

STORIA ED EVOLUZIONE DEGLI ISTITUTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

Carla ROMANO

ST - Università degli Studi "Federico II" di Napoli

1. SOMMARIO: 1. Introduzione d'Istituti, principi e poteri

Abstract: What does it mean administration? It means "treating the public interests" through the exercise of a number of powers that are concerned about protecting all those goods which the system attributes a position of necessary protection.

KEYWORDS: administration – public system – powers

La "Legge sul procedimento amministrativo" è una delle poche, anzi in verità pochissime fonti del Diritto Amministrativo, che può prontamente essere definita come una materia giurisprudenziale. E' una branca del diritto pubblico e pertanto strettamente legata alla Costituzione, non a caso le sue fonti coincidono con quelle dello *ius publicum* per eccellenza. Il Diritto delle Pubbliche Amministrazioni come e se di questa definizione ci potremmo giovare, concerne l'Amministrazione, o meglio, le Amministrazioni (P.A, sigla).

Ma cosa significa Amministrazione? Significa "curare gli interessi pubblici" attraverso l'esercizio di una serie di poteri che si preoccupano di tutelare tutti quei beni cui l'ordinamento attribuisce una posizione di necessaria protezione, per es. il "bene istruzione". Alla P.A è attribuita la cura di pubblici interessi ma il diritto amministrativo rimane sostanzialmente recente: nasce infatti quando lo Stato decide di proteggere e curare beni prima tutelati da privati. Negli ordinamenti previgenti i poteri non sono più forme di contrattazione privata e così la specificità della materia nasce nello Stato moderno. In Francia con la Rivoluzione si ottenne il principio di separazione dei poteri e in questo modo l'attività della pubblica amministrazione fu sottoposta alla legge, la quale si configura come espressione della volontà popolare; ma rispetto al passato il ruolo e il modo di agire della P.A è completamente diverso da quanto prospettato: prima della Rivoluzione l'apparato Amministrazione era considerato un organo servente di uno Stato forte accentrato, oggi che lo Stato è decentrato e l'apparato è sottomesso alla legge la sua funzione in merito al "bene vita" appare senza dubbio più funzionale ad una sistematizzazione del diritto costituzionalmente orientata (anche se questa affermazione trova un suo limite nella concretezza della materia come vedremo arrivando a parlare del regime di annullabilità e nullità dell'atto amministrativo). Una seconda

considerazione da fare in merito agli sviluppi della funzione amministrativa è legata al fatto per cui lo Stato si ritrova a dovere soddisfare un'ingente quantità di richieste da parte dei cittadini, detto in altri termini: deve soddisfare più pretese spesso in conflitto tra di loro. Questo aumento delle funzioni amministrative è un processo in continua progressione che per la verità non si è mai arrestato: è in continua crescita. Il diritto rimane comunque modellato dalle esigenze delle società. Non esiste una nozione formalizzata di diritto amministrativo perché non c'è un corpo normativo tale da essere equiparato ad un codice. E' più corretto parlare pertanto di "Diritto delle Amministrazioni Pubbliche". Esistono però dei dati normativi da cui possiamo ricavare la nozione di amministrazione pubblica. Il testo a cui facciamo riferimento è il D.l. 165/2001 che richiama in modo generico tutte le P.A. fatta eccezione per gli istituti pubblici economici retti dal diritto privato. Da notare come il testo indichi quali sono le P.A. che debbono osservare un diritto diverso da quello privato, un diritto di branca pubblicistica a formazione giurisprudenziale, ma non si fa cenno nel testo alla definizione di Pubblica Amministrazione. Quando si fa riferimento alla nostra materia non si può prescindere da una legge cardine e cioè la "Legge sul procedimento amministrativo" n. 241/90, si tratta della legge generale che regola il procedimento amministrativo. Gli altri dati normativi da tenere sempre presenti nell'esposizione saranno il D.l. 163/2006 ("Codice dei contratti") e il D.l. 104/2010 ("Codice del processo amministrativo"). Il primo dato che acquisiamo dalla normazione è che anche soggetti privati possono svolgere attività pubbliche, un chiaro esempio è "Poste italiane" (aspetto oggettivo delle pubbliche amministrazioni). La L. 241/90 pertanto si applicherà anche a questi soggetti privati. Molti altri riferimenti ai quali dobbiamo attenerci sono le misure adottate dal 2005 al 2008, fino ad arrivare ai giorni nostri: in merito si fa riferimento alla "Legge Anticorruzione", Legge Severino n. 190/2012, che ha modificato il procedimento amministrativo. Parlare di Amministrazione vuol dire parlare di due componenti: organizzazione e attività. La "Legge Severino" si tratta di esempio di normazione atta ad arginare la profonda crisi finanziaria italiana e va come tale ad incidere sul diritto amministrativo. La corruzione e l'evasione fiscale fanno aumentare i prezzi e lo Stato per mantenere in equilibrio il bilancio taglia i fondi e così diminuiscono paradossalmente i servizi sociali e l'efficienza dei servizi di pubblica utilità. Ecco perché diventa necessaria la cura di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento italiano. Il diritto amministrativo concorre insieme a quello comunitario a fornire un quadro economico-sociale conforme ai dettami costituzionali. Di fonti scritte nella nostra materia ce ne sono ben poche: la principale fonte è la giurisprudenza. Questa è una delle ragioni del carattere assai frammentario di una simile branca pubblicistica. Per questo sono importanti i principi. Fonte di primaria importanza è il diritto comunitario (per quello che ci riguarda in speciale modo regolamenti e direttive): il diritto europeo rappresenta un parametro di legittimità dell'attività amministrativa. Oggi contratti e servizi trovano la loro fonte più che nel diritto nazionale in quello comunitario. In qualche modo anche il processo si potrebbe dire che è un retaggio che proviene dal diritto europeo. Anche la *Legge Severino* proviene dalla *Convenzione ONU* in materia anticorruzione in ordine alla quale si è espressa la Corte di Strasburgo nel 2009. Il giudice amministrativo è una figura presente solo in Italia e in Francia, negli altri Paesi non esiste un omonima figura. In Italia il diritto amministrativo di che se ne possa dire nasce con l'investitura del suo giudice naturale (ma comunque

sarebbe paradossale estendere questo diritto a livello internazionale). La regola generale da tenere presente: da cosa si distingue il diritto amministrativo dal diritto privato? In primis c'è un giudice diverso e per quanto possa sembrare scontata quest'affermazione non è poi cosa di così poco conto all'interno di un processo; in secondo luogo nel diritto privato il rapporto si svolge in maniera paritaria (ad esempio un contratto che le parti decidono liberamente di stipulare), nel diritto amministrativo invece questo non avviene: c'è sempre un atto della P.A che interviene sul privato e incide sulla sua situazione soggettiva e questo a maggiore ragione se si tratta di un atto autoritativo dove è chiara la massima estrinsecazione del potere pubblico (V. Sentenza Corte Costituzionale n. 204/2004), ma a ben guardare queste modalità non sono affatto estranee agli accordi pure possibili tra P.A e privato ex art. 11 L. 241/90 perché pure il procedimento potrebbe sfociare in un atto finale di provvedimento, tale strada infatti non rimane preclusa per la veste di accordi che assume l'atto proprio in virtù del rapporto asimmetrico concernente cittadino privato e pubblico potere. L'espropriazione è l'esempio più classico di atto autoritativo che incide sulla situazione soggettiva del privato: lo Stato previo indennizzo acquista a titolo originario il bene del privato, la forma alternativa all'espropriazione è la possibilità di una cessione volontaria, quest'ultima è senza dubbio molto più onerosa dell'espropriazione che permette alla Stato non solo di acquistare a titolo originario ma anche di pagare il bene ad un prezzo inferiore rispetto a quello di mercato, prezzo di mercato che invece viene pagato nel caso della cessione volontaria (solitamente la P.A giustifica la preferenza della cessione all'espropriazione per ragioni di risparmio di tempo, risparmio che però deve essere poi dimostrato). Il diritto amministrativo non basandosi su un grande numero di leggi scritte ha una normazione giurisprudenziale e per questo assumono grande importanza i principi che sono funzionali alla regolazione del rapporto tra cittadino e amministrazione che da un lato serve ad analizzare i problemi strutturali di attività e organizzazione e da un altro lato le interazioni tra legislazione, funzionari, dirigenti, soggetti pubblici e privati portatori di interessi privato e/o collettivi con un sistema di responsabilità a tutela del singolo contro i soprusi delle amministrazioni. La distinzione tra diritto amministrativo e diritto privato diventa dunque sempre più labile: 1) quando la P.A non agisce come autorità si applica il diritto privato; 2) esistono una serie di istituti che consentono al privato e all'amministrazione di concordare il contenuto di un accordo nell'ambito del procedimento amministrativo. In questo caso si applica il diritto privato. L'amministrazione nasce come autorità può tutelare degli interessi anche attraverso il consenso (il confine diventa sempre più labile). La Sentenza dei Conflitti francesi del 1873: la sentenza che favorisce la nascita in Francia del diritto amministrativo (da alcuni ritenuta la data convenzionale). La sentenza enuncia principi ancora oggi validi. L'Art. 1 del 165/2001 in elenco della P.A sono considerate P.A anche le autorità indipendenti (nate a partire dal 1990 a esito della privatizzazione di enti pubblici ma la matrice è di chiara impronta comunitaria. Sono autorità sui generis presenti nel decreto. Secondo alcuni la Sentenza francese è la data convenzionale di nascita del diritto amministrativo, secondo altri nasce già nel diritto romano all'interno dello *ius civile*. Questa sentenza è definita "Blanco" dal nome di chi ne chiese tutela. Fatto: un vagone carico di tabacco di proprietà dello Stato investe una bambina e i genitori chiedono che ne venga accertata la responsabilità nel merito. Il giudice ordinario rimette la questione al tribunale dei conflitti che stabilisce la condanna dello

Stato per i danni provocati dai propri dipendenti tenuto conto dei principi che all'interno del codice reggono i rapporti tra privati. E' una responsabilità che si tiene a precisare né assoluta né generale ma che dipende dal servizio e dalla necessità di conciliare i diritti dello Stato e dei privati. La giurisdizione pertanto spetta al Consiglio di Stato. Questa sentenza mette in evidenza che: 1) esistono due diritti: uno che regola i rapporti tra privati e l'altro che regola i diritti della P.A e dei privati ed è un diritto retto da regole speciali; 2) esiste una supremazia dello Stato e pertanto non può definirsi quello intercorrente tra Autorità e privato un rapporto paritario. Questo perché lo Stato svolge tutta una serie di servizi destinati alla collettività, nasce pertanto l'esigenza di bilanciare l'autorità dello Stato e i diritti del privato cittadino. Come abbiamo riferito in precedenza il diritto delle pubbliche amministrazioni assume questa accezione anche in relazione al fatto che oltre a soggetti pubblici agiscono nelle medesime attività o meglio possono agire anche soggetti privati, che svolgono o potrebbero svolgere attività di interesse pubblico, ma di questo ci occuperemo meglio nell'analisi della Legge sul procedimento amministrativo 241/90. In questa sede ci si limita a darne una nozione semplificata; quando si parla di P.A è da tenere a mente che questa si compone di tre elementi: 1) si tratta di un'organizzazione dotata di personale e di risorse finanziarie, è pertanto un "apparato"; 2) l'Amministrazione cura degli interessi ed attraverso i vari atti risaliremo alle forme di potere da essa esercitate (è un'attività pubblica); 3) la P.A esercita una funzione articolata in uffici dotati di personale proprio. Quando l'Amministrazione esercita la funzione ingloba in sé l'organizzazione e l'attività. Il potere è svolto attraverso procedimenti. Abbiamo parlato di Amministrazione intesa come organizzazione alla luce della sopracitata L. 165/2001: norma che comprende disposizioni di razionalizzazione relative al pubblico impiego. Questa norma definisce Amministrazione dello Stato: le scuole, le aziende pubbliche, i comuni, gli enti autonomi che si occupano dell'assegnazione delle case popolari, gli enti pubblici non economici, enti e aziende del servizio sanitario nazionale, l' "Aral" e così via. Bisogna altresì considerare che l'elenco appena disposto non è tassativo, per esempio potremmo fare notare come non vengano considerate le amministrazioni indipendenti o gli enti pubblici economici e gli organismi di diritto pubblico. Ovviamente la nozione di P.A varia da Stato in Stato: la creazione di organismi europei omogenei nell'amministrazione non è a caso una delle principali conseguenze dell'adesione all'Unione. Con Sentenza della III° Sez. del 24/09/2015 n. 11391: la normativa anticorruzione ha previsto in capo all'Amministrazione una serie di compiti: nominare un responsabile anticorruzione è frutto innanzitutto della creazione di programmi anticorruzione ma anche dell'imposizione di obblighi di trasparenza (di cui se ne sottolinea una primaria importanza nel livello mediato della questione). E' stata sottoposta al *Tar* la questione se questa disciplina si applichi o meno anche agli ordini professionali e in particolare all'ordine degli avvocati, in attesa di più concrete risposte si propongono in questa sede due osservazioni: 1) non è possibile generalizzare in eguale misura gli effetti della suddetta disciplina su tutti gli ordini professionali in relazione alle diverse profilature; 2) in speciale modo facciamo notare come l'ordine degli avvocati abbia una sanzione in tema di patrocinio infedele, tipico esempio di reato d'obbligo pertanto ci si chiede se la sanzione amministrativa vada a sostituire o integrare le ragioni penali. Intanto una prima risposta è già stata fornita e cioè che essendo un novero non tassativo quello previsto dalla L. 165/2001 vi rientrano come enti non

economici anche gli ordini professionali soggetti a pari merito alla stessa disciplina: è un rapporto di pubblico impiego. Questa Sentenza non può lasciarci indifferenti perché ci sta dicendo che talvolta gli enti pubblici sono considerati tali non attraverso una norma ma attraverso degli indici che denotano il rapporto di lavoro. Anche se non è semplice perché con la privatizzazione del pubblico impiego molti rapporti di lavoro sono regolati dal diritto privato. Le categorie sottratte al diritto privato sono quelle di: polizia, magistratura, professori universitari e per queste tre categorie il giudice competente è il giudice amministrativo. I soggetti giuridici che agiscono in veste statale devono essere istituiti dallo Stato o quanto meno devono essere da esso riconosciuti ex post. Tra soggettività giuridica e ordinamento esiste infatti un nesso inscindibile. Parlare di soggettività giuridica della pubblica amministrazione vuol dire parlare di ente pubblico ed ente vuol dire esistente, ma esistente vuol dire anche formalmente riconosciuto. Riconosciuto da chi? Dallo Stato che ne riconosce la personalità. Non è però riconosciuta dallo Stato la personalità dell'organo la cui responsabilità è da attribuire all'ente stesso. E' riconosciuto come tale l'ente previsto dalla legge o da altro atto che rimanda alla legge. La capacità di essere titolare di diritti e poteri dell'ente deve essere desunta dalla funzionalizzazione dell'attività finalizzata alla persecuzione degli interessi della collettività di cui fa parte e l'ente ha dimensioni diverse proprio in relazione al contesto in cui opera (ente locale oppure nazionale, ad esempio). La funzione è un'attività giuridica diretta ad uno scopo, svolto nell'interesse altrui o che si esercita attraverso uno o più poteri, cioè attraverso atti o provvedimenti amministrativi. Il Servizio Pubblico può essere una funzione ma difetta dell'esercizio di un potere che manca *ab origine*. Ribadiamo pertanto che per capire se un ente è pubblico o meno dobbiamo guardare alla sua funzione. La Croce Rossa era un ente pubblico che fu poi qualificato come privato, ma dal 1995 fu poi riqualificato come soggetto di diritto che persegue finalità pubbliche. I poteri esercitati dalla P.A. sono unilaterali ed autoritativi che si estrinsecano attraverso atti e provvedimenti i quali sono segno distintivo di esercizio della funzione che incide sulla posizione soggettiva di privati in virtù di finalità costitutive, modificative, estintive. Si tratta di situazioni giuridiche dove il consenso del cittadino non è presente. La Dottrina maggioritaria ritiene che siano atti autoritativi anche le concessioni e le autorizzazioni dove solo il consenso della P.A. è necessario, quello del richiedente è presunto al momento della richiesta. Gli effetti del potere (provvedimenti amministrativi) possono essere positivi, negativi, rivolti alla persona o a terzi. A seconda dell'evoluzione storica dei paesi e degli interessi in questione la nozione di amministrazione cambia notevolmente. Anche la definizione di ente la ricaviamo o in maniera indiretta o attraverso le norme di settore oppure attraverso le norme sulla trasparenza e sull'accesso agli atti amministrativi o ancora dalle norme comunitarie di indirizzo. La nozione di P.A. è così dilatata. L'elenco ISTAT è un altro strumento che concorre alla definizione di P.A. L'elenco deriva dal *Patto di Stabilità*. Le Pubbliche Amministrazioni a cui sono applicate le norme sul contratto sono indicate in questo elenco e l'individuazione avviene attraverso una serie di parametri pressoché statistici che derivano dal Regolamento del Consiglio dell'UE per cui i criteri prescelti sono quelli diretti a: 1) verificare che gli apparati producano beni e servizi non destinati al mercato; 2) l'attività prescelta dall'ente è quella per cui è stato istituito e a cui la sua attività è finalizzata. Se tale attività è finanziata dallo Stato l'ente sarà sottoposto alle norme del *Patto di Stabilità*; 3) bisogna guardare alla funzione

dell'ente: redistribuzione del reddito o della ricchezza nel Paese. Questo elenco viene pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale*. I ricorsi sono devoluti al giudice amministrativo e/o contabile. L'elenco esiste per adempiere ad obblighi comunitari (il *Trattato di Amsterdam* impone ai Paesi membri di rispettare attraverso il *Patto di Stabilità* i vincoli per il bilancio della finanza pubblica). La disciplina che caratterizza gli enti pubblici ci consente di differenziarli da quelli privati. Gli enti pubblici non possono disporre di se stessi né della loro organizzazione: non possono cioè estinguersi o cambiare veste giuridica se non in forza di una disposizione di legge. La capacità degli enti pubblici è pertanto molto più limitata di quella degli enti privati. I primi infatti non dispongono di una propria liquidità monetaria (dispongono di denaro solo attraverso il servizio di *Tesoreria*). Si tratta di soggetti sottoposti alle regole della contabilità pubblica: i procedimenti di spesa sono soggetti alle norme di settore pubblico. Il controllo sulla contabilità spetta alla *Corte dei Conti* che diventa sempre più esteso rispetto al controllo cui sono sottoposti gli enti privati. Per le forniture di beni e servizi gli enti pubblici devono ricorrere sempre alle convenzioni *CONSIP* per trattare con i fornitori che permettono anche l'individualizzazione dei fornitori con cui bisogna trattare. Gli atti emessi dall'ente pubblico se illegittimi sono soggetti all'annullamento straordinario ad opera del Governo su parere del Consiglio di Stato. I vizi dell'atto amministrativo sono: violazione di legge (es. mancata motivazione dell'atto), incompetenza relativa (un certificato di laurea emesso dalla *Corte dei Conti* invece che dall'*Università*) e eccesso di potere (vizio che riguarda la funzione di discrezionalità della P.A.). Quando l'atto è illegittimo viene annullato dal giudice amministrativo (*TAR* in I° grado o *Consiglio di Stato* in II° grado) a seguito di un ricorso. Può essere annullato anche dalla P.A. fermo l'indennizzo attraverso l'esercizio del potere di autotutela. Se l'atto viola l'integrità ordinamentale il Governo in via straordinaria può annullare l'atto. L'effetto dell'annullamento è retroattivo con effetti dunque *ex tunc*. Il Consiglio di Stato è nato come organo consultivo è diventato giudice solo nel 1889 con l'istituzione della IV° Sez. Rimane giudice di unica istanza fino al 1971 quando vengono istituiti i *TAR*. *TAR* sono istituiti nei capoluoghi di regione (ci sono però delle sezioni distaccate per il troppo carico). La difficoltà di individuare l'ente dipende anche dalle logiche ordinamentali come il processo di globalizzazione e dalla necessità di omogenizzare i concetti. A ogni crisi fiscale dello Stato, l'intervento dello Stato nell'economia si è graduato riducendo notevolmente la sfera pubblica (siamo verso la completa privatizzazione e si noti come non a caso in periodo di crisi economica si privatizzi *Poste Italiane* e le *Ferrovie dello Stato* per il 40% delle azioni). L'Ente pubblico non economico è quell'istituto che persegue uno scopo specifico e sono sottoposti a poteri di vigilanza e di indirizzo da parte del Ministero e delle Regioni. Sono detti enti strumentali rispetto alla dimensione statale. I finanziamenti provengono dalla cassa dello Stato. Non sono operatori di mercato. Lo Statuto delle attività dell'ente è quello del diritto pubblico mentre non si applica quello del diritto privato. Gli Enti pubblici economici: so tratta di enti ormai marginali un esempio può essere la Banca, in maggioranza però sono fondazioni diventate poi private. Gli elementi distintivi sono: 1) organizzazione pubblica; 2) l'attività è prevalentemente imprenditoriale retta da regole di diritto privato; 3) poteri di controllo e di indirizzo da parte del Governo. Oggi le banche sono diventate in larga parte fondazioni. Sono state privatizzate con la L. 218/90 "Legge Amato". Le banche pubbliche furono trasformate da enti economici in società

per azioni o in pacchetti azionari imputati alla fondazione bancaria. Lo scopo della fondazione è finanziare l'attività *PROFIT* : un esempio possono essere cultura e assistenza sociale. La L. 218/90 le istituisce come enti pubblici. La Corte Costituzionale dopo tredici anni sostiene che le fondazioni bancarie hanno natura privata. La tripartizione ente-organo-ufficio ha poteri di curare gli interessi e ha bisogno di persone e finanziamento. Sono proprio le persone come sindaci e consigli a rendere più concretamente individuabile l'ente. E' l'ente dotato di personalità giuridica e non l'organo che però può rappresentarlo. Atti ed effetti prodotti dall'organo sono da imputare in capo all'ente che ne risponde così come per gli effetti dell'atto verso l'esterno. Non è un mandato e non può considerarsi tale il rapporto di rappresentazione organica o di immedesimazione organica. L'amministrazione va intesa nel senso di attività. Il diritto amministrativo attiva i principi costituzionali. Quali sono dal punto di vista materiale gli strumenti che attraversano questi principi? Si pensi all'art. 32 che sancisce il diritto alla salute. Tale principio viene soddisfatto a livello nazionale tramite l'istituzione del servizio sanitario nazionale e attraverso dislocazione di servizi a livello locale; ancora il diritto all'istruzione viene garantito attraverso l'organizzazione statale, come asili e scuole. L'art. 28 sancisce il principio per cui i funzionari dello Stato sono personalmente responsabili di atti compiuti in violazione del diritto italiano (ne consegue anche la violazione relative a quanto disposto dall'art. 10): la responsabilità civile si estende all'ente e lo Stato sanzionerà l'illecito del funzionario. Arriviamo così all'art. 97 della Costituzione che esprime il principio della finalizzazione dell'attività amministrativa come organizzazione ed attività per la cura di interessi collettivi altrui. Si tratta del principio del buon andamento e del principio di imparzialità che si riferiscono alla P.A come organizzazione. Si tratta di una norma precettiva e non programmatica che può essere oggetto di un'interpretazione estensiva che si deve intendere come relativa all'attività amministrativa. L'imparzialità è un principio inteso come il dovere da parte dell'Amministrazione di non discriminare la posizione dei soggetti (profilo negativo) come principio di non ledere i rapporti tra privato e pubblica amministrazione (profilo positivo). Questo non vuol dire che l'Amministrazione attraverso il principio di imparzialità non abbia un orientamento da perseguire perché il fine è sempre la tutela di interessi pubblici di cui la P.A diventa garante nell'imparzialità oggettiva. L'apparato dell'amministrazione è libero di darsi un'organizzazione: si parla a riguardo della suddetta possibilità di riserva dell'Amministrazione. Oggi questo principio deve essere letto alla luce dei notevoli cambiamenti verificatisi attraverso applicazioni concrete dell'imparzialità. Alle dipendenze della P.A si accede attraverso un concorso pubblico che rappresenta l'applicazione concreta del principio ed in questo modo si dovrebbe impedire la politicizzazione della burocrazia. L'art. 98 dispone che i pubblici impiegati sono a servizio esclusivo della nazione. Norma da cui discendono gli obblighi di astensione. Un'amministrazione imparziale potrebbe porre in essere un'attività parziale.

ORGANIZZAZIONE->IMPARZIALE/ATTIVITA'->PARZIALE,

altro motivo per cui questa norma come il sopracitato art. 97 si estende anche all'attività. Quando l'imparzialità è riferita all'attività si traduce in: predeterminazione dei criteri e delle modalità di scelte (che deve rendere pubbliche attraverso il bando, ovverosia i

criteri utilizzati per la selezione devono essere portati alla conoscenza dei terzi e pertanto devono essere definiti *ex ante*. Quando svolge questa attività l'Amministrazione si autolimita; non può discostarsi dai criteri resi pubblici ma può però modificarli: l'autolimita è la predeterminazione che garantisce l'applicazione del principio di imparzialità riferita all'attività. Questo principio non si risolve nell'impedire discriminazioni di trattamento ex art 3, ma riguarda anche le singole decisioni di cui si compone l'attività amministrativa. L'operato della P.A deve seguire il principio di ragionevolezza. La scelta operata deve essere non solo ragionevole ma anche congrua rispetto al fine perseguito. Questo principio come il bilanciamento degli interessi deve essere applicato anche ai privati e alle attività di diritto privato. Tali principi vengono richiamati ancora una volta dall'art. 1 della L. 241/90 sul procedimento amministrativo. L'economicità e l'efficacia sono criteri per misurare la correttezza dell'attività amministrativa anche quando si applica il diritto privato. Questi criteri sono declinazioni del principio di buon andamento che è un principio fondamentale dell'organizzazione applicabile all'attività. La dottrina però non riconosce una portata giuridica. Sarà la scienza dell'amministrazione a riconoscere all'efficienza e all'efficacia una portata giuridica. Il buon andamento deve essere letto anche alla luce del nuovo art. 118 Cost. che analizza le ripartizioni delle attività tra il livello di governo nazionale e quello locale, le regioni, ovverosia riparto delle attribuzioni e delle funzioni nonché delle risorse ex art. 119. L'apparato amministrativo è istituito solo se svolge dei compiti e solo se vengono conferiti poteri e risorse: una lettura lata del buon andamento. Questo principio opera anche come un temperamento al principio di legalità: esige che una parte della disciplina sia riservata alla P.A riconoscendole un margine di flessibilità (riserva di Amministrazione nell'ordinamento degli uffici). Tale visione diventa fondamentale nella lettura nel *Sistema dei controlli*. Si è detto che questo principio concorda con l'ottimale funzionamento dell'Amministrazione nel raggiungimento degli obiettivi proposti. Un'amministrazione è efficiente quando distribuisce le competenze (*leggi potere*) tra i vari uffici in maniera razionale e utilizza il personale in relazione agli obiettivi: il buon andamento pertanto si riferisce all'ente e non agli organi. Secondo la teoria di Nigro il principio di buon andamento è dotato di mezzi giuridici elastici al fine di migliorare il proprio potenziale in relazione alla propria attività in base al fine da raggiungere. Ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità sono alla base dell'imparzialità e del buon andamento (sono contenuti l'uno nell'altro). Per la verità il buon andamento è richiamato anche a livello comunitario: art. 41 del *CEDU*. Il buon andamento è concepito come un diritto e non come un principio come previsto dal nostro 97 Cost. Dall'azione amministrativa il buon andamento non è fonte di potere (disciplina nazionale) ma un limite al potere (disciplina comunitaria) per la tutela dell'interesse del cittadino. Altro principio cardine è l'efficienza concepita come rapporto tra azione organizzativa e risultato ottenuto attraverso l'utilizzo della combinazione ottimale dei fattori produttivi (tempo, mezzi, ecc.). L'efficacia, invece, è il rapporto tra obiettivo e risultato. Il principio del buon andamento ha conosciuto un'altra declinazione giuridica nella Riforma Brunetta del 2009 e la *Legge Severino* nel 2012: garantire la trasparenza ovvero il principio di trasparenza dell'attività amministrativa. I dati devono essere accessibili a tutti, gli atti devono essere motivati se non si vuole incorrere nel regime di annullabilità dell'atto amministrativo relativo al vizio di legge, le risorse devono essere rese pubbliche anche in via telematica. Piena

conoscibilità cioè di tutto ciò che riguarda l'Amministrazione, piena accessibilità ai dati. Il principio di trasparenza è richiamato nell'art.1 della L. sul procedimento amministrativo 241/90 e rappresenta uno dei livelli essenziali delle prestazioni di una P.A (art. 117, comma I). Si tratta di immaginare l'Amministrazione come una grande casa di vetro dove tutto traspare e tutto è visibile da tutti e così le attività compiute sono sottoposte anche *ex post* ad un controllo: lo scopo della valutazione complessiva è quella di migliorare le prestazioni erogate e garantire la valorizzazione del merito a seconda degli scopi da raggiungere. Ogni amministrazione è tenuta a degli adempimenti detti "Ciclo della Performance", bisogna però indicare obiettivi e mezzi necessari per perseguire i risultati. Queste amministrazioni sono controllate a livello interno da organi prestabiliti, a livello nazionale sono sottoposte al controllo della *Commissione Centrale*. Altra questione: è difficile la coesistenza tra buon andamento e imparzialità? Bisogna capire come declinare i criteri di efficienza ed efficacia in relazione alle teorie economiche. Altra questione ancora è il rapporto o meglio il generale rapporto tra politica e amministrazione e il fenomeno dello *Spoiler Sistem*, cariche dirigenziali attribuite dal Governo direttamente, perché anche qui il rischio è la mancanza del rispetto dei principi che reggono la materia e il dilagare della corruzione a seguito di numerosi "favor" politicizzanti. Il raggiungimento del risultato può giustificare la mancanza del rispetto dei principi ma rimane necessaria la distinzione non soltanto ontologica ma anche pratica di amministrazione e politica, vediamo in concreto cosa voglia dire *Spoiler Sistem*: rapporto che si configura nei termini di conflitto di interesse tra dirigenti *ASL* e *Presidente* della Regione, ancora il Segretario comunale nominato dal Sindaco. Il problema di una distinzione tra politica e amministrazione diventa a questo punto fondamentale. Oggi l'Amministrazione non ha un ruolo servente rispetto all'esecutivo sebbene fosse nata nel ruolo ausiliario di apparato esecutivo del governo. Il carattere di indipendenza delle amministrazioni non deve essere confuso con le Amministrazioni Indipendenti o di Regolazione (sono *sui generis*) L'amministrazione è strumento non servente ma comunque utilizzato per l'esecuzione delle direttive del Governo. Nel D.l 165/2001: "Norme sul rapporto di lavoro tra politica e amministrazione", si evince che non si può sancire la totale separazione tra politica ed amministrazione. L'Amministrazione ha una componente politica che agisce attraverso gli organi di Governo, ma la componente non politica ha la "dirigenza" della gestione. La componente politica deve pertanto essere temperata attraverso degli strumenti: la prefissazione di obiettivi (spettante all'organo politico) e il raggiungimento degli stessi (spettante ad organi non politici di gestione). L'organo di gestione ha un'ampia autonomia per il raggiungimento degli obiettivi. La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha emanato le disposizioni nel 2006, disposizioni attraverso le quali lo statuto opera il cambio automatico dell'organo di gestione all'insediamento di un nuovo organo politico solo nel caso in cui sia necessaria la stretta collaborazione (rapporti apicali). Per gli altri rapporti lo *Spoiler Sistem* è stato dichiarato illegittimo. La difficoltà dei rapporti tra imparzialità e buon andamento è correlata ai rapporti intercorrenti tra politica e amministrazione. La Corte Costituzionale ha temperato il principio di imparzialità ma rafforzato quello di buon andamento. Principio cardine della materia è quello di legalità, il termine per la verità ne definisce una nozione generale di esercizio della funzione stabilita dalla legge che autorizza o legittima l'atto di esercizio della funzione (che è un potere). L'atto espressione di un potere non richiede il consenso dei

soggetti coinvolti. Perché serve una legge? La legge è elaborata da un organo che è espressione della volontà popolare e così il potere amministrativo può derivare solo da una legge. Il Principio di Legalità, al contrario di ciò che si potrebbe pensare ad un primo impatto, è entrato tardi a fare parte del diritto amministrativo (si pensi al periodo dell'assolutismo per dissolvere ogni dubbio). È un principio che denota il rapporto tra P.A e cittadino inteso come soggezione nei confronti della legge da non intendere come riserva di legge che esprime il rapporto tra Costituzione e legge (e Amministrazione): delimita l'esercizio del potere da parte dell'esecutivo. Secondo alcuni il suddetto principio produrrebbe effetti solo in virtù di atti autoritativi cioè di atti dove vi è l'esercizio di un potere e in cui non si necessita del previo consenso. Si pone all'attenzione del lettore come sembri assai improbabile che un principio nato per tutelare i cittadini da ogni forma di abuso del potere trovi applicazione solo per un certo tipo di atti sia pure questi caratterizzati dalla manifestazione del potere per eccellenza, non solo perché sarebbe assai limitativo ma anche perché come vedremo in avanti manca la nozione di atto autoritativo il quale secondo noi non può essere limitato alla sola chiara e percettibile manifestazione di potere, anche gli accordi infatti possono essere funzionali al contenuto di un provvedimento ex art. 11 L. 241/90. Secondo la profilatura costituzionale il principio di legalità è il rapporto tra P.A e legge: il suo compito infatti non è solo quello della mera attuazione delle disposizioni, ma anche di tutela del cittadino. Si tratta dell'estensione bilaterale e trilaterale del principio di legalità: nell'estensione bilaterale si legittima il potere, in quella trilaterale si difende la cittadinanza. Alla luce di queste ed altre considerazioni possiamo dire che il principio di legalità si estende anche a quegli atti che non sono autoritativi e può produrre effetti anche nei confronti dei terzi senza il consenso. Del principio abbiamo una parte formale e una sostanziale; una valenza formale: il rispetto della legge, una valenza sostanziale: la norma deve individuare il potere nei suoi elementi essenziali in relazione al contenuto possibile e accessorio, ai presupposti che consentono o impongono l'esercizio del potere e agli effetti giuridici: in questo modo è definito il potere attribuito all'ente. Attraverso questo sistema si consente il controllo dell'esercizio del potere, si definisce come, quando e se utilizzare il potere (discrezionalità della Pubblica Amministrazione). Detto ciò appare chiaro come una componente del potere esercitato dalla P.A sia vincolata mentre l'altra discrezionale. Il potere si definisce vincolato quando è completamente disciplinato dalla norma. Esempio: rilascio carta d'identità e certificato elettorale. L'Amministrazione si limita a valutare i presupposti ma non c'è un potere decisionale, non decide ma esercita una funzione. L'accertamento del potere è presupposto per la norma non deve ricomprendere un'attività procedurale. Si parla di potere anche in virtù degli effetti che si producono attraverso l'intermediazione accertativa rimessa all'Amministrazione. In questo caso abbiamo un'accezione ristretta del principio di legalità. L'attività discrezionale si ha quando la P.A decide come, se e quando agire. Dal principio di legalità discende quello di tipicità che indica come il contenuto e gli effetti della legge debbano essere predeterminati. Il potere amministrativo a differenza di quello normativo è un potere tipico. Questo significa che l'esercizio di un determinato potere corrisponde a un determinato effetto previsto e disciplinato dalla norma. I poteri possono essere vari. Il principio di tipicità è uno dei corollari di quello di legalità. Esistono dei poteri che si configurano come atipici: ordinanze di necessità e di contingenza; si tratta di un potere solitamente attribuito al prefetto o al sindaco in caso

di urgenze in materia di sanità. La norma definisce il presupposto ma non definisce *ex ante* il contenuto e gli effetti del potere. Le ordinanze ingenti e contingenti (atipiche) possono derogare alle disposizioni di legge urgenti in materia fino a quando persiste lo stato di emergenza. Quando vengono emesse entrano nel novero delle fonti e vengono equiparate alla legge. La materia su cui operano queste ordinanze deve essere coperta da riserva di legge relativa non assoluta. Il principio di legalità si lega al principio di separazione dei poteri e a garanzie individuali: il cittadino deve essere tutelato e lo Stato deve usare il proprio potere solo quando serve. Lo scopo è quello non di limitare ma di legittimare il potere. Il potere amministrativo è un potere autoritario che discende dalla legge stessa. La legge prevede in astratto, l'Amministrazione provvede attraverso le funzioni. Questo principio è stato con il tempo collocato e interpretato in maniera diversa. La legge è diventato uno strumento diretto all'individuazione di interessi meritevoli di tutela. Quando parliamo di principio di legalità facciamo riferimento alla legge intesa in senso sostanziale: bisogna tenere presente la Costituzione e le fonti comunitarie (CEDU). La logica è quella statuale. Nell'ambito comunitario non trova un ancoraggio legislativo ma ne è tuttavia un'applicazione pacifica. L'art. 2 TUE afferma che l'Unione si basa sui principi dello stato di diritto e della democrazia; tale principio non è ancorato a quello comunitario. A livello comunitario il principio è piuttosto una regola e non esiste una dialettica stringente tra politica e amministrazione. Si tratta di un insieme di regole diverse nella loro specialità e nella loro origine che convergono verso la garanzia che l'ordinamento comunitario risponda a rigide regole di ragionevolezza, certezza e adeguatezza attraverso il rispetto delle norme del Trattato (proporzionalità). La legalità deve prendere forma in una norma di diritto accessibile, precisa e prevedibile per garantire la certezza del diritto. Legalità procedurale vuol dire garantire il rispetto delle norme e delle garanzie del procedimento amministrativo comprese le norme sul giusto procedimento e sul contraddittorio. L'art. 21 *octies* della LPA consente ad un atto illegittimo di non essere sottoposto a regime di annullabilità pure essendo viziato perché la logica che prevale non è il rispetto formale della legalità ma si guarda alla legittimazione dell'obiettivo e cioè alla finalità. L'art. 21 *octies* rappresenta un aspetto del principio di legalità: la *ratio* sottesa è quella di guardare al risultato piuttosto che al rispetto della legge (si noti che in questa sede si fa riferimento ai poteri vincolati).

RIVISTA DI DIRITTO E STORIA COSTITUZIONALE DEL RISORGIMENTO

FONTI GIURIDICHE

**Il testo è aggiornato con:
Giurisprudenza**

C. cost., ord., n. 92_2015 - Integrazione postuma della motivazione e art. 21-octies, l. n. 241_90.

Cass., S.U., n. 18152_2015 - Silenzio p.a., art. 10-bis, l. n. 241_90, necessità accertamento situazione giuridica azionata

Cass., S.U., ord., n. 17586_2015 - Annullamento in autotutela e risarcimento danno per affidamento incolpevole.

Cons. Stato, sez. IV, n. 5671_2014 - Nullità dell'atto amministrativo e riparto di giurisdizione

Cons. Stato, sez. VI, n. 5887_2014 - Atto amministrativo implicito

TAR Lazio, Roma, sez. II ter, n. 1154_2015 - Principio di liberalizzazione ed i suoi limiti

**TAR Lazio, Roma, sez. III, n. 11391_2015 -
Individuazione ente pubblico**

**TAR Lombardia, n. 390_2015 - Silenzio p.a., art. 10-
bis, l. n. 241_90, necessità accertamento situazione
giuridica azionata**

RIVISTA DI DIRITTO E STORIA COSTITUZIONALE DEL RISORGIMENTO