari appositamente costituiti. Ad esempio, la potestà di ciascun stato sovrano di battere moneta è stata ceduta agli organi europei e le varie banche nazionali sono state integrate in un unico sistema bancario con a capo la Banca centrale europea. I poteri normativi degli organi comunitari vengono esercitati in via generale in tutte le materie.

Per quanto concerne il rapporto tra diritto comunitario e diritto dei singoli stati, è accettato che il primo si sovrappone al secondo. Questo principio è stato sancito dagli organi istituzionali di maggiore importanza (in Italia, la Corte costituzionale) che hanno riconosciuto un primato delle norme comunitarie sul diritto nazionale, secondo il *principio della prevalenza*. Il principio della prevalenza, che non si evince da nessuna norma vigente ma dalla prassi interpretativa, non agisce come il principio gerarchico nel rapporto tra le fonti (che implica l’istituto dell’abrogazione), ma si manifesta attraverso il meccanismo della disapplicazione della norma nazionale vigente al momento dell’intervento normativo del diritto comunitario. In tal modo, la norma nazionale non viene abrogata ma solo disapplicata, potendo così tornare in vigore allorché quella regola del diritto comunitario venga a cessare.

Tipi di fonti di diritto comunitario sono i **trattati** (trattato di Roma, di Maastricht, di Lisbona). Ma fonti comunitarie sono anche i regolamenti e le

direttive, che sono norme emanate dagli organi creati dai trattati stessi (Commissione e Consiglio).

I **regolamenti** hanno la stessa forza di una legge interna e, come tali, possiedono la capacità di porre in essere norme generali dirette a tutti i cittadini degli stati membri, alle quali la pubblica amministrazione è obbligata a dare immediata applicazione senza alcun atto di recepimento.

Le **direttive**, invece, sono rivolte agli stati e li vincolano in relazione al risultato che sono chiamati a raggiungere, lasciando gli organi statali liberi di scegliere forma e mezzi. Le direttive richiedono per questo una normativa di attuazione. Molto spesso la legge comunitaria finisce per essere una legge delega al Governo che, in base alla direttiva emanata, assume gli atti necessari per darvi attuazione.

Altre fonti comunitarie sono: le *raccomandazioni*, i *pareri*, gli *accordi quadro*.

La Pubblica amministrazione nella Costituzione

Il concetto di amministrazione è inteso come “cura degli interessi concreti della collettività o anche di settori della vita sociale e democratica”. L’attività amministrativa consiste nel porre in essere atti materiali e atti giuridici, disciplinati dal diritto amministrativo. A valle degli atti giuridici si collocano gli atti materiali, le operazioni concrete che danno effettiva attuazione agli atti giuridici.

Principio di legalità

È la legge, secondo un criterio di competenza, che individua l’organo che deve espletare quel particolare tipo di funzione amministrativa. Si tratta del **principio di legalità**, che implica una predeterminazione normativa della

funzione amministrativa. Secondo questo principio ogni attività amministrativa deve essere prevista e disciplinata dalla legge, nel senso che il potere non può essere esercitato a discrezione della PA ma deve essere predeterminato dalla legge. Non solo, ma anche i criteri a cui deve sottostare l'attività amministrativa nel suo svolgimento sono predeterminati nella forma dalla legge, sia ad opera dello stato che delle regioni.

Il principio di legalità, che regola l'attività amministrativa, non è espresso né formalizzato in nessuna norma costituzionale ma è immanente al sistema, nel senso che si desume per via interpretativa. La norma costituzionale da cui si deduce è l'art. 97, che prevede una riserva di legge nella disciplina dell'organizzazione dei pubblici uffici e dei pubblici dipendenti allo scopo di assicurare il buon andamento e imparzialità dell'attività amministrativa. La Costituzione stabilisce che debba essere la legge a regolare non solo l'organizzazione degli uffici nel dettaglio ma a prefigurare anche i fini che l'attività amministrativa deve perseguire.

Principi del buon andamento e imparzialità

Buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa sono gli altri due principi che trovano disciplina all'art. 97.

Il **buon andamento** non si esaurisce nel solo rispetto della norma ma implica anche il corretto esercizio del potere. Infatti la legge, quando disciplina il potere amministrativo, fa capire i limiti entro cui lo si deve esercitare. L'individuazione di tali limiti implica un atto di interpretazione che spesso può portare ad una visione distorta. *L'eccesso di potere* è appunto l'esercizio del potere che si esercita oltre i limiti stabiliti, la cui peculiarità sta nel fatto che tale eccesso è desunto per via interpretativa.

L'**imparzialità** dell'attività amministrativa si configura invece in rapporto alla politica, da cui dipende e che, al contrario, è sempre di parte. A presidio

dell'imparzialità soccorrono altri principi rilevanti: l'ordinamento degli uffici deve essere disposto per legge (comma 1); la disciplina dell'accesso al pubblico impiego che deve avvenire di norma per concorso; l'ambito di competenza entro cui un funzionario può muoversi è definito per legge (comma2); le modalità di accesso ai pubblici impieghi, che di norma avviene per concorso pubblico (comma 3); le clausole dell'art. 98 che disciplina lo status specifico particolare dei pubblici dipendenti, rispetto a quelli del settore privato, che consiste nell'essere al servizio dell'interesse esclusivo della nazione.

Autonomia e decentramento

Relativamente ai pubblici uffici è importante anche l'art. 5, in base al quale la Costituzione riconosce e promuove le autonomie locali e, per le funzioni amministrative, attua il più ampio decentramento. Rispetto all'organizzazione centralistica dello stato di età prebellica, la Costituzione riconosce maggiore autonomia alle periferie. Le autonomie locali vengono riconosciute come preesistenti. Non sono istituite dal niente, ma preesistono alla creazione dello Stato che ne promuove lo sviluppo. Le autonomie locali sono quelle elencate all'art. 114 del titolo V della Costituzione, oggetto di riforma nel 2001. L'elencazione parte dai comuni, gli enti territorialmente più prossimi al cittadino, per finire allo Stato che è considerato alla pari degli altri enti. Questi enti sono caratterizzati dalla possibilità di darsi degli ordinamenti autonomi attraverso gli statuti, in base alla legittimazione di un potere che non è attribuito dall'esterno, ma parte dal basso. Per regolare gli interessi della comunità governata, questi enti esercitano un potere autonomo che è loro proprio. Anche per le amministrazioni centrali è prevista una dislocazione periferica, con sedi e uffici ramificati nelle periferie dove svolgono la loro attività, pur restando incardinati nel

ministero di afferenza.

Le funzioni amministrative

Funzione amministrativa, in senso tecnico, è l'esercizio del potere (*funzione amministrativa in senso proprio*), distinta dalle attività di carattere materiale o negoziale che pure sono estrinsecazioni del potere amministrativo (*funzione amministrativa in senso improprio*).

Dunque, in senso proprio, la funzione amministrativa è l'esercizio di un potere pubblico sebbene, in certi casi, le norme costituzionali intendano la funzione amministrativa anche nel senso di porre in essere tutta una serie di attività non considerate amministrative in senso stretto (come l'assistenza agli anziani, la tutela dei beni culturali e ambientali, ad esempio).

L'art. 118 regola l'attribuzione delle funzioni amministrative ai comuni. L'articolo disciplina anche i criteri mediante i quali le diverse funzioni o competenze vengono attribuite per legge ai vari livelli amministrativi. A tal proposito si distingue tra *funzioni proprie* e *funzioni conferite per legge*.

Funzioni proprie

Nel caso di **funzioni proprie** si parla di funzioni fondamentali che vanno riconosciute e che non possono essere intaccate. Si tratta di funzioni identificative della natura dell'ente territoriale e che, perciò, sono riconosciute in relazione sia alla tradizione che si è stratificata, sia alle nuove esigenze di volta in volta emergenti. Si introduce la regola della cosiddetta titolarità necessaria, secondo cui le funzioni proprie non possono essere disconosciute da nessuna legge. Sotto questo aspetto, le funzioni proprie rappresentano una garanzia dell'effettività del principio di autonomia rispetto all'intervento del legislatore.

Funzioni conferite

Nel caso di funzioni conferite si distingue tra *funzioni fondamentali* e *funzioni nonfondamentali*.

Le **funzioni fondamentali** sono riconosciute tali dalla legge. Non essendo connaturate all'essenza dell'ente, abbisognano di un riconoscimento esterno. Per meglio identificarle si fa riferimento all'art. 117 dove, alla lettera t) si parla di funzioni fondamentali tra le materie attribuite alla competenza esclusiva dello stato. La funzione fondamentale è individuata dalla legge statale, mentre la sua disciplina può essere disposta dalla legge regionale.

Per le **funzioni non-fondamentali**, invece, provvede direttamente la legge regionale.

Ulteriori principi per la ripartizione delle funzioni

Al di là della regola fondata sulla distinzione tra funzioni proprie e fondamentali, esistono altri principi in base ai quali le funzioni amministrative vengono ripartite tra gli enti territoriali: *principio di sussidiarietà*; *principio di differenziazione*; *principio di adeguatezza*.

Principio di sussidiarietà

Il principio di sussidiarietà opera in base al criterio della dimensione degli interessi concreti da tutelare. La scelta del livello di governo a cui attribuire la competenza di una particolare funzione è legata al concetto della dimensione ottimale. Si considerano gli interessi, si valuta la dimensione, si attribuisce la funzione con preferenza al potere o governo territoriale più prossimo alla comunità. L'applicazione di tale principio fa sempre salva, in ogni caso, la possibilità per il livello di governo superiore di intervenire in

caso di inadeguatezza del governo inferiore a realizzare quella funzione e ad assolvere alle proprie competenze.

Solo in apparenza il principio di sussidiarietà contrasta con il principio di legalità, prevedendo il primo una forte elasticità tra poteri pubblici nell'esercitare specifiche competenze e consentendo ad un potere sovraordinato di assumerne l'iniziativa. Infatti, la disciplina del principio di sussidiarietà riguarda solo la funzione amministrativa in senso tecnico, che rientra in questa elasticità di competenza fra poteri pubblici, restando invece le funzioni materiali sempre di competenza dell'ente preordinato.

Principio di differenziazione

Il principio di differenziazione concerne non solo la differenza tra le categorie di enti ma anche tra enti all'interno della stessa categoria. Nell'attribuire una funzione amministrativa, la legge deve tener conto delle peculiarità del singolo ente e della sua capacità a svolgere quella funzione, rilevabile da una serie di indici rilevatori: composizione demografica, estensione territoriale, disponibilità di risorse.

Principio di adeguatezza

Il principio di adeguatezza è legato ad un obiettivo di ristrutturazione progressiva del governo locale che il legislatore deve perseguire. Poiché esiste una struttura frammentata di enti locali di piccole e piccolissime dimensioni, che poi sono la maggioranza, si prevedono riforme che spingono all'associazionismo comunale in grado di assicurare lo svolgimento di determinate funzioni che, altrimenti, l'ente comunale singolo non sarebbe in grado di espletare. Le leggi favoriscono forme diverse di associazionismo, anche con incentivi finanziari prevedendo,

qualora non si raggiungano le dimensioni ottimali previste dalla legge, interventi repressivi e consentendo l'intervento dell'ente superiore nell'esercizio di quelle funzioni.

Principio di leale collaborazione

Il principio di leale collaborazione tra i vari livelli di governo territoriale trova enunciazione in diverse disposizioni costituzionali e, in particolare, all'art. 120. La possibilità per un potere di livello superiore di intervenire in funzioni di enti di livello inferiore deve essere esercitata nel rispetto della leale collaborazione tra enti.

Quando un potere non può essere esercitato da una pubblica amministrazione, perché un'altra non adempie alle sue funzioni, è necessaria una forma di raccordo o coordinamento che dirimi eventuali conflitti e faciliti i rapporti. Questi strumenti sono le cosiddette **conferenze**.

Una conferenza è quella *Stato-regioni*, che prevede la presenza di esponenti di governo (il Presidente del consiglio o un Ministro delegato) e di componenti regionali (il Presidente o un suo delegato di quella regione o più regioni coinvolte nel processo decisionale). Altra conferenza è quella *Stato-città-autonomie locali* dove sono rappresentate comunità diverse dalle regioni. Poi la *conferenza unificata*, dove siedono insieme sia la componente regionale sia quella delle autonomie locali.

Il metodo di lavoro seguito non è quello autoritativo. Invece di adottare il sistema della decisione a maggioranza, che potrebbe lasciare scontenta una parte, si privilegia il metodo della concertazione, in base al quale le decisioni sono prese all'unanimità. Il risultato dell'attività si presenta sotto la veste formale di intese o accordi. A livello regionale è istituito il Consiglio delle autonomie locali, previsto dai rispettivi statuti regionali, che è un organo di raccordo e coordinamento delle funzioni amministrative

svolte dalle regioni con quelle delle comunità locali che insistono nel loro territorio.

L'intervento in sostituzione

Una ulteriore esplicitazione della sussidiarietà è contenuta nell'art. 120 che prevede l'intervento del Governo in sostituzione degli altri livelli di governo territoriale. Questo tipo di intervento sostitutivo è ammesso in casi ben definiti dalla stessa Costituzione: mancato rispetto di norme, pericolo per la sicurezza pubblica e per la tutela dell'unità economica e giuridica dello stato. Va sottolineato che l'intervento del potere sostitutivo, che è di carattere eccezionale, è disciplinato dalla legge ordinaria che ha fissato un procedimento particolare attraverso cui si attua il principio della sostituzione: la cosiddetta *diffida ad adempiere*. Attraverso il meccanismo della diffida si attribuisce un termine all'ente inadempiente perché ottemperi e alla sua scadenza, in mancanza di risultati, ci si sostituisce ad esso. Va precisato anche che ad intervenire non è direttamente il Governo, che si serve di un particolare organo straordinario chiamato *Commissario ad acta*. Il provvedimento a cui dà luogo il procedimento sostitutivo è di vario tipo. Potendo essere l'inadempimento sia di carattere omissivo che contrappositivo, diversamente si attingerà il potere sostitutivo: a) nel caso in cui è stato adottato un atto contrastante, si tratta di eliminarlo dall'ordinamento giuridico mediante la revoca, che rientra tra gli istituti dell'autotutela e che è un tipo di atto di secondo grado. Anche se, nella fattispecie, non è posto in essere dallo stesso ente emittente ma da uno sovraordinato; b) se l'inadempimento si è concretata in una omissione, allora si tratterà di adottare proprio quell'atto che non è stato adottato. La procedura sostitutiva del governo viene adottata, tra gli altri, in particolare nel caso di pericolo per la sicurezza pubblica. In questo ambito non ci sono

atti tipici in considerazione della straordinarietà degli eventi. Gli atti assunti prendono la veste formale dell'**ordinanza**, che è contingibile ed urgente, ma che deroga dal principio di legalità in quanto per fronteggiare tali situazioni imprevedibili si interviene sul piano amministrativo senza che a monte sia stata adottata preventivamente una legge. La deroga alla legge però opera per un tempo limitato, prevedendo l'ordinanza un'efficacia temporanea ed ben definita.

L'altro caso della procedura sostitutiva riguarda la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni dei diritti civili e sociali, i cui standard minimi devono essere assicurati su tutto il territorio nazionale. Per realizzare livelli essenziali nel campo dell'assistenza sociale e sanitaria il Governo può intervenire rispetto alle regioni inadempienti. La sostituzione non avviene in modo unilaterale ma sempre nel rispetto delle prerogative dell'ente inadempiente, secondo il principio di leale collaborazione, per far sì che la decisione sia presa sempre al livello più prossimo alla comunità, in base al principio di sussidiarietà. Anche in presenza della nomina del *Commisario ad acta* si preferisce sempre il coinvolgimento, mediante concertazione, dell'ente di governo territoriale inadempiente.

L'attività amministrativa svolta da privati

Nel caso di attività amministrativa svolta da soggetti privati nell'ambito di interessi e materie pubbliche si è di fronte a un tipo di **sussidiarietà orizzontale**. L'art. 118 favorisce i cittadini nell'espletamento di attività di interesse generale. Il privato, singolo o associato in forme associative, può intervenire a sussidiare i pubblici poteri attraverso un'autonoma iniziativa. A loro volta i pubblici poteri intervengono laddove l'iniziativa privata non si concretizza o si rivela inadeguata o insufficiente. Per tale scopo, occorre prevedere delle forme di monitoraggio per valutare l'adeguatezza

dell'intervento privato che persegue interessi generali in base ad un meccanismo che tiene conto di tre criteri: 1) nell'erogazione del servizio non devono essere attuate discriminazioni di sorta in modo che a tutti si garantisca il pieno accesso; 2) alto grado di trasparenza nella gestione e direzione dell'organizzazione privata; 3) se la prestazione è a pagamento, il prezzo non deve essere mai superiore a quello che avrebbero praticato i soggetti pubblici se avessero svolto direttamente quella funzione. Soddisfatti questi tre criteri, anche il privato svolge un'attività avente carattere di interesse generale, che merita tutela dal punto di vista del diritto pubblico. I pubblici poteri possono pertanto attivare i poteri di sostituzione solo se l'attività privata si rivela inefficiente e inadeguata.

Il principio di sussidiarietà orizzontale porta ad una concezione del cittadino non più come suddito o utente ma come un soggetto che si rende partecipe attivamente degli interessi che lo riguardano.

Gli atti di amministrazione

Atti di amministrazione finale e strumentale

Normalmente nel campo dell'azione amministrativa si fa distinzione tra gli *atti di amministrazione finale* e gli *atti di amministrazione strumentale*.

Gli **atti di amministrazione finale** si dividono in:

- *atti di amministrazione puntuale*, produttivi di effetti nei confronti di terzi,
- *atti di regolazione* che non producono effetti diretti ma indicano i criteri generali, incidendo in forma indiretta nei confronti di terzi.

Gli **atti di amministrazione strumentale** sono atti posti a monte o a valle degli atti di amministrazione finale. Un *parere* è un esempio di atto del

primo tipo, un *controllo* invece uno del secondo, entrambi comunque riservati ad amministrazione terze, cioè ad organi imparziali rispetto agli interessi coinvolti negli atti di amministrazione finale.

I servizi pubblici

Tra gli atti di amministrazione si distinguono i **servizi pubblici** o servizi di interesse generale, caratterizzati dal fatto che non sono contraddistinti dall'esercizio del potere, connotato tipico dell'attività amministrativa, ma sono sostanziali. Per essere pubblici questi atti devono possedere alcuni caratteri: *necessarietà*, relativa ad un determinato contesto storico e determinata dalla legge; *universalità*, cioè resi senza soluzione di continuità su un certo territorio, relativa a un certo contesto geografico; *accessibilità*, relativa cioè alla possibilità di essere fruiti da tutti.

Dal punto di vista dei consociati, i cittadini hanno dei diritti pienamente tutelabili in sede giurisdizionale, garantiti dalla legge dello stato per quanto riguarda i livelli essenziali delle prestazioni che sono individuati dalla legge e garantiti su tutto il territorio nazionale. Trattandosi di prestazioni materiali (edificare uffici pubblici, ad esempio) normalmente l'attività a monte a ciò finalizzata è caratterizzata da un'attività di diritto privato, secondo modalità e strumenti del diritto privato, come l'attività negoziale ad esempio.

I servizi pubblici esternalizzati

Questo tipo di prestazioni materiali oggi non vengono realizzate direttamente dalla Pubblica amministrazione ma è prassi esternalizzarle, cioè affidarle a soggetti privati esterni alla PA. Ciò è anche una conseguenza dell'influsso della normazione europea che ha spinto in tale direzione. Così si hanno vere e proprie società private che svolgono

oggettivamente un'attività amministrativa trattandosi di servizi pubblici. Questo non significa l'annullamento della PA che, invece, continua a svolgere un'attività di regolazione e, soprattutto, di controllo sull'attività delle imprese nell'espletamento del servizio, dal momento che le imprese assumono obblighi di servizio pubblico. Così, da una situazione di monopolio si arriva ad una in cui, ove possibile, i servizi pubblici devono essere organizzati e gestiti in forma di imprese che agiscono in concorrenza tra di loro, con un'apertura al mercato che dovrebbe migliorare la qualità e i costi di gestione, in termini anche di tariffe applicate. Ci sono invece dei settori di prerogativa intrinseca dello Stato, come sicurezza e giustizia, che sono servizi pubblici che non possono essere resi da soggetti terzi.

Attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato

Normalmente l'attività amministrativa si svolge secondo le norme di diritto pubblico. Il tentativo del legislatore è stato quello di capovolgere il peso del rapporto a favore del privato proprio come si legge all'art. 1 della legge 241/90. Sebbene la salvezza di legge, prevista dalla norma, è talmente ampia che alla fine è proprio il dispositivo di principio generale a restare effettivamente residuale. Ciò è dimostrato, ad esempio, dal fatto che alla stipula di un contratto, che è un atto di diritto privato, si arriva secondo una procedura di aggiudicazione che si svolge in base a una disciplina regolata da norme di diritto pubblico. In regime di diritto privato, invece, la PA opera nella gestione del rapporto di lavoro con il dipendente pubblico, una volta che l'impiego è stato formalizzato con un vero e proprio contratto di lavoro, regolato dal diritto civile. Anche se l'atto di assunzione si svolge secondo una procedura selettiva retta da norme di diritto pubblico, quindi con un'attività riconducibile al diritto amministrativo.

La responsabilità della PA

Il principio della responsabilità è delineato nella duplice accezione della responsabilità sia in capo alla PA come organo sia in capo ai pubblici dipendenti, che implica il fatto che tanto gli organi quanto i funzionari pubblici sono chiamati a rispondere dinanzi a terzi per danni arrecati in violazione di un diritto. L'art. 2043 del codice civile prescrive la *responsabilità civile* in base al principio che nessuno può cagionare ad altri un danno ingiusto, pena il risarcimento. L'ingiustizia è contro il diritto riconosciuto ad un soggetto che viene violato. Chi viola ciò opera quindi contro il diritto. Deve sussistere un rapporto di stretta causalità tra comportamento del soggetto agente ed evento dannoso. Inoltre, il comportamento che ha causato il danno deve essere doloso e colposo, commesso cioè con coscienza e negligenza.

La **responsabilità della PA per fatto illecito** e per atti compiuti in violazione di diritti è disciplinata dall'art. 28 della Costituzione. Generalmente, colui che ha subito il danno può agire indifferentemente contro l'agente o contro lo stato, chiamati entrambi a rispondere del risarcimento del danno in base ad una responsabilità diretta. Quando è compiuta con dolo, l'attività dell'agente che ha commesso il danno non può essere imputata allo Stato a cui normalmente si estende la responsabilità dell'attività dell'agente incardinato nel rapporto organico con l'ente pubblico. In tal caso, il dipendente è chiamato anche a risarcire il danno nei confronti dell'amministrazione, configurandosi l'ipotesi di danno erariale. Per i danni compiuti con colpa lieve c'è una esclusione del dipendente dalla responsabilità e, quindi, dal risarcimento, per cui il cittadino potrà rivalersi solo contro lo Stato.

Le posizioni giuridiche soggettive

Alquanto complessa è la questione delle posizioni giuridiche soggettive dei privati nei confronti della PA, cioè di quelle situazioni che nascono in capo ai soggetti di fronte all'esercizio del potere amministrativo. Quando si parla di un diritto, di un dovere, di un obbligo o di un interesse legittimo ci si riferisce sempre a posizioni giuridiche soggettive. Mentre per **diritto oggettivo** si intende il complesso delle norme giuridiche o delle regole poste da una certa autorità ai fini della convivenza. Per **diritto soggettivo**, invece, si intende una posizione giuridica riconosciuta e protetta in capo al singolo, che comporta il vantaggio non solo statico ma anche dinamico di realizzare ciò che l'ordinamento gli riconosce, potendo esercitare tutte le facoltà inerenti a quel diritto.

L'esercizio del potere amministrativo, a fronte del quale si sviluppano situazioni giuridiche in capo ai privati, è caratterizzato dalla *imperatività*, che è scandita secondo due aspetti: in senso strutturale per cui l'imperatività è unilaterale in quanto gli atti amministrativi presentano un contenuto dispositivo (cosiddetti atti di disposizione) che viene determinato unilateralmente dall'autorità amministrativa senza tener conto dei destinatari degli atti stessi; in senso funzionale, invece, si tiene conto che l'interesse pubblico in vista del quale la PA agisce è servente, laddove l'imperatività significa la doverosità dell'agire che è un'attribuzione per legge da cui non ci si può esentare.

Gli **atti giuridici** nei quali si estrinseca il potere amministrativo si dividono in tre categorie:

- 1) *atti di natura dichiarativa*, come le certificazioni che dichiarano o attestano una certa situazione;
- 2) *atti di natura costitutiva*, con riguardo agli effettivi destinatari, potendo creare situazioni giuridiche in capo ai soggetti, come autorizzazioni o

abilitazioni. Qui il termine costitutivo è da intendersi in senso positivo, come cioè una situazione di vantaggio che prima non c'era (il matrimonio, ad esempio) o anche in senso negativo, comportando l'estinzione di una situazione giuridica di vantaggio prima esistente (espropriazione, ad esempio);

3) *atti di natura preclusiva*, che precludono al privato situazioni di vantaggio.

Le situazioni giuridiche attive

Per interesse è da intendersi lo stato di aspirazione di un soggetto verso un bene ritenuto idoneo o utile a soddisfare un bisogno. Questa definizione sta alla base di tutte le situazioni giuridiche attive, come diritti e interessi legittimi.

Esistono due categorie di interesse:

- 1) *interesse oppositivo*, cioè radicato in capo ad un soggetto per evitare una determinata situazione;
- 2) *interesse pretensivo*, connotato da una pretesa di aspettativa che si rivolge alla PA per ottenere un vantaggio.

Un'altra distinzione è tra l'*interesse di mero fatto*, che è quel tipo di privo di un tale rilievo sociale da meritare il riconoscimento giuridico, e l'*interesse giuridicamente rilevante* che è preso in considerazione dall'ordinamento ed è perciò tutelato da parte di un'autorità terza costituita allo scopo.

Diritto soggettivo è il potere, che l'ordinamento riconosce al soggetto, di agire direttamente, trattandosi di un interesse riconosciuto e tutelato.

Interesse legittimo è una situazione giuridica soggettiva tutelata in modo meno penetrante, perché l'ordinamento non riconosce al soggetto il potere diretto di esercitare il proprio diritto, ma solo in certi casi e a certe

condizioni.

Interesse legittimo

Per essere azionabile dinanzi al giudice, l'interesse legittimo, cioè la posizione soggettiva di colui che si contrappone al potere amministrativo lesivo del proprio interesse, deve avere tre caratteri: personale, attuale e concreto, non essendo tutelabile una posizione eventuale, futura o incerta.

Di interesse legittimo parla la stessa Costituzione. All'art. 24 è previsto che tutti possono agire in giudizio per tutelare diritti e interessi legittimi. L'art. 103 stabilisce che gli organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela degli interessi legittimi. L'art. 113 prevede la tutela degli interessi legittimi di fronte agli atti della PA.

Identificare il portatore di un interesse legittimo, perché possa essere tutelato e perciò stesso azionabile la tutela, è il primo aspetto del problema, risolto dalla norma dell'art. 7 della 241/90 sulla comunicazione dell'avvio del procedimento. La comunicazione è notificata a coloro che sono i destinatari diretti dell'esito del procedimento avviato su iniziativa della PA, individuati dai singoli procedimenti di settore e che, per legge, possono intervenire, ed è notificata anche a soggetti diversi che in qualche modo possono essere ascritti alla categoria degli oppositivi, quelli che hanno una situazione di vantaggio che però può essere loro tolta a seguito dell'approvazione del nuovo provvedimento. I soggetti sono distinti in due categorie: *parte necessaria*, cioè i destinatari, e *parte eventuale*, se effettivamente coinvolti dal procedimento. Il contenuto dell'interesse legittimo, secondo taluni, è una situazione giuridica inattiva, perché la realizzazione dell'interesse non dipende dal portatore ma dall'autorità amministrativa. Secondo altri può essere annoverato tra le situazioni giuridiche attive, di vantaggio, caratterizzate da una serie di poteri

riconosciuti al soggetto, che non si concreta negli stessi poteri del diritto soggettivo ma in una serie di poteri contrassegnati dalla strumentalità, che consiste: nei poteri di *partecipazione* al procedimento amministrativo da parte del privato in forza del principio del giusto procedimento; nei poteri riconosciuti al cittadino di *reazione* al potere amministrativo che si è concretizzato, con un'azione a tutela rivolta sia al giudice ma, in primo luogo, alla stessa autorità che ha emanato il provvedimento (*ricorso in opposizione*) o all'organo immediatamente superiore (*ricorso gerarchico*). L'azione a tutela può concludersi con una pronuncia di *annullamento o caducazione* dell'atto giuridico posto dall'autorità amministrativa o, in alternativa e a partire dal 1999, attraverso l'obbligo del *risarcimento del danno*.

La discrezionalità della PA

Si distinguono due grandi ambiti di discrezionalità: quella **amministrativa** in senso proprio e quella **tecnica**. Mentre nel linguaggio comune la nozione di discrezionalità nell'esercizio di un potere può lasciare intendere un potere connotato da una piena libertà, che potrebbe sconfinare in arbitrarietà, nel linguaggio giuridico è invalso un significato alternativo che non prefigura la piena libertà di scelta ma conferisce alla P.A. “la possibilità di valutare, secondo le regole della buona amministrazione, l'esigenza del pubblico interesse”.

Questa nozione, alternativa a quella di piena libertà, è stata introdotta dalla giurisprudenza amministrativa proprio per evitare il massimo arbitrio nelle scelte della P.A. e per consentire un successivo controllo su tali scelte.

Discrezionalità amministrativa

Le scelte dell'autorità non devono avvenire soltanto nel rispetto formale della legge (criterio di **legittimità formale**), ma anche nel rispetto di una **legittimità sostanziale**. Infatti, al di là delle prescrizioni rigide che vengono impartite dalla legge, esiste un ambito di discrezionalità che è lasciato alla determinazione dell'autorità amministrativa a cui è lasciata la possibilità di scegliere fra più soluzioni, adottando quella che sembra più conforme alle esigenze che è chiamata a curare in concreto. La valutazione d'idoneità di una impresa, per il rilascio di una concessione ad esempio, va fatta in base a requisiti di capacità economica, tecnica ed altri requisiti indicati più o meno espressamente dalla legge. In presenza degli stessi requisiti, la PA può pronunciarsi liberamente in favore dell'una o dell'altra impresa, a patto che questa sia in grado di perseguire l'*interesse pubblico*. L'interesse pubblico vincola l'attività della PA e quindi l'ambito stesso della legge che delimita tale attività.

Per definire, in concreto, l'interesse pubblico si procede individuando, in primo luogo, l'**interesse pubblico primario**: cioè quello per la cui cura è stato stabilito il relativo potere. Poiché non sempre la legge indica chiaramente quale sia l'interesse pubblico per il quale è attribuito quel determinato potere amministrativo, l'individuazione dell'interesse pubblico potrà emergere: o dalla interpretazione della norma stessa o dal contesto normativo nel quale è inserita la norma che concretamente attribuisce il potere.

Se poi non fosse possibile rintracciarlo nel complesso normativo, sarebbe possibile scovarlo in quello che è il complesso delle norme che fanno nascere quella determinata amministrazione, praticamente nella sua *mission*. Nel caso della concessione, l'interesse pubblico primario è lo sviluppo industriale del paese.

In secondo luogo, non si potrà prescindere da una serie di interessi che risultano presenti e coinvolti dall'attività amministrativa: i cosiddetti **interessi secondari**. E' inevitabile che il potere amministrativo, nel momento in cui si esplica, finisca per incidere su una situazione reale e concreta nella quale si trovano coinvolti molteplici interessi secondari che sono di varia natura: altri interessi pubblici; interessi collettivi non ancora considerati come "interesse pubblico" e, quindi, non tutelati da una pubblica amministrazione; interessi privati. Ad esempio, l'interesse primario di un piano urbanistico è rivolto all'ordinato sviluppo del territorio ma bisogna tenere in conto il fatto che investe anche interessi di natura ambientale. Al contrario, l'interesse primario dell'istituzione di un'area naturale è di carattere ambientale, anche se i vincoli imposti incideranno sullo sviluppo economico e occupazionale perché non sarà possibile edificare se non a debita distanza dalla riserva naturale.

Se gli interessi sono **privati**, la regola generale vuole che questi recedano rispetto a quelli pubblici. Tuttavia, i principi di ragionevolezza, del legittimo affidamento e di proporzionalità introdotti dal Diritto Comunitario riservano oggi, una maggiore attenzione agli interessi dei privati, ammettendo il loro sacrificio solo nella misura in cui ciò sia strettamente necessario; ci saranno bilanciamenti e accorgimenti, adottati in concreto, che permettano una convivenza di tali interessi. Ad esempio, il caso di una concessione che persegua l'interesse primario dello sviluppo industriale della nazione subordinato all'adozione di specifici accorgimenti di ripristino ambientale da parte del concessionario, in modo che siano rispettati anche gli interessi secondari in gioco.

In concreto, l'interesse pubblico che va perseguito con l'esercizio del potere deve essere individuato prima di tutto come interesse primario fissato dalla norma, ma sempre rapportato al complessivo assetto degli interessi in gioco

nella situazione concreta.

Criterio di ragionevolezza

La discrezionalità dell'amministrazione non si esaurisce solo nell'individuazione in concreto dell'interesse pubblico, ma contempla anche che la scelta concreta lasciata alla P.A. dalla legge avvenga secondo criteri di ragionevolezza, tali da permettere, a posteriori, un controllo da parte di un'autorità terza che è quella giudiziaria.

In base al **criterio di ragionevolezza**, la scelta operata deve essere consequenziale, sul piano logico, rispetto alle premesse costituite dai dati di fatto evidenziati dalla situazione concreta e conosciuti dalla PA. A tal fine si fa precedere l'adozione di un atto amministrativo, che contiene la scelta concreta, da un procedimento nel quale si colloca un'**attività istruttoria**, un'attività conoscitiva e valutativa insieme: si considerano tutti i fatti indispensabili per l'adozione di un provvedimento e si valutano tutti gli interessi in gioco, da quello pubblico primario a quelli secondari di diversa natura. Ad esempio, tra più candidati la PA potrebbe rilasciare la concessione anche all'impresa che ha la più esigua capacità economica o tecnica, purché questa dimostri di avere un'esperienza in concreto in quella particolare lavorazione di ripristino ambientale (cioè nel rispetto dell'interesse secondario).

Da ciò discendono due corollari: 1) il **principio della necessaria o completa acquisizione degli interessi** in gioco. In mancanza del rispetto del criterio di ragionevolezza, cioè di un interesse presente in quella realtà fattuale, il provvedimento dovrà essere dichiarato illegittimo per vizio di eccesso di potere; 2) il **principio della valutazione comparativa degli interessi**, che devono essere soppesati per stabilire quale sia quello prevalente.

La scelta in cui si estrinseca il potere discrezionale è libera ma pur sempre legata:

- a) al fine imposto dalla legge;
- b) a un criterio di ragionevolezza nell'individuazione concreta dell'interesse pubblico da perseguire;
- c) ai modi e ai termini con i quali dare soddisfazione, in concreto, a questi interessi.

Al di là del campo coperto dalle prescrizioni della legge dunque si trova l'ambito della discrezionalità amministrativa, che non è un'attività libera ma un vincolo intrinseco rispetto a quello estrinseco della legge. Il vincolo della discrezionalità appartiene alla stessa attività amministrativa e ai criteri in base ai quali tale attività si deve esplicare e deve produrre effetto.

E' la legge che può stabilire l'*an*, cioè **se** una determinata attività amministrativa ci deve essere; il *quid*, cioè il **contenuto** che bisogna dare al provvedimento amministrativo; il *quomodo*, vale a dire le concrete **modalità** attuative; **quando** deve essere adottato un certo provvedimento e quando deve esplicare determinati effetti (ci sono infatti due tempi diversi: tempo dell'adozione del provvedimento e tempo in cui questo comincia a produrre un certo effetto voluto dalla legge o dall'autorità). Questi quattro momenti possono essere coperti dalle previsioni della legge oppure lasciati all'ambito della discrezionalità.

Differenza tra discrezionalità e merito amministrativo

La P.A. è vincolata dalle prescrizioni della legge, condizionata dall'esigenza di ragionevolezza e limitata dal vincolo del fine: il restante ambito di scelta rimane realmente libero. In questo caso la preferenza tra l'una o l'altra scelta diventa una questione di merito. L'ambito del **merito amministrativo** è dunque un ambito residuale.

La locuzione “merito amministrativo” è specifica e attiene unicamente al Diritto Amministrativo dove “merito” ha a che fare con la discrezionalità: è l’area o l’ambito di scelta lasciato libero all’amministrazione dopo che i vincoli imposti dalla legge e dalla stessa discrezionalità si sono esauriti. Un esempio di attività lasciata al merito amministrativo è la concessione rilasciata per l’installazione di un impianto, che abbia un effetto inquinante nel territorio comunale. La scelta di uno dei siti prescelti, tutti equidistanti dal centro cittadino e che non presentano particolari controindicazioni ambientali, è una questione di merito.

Mentre un’attività vincolata da prescrizioni di legge è controllabile e sindacabile in base a parametri normativi e mentre un’attività discrezionale con limiti intrinseci caratterizzati da individuazione del fine prevalente e criterio della ragionevolezza è ugualmente attività controllabile e sindacabile. Un’attività lasciata al merito dell’amministrazione è un’attività NON sindacabile. Questo significa che non è possibile portarla davanti a un giudice per far sì, ad esempio, che l’impianto venga installato altrove.

L’attività della P.A. si può presentare, in concreto, più o meno discrezionale. Esiste un diverso **tasso di discrezionalità** (o gradazione di discrezionalità) a seconda dei poteri amministrativi presi in considerazione e degli atti in cui questi si estrinsecano. Il tasso dipende dalla disciplina normativa che prevede l’esercizio del potere amministrativo. In certi casi non è soltanto la legge primaria (la legge dello Stato) che delimita l’ambito della discrezionalità amministrativa; spesso ci sono degli **atti di normazione secondaria**: atti regolamentari, atti di indirizzo, di coordinamento, di programmazione (come gli atti di pianificazione urbanistica) che devono essere adottati obbligatoriamente dall’amministrazione perché c’è una previsione di legge che ne impone l’adozione. In questo caso la legge non determina direttamente l’ambito

della discrezionalità ma lo fa in modo mediato. Anche laddove non ci sia una previsione di legge che imponga l'adozione di questi atti d'indirizzo, esiste un fenomeno detto di **autolimitazione della P.A.** che si ha quando le pubbliche amministrazioni emanano degli atti che servono a dare un indirizzo alla loro attività. È il caso, ad esempio, delle direzioni generali di un ministero che emanano le cosiddette **circolari esplicative**. Anche queste sono atti di carattere secondario che esplicano un atto di normazione primaria che preesiste ad essi, e sono rivolte agli organi periferici dello Stato. L'autolimitazione incide proprio sull'ambito della discrezionalità.

Atti amministrativi vincolati

Alla fine di questa scala di discrezionalità ci sono gli **atti amministrativi vincolati**: poteri amministrativi non discrezionali. L'atto o il potere è vincolato quando la PA non deve valutare quella che è la migliore scelta ma solo accertare la sussistenza di determinati **fatti** al fine dell'adozione di atti di sua competenza. In particolare, bisogna acclarare che colui che ha fatto una certa richiesta possieda determinati requisiti. Non si tratta di attività discrezionale perché non c'è una scelta fra più soluzioni possibili e non c'è una comparazione tra gli interessi: è un'attività più semplice e del tutto vincolata da una previsione normativa.

La discrezionalità tecnica

Discrezionalità tecnica: “discrezionalità” implica una scelta fra più soluzioni; “tecnica” indica che la scelta dipende dall'accertamento di fatti che sono tecnici, complessi e che possono essere accertati solo attraverso l'utilizzo di discipline specifiche. Ad esempio, la commissione di laurea che effettua sulla base di conoscenze tecniche una valutazione dei candidati ed

adotta l'atto amministrativo con cui conferisce un titolo che produrrà effetti giuridici, permettendo al laureato di accedere a determinate professioni e partecipare a determinati concorsi. Oppure il certificato di sana e robusta costituzione rilasciato dal medico che consente alla persona di accedere a un certo pubblico impiego. Nella discrezionalità di tipo tecnico si tratta di "conoscere fatti". Quando la realtà di questi fatti è complessa, la P.A. non si può limitare alla mera percezione degli stessi ma ha bisogno dell'appoggio di discipline specialistiche. E' un'esigenza richiesta dal rispetto del criterio di ragionevolezza oppure, in certi casi, può essere la legge stessa che prescrive che questi accertamenti vengano compiuti attraverso l'uso di discipline tecniche. Nel caso della legislazione dei beni culturali e ambientali, per esempio, l'imposizione del vincolo d'interesse storico-artistico su di un bene avviene previa una certa attività conoscitiva e valutativa da parte di una commissione competente.

Accertatane la sussistenza, si matura il presupposto affinché il Ministro possa emanare il decreto d'imposizione del vincolo. Altro esempio: per sottoporre a procedure particolari di "amministrazione straordinaria" o "liquidazione coatta amministrativa" imprese responsabili di gravi irregolarità è necessario il vaglio tecnico di organi amministrativi, come la Banca d'Italia o della CONSOB, che accertino in concreto la grave violazione della normativa tecnica di settore.

Anche nel caso della discrezionalità tecnica si hanno ricadute importanti sotto il profilo del sindacato giurisdizionale (sindacato del giudice sull'attività amministrativa). Secondo un certo orientamento giurisprudenziale, il sindacato del giudice in questi fatti complessi è limitato perché sono necessari accertamenti fatti in base a discipline specialistiche. Perciò si tratta di un sindacato esterno che deve riscontrare se c'è una manifesta illogicità o irragionevolezza nella scelta

dell'amministrazione, ma non può verificare se i presupposti da cui è partita l'amministrazione sono fondati e dotati di veridicità. Invece, un più recente orientamento giurisprudenziale sta cambiando la situazione anche in conseguenza di un'innovazione legislativa importante. Rispetto alla impossibilità di penetrare il fatto così come era stato conosciuto e valutato dalla pubblica amministrazione, perché non ne aveva gli strumenti, il giudice oggi dispone di uno strumento probatorio all'interno del processo amministrativo che è la **consulenza tecnica d'ufficio**. C'è anche la **prova testimoniale**, entro certi limiti. Grazie a tale innovazione il giudice può fare un accertamento intrinseco e risalire all'attendibilità delle proposizioni dell'amministrazione contenute in un provvedimento.

Il procedimento amministrativo

Secondo un'accezione condivisa, s'intende per procedimento "una serie coordinata e collegata di atti e fatti, non imputabili solo ad un singolo organo ma anche a più organi, che sono diretti alla produzione di effetti giuridici". Si tratta di una fattispecie complessa dove gli effetti giuridici sono imputabili all'intero procedimento e non attengono solo al singolo provvedimento finale che rappresenta l'esito del procedimento. Anche se in realtà gli effetti giuridici si scoprono al destinatario solo con il provvedimento finale.

Il procedimento amministrativo è regolamentato dalla legge 241/90, più volte modificata ed integrata, tant'è che non disciplina solo il procedimento ma più in generale tutta l'azione amministrativa, esplicitando compiutamente i principi generali previsti dalla Costituzione. Infatti, prima del '90, il procedimento amministrativo non era espresso da una legge in particolare e l'applicazione dei principi costituzionali era frutto dell'interpretazione giurisprudenziale, un sedimentarsi di principi che storicamente sono stati elaborati ed emanati dalle magistrature superiori, come il Consiglio di Stato. Prima del 1990 l'attività amministrativa si svolgeva secondo moduli procedurali per ciascun settore della PA. Erano vigenti tante e distinte leggi per la disciplina di altrettanti e specifici procedimenti.

Oggi, invece, sono finalmente espressi in un testo di legge che contiene una disciplina di principi di carattere generale, cioè un insieme di principi che si applicano a tutti gli atti e nascono con riferimento a quella che è l'attività amministrativa, quel tipo di attività caratterizzata dall'esercizio del potere da parte di una pubblica amministrazione. Tuttavia, quando l'attività

amministrativa avviene attraverso modalità di diritto privato, ed è questo il caso dell'attività negoziale, essa è retta in parte anche da questi principi. Ma il principio del procedimento può essere inteso anche come **principio del giusto procedimento**. In base a tale principio un procedimento è giusto in quanto è preceduto da adempimenti che consentono agli interessati di intervenire e avanzare proposte. La procedimentalizzazione formalizzata dell'agire amministrativo risponde ad una duplice esigenza: da un lato, il principio del giusto procedimento garantisce la partecipazione dei privati i cui interessi risultano coinvolti nell'azione amministrativa. Ciò soddisfa l'esigenza del *buon andamento della pubblica amministrazione* e dell'*imparzialità*, che implicano la necessità di acquisire e comparare tutti gli interessi in gioco; dall'altro, offre una maggiore garanzia a che l'esito finale sia legittimo e la decisione possa resistere in giudizio contro eventuali impugnative o sindacati di legittimità.

Le fasi del procedimento

Fase dell'avvio

L'avvio del procedimento è un momento importante e fondamentale, perché stabilisce un rapporto intersoggettivo tra amministrazione e i portatori di interessi, rapporto regolato dal diritto pubblico. Ma l'avvio è rilevante non solo per l'esterno, i privati, ma anche all'interno della PA, con l'individuazione dell'unità organizzativa competente alla trattazione del procedimento. L'amministrazione agisce attraverso atti, essendo tenuta ad estrinsecare all'esterno i motivi per i quali è costretta ad agire. E a questo obbligo deve ottemperare attraverso atti formalizzati. Ogni qual volta viene assunta una decisione, questa deve essere anche adeguatamente motivata e

le ragioni che ne sono alla base devono essere rese note anche all'esterno.

Fase dell'iniziativa e fase dell'apertura

L'esercizio del potere da parte della PA non avviene in modo casuale, ma si verifica in riferimento a precise disposizioni di legge oppure nel caso in cui bisogna provvedere alla cura di quell'interesse per il quale il potere e quell'amministrazione sono stati istituiti.

Sotto questo aspetto l'avvio del procedimento è necessitato.

Normalmente si danno procedimenti che si avviano su istanza di parte, che avanza una richiesta che si configura come un interesse legittimo pretensivo, oppure procedimenti che si avviano su iniziativa dell'ufficio, relativi alla cura degli interessi connessi all'esercizio di quel potere. Infine, l'impulso all'amministrazione affinché avvii un procedimento d'ufficio può venire dall'interno della PA stessa, ma anche su segnalazione di un terzo interessato. Per la PA c'è un obbligo a procedere in senso giuridico, essendo prevista una sanzione in caso di inadempimento. È il caso del reato di omissione di atti di ufficio che compie il funzionario che omette di avviare un certo procedimento dietro sollecitazione di parte. In tal caso, scatta la cosiddetta *responsabilità amministrativa* per la quale il funzionario è chiamato a rispondere dinanzi al giudice e, in caso di accertamento della violazione, obbligato a risarcire del danno la PA. L'omissione di atti o di attivare un procedimento può dar luogo anche alla *responsabilità civile* se da quella omissione è maturato un danno. Normalmente il privato procede dapprima con una diffida ad adempiere prima di citare in giudizio il funzionario trascorsi inutilmente 30 giorni dalla diffida.

Comunicazione dell'avvio del procedimento

La formalizzazione dell'avvio si estrinseca anche nell'obbligo, prima di procedere, di dare **comunicazione** dell'avvio del procedimento. La legge prevede due categorie di soggetti a cui la comunicazione deve essere data obbligatoriamente: i *soggetti necessari*, che sono i destinatari del provvedimento finale che produrrà per loro effetti diretti; e i soggetti non necessari ma che ugualmente possono intervenire, cioè i *soggetti eventuali* che possono subire un pregiudizio a seguito dell'emanazione del provvedimento, pur non essendone i diretti destinatari. Si tratta di soggetti, questi ultimi, che per legge devono essere di facile individuazione.

La comunicazione risponde a due fondamentali finalità: a) la prima è quella di garantire i diritti di accesso e partecipazione al procedimento ai portatori dei vari interessi in gioco;

b) la seconda è quella di comparare meglio gli interessi coinvolti e perseguire più efficacemente il pubblico interesse.

Eccezioni e limiti all'obbligo di comunicazione

Le *eccezioni* previste espressamente in deroga all'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento sono le seguenti:

1) in caso di esercizio dei poteri d'urgenza (ordinanza del Sindaco per far fronte ad una emergenza sanitaria, ad esempio), che implicano celerità nell'adozione del procedimento. In tal caso, le ragioni d'urgenza devono essere adeguatamente estrinsecate e motivate nello stesso atto amministrativo;

2) prima dell'avvio del procedimento, se è necessario intervenire in via cautelare, la PA pone in essere provvedimenti per mantenere inalterata una situazione di fatto nelle more che il procedimento si avvii ed arrivi a conclusione.

Ma oltre a queste eccezioni, ci sono i *limiti* all'obbligo della comunicazione, introdotti dapprima per via giurisprudenziale e successivamente in una clausola aggiunta alla legge 241/90, su cui si è intervenuto rinnovando la legge stessa con l'introduzione di un nuovo corpo normativo. La deroga all'obbligo opera nei seguenti casi: a) procedimento avviato su istanza di parte; b) l'interessato è già venuto a conoscenza dell'avvio; c) già è stato realizzato lo scopo della partecipazione. Il comma 2 dell'art. 21 introduce una particolarità che permette alla PA di dimostrare in giudizio che l'atto impugnato per omessa comunicazione non sarebbe potuto essere stato diverso da quello finale indipendentemente dalla comunicazione.

Requisiti e contenuto della comunicazione

La comunicazione deve essere personale ma, qualora non possa essere soddisfatta, si può ricorrere anche a particolari forme di pubblicità (art. 8). Sono i regolamenti dei singoli ordinamenti amministrativi a stabilire le forme di pubblicità all'esterno.

Lo comunicazione deve contenere l'indicazione del responsabile del procedimento (art. 4) con cui si dà ai cittadini un unico interlocutore con cui interagire durante tutte le fasi del procedimento stesso.

Fase istruttoria

Una volta aperto il procedimento, devono essere valutati tutti gli elementi che contraddistinguono la situazione reale su cui il potere amministrativo va ad incidere. La conoscenza di tutti i fatti rilevanti, affinché un procedimento possa produrre effetti, deve essere acquisita nell'ambito dell'attività istruttoria. Tale valutazione va evidenziata in atti e documenti

che hanno rilevanza anche all'esterno del procedimento, trattandosi di valutazione formalizzata.

La fase decisoria è orientata dalla fase istruttoria, che può essere condotta anche da soggetti diversi ma resta condizionante per la decisione che non può discostarsi dall'istruttoria. Sotto questo aspetto, l'istruttoria sostanzia il provvedimento finale. Infatti, solo con una motivazione estesa è possibile discostarsi dalle risultanze dell'attività istruttoria compiute dal responsabile del procedimento il quale produce una relazione finale della sua attività e la trasmette all'organo competente all'adozione del provvedimento finale.

Nel caso di avvio del procedimento su istanza di parte, qualora si prefigurino l'esito negativo, la legge, all'art 10, prevede anche l'obbligo in capo alla PA di comunicare preventivamente al richiedente i motivi che impediscono l'adozione dell'atto richiesto prima che sia adottato il provvedimento finale di rigetto. Si tratta di un ulteriore momento di partecipazione concesso ai privati che, nel frattempo, possono presentare ulteriori memorie e documenti. La PA, nel caso li giudicasse insoddisfacenti, anche sulla base di questi nuovi elementi può insistere sulla sua decisione negativa.

Nell'ambito della sua attività di accertamento, che compie d'ufficio, il responsabile del procedimento deve **acquisire fatti**. Tali fatti che devono essere accertati possono essere di duplice natura: *semplici*, e in questo caso sono accertati con la mera percezione senza particolari difficoltà; ma possono anche essere *complessi*, che presentano un certo tasso di complessità tecnica che richiede conoscenze specialistiche. I fatti sono accertati attraverso acquisizione di documenti che possono essere già presenti alla stessa amministrazione o presso altre amministrazioni e prodotti dal richiedente (certificazioni, accertamenti tecnici). Allo scopo di acquisire fatti ed elementi di interesse generale concorrono le seguenti attività:

Ispezioni. Si tratta di accertamenti di fatti che riguardano le persone mediante accesso presso il luogo dove effettuare l'ispezione o convocazione delle persone interessate in sede. Al termine gli ispettori redigono un rapporto verbale, una relazione in cui viene formalizzata l'attività ispettiva svolta. Le ispezioni sono procedimenti serventi rispetto al procedimento principale. L'amministrazione nel momento in cui effettua l'attività ispettiva, per il fatto di potere accedere o convocare, agisce sulla sfera giuridica di terzi che sono tenuti a offrire ampia disponibilità e collaborazione. Tale incidenza, per la sua natura particolare e delicata, implica che ci sia sempre una previsione legislativa.

Inchieste. Sono ricorrenti le commissioni particolari che operano a livello amministrativo per approfondire determinati problemi. I poteri di queste commissioni sono determinati all'atto di nomina e la relazione finale può essere assunta all'interno dell'istruttoria del procedimento.

Conferenza dei servizi. È uno strumento a carattere generale che consente di espletare una comparazione contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo. Per acquisire tutte le diverse determinazioni e gli atti vari che dovrebbero essere resi dalle rispettive amministrazioni interessate, le quali però non vi provvedono nei termini previsti dalla legge, è stato introdotto questo strumento istruttorio che si caratterizza per il fatto di essere un modello di istruttoria orale, rispetto alle determinazioni scritte che dovrebbero essere prodotte dalle singole amministrazioni, ma che si concreta comunque in un atto finale scritto o verbale redatto dall'amministrazione che ha promosso la conferenza e che deve adottare il provvedimento finale.

Fase consultiva o acquisizione dei pareri

L'acquisizione dei pareri è una **fase sub-procedimentale**. Poiché i fatti acquisiti presentano un certo grado di complessità, è necessario che siano soggetti a valutazione da parte di organi consultivi, costituiti allo scopo all'interno delle diverse amministrazioni. Si tratta di organi monocratici o collegiali, dotati di elevate competenze tecniche. Sulle richieste di parere, presentate mediante una corretta formulazione del quesito da parte dell'amministrazione richiedente, l'organo consultivo, dopo una fase di studio, formula il parere con una relazione. Il parere è obbligatorio quando c'è l'obbligatorietà per l'amministrazione di richiederlo, anche se non è obbligatorio che sia acquisito all'interno del procedimento finale. La decisione di prescindere dal parere, quando questo non viene reso nel termine previsto, può essere oggetto di sindacato giurisdizionale e non mette al riparo dall'eccezione di illegittimità dell'atto.

Normalmente i pareri non sono vincolanti, tranne i casi previsti dalla legge. Anche se in tal caso il vincolo agisce solo sul contenuto dell'atto e non sulla decisione dell'amministrazione di adottare l'atto finale, potendo scegliere di non adottarlo nonostante la richiesta di parere.

Fase della partecipazione

La partecipazione deve essere assicurata agli interessati da parte del responsabile nella formazione del procedimento. Si tratta dei portatori di interessi pubblici collettivi o centri di aggregazione di interessi diffusi, e dei portatori di interessi privati. Mentre i primi sono sempre individuabili a priori perché previsti per legge, più difficile è l'individuazione degli interessi privati. Va precisato che non tutti coloro che partecipano sono anche legittimati ad impugnare il provvedimento finale. L'interesse che

ammette a fare un ricorso è valutato da un altro soggetto, cioè il giudice amministrativo che ammette a far causa e giudica.

Intervento nel procedimento. L'intervento nel procedimento consiste nella partecipazione all'esercizio del potere attraverso la rappresentazione dei fatti di cui l'amministrazione deve tener conto nell'adozione del provvedimento finale. Questi diritti di partecipazione si concretano nella possibilità di *prendere visione degli atti* e, in un secondo modo più attivo, *presentando memorie e documenti* per orientare anche la decisione finale dell'amministrazione.

Presa visione. Il diritto di presa visione è un accesso di tipo endo-procedimentale, cioè all'interno del procedimento, che è una forma di accesso diversa dall'accesso eso-procedimentale, che avviene anche da parte di soggetti non coinvolti ed è finalizzato non tanto alla partecipazione al procedimento ma alla trasparenza dell'attività amministrativa.

Memorie e documenti. Sia le **memorie**, che sono atti di parte scritti e sottoscritti, sia i **documenti**, che non sono di parte ma formati da un soggetto esterno di cui la parte si avvale, sono un tipo di atti che devono essere valutati quanto alla pertinenza rispetto al procedimento nel quale sono presentati. La valutazione di questa tipologia di atti è fatta dalla stessa amministrazione, la quale è tenuta a dar conto di ciò nel procedimento finale, motivandolo adeguatamente.

Esiste comunque un limite al diritto di partecipazione che è previsto dalla legge in specifiche materie, ben precisate nell'art. 13, che hanno regole partecipative particolari, stabilite dai regolamenti di settore.

Diritto di accesso ai documenti amministrativi

Oltre alla legge, per la disciplina del diritto di accesso è stato emanato un regolamento specifico in conformità al quale ogni amministrazione se ne è

dotata di uno proprio. Il **diritto di accesso** consiste nel *prendere visione* ed *estrarre copie* di documenti amministrativi (documenti in senso lato) in possesso dell'amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse.

La legittimazione all'accesso, nel caso dell'accesso eso-procedimentale, è più complicata perché non tutti i cittadini hanno diritto di accedere a tutti i documenti indiscriminatamente. La legge pone un filtro, individuando quelli legittimati. Si deve trattare di un interesse personale, cioè immediatamente riferibile alla persona interessata, e corrispondente ad una situazione giuridica tutelata, quindi un diritto soggettivo o interesse legittimo. La legge tutela anche il diritto alla riservatezza, individuando i soggetti controinteressati all'accesso al documento, che sono più difficilmente determinabili.

Accesso informale e accesso formale

Normalmente si danno due forme di accesso: una formale e una informale. La richiesta è rivolta all'ufficio responsabile del procedimento o a chi detiene stabilmente l'atto.

L'*accesso informale* si ha mediante una richiesta verbale che viene esaminata dall'amministrazione che accoglie la richiesta ed esibisce immediatamente e senza formalità gli atti richiesti, ove possibile. Se l'amministrazione non è in condizione di assecondarla immediatamente, la richiesta informale si trasforma in accesso formale.

L'*accesso formale* prevede termini precisi e un preciso responsabile incaricato di soddisfare la richiesta. Si apre un procedimento formale quando bisogna valutare sia la legittimità della richiesta sia l'accessibilità al documento. L'accesso formale si concreta con un provvedimento che autorizza (pienamente o limitatamente a certi aspetti), o nega l'accesso, o infine lo differisce ad un tempo successivo allo scopo di salvaguardare le

esigenze dell'amministrazione.

Riservatezza

Non tutti i documenti sono accessibili e la legge stessa pone delle limitazioni che derivano da esigenze di segretezza o riservatezza per il buon andamento dell'attività amministrativa o delle esigenze di terzi.

Il problema più delicato attiene alla necessità di bilanciare il diritto di accesso con quello della riservatezza. All'art. 24, ultimo comma, la legge che interviene a tutelare il diritto di difesa riconosce la possibilità ai cittadini di acquisire quegli elementi e quei documenti utili e necessari ad esercitare il proprio diritto di difesa in giudizio, anche se tale accesso deve avvenire nei limiti in cui sia strettamente indispensabile. Ciò rimanda al principio di proporzionalità.

Tutela contro il diniego all'accesso

Contro il diniego all'accesso sono riconosciuti ai cittadini strumenti di tutela mediante ricorsi giurisdizionali dinanzi al Tar che procede con procedure speciali previo esperimento di un procedimento giustiziale dinanzi ad una autorità amministrativa (con sospensione dei termini per presentare ricorso al Tar). Il ricorso giustiziale avviene dinanzi al Difensore civico, territorialmente competente per attività di amministrazioni territoriali, per amministrazioni periferiche dello stato dinanzi ad una Commissione istituita presso la Presidenza del consiglio dei ministri. L'organo giustiziale decide sentito il garante della privacy.

Conclusioni del procedimento

La PA ha l'obbligo di concludere il procedimento sempre e in ogni caso con

l'adozione di un provvedimento espresso (art. 2). Prima del 1990 non c'era quest'obbligo e, a meno della previsione da parte delle singole leggi di settore, la PA non era tenuta a dare risposte ai cittadini sia se il procedimento era stato avviato su istanza di parte, sia su iniziativa della PA. Ci sono anche casi in cui si può derogare da questo obbligo, ma devono essere espressamente precisati dalla legge.

Il procedimento, inoltre, deve concludersi entro un termine stabilito che è normalmente previsto dalle leggi di settore o, in mancanza, precisato dalla PA con regolamenti interni e adeguatamente pubblicizzati perché sia conosciuto dai cittadini. Mancando sia la previsione legislativa che quella regolamentare, interviene la legge 241/90 che stabilisce un termine di carattere generale che è di 90 giorni, una previsione questa che ha esteso il precedente termine di 30 giorni troppo stretto perché la PA potesse chiudere con tempestività il procedimento.

Silenzi amministrativo

Se l'amministrazione non adotta il provvedimento espresso entro i termini stabiliti, allora si ha quello che viene definito "silenzio", cioè l'inerzia dell'amministrazione che avrebbe dovuto provvedere ma non lo ha fatto. Si distinguono tre tipologie di silenzio.

Un tipo di silenzio è quello del *silenzio per inadempimento* all'obbligo, nei confronti del quale al cittadino sono riconosciuti degli strumenti a tutela dei suoi diritti ad ottenere il provvedimento finale. Un secondo tipo è il cosiddetto *silenzio assenso*, che ha un significato legale tipico perché è la legge stessa a stabilire che esso ha valore di accoglimento dell'istanza. Infine c'è il *silenzio rifiuto* quando la legge prevede un significato di rigetto nell'inerzia dell'amministrazione.

Tutela contro l'inerzia della PA

Un obbligo si dice giuridico quando è prevista una sanzione. Sotto questo aspetto l'adozione del provvedimento espresso è un obbligo giuridico perché, in caso di silenzio per inadempimento da parte dell'amministrazione, al cittadino è riconosciuta una doppia tutela. La **tutela amministrativa** che comprende la facoltà, riconosciuta ai cittadini, di ricorrere nei confronti della stessa amministrazione che ha adottato l'atto (cd. *ricorso in opposizione*) o dell'autorità amministrativa immediatamente superiore a quella che ha adottato l'atto (cd. *ricorso gerarchico*) o anche verso amministrazioni terze (cd. *Ricorso al Presidente della repubblica*). Si tratta di rimedi giustiziali, diretti ad ottenere giustizia anche se non attraverso la via giurisdizionale. Poi c'è la **tutela giurisdizionale** dinanzi ad una autorità terza, imparziale com'è solo l'autorità giurisdizionale, costituita proprio allo scopo di risolvere i conflitti tra cittadini e amministrazioni.

Prima del 2005, nel caso di silenzio, il privato insoddisfatto doveva preventivamente inoltrare una diffida e attendere un tempo di 30 giorni, trascorsi inutilmente i quali poteva far ricorso al Tar. A partire dal 2005 è possibile ricorrere, entro un anno dal termine di adozione del provvedimento, direttamente al Tar che procede secondo un rito speciale.

Computo dei termini

Il computo del termine, da quello iniziale a quello finale, avviene secondo precise regole. Il termine iniziale è detto *dies a quo*, quello finale è detto *dies ad quem*. Nei procedimenti ad iniziativa d'ufficio il termine iniziale coincide con la data in cui una certa situazione risulta nota all'amministrazione. Nei procedimenti ad iniziativa dei privati il termine iniziale coincide con la data di ricevimento della domanda presentata dal

privato di cui viene rilasciata apposita ricevuta. Se la domanda del privato non è redatta nella forma prevista dalla PA, questa ne dà comunicazione al cittadino indicando le eventuali irregolarità. Ciò sospende i termini di decorrenza per la conclusione del procedimento ma non l'obbligo di procedere. Perciò l'amministrazione avrà l'obbligo di procedere non appena la domanda sarà nuovamente regolarizzata. Il termine finale coincide con l'adozione del provvedimento o, in certi casi, con la comunicazione del provvedimento finale al cittadino (cosiddetti atti ricettizzi).

Fase decisoria

La fase decisoria consiste nell'adozione del provvedimento finale che avviene sia a cura del responsabile del procedimento che da parte di un organo diverso. La decisione finale si fonderà su fatti e interessi acquisiti nel procedimento e si estrinsecherà in un atto che è rilevante non solo perché produce effetti giuridici su terzi ma anche ai fini di una eventuale impugnativa.

Il provvedimento finale può essere una decisione sia a carattere mono-strutturato che di tipo poli-strutturato.

Decisione mono-strutturata

La **decisione mono-strutturata** consiste in un singolo atto o singola manifestazione di volontà finale assunta da un organo monocratico. Anche se, va ribadito, la volontà estrinsecata è sempre una volontà procedimentalizzata, nel senso che in ogni caso essa presuppone l'osservanza obbligatoria della fase istruttoria del procedimento che vincola la decisione finale. Si tratta perciò di una volontà non libera, dove l'ambito di discrezionalità è molto ridotto.

Decisione poli-strutturata

La **decisione poli-strutturata**, invece, è caratterizzata da manifestazioni di più volontà espresse in più atti che attengono a più interessi e sono adottati da più amministrazioni. La legge prevede che le amministrazioni coinvolte dagli interessi in gioco partecipino in questa fase co-decidendo.

Deliberazione di organo collegiale

Un tipo di decisione poli-strutturata è quella dell'organo collegiale che prende il nome di *deliberazione*, che è un unico atto di decisione al quale partecipano i vari membri del collegio che sono portatori di vari interessi. La procedimentalizzazione di questa decisione è scandita nelle seguenti fasi: convocazione dell'organo e fissazione dell'ordine del giorno; segue la riunione per la quale è richiesto un quorum strutturato perché sia validamente costituito l'organo collegiale; si ha poi la formulazione delle proposte a cui segue una fase di discussione che si conclude con la votazione, svolta in modi diversi e con vari criteri, con cui si approva o meno la proposta stessa, che implica un quorum funzionale; infine la fase di verbalizzazione che è indispensabile perché la decisione sia resa per iscritto. Questo modello è piuttosto semplice ma si complica nel caso di una deliberazione collegiale a cui si aggiunge un *atto ulteriore di esternazione*, assunto da parte di un organo monocratico. Questo ulteriore atto di esternazione può avere le sola funzione di verifica della legittimità del procedimento.

Conferenza dei servizi

Un altro ancora è la *conferenza dei servizi* nella fase decisoria che si attiva quando le amministrazioni che devono dare il proprio consenso, che è

obbligatorio per la prosecuzione del procedimento, non lo danno. In tal caso è obbligatorio per l'amministrazione procedente indire una conferenza dei servizi alla quale le amministrazioni devono essere invitate a partecipare per dare il loro assenso. Nel caso decidano di negare il proprio consenso o, benché invitate, decidano di non presenziare ai lavori facendo registrare la loro assenza, l'amministrazione procedente può pervenire comunque ad un risultato utile. Per quel che riguarda lo svolgimento dei lavori, la conferenza dei servizi procede in questo modo: la prima fase è quella della indizione; segue la convocazione dei rappresentanti delle amministrazioni, che deve avvenire almeno 5 giorni prima della data relativa; nella prima riunione la conferenza stabilisce il termine entro il quale sarà adottato il provvedimento conclusivo. In ogni caso la legge stabilisce il termine di 90 giorni, decorsi inutilmente i quali l'amministrazione può comunque provvedere adottando una decisione motivata che tenga conto delle posizioni prevalenti emerse in conferenza, potendo, così, disattendere le posizioni non prevalenti che non sono di consenso. Questa possibilità riconosciuta dalla legge consente di portare comunque a compimento il procedimento nonostante l'assenza o il dissenso di una o più amministrazioni coinvolte a patto che queste posizioni non siano prevalenti nell'ambito della conferenza stessa. Esistono però alcuni dissensi qualificanti, provenienti da vari tipi di amministrazioni indicate espressamente dalla legge. In tal caso all'amministrazione procedente si aprono due possibilità: o archivia il procedimento oppure se adotta il provvedimento fa sorgere un conflitto la cui decisione è rimessa al Consiglio dei ministri, se si tratta di amministrazioni statali, oppure a una conferenza stato-regioni o a conferenze stato-regioni-città a seconda del tipo di enti coinvolti.

Altri modelli di decisioni poli-strutturate

L'*atto di approvazione* da parte di un altro organo che perfeziona un momento decisorio precedente, il cui contenuto è assimilabile agli atti di controllo ma, diversamente da questi, è reso nella fase decisoria anche se è un modello che sta diventando desueto (l'approvazione dei contratti). Si dà anche il caso di una decisione assunta da un organo su proposta di un altro organo, a cui la legge imputa questa particolare funzione di proposta.

Altri modelli di decisioni poli-strutturate sono: i *decreti interministeriali* e i *concerti*, tra organi appartenenti allo stesso plesso amministrativo; le *intese* che avvengono tra organi appartenenti ad amministrazioni diverse; il cosiddetto *procedimento presupposto* che avviene mediante procedimenti presupposti che intervengono a monte del provvedimento finale da parte di amministrazioni che adottano provvedimenti intermedi che non producono effetti finali ma effetti parziali nelle more che si concluda il procedimento più complesso che porterà all'emanazione del procedimento finale da parte dell'amministrazione competente alla sua adozione.

Individuare il **provvedimento finale** rispetto a quelli parziali nelle decisioni polistrutturate è molto importante perché esso segna il momento a partire dal quale si producono gli effetti giuridici, decorrono i tempi per una eventuale impugnativa, si determina la disciplina legislativa applicabile.

Decisione negoziata

La fase decisoria negoziata, prevista da regole relativamente nuove, è un modello procedimentale a cui la PA non ha attinto molto, tant'è che c'è una scarsa prassi e anche una scarsa giurisprudenza sviluppatesi. Nella fase decisoria negoziale il procedimento viene definito non con il provvedimento, che è l'atto tipico del procedimento, ma con l'accordo. Il tipo di accordo, in questa fattispecie, è di diritto pubblico e si caratterizza

come *accordo integrativo* o *accordo sostitutivo* di un provvedimento esistente. Si dice *sostitutivo* l'accordo che definisce il procedimento e produce effetti in luogo del provvedimento. Si dice *integrativo* invece quando il procedimento resta sempre e comunque definito da un provvedimento mentre l'accordo interviene a determinare solo, in tutto o in parte, il contenuto dispositivo del provvedimento. Si tratta di categorie positivizzate e contenute all'art. 11 della legge 241/90, non si tratta di norme astratte. Gli accordi, riguardo alla disciplina legislativa applicabile, saranno retti da norme anche di diritto privato, non potendosi applicare sempre e in ogni caso le norme del provvedimento. Come disciplina comune è richiesta la forma scritta, a pena di nullità, a meno che una legge di settore preveda diversamente. Alla formazione dell'accordo si arriva con la forma scritta. In caso di presenza di vizi, due sono le forme di patologia possibili: a) la *nullità*, che è una situazione per cui l'atto manca degli elementi essenziali alla sua esistenza; b) l'*annullabilità*, che è una situazione in cui l'atto è in grado di produrre certi effetti. Si applicano i principi del codice civile, trattandosi di un contratto. Per le controversie che dovessero insorgere è chiamato a risolverle il giudice amministrativo. Inoltre è possibile anche l'autotutela, sebbene non completamente svincolata ma legata rispetto a determinate situazioni, quanto ad esempio alla forma, perché si tratta di recesso unilaterale. Infatti, dal contratto si può recedere anche se è previsto l'obbligo per la PA di provvedere alla liquidazione del danno eventualmente subito dal privato. A differenza invece del normale contratto di diritto privato da cui non è previsto il recesso come potestà assoluta di uno dei contraenti. E poi legata anche con riguardo alle cause, essendo richiesto in tale circostanza che deve essere accertato che l'accordo non sia conforme a sopraggiunti motivi di pubblico interesse.

Accordo sostitutivo

Questo genere di accordo non era previsto dalla normativa generale ma solo da regolamenti di settore per casi residuali in specifici ambiti disciplinari. Benché a partire dal 2005 siano stati previsti anche a livello generale, sono stati scarsamente utilizzati. Nell'ambito della procedura di esproprio, ad esempio, esiste un sistema di accordo negoziato tra amministrazione e parte, in base al quale al parte può scegliere di cedere volontariamente all'amministrazione il bene oggetto di pubblica utilità. Ciò nonostante si resta sempre nell'ambito del diritto pubblico. È vero anche che la PA potrebbe agire come un normale soggetto privato, acquisendo il bene con un normale contratto di compravendita regolato dal diritto privato. Tuttavia, pur nell'ambito di una procedura amministrativa come l'esproprio, regolata dal diritto pubblico che riconosce una posizione di supremazia alla PA, è possibile evitare i rischi di un probabile contenzioso successivo al decreto di esproprio attraverso lo strumento della cessione volontaria.

Nel caso in cui, comunque, sorga un contenzioso a seguito della conclusione di questo tipo di accordo, la legge individua nel giudice amministrativo l'autorità competente a giudicare, riconoscendo la prevalenza della fase o aspetto provvedimentale. Le regole a cui sono sottoposti questi accordi prevedono la forma scritta.

È stabilito, inoltre, che la stipula dell'accordo debba essere preceduta da una determinazione dell'organo nella quale: a) devono essere esplicitate le motivazioni che hanno indotto la PA ad utilizzare questo particolare strumento; b) deve essere definito anche il testo dell'accordo stesso a cui il privato è chiamato ad aderire; c) deve essere precisato che l'accordo persegue comunque il pubblico interesse, senza pregiudizio per i diritti di terzi. Di tutte queste cose si deve dare conto proprio nella determinazione che precede la stipula. La disciplina sostanziale dell'accordo prevede un

rinvio al codice civile invece per quanto riguarda obbligazioni e contratti che ne scaturiscono.

Accordo integrativo

La particolarità dell'accordo integrativo è che, nelle more dell'adozione del provvedimento finale, questo tipo di accordo produce effetti intermedi. Il privato resta legato all'oggetto dell'accordo sempre che il provvedimento venga adottato nei tempi stabiliti o almeno in tempi ragionevoli. La PA è tenuta ad adottare il provvedimento nei tempi e secondo le modalità pattuite; è un obbligo giuridico consentire al privato di adire il giudice amministrativo per ottenere l'adempimento. In questo caso non si ha una sentenza in luogo dell'atto, come per il negozio privato, ma una tutela più attenuata che obbliga la PA a stipulare l'accordo. Di un provvedimento che recepisce un accordo si esamina prima la parte coperta dall'accordo, per accertarsi se siano presenti vizi, e poi si passa alla parte provvedimentale che si cerca sempre di salvare. Sono infatti sempre contratti di diritto pubblico. Per arrivare a una tutela giurisdizionale, il privato deve sempre aspettare che si arrivi al provvedimento finale, che il solo atto che si impugna.

Accordi tra PP.AA.

L'art. 15 disciplina gli accordi tra le PPAA, che intervengono tra pubbliche amministrazioni. Consiste nel consenso unanime di tutti i soggetti chiamati a partecipare. L'accordo si chiude con un verbale che deve essere approvato dall'organo amministrativo competente. L'accordo è impugnabile davanti al giudice amministrativo da parte di terzi, ma anche all'amministrazione è consentito poter ricorrere al Tar.

Fase decisoria tacita o silenzio assenso

Nel silenzio assenso il contenuto tipico dell'atto è l'istanza del privato. Prima del 2005 erano soggetti alla normativa del silenzio assenso solo alcuni procedimenti espressamente previsti dalla legge. A seguito dell'entrata in vigore della riforma si è stabilito che sono soggetti tutti i provvedimenti di cui ai procedimenti avviati su iniziativa di parte. La domanda del richiedente deve: a) corrispondere a certe caratteristiche; b) mirare al rilascio di provvedimenti amministrativi di consenso (autorizzazioni, nulla osta, permessi); c) indicare le caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere, nonché i presupposti e i requisiti che danno titolo a svolgere quell'attività.

Dal ricevimento della ricevuta decorrono i termini per il computo del silenzio, per capire cioè se il silenzio della PA vale come assenso. In caso di incompletezza della domanda, la PA ne dà comunicazione all'interessato indicandone le motivazioni. In questo caso si sospende il computo per la decorrenza dei termini del silenzio che riprenderà ad avvenuta regolarizzazione della domanda. In ogni caso la sospensione dei termini opera, ai fini della valutazione tecnica della domanda o per i casi di preavviso di rigetto, per un periodo non superiore a 90 giorni eccetto termini specifici fissati dai regolamenti di settore.

Dichiarazione di inizio di attività (DIA)

Nel caso della DIA, la dichiarazione dell'interessato tiene luogo del provvedimento. Non serve infatti aspettare la scadenza dei termini per l'ottenimento di un provvedimento dalla PA, ma è la stessa istanza di parte che dà inizio all'attività che può essere avviata al momento della sua formalizzazione. Questo tipo di procedimenti sono caratterizzati dalla mancanza di potere discrezionale della PA. In caso di verifica

dell'insussistenza dei requisiti dichiarati, la PA potrebbe emettere provvedimenti di rimozione degli effetti dell'attività stessa, mediante provvedimenti interdittivi, salvo la possibilità del privato di regolarizzare successivamente gli elementi della propria dichiarazione. I terzi controinteressati nel silenzio assenso possono partecipare al procedimento e impugnare il procedimento totale. Sotto questo profilo, la DIA è assimilata a un provvedimento tacito. Benché non lo sia effettivamente e realmente, viene considerata un atto amministrativo tacito proprio per dare tutela a privati terzi che sono interessati.

Fase della comunicazione

Il provvedimento finale, una volta adottato, deve essere comunicato unitamente alle motivazioni che l'hanno determinato. Per quei provvedimenti che incidono sulla sfera giuridica del privato, operando delle evidenti limitazioni, è necessario che siano portati a conoscenza del destinatario (mediante la notifica) perché possano produrre i loro effetti.

Ma più in generale la comunicazione al privato deve avvenire sempre e comunque. I destinatari della comunicazione del provvedimento finale sono gli stessi soggetti che hanno il diritto di ricevere la comunicazione di avvio del procedimento e che pertanto, in forza del primo diritto, hanno anche quello di ricevere la comunicazione del provvedimento finale. Questa comunicazione è importante perché serve ad attivare la legittimazione a tutelare in sede giurisdizionale il proprio interesse eventualmente compromesso dal provvedimento. La comunicazione deve essere personale, ma sono ammesse anche altre forme di pubblicità previste dai regolamenti di settore. È il caso, ad esempio, della pubblicazione delle deliberazioni all'albo pretorio del comune che è una modalità di esternazione meno garantista della comunicazione personale ma comunque prevista dalla

legge. In questo caso il termine di impugnativa decorre dal termine finale della pubblicazione che normalmente è di 15 giorni consecutivi. Da ciò deriva che il termine di impugnativa delle deliberazioni decorre dall'ultimo dei 15 giorni.

Elementi del provvedimento amministrativo

Gli elementi o requisiti essenziali che identificano un provvedimento amministrativo e fanno sì che si possa qualificare come tale non sono indicati dalla legge. Addirittura, prima del 2005 non vi era nemmeno un riferimento indiretto nella legge. Con una disposizione introdotta all'art. 21, della legge del 90. si è stabilito che è nullo l'atto amministrativo privo degli elementi essenziali. Infatti, la dottrina comunque aveva cercato in precedenza di elaborare una teoria dell'atto amministrativo, in base alla quale gli elementi essenziali risultano essere: il soggetto, cioè la PA titolare dell'esercizio del potere; l'oggetto, che è importante che sia esistente e identificabile; il contenuto dispositivo, cioè la manifestazione di volontà; la causa, cioè il profilo funzionale, lo scopo che si persegue con l'esercizio di quel potere. Sono questi gli elementi necessari affinché possa essere riscontrata la presenza di un atto amministrativo.

Forma del provvedimento

Il concetto di forma attiene alla manifestazione esteriore della volontà. Ci sono norme che prescrivono l'osservanza di una determinata forma per determinate finalità, imponendo per i contratti che hanno per oggetto i beni immobili la forma scritta. In alcuni casi la forma scritta è imposta **ad substantiam** a pena di nullità dell'atto stesso, in altri casi per finalità differenti e cioè **ad probationem**, come documento di prova dell'esistenza

di quel contratto in caso di contestazione. Questo tipo di problema che riguarda i contratti di diritto privato c'è anche per il provvedimento amministrativo per il quale, sebbene sia ammessa libertà di forma, è invalsa l'esigenza della forma scritta, che è richiesta ad *substantiam*, cioè senza la forma scritta l'atto sarebbe nullo o, se non è prevista come elemento essenziale la forma scritta, il provvedimento sarebbe annullabile. Tuttavia, in linea di massima, anche in presenza di vizi di forma e il procedimento fosse soggetto all'annullamento, si cerca sempre di salvare il provvedimento per non compromettere il buon andamento dell'azione della PA. Proprio nel 2005 è stato introdotto il principio secondo cui, pur essendo annullabile il provvedimento adottato senza il rispetto del rigorismo formale nella produzione degli atti, adottato cioè in violazione cioè di norme attinenti alla forma, non si arriva al suo annullamento se il vizio non ha inciso sulla qualità della volontà, che in tal modo viene fatta salva.

Atti digitali. A seguito della introduzione dell'informatica nella PA alcuni atti vengono assunti in forma informatica. A partire dal 1993 è stata prevista la possibilità di predisporre atti in formato digitale riconoscendo che la mancanza di sottoscrizione dell'atto non ne avrebbe compromesso la volontà. In seguito, nel 2005, è stato emanato il Codice dell'amministrazione digitale, con cui si afferma che gli atti digitali soddisfano la forma scritta dell'atto.

L'interpretabilità dell'atto

L'interpretabilità dell'atto è un aspetto molto importante sia per i destinatari a cui è diretto, nei confronti dei quali produce effetti, e sia per un'eventuale impugnativa in un contenzioso da parte del giudice. Essa è soggetta alle stesse regole che presiedono all'interpretazione dell'atto amministrativo. La prima regola consiste nella *interpretazione letterale*, che si attiene

all'espressione usata nel testo. Se non si raggiunge un senso utile, si utilizzano altri criteri, come la *interpretazione teleologica*, che attiene alla finalità per la quale il provvedimento è stato emanato. Inoltre il testo va esaminato nella sua *interezza*, nel senso che il dispositivo deve essere sempre collegato alla premessa e alle motivazioni. Non solo, ma essendo frutto di un'attività istruttoria, bisogna tener conto anche degli atti procedimentali seguiti e acquisiti. Non bisogna, invece, dare troppo credito alla denominazione dell'atto assegnata dall'organo emanante.

In caso di più possibili interpretazioni, deve prevalere quella che dà all'atto un qualche effetto utile rispetto a quelle che invece tendono ad inficiarlo. Di *interpretazione autentica* si parla normalmente per la legge e, quindi, in linea generale non sarebbe possibile per le questioni di diritto amministrativo. Ciò nonostante, per prassi esistono dei provvedimenti che hanno uno scopo esplicativo di altri atti, come le circolari, che però non assurgono al rango di interpretazioni autentiche, nel senso che non avranno valore vincolante ma costituiscono solo una utile traccia interpretativa.

La motivazione

La motivazione del provvedimento amministrativo è prevista dalla legge 241/90 dov'è stabilito che ogni provvedimento deve essere motivato. Prima degli anni '90 l'azione amministrativa era improntata più alla segretezza e non tanto ai principi di trasparenza e imparzialità. L'obbligo delle motivazione impone di esternare lo scopo perseguito con l'esercizio pubblico del potere. Precedentemente tale obbligo veniva osservato solo per gli atti discrezionali adottati dalla PA. Va aggiunto che l'obbligo di motivare il provvedimento non avrebbe senso se non fosse connesso all'obbligo di comunicare la motivazione. Il diritto alla conoscenza della motivazione è un principio di civiltà giuridica a cui si è arrivati con un certo

ritardo. Tale conoscenza permette al cittadino di esercitare il diritto di difesa contro quel provvedimento che incide in modo lesivo sulla sua sfera giuridica. La regola vuole che l'amministrazione comunichi il provvedimento finale e anche le motivazioni che ne sono alla base. Nei casi in cui la comunicazione del provvedimento non è accompagnata dalla comunicazione delle motivazioni, l'atto che nel provvedimento viene richiamato come contenente la motivazione deve essere reso disponibile per consentire al cittadino di venirne a conoscenza attraverso il diritto di accesso ai documenti amministrativi.

Effetti prodotti dal provvedimento amministrativo

Per efficacia dell'atto giuridico si intende sia l'idoneità a produrre conseguenze e sia anche il complesso delle conseguenze prodotte da questo atto idoneo. Il momento in cui si perfeziona la fattispecie procedimentale, che culmina nel provvedimento finale, è quello in cui l'atto comincia a produrre effetti. Esistono tre tipi di efficacia: *efficacia costitutiva*, *efficacia dichiarativa*, *efficacia preclusiva*.

a) **efficacia costitutiva**: l'atto o provvedimento finale, rivolto a certi destinatari, è diretto a far nascere una situazione giuridica ex novo, oppure indica anche la modificazione o l'estinzione di situazioni giuridiche preesistenti in capo a soggetti.

b) **efficacia dichiarativa**: riguarda svolgimenti interni di situazioni giuridiche preesistenti, attraverso il rafforzamento, o specificazione, o affievolimento, o riduzione dell'originaria efficacia di una situazione giuridica preesistente.

c) **efficacia preclusiva**: serve a rendere incontestabile una situazione giuridica, che presentava margini di incertezza, attraverso atti certificati o di accertamento che, per quello che attestano, precludono una contestazione

che possa insorgere in futuro. Si tratta di atti certificativi dotati di una fede pubblica particolare per rimuovere i quali è necessario un procedimento giurisdizionale particolare, la cosiddetta *querela di falso* che permette di arrivare alla demolizione della fede pubblica di cui il provvedimento è dotato, eliminando in tal modo la certezza legale ad un determinato fatto.

Un atto è **pubblico** quando è redatto con le dovute formalità da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato (ad es. l'atto notarile o quelli redatti dai segretari comunali che li rogano per il Comune). È **efficace** perché fa piena prova, fino alla querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti. La "piena prova" si ha in base a questi elementi dell'atto, in modo da evitare future contestazioni (es. atto di compravendita). La **querela di falso** è il procedimento che porta alla demolizione della fede pubblica che caratterizza questi atti. Quando un atto pubblico viene prodotto come mezzo di prova in un giudizio e sorge il dubbio in ordine alla sua autenticità, il procedimento principale di contenzioso si sospende fino all'accertamento della falsità o meno del documento davanti al giudice. Solo in seguito il procedimento principale sarà ripreso, e il giudice potrà stabilire se si tratta o meno di una prova valida. In definitiva, sono documenti che hanno una funzione probatoria e facilitano la **circolazione giuridica**, cioè il pacifico svolgimento dei rapporti interprivati. Tre sono le categorie di atti costitutivi di certezze pubbliche:

1) **Stipulazioni in forma pubblica di negozi (o contratti) privati** come le compravendite immobiliari o la donazione. Il notaio o pubblico ufficiale dà attestazione espressa dell'atto stipulato in sua presenza; tale attestazione è incorporata nell'atto stesso e gli conferisce certezza pubblica.

2) **Publici registri** (ad es.: il pubblico registro automobilistico, quello immobiliare, quelli dello stato civile). Sono libri o raccolte informatiche redatti con forme e modalità stabilite dalla legge e tenuti da appositi uffici sempre aperti alla pubblica consultazione. La ricerca può essere fatta in base alla persona, per vederne la consistenza patrimoniale se si tratta di un debitore moroso. Anche per gli immobili è possibile verificare la storia, come i passaggi di proprietà.

3) **Certificazioni**. Sono atti a contenuto singolare, particolare, con i quali il pubblico ufficiale attesta un determinato fatto o atto avvenuto in sua presenza e che risulta dalla documentazione in possesso dell'ufficio. Si tratta soprattutto di rapporti interprivati ma ci sono anche altri atti che si identificano o coincidono con l'esercizio di funzioni amministrative vere e proprie: gli **atti d'ispezione**.

Questi si hanno durante la fase dell'istruttoria su luoghi o persone, anche contro la volontà del soggetto che subisce l'ispezione. L'**identificazione** fra atto di certezza pubblica ed esercizio di una determinata funzione pubblica si ha proprio tramite questi atti d'ispezione. La **coincidenza** si ha con un verbale di deliberazione di un organo collegiale: è previsto, ad es., che la giunta comunale o il consiglio comunale possano adottare determinate decisioni in certe materie di loro competenza. La decisione presa da questi organi è un provvedimento amministrativo con un contenuto dispositivo specifico che produce determinati effetti. Però, nello stesso tempo, tale decisione deve essere trasfusa in un verbale di deliberazione collegiale, redatto dal segretario comunale. La delibera ha un contenuto dispositivo, ma per la parte concernente il verbale costituisce un atto di certezza. Abbiamo dunque una doppia disciplina legislativa applicabile a questi atti: per il contenuto dispositivo abbiamo l'eventuale impugnazione davanti al TAR, mentre per demolire il contenuto di certezza abbiamo il procedimento

della querela di falso.

Gli atti amministrativi esplicano l'efficacia nel tempo e nello spazio.

Efficacia nel tempo

Alcuni atti sono ad efficacia istantanea, altri ad efficacia durevole (tra cui anche quelli per un tempo indefinito). Per questi è necessario determinare il momento iniziale e quello finale. Il *momento iniziale*, di regola, coincide con il perfezionamento dell'atto. La validità dell'atto si stabilisce in base alla disciplina vigente al momento in cui è stato adottato, perciò è importante che sia correttamente individuata la data del perfezionamento pur se non coincide con quella della produzione di effetti. Tre sono i casi di non coincidenza tra momento di perfezionamento dell'atto e momento di produzione degli effetti: 1) gli atti recettizi, che devono essere portati a conoscenza del destinatario per cui gli effetti si producono nel momento in cui sono notificati al destinatario e non quando sono stati adottati, proprio perché incidono sulla sfera giuridica del soggetto privato, limitandolo; 2) gli atti con efficacia sottoposta a un termine iniziale o condizione sospensiva (la condizione opera con effetto retroattivo rispetto al termine iniziale previsto in cui cominceranno a decorrere gli effetti); 3) gli atti sottoposti a procedimento di controllo, al cui esito è subordinata l'efficacia positiva dell'atto. Retroagiscono gli effetti giuridici di atti o che sono espressamente previsti dalla legge, o per natura stessa dell'atto, o per iniziativa della PA che lo stabilisce al momento dell'adozione dell'atto. Gli atti di annullamento sono retroattivi, anche se la stessa PA incontra difficoltà nel fissare essa stessa la retroattività.

Efficacia nello spazio

L'efficacia nello spazio si pone per gli atti che hanno un contenuto generale, come regolamenti e altri atti che coinvolgono una serie indeterminata di soggetti individuati in base all'ambito territoriale di riferimento. Sebbene vi siano atti che esplicano la loro efficacia anche al di fuori del predetto ambito territoriale, come i certificati rilasciati dallo stato civile.

Esecuzione di un provvedimento

L'efficacia è un volere, un dover essere; contempla un fatto che dovrà accadere in futuro ma non è detto che accada necessariamente.

L'atto fa nascere situazione giuridiche in capo a soggetti determinati: uno chiamato ad adempiere, l'altro ad essere soddisfatto. L'adempimento a cui è tenuto il soggetto obbligato attiene alla fase della esecuzione. Se l'adempimento non si realizza è necessario obbligare il soggetto all'adempimento.

L'atto amministrativo è un atto di volontà che deve produrre determinati effetti. In base alla legge la PA ha il potere di attuare coattivamente l'efficacia di questi atti. L'esecuzione di un provvedimento è il complesso dell'attività che traduce in fatto l'effetto giuridico del provvedimento. L'atto amministrativo è sempre connotato da una imperatività degli effetti ed è dotato di una certa esecutorietà, cioè l'attitudine ad essere attuato anche coattivamente contro il destinatario con atti che incidono sulla sua sfera giuridica. Per l'esecuzione dell'obbligo imposto al privato inadempiente la PA può avviare un procedimento esecutivo, o autotutela esecutiva, che serve a dare esecuzione agli effetti di un precedente atto amministrativo.

In base al contenuto dispositivo, i documenti si classificano in: provvedimenti generali e provvedimenti puntuali.

I **provvedimenti generali** producono effetti riguardo ad una comunità indifferenziata che si caratterizza come oggetto del provvedimento. A loro volta i provvedimenti generali si distinguono in: *atti normativi secondari*, cioè i regolamenti, che contengono norme valide per una serie definita di situazioni; *atti amministrativi a contenuto generale*, atti applicativi rivolti ad una comunità indifferenziata; *atti di programmazione* dove la PA, a fronte di situazioni complesse, determina l'ordine e i contenuti dei soggetti coinvolti nell'esplicarsi dell'attività amministrativa.

I **provvedimenti puntuali** producono effetti nei confronti di soggetti individuabili e determinabili, atti che trovano negli atti generali dei limiti e delle prescrizioni. Nella categoria dei provvedimenti puntuali ricadono i *provvedimenti oblatori*, che si classificano in due categorie: reali, perché colpiscono una *res*; personali, perché incidono sulle persone. Entrambi sono caratterizzati dal fatto che la imperatività si manifesta al massimo grado.

Procedimenti di controllo

Controlli preventivi

Si tratta di un procedimento che ha come oggetto il provvedimento stesso (contratto o altro atto conclusivo di un procedimento) e all'esito del suo perfezionamento è condizionata l'efficacia del provvedimento. Il procedimento di controllo opera come una condizione sospensiva a cui è subordinata l'efficacia di un contratto e al cui esito positivo se ne dispiegano gli effetti che, però, non si producono nel momento dell'esito positivo ma retroattivamente, cioè nel momento in cui l'atto controllato era stato perfezionato. I procedimenti di controllo sono sempre imputati a un'autorità terza rispetto a quella che ha emanato l'atto e sono intesi a

valutare la *legittimità* o l'*opportunità* del provvedimento. Ma la legge ha cercato di ridurli sempre più nel tempo.

Controlli successivi

Questa tipologia di controlli non incide sull'efficacia dell'atto, che è già efficace al momento del suo perfezionamento mentre il controllo interviene dopo. L'atto, però, resta in uno stato di pendenza perché può essere oggetto di rilievo da parte della Corte dei Conti. Il rilievo può riguardare solo la *legittimità* e non la sua opportunità. Il rilievo di illegittimità, da parte di certa giurisprudenza, è considerato un atto di annullamento, mentre un'altra parte sostiene che il rilievo d'illegittimità non annulla l'atto ma fa nascere in capo all'amministrazione l'obbligo di procedere a tale annullamento. Questo è un *controllo di gestione* presso le varie pubbliche amministrazioni, che può essere svolto dagli uffici delle stesse (quelle locali) o dalla Corte dei Conti per le amministrazioni statali (es. Ministeri o Agenzia delle entrate).

Lo svolgimento del procedimento di controllo

- a) **Fase di iniziativa:** l'atto oggetto di controllo, una volta perfezionato, viene trasmesso all'organo al quale è imputato tale potere di controllo.
- b) **Fase istruttoria:** ricevuto il procedimento su cui effettuare il controllo l'organo deputato svolge l'istruttoria prima della decisione finale sul provvedimento. Il procedimento istruttorio è diverso se riguarda la legittimità o il merito: il *controllo di legittimità* ha un parametro di riferimento dato dalla legge, per cui si vede se il provvedimento è conforme agli elementi previsti dalla legge che lo disciplina; il *controllo di merito* – o *di opportunità* – prevede di tornare sui fatti e sugli interessi presi in

considerazione dall'autorità che ha emanato il provvedimento, e questo grazie ad un vero e proprio contraddittorio con l'autorità emanante che potrà portare chiarimenti, osservazioni e controdeduzioni.

c) **Fase decisoria.** All'esito della fase istruttoria c'è la decisione esternata in un atto scritto comunicato all'organo controllato. A volte la legge prevede anche la formazione del **silenzio-assenso** per avvenuto decorso del termine di legge, al fine di assicurare la massima celerità ed efficienza all'azione amministrativa (vedi L. 241/90). Se l'esito del controllo è negativo il provvedimento non acquista efficacia ma, ove previsto dalle varie legislazioni di settore, il provvedimento potrebbe essere annullato con il medesimo atto negativo di controllo.

Ancora sul controllo di merito.

Questo è sempre più residuale nel nostro ordinamento ed era tipico di alcune categorie di atti degli enti locali, ad eccezione della Regione. Presso la Regione era istituito il **Comitato regionale di controllo** che svolgeva controlli di legittimità e di merito; in seguito all'autonomia degli enti locali sancita dalla Costituzione, è stato soppresso nel 2001.

Per lo Stato centrale gli atti di controllo più importanti sono svolti dalla **Corte dei Conti**: in base all'**art. 100 Cost.** gli atti del Governo sono soggetti al controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti. Inizialmente erano gli atti che comportavano una spesa, mentre oggi sono quelli a **carattere generale: di programmazione e pianificazione**. Esiste anche una legge ordinaria del 1994 in cui sono elencati in modo anche troppo specifico questi atti da sottoporre a controllo, es. "deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta di...".

Procedimento di controllo seguito dalla Corte dei Conti

a) Un consigliere della C. dei C. viene delegato al controllo degli atti di una determinata branca dell'amministrazione. Esito del controllo: a. se non riscontra illegittimità (esito positivo del controllo), appone il visto e ne dispone la registrazione.

b. se l'esito è negativo, il Presidente della Corte dei Conti (e non il consigliere) promuove una pronuncia motivata della sezione di controllo, nella quale l'amministrazione interessata può essere comunque sentita.

b) All'esito di questa pronuncia motivata la sezione può:

a. ammettere l'atto al visto e alla registrazione, superando l'esito negativo che aveva dato il consigliere delegato;

b. confermare l'esito negativo, dandone comunicazione al Ministro competente che può limitarsi a prenderne atto oppure sottoporre la questione al Consiglio dei Ministri che ha il potere di decidere che l'atto abbia ugualmente corso. In questo caso la Corte, a sezioni riunite, se non riconosce cessata la causa del rifiuto, ordina la registrazione dell'atto e vi appone il visto "con riserva".

Questa particolare registrazione non impedisce all'atto di acquistare pienezza di effetti, produce solo delle conseguenze di carattere politico per il Governo perché già nella Costituzione è stabilito che la Corte di Conti debba comunicare periodicamente al Parlamento l'elenco di tutti gli "atti registrati con riserva". Siccome il Governo deve rispondere al Parlamento, in teoria questo potrebbe sfiduciare il Governo (non si è mai verificato).

Solo gli atti di spesa che eccedono gli stanziamenti del bilancio non possono essere registrati con riserva.

Controlli sugli atti degli enti locali

E' stato abolito definitivamente il controllo preventivo di legittimità che

però è rimasto in vigore per le Regioni a statuto o autonomia speciale. Anche questo controllo viene svolto dalla Corte dei Conti (sezioni territoriali) e si svolge con lo stesso procedimento descritto prima. In questi casi particolari non è ammessa la registrazione con riserva ammessa invece per gli atti del Governo.

Indice generale

Premessa.....	2
L'attività legislativa.....	3
Procedimento di formazione della legge statale.....	3
Promulgazione.....	5
Pubblicazione.....	5
Fonti del diritto.....	5
Fonti costituzionali.....	6
Fonti primarie.....	6
Leggi ordinarie.....	6
Decreti legge e decreti legislativi.....	7
Fonti secondarie.....	9
Fonti secondarie di provenienza statale.....	9
Fonti secondarie di provenienza non statale.....	10
Fonti comunitarie.....	11
La Pubblica amministrazione nella Costituzione.....	12
Principio di legalità.....	12
Principi del buon andamento e imparzialità.....	13
Autonomia e decentramento.....	14
Le funzioni amministrative.....	15
Funzioni proprie.....	15
Funzioni conferite.....	16
Ulteriori principi per la ripartizione delle funzioni.....	16
Principio di sussidiarietà.....	16
Principio di differenziazione.....	17
Principio di adeguatezza.....	17
Principio di leale collaborazione.....	18
L'intervento in sostituzione.....	19
L'attività amministrativa svolta da privati.....	20
Gli atti di amministrazione.....	21
Atti di amministrazione finale e strumentale.....	21
I servizi pubblici.....	22
I servizi pubblici esternalizzati.....	22
Attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato.....	23
La responsabilità della PA.....	24
Le posizioni giuridiche soggettive.....	25
Le situazioni giuridiche attive.....	26
Interesse legittimo.....	27

La discrezionalità della PA.....	28
Discrezionalità amministrativa.....	29
Criterio di ragionevolezza	31
Differenza tra discrezionalità e merito amministrativo.....	32
Atti amministrativi vincolati.....	34
La discrezionalità tecnica	34
Il procedimento amministrativo.....	37
Le fasi del procedimento.....	38
Fase dell'avvio.....	38
Fase dell'iniziativa e fase dell'apertura	39
Comunicazione dell'avvio del procedimento	40
Eccezioni e limiti all'obbligo di comunicazione	40
Requisiti e contenuto della comunicazione	41
Fase istruttoria.....	41
Fase consultiva o acquisizione dei pareri.....	44
Fase della partecipazione.....	44
Diritto di accesso ai documenti amministrativi.....	45
Accesso informale e accesso formale.....	46
Riservatezza.....	47
Tutela contro il diniego all'accesso.....	47
Conclusione del procedimento.....	47
Silenzio amministrativo.....	48
Tutela contro l'inerzia della PA.....	49
Computo dei termini.....	49
Fase decisoria	50
Decisione mono-strutturata.....	50
Decisione poli-strutturata	51
Deliberazione di organo collegiale.....	51
Conferenza dei servizi.....	51
Altri modelli di decisioni poli-strutturate.....	53
Decisione negoziata.....	53
Accordo sostitutivo	55
Accordo integrativo.....	56
Accordi tra PP.AA.	56
Fase decisoria tacita o silenzio assenso.....	57
Dichiarazione di inizio di attività (DIA).....	57
Fase della comunicazione.....	58
Elementi del provvedimento amministrativo	59
Forma del provvedimento.....	59
L'interpretabilità dell'atto.....	60
La motivazione.....	61

Effetti prodotti dal provvedimento amministrativo.....	62
Efficacia nel tempo.....	65
Efficacia nello spazio	66
Esecuzione di un provvedimento.....	66
Procedimenti di controllo.....	67
Controlli preventivi.....	67
Controlli successivi	68
Lo svolgimento del procedimento di controllo.....	68
Ancora sul controllo di merito.....	69
Procedimento di controllo seguito dalla Corte dei Conti.....	70
Controlli sugli atti degli enti locali.....	70