

## **CAPITOLO 1 : Diritto amministrativo e definizioni.**

**Duplici definizioni diritto amministrativo** → fondata su ognuno dei soggetti considerati ( Amministrazione e Amministrati)

- 1) Diritto della pubblica amministrazione
- 2) Diritto dei soggetti amministrati

Definire il diritto amministrativo , come diritto della p.a. o come diritto dei soggetti amministrati , serve a porre in risalto teorico **un quadro di garanzie** ad evidente costruzione **soggettivistica** che risulta oppositivo rispetto all'altro soggetto escluso dalla definizione.

**La garanzia** giuridica si trova nella norma amministrativa, *cioè nella sua confezione interpretazione ed applicazione*, → **pertanto** la definizione di un diritto come quadro di **garanzie soggettive** deve essere a costruzione **oggettivistica** e dunque palesemente normativo , poiché è la norma a costituire l'oggetto primario della conoscenza giuridica.

**Identificare** la norma amministrativa, come **oggetto necessario** delle due definizioni rende necessario che entrambe le costruzioni (soggettivistica ed oggettivistica) vadano sempre **coordinate**.

**Prima definizione** : *Diritto dell'amministrazione pubblica o normazione amministrativa*:

Riferendoci alla costruzione oggettivistica, va notato che il **diritto dell'amministrazione** coincide e comprende ogni norma che attribuisce alla pubblica amministrazione una posizione **particolarmente garantita** dall'ordinamento giuridico

Questa definizione coincide con la **normazione amministrativa**, e cioè quella che regola il soggetto pubblica amministrazione, la sua organizzazione e la sua azione.

Identificare il nostro diritto amministrativo con la normazione ha l'effetto di produrre un quadro di garanzie **concluso e inalterabile** , perché affidato ad un modello interpretativo **unico ed univoco**.

- Tale modello è quello della risoluzione (*prevalenza assoluta*) del **pubblico interesse** nella normazione amministrativa, intesa in senso complessivo ed in ognuna delle norme che la compongono

Il diritto amministrativo svolge in termini pressoché automatici, il ruolo di garanzia che si trova insito nella definizione di **diritto della pubblica amministrazione**.

**Seconda definizione :** *Diritto dei soggetti amministrati ovvero come garanzia per i medesimi:*

La seconda definizione propone la formulazione sintetica di diritto dei **soggetti amministrati** ad evidente costruzione **soggettivistica** ed intende sottolineare il quadro delle garanzie individuali.

In tale contesto , la normazione amministrativa rappresenta non un dato pregiudizialmente intangibile sol perché incarna l'interesse pubblico, **bensì un necessario oggetto di conoscenza in relazione al quale** l'unico modello interpretativo possibile è quello che consente di ricavarne una **cifra di garanzia adeguata per il soggetto passivo dell'azione pubblica**.

**Terza definizione :** *il diritto amministrativo come scienza ovvero come sistema di dottrina e di giurisprudenza.*

Vi è una terza definizione che si caratterizza per **svolgere un compito di raccordo** rispettivamente con l'una e con l'altra, se non addirittura di **mediazione**.

Questa definizione si rivolge all'interprete ed all'operatore del diritto, ma si differenzia rispetto alle prime due perché **supera** il referente normativo e garantisco.

Si trova centrata sulla considerazione del ruolo che una **conoscenza scientifica** del diritto amministrativo è in grado di svolgere in favore di ognuna delle definizioni prima proposte.

→ In sintesi, questa terza definizione può essere resa nel senso di concepire il diritto amministrativo **come scienza**.

Il diritto amministrativo propone la **conoscenza scientifica** come elemento culturale unitario che permette il passaggio dalla prima definizione (diritto amm.vo p.a. e come normazione) alla seconda (diritto amm.vo come *garanzia* per gli amministrati).

Caratteristica del diritto amministrativo come scienza → consiste nel:

- dare **un senso compiuto** alla normazione e alla garanzia
- **contribuire** a determinare il valore della normazione e della garanzia nell'ordinamento giuridico

- **Assegnare** al referente normativo (al diritto positivo) ed al referente garantistico (all'idea di giustizia nei confronti del potere) una **dignità culturale** di cui i referenti predetti sono privi.

**In se considerati** la prima definizione → è frutto di una necessità giuridica correlata alla essenzialità dei bisogni collettivi.

La seconda definizione → è frutto di una opzione politica correlata alla forma di Stato prescelta dalle forze dominanti in un certo momento storico.

La conoscenza scientifica non propone una sua autonoma definizione per cui → il diritto **amministrativo come scienza** costituisce **un complesso di conoscenze e di teorizzazioni** tutte serventi l'uno o l'altro modo di intendere il diritto amministrativo. Quindi sia nel momento della **confezione del prodotto normativo** che **nell'interpretazione ed applicazione** garantistica del prodotto medesimo.

### **Diritto amministrativo come scienza:**

Se consideriamo il diritto amministrativo come una **scienza giuridica**, allora esso è costituito da un complesso di concetti e di schemi logici che organizzano **a sistema** un insieme *composito e disorganico* di **principi giuridici e di disposizioni normative**.

→ QUINDI , il **risultato** della elaborazione scientifica del diritto amministrativo **è il sistema**.

**Il sistema** è un complesso ordinato e concluso di principi al quale l'interprete e l'operatore del diritto **affidano** il compito di svolgere una funzione di controllo e coordinamento (sovrintendere), all'applicazione delle **norme giuridiche** attraverso la verifica , **dottrina o giurisprudenziale**, della coerenza tra l'applicazione della norma ed il complesso di principi.

**Tra gli scopi che si vogliono perseguire alla formulazione di un sistema** →

- 1) contrastare le lacune in ognuno dei settori normativi nei quali si articola la normazione amministrativa.
- 2) affermare la completezza dell'ordinamento giuridico.

**Dottrina amministrativistica :**

Elaborazione scientifica e la riduzione a sistema del diritto amministrativo  
→ viene attribuita all'opera della **dottrina amministrativistica**.

**Alla dottrina** si devono tutte quelle costruzioni di pensiero che oltre ad assicurare l'autonomia didattica e culturale del diritto amministrativo ne hanno affermato la **dignità scientifica**.

- Riguardo a questo aspetto , si può fare riferimento ad esempio alle affermazioni di coloro per i quali la situazione giuridica **dell'interesse legittimo** non è applicabile nell'ambito del diritto privato **data la sua peculiare natura di figura tipica del diritto amministrativo** (TORRENTE-SCHLESINGER)
- Un altro aspetto riguardo la funzione della dottrina possiamo delinearlo analizzando **l'art. 11 del codice civile** :

*"Le province e i comuni, nonché` gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche **godono dei diritti** secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico."*

**Leggi e usi vengono determinati dal legislatore.**

**Mentre** ... la formulazione di ciò che è il diritto pubblico **non trova definizioni legislative** → dunque questa formulazione viene **affidata alla dottrina**.

La dottrina è composta da giuristi → i giuristi non esitano ad elaborare raffinate analisi , anche di apparati normativi *imbarazzanti* (GROSSI).

### **Giurisprudenza Amministrativa :**

Secondo la giurisprudenza : Il diritto amministrativo è quel complesso di norme e principi che **la giurisprudenza** ha ridotto a sistema.

- **Quindi non è la dottrina che ha ridotto** a sistema il diritto amministrativo.

### **Contrasto formale tra dottrina e giurisprudenza e collaborazione sostanziale :**

La giurisprudenza → ha sempre concepito la dottrina come **sottoposta** al banco di prova del **processo** ed al filtro degli ordinamenti giurisprudenziali consolidati , perché quelle costruzioni possano acquisire dignità nell'ambiente giuridico.

La dottrina → considera la giurisprudenza solo come momento di verifica delle costruzioni dottrinarie **sul caso concreto**.

Anche se ufficialmente vi sono contrasti tra dottrina e giurisprudenza, notiamo **l'utilizzazione** costante da parte della giurisprudenza, della **costruzione dottrinarica** sulle **norme di azione e di relazione** :

**E... anche la dottrina** ha giovato degli apporti giurisprudenziali sull'istituto della **accessione invertita** come modo singolare di acquisto della proprietà pubblica da parte della pubblica amministrazione (Cass 1464/1983, contrastato e rigettato dalla giurisprudenza comunitaria).

Dunque la realtà è quella di un **confronto** e di un **ricambio** continuo di costruzioni e riflessioni i cui risultati pongono concordati scientifici di notevole rilievo.

Infatti se definiamo il diritto amministrativo come "scienza", dobbiamo inserirlo in questa realtà di confronto.

Ad una disciplina giuridica non si può assegnare una definizione **immutabile** dei propri principi, bensì quello di fondere in modo duttile e flessibile **tutti gli apporti** che provengono dai **due settori** del sapere giuridico.

## **Giurisprudenza amministrativa , giudiziale , consultiva, di controllo:**

### **Giurisprudenza amministrativa – significato oggettivo :**

la giurisprudenza amministrativa è quel **complesso di orientamenti giurisprudenziali** che vengono a **consolidarsi** su una materia definita, su di un certo istituto giuridico che **diventano principi** del diritto amministrativo in una fase della storia giuridica.

- Identificando l'espressione giurisprudenza amministrativa in **senso oggettivo**, resta indiscussa l'unità della funzione giurisdizionale come schema logico-giuridico **sovraordinato** anche rispetto alle norme fondamentali. L'unico punto di riferimento è costituito **dall'apporto** che fornisce il **dictum giudiziale** alla **materia amministrativa**.

### **Giurisprudenza amministrativa – significato soggettivo :**

la giurisprudenza amministrativa coincide con la produzione giurisprudenziale dei **giudici amministrativi**, e cioè quei giudici che

appartengono alla sfera organizzatoria della **giurisdizione amministrativa**.

- Identificare l'espressione giurisprudenza amministrativa in **senso soggettivo**, contribuisce ad accentuare un connotato classico del nostro sistema giuridico, e cioè **il principio di separazione della giurisdizione ordinaria da quella amministrativa**.

### **Giurisprudenza giudiziale:**

Presupposizione di entrambi i significati è che la giurisprudenza amministrativa sia **conseguenziale** allo svolgimento di un giudizio, attuato nella forma del processo.

Può rientrare nel significato di giurisprudenza amministrativa, anche **l'attività decisoria ricorsi amministrativi e l'attività svolta degli organismi di controllo**.

L'attività di controllo non viene compiuta secondo un modello processuale, bensì ha una forza che gli deriva dagli ordinamenti pregressi come nell'attuale.

### **Giurisprudenza consultiva :**

Sono ad esempio i pareri del consiglio di Stato in sede di decisione del ricorso straordinario del presidente della repubblica ( in sicilia dal consiglio di giustizia amm.βva per i ricorsi straordinari del presidente della regione).

### **Giurisprudenza di controllo :**

sono riconducibili alla Corte dei conti, l'attività inerente ai controlli, ed alla sua classificazione in un modello **quasi-giustiziale**.

La corte dei conti ha dunque dei caratteri di terzietà e di indipendenza riguardo ai compiti cui viene investito.

L'attività di controllo ha trovato pure qualche riconoscimento da parte del legislatore, si parla di **coordinamento giurisprudenziale** :

- organismi come le commissioni provinciali di controllo hanno esercitato il controllo amministrativo del comune delle provincie e di altri enti locali che la legge regionale siciliana li ha trasformati in sezioni del CO.RE.CO.

Si può parlare di una **giurisprudenza giudiziale**, di una **consultiva** e di una giurisprudenza resa in sede di **controllo**.

**Valore normativo** della giurisprudenza amministrativa → dictum giudiziale come **fonte** di produzione , anche se atipica, dell'ordinamento giuridico.

- **Questa opinione** è contrastante con l'art. 1 Disp. Prel. Cod. civ., ma ha comunque una portata **descrittiva** della tendenza alla **reiterazione del precedente** e molto spesso si configura come una sorta di **supplenza** necessitata, per far fronte all'inerzia del legislatore o al rifiuto di scelte precise di quest'ultimo.

**A mo di esempio...** episodio avvenuto quando un organo giurisdizionale sollevò una questione di legittimità costituzionale su di una legge che **depubblicizzava** taluni enti fino ad allora ritenuti pubblici dalla giurisprudenza e codesta legge considerava codesti enti come privati fin dalla emanazione della norma.

### **Effetti giurisprudenza amministrativa – diritto a formazione giudiziale.**

L'apporto della giurisprudenza amministrativa non è limitato alla sola interpretazione delle norme vigenti o alla loro applicazione al caso concreto, ma **si estende anche nella formazione del diritto positivo** → **pertanto il diritto amministrativo** rappresenterebbe un **diritto a formazione giudiziale**.

La costruzione teorica del **diritto a formazione giudiziale** può trovare applicazione se l'apporto della giurisprudenza funge da stimolo perenne per il legislatore.

**La descrizione** degli interventi legislativi , spiega il diritto a formazione giudiziale, come espressione della volontà collettiva, esternata in procedimenti e forme rituali evidenziato dal momento politico più opportuno.

Se si volessero trovare le **radici di atti normativi** anche a noi vicini, noteremmo che le vere effettive sollecitazioni derivano dalle pronunzie del giudice amministrativo.

- Emblematico l'apporto della giurisprudenza per l'introduzione **del giudizio di ottemperanza** sulle sentenze amministrative, poi divenuto diritto positivo con la legge 1034/1971.

Anche le pronunzie della Corte Costituzionale nell'ambito del sindacato di costituzionalità delle leggi e degli atti aventi forza di legge hanno **attitudine sollecitatoria** →

- Le sentenze di accoglimento possono produrre un vuoto normativo
- Le sentenze che concludono per il **rigetto** , hanno spesso funzione sollecitatoria dell'inerzia legislativa .

## **altri effetti della giurisprudenza amministrativa – diritto a funzionamento giudiziale.**

**Opinione relativa alla formazione giudiziale del diritto amministrativo, entro i limiti dettati dal principio di esclusività-tassatività delle fonti.**

Secondo il principio del diritto a **funzionamento giudiziale**, i criteri di legittimità-illegittimità , ai quali la pubblica amministrazione deve far riferimento nella propria azione e negli atti conseguenti, vanno **tratti dalla giurisprudenza amministrativa** ove da questa già enunciati per vicende **omologhe**.

**Se** questi criteri si concretizzano in regole giurisprudenziali , *il che avviene spesso in seguito al reiterarsi di pronunzie giudiziali conformi ad un precedente*, **il principio in questione comporta per gli organi della pubblica amministrazione di interpretare ed applicare** le norme giuridiche che ne disciplinano l'azione in maniera **conforme** a quella accolta da un organo giurisdizionale.

- **La** pubblica amministrazione può discostarsi da questo principio, e quindi di agire in **difformità di tali regole**, solo in presenza di **circostanze oggettive determinanti incertezza ermeneutica** e perciò esimenti ai fini dell'imputazione di responsabilità amministrativa per funzionari e dipendenti pubblici.

**IL principio di poeriorità (dotato di forza giuridica maggiore) delle regole giurisprudenziali** , da luogo a responsabilità correlata alle leggi amministrative quando la pubblica amministrazione adotta provvedimenti in contrasto con la giurisprudenza **pacifica, costante o consolidata**.

Meno di frequente si produce responsabilità , quando il contrasto si pone tra la giurisprudenza prevalente rispetto ad altra minoritaria.

Al principio di poeriorità delle regole giurisprudenziale si correla un'istituzione prevista dal D.P.R. n° 13/86, il quale si mostra aperto al contributo giurisprudenziale.

Di contro invece, si pongono interventi legislativi , come quello della L. 724/1994, in materia di pubblico impiego, il quale prescrive il **divieto** a tutte le pubbliche amministrazioni di adottare provvedimenti per l'estensione di decisioni giurisdizionali.

## **Orientamenti giurisprudenziali e contrasti di giurisprudenza.**

Le valutazioni della dottrina sul **ruolo** della giurisprudenza amministrativa, sono **mutate** con l'entrata dei **tribunali amministrativi regionali** come organi di **giustizia amministrativa di primo grado**.

Tale mutamento è avvenuto in ragione degli stimoli interpretativi offerti alla riflessione dottrina, dalla giurisprudenza di grado subordinato.

Prima della legge introduttiva di questi tribunali amm.vi regionali (1034/1971) , **la dottrina** mostrava molta diffidenza riguardo le **costruzioni giurisprudenziali** , in quanto il giudice amministrativo (il Consiglio di Stato) operava come **giudice unico**.

- **Il** principio del doppio grado di giurisdizione era ritenuto dalla dottrina uno dei pilastri della civiltà giuridica.

**E poi... ci fu un altro elemento di critica**, che era relativo alle vischiosità (ostacolarità) delle pronunzie che mira all'introduzione del **precedente**, finalizzato ad attribuirgli un valore in **fatto** anche nei paesi come il nostro detti a **diritto scritto**.

**Questo valore in fatto** , trova tuttora dei riferimenti normativi , **VINCOLANTI**, nella giurisprudenza resa **dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato** sulla **omologa giurisprudenza delle singole Sezioni del medesimo consiglio**.

Secondo la dottrina, questo carattere vincolante è destinato ad imporsi sulla giurisprudenza degli **attuali organi di primo grado**.

**Eccezione → Le sezioni** si possono discostare dall'orientamento dell'Adunanza Plenaria **SOLO** quando esistono **gravi ragioni di dissenso**.

- **INFATTI →** C'è una norma che prevede che le Sezioni, con una ordinanza, possono rimettere all'Adunanza delle questioni contenenti un **contrasto giurisprudenziale**.
  - **Esiste anche la rimessione per le risoluzioni di particolare importanza.**

**Contrasto giurisprudenziale →** consiste in una divisione presso che omogenea di pronunzie o di orientamenti **di segno opposto**.

La previsione di un **eventuale contrasto** giurisprudenziale deve considerarsi un elemento **strutturale** del nostro ordinamento giuridico :

- sia perché è **previsto dal diritto positivo**
- sia perché la sua risoluzione può dar luogo a **mutamenti di giurisprudenza (che prima si era attestata su un orientamento consolidato)**
- sia perché quando siamo in presenza di un contrasto giurisprudenziale, ci può essere un **intervento legislativo** (ad es. per la **modifica** di una norma sulla cui interpretazione è sorto un contrasto.)

**Oscillazioni e incertezze giurisprudenziali :**

sono importanti nel nostro ordinamento perché la stessa giurisprudenza riconosce all'interno di queste evenienze delle **cause obiettive di scusabilità dell'errore**, commesso dal soggetto che propone un **ricorso giurisdizionale** e **manca** nel rispetto del termine o nelle modalità di notifica.

- Effetto del **riconoscimento della scusabilità dell'errore → rimessione in termini** PER IL compimento degli atti non compiuti o erroneamente compiuti.

**Aspetti della giurisprudenza consultiva. Pareri decisorii e Pareri obbligatori.**

**Giurisprudenza consultiva** → è il **risultato di** quell'attività svolta dagli organi ai quali la norma attribuisce il compito di **consulenza giuridico-amministrativa**.

**Questo risultato**, non è una *mera somma di pareri* (consulenza = pareri) ma il risultato porta a dei **principi, che si traggono** dall'attività di consulenza, e che determinano **le regole dell'azione del provvedimento**.

**Consiglio di Stato** → organo al quale è conferita la titolarità primaria per tale compito.

- **Ciò significa** → che la giurisprudenza consultiva può essere posta **sullo stesso piano** di quella giudiziale

L'equivalenza tra giurisprudenza giudiziale e consultiva, trova una **conferma nel diritto positivo**, in quanto pone il criterio della **alternatività TRA** :

- **Il ricorso straordinario al Capo dello Stato** (conformemente al parere reso dal C. di Stato)
- **Il ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo.**

**COME STRUMENTO DI IDENTITÀ TRA I DUE STRUMENTI DI GIUSTIZIA.**

Per evitare la possibilità di un **bis in idem**, la L. 1034/1971 e un D.P.R. del 1971 → prevedono **l'esclusione** del ricorso straordinario quando sia stato proposto ricorso giurisdizionale.

**Oltre ai pareri decisori**, il consiglio di Stato rilascia pure dei **pareri obbligatori** sui disegni di legge governativi e sui regolamenti.

Caratteristiche attività consultiva (obbligatoria):

- L'attività del consiglio di stato mira ad eliminare le ambiguità interpretative e contraddittorietà nella disciplina normativa.

Di tali rilievi, **il governo o l'amministrazione pubblica** potranno decidere se **avvalersi o meno del parere**.

Quindi → **carattere giuridicamente NON vincolante** del parere.

Però..... c'è un'ulteriore conseguenza → nel caso in cui i **rilievi e proposte** dell'organo consultivo **vengano disattesi** :

- Le **scelte governative** sul mantenimento **inalterato** delle opzioni contenute nel **disegno di legge**, disapprovate nel parere, **non necessitano di motivazioni** per acquisire dignità giuridica
- Se invece si tratta dell'adozione di un **regolamento difforme** dalle indicazioni critiche e propositive del Consiglio di Stato → il Governo, i Ministri o l'amministrazione interessata **deve apporre considerazioni motivazioni che respingono le indicazioni del consiglio di Stato.**

**RATIO** → EVITARE in caso di **impugnativa** dell'atto regolamentare, un accoglimento di quelle censure le quali potrebbero essere fondate sulla irragionevole reiezione dei rilievi critici e propositivi dell'organo consultivo.

Si parla di **rilevanza giuridica della giurisprudenza consultiva.**

## **Ipotesi di interferenze tra giurisprudenza consultiva e giurisprudenza giudiziale.**

**Giurisprudenza consultiva e giudiziale** → nonostante tali attività si pongano in modo del tutto differenziato sul piano istituzionale, possono sussistere **correlazioni improprie** poiché quelle attività sono svolte da un organo identico.

- **Adunanza generale** → per la giurisprudenza consultiva
- **Adunanza plenaria** → per la giurisdizionale.

Entrambe le attività (consultiva e giurisdizionale) sono enunciate in formule giuridiche **pariordinate** dalle disposizioni fondamentali che le hanno **costituzionalizzate (art. 100 e 103).**

**MA..** PROPRIO quelle critiche avanzate in sede **consultiva**, su disegni di legge e regolamenti **possono essere utilizzate** per instaurare controversie giudiziarie.

**INFATTI...** L'impugnativa di norme regolamentari, trovano fondamento sulle **critiche consultive o su di una interpretazione legislativa che tratta le** medesime critiche.

**QUINDI** → **La giurisprudenza consultiva** può ritorcersi contro la pubblica amministrazione nell'ipotesi in cui questa **non abbia seguito i**

**suggerimenti dell'organo consultivo** e anche nell'ipotesi che ne abbia motivato la reiezione (il rigetto)

- **RATIO** → l'organo consultivo è uguale a quello giudiziale. Quindi è lo stesso Consiglio di Stato che decide in merito alla controversia.

## **Giustizia amministrativa e giustizia nell'amministrazione: Interpretazione dell'art. 100 della Costituzione.**

L'espressione **giustizia amministrativa** → è compresa negli articoli 103 e 125 della costituzione.

L'espressione **giustizia nell'amministrazione** → è contenuta nell'art. 100 della Costituzione.

Per **giustizia amministrativa** → si intende quel complesso di rimedi giuridici che l'ordinamento appresta per la tutela **del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.**

Il processo nella giustizia amministrativa, è sorto per soddisfare tale obiettivo garantistico di tutela.

Per **giustizia nell'amministrazione** → (dove sono collocate la giurisprudenza consultiva e di controllo) si intende quel contesto normativo che riguarda **l'inserimento del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti** tra gli organi **ausiliari** del Governo.

L'art. 100 della Costituzione **assicura l'indipendenza di tali organi dal governo.**

Quindi questi organi sono allo stesso tempo sia **ausiliari** che **indipendenti** :

- Quando il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti hanno la funzione di dare consulenza **giuridico-amministrativa e di controllo, sono organi AUSILIARI del governo**
- **Quando** svolgono funzioni **giurisdizionali**, essi vengono qualificati come organi **indipendenti dal governo.**

Per capire meglio la nozione di **ausiliarità**, vi è un'altra interpretazione :

- **Quando** il consiglio di Stato e la Corte dei Conti svolgono attività ausiliarie, si pongono riguardo alla legge nella stessa relazione di **soggezione esclusiva** in cui si pongono i giudici (titolari della funzione giurisdizionale) ex art. 101 cost.

**Per la corte dei conti** → l'attività di controllo si svolge secondo il modulo del **controllo di legittimità, e quindi** le operazioni di sussunzione del fatto **avvengono in forma quasi giurisdizionale**, senza alcuna considerazione per **le esigenze del governo**.

**Per il consiglio di stato** → l'elaborazione dell'attività consultiva ed il rilascio del parere sono svincolati dal governo in quanto è il governo stesso che attiva la richiesta all'organo Consultivo.

- Infatti i **riscontri sulla legittimità e i pareri sulla legittimità** hanno la funzione attribuita dall'ordinamento solo se :
  - **Sono organi imparziali**
  - **Sono organi indipendenti**

#### **Art. 100. Cost.**

- *Il Consiglio di Stato è organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione.*
- *La Corte dei conti esercita il controllo preventivo di legittimità sugli atti del Governo, e anche quello successivo sulla gestione del bilancio dello Stato. Partecipa, nei casi e nelle forme stabiliti dalla legge, al controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Riferisce direttamente alle Camere sul risultato del riscontro eseguito.*
- *La legge assicura l'indipendenza dei due Istituti e dei loro componenti di fronte al Governo*

art. 100 co. 3 Cost → **La legge assicura l'indipendenza dei due istituti e dei loro componenti , di fronte al Governo.**

#### **FUNZIONE DELLA NORMA :**

- Funzione di garantirsi dall'ingerenza di chi concorre alla composizione dei due organismi
- AVREBBE SOPRATTUTTO, il **significato giuridico di unire la garanzia dell'indipendenza, alla norma principio** dettata ex art. 104 co. 1 Cost. (La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.)

**ORA...** dovendosi **l'indipendenza riferirsi** (ex. Art. 100) alle **attività NON-GIURISDIZIONALI** dei due organismi,

- *Infatti per le loro attività giurisdizionali si applica l'art. 108 Cost (La legge assicura l'indipendenza dei giudici dalle giurisdizioni speciali)*

**SI DEDUCE** CHE LE attività **non-giurisdizionali svolte da organi ausiliari** ma indipendenti, si trovano collocate nella formula **giustizia nell'amministrazione** sulla base di due **circostanze**:

- 1) I compiti di consulenza e controllo hanno rilevanza costituzionale → Pertanto secondo questa formula , occorre che siano svolti da organi **super partes**, secondo i canoni etici dell'idea di giustizia.
- 2) Concepire l'amministrazione come **azione** (in termini classici come *attività amministrativa*), e non come soggetto , il quale è caratterizzato giuridicamente da **interessi propri**.
  - Concepire l'amministrazione come **azione**, significa che i **compiti di consulenza e di controllo** diventano espressione di finalità collettive, non solo **ausiliarie** per gli interessi del soggetto **pubblica amministrazione**, ma anche **necessarie** per la **sottordinazione** dello stesso soggetto ad un'esigenza fondamentale dell'ordinamento giuridico → cioè la **rimozione di ogni possibilità di arbitrio, e dunque la realizzazione della giustizia**.

**Le alternative concettuali per la costruzione del sistema mediante binomi collegabili con le definizioni del diritto amministrativo.**

Formule :

- **Autorità – Libertà**
- **Autorità – Servizio**
- **Pubblico - Privato**

SONO sintesi di **concetti giuridici** molto importanti.

**Queste formule , sono espressioni** che **sintetizzano** in forma di **binomio , le alternative concettuali** che la scienza del diritto amministrativo ha posto e continua a riproporre con il fine della **costruzione sistematica del diritto**.

**La riduzione** di tali alternative **alle formule per binomi**, serve a rendere con evidenza immediata **le scelte di campo che il legislatore,**

l'amministratore , l'interprete e l'operatore giuridico si trovano a compiere nell'impegno rivolto a **confezionare, applicare , comprendere e dare un senso giuridico compiuto alle leggi amministrative.**

**La semplificazione** , tipica di ognuna di tali alternative, può far sì che vi sia la praticabilità di entrambe le alternative nello stesso settore normativo e addirittura nella stessa norma.

**Esempio della evoluzione normativa in materia di democratizzazione dell'ordinamento militare**

- L'alternativa tra modello gerarchico e modello democratico nell'organizzazione delle forze armate si pone come scelta tra le opzioni interpretative offerte dall'art. 52 co. 3 Cost.

Per quanto riguarda le posizioni **concettuali intermedie** → **esse** hanno una funzione **compromissoria ed equilibratrice**, che si può attribuire alle discipline giuridiche e al diritto comune per regolamentare i soggetti pariordinati.

Tale **funzione (compromissoria)** non può trovare applicazione per via della **radicalizzazione della norma** (o dell'intero settore normativo) attorno **all'uno o all'altro dei termini dell'alternativa concettuale. TUTTAVIA.....** è APPREZZABILE perché si presenta come un tentativo di fusione di tali termini.

Il **significato** e la **rilevanza** del **binomio** (inteso come **costruzione di alternative giuridiche**) possono semplificarsi in questo modo :

→ **a) ognuno dei termini del binomio** deve ritenersi rappresentativo di una serie di concetti ed istituti finalizzati a rendere ognuna delle due principali definizioni del diritto amministrativo...

**e cioè:**

- **1) Diritto dell'amministrazione pubblica**
- **2) Diritto dei soggetti amministrati**

→ **b) posto** che :

- **Pubblica amministrazione**

**E**

- **Amministrati**

Costituiscono i **soggetti** attorno ai quali si trovano costruite **le definizioni predette (1 e 2)** , resta implicito che uno dei due soggetti sarà **passivo** o **subalterno** rispetto all'altro.

## **Il concetto di autorità nei binomi "autorità-libertà" ed "autorità-servizio".**

Binomio **autorità – libertà** → sintetizza la contrapposizione tra **potere** e **cittadino**.

Binomio **autorità – servizio** → demarca due modi di essere della pubblica amministrazione, anch'essi contrapposti.

**L'autorità libertà** corre tra soggetti diversi e contrapposti:

- Il potere amministrativo
- Il cittadino

**L'autorità servizio** invece, afferisce allo stesso soggetto, **la pubblica amministrazione e riguarda i modi di organizzazione del soggetto considerato**.

**L'autorità :**

- Dal punto di vista **oggettivo** → è un concetto che proviene dal passato e che si coniuga con la **forza, in un primo tempo irresistibile**, cui era dotato il sovrano nello Stato assoluto,
- Dal punto di vista **soggettivo** → il **vertice** personificato di **una organizzazione politica od** un apparato servente, sono **TUTTI investiti della potestà di far valere (irresistibilmente) le proprie esternazioni rispetto a chi, SUDDITO, QUELLA potestà non ce l'ha..e quindi **la subbisce!****

Ma l'autorità **si affermò come forza oggettiva**.

**Perché? A seguito di 2 fattori :**

- 1) la sovranità finisce per acquisire **derivazione popolare**
- 2) L'affermarsi dello Stato di Diritto e del principio di Legalità ha dato la qualificazione **dell'autorità come forza** perché la **legge** è atto di volontà generale e quindi **superiore** a qualunque altra esternazione di potere.
  - Legge è quindi autorità e fonte dell'autorità (allo stesso tempo).

## **L'autorità in senso soggettivo e in senso oggettivo : L'identificazione nella pubblica amministrazione e nell'atto amministrativo.**

Nell'espressione **potere esecutivo** si comprende l'identificazione della pubblica amministrazione e del potere amministrativo.

Il **potere esecutivo** accoppia :

- Una **qualità materiale** che deriva dal passato → ogni esecuzione comporta **l'impiego della forza**
- Una qualità nuova che rende **concreto** ciò che la volontà generale ha disposto in astratto → **potere esecutivo** come **esecuzione della legge**.

**Conseguenza :**

**L'azione amministrativa o esecutiva**, pur dotata di quella stessa forza materiale che ne aveva consentito il tramutarsi in arbitrio, va **reputata legittima** perché riferita o riferibile alla legge (**presunzione di legittimità dell'azione pubblica**).

**L'atto amministrativo** fa diritto per il privato. Infatti a questo enunciato sono collegate le caratteristiche moderne della **imperatività, della autoritarità e soprattutto della esecutorietà degli atti amministrativi**.

- **Riguardo** l'esecutorietà, è intesa come possibilità di portare ad esecuzione la volontà amministrativa **senza consenso del destinatario e senza l'intervento di alcuna autorità diversa da quella della p.a.**

**L'alternativa autorità – libertà e il bipolarismo del diritto amministrativo. IL versante della libertà : soggetto passivo e soggetto attivo – soggetti cointeressati e soggetti controinteressati.**

L'alternativa autorità – libertà si pone tra soggetti diversi e **contrapposti** tra loro. Questi soggetti sono :

- Il cittadino
- Potere amministrativo.

Questa alternativa ha consentito di astrarre questa contrapposizione come **descrittiva di una concezione dicotomica o bipolare del diritto amministrativo.**

AUTORITÀ - LIBERTÀ

Da un lato , e cioè il **versante dell'autorità** , raccoglie in un'unica individuazione **soggettiva**, la **pubblica amministrazione** come figura unitaria ed omnicomprensiva.

Dall'altro, e cioè il **versante della libertà** comprende una pluralità di indicazioni riguardo i soggetti cui si riferisce questo versante :

- Astrattamente si configura un soggetto unitario , e cioè il privato, in quanto esposto **all'azione amministrativa.**
- **Invece... nella realtà giuridica** ci sono diverse figure soggettive **che si aggiungono a quella del soggetto privato:**
  - Ad es. il pubblico dipendente → al quale gli viene irrogata una sanzione disciplinare
  - Il proprietario → al quale viene espropriato un fondo rustico.

IL **soggetto passivo** ha da sempre costituito il referente immediato ed esclusivo per impersonare **il versante della libertà.**

Soggetto passivo →

- pubblico dipendente + sanzione
- proprietario espropriato

Soggetto attivo →

- privato che accede agli impieghi pubblici a seguito di procedimento concorsuale e di relativo atto di nomina
- privato che richiede ed ottiene una concessione per l'uso di un bene demaniale
- privato che richiede ed ottiene l'assegnazione di un alloggio popolare.

Il **soggetto attivo può essere inserito anche lui nel versante della libertà.**

**Perché?**

Il **soggetto attivo** è quel soggetto che pur esposto all'azione dell'autorità, **ha interesse a che l'azione amministrativa si svolga.**

**Quindi** deve presumersi che anche il soggetto attivo, come quello passivo, possa essere considerato inserito nel **versante della libertà in quanto esposto all'azione amministrativa ed alle sue vicende giuridiche.**

**In SINTESI** → LE POSIZIONI del soggetto beneficiario (**attivo**) e di soggetto inciso (**passivo**) dell'azione dell'autorità **trovano collocazione nel versante della libertà** perché entrambi manifestano delle situazioni giuridiche.

**Infatti :**

- Soggetto attivo (beneficiario) → pretesa del beneficio o **al vantaggio**
- Soggetto passivo → situazione giuridica della difesa o **tutela** rispetto all'azione autoritativa.

Manca la considerazione del **privato-soggetto attivo**, inteso come beneficiario dell'azione amministrativa, in quanto il binomio **autorità-libertà**, ha individuato un rapporto nel quale solo la **pubblica amministrazione** ha un ruolo attivo.

- La descrizione è esatta dal punto di vista della **titolarità esclusiva** nella pubblica amministrazione di **potestà pubbliche** che il privato non può intitolarsi.

Sullo stesso versante della **libertà**, **vanno compresi** anche altri soggetti, che hanno interesse all'azione amministrativa. Si parla di :

- **Soggetti cointeressati** (direttamente e indirettamente)
  - Direttamente → **impugnativa** di graduatoria concorso per vizi – gli altri soggetti *esclusi* sono cointeressati.
  - Indirettamente → **impugnativa** di un diniego di concessione ad edificare avanzata da un imprenditore – sono cointeressati (indirettamente) tutti quei soggetti che hanno con costui *stipulato preliminari di vendita dei futuri appartamenti*.
- **Soggetti controinteressati.**

**Vanno compresi perché** tali soggetti vengono riconosciuti

- dal **diritto sostanziale** come legittimati a prender parte al **procedimento di formazione** dell'atto dell'autorità amministrativa.
- Dal diritto processuale → sono legittimati a partecipare al giudizio avviato dal soggetto direttamente interessato.

## **Nozione di controinteressato, problema della sua collocazione.**

Il controinteressato , suscita qualche problema riguardo la sua inserzione in uno dei due versanti (autorità o libertà).

Il controinteressato è quel soggetto privato il quale , di fronte ad una lesione inferta ad un altro soggetto dalla pubblica amministrazione , **è avvantaggiato dall'azione dell'autorità** e quindi dalla lesione che essa infligge.

La posizione del controinteressato dovrebbe pertanto inserirsi sul **versante dell'autorità** , quanto meno per la coincidenza degli obiettivi che persegue la pubblica amministrazione.

**Mentre...**dal punto di vista della **qualificazione degli interessi** ,si dovrebbe inserire nel **versante della libertà** , in quanto il privato ha interessi privati, mentre la p.a. ha interessi **pubblici**.

**Data l'incertezza**, LA NOZIONE di **controinteressato** viene limitata al quadro processuale .

- L'ordinamento considera il controinteressato come una figura **istituzionale** → dunque **necessaria sia** :
  - Sia nel **procedimento di decisione dei ricorsi amministrativi**
  - Sia nel **procedimento di formazionale dell'atto**.

La posizione di **controinteressato** permane in un soggetto fino **all'esaurimento** di tutti i procedimenti **che riguardano l'azione**.

- Dipenderà poi dall'**esito** di ognuno di questi procedimenti se la posizione di controinteressato **rimarrà** allo stesso soggetto oppure se **si trasferirà nel soggetto che si era inizialmente attivato**.

Come farà questo soggetto ad assumere le veci di controinteressato?

*Avviando il procedimenti amm.vo, presentando il ricorso amm.vo, assunto la qualità di ricorrente nel processo amm.vo.*

**A** propone impugnativa.

**B** è controinteressato.

**Quando** il giudice amm.vo emetterà sentenza, **b** può divenire soggetto interessato ad impugnare la **decisione sfavorevole** al mantenimento dell'atto.

→ **Quindi** il soggetto che aveva proposto l'impugnativa diventa **controinteressato** e **B** diventa **interessato**.

**A** → **Controinteressato**

**B** → **Interessato** , in quanto impugna la decisione sfavorevole.

Analizziamo la **diversa posizione del controinteressato**:

- Mentre prima, l'interesse di **B** (il primocontrointeressato) era diretto al **mantenimento** dell'atto che **A** aveva impugnato.
- **Ora**, cambiando soggettivamente il controinteressato, l'interesse di quest'ultimo è rivolto al **mantenimento della decisione** resa dal giudice (in via gerarchica)

Il dato costante in entrambe le posizioni (**di controinteressato**) è che gli effetti di tali posizioni si rivolgono sempre **a vantaggio dell'amministrazione pubblica**.

**Attività del controinteressato**:

- Attuare una **linea di giudizio autonoma e differenziata** rispetto a quella seguita dalla pubblica amministrazione, anche se tesa allo stesso obiettivo rappresentato dal **mantenimento integrale** dell'atto sottoposto ad impugnativa.
- Poter partecipare in contraddittorio informale con il soggetto leso, **alle fasi del procedimento** concernenti **l'adozione dell'atto amministrativo** ed i momenti che determinano la sua efficacia.

Queste attività del controinteressato, per la finzione introdotta dal criterio della bipolarità sembrano trovare sistemazione nel versante **dell'autorità**

perché possono venire interpretate come funzionali **all'interesse pubblico**.

- Infatti nell'ipotesi in cui la pubblica amministrazione non si costituisca in giudizio , il giudice emette sentenza di rigetto dell'impugnativa grazie all'esclusivo **apporto del controinteressato**.

Ma la posizione del controinteressato va ascritta al **piano della garanzia**:

- Nel binomio autorità-libertà essa si colloca sul secondo termine (libertà) perché il controinteressato **solo a tutela della propria posizione si attiva nei confronti dell'autorità** e non per perseguire il fine che la pubblica amministrazione persegue.

### **L'alternativa autorità – servizio ed il soggetto pubblica amministrazione.**

L'alternativa concettuale **autorità e servizio** riguarda il modo di proporsi nell'ordinamento giuridico, del soggetto **pubblica amministrazione**.

L'alternativa **autorità – libertà** , si pone come alternativa tra due soggetti e deve iscriversi in un **modello costituzionale** → al quale resta affidata la continuità di tale alternativa , a seconda della forma di Stato prescelta.

### **INVECE...**

**L'alternativa autorità – servizio** ha come oggetto i **vantaggi** collettivi ed individuali dell'azione pubblica e quindi non è altro che **l'organizzazione del soggetto pubblica amministrazione** non preordinata rigidamente (come invece avverrebbe se questa alternativa avesse rango costituzionale).

La nozione di **servizio**, è una **nozione globale** e si riferisce sia :

- All'aspetto **organizzatorio della pubblica amministrazione**
- **Sia.. all'azione amministrativa** → e cioè che l'azione medesima svolta nella forma di **servizio** viene più agevolmente accostata al **soddisfacimento degli interessi collettivi** di quanto non avvenga se svolta in forma autoritativa.

## **La nozione di servizio ed i servizi pubblici essenziali: L'oggettivizzazione del servizio come destinazione all'utenza.**

Taluni dei servizi possono essere essenziali → cioè porsi in situazione preferenziale rispetto ad altri.

La **selezione** tra i servizi nel nostro ordinamento si è avuta →

In ragione del carattere **individuale** e della **natura giuridica** della prestazione amministrativa che attraverso il servizio si **consegue**.

Questo espediente ( binomio **utile collettivo – utile individuale** ) è **necessario** perché ogni servizio è mirato al soddisfacimento di **interessi collettivi** , sarebbe stato meno **agevole** scegliere quali di tali interessi siano essenziali o **no**.

**Al** principio di pariordinazione degli interessi collettivi (e quindi **di tutti i servizi che li soddisfano**) si è contrapposta la regolazione del **diritto di sciopero, nella quale** si instaura un sistema di **garanzie** collettive nelle quali **l'essenzialità del servizio** e la sua **predeterminazione normativa oggettivizzano** sia **l'interesse degli utenti** sia l'interesse di **ogni singolo utente**.

**Oggettivizzare** il servizio pubblico significa far prevalere gli aspetti oggettivi , e cioè quelli destinati al servizio dell'utenza, e non quelli soggettivi (che sono quelli autoritativi).

Parleremo di **servizio pubblico in senso oggettivo SE** questa particolare forma di organizzazione della pubblica amministrazione corrisponde al **modello economico-utilitaristico** dei vantaggi collettivi ed individuali. (es. la commissione di garanzia , teso alla cura dell'interesse collettivo ed individuale)

### **Titolarità del servizio : Caratteristiche mutevoli.**

La nozione di servizio in senso oggettivo , si concreta in un'azione svolta dalla pubblica amministrazione per la **cura di interessi collettivi ed individuali**, in cui la **destinazione economico – utilitaristica** è prevalente rispetto all'esercizio dell'autorità.

Da un punto di vista soggettivo , **la titolarità** nell'organizzazione del servizio può spettare :

- **All'amministrazione tradizionale**
- Sia ai **centri di riferimento** appositamente istituiti (Servizio sanitario nazionale - servizio di protezione civile )
- Sia a **persone giuridiche di diritto pubblico** (INPS)
- Sia a **persone giuridiche di diritto privato** (RAI)
- Sia a **privati** (concessionari di linee per il trasporto autom. Ferroviario ecc)

Quindi → all'**unicità** della nozione oggettiva di **servizio** corrisponde una **pluralità di forme organizzatorie** (principio di fungibilità delle strutture adibite ad un identico servizio)

### **IN SINTESI →**

La pubblica amministrazione **concepita come servizio ha:**

- **Caratteristiche soggettive** , mutevoli e reversibili
- **Caratteristiche oggettive** , riguardo la nozione di servizio, che si presentano costanti e immutabili nel tempo.

### **Disciplina regolatrice e flessibilità nella scelta del regime normativo.**

Nella normazione che disciplina la pubblica amministrazione (**intesa come servizio**), è consentito formulare un **principio di flessibilità dell'ordinamento** nella **scelta del regime normativo** al quale riferire sia **l'organizzazione** sia **l'azione dell'ente al quale** il servizio è **attribuito**.

Riguardo a questa scelta, conformemente all'applicazione del principio di flessibilità, si può **applicare** sia **l'apparato delle norme di diritto pubblico** sia quelle di diritto privato. O addirittura anche quell'apparato risultante dalla **combinazione** tra i due regimi.

- **Es.** ferrovie dello Stato.

### **Attribuzione , autoattribuzione e conferimento del servizio.**

Il regime pubblicistico ha assunto la prevalenza sulla **attribuzione del servizio** .

**PRIMA** DELL'Adeguamento della nostra legislazione ai principi dell'ordinamento comunitario :

- **la titolarità di servizio** doveva essere attribuita dalla legge in favore di :
  - Stato
  - Enti pubblici
  - Aziende pubbliche
  - Aziende private ma in mano pubblica.

→ Quindi se il servizio era mirato ad un **interesse generale** occorreva una legge dello Stato che sanciva l'attribuzione

→ Interesse regionale → legge regionale

→ Interesse locale → con provvedimenti amministrativi che disponevano la **municipalizzazione** (questa forma regolata da un R.D. del 1925, **consisteva** in una sorta di **autoattribuzione**)

**Se** la legge (statale o regionale) o altri provvedimenti prevedevano che lo svolgimento del servizio non era in regime di **monopolio**, le **modalità di gestione** potevano comprendere anche l'affidamento a privati di particolari servizi (come quelli telefonici postali ecc..)

**DOPO L'ADATTAMENTO** ALLE regole dell'**ordinamento comunitario**, **ci fu il conferimento** dei servizi pubblici ai privati mediante **provvedimenti dell'autorità amministrativa** (concessioni , autorizzazioni) che di regola **conseguono a procedimenti di gara indetti appositamente**.

**I** PROVVEDIMENTI di conferimento sono accompagnati da un **disciplinare** (*cahier des charges*, o quaderno degli oneri) , nel quale l'amministrazione pubblica **pone le regole** per l'espletamento del servizio da parte del privato concessionario (regole come clausole negoziali).

Il Modello del conferimento dei **servizi ai privati** è **alternativo** rispetto a quello dell'attribuzione o dell'autoattribuzione.

Su questo aspetto incide il referente **economico-utilitaristico** della nozione di **servizio**, **sottolineando** la **flessibilità** dell'ordinamento nella scelta dell'una o dell'altra modalità giuridica.

*Esigenza trasporti* → può essere soddisfatta mediante il conferimento di un privato concessionario.

**Per rendere** identificabile il carattere **pubblicistico** (nei confronti dell'utenza) **o privatistico** si è fatto riferimento sempre al corrispettivo della prestazione erogata dal servizio :

- Nel pubblico il corrispettivo → **tassa o un canone**
- Nel privato il corrispettivo → **prezzo.**

## **Differenze tra le concezioni della pubblica amministrazione come autorità e come servizio.**

### **Riguardo i modi (differenti) in cui si realizza l'azione :**

#### **Servizio →**

L'azione si concretizza in atti di diritto privato (contratti) o a struttura privatistica (convenzioni, disciplinari). Il suo scopo è l'erogazione del servizio.

#### **Autorità →**

L'azione si concretizza in atti, provvedimenti e comportamenti che costituiscono il **risultato finale dell'azione amministrativa**, e raggiunge lo scopo voluto dalla legge.

### **Finalità generale:**

(Nella pubblica amm.ne concepita come) **Servizio →**

Le finalità sono :

- Il **progresso**
- Lo **sviluppo** del gruppo sociale e dei suoi comportamenti.

Mentre le **finalità di conservazione** (*anch'esse obiettivi della nozione di servizio*) → sono accompagnate da

- **finalità di progresso** compresenti nello stesso servizio (compiti di medicina preventiva nel servizio sanitario)
- oppure sono **strumentali** al fine che le finalità di progresso non siano **interrotte** (es. protezione civile).

#### **Autorità →**

Finalità generali sono comprese nelle finalità di conservazione.

### **Qualità delle situazioni giuridiche dei soggetti esposti all'azione amministrativa :**

#### **Servizio →**

È prevalente la situazione del diritto soggettivo e marginale la situazione dell'interesse legittimo.

### **Autorità →**

È prevalente la situazione dell'interesse legittimo e marginale la situazione del diritto soggettivo.

**Conseguenza** di questa prevalenza e marginalità **consiste** nella spettanza delle controversie :

- Sul servizio → **alla giurisdizione ordinaria**
- Sull'autorità → **alla giurisdizione amministrativa**

### **Apparato normativo di riferimento :**

#### **Servizio→**

Flessibilità dell'ordinamento in merito alla disciplina giuridica dei singoli servizi.

#### **Autorità →**

Apparato normativo pubblicistico.

La norma sull'autorità è suscettibile **di un solo giudizio** di valore perché tale norma deve essere **devoluta all'utile collettivo** e dettata per il suo **soddisfacimento**.

- Anche i provvedimenti **ampliativi delle posizioni giuridiche dei privati** (*concessori ed autorizzatori*) costituiscono esercizio di **potestà pubbliche**.

### **Controlli sull'azione:**

#### **servizio →**

il servizio è fondato sul modello economico-utilitaristico pertanto si deduce il carattere **aziendalistico** dei suoi **criteri direttivi**:

- Il più rilevante di tale criteri è quello della **ottimizzazione dei risultati** → ne consegue che la tipologia dei **controlli** deve riguardare la **gestione del servizio** (controlli di efficienza, efficacia, produttività)

#### **Autorità →**

Nella concezioni di autorità, i controlli sull'azione sono invece controlli di **stretta legittimità** ( e solo eccezionalmente di **merito**);

**Perché?** → siccome l'azione deve risolversi nell'osservanza della legge, ogni ipotesi di controllo deve seguire **l'iter** logico-giuridico seguito dalla pubblica amministrazione e **nell'applicazione della norma**.

- Quindi il canone di **buon andamento** risulta **inapplicabile**, *salvo norme espresse*.

## **L'alternativa tra pubblico e privato : dal punto di vista normativo e scientifico.**

Un'altra alternativa concettuale sulla quale può fondersi la ricostruzione del diritto amministrativo **come sistema giuridico** è :

### **L'alternativa pubblico-privato.**

Dal punto di vista **normativo** →

Si tratta di un'alternativa che si pone tra regimi giuridici differenti :

- IL regime di diritto pubblico → persegue **l'utile collettivo**
- Il regime di diritto privato → coltiva **l'utile individuale.**

Dal punto di vista **scientifico** →

Il **diritto privato** , in quanto diritto di tutti i soggetti parordinati dell'ordinamento giuridico, ha trovato la qualifica di **diritto comune** e quindi di **diritto generale.**

Il **diritto pubblico** , in quanto diritto dettato solo per **taluni soggetti** dell'ordinamento giuridico, dei quali solo il diritto pubblico può disciplinarne l'organizzazione e l'azione, **si raffigura come diritto speciale.**

**QUINDI** → Dal punto di vista **scientifico** l'alternativa ha il difetto di porsi in termini disomogenei, in quanto **la legge speciale** prevale sulla legge generale.

**Dal punto di vista normativo** → sicuramente più omogenea questa lettura , poiché **l'utile collettivo** si compone pure dell'utile individuale, e quindi anche affermando la prevalenza del regime del diritto pubblico **non si possono ignorare le garanzie** del regime di diritto privato.

**Necessità dell'alternativa** come duplicità istituzionale di regimi giuridici e di sistemi normativi → sarebbe infatti impensabile che l'organizzazione e il funzionamento del Consiglio dei Ministri possa essere affidato a norme di diritto privato.

**I tre criteri di trattazione dell'alternativa :**

- 1) Assimilazione tra pubblico e privato**
- 2) Opposizione tra pubblico e privato**

### 3) Mediazione o combinazione tra i due regimi giuridici.

L'alternativa pubblico-privato :

- Differenzia due regimi giuridici
- Distingue due settori normativi che **contrappongono** la collettività e l'individuo.

Ci sono **tre modi** nei quali **l'ordinamento** e **l'osservazione scientifica** trattano l'alternativa.

#### 1) L'assimilazione tra i due termini dell'alternativa.

Il criterio di assimilazione consente di ritenere che **l'utilizzabilità** del regime di diritto privato negli affari della pubblica amministrazione è **possibile** quando la norma civilistica **si ponga , o sia interpretata, come una esigenza fondamentale dell'ordinamento**, acquisendo così valore di principio al quale la norma pubblicistica viene **sottordinata** o addirittura **abrogata**.

#### 2) Opposizione tra pubblico e privato.

Ne rappresenta un esempio importante , la **dicotomia ente – pubblico , ente – privato**.

Allo scopo di porre in termini oppositivi l'ente pubblico rispetto all'ente privato , **occorre** individuare gli elementi differenziali che rendano l'istituzione, l'organizzazione e l'azione **dell'ente pubblico, diversificabili** dagli elementi che si riscontrano nell'ente privato

- A tal proposito , hanno assunto importanza gli elementi del **fine**, pubblico e privato, **dell'interesse** , collettivo ed individuale, **della istituzione**, da parte dello Stato o no, della **titolarità di potestà pubbliche**, della **sottoposizione all'ingerenza dello Stato circa la nomina degli amministratori, controlli sugli atti di gestione**.
  - Il riscontro di tali elementi , nell'interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, **ha determinato la scelta del regime pubblicistico o privatistico** in modo globalmente **oppositivo**.

#### CONSEGUENZA →

- SE L'Alternativa prescelta è quella pubblicistica, il regime di diritto pubblico si applica tendenzialmente in **modo integrale**.

- SE dottrina e giurisprudenza non riconoscono a quegli elementi la forza di determinare la **pubblicità dell'ente**, nonostante la presenza di qualche carattere pubblico negli elementi sottoposti a verifica, **l'ente è privato** ed il regime tendenzialmente applicabile sarà **quello privatistico**.

### **3) Mediazione o combinazione tra i due regimi giuridici (pubblico e privato).**

Esso comporta il trasferimento o la semplice utilizzazione di norme o di interi corpi normativi da un regime all'altro e viceversa.

A noi interessa l'utilizzo o il trasferimento di norme privatistiche nell'ambito del diritto pubblico per **la disciplina di soggetti, atti, procedimenti e scopi** che perseguono al soddisfacimento dell'utile collettivo.

Esempio → enti pubblici economici , che sono istituti di diritto pubblico , che **sono caratterizzati dall'esercizio** di un'impresa con criteri di economicità volti a conseguire un equilibrio tra costi e ricavi (non tanto di profitto).

La norma-principio sugli enti pubblici imprenditori e sulle imprese che essi esercitano è contenuta nell'art. **2093 cc.**

- Tale disposizione prescrive l'applicabilità ad enti ed imprese **dell'intero corpo normativo contenuto nel libro V**, però sono salve le **diverse disposizioni di legge**.

Tali norme individuano nel regime di diritto privato **la legge generale** dell'ente pubblico economico . (speciale resta il diritto pubblico, quindi continua a prevalere in caso di diversa disposizione)

Su di un piano **sistematico** , il **risultato di queste opzioni legislative** consiste **nella combinazione di due diversi regimi giuridici** che possono essere coordinati solo attraverso un momento normativo od interpretativo **transitorio** sottoponibile a modifiche a seconda **del clima politico** o delle **convenienze dell'ordinamento**.

**Clima politico :**

- Fa riferimento ai **provvedimenti normativi** sulla trasformazione di enti pubblici economici in **società per azioni** e sulla attribuzione di **potestà** per trasformazioni ulteriori
  - Questa opzione indica la caduta del modo oppositivo di concepire l'alternativa **pubblico-privato**.

### **Convenienze dell'ordinamento :**

- Fa riferimento alle scelte sul regime da applicare il cui mantenimento in vigore resta subordinato ad un intervento diverso **legislativo preannunciato, ma** indeterminato nei tempi.
  - *Importante esempio in materia di controversie dei dipendenti di enti pubblici economici :*
    - **Fin quando non sarà diversamente disciplinata la materia, nulla è innovato per quanto concerne l'attuale competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.**

Riguardo la competenza, continua a proporsi contrasto sulla spettanza alla giurisdizione ordinaria od a quella amministrativa per talune controversie ad esempio concernenti i *concorsi per il reclutamento o l'avanzamento del personale*.

I contrasti possono insorgere sulla **classificazione dell'ente** (o pubblico o privato) considerato nel quadro della categoria degli enti **pubblici economici :**

- **Tale classificazione** comporta per l'ente che vi si fa rientrare una **combinazione necessaria** di due regimi giuridici **sostanzialmente alternativi**.

### **Conclusioni sull'utilizzo dei tre criteri.**

I criteri di assimilazione e di combinazione sono spesso posti in sequenza, mentre il criterio più radicale per la soluzione alternativa è quello dell'opposizione.

La giurisprudenza usa questo criterio per risolvere controversie che altrimenti risulterebbero inconciliabili.

Al **rigore** del modo dell'opposizione , il legislatore contrappone **la flessibilità** dell'assimilazione e **della mediazione** dei due regimi.

## **CAPITOLO 2 : La normazione amministrativa.**

### **Definizione tradizionale del diritto amministrativo sul soggetto pubblica amministrazione e sull'oggetto azione amministrativa.**

Il diritto amministrativo è quell'insieme di :

- principi giuridici
  - disposizioni normative
  - interpretazioni giurisprudenziali
- e
- consuetudini

che **ordinati a sistema** hanno a **soggetto** la pubblica amministrazione, e ad **oggetto** l'azione amministrativa.

#### **Soggetto pubblica amministrazione**

e

#### **Oggetto azione amministrativa**

→ sono dati costanti e sono ancora "imprescindibile".

Senza questi dati un evento non è disciplinato dal diritto amministrativo.

**La mancanza** di uno dei dati induce l'interprete a ritenere che la **relazione giuridica** della vicenda resti affidata al **diritto comune**, in quanto è applicabile a tutti i soggetti.

### **Inscindibilità e scindibilità di soggetto e oggetto : Conseguenze sulle qualificazioni giuridiche e sulla disciplina applicabile.**

Se la pubblica amministrazione agisce con un'azione non qualificabile come **azione amministrativa**, la **regola giuridica** da applicare al comportamento della p.a. sarà una **regula iuris ordinaria**.

**Invece** se un comportamento di solito qualificabile come **azione amministrativa** viene tenuto da un soggetto che **ad essa non appartiene** (es. usurpatore di pubbliche funzioni), la disciplina giuridica sarà quella dettata dal diritto comune.

**Tuttavia** il diritto amministrativo può consentire la produzione di **effetti favorevoli in capo ai soggetti coinvolti in quell'azione**  
→ *validità del matrimonio civile celebrato da un soggetto non investito della relativa potestà, ed obblighi di azioni amministrative conseguenziali come registrazioni di stato civile.*

La produzione di effetti favorevoli va intesa in **senso garantistico**.

**La** verifica dell'attitudine dell'azione a produrre effetti va condotta :

- sia dal punto di vista **dell'organizzazione amministrativa** in quanto correlata ai suoi fini istituzionali
  - **teoria dell'apparenza** : va ritenuto organo della pubblica amministrazione ed investito delle potestà relative , quel soggetto (o apparato) che appaia tale nello svolgimento di un compito **istituzionalmente** riconducibile alla p.a.
- sia dal punto di vista dei **soggetti coinvolti, cioè** i soggetti coinvolti devono provare che non avevano la possibilità giuridica di procedere a verifiche sulla titolarità del soggetto che agisce per la p.a.
  - **teoria dell'affidamento** : applicativa , in diritto amministrativo, dei principi sulla buona fede dei contraenti nel diritto comune.

## **Normazione amministrativa , leggi amministrative e rapporti di amministrazione.**

La **normazione amministrativa** è quel complesso delle norme che sono inserite nella legislazione fondamentale e che assumano la forma di **leggi amministrative** :

L'art. 28 della Costituzione le menziona

- *I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e **amministrative***

Nella espressione "**leggi amministrative**" vanno comprese **tutte le norme e tutti i principi** che disciplinano vicende giuridiche inerenti a **rapporti di amministrazione**.

Un esempio posto in **termini giuridici negativi** è posto dall'art. 28 COST., il quale considera le conseguenze giuridiche che si verificano allorché funzionari e dipendenti della pubblica amministrazione ledano

diritti di terzi in occasione della violazione **di leggi amministrative che affermano la responsabilità di quei funzionari e dipendenti.**

Le leggi amm.ve descrivono **un illecito amministrativo**, in contrapposizione **all'illecito penale ed all'illecito civile.**

- Le leggi amministrative però si caratterizzano sia per la **relazione che intercorre tra la p.a.** e il suo funzionario sia per la relazione che intercorre tra la p.a. impersonata dal funzionario e il **terzo leso.**

Sono rapporti negativi perché sanzionati dall'ordinamento **come illeciti.**

Se svolti in **positivo** , cioè gestiti con l'osservanza delle regole giuridiche poste dalle leggi amministrative (**sfera del lecito giuridico**) , allora i **rapporti di amministrazione** costituiscono la *forma ordinaria* in cui la p.a. compie la sua azione nell'ordinamento generale.

**La locuzione "leggi amministrative"** è formato da un corpo di norme giuridiche **riducibili ad unità sistematica.**

**Perché** si sia davanti ad una legge amministrativa, occorre che la norma comporti differenze specifiche circa quegli aspetti, quali il soggetto, l'oggetto , il fine o l'interesse da perseguire, i procedimenti, le potestà , le forme dell'azione.

Quando una norma rende esplicita una delle differenze predette , il problema dell'inserzione di quella norma nell'ambito delle leggi amm.ve è risolvibile in **senso positivo.**

**Dalla** circostanza che si tratti di una legge amministrativa si trarranno poi ulteriori conseguenze in sede di interpretazione ed applicazione (es. esenzione tributaria per soggetti pubblici , bisognerà verificare quali soggetti possono qualificarsi **pubblici**)

**L'aspetto debole del diritto amministrativo : La mancanza di una codificazione complessiva.**

Delle leggi amm.ve non esiste una codificazione **ufficiale.**

**I** codici amministrativi sono mere raccolte private, senza alcun crisma di ufficialità, **riuniscono** le leggi amministrative nella forma di **compilazioni** di solito mirate al raggruppamento delle fonti in materie specifiche.

## **Le fonti di cognizione.**

Le fonti di cognizione delle leggi amministrative sono :

- Costituzione (art. 97 , 113)
- Trattati internazionali e disposizioni attuative del diritto interno
- Direttive e regolamenti comunitari (in materia di appalti pubblici)
- Codice civile (822 e ss.)
- Cpc (25 e 41)
- Codice penale ( 357 , 650)
- Ordinanze emanate da organi della p.a. quando le medesime siano costitutive di fonti del diritto
- Gli usi raccolti dalle Camere di commercio e le consuetudini
- Leggi della repubblica
- Leggi regionali e delle Province autonome
- Ecc..

## **Le fonti di produzione (delle leggi amministrative).**

Le fonti di produzione sono :

- Parlamento della Repubblica (nell'esercizio della funzione legislativa)
- Assemblee
- Consigli e Giunte di governo nelle regioni
- Organi deliberativi di province , comuni ed enti pubblici nell'espletamento di funzioni normative (come adozioni di norme regolamentari e statuti)
- Presidente della Repubblica (atti aventi forza di legge)
- Governo (atti regolamentari)
- Organi della p.a. statale nell'esercizio della potestà regolamentare
- Privati concessionari di pubblici servizi
- Collettività generale come produttori di usi consuetudinari.

## **I motivi della mancanza di codificazione : Multiformità e diversità degli interessi collettivi.**

Uno dei motivi per cui non esiste una codificazione consiste nella **multiformità** e nella conseguente **diversificazione degli interessi collettivi**.

La nostra società non è **monoclasse**, nella quale gli interessi collettivi sono **omogenei**.

- Nella società monoclasse esiste un'unica classe sociale portatrice di interessi trasferibili ai poteri pubblici , in quanto sono interessi che rispondono ai bisogni **dell'intera collettività** e sono anche **costanti** nel tempo.

La nostra società è ed è stata sempre eterogenea perché composta da una **molteplicità di classi**.

**Semmai** è stata caratterizzata dalla diversità degli interessi dei quali ogni componente sociale si è fatta di volta in volta **portatrice**.

### **Episodicità e transitorietà degli interessi .**

Un altro motivo della **mancanza di una codificazione delle leggi amm.ve** consiste nella **episodicità** e nella **transitorietà** degli interessi collettivi.

**L'insorgere** di nuovi interessi si trova spesso collegato a ragioni di carattere **contingente**.

- **Es.** la tassa sul macinato : Si trattava di una tassa introdotta mediante un **atto normativo** occasionato dalla **necessità contingente** di far fronte al carico di spesa degli eventi bellici del 1866, e dunque questa tassa è stata generata da **un episodio**.

L'ordinamento compie **mutazioni** per soddisfare **esigenze contingenti , urgenti e transitorie**.

L'episodicità è il connotato costante e la contrassegna in modo tale da rendere la nostra legislazione assolutamente **mutevole** in ragione della rapida emersione di **nuovi interessi collettivi** o di interessi **contrari**.

**Questi** nuovi interessi premono in legislatore affinché li prenda in considerazione e li ritenga meritevoli di **tutela**.

**Il** modello della codificazione si presta molto meno agli interessi collettivi che si propongono in modo **episodico e contingente** (che si verifica per caso) , in quanto un codice oltre a prospettarsi di **scarsa utilità**, rappresenterebbe **un ostacolo da rimuovere continuamente** quando vengono meno questi interessi o mutano.

## **La codificazione per frammenti : testi unici come codici di settore.**

**Esiste** una **codificazione** per **frammenti**, cioè un **complesso di codici di settore** che nel campo amministrativo si traducono in **leggi**, che dottrina e giurisprudenza qualificano come **fondamentali** e soprattutto in **numerosi testi unici**.

A differenze delle leggi **cd. Fondamentali**, che pur soggette a modificazioni ed integrazioni, costituiscono una serie di **riferimenti-principio** per l'interprete

→ I **testi unici sono** costituiti da diverse norme emanate in tempi diversi e poi riunite , in un certo momento storico, con **innovazioni formali e sostanziali**.

Poiché da quel momento hanno **un'intera materia di amministrazione**, i **testi unici hanno rappresentato eventi** normativi che hanno potuto dar luogo anche ad **indirizzi scientifici affermativi dell'autonomia di una particolare normazione amm.va** (diritto degli enti locali, diritto di polizia ...)

## **La rifondazione dei principi della normazione amministrativa.**

Non è mai stata fatta una sistematizzazione del diritto amm.vo per varie problematiche quindi si evidenzia la necessità di trovare dei punti di riferimento per poter considerare una norma come amministrativa.

Ci sono due criteri :

- 1) individuare il soggetto p.a.
- 2) individuare l'oggetto che sarà la materia amm.va

quando in una norma ci sarà questo oggetto e il soggetto che l'ha prodotta , allora **saremo di fronte ad una norma amministrativa**.

una volta individuata la norma amm.va il passo successivo è interpretare e poi applicare.

Interpretare :

- Bisogna sistematizzare la materia e per interpretarla bisogna trovare una specie di sottoinsieme in cui collocare quella norma

in modo da fare una lettura a sistema , da sistematizzare per poterla collocare .

il terzo passo è **applicarla**

- dove l'applicazione viene fatta dalla p.a.

## **Il problema della Costituzionalizzazione .**

Per verificare la corretta formulazione di un principio è quella della cd. **Costituzionalizzazione.**

Per l'inserzione della normazione amministrativa nell'ordinamento giuridico generale occorre che entrambe le categorie di leggi , sia quelle precostituzionali che quelle postcostituzionali , siano conformi ai principi della costituzione.

**Primo significato (politologico o giuridico in senso lato) →** obiettivo della costituzionalizzazione è quello di ricondurre la p.a. e l'azione amm.va (soggetto e oggetto) alla Costituzione, vale a dire alle norme e ad i principi costituzionali.

Lo **scopo** della posizione concettuale **politologica** è volto ad evitare che l'esercizio delle potestà pubbliche **sconfini** nell'arbitrio come avveniva negli ordinamenti precedenti.

Questo scopo ha per il legislatore e per l'interprete dei caratteri **didascalico-prescrittivi..**

**I** principi che si affermano assumono caratteri **repressivi** sulla normazione derivata dall'ordinamento precedente a quello repubblicano, soprattutto quanto contengono norme-principio **in contrasto con la costituzione.**

### **Secondo significato della costituzionalizzazione :**

ha caratteri più strettamente giuridici.

**Si intende** delineare la rilevanza delle norme e dei principi costituzionali nell'interpretazione e nell'applicazione delle leggi amministrative.

**Questa rilevanza** opera :

- Sia nel senso che norme e principi costituzionali **incidono in modo immediato e diretto sulle leggi amm.ve** , in quanto la Costituzione è fonte gerarchicamente superiore.

- Sia nel senso che vi incidono in modo mediato e indiretto, come un complesso di canoni interpretativi necessari e imprescindibili , in quanto la Cost. funge da quadro o cornice, in cui vanno inserite tutte le leggi amm.ve.

**La** costituzionalizzazione diventa un **momento** concreto dell'esperienza giuridica a causa di tutte quelle sentenze rese sulla **costituzionalità** della normazione amm.va precostituzionale e postcostituzionale, e anche a tutti quegli interventi legislativi **soppressivi** (di norme precostituzionali) , **attuativi** (di norme e principi costituzionali) o **riparatori** (di interventi postcostituzionali attuativi ma *incostituzionali*)

Lo **schema interpretativo** della valutazione di **costituzionalità** si è sviluppato secondo **due direttrici** poste l'una dopo l'altra, e delle quali la seconda rappresenta un perfezionamento della prima.

- Nella prima → la norma amministrativa viene **valutata** nel presupposto che l'incidenza della normativa costituzionale non sia ancora avvenuta. **Le norme giuridiche devono essere interpretate in modo non contrastante con i dettati costituzionali.**
- Nella seconda → La rilevanza della norma costituzionale è perentoria. **Tra le diverse interpretazioni di una norma giuridica , deve essere preferita quella maggiormente conforme alle norme e ad i principi costituzionali**
  - Ne deriva un principio implicito sulla **prevalenza necessaria dell'interpretazione costituzionalmente conforme.**

**Il superamento** delle direttrici avviene in un periodo più recente e tuttora in corso.

Giurisprudenza e Dottrina , scoprono che l'utilizzazione delle norme costituzionali può essere compiuta non soltanto a fini interpretativi, ma anche anche **rimarcandone** il contenuto prescrittivo ed **affermandone l'applicabilità immediata** alle singole vicende di amministrazione.

**IL punto di vista giurisprudenziale** mira in sede di applicazione giudiziale a decidere le controversie accogliendo censure all'azione

amministrativa che si articolino sul fondamento della violazione di norme costituzionali.

**Art. 97** cost. (la pubblica amministrazione).

- I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.
- Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.
- Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.

**Emblematico** il complesso di regole giurisprudenziali che facendo riferimento all'art. 97, ha costruito un principio di **ragionevolezza dell'azione amministrativa** nel quale quei canoni trovano sistemazione adeguata.

**IL RISULTATO** di questo percorso culturale sfocia in un **ampliamento di garanzie** per il soggetto esposto all'azione amministrativa;

**La costituzionalizzazione** se riguardata dal punto di vista dottrinario **diviene allora uno schema costruttivo** idoneo alla confezione di principi giuridici fondati su norme costituzionali o all'individuazione di queste ultime come principio.

### **Modelli interpretativi delle norme costituzionali, innovatrici e reiterativi.**

I modelli interpretativi sono quegli strumenti che servono **ad enucleare** tutti i possibili contenuti rilevanti delle norme amministrative.

**Premessa** : La Costituzione si pone come *negatoria* dell'assetto istituzionale precedente, il quale viene *travolto* dalla nuova immagine democratica

**Tuttavia** la Costituzione non esclude il mantenimento di alcuni valori conformi al principio democratico.

Sulla base di questa premessa, le norme costituzionali possono suddividersi in **due** categorie :

- **1)** le norme reattive all'assetto precedente ( e dunque **norme nuove**)
- **2)** le norme reiterative all'assetto precedente

Le norme reattive (quelle nuove) possono essere avviate a regime solo se il legislatore ordinario dia attuazione a norme che si definiscono **programmatiche**. In quanto non tutte le norme costituzionali sono immediatamente precettive.

Le norme reiterative tendono a proporre un modello interpretativo che si identifica nelle leggi poste dall'ordinamento precedente.

### **Riserva di interpretazione delle leggi amministrative : valutazioni di maggiore conformità, norme-principio di rango costituzionale, formulazione dei principi giuridici.**

Quando ci sono più interpretazioni diverse e contrastanti di una **legge amministrativa** occorre dare prevalenza a quella lettura interpretativa che sia **maggiormente conforme** al dettato delle disposizioni costituzionali.

Esiste una **riserva di interpretazione delle leggi amministrative** in favore delle norme costituzionali , in quanto norme sovraordinate.

La **reiterazione delle valutazioni di maggiore conformità** compiute da dottrina e giurisprudenza sulle leggi amministrative, **determinano la formulazione di un principio giuridico** che ha a fondamento proprio la norma costituzionale.

- Non sono necessariamente individuabili, se non in modo generico, le norme costituzionali **da cui deriva la formulazione dei principi giuridici**.

**Norma - principio** : costituisce effetto diretto ed immediato della norma costituzionale, perché essa per l'appunto si **rappresenta come principio**.

*Le norme – principio di rango costituzionale sono ad es. quelle che dispongono l'obbligatorietà di una previsione legislativa perché la p.a. possa imporre a taluno una prestazione personale o patrimoniale... eccc*

**Principi e principi generali : valore della norma-principio ordinaria e derogabilità dei principi.**

**Principi** → la formulazione più frequente è quella che qualifica con la dicitura "principi", **l'impianto normativo iniziale di una produzione legislativa**

**Principio** → **colonna portante di un qualunque impianto normativo , ci sono tante leggi ma capire quali sono i principi attorno al quale ruota tutto.**

La distinzione dei principi non la fa il legislatore, non potrebbe mai trovare dei principi.

Il trovare dei principi è il punto di partenza di qualsiasi iter normativo.

Molto raramente il legislatore dice che il principio generale è questo.

È necessario trovarli questi principi, e questo arduo compito è riservato all'interprete.

**Il valore della norma-principio** è percepibile quando il suo contenuto ha **finalità istituzionali** del settore di amministrazione al quale essa presiede.

Nel linguaggio scientifico, **la norma-principio ordinaria** è tale perché rappresenta uno degli elementi basilari dell'ordinamento amministrativo.

Ma il carattere **ordinario** dell'atto normativo che quella norma racchiude , **la rende derogabile dal legislatore ordinario.**

**Mentre meno derogabile è il principio generale dell'ordinamento giuridico** , in base alla sua minore o maggiore conformità al dettato costituzionale

**Inderogabili :**

- **Principi costituzionali**
  - **Principi generali fondati in modo testuale su norme delle COSTITUZIONE.**
- 
- **Reformatio in peius** sul trattamento economico dei dipendenti pubblici → tale divieto è stato costruito in forma di principio sulla base di una norma della legge comunale e provinciale (383/1934), ed è stato interpretato dalla giurisprudenza come espressione di un **principio generale** e dunque **limitativo** della regolamentazione.
    - **Di recente però** la stessa giurisprudenza ha affermato dei limiti riguardo questo principio → siccome non è riconducibile al rango costituzionale , hanno affermato una

legittimità riguardo interventi in deroga attuati dal legislatore ordinario.

## **Legge generale e legge fondamentale: significato delle espressioni e connessione con i principi.**

L'espressione **legge generale** ha diversi significati :

- 1)** la qualifica "legge generale" riguarda tutti gli atti legislativi dato che per definizione **tutti sono dotati** della caratteristica della **generalità**.
- 2)** La legge generale viene considerata riguardo l'aspetto concernente la sua **applicazione generale**, e cioè per tutte le fattispecie ipotizzabili (salvo applicazione legge speciale)
- 3)** Un terzo significato riguarda alla circostanza che essa chiama **principi generali**
- 4)** **La legge generale è la legge dello Stato** a fronte delle leggi regionali → si tratta di un significato obsoleto per via delle recenti modifiche del titolo V

L'espressione **legge fondamentale** si caratterizza perché si rappresenta come **sede di esternazione dei principi fondamentali**:

è la massima realizzazione normativa di tale connessione, e si trova nella parte iniziale della Costituzione che è communis opinio chiamare **legge fondamentale**.

**I principi fondamentali** si possono porre anche con legge dello Stato, prima che l'art. 117 fosse riformato. (con la potestà esclusiva delle regioni il principio viene meno)

## **Ordinamento amministrativo generale, ordinamento di settore, legge del soggetto ed applicazione dei principi: priorità della ricerca per la norma speciale.**

**I** principi di diritto amministrativo assumono un ruolo nei cdd.

Ordinamenti di settore :

- **Gli ordinamenti di settore** sono quei complessi normativi **distinti** sia tra di loro , sia rispetto all'ordinamento amministrativo generale.

**La** distinzione rispettiva tra gli ordinamenti di settore si impone :

- **O in virtù della speciale identità** rivestita dalle figure giuridiche che fanno parte del settore
- **O in virtù della speciale qualificazione** che riceve l'attività espletata in forma amministrativa nel settore considerato.

**Tutti** gli ordinamenti di settore utilizzano i principi di diritto amministrativo per via dell'**inserzione sistematica** conseguente all'essere parti di un unico complesso normativo che da quei principi si trova disciplinato.

**Tuttavia...** negli ordinamenti giuridici contemporanei, tale utilizzazione avviene in **graduazione inversa** rispetto alla tradizionale immagine di **sottordinazione gerarchica e di derivazione normativa** che ha marcato, da sempre, il rapporto tra ordinamento amministrativo generale ed ordinamento amministrativo di settore.

- **Questo si deve** alla combinazione dei principi costituzionali in materia di autonomia e di decentramento con quello della prevalenza della legge speciale sulla generale.

INFATTI la **prevalenza della legge del soggetto** appartenente ad un determinato ordinamento di settore **comporta che tale soggetto debba utilizzare il corpo di normazione speciale che direttamente lo riguarda e POI IN SECONDO LUOGO IL CORPO DI NORMAZIONE speciale che disciplina enti, soggetti e settori consimili.**

**SOLO in TERZO LUOGO** E NELL'evenienza che le prime due modalità interpretative comprovino *lacune nella normazione* può passarsi al richiamo applicativo dei **principi propri dell'ordinamento amministrativo generale.**

L'applicazione dei principi **dell'ordinamento amministrativo generale** rappresenta solo una **fase eventuale** del **procedimento interpretativo**  
 → **Il MOTIVO** di fondo risiede nel criterio relativo alla prevalenza delle norme speciali su quelle generali e dunque **anche sui principi che queste ultime sintetizzano.**

**Vi è un altro limite, stavolta positivo. Perché l'applicazione del principio tratto dall'amministrazione statale risulta privilegiata a causa del frequente rinvio che le normazioni di settore compiono a**

favore di quella normazione (es. le disposizioni, ed i cui principi **in quanto applicabili**)

Nella realtà giuridica concreta ed attuale risulta operativo il criterio che consiste nella **priorità della ricerca di una norma speciale** applicabile.

- Questo criterio della priorità della ricerca della norma speciale è più importante di quello della individuazione di un principio o di una norma-principio statutale.

## **Elaborazione dei principi ed interpretazione delle norme nelle leggi amministrative**

1) Ricondurre un corpo di norme giuridiche in un unico sistema significa riconoscere la possibilità di **elaborare** queste stesse **norme in forma di principio**.

2) E quindi → di **interpretare** ognuna di queste **norme** (ricondotte a sistema) sulla base dei principi ricavati da quella elaborazione.

**1) L'elaborazione dei principi** → della nostra disciplina è frutto dell'apporto **dottrinario e giurisprudenziale**

solo di recente il legislatore sta fissando principi e criteri direttivi ai quali conformare la legislazione delegata e quella regolamentare.

**2) L'interpretazione delle norme** → sulla base dei principi del sistema di diritto amministrativo **rappresenta il modo nel quale si attua la vigenza e l'effettività delle leggi amministrative**.

**Siccome la costruzione del principio** ha carattere dottrinario e giurisprudenziale, la sua **configurabilità** è soggetta a :

→ alla revisione critica

→ **possibile contrasto con la normazione pubblicistica**, il cui criterio fondamentale consiste non nel presumere il principio ma nel **richiederne una prescrizione puntuale che ne definisca i margini di applicazione**.

## **La legge di semplificazione e di riassetto, la formulazione di principi e criteri direttivi.**

Le ultime tendenze in materia di principi, suggeriscono di individuare in un atto specifico , e cioè nella **legge annuale di semplificazione e di**

**riassetto normativo**, la **sede istituzionale** per la **programmazione** e la **confezione dei principi** e dei criteri direttivi concernenti singole materie di amministrazione e dunque di **singole funzioni**.

**In questo recente atto normativo (L. 229/2003)** vi si trovano una serie di **principi e criteri direttivi** ai quali deve attenersi la **legislazione delegata**, il cui compito è quello di :

- determinare i **principi fondamentali** nelle materie di *legislazione concorrente*
- Indicare i **principi generali** per la disciplina dei *procedimenti amministrativi* cui dovrà attenersi la regolamentazione statutale  
→ dunque per **la regolazione dei rapporti tra fonti normative** – leggi , regolamenti – poste su scala gerarchica.

Questi **principi** sono dettati dal legislatore per la confezione di norme su procedimenti amministrativi e sull'azione amministrativa in generale.

Tra questi principi si trovano annoverati :

- Quelli relativi alla discrezionalità amm.va nelle determinazioni normative sugli atti amministrativi di consenso
- Quelli relativi alla non equivalenza tra silenzio della pubblica amministrazione e rifiuto o diniego
- Quelli relativi al rispetto degli obblighi gravanti sulla p.a. di **informazione, partecipazione, contraddittorio , trasparenza e pubblicità** stabilite ex l. 241/1990
- Quelli relativi alla preferenza per l'assegnazione **di funzioni decisionali** agli organi monocratici ed ai dirigenti amm.vi rispetto alle forme e alle strutture collegiali

**Questi principi** vanno considerati sia :

- come **obiettivi** da conseguire nel riassetto dell'intera normazione
- sia come complesso di criteri idonei alla risoluzione di controversie ed alla rimozione di dubbi interpretativi ex art. 12 preleggi.

**Fonti di produzione e di cognizione, principio di gerarchia delle fonti e pariordinazione tra le medesime; leggi amministrative e risoluzione delle antinomie.**

La distinzione degli atti normativi come **fonti di diritto**, secondo il binomio **fonti di produzione – fonti di cognizione** ha una notevole validità ai fini **sistematici**:

**Da** questo dipende la sua utilizzazione per finalità **descrittive** della normazione esistente.

In un ordinamento democratico gli atti-fonte della normazione amministrativa devono ritenersi **tutti sullo stesso piano** in quanto espressivi di **interessi pubblici** anch'essi tutti **equiordinati**.

Il principio di pariordinazione delle fonti trova una veste **formale** nella nozione di **legge amministrativa**:

- **È la nozione** che sappiamo di rilievo costituzionale (art. 28 ) e la cui importanza consiste nell'accumunare tutte le norme amministrative in modo tale da renderne indistinta ed indistinguibile la fonte di produzione.

La qualificazione di una norma giuridica come **amministrativa** rende indifferente dal punto di vista della rilevanza sistematica, che la norma in questione sia posta da **una legge statale o da una legge regionale**, da una fonte primaria di valore legislativo o da una fonte secondaria di valore regolamentare.

- PERÒ **SUL PIANO SOSTANZIALE** la risoluzione delle **antinomie** tra le leggi amministrative **deve** essere affidata alla posizione delle norme nella gerarchia delle fonti.

**Qualificazione dei regolamenti nel quadro generale degli atti normativi ed in particolare della normazione amministrativa; ampliamento delle garanzie sulle situazioni giuridiche, motivi di tale ampliamento.**

Regolamenti :

- sono una **fonte tipica** della normazione amministrativa
- è uno dei **modi tipici dell'azione** amministrativa

Di tale duplice veste , occorre comprendere il motivo della **qualificazione dei regolamenti** nel quadro degli **atti normativi** →

→ per questo motivo si può muovere dalla presemessa dell'attribuzione di potestà (amministrativa) che la legge conferisce alla pubblica amministrazione.

Soltanto la legge è in grado di stabilire quali degli interessi della collettività siano meritevoli di una garanzia giuridica.

- Art. 23. Cost.

Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge.

La garanzia consiste nel conferire una **potestà autoritativa** diretta al soddisfacimento di quegli interessi.

**Nel diritto comune** la legge disciplina rapporti e relazioni tra soggetti di diritto pariaordinati tra loro e nei quali vanno a titolarizzarsi **situazioni giuridiche** di vantaggio e di svantaggio (*diritti soggettivi, obblighi, facoltà, doveri, oneri, soggezioni*) identiche nella struttura e nella funzione.

**Al contrario**, quando la legge **sovraordina** la pubblica amministrazione rispetto agli altri soggetti mediante l'attribuzione di potestà, le situazioni (giuridiche) che vanno configurate in capo a questi ultimi sono costrette a tener conto **della posizione sovraordinata** nella quale è stata posta la p.a. e dunque hanno :

- Sia una struttura unitaria (interesse legittimo)
- Sia una qualificazione **sottordinata** rispetto alla potestà.

L'**attribuzione di potestà ex lege** è idonea :

- A determinare lo **scompenso** della posizione del privato rispetto alla pubblica amministrazione
- A ribadire : la **supremazia** istituzionale della pubblica amministrazione, e la **necessità** del potere esecutivo per attuare la volontà della legge.
- A suscitare il sospetto di **arbitrio nell'esercizio della potestà**.

La **potestà regolamentare** → è quella particolare potestà della pubblica amministrazione deputata a rimuovere taluna delle cause che danno luogo allo **scompenso tra amministrazione e privato**.

Di tale potestà ci interessano solo gli aspetti **normativi**, quelli per i quali i regolamenti fanno parte.

Attraverso i **regolamenti**, e cioè attraverso l'esercizio della potestà regolamentare, viene meglio **garantita l'azione amministrativa**, nel senso che le norme regolamentari **stabiliscono** le modalità di esercizio della potestà sostanziale attribuita dalla legge.

**Siccome... i regolamenti** sono posti dalla stessa pubblica amministrazione che deve perseguire gli scopi ad essa attribuiti...

**NE CONSEGUE → CHE I REGOLAMENTI MEDESIMI** adempiono ad una **duplice funzione** :

- 1) la prima è quella di consentire **l'autolimitazione del potere esecutivo** per il quale l'attribuzione normativa di potestà sostanziale è correlata all'obbligo di produzione normativa (di regola nella forma del **regolamento di esecuzione**) **sia** per definire meglio fattispecie e modalità di esternazione della potestà sostanziale attribuita dalla legge (**regolamento esplicativo**) , **sia** per integrare elementi e circostanze di quella fattispecie che la legge di attribuzione ha volutamente deferito all'esercizio della potestà regolamentare (**regolamento integrativo**)
- 2) La seconda funzione è quella di **ampliare** il quadro delle **garanzie** giuridiche del soggetto esposto all'azione amministrativa, con la differenza che
  - le **garanzie nascenti dalla normazione regolamentare** sono più ampliative della tutela perché danno luogo a situazioni di pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa che possono essere verificate alla base di canoni e parametri posti dalla stessa amministrazione pubblica
  - le **garanzie nascenti in via immediata dalla legge** si esauriscono nella verifica di esistenza della potestà e delle condizioni esterne del suo esercizio.

## **Complementarietà tra legge e regolamento.**

Possono formularsi due ipotesi sui possibili assetti del rapporto di **complementarietà tra legge e regolamento.**

- 1° ipotesi : Ogni legge necessita di una regolamentazione esecutiva che viene posta dalla pubblica amministrazione,

nell'esercizio della propria potestà regolamentare, senza che la legge debba esplicitare il conferimento di tale potestà. →

**Conseguenza immediata dell'accoglimento di tale**

**ipotesi → è che** la legge deve sempre reputarsi inapplicabile senza il corredo di un regolamento. Quindi la legge trova applicazione differita al momento dell'entrata in vigore del regolamento di esecuzione.

- 2° ipotesi : il regolamento deve reputarsi **necessario** (e dunque l'applicazione della legge deve essere differita) **solo quando** la legge stessa ne prescriva esplicitamente l'emanazione e solo per le parti dell'impianto normativo primario per le quali la prescrive.

In tale ipotesi, il differimento di applicazione non trova fonti esterne alla legge ma si rappresenta come **effetto voluto** dallo stesso legislatore; questa ipotesi comporta l'inesistenza di un principio istituzionale sulla **necessarietà di una regolamentazione** esecutiva posta dalla pubblica amministrazione.

**Conseguenza ulteriore** è che l'eventuale esercizio di potestà regolamentare da parte della p.a. concreterebbe una sorta di **autoattribuzione normativa** e pertanto dovrebbe reputarsi **invalido** per violazione del riparto di attribuzioni posto dall'ordinamento generale; si tratta di conseguenza che appare osservabile sia con riguardo alle materie coperte da riserva assoluta di legge sia secondo cui il fondamento della potestà regolamentare andrebbe ritrovato solo nell'esplicita attribuzione compiuta dalla legge.

**Consistenza dei principi : a) Presunzione di legittimità sull'azione pubblica come principio "storico", come tecnica interpretativa e come risultato dell'interpretazione giudiziale.**

Caratteristica delle leggi amministrative → è quella di porsi come fonti **dirette** ed **immediate** della **presunzione di legittimità**.

**Per presunzione di legittimità** è un atteggiamento dell'interprete con il quale si tende a presentare la correlazione tra azione della pubblica

amministrazione e legge amministrativa come presuntivamente ed aprioristicamente **perfetta**.

Tanto da acquisire la forma di un "**principio giuridico**" che fa capo (immanente) alla normazione amministrativa e con l'ulteriore conseguenza della **non censurabilità dell'azione svolta dalla pubblica amministrazione**.

Questo atteggiamento ha due spiegazioni :

- **1)** per un verso pone a propria base la necessaria prevalenza che nelle leggi amministrative **assume l'interesse pubblico** quando venga inteso come ragione fondamentale della potestà attribuita dalla legge alla pubblica amministrazione
- **2)** per altro verso , viene a fondarsi sulla **necessità di eliminare** tutti quegli ostacoli che possano inceppare il perseguimento degli obiettivi ai quali è rivolta l'azione pubblica.

**La presunzione di legittimità** pone il problema di ogni presunzione :  
**Occorre** cioè precisare il suo carattere di **assolutezza** o di **relatività**.

- **1)** intendere la presunzione di legittimità come **presunzione assoluta** significherebbe affermare **l'intangibilità dell'azione amministrativa** e dunque degli atti amministrativi da parte di qualunque altro potere diverso dalla p.a.
- **2)** come **presunzione relativa** equivarrebbe a **rendere istituzionale** la previsione di rimedi giuridici che comportino effetti **eliminatori, sospensivi** o comunque che condizionano l'azione amministrativa.

**La soluzione** contemporanea (post-costituzionale) afferma soltanto il **carattere relativo** della **presunzione di legittimità**.

**Soltanto in sede giudiziale** può trovarsi affermata la presunzione **assoluta** sulla legittimità dell'azione pubblica ed esattamente nell'ipotesi di **rigetto del rimedio giudiziale** richiesto dal soggetto esposto alla condotta della pubblica amministrazione;  
**del pari** , soltanto in quella sede si troverà definita la presunzione assoluta circa **l'illegittimità dell'azione pubblica**, nell'ipotesi di accoglimento del rimedio predetto e nella misura disposta dal relativo giudicato.

**Questo aspetto** riguarda un momento dove vi si rappresenta una sostanziale affermazione del diritto amministrativo come **diritto giudiziale** o a **formazione giudiziale**

## **Tipicità e nominatività degli atti amministrativi: identità e distinguibilità concettuale; principio di effettività ed evoluzione del linguaggio legislativo.**

Tipicità e nominatività tendono a rappresentarsi come due aspetti della stessa evenienza giuridica.

L'uno (la **tipicità**) dai **caratteri** eminentemente **sostanziali** perché afferenti alla titolarità del potere o alle regole del suo esercizio;

L'altro (**nominatività**) dai **caratteri** eminentemente **formali** perché sintetizzati nel termine letteralmente utilizzato che così viene a configurarsi come un segno diverso da tutti gli altri del panorama giuridico.

**La combinazione di questi aspetti determina l'identità dei due principi.**

**MA...** SE COSÌ è..... occorre chiedersi **quali sono i motivi** che convincono dottrina e giurisprudenza a mantenere inalterata la loro distinzione concettuale.

- **1)** Uno dei motivi è ritrovabile nel conflitto tra realtà formale e realtà sostanziale che i diversi metodi interpretativi della norma riescono a porre in evidenza .→ e quindi tra forma e sostanza nell'esperienza giuridica. **Questo conflitto** si risolve con la **prevalenza dell'elemento sostanziale** , fino a rendere recessivo o cedevole l'elemento formale.

**In pratica** il principio di nominatività viene gradatamente **subordinato** al principio di tipicità il cui contenuto diventa sempre più ampio fino ad indentificarsi con il c.d. **principio di effettività.**

- **2)** Un altro dei motivi per i quali si giustifica il mantenimento della distinzione tra **nominatività e tipicità** ,è dato dalle **evoluzioni del linguaggio legislativo.** IL succedersi dei mutamenti normativi ha visto nel nostro ordinamento, l'adozione di **nomina iuris** diversi per definire il provvedimento amministrativo d'avvio dell'attività edificatoria :

- Di volta in volta , il nulla osta edilizio, la licenza edilizia, la concessione edificatoria , l'autorizzazione edilizia, il permesso per costruire.

La **diversità dei nomina** può essere apprezzata non tanto riferendosi all'oggetto della normazione in materia, bensì con riguardo ai **due** elementi fondamentali **della metodologia propositiva del diritto amministrativo** quali si fissano nelle **potestà della p.a. e nelle situazioni giuridiche del privato:**

- Così, il **nulla osta** combina la titolarità di un potere di veto e di consenso; La **licenza** sottolinea la connessione tra il dominio della p.a. sull'attività in questione ed i requisiti all'esercizio dell'attività medesima vantati dal privato; La **concessione** si rappresenta come produttiva di una situazione di vantaggio prima inesistente nel soggetto che la consegue; **L'autorizzazione** rimuove un limite all'esercizio di un diritto di cui il privato è titolare; Il **permesso di costruire** rappresenta un atto di consenso abilitativo all'esercizio di attività peraltro anche diversamente praticabili (mediante denuncia del loro inizio)

Va ribadito che le conseguenti **differenze di regime giuridico** tra gli atti menzionati **non sarebbero percepibili nella loro interezza** se l'interpretazione li accomunasse (cioè **se li rendesse tipici**) in ragione dell'unicità dell'oggetto disciplinato →

→ interpretati sotto il diverso profilo della **qualità giuridica** del potere della p.a. o della situazione giuridica del privato **acquisisce consistenza l'uso di nomina iuris differenziati** e la distinguibilità concettuale dei due principi.

### **Semplificazione , deregolazione e depenalizzazione:**

*semplificazione: il legislatore come considera la norma che semplifica?*

*risp: elemento di un giudizio di valore l.229/2003.*

Con il termine **semplificazione** si intende l'intervento legislativo volto a **rendere meno oneroso** , per il soggetto esposto all'esercizio della potestà amministrativa, il conseguimento di vantaggi oppure il mantenimento di situazioni di beneficio ovvero ancora l'eliminazione di conseguenze sfavorevoli.

**La semplificazione** comporta un **giudizio di valore** tra quanto si trovava prescritto sul piano normativo fino all'intervento del legislatore che semplifica, e quanto quest'ultimo prescrive nella normazione racchiusa sotto l'etichetta semplificatrice. **Se collocato** nell'ottica dell'intervento **legislativo più recente**, **il giudizio di valore** che si collega alla normazione semplificatrice rende **recessivo e cedevole** tutto l'impianto normativo precedente:

- Non solo sopprimendolo la vigenza delle norme prese di mira dall'intervento, ma altresì privandole del vigore "razionale" che di regola accompagna le scelte del legislatore.

Con il termine **deregolazione** si intende la soppressione di norme attributive di potestà alla p.a. unitamente alla applicazione, sulla materia deregolata, di norme e principi di diritto comune.

**Poiché le norme** soppresse hanno prevalentemente carattere autorizzatorio o concessorio, occorre notare che la più recente evoluzione legislativa si ispira alla tendenza di **eliminare l'attività provvedimentale autorizzatoria** ovvero costitutiva di situazioni giuridiche attive (**concessoria**) che ha da sempre rappresentato il principio tipico dell'azione amministrativa favorevole al soggetto ad essa esposto. A questa attività provvedimentale la **deregolazione** tende a **sostituire l'attività di verifica e di controllo volta a asseverare l'esistenza di requisiti che la legge fissa** prevalentemente in modo **tipico e vincolato**.

- Ciò che per un verso concretizza un'ipotesi di maggior garanzia per il soggetto esposto all'azione amministrativa ma che per **altro verso** attribuisce all'amministrazione potestà di intervento e di regolazione finalizzata all'esercizio di un'attività prevalentemente repressiva e sanzionatoria.

Con il termine **depenalizzazione** si intende :

- → non solo l'eliminazione di norme penali che in atto costituiscono e prevedono fattispecie incriminatrici per i soggetti esposti all'azione amministrativa
- → **MA SOPRATTUTTO...la novazione** delle medesime fattispecie mediante il loro **trasferimento** nell'ambito della

esclusiva potestà sanzionatoria spettante alla pubblica amministrazione.

*Domanda : Come si presenta la potestà sanzionatoria dell'amministrazione nelle materie depenalizzate?*

Altro effetto della depenalizzazione consiste nella innovazione che le norme ad essa afferenti hanno indotto sul regime giuridico della **potestà sanzionatoria** della p.a. e delle sanzioni amministrative in generale. Infatti , la serie di principi che la scienza giuridica moderna ha elaborato, in termini garantistici, sulla obbligatorietà di esplicite previsioni normative (principio di tipicità e tassatività , nullum crimen sine lege), in ordine alla rilevanza del comportamento eliminatorio o attenuatorio della violazione compiuta e circa la personalità e le condizioni economiche dell'incolpato, **risulta applicabile all'intera materia delle sanzioni amministrative grazie all'interpretazione avanzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina più accreditata.**

### **Caratteristiche della normazione amministrativa : norme derogatorie e connessioni con la discrezionalità amministrativa.**

Nella normazione amministrativa bisogna distinguere :

- le norme di regime
- le norme derogatorie

Sono **norme di regime** quelle che si riferiscono e che si applicano a tutti gli oggetti comuni ed ordinari dell'azione amministrativa, intendendo per tali gli oggetti reiterabili senza variazioni specifiche ed all'infinito.

- Da questo punto di vista, il potere continuo e perenne che spetta alla p.a. si esercita in **coincidenza** con la **previsione normativa** , addirittura confondendosi con essa, fino a determinare nell'osservazione giuridica, **la percezione di automatismi dell'azione amministrativa privi di ogni connessione con il quadro di discrezionalità.**

Sono norme **derogatorie** quelle che , *pur prendendo spunto dagli oggetti comuni ed ordinari dell'azione amministrativa,* **introducono delle variazioni** tali da **qualificare l'oggetto come speciale** pur

mantenendosene inalterata la consistenza quale si trae dalle norme di regime

- La qualifica di un oggetto di azione amministrativa solleva la p.a. dall'applicare le norme di regime ed impone **l'osservanza di una normazione specifica appositamente dettata.**
  - In tal caso la norma derogatoria ha un suo **contenuto prescrittivo** dettagliato della fattispecie considerata
- Ovvero impone **l'utilizzo di disposizioni normative** disciplinatrici di **fattispecie diverse**
  - In tal caso la norma derogatoria funge da **norma di rinvio.**

La connessione della norma derogatoria con il quadro della **discrezionalità amministrativa** risulta evidente se si considera la norma che definisce speciali oggetti ordinari di azione amministrativa → *come gli appalti pubblici e pubbliche forniture quando gli oggetti menzionati comportino l'utilizzazione di comprovate competenze tecniche, artistiche o scientifiche...*

**Conseguenza diretta** della qualificazione normativa di tali oggetti come **speciali**, è la possibilità giuridica per la pubblica amministrazione di apprestare il sistema contrattuale dell'appalto-concorso;

Sistema questo, che va considerato eccezionale rispetto al sistema ordinario di scelta del contraente privato che la norma di regime prescrive (*asta pubblica ad es.*)

La **norma derogatoria** da la possibilità (giuridica) alla p.a. di valutazioni amministrative che determinano la necessità di particolari competenze tecniche artistiche o scientifiche per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico che fa parte dell'opera da effettuare.

Queste valutazioni completano l'esercizio di potestà discrezionale della pubblica amministrazione, e si **giustificano** in assenza di una previa elencazione legislativa dei requisiti (vincolanti) che fissino la natura speciale di un oggetto di amministrazione.

- Di regola le norme derogatorie si connotano come **norme accelerative della discrezionalità amministrativa.**

## **Norme organizzatorie e neutralità delle medesime, valori positivi ed interpretazione in materia di voti palesi e segreti.**

Norme organizzatorie presentano una caratterizzazione particolare , che consiste nella loro **neutralità** →

→ Con questo termine (neutralità) si vuole esprimere **l'indifferenza della formula organizzatoria** che la norma presceglie, tra quelle possibili, rispetto all'effetto immediato che l'atto di amministrazione consegue una volta adottato sulla base della formula precitata.

Che la **norma** sia **neutra** non significa definirla priva di riferimenti ad ideologie politiche od ai tecnicismi tipici della politica legislativa...

**INVECE...che la norma sia neutra significa che** l'effetto immediato della formula organizzatoria prescelta è esattamente **identico** a quello che sarebbe conseguito sulla base di una formula diversa o addirittura contraria.

Con la norma **organizzatoria** il legislatore non vuole un effetto giuridico diverso da quello idealmente ottenibile con una diversa norma organizzatoria;

→← Accade il contrario invece con **l'adozione** di una norma **derogatoria in quanto** il legislatore vuole l'effetto giuridico diverso da quello ottenibile applicando la norma ordinaria o di regime , e vuole dunque conseguire un diverso assetto dell'azione amministrativa in concreto: *ad esempio , un diverso sistema di scelta del privato contraente rispetto al sistema ordinario.*

Un esempio di norma organizzatoria (per analizzare la condotta neutra):

Si pensi alle norme che prevedono, da parte di organi collegiali amministrativi, l'adozione di deliberazioni propulsive di provvedimenti concernenti persone per nomine o preposizioni a pubblici uffici.

Le deliberazioni di cui si tratta sono adottate per il tramite di una formula designatoria che rappresenta il risultato del metodo elettivo.

L'elezione può avvenire , secondo il disposto di una norma organizzatoria, con **voto palese o segreto.**

- **Nel nostro ordinamento amm.vo** si trovano contemplate entrambe le opzioni organizzatorie , sia pure **differenziate** a seconda delle amm.ni pubbliche considerate e dalle diverse materie di amm.ne.

**Si può arguire** che non si possa prospettare un principio per il quale in un ordinamento amm.vo si affermi l'assolutezza dell'opzione per il voto palese o il voto segreto, a **differenza di quanto avviene nell'ordinamento costituzionale** ove la materia elettorale attinente ai rapporti politici è prescritto che il voto sia segreto.

- **Scelte di voto palese** possono esplicitarsi nella salvaguardia di esigenze connesse ai principi della c.d. **trasparenza amministrativa**, intesa come garanzia del corretto perseguimento dei fini pubblici di spettanza della p.a..
- **Scelte di voto segreto** possono esplicitarsi nella salvaguardia dei valori individualistici connessi alla riservatezza di opinioni e delle manifestazioni di pensiero su persone , ed in sintesi **nella salvaguardia nel valore connesso al rispetto della dignità dell'individuo.**

I principi di **trasparenza** si iscrivono agevolmente nello schema del diritto amministrativo come diritto dell'amministrazione, **attesa la garanzia dell'interesse pubblico che vi si racchiude.**

Per contro il valore della dignità individuale può iscriversi nello schema del diritto amministrativo come diritto degli amministrati.

## **CAPITOLO 3 : Il soggetto pubblica amministrazione.**

### **Definizioni statualistiche della pubblica amministrazione.**

La tradizione ha definito il diritto amm.vo come **un complesso di disposizioni regolatrici** di una delle funzioni dello Stato, cioè la funzione amm.va.

I caratteri fondamentali della funzione amministrativa sono :

- **l'immediatezza**
- La **spontaneità**
- La **praticità**

Questi caratteri sono serviti a **distinguere la funzione amm.va** dalle altre funzioni statali, e cioè dalla funzione legislativa e da quella giudiziaria che proprio di quei caratteri ne sono privi.

Tutti gli enti pubblici svolgono la **funzione amm.va** in grado maggiore o minore a seconda delle norme che attribuiscono le relative potestà:

- **Coglierne la diversità** pone solo un problema di **quantità della funzione** , e non di una sua diversa qualità giuridica.

Caduto il principio **di esclusività statale della funzione amm.va** , si vanifica la necessità di porre differenze e confronti tra la funzione amministrativa e le altre funzioni;

Sarebbe aberrante ad esempio che la funzione amm.va degli enti locali **possa essere messa a confronto con la funzione giudiziaria** che ovviamente nessun ente locale immagina di esercitare .

La concezione tradizionale della funzione amministrativa esiste sotto due profili :

- 1) politico
- 2) giuridico

Sul piano **giuridico** tale ragione è stata espressa dalle locuzioni di **enti ausiliari , parastatali e consimili**, descrittive di una **supremazia** del

massimo centro di riferimento degli interessi collettivi , cioè lo Stato, al quale andavano così ricondotte tutte le determinazioni concretamente attuative della potestà formalmente imputabili agli enti pubblici.

Sul piano **politico** si trattava di **far aderire** alle norme costituzionali, **le definizioni** e **le teorie** conseguenti alla formula del regime previgente;

- Formula che innervava la struttura piramidale dello Stato , collocandovi enti locali ed enti parastatali, rispettivamente sotto l'autorità del prefetto e del ministro.

Piano giuridico e piano politico conseguivano **il risultato** di risolvere l'azione nell'organizzazione, che è quanto dire risolvere la potestà amministrativa degli enti pubblici nel soggetto che attribuiva tale potestà, senza però che si trattasse di un'attribuzione omogenea (con lo strumento della delega), ma addirittura **con una funzione diversa** (cioè quella legislativa).

Accadeva che Lo Stato, attraverso la funzione legislativa e dunque **con le leggi amm.ve, istituisse nuovi enti pubblici** ovvero assegnasse nuove potestà ad enti che **preesistevano**.

**Questa vicenda venne considerata un indice rivelatore della supremazia dello Stato** su tutti gli altri apparati pubblici e trovò anche risvolti giuridici puntuali.

**Si pensi che per definire** il carattere "pubblico" di una persona giuridica il sintomo più importante divenne , ed è considerato tuttora, **la sua istituzione da parte dello stato**.

**L'abbandono delle concezioni e delle definizioni statualistiche**, si deve alla circostanza indotta dalle norme costituzionali sul **riconoscimento della potestà legislativa esclusiva** delle **regioni** a statuto speciale e sull'esercizio di potestà legislativa concorrente da parte delle regioni a statuto ordinario.

- Infatti queste norme hanno incrinato il tradizionale principio del carattere generale delle competenze statali in materia amministrativa.

**Modelli di organizzazione : amministrazione per enti ed amministrazione per apparati. Gli enti pubblici, gli interessi meritevoli.**

Tra i modelli di organizzazione , l'ordinamento giuridico ne presceglie taluni che vanno qualificati come **necessari ed irrinunciabili**.

A questi modelli organizzativi appartiene **l'ente pubblico**.

**Ente pubblico** → Espressione che costituisce il risultato di una osmosi (scambio) tra la **tradizione civilistica delle persone giuridiche** e la **attribuzione autoritativa di fini collettivi in modo esclusivo** ed originale.

**L'esclusività del fine** attribuito all'ente è correlata all'originalità dell'interesse collettivo sottostante per diversi motivi :

- 1) Sia perché **solo** ad una determinata **categoria di ente pubblico** si lega in modo esclusivo **la finalità attribuita** (piano urbanistico ed edilizio spetta al comune)
- 2) sia perché **l'esercizio della potestà** necessaria per il **conseguimento del fine collettivo** ha modalità giuridiche di esternazione che concernono soltanto gli **elementi di identificazione dell'ente** (es. il comune è allo stesso tempo il limite spaziale di quell'esercizio)
- 3) sia perché solo ad un ente pubblico determinato va **vincolata una determinata finalità collettiva** di modo che l'ente si identifica con quella finalità e con nessuna'altra.

Per comprendere la **genesi dell'ente pubblico** :

**Allorchè un certo interesse** viene ritenuto meritevole di garanzie, l'ordinamento si pone davanti una **scelta organizzatoria** , nella quale alternativa è rappresentata da :

- 1) ricondurre il nuovo interesse meritevole alle **strutture organizzate esistenti** ;
- 2) **oppure istituire una struttura apposita**, munita di personalità giuridica ed annoverabile nella generale categoria degli enti pubblici.

**Quindi...** L'alternativa del legislatore è quella tra :

- **L'amministrare per enti** → cioè tramite figure soggettive che costituiscono centri **entificati** (cioè dotati di personalità giuridica) di riferimento degli interessi collettivi.
- **L'amministrare per apparati** → cioè per **strutture non entificate** sia perché ricomprese nell'organizzazione di un ente

(già dotato di personalità) sia perché ad esso sottordinate, nonostante non facciano parte del suo quadro organizzatorio. L'alternativa predetta è **assoluta** se riguardata dal punto di vista della **meritevolezza dell'interesse collettivo**: Per la cui garanzia deve essere necessariamente prescelta l'una o l'altra formula organizzatoria.

### **Analizzando le alternative...**

La **prima** alternativa , cioè **l'amministrare per enti** comporta problemi circa il raccordo della **sopravvenienza con l'esistente** e circa la **determinazione dell'interesse collettivo** attribuito al nuovo ente, e dei suoi ambiti, specie in considerazione della circostanza che tale determinazione va inclusa necessariamente **nella legge istitutiva**.

**La seconda** alternativa , cioè **l'amministrare per apparati** comporta problemi tra le **competenze** degli apparati preesistenti ed incisi dalla sopravvenienza del nuovo interesse meritevole come pure quelli della loro definizione **territoriale** (accentrata, decentrata, a dimensione nazionale, regionale o locale).

All'identità esclusiva ed originale **dell'interesse meritevole**, intesa come **separatezza del medesimo da tutti gli altri interessi** parimenti meritevoli, può corrispondere la diversità delle strutture organizzative prescelte nel tempo.

Ciò che importa è che **la tutela dell'interesse collettivo abbia un centro di riferimento** nell'organizzazione amm.va, mentre appare **indifferente** quale debba essere il modello organizzatorio.

Esempio : Interesse collettivo alla salute ex art. 32 Cost.

Percorso di amministrazione :

- 1945 con D. Luogotenenziali → struttura organizzativa speciale
- Cost. 1948 → previsione costituzionale delle funzioni amm.ve regionali in materia di assistenza sanitaria ed ospedaliera
- L. 396/1958 → Istituzione del ministero della Sanità
- L. 132/1968 → scelta di **entificazione delle strutture ospedaliere** che hanno soppresso la preesistente qualità delle strutture amministrate da comuni e province.

- L. 833/1978 → Estinzione della personalità giuridica degli enti ospedalieri, e sostituzione con le USL, formalmente non munite di personalità giuridica.

Il problema della definizione-qualificazione di un ente come **pubblico o privato** ha vissuto una prolungata stagione dottrina e giurisprudenziale.

Tuttavia il nostro legislatore ha preferito inserire la **qualificazione pubblicistica** direttamente nella norma istitutiva dell'ente (questo nell'ultimo 30ennio).

## **Temi qualificativi dell'ente pubblico.**

L'ente **pubblico** va **qualificato** :

→ per il tema delle **imputazioni formali**, ricomprendendovi i diversi profili della personalità giuridica.

→ per il tema delle **potestà amm.ve** di carattere **attivo-operativo**, articolato sia nei confronti di altri soggetti entificati di diritto pubblico, sia nei confronti dei terzi intesi come soggetti di diritto comune, sia nell'ambito organizzatorio interno all'ente medesimo.

→ per il tema della **sottoposizione**, come soggetto passivo all'esercizio di potestà amm.ve altrui, **al sistema dei controlli** che è di tipo binario per gli enti regionali o subregionali

→ per il tema della **qualificazione giuridica** degli atti e provvedimenti amm.vi nei quali si concreta l'esercizio delle potestà all'ente attribuite avvertendo al proposito che se tale qualificazione non si discosta dalla teorizzazione generale, **va sempre premessa la rilevanza della potestà di autonormazione dell'ente**, del carattere speciale delle disposizioni normative che ne risultano e della conseguente inversione del principio di gerarchia delle fonti normative.

→ per il tema dei **riferimenti normativi** di **carattere eteronomo** che l'ordinamento giuridico detta in modo unitario per le categorie di enti omologhi (es. in relazione al patrimonio di Comuni, Province, Regioni, che viene attribuito secondo i *principi generali determinati con legge dallo Stato*)

→ per il tema della **unicità del sistema dei controlli** di carattere finanziario, di regola coordinato nei moduli di cui all'art. 100 Cost. con la sottoposizione al controllo della **Corte dei Conti**, soprattutto prevista in funzione della potestà giurisdizionale spettante in via esclusiva a

quest'ultima al fine di consentire la formulazione delle imputazioni di responsabilità cd. Eriale.

## **Temi qualificativi dell'ente pubblico con riferimento alla normazione costituzionale ed alla diversità del regime giuridico.**

Dai principi ricavabili dalle norme costituzionale è agevole considerare che **l'ente pubblico** gode di alcune particolari capacità che pur non potendo essere soppresse dal legislatore ordinario , possono da questo , **essere modellate secondo il clima politico** del tempo in cui esso opera.

In questa linea (costituzionale), l'ente pubblico è **titolare dei beni economici** ex art. 42 Cost.

La previsione costituzionale secondo cui la proprietà è pubblica o privata, è una proposizione descrittiva di un regime giuridico **differenziato** e dotato , ovviamente in favore della *proprietà pubblica*, **di strumenti giuridici** più vigorosi per la tutela del bene intitolato alla p.a.

Nella stessa linea , all'ente pubblico **possono essere attribuite** , a titolo originario o derivativo , **determinate imprese** che si riferiscono a **servizi pubblici essenziali**, o a fonti di energia, o a situazioni di monopolio, con la **condizione necessaria che tali imprese abbiano carattere di preminente interesse generale**. (ex art. 43 Cost.)

La **differenza giuridico-strutturale** tra lo Stato e gli enti pubblici costituisce uno dei presupposti fondamentali di tutto il sistema amministrativo;

Ciò **non significa che il regime giuridico rispettivo debba essere differenziato.**

Di regola , anzi , il legislatore ha operato con il **criterio della estensione esplicita** agli enti pubblici, sulla disciplina dettata per l'amm.ne statale.

Può accadere che l'estensione della disciplina statale sia **conseguenza automatica** di una previsione normativa.

*Es. istituto responsabilità civile: In tale materia , Stato ed enti pubblici sono da considerare ex art. 28 Cost. come entità giuridiche **non differenziabili** , essi **subiscono l'applicazione dei principi civilistici di diritto comune.***

↔ *al contrario anche la responsabilità diretta di funzionari statali o di enti pubblici può differenziarsi perché diverse possono essere le disposizioni contenute nelle leggi amm.ve disciplinatrici di ogni singola persona giuridica pubblica.*

## **Estinzione e questione successoria degli enti pubblici.**

All'estinzione dell'ente pubblico può aprirsi la **questione successoria** → essa consiste nella individuazione della disciplina giuridica che consente la corretta **devoluzione dei poteri**, dei fini, dei rapporti, nonché del personale già titolarizzati nell'ente estinto.

La **questione** si presenta solo come **eventuale** in quanto il legislatore ha dettato disposizioni sempre più eventuali ed esaustive allo scopo di evitare ogni contenzioso.

Il patrimonio delle conoscenze formatosi in occasioni delle vicende giudiziali e dottrinarie collegate alla questione successoria, è molto importante →

→ Infatti questo patrimonio viene usato nel caso in cui le **disposizioni legislative** emanate per l'estinzione di un ente pubblico siano **lacunose**.

Per i rapporti connessi **a potestà pubbliche è raro che manchi** in assoluto alcuna disposizione riguardo alla questione successoria;

Di regola sono **gli statuti degli enti** a contenere le norme sullo scioglimento, sulla successione e sul trasferimento dei poteri.

La questione successoria sia apre negli stessi termini sia nel caso che l'ente estinto sia stato **trasformato** in un ente di nuova istituzione, sia nel caso che all'ente estinto sia **subentrato** un ente già istituito ed operante.

**Ente trasformato ed ente subentrante**, raccolgono il patrimonio dell'ente secondo i principi della devoluzione dei beni delle persone giuridiche.

Infatti succedono in tutte le attività e passività inerenti e prendono il loro posto in tutti i rapporti giuridicamente istituiti.

- In particolare la vicenda successoria esclude che l'estinzione dell'ente possa costituire un evento che determina un'interruzione del processo amm.vo.

## **Pariordinazione degli enti pubblici e modello giudiziale di risoluzione dei contrasti.**

La risoluzione dei contrasti mediante il **metodo giudiziale** sembra costituire la riaffermazione del principio sulla **disposizione orizzontale degli enti pubblici** nell'ordinamento giuridico generale → dunque pariordinata.

Il carattere **neutrale del processo** si pone a garanzia del riequilibrio dello scompensamento sostanziale determinatosi tra le p.a. in conflitto.

**La pariordinazione degli enti pubblici** è funzione del carattere unitario del concetto di pubblica amm.ne , inteso come **quel complesso di soggetti** a cui vengono attribuiti **potestà pubbliche e dunque titolari di identiche facoltà al momento di richiedere la tutela giurisdizionale.**

**L'evenienza dei contrasti** , ha costretto l'ordinamento ad una **opzione tra le amministrazioni contendenti :**

- L'opzione è avvenuta con la scelta in favore dell'amm.ne statale i cui **interessi** vengono qualificati come **prevalenti** rispetto a quelli di cui sono portatrici le amm.ni **non statali.**
  - Ciò comporta che l'Avvocatura dello Stato su richiesta di tutela degli interessi NON statali contro lo Stato, è **obbligata a contrapporre il rifiuto dei propri uffici.**

**Organizzazione amministrativa , organo , rapporti tra i due termini e principio della qualificazione prevalente.**

Il termine organizzazione presuppone un significato che muova dall'analisi del concetto di **organo.**

Il concetto di organo a sua volta rinvia all'elemento di un "insieme" ovvero alla parte di un "tutto".

→ insieme e tutto dei quali **l'organo** deve essere reputato come una componente **strutturale, essenziale e necessaria.**

**Dunque → L'organizzazione è :**

- Il complesso degli **organi**

- Il complesso delle **relazioni** che interconnettono gli organi tra di loro
- Il complesso dei **modi** nei quali tali relazioni effettivamente si dispiegano

Dalla **posizione, relativa e rispettiva**, che le norme giuridiche assegnano all'organo si ricava **il significato e il contenuto giuridico del termine organizzazione.**

←DEF→ **L'organizzazione dell'ente** è costituita dal complesso dei suoi organi, dalle loro relazioni, dal modo in cui queste trovano svolgimento.

**In tali aspetti** , può individuarsi il **rapporto** che intercorre tra gli elementi dell'insieme (gli organi) e l'insieme medesimo (organizzazione)

La somma degli organi e delle attribuzioni degli organi formano **l'organizzazione.**

Invece il **rapporto** tra organo ed ente è più complesso :

Infatti : **L'organo ha la rappresentanza legale dell'ente** → ad es. il sindaco (organo) ha la rappresentanza legale del comune (ente). (*immedesimazione organica poiché l'ente non può avere capacità giuridica si è creato questo stratagemma , l'organo è come se fosse l'ente stesso*) .

**L'organo** può svolgere azione **deliberativa, sia per fini** di amm.ne attiva sia per scopi di coordinazione interorganica a carattere consultivo → es. Il CNEL (comitato nazionale dell'economia del lavoro) è un organo di **consulenza.**

**L'organo può adempiere a compiti di controllo ,sia interorganico che diretto.** → La Corte dei Conti, fa un controllo sugli atti del governo e sulla gestione del bilancio dello Stato.

Varietà e diversità delle attribuzioni rispettive fungono da elementi di diversificazione dei rapporti tra gli organi e gli enti di appartenenza:

Sul piano giuridico il criterio per dare stabilità (riconoscibilità) al rapporto organo-ente resta quello di individuare nell'organo **la titolarità prevalente dell'attribuzione** primaria e fondamentale che lo concerne in modo da consentirne la qualificazione giuridica secondo la rilevanza che quell'attribuzione assume per la vita dell'ente.

Questo criterio descrive una linea interpretativa solo **tendenziale;**

Infatti è possibile :

- Sia l'esercizio da parte di un organo, di **competenze di altri organi** che quell'organo svolge in via sostitutiva , interinale o eccezionale ( si pensi alle deliberazioni e provvedimenti d'urgenza)
- Sia la **spartizione** delle attribuzioni per materie e per oggetti → infatti le attribuzioni di carattere deliberativo sono intitolate sia alla Giunta che al Consiglio comunale, pertanto **entrambi** sono qualificabili come organi **deliberativi** dell'ente Comune, ma SOLO uno dei due lo è in modo prevalente.
- Sia lo **svolgimento di compiti del tutto differenziati** rispetto a quelli per i quali l'organo viene qualificato nel suo rapporto con l'ente → ed es. , al **consiglio di stato** , che è un organo consultivo, gli sono attribuiti compiti **giurisdizionali**.

**Quindi..... al principio tendenziale della qualificazione prevalente , per cui gli organi vengono descritti sulla base dei compiti quantitativamente *più rilevanti per l'ente*, vi è una particolare flessibilità** del concetto di organizzazione che **consente →**

- sia l'**utilizzo dell'organo** per compiti **diversi** da quelli istituzionali
- sia l'**inversione** tra gli organi, del grado di rilevanza per la loro qualificazione nei rapporti con l'ente.

Spiegazione di questa fungibilità tra organi :

- **Tutti gli organi** afferiscono all'ente di appartenenza, e quindi **non muta la consistenza giuridica** dell'ente se taluno degli organi subisce delle variazioni qualificative.
- **Tutti gli organi** sono elementi **neutri**.

**Norma organizzatoria, formula organizzatoria, identità degli interessi pubblici nel tempo.**

La norma organizzatoria è **neutra**.

**Formula organizzatoria →** è il **risultato dell'opzione** legislativa per uno dei possibili modelli teorici di **organizzazione**, a *condizione* che tali modelli siano tra di loro **alternativi** od **oppositivi**.

- A mò di esempio , ci si può riferire ai **compiti di sicurezza pubblica**:
    - **L'azione** amm.va diretta alla cura di tali compiti (tra i principali *il mantenimento dell'ordine pubblico*) è **stata svolta** mediante un modello organizzatorio che **prevedeva la qualificazione** degli addetti allo svolgimento di quei compiti, **nei ruoli delle forze armate**.
      - **In** sostanza il corpo degli agenti era **militarizzato**, con conseguente applicazione delle norme costitutive dell'ordinamento militare.
- MA.... Con un successivo atto normativo** , il legislatore ha provveduto a **demilitarizzare il Corpo** predetto , sciogliendolo e facendolo confluire in un nuovo organismo centrale chiamato **Polizia di Stato**.

Quest'atto normativo pone una formula organizzatoria del tutto **contrapposta alla precedente** perché **prescrive che le norme applicabili** siano quelle dettate per gli impiegati civili dello Stato.

**SICCOME** tale formula che ha istituito la Polizia di Stato, **non è stata adottata** per altri corpi organizzati che pur svolgono compiti di polizia, risulta palese **che la cura di interessi pubblici identici nel tempo, non è alterabile se è operata** sulla base delle **opzioni legislative** in favore di una formula organizzatoria piuttosto che di un'altra.

**RIFLESSIONE →** Gli interessi pubblici **non mutano** la loro qualità giuridica sulla base **della formula organizzatoria** prescelta per soddisfarli.

**La formula organizzatoria** è in se **neutra** rispetto al fine da perseguire con l'azione amm.va.

**Dalla pubblica amministrazione , alle pubbliche amministrazioni.**

Il passaggio dalla pubblica amm.ne alle pubbliche amm.ni è una delle **necessità legislative**.

**Infatti.. quando il legislatore** utilizza la formula plurima (pubbliche amm.ni) :

- a) Devolve alla giurisdizione amm.va esclusiva, le controversie "tra le amm.ni pubbliche e i gestori di pubblici servizi"
- b) Prescrive che le pubbliche amministrazioni sono legalmente rappresentate dall'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, agli effetti della contrattazione nazionale.
- c) Detta un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni

Invece.. **il principio di unicità (pubblica amm.ne)** deve essere letto con **finalità individutive; alle** quali si raccorda il legislatore con **due diverse modalità :**

- **La PRIMA modalità** si realizza formulando una norma generale **sull'organizzazione amm.va** o **sull'azione amm.va** .
- **La SECONDA modalità** consiste nel **confezionare una norma nella quale** si attribuisce la **personalità giuridica di diritto pubblico e dunque si inserisce** l'ente istituito nella categoria relativa, oppure non si attribuisce tale personalità ma tuttavia si **include il soggetto nel novero delle pubbliche amm.ni** (es. ARAN).

## **Personalità e soggettività , titolarità , investitura.**

L'individuazione di una forma giuridica come la pubblica amm.ne , **deve svolgersi** sulla base dell'elemento concettuale della **soggettività.**

**La personalità** è uno *status* , e cioè un complesso di capacità ed una somma di situazioni giuridiche.

La **soggettività** , costituisce **uno schema giuridico** di imputazioni normative;

**La figura soggettiva** (Ministero ,Assessorato) presuppone **la personalità dell'ente** di cui si rappresenta come articolazione organizzatoria, ma **titolarizza in se l'esercizio di potestà pubbliche** che soddisfano interessi collettivi

La **titolarità di un organo** deriva :

- da norme **costituzionali** (ex art 100 , consiglio di stato è un organo...)
- dalla **legge** ordinaria o da atto avente la sua forza (il sindaco e pres. della provincia sono gli organi responsabili dell'amm.ne del comune e della provincia)
- **mediante atti amm.vi** di nomina, di investitura o di preposizione.

**L'investitura** della titolarità deve assumere dei **requisiti oggettivi e qualità personali**.

Ma... può assumere anche **l'elemento psicologico della fiducia**. **Il presupposto dell'investitura** è destinato a mantenersi inalterato, così instaurando il rapporto di fiducia tra chi prepone alla titolarità e chi viene nominato. Il rapporto **permane fino alla scadenza** del termine previsto per l'efficacia dell'atto di nomina (eccezione presidente Banca D'Italia).

**Ma SE la fiducia viene a mancare ..** la nomina può essere oggetto di revoca.

**Catalogazioni organi .**

**Organo monocratico , Organo collegiale .**

**Va** annoverata la diversa tipologia che contraddistingue i due organi sul piano della esternazione **dell'attività espletata:**

**Infatti ..** i provvedimenti mediante i quali agisce **l'organo monocratico sono i decreti, le ordinanze e le determinazioni amm.ve.**

- Decreto , ordinanza e determinazione indicano l'effetto **dispositivo dell'azione amministrativa.**

**I** provvedimenti mediante il quale agisce **l'organo collegiale ,** sono costituiti dalla **deliberazione.**

- Il termine deliberazione descrive e riassume il modo in cui si forma la volontà dell'organo collegiale.

Altra catalogazione :

**Organi di amm.ne attiva, consultiva , e di controllo.**

Ancora...

**Organi politici, organi di gestione amm.va , tecnica e finanziaria.**

**Organi di governo** ( Il Consiglio , la Giunta, Il Presidente della provincia)  
**Organi di direzione politica** ( Assessori comunali, provinciali).

### **Ufficio, struttura.**

I pubblici uffici hanno rilevanza costituzionale (Ex. Art. 97).

**L'ufficio** è costituito da un complesso di competenze (e da un complesso di componenti logistiche (sede , nome , dotazione economica).

**Di regola l'ufficio viene considerato come l'entità amm.va di sostegno o di supporto di un organo monocratico.**

**Struttura** → è un'entità amministrativa a volte differenziata dall'ufficio altre volte identificata con l'ufficio.

### **Organi collegiali , collegi perfetti, collegi imperfetti.**

#### **Composizione organo collegiale:**

1) L'adozione da parte dell'ordinamento giuridico del metodo **rappresentativo** per la composizione degli organi (collegiali) implica che i **componenti – rappresentanti** siano **necessari** alla funzionalità dell'organo collegiale → il che significa che **gli interessi rappresentati sono necessari** alla elaborazione ed alla determinazione dell'interesse che fa capo all'organo nel suo complesso.

2) Un'impostazione alternativa : la **rappresentatività** dell'interesse esaurisce la propria valenza giuridica sul piano esclusivamente **organizzatorio** della composizione dell'organo collegiale. → questo significa che **nessuna rilevanza giuridica** è in grado di essere collegata alla **presenza-assenza** del componente rappresentativo nello svolgimento dei compiti attribuiti all'organo collegiale.

I problemi che si pongono sono :

- **la validità delle sedute** dell'organo collegiale (Quorum strutturale)
- **la validità delle deliberazioni** assunte dall'organo medesimo (quorum funzionale).

**L'adozione dell'impostazione alternativa** (e cioè quella che la rappresentatività dell'interesse esaurisce la propria valenza sul piano esclusivamente organizzatorio della composizione dell'organo collegiale), ha il preciso significato di **non incidere** sulla validità strutturale e funzionale dell'organo.

**Quando invece l'organo collegiale** (integralmente composto) **manca del componente rappresentativo**, e ciò nonostante lo stesso organo procede all'espletamento dei propri compiti. **Che succede?**

- **Per talune opinioni**, l'irregolare costituzione di un organo si può assimilare alla sua **inesistenza**, così determinando la **nullità di sedute e deliberazioni**.
- **Per altre opinioni**: se l'organo è effettivamente composto dalla maggioranza dei suoi componenti e quando la norma non prescrive (in termini esplicitamente sanzionatori) il rilievo dell'interesse non rappresentato, **un ipotesi di mancanza strutturale non può acquisire alcuna rilevanza**.

**L'adozione dell'ipotesi 1**, e cioè del metodo **rappresentativo** per la composizione degli organi (collegiali), il quale implica che i componenti – rappresentanti siano necessari alla funzionalità dell'organo collegiale, comporta delle **conseguenze**:

La **partecipazione** del componente rappresentativo **determina** sia il **quorum strutturale** (validità seduta) **sia il quorum funzionale** (validità deliberazione)

**L'adozione** di questa impostazione richiama il modello del **collegio perfetto**.

- Si ha **collegio perfetto** quando nell'organo devono prender parte tutti i componenti dell'organo medesimo.
  - **Il collegio imperfetto** invece si ispira a criteri di economia e di funzionalità i quali sono soddisfatti con l'adozione del principio del maggioritario.

**Esempio collegio perfetto → Commissione disciplina:**

Tutti i componenti devono essere presenti in occasione della formulazione della proposta disciplinare → Dunque, l'assenza di un componente, oltre che a viziare l'atto propositivo, ricade sull'adozione della misura disciplinare da parte dell'organo

deliberativo rendendola censurabile per vizio di un atto del procedimento.

**La costruzione teorica del collegio imperfetto →** contiene un elemento che **assicura il funzionamento dell'organo.**

Si tratta della circostanza per cui è sufficiente la presenza di un numero predeterminato di componenti per garantire la validità delle riunioni del collegio. **Solo nel caso che tale numero risulti inferiore alla soglia utile per garantire la validità delle riunioni, il collegio perde la sua qualità giuridica di organo** ed è sottoposto alla rinnovazione integrale di tutti i suoi componenti.

**Organi collegiali a composizione burocratica ed ipotesi di responsabilità.**

**L'organo collegiale a composizione burocratica**, è quell'organo composto in prevalenza da **titolari di uffici amm.vi**, oltre che da **esperti** e da **rappresentanti** designati dalle categorie interessate (es. la commissione tecnica per i locali per il pubblico spettacolo).

Si pone un problema : e cioè l'estensione dell'eventuale **responsabilità** per danni derivanti dall'esecuzione degli atti adottati dall'organo collegiale.

**1)** Il carattere unitario dell'organo indurrebbe la formulazione dell'ipotesi per cui **la responsabilità per danni è collegiale, cioè si estende a tutti i componenti del collegio**, con l'ovvia conseguenza dell'**esclusione di tale responsabilità per gli assenti e i dissenzienti.**

**2)↔** a questa ipotesi si **contrappone** quella per cui, **siccome ogni componente dell'organo** è tale in ragione delle specifiche competenze funzionali che si titolarizzano nell'ufficio amm.vo ricoperto da quel componente, **la responsabilità non dovrebbe in alcun modo estendersi ai non specialisti.**

## **CAPITOLO 4 : Le garanzie del pubblico interesse.**

### **Definizione dell'interesse collettivo.**

**Interesse collettivo** → è lo stato di **tensione** che una determinata collettività attraversa , in un certo momento della sua storia , per il soddisfacimento di un **bisogno** o per il mantenimento di un **vantaggio** o per la **rimozione** di un **pericolo**.

Facendo un'analisi giuridica :

Con il termine **interesse** → si intende esprimere lo stato di tensione determinato dall'insorgere di una necessità e volto contestualmente a soddisfarla.

La qualificazione di tale interesse come **collettivo** → serve ad indicare due profili:

- 1) in primo luogo , **l'appartenenza** dell'interesse ad un **gruppo sociale** o ad una collettività di individui
- 2) in secondo luogo , la **qualificazione dell'interesse** come **collettivo** serve ad indicare la **natura** e la **qualità**, superindividuali, dell'esigenza manifestatasi in seno al gruppo;
  - Esigenze e bisogno superindividuali (e gli interessi che vi si correlano) si diranno collettivi, nella stessa misura in cui la collettività, troverà in esse una dimensione unitaria.

## **Interesse collettivo e bisogno della collettività.**

L'azione amm.va appare voluta dall'ordinamento giuridico al fine di **soddisfare** i **bisogni** della collettività unitariamente considerata.

La considerazione unitaria → implica la **coincidenza** della collettività con **l'intero gruppo** sociale stanziato sul territorio dello Stato.

*Art. 32 Cost. → La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e **interesse della collettività**, e garantisce cure gratuite agli indigenti.*

L'interesse della collettività , ex art. 32 Cost. si può trascrivere come interesse collettivo;

In queste formule l'interesse collettivo costituisce lo **stato di tensione** volto non solo al soddisfacimento o all'appagamento di un bisogno, ma anche al **mantenimento** dello **stato** di **appagamento** ed al **perfezionamento** o al **miglioramento** di tale **stato**.

**Questa definizione** ha trovato sbocchi anche in parecchi interventi legislativi come ad es. nella L. n. 833/1978 istitutiva del servizio sanitario nazionale :

- Il S.S.N. è costituito dal complesso delle funzioni , delle strutture, dei servizi e delle attività destinate alla **promozione ed al recupero** della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali sociali ecc...

## **Dall'interesse collettivo all'interesse pubblico.**

Per cogliere questo passaggio si deve prospettare una **duplice nozione di interesse pubblico** . Una **soggettiva** e l'altra **oggettiva**.

1) (**Soggettiva**) Se si muove dalla premessa che la **p.a.** consiste in un **complesso di soggetti** attributari di potestà amm.ve , e che **tali soggetti costituiscono** centri organizzati di interessi collettivi, **sono i singoli soggetti di diritto pubblico** (alias i singoli enti pubblici) a **divenire titolari** formali di quegli **interessi collettivi** che la legge ha ritenuto di tutelare una volta che ha prescritto le rispettive attribuzioni di potestà **allo scopo di perseguirli e soddisfarli**.

Vanno **notati due effetti** :

- a) la **trasposizione degli interessi collettivi** tutelati nel quadro formale degli interessi pubblici soggettivizzati
- b) la **diversificazione degli interessi pubblici** nella stessa misura in cui vengono a diversificarsi i soggetti che ne sono titolari formali.

Per cui **ad ognuno dei soggetti di diritto pubblico , deve corrispondere un interesse pubblico che contenga un aspetto esclusivo del soggetto considerato**.

- Es. l'interesse pubblico relativo al governo del territorio comunale, che si manifesta nell'adozione degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi, è identico per ogni ente Comune; Ma ogni Comune è titolare esclusivo delle potestà di governo del proprio territorio.

2) (**Oggettiva**) La nozione oggettiva del pubblico interesse si trova **correlata alla** singola **previsione** normativa **che attribuisce** alla persona giuridica pubblica , una **potestà** diretta a soddisfare un bisogno della collettività.

Ricordiamo che l'interesse è **lo stato di tensione per l'appagamento di un bisogno**.

**Es. di bisogni :**

- Acquisizione di un bene della vita → costruzione di un'opera pubblica che consenta l'elevazione culturale del gruppo sociale
- Rimozione di una situazione di pericolo → lavori pubblici per il consolidamento di un costone roccioso sul quale insiste un centro abitato

**Non c'è dubbio** che il **rapporto tra oggetto dell'azione amm.va** (rilascio concessione di servizio pubblico o la costruzione di opera pubblica) **ed il pubblico interesse** si colloca su di una precisa concatenazione logico-giuridica →

→ infatti , l'introduzione nell'ordinamento giuridico della norma attributiva di potestà si **giustifica** solo perché **la finalità del soddisfacimento di un bisogno viene a coincidere con quell'interesse collettivo** la cui percezione ha mosso il legislatore a porre la norma in questione e ad **inserirvi l'interesse pubblico**. Tale inserimento **realizza la trasposizione dell'interesse collettivo** dalla realtà socio-sostanziale alla realtà giuridico-formale.

→ Quindi, l'interesse collettivo preme sul legislatore affinché questi formuli la norma che attribuisca la potestà amm.va.

## **Pariordinazione degli interessi pubblici, conferenze di servizi , servizi pubblici essenziali.**

La legislazione moderna ha confermato l'esistenza nel nostro ordinamento del **principio di pariordinazione formale degli interessi pubblici**.

Però si può richiamare l'art. 14 della L. n. 241/1990, ove si prevede un esame contestuale di vari **interessi pubblici coinvolti in un procedimento amm.vo**.

Questo riferimento normativo trascrive **l'esigenza** della **ponderazione degli interessi** , in funzione di garanzia di un'azione pubblica che non comporti contrasti o prevalenze di un interesse pubblico sull'altro, ma che invece conduca ad un **ragionevole contemperamento** tra gli **interessi in conflitto**.

La **sede organizzatoria** per la ponderazione degli interessi coinvolti è la **conferenza dei servizi**;

Questa conferenza è **indetta dall'amm.ne** nella quale si titolarizza l'interesse (primario o prevalente) da canonizzare nel

provvedimento conclusivo del procedimento amm.vo ed annovera come eventuali protagoniste le amm.ni che debbano rilasciare permessi, nulla osta , assensi ecc..

- Una norma semplificatrice dispone che quando le amm.ni abbiano manifestato il proprio dissenso sulla proposta avanzata dall'amm.ne precedente, questa può assumere la determinazione conclusiva **forgiandola sulle posizioni maggioritarie** emerse in sede di conferenza.
  - **Questa norma** citata però , **è inapplicabile** per i **dissensi** esternati dalle amm.ni che sono preposte alla cura di interessi in materia di ambiente , territorio , paesaggio o relativi alla salute dei cittadini.

**Il principio di pariordinazione degli interessi** può essere **sottordinato** alla **emersione di interessi pubblici** che in un dato momento storico vengono considerati prevalenti (ci si riferisce agli interessi ambientali , territoriali ecc).

**Servizi pubblici essenziali** → questa qualificazione è rivolta a **definire l'essenzialità del servizio** in funzione garantistica della protezione effettiva di diritto costituzionalmente garantiti mediante la predisposizione di misure atte a contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con **l'erogazione di prestazioni "indispensabili"** connesse al funzionamento di quei servizi.

L'essenzialità appena richiamata denota che **gli interessi individuali e collettivi** , vanno classificati come **prevalenti** rispetto agli interessi attinenti ai servizi pubblici non elencati.

Sul piano delle **conseguenze giuridiche** , la classificazione di prevalenza per taluni interessi pubblici rispetto ad altri , si traduce in una sorta di **"legittimità pregiudiziale"** dell'azione amministrativa , tesa al **soddisfacimento degli interessi prevalenti.**,

**L'autotutela e la protezione diretta dell'interesse pubblico.**

Ogni soggetto capace di esternare la propria volontà in forme giuridicamente idonee a **conseguire uno scopo garantito dall'ordinamento**, è anche **titolare della facoltà contraria**, e cioè gli

si riconosce la **facoltà di pentirsi** della volizione precedentemente espressa (ius poenitendi).

L'attribuzione dello ius poenitendi al titolare dello ius agendi , è applicabile anche alla pubblica amministrazione.

L'ordinamento giuridico garantisce la legalità dell'azione amm.va attribuendo alla p.a. una **potestà speciale**, qualificata come **autotutela** che di regola viene esercitata con **l'emanazione di atti di segno contrario** ad altri adottati in precedenza.

La potestà di autotutela si caratterizza sia per :

- Perseguire **l'interesse** (collettivo e generale , ma astratto) al **ripristino della legalità**
- Sia anche perseguire l'interesse (pubblico) connesso alla materia di amm.ne oggetto dell'atto sottoposto ad autotutela.

## **Autotutela e protezione diretta nell'azione amm.va (provvedimentale e di controllo) .**

L'azione amm.va non è solo provvedimentale, ma ricomprende anche l'azione di **controllo**.

L'azione connessa al **controllo di legittimità** serve a verificare la corretta utilizzazione dei parametri normativi da parte dell'amministrazione attiva. → quindi , l'eventuale **annullamento dell'atto** sottoposto al controllo soddisfa l'interesse collettivo e generale , non l'interesse pubblico.

L'azione connessa al **controllo di merito** deve intendersi predisposta a vantaggio delle esigenze operative della p.a. e quindi dell'interesse pubblico.

## **Autotutela e Tutela.**

Nell'autotutela si può ricomprendere tutta **l'attività di replica che la p.a. ,** come soggetto di diritto comune, **pone in essere per reagire a comportamenti propri o altrui che abbiano ,** o siano suscettibili di avere, **carattere lesivo sia delle potestà di cui essa è attributaria,**

**sia pure dei beni e degli oggetti dei quali si serve per il conseguimento degli interessi pubblici ad essa affidati.**

L'autotutela comporta oltre all'uso , da parte della p.a. **aggredita**, degli ordinari strumenti giuridici di difesa e di reazione, **anche la scelta tra strumenti di diritto comune e l'esercizio di potestà pubbliche;**

Ma siccome la scelta dello strumento da attivare va effettuata per la **garanzia della maggiore integrità di beni , oggetti e potestà amm.ve , resta escluso che l'autotutela possa esaurirsi negli interventi su atti e comportamenti della stessa p.a.**

- Costituisce manifestazione di autotutela la richiesta di un Comune al giudice ordinario perché venga qualificata illecita l'azione di altro Comune che eserciti potestà pubbliche sul proprio territorio.

Gli istituti giuridici riguardanti la salvaguardia di atti e comportamenti propri, fanno parte del concetto di **autotutela;**

**Il solo dato** che accomuna tali strumenti a quelli che non si esauriscono negli interventi sugli atti propri, concerne la loro **provenienza** da parte del titolare effettivo di beni , oggetti e potestà da garantire.

**E' differenziata la qualità giuridica dell'intervento sui propri atti** rispetto a quello effettuato mediante gli strumenti di diritto comune;

- Questi ultimi sono rivolti ad una tutela che solo altri possono assicurare garantendo così una tutela **indiretta**, mentre l'intervento della stessa p.a. sui propri atti costituisce la garanzia di una tutela **diretta** dell'interesse pubblico.

In sintesi →

Il concetto di **autotutela della p.a.** comprende entrambi gli strumenti, sia quelli finalizzati ad una tutela indiretta, che gli altri rivolti ad una tutela diretta;

→ la **tutela diretta** si caratterizza per soddisfare in modo immediato gli interessi pubblici connessi all'azione amm.va. Ne deriva che solo in questa forma può fissarsi la differenza tra **autotutela e tutela.**

## Ancora...

L'autotutela è in grado di ricomprendere tutte le possibilità giuridiche che un soggetto utilizza per apportare **le correzioni necessarie affinché un suo atto o comportamento già rilevante per il diritto venga eliminato o modificato.**

## La sintesi finale→

→ si ottiene col **risolvere l'autotutela nella tutela.**

→ **Siccome** l'aspetto che caratterizza l'autotutela risiede nella **provenienza** dell'intervento da parte dello stesso autore dell'azione da correggere, fa da **corollario** a tale aspetto, **la disponibilità degli interessi sui quali si attiva lo ius poenitendi;**

→ **L'elemento caratterizzante della tutela** risiede invece nella **indisponibilità sostanziale degli interessi da parte dell'autore dell'intervento**, dato che la p.a. ne è solo titolare formale

Bisogna considerare che :

- Il **ripristino della legalità** violata è espressione dell'autodifesa dell'ordinamento e dei suoi scopi di conservazione di valori fondamentali → e cioè , il rispetto della legge.
- Il **soddisfacimento degli interessi pubblici** rinvia ad un'azione amm.va che deve estrinsecarsi nell'uso di strumenti necessariamente predeterminati e finalizzati al buon andamento dell'amministrazione e dell'utile collettivo.

Entrambe le esigenze ineriscono al concetto di tutela in senso stretto, ma soprattutto **non sono disponibili in capo alla p.a.** atteso che essa è obbligata a perseguirle; E **poiché può essere costretta**, l'elemento della **provenienza dell'intervento** passa in seconda linea e perde quindi il suo tradizionale carattere qualificante.

## Problemi applicativi di tutela e autotutela.

C'è un problema attinente al contemperamento reciproco tra le esigenze prima segnalate

- Ripristino legalità
- Soddisfacimento interessi pubblici

Atteso che essere posso entrare **in conflitto** , così venendosi a determinare contrasti sull'ammissibilità di uno strumento d'intervento piuttosto che di un altro o sull'individuazione di limiti al loro utilizzo.

In sintesi ci si chiede se

- Gli **interventi effettuati dalla p.a.** sui propri atti illegittimi od opportuni (illegittimità ed inopportunità sono le categorie fondamentali degli atti viziati) **debbono ritenersi realizzabili** sulla base del mero riscontro del vizio che inficia l'atto secondo il parametro normativo (illegittimità) od extranormativo (opportunità) di riferimento.
  - **Oppure** .. se tali interventi debbano fondarsi soprattutto su parametri ulteriori tra i quali il più importante è quello del soddisfacimento, concreto e attuale, dell'interesse pubblico.

## **Interventi della p.a. sui propri atti.**

Gli interventi della p.a. sui propri atti illegittimi ed inopportuni comprendono gli strumenti di :

- Annullamento
- Revoca
- Abrogazione
- Ritiro
- Rimozione
- Decadenza

E **sono classificabili** come **interventi eliminatori o caducatori.**

Consistono nella emanazione di **provvedimenti che assumono** un nomen iuris specifico e di regola , coincide con quello contenuto e prescritto in una norma che si ritiene fondamentale ed alla quale l'interpretazione dottrinarica e giurisprudenziale assegna il ruolo di norma – principio.

Accanto agli interventi caducatori ci sono gli interventi **consolidatori:**

→ gli **interventi consolidatori** consistono nel rafforzamento o rinvigorismento dell'azione amm.va già svolta.

Questi interventi comprendono gli strumenti di :

- Conferma
- Convalida
- Ratifica
- Sanatoria

**II RAFFORZAMENTO** si consegue o :

- Con l'**eliminazione** dei **vizi** purchè non irreversibili (convalida)
- O con il **mantenimento** reiterato del previo assetto di interessi (atto confermativo) eventualmente rimeditato con motivazione aggiuntiva (conferma o riconferma)
- O con l'**assunzione** della **titolarità formale** dell'atto e dei suoi effetti da parte dell'autorità amm.va (dell'organo) che aveva la potestà di adottarlo ab initio (ratifica)

## **L'intervento annullatorio.**

Tra gli strumenti di tutela dell'azione amm.va assume rilievo

### **l'annullamento d'ufficio.**

La potestà spetta all'autorità amm.va che ha emanato l'atto viziato (oppure per vincolo di sopraordinazione gerarchica su quella che ha emanato l'atto) e si esercita mediante la **valutazione della rilevanza** sull'illegittimità che affligge l'atto e con l'adozione delle determinazioni conseguenti.

Valutare la rilevanza significa che la determinazione conseguente può consistere anche nella **non adozione di provvedimenti annullatori:**

Ciò dipende dalla **possibile graduazione** degli stadi nei quali vanno collocati i singoli vizi di legittimità (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge)

Tutti gli stadi di ogni singolo vizio non giustificano l'annullamento dell'atto viziato e possono invece condurre :

- alla sua **regolarizzazione**
- **alla correzione dell'errore riscontrato**
- **o addirittura nell'assoluta rilevanza del vizio.**

## **Le caratteristiche discrezionali. Le ragioni.**

La duplice possibilità di **annullare o di non annullare** pur in presenza di un atto difettoso, ha fatto della potestà di annullamento una potestà qualificata come **discrezionale.**

**I motivi** della sua qualificazione discrezionale si traggono dalla circostanza per cui l'ordinamento **esclude l'obbligo** di esercitare la potestà annullatoria.

**L'inesistenza dell'obbligo di annullare** gli atti illegittimi e dunque l'inesistenza di una c.d. **doverosità nell'annullamento** vanno riferite a due argomenti di fondo :

- Il primo si situa sulla scia del tradizionale principio della **presunzione di legittimità**, con il quale si ritiene che la legittimità di un atto della p.a. vada presunta, affermata e difesa fino a quando non venga dichiarato il contrario da chi ne abbia la potestà di farlo
- Il secondo risiede nel consolidarsi della **costruzione giurisprudenziale** per cui l'annullamento (**d'ufficio**) può essere disposto solo in presenza di un interesse **pubblico attuale** , elemento che risulta condizionante , nell'interpretazione del giudice amm.vo, sulla legittimità del provvedimento annullatorio ed in un'ultima analisi sulla potestà di cui il provvedimento predetto costituisce esercizio.

### **Attualità nell'interesse pubblico.**

L'elemento **dell'attualità** dell'interesse pubblico **differenzia l'annullamento d'ufficio** dagli altri tipi di annullamento che l'ordinamento giuridico disciplina in forme istituzionali e che conseguono ai ricorsi amm.vi e giurisdizionali.

Se avviene **l'annullamento d'ufficio** è importante che ci sia l'attualità nell'interesse pubblico , perché la p.a. annullando l'atto sta tutelando un interesse superiore.

Se non fosse attuale non avrebbe senso annullare quell'atto.

**L'attualità dell'interesse** deve esserci sia con riguardo della **valutazione** della **legittimità** o della **illegittimità** dell'atto e con riguardo ai vantaggi e agli svantaggi che sia la p.a. e i soggetti privati ottengono da quell'annullamento.

L'attualità deve essere un elemento necessario sia per l'emanazione di provvedimenti positivi della p.a. sia per quelli negativi.

**Annullamento di carattere giustiziale** (dentro l'aula giudiziale), pone come presupposto un **interesse del ricorrente** , nel quale si riassume una situazione giuridica individuale che per definizione è ritenuta attuale , e cioè contemporanea alla richiesta di annullamento avanzata nel ricorso.

Ora , poiché tale richiesta consegue ad una prospettazione dell'interesse pubblico che il ricorrente differenzia in tutto o in parte da quella adottata dalla p.a. se ne deve dedurre che **l'attualità dell'interesse** del **ricorrente coincide** con l'attualità dell'interesse pubblico da lui prospettato.

## **CAPITOLO 5 : L'azione amministrativa.**

### **L'azione amministrativa e significati di espressioni omogenee: termine funzione e attività.**

Con l'espressione azione amm.va si vuole ricomprendere **ogni** possibile **manifestazione** della realtà giuridica che sia **riconducibile all'amministrazione pubblica** o ad un impianto normativo.

L'azione amm.va va considerata :

- sia dal punto di vista **dinamico** → e quindi dell'**agire** e del **provvedere**
- sia dal punto di vista **statico** → e quindi degli **atti** e dei **provvedimenti** amm.vi

atti e provvedimenti , costituiscono il risultato **formale** dell'azione, mentre l'agire e il provvedere rappresentano gli schemi concettuali nei quali l'azione si distribuisce. **La combinazione** di questi due aspetti compone il significato globale attribuito alla **locuzione azione amm.va.**

**Vi sono però altre espressioni per definirla. Come ad es.** le locuzioni **funzione** ed **attività**.

## **Funzione**

→ Non si vuole richiamare né il significato di **compito**

→ **Né quello di attribuzione**

che avrebbe solo valenza organizzatoria e descrittiva.

E nemmeno ...

→ Quello complessivo riferibile a **funzione amministrativa**, che resta utile ai fini differenziatori sul piano istituzionale , come ad es. **funzione legislativa , funzione giurisdizionale**, perché resta del tutto **generico per talune finalità specifiche.**

**Per queste finalità...**

→ si può iscrivere nel termine funzione, **il rapporto che si instaura tra l'azione amm.va e lo scopo concreto da conseguire** nel quale deve intendersi sintetizzato il movente (*ratio legis*) dell'attribuzione legislativa di potestà.

Se si descrive il vizio di eccesso di potere nei termini di **vizio della funzione** , **non si intende** dire che il vizio cade sulla funzione nei significati prima accennati ,

- e cioè come compito – attribuzione → sarebbe troppo definito e limitato
- né come funzione amm.va → perché troppo generico

**Si intende dire invece, che il vizio incide sulla relazione nella quale gli elementi predetti sono posti dalla norma o dall'interprete e sul modo in cui l'azione amm.va li ha rispettivamente collocati** e per così dire valorizzati.

Se la potestà amm.va è stata utilizzata per conseguire uno **scopo non ascrivibile** alle finalità pubbliche non si dirà che è viziata la funzione , ma si dirà **un vizio inficia irreparabilmente l'azione per mancanza di uno dei suoi elementi essenziali.**

Se invece la **potestà** viene **esercitata** per un **obiettivo ascrivibile** al complesso delle **finalità pubbliche** ma non precisamente a quelle per le quali la potestà è stata attribuita, **non potrà dirsi strutturalmente viziato il fine dell'azione, ma si dirà viziata la relazione che si è voluto porre tra la potestà ed il fine concretamente perseguito.**

Solo in questo senso il **vizio afferrirà alla funzione.**

### **Attività.**

Con il termine attività viene indicata una nozione attinente ad elementi concreti, materiali e collegati (anche) tra di loro.

Varie accezioni del termine attività :

→ **L'attività consiste in una nozione meramente quantitativa**, che si ha quando il **termine** in questione serve a **descrivere** un **complesso di atti** senza che al riguardo occorra alcuna graduazione della rilevanza giuridica pertinente ad ognuno degli atti inclusi e senza che si renda necessario che vadano distinte le diverse qualificazioni sistematiche degli atti medesimi.

→ In una seconda accezione, l'aspetto di maggior rilevanza è quello qualitativo e si manifesta nel concepire l'attività come **una serie di atti**. Si vuole intendere che l'attività consiste in atti **coordinati , concatenati e conseguenti**; Non perché finalizzati ad un obiettivo coincidente con una materia di amministrazione ma **perché serventi tale obiettivo e dunque strumentali solo al suo conseguimento.**

**La** nozione di **strumentalità** va intesa nel senso che ogni fine di amministrazione necessita di varie attività :

- Si parla di attività **conoscitiva, istruttoria , decisoria , documentale.**

Questo secondo significato dell'espressione attività, e cioè come una **serie di atti**, consente di configurare :

- Sia la possibile intersecazione delle attività amm.ve

- Sia la possibile delimitazione di vizi dell'attività non immediatamente riferibili al singolo atto e quindi sganciati dal medesimo.

In quest'ultima evenienza, **il vizio dell'attività** è da intendersi come violazione dei principi logico-giuridici che presiedono al **coordinamento, alla concatenazione ed alla consequenzialità degli atti fra di loro;** per cui l'omissione di un parere obbligatoriamente prescritto da norme giuridiche, evidenzia un vizio di violazione di legge come vizio strutturale dell'azione amm.va complessivamente considerata.

→ Un significato che può accomunare entrambe le accezioni :

**L'attività deve essere riguardata né come una serie di atti e nemmeno nel suo identificarsi con la materia di amm.ne (Come complesso di atti).**

**Va invece riguardata come sinonimo dell'espressione competenza amministrativa** intesa sia dal punto di vista quantitativo che da quello qualitativo.

Comunque, il sinonimo **attività-competenza** sembra peccare per eccesso, giacché con il termine attività si suole anche indicare **il risultato dell'esercizio della competenza amm.va che si presuppone** come elemento necessario ed irrinunciabile per lo **svolgimento legittimo dell'azione amm.va.**

**Tre schemi fondamentali dell'azione amministrativa: Azione provvedimentale, azione di controllo ed azione elaborativa.**

Le norme giuridiche disciplinano l'azione amm.va secondo tre schemi fondamentali.

Lo schema di maggior tradizione, nel quale l'amministrazione pubblica è sicuramente dotata della veste di **autorità** concerne **l'azione provvedimentale.**

**Azione provvedimentale** → è quel complesso di atti che le norme qualificano come provvedimenti.

Sono provvedimenti perché con essi l'amministrazione provvede in modo **diretto ed immediato** alla cura **dell'interesse pubblico** e delle connesse posizioni di **interesse individuale.**

I **caratteri dell'autorità** sono **essenziali** ai provvedimenti perché il conseguimento dei fini voluti dalla legge non sempre è assistito dall'apporto collaborativo del soggetto verso cui l'azione amministrativa è rivolta.

**Azione amministrativa di controllo** → si denota una maggiore autorità.

**Prevalenza giuridica dell'azione di controllo su quella di tipo provvedimentale.**

L'azione di controllo (o di riscontro) produce un atto che è dotato di autorità maggiore rispetto al provvedimento ad essa sottoposto;

**Pur** non mirando al conseguimento di finalità pratiche ed immediate, consente di conseguirle e di portare a soddisfacimento i bisogni relativi.

Quando l'azione di riscontro è di segno **positivo**, cioè ad es. quando l'apparato di controllo appone il visto o emette un'approvazione, **essa viene reputata giuridicamente indifferente** rispetto all'assetto di interessi voluto con il provvedimento.

**Al contrario ...** La maggior autorità dell'azione di riscontro rispetto a quella provvedimentale è percepibile quando essa acquisisce connotazioni **negative**, perché in tali eventualità, ricadono sul provvedimento amm.vo una serie di conseguenze che vanno **dall'improduttività temporanea di effetti, all'annullamento del provvedimento medesimo.**

**L'azione elaborativa** → manca sia della caratterizzazione provvedimentale, sia della caratterizzazione **autoritativa**.

Anche l'azione elaborativa acquista i connotati essenziali dell'azione amministrativa e non tanto perché viene svolta in funzione ausiliare e coadiuvante dell'azione provvedimentale, ma in **quanto finisce per costituire parte integrante con l'azione provvedimentale..**

**Questa connessione** acquisisce una rilevanza in sede giudiziale perché vi si realizza la ricostruibilità dell'iter logico-giuridico mediante il quale la p.a. è pervenuta al provvedimento e sul quale si dispiegano le valutazioni

concernenti la regolarità dell'azione amm.va complessivamente considerata.

## **Azione amministrativa di controllo, perché è amministrativa?**

L'azione amministrativa di controllo ha caratteristiche recessive e quindi di segno opposto rispetto a quelle delle azioni predette.

L'azione amministrativa sottoposta al **controllo** rappresenta l'oggetto unico ed esclusivo sul quale si dispiega **l'azione di controllo, mentre** sia *l'azione provvedimentale che quella elaborativa hanno come oggetto tutti i possibili interessi pubblici in stretta connessione con i bisogni collettivi.*

La qualifica di azione di riscontro, di riesame, di revisione oltre a segnalare la **non progettualità e la non innovatività dell'azione di controllo** ne **escludono** ogni connotazione connessa alle **finalità** prevalenti del **concetto di pubblica amm.ne.**

Quando tali finalità si ritengano quelle progettuali, innovative, e comunque soddisfattive in concreto del pubblico interesse, diventa agevole **escludere** nell'azione di controllo il perseguimento delle finalità medesime.

**PER CONSEGUENZA...** L'AZIONE di controllo non potrebbe essere qualificata come azione amministrativa perché **verrebbe a mancare il contenuto teleologico finalizzato ad un quid novi:**

- **L'asservimento** agli scopi dell'amministrazione pubblica **implica** il loro necessario perseguimento e pertanto **ogni azione**, ancorché pubblica, che sia priva di tali scopi non potrebbe ascrivere al novero delle azioni amm.ve.

Tale azione però continua a **definirsi amministrativa :**

- **Sia per ragioni organizzatorie → gli organi di controllo appartengono all'organizzazione amm.va**
- **Sia per ragioni dipendenti dalla qualità giuridica degli atti nei quali l'azione si esterna → gli atti di controllo appartengono al *genus* degli atti amministrativi.**

**Agire e provvedere : distinzione tra atto e provvedimento.**

L'azione amministrativa ricomprende sia **l'agire** che quello specifico modo di agire che consiste nel **provvedere** da parte della p.a.

Il concetto di agire non coincide con quello del provvedere perché , **pur ricomprendendolo**, risulta certamente più ampio e tende infine a distinguersene.

Per provvedere occorre prima **agire** ma senza che sia necessaria l'emanazione di provvedimenti amm.vi .

Agire e provvedere sono concetti fondamentali per far luce sulla distinzione tra atto e provvedimento.

**Il provvedimento è sempre un atto.**

**L'atto invece, non contiene mai un provvedimento.**

**Nell'atto** si soddisfano interessi pubblici esclusivamente connessi alla funzione pubblica svolta e **neutri** rispetto ai bisogni collettivi .

**Nel provvedimento** si soddisfano soprattutto interessi della collettività con il particolare risvolto determinato dalla riferibilità degli interessi a collettività entificate.

**Alla** categoria dell'atto amm.vo che quindi possiamo qualificare con **non provvedimentale** , appartengono ad esempio i pareri e le certificazioni amm.ve.

**Il provvedimento è quell'atto della pubblica amministrazione** nel quale l'intento di portare ad appagamento i bisogni della collettività viene a **realizzarsi** con la particolare modalità rincarata dell'agire, che è il **provvedere**.

Provvedere significa, da parte della p.a. , il **proporsi nella realtà giuridica mediante un'azione qualificata** dal diritto e che può dirsi :

- Di tipo **valutativo** (la dichiarazione di pubblica utilità nel procedimento di espropriazione)
- Di tipo **ordinatorio** (l'ordinanza di demolizione di un immobile pericolante)

- Di tipo **autorizzatorio** (per l'apertura di un esercizio commerciale)
- Di tipo **concessorio** ( in materia di utilizzazione di beni demaniali)

Rispetto all'agire, **il provvedere** risulta marcato dall'intento di conseguire in modo pratico, concreto ed immediato una finalità materialmente o moralmente apprezzabile e sempre correlata a procacciare od a rendere fruibile di un bene della vita ovvero a mantenerne inalterata la consistenza perché continui ad esserne consentita la fruizione.

### **Regesto tipologico dell'azione amministrativa.**

Per la **confezione** di un **regesto** tipologico dell'azione amministrativa vengono usati i seguenti elementi :

- La **potestà** attribuita dalla legge
- Il **fine dell'azione** da svolgere
- **L'interesse pubblico** da perseguire e soddisfare
- Gli **aspetti formali** del procedimento da osservare.

**MA... nel comporre un regesto tipologico per tipi** , dottrina e giurisprudenza si basano sull'elemento del **nomen iuris**;

e cioè... quell'espressione che la norma utilizza per **descrivere l'atto** o il provvedimento mediante il quale l'azione svolge il suo ruolo, *vantaggioso o incisivo*, sul soggetto esposto all'esercizio della potestà.

**L'elemento nominalistico** consente che la tipologia formale dei provvedimenti si combini con il loro **regime giuridico** oppure **presuppone** circa taluni **aspetti sostanziali** e **formali** del provvedimento considerato.

- **Regime giuridico** → regolamentazione che la norma prescrive in modo esplicito

←Esempio→ L'autorizzazione amministrativa come **tipo** di provvedimento:

si possono evidenziare vari aspetti →

- a) nelle **particolari qualità del soggetto** emanante

- autorizzazione a stare in giudizio, la relativa potestà deve ritenersi conferita in virtù del rapporto interorganico preesistente
- b) nelle **particolari qualità** del soggetto **destinatario**
  - autorizzazione di commercio, soggetti esposti a misure di prevenzione e falliti, non possono usufruirne
- c) nella **potestà valutativa** ed in quella **accertativa**, esercitabili dalla p.a.
  - autorizzazione alla guida di autoveicoli, l'accertamento del possesso di specifici requisiti attestativi l'idoneità fisiopsichica e tecnica.
- d) nella **configurazione informale dell'azione amministrativa** determinata dal decorso del tempo consecutivo alla presentazione di un'istanza.
  - Nelle autorizzazioni per silenzio-assenso, riguardanti gli assetti edilizi attivati per manutenzione straordinaria.

Nelle esemplificazioni precedenti relative **all'autorizzazione amministrativa** prospettata come **tipo** generale di provvedimento, vanno viste le specie di una serie di **sottotipi**:

in questi sottotipi, l'identità del **nomen iuris** è riferibile soltanto al **tipo** che tutti li ricomprende (autorizzazione), mentre la specificazione afferente ad ogni **sottotipo**, si trova determinata determinata **dalla diversità del regime giuridico** dettato dalla norma per ogni provvedimento considerato.

**L'appartenenza al tipo** implica la differenziazione necessaria tra tutti i sottotipi nella stessa misura in cui la diversa rilevanza giuridica induce la diversità tra gli istituti;

**Altrimenti...**, cioè *nel caso di rilevanza identica e dunque di identità di sottotipi*, si **dovrebbe parlare** di irrazionalità del legislatore e di esercitazioni terminologiche assolutamente gratuite.

Per **l'interprete**, **l'identità del nomen iuris, intesa come riconducibilità del sottotipo al tipo**, rappresenta la circostanza legittimante per l'applicazione e l'utilizzazione del **metodo analogico**.

**Quindi , la diversità di nomen, e cioè la diversità tra i tipi di provvedimento, si pone come fatto ostativo all'adozione del metodo analogico e dunque alla utilizzabilità in via interpretativa, di qualità ed effetti propri di un tipo di provvedimento rispetto all'altro.**

## **Catalogazioni e classificazioni e irrilevanza giuridica del nomen iuris.**

La catalogazione dei provvedimenti amm.vi viene a fondarsi su sintesi di riferimento generali ed accomunanti, in grado di **ricomprendere un numero cospicuo di tipi:**

quindi diversi, non solo per via della diversità del nomen iuris, ma anche perché se ne **diversificano** , le rispettive potestà, i fini, gli interessi pubblici, e gli aspetti formali-procedimentali.

←ESEMPIO→ Si pensi alla nota classificazione dei **provvedimenti ampliativi**, che comprende **le autorizzazioni e le concessioni:**

Poiché sono entrambi provvedimenti **favorevoli**, nel senso che consentono al soggetto che ne è titolare, **il conseguimento di utilità e beni della vita.**

### **Il carattere ampliativo è diverso nei due provvedimenti menzionati :**

- **Con la concessione** viene ad ampliarsi lo status giuridico del soggetto che diventa concessionaria per via dell'acquisizione di un diritto prima inesistente
- **Con l'autorizzazione** viene ad ampliarsi la situazione giuridica preesistente.

**Il connotato ampliativo** si manifesta vero e falso allo stesso tempo :

→ **è vero** perché concerne il tema delle situazioni giuridiche:

- Nella concessione, amplia il numero delle situazioni giuridiche, aggiungendone una.
- Nell'autorizzazione, espande un diritto prima non legittimamente esercitabile

→ **è falso** perché nell'autorizzazione, ad essere esercitato è lo stesso diritto di cui si è già titolari, mentre nella concessione la

situazione acquisita non ha , a fronte della p.a. concedente , la stessa consistenza attivabile a fronte dei terzi.

Il disagio interpretativo è ulteriormente complicato dall'insofferenza che le Corti mostrano verso il linguaggio legislativo:

C.Cost. **ha mutato in una sentenza il termine concessione in autorizzazione.**

**Inoltre** , questo disagio è complicato pure dalle vistose ambiguità dello stesso legislatore :

- **L'istituto della dispensa amministrativa** se è considerato come **tipo**, non si saprebbe se annoverare tra i provvedimenti favorevoli o sfavorevoli, ampliativi o restrittivi:

- **Infatti** ... quando si confrontano due sottotipi del tipo considerato , come :

- La dispensa del servizio di leva
- E la dispensa per scarso rendimento del pubblico dipendente

si constata che si tratta di due provvedimenti di segno opposto (l'uno favorevole e l'altro), con l'ovvia **conseguenza** che il rispettivo **nomen iuris** non contribuisce a consolidare un significato univoco nella qualificazione giuridica del **tipo dispensa amministrativa.**

Le catalogazioni pertanto, presentano troppe ambiguità interpretative; **La stessa normazione** sembra escludere il modello della catalogazione o della classificazione degli atti amm.vi, *inteso come produttivo della riconducibilità dei sottotipi ad un determinato tipo di atto*, per **preferire un regesto tipologico mirato** da un canto, **ad evidenziare gli aspetti volitivi finalistici ed esternativi dell'azione amm.va**, ma dall'altro canto **ad affermare l'irrilevanza giuridica del nomen iuris utilizzato.**

**Lo stesso legislatore** quando procede alla prescrizione delle competenze spettanti ai **dirigenti dell'amministrazione pubblica**, locale ed attribuisce loro :

- Attestazioni
- Certificazioni
- Comunicazioni
- Diffide

- Verbali
- Autenticazioni
- Legalizzazioni

**Lo stesso legislatore conclude l'elenco attribuendo ai medesimi dirigenti "... Ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza ... "**

La quale manifestazione non rappresenta un atto determinato con proprio *nomen iuris* aggiuntivo → quindi non è un sottotipo, e non è nemmeno un atto rappresentativo di una classe di atti, o di una categoria dei medesimi → quindi , non è un atto-tipo.

**La manifestazione di giudizio e di conoscenza**, costituisce una **manifestazione di intenti volitivi e psichici** determinata dalla necessaria **riconcucibilità** al **potere** effettivamente **utilizzato**, con parimenti necessaria riconducibilità alla norma che tale potere attribuisce all'organo della p.a. ed alla p.a. medesima.

Più che alla forma di atto , quindi , i riferimenti interpretativi vanno condotti sul potere in concreto esercitato e sulle norme che lo disciplinano.

## **Procedimentalizzazione e le sue forme.**

La procedimentalizzazione dell'azione amministrativa si riferisce a **3 modi d'essere diversi** :

- 1) Procedimentalizzazione pura** → riguarda lo svolgimento dell'azione in forma coordinata, solo tra organi posti **all'interno della stessa p.a.**
- 2) Procedimentalizzazione pluralistica** → si presuppone che il procedimento debba svolgersi tra più organi ma **appartenenti ad enti diversi** .

**La caratterizzazione pluralistica** si deve :

- Sia alla plurimità degli interessi pubblici coinvolti
- Sia alla pluralità dei centri di riferimento degli interessi collettivi

- 3) Procedimentalizzazione partecipativa** → si svolge mediante il **necessario apporto dei soggetti privati.**

**E' disomogeneo il terzo modo di intendere la procedimentalizzazione;**

Infatti la disomogeneità si fissa nella **diversa dimensione giuridica** degli interessi di cui sono portatori i privati e gli organi rappresentativi della p.a. titolare della potestà di provvedere.

Le prime due forme di procedimentalizzazione si muovono nel solco omogeneo **degli interessi pubblici** in linea di principio **pariordinati**. **La terza forma** riscuote maggiore attenzione grazie all'interpretazione che le attribuisce la caratteristica di determinare una sorta di **gestione partecipata dell'interesse pubblico**, a fronte della gestione unilaterale tipica del regime precedente alla legge citata.

Si tratta di un'interpretazione che deve tener conto di **due fattori** :

- 1) il rilievo per cui i privati devono ritenersi sempre condizionati dalla massimizzazione del proprio interesse**
- 2) l'evenienza del contraddittorio tra soggetti interessati e controinteressati e dunque la formulazione di una regola contenziosa che si pone alla base dell'azione amm.va tesa a conseguire il coinvolgimento degli interessi privati nel miglior soddisfacimento del pubblico interesse.**

## **Procedimento amministrativo.**

Affinchè un atto amministrativo sia perfetto ed efficace , *cioè idoneo a produrre gli effetti giuridici del tipo al quale l'atto appartiene*, esso deve **essere emanato dopo** aver seguito un **particolare iter**, comprendente più atti ed operazioni che nel loro complesso prendono il nome di procedimento amministrativo.

IL **procedimento amm.vo** → **è dunque** l'insieme di una pluralità di atti susseguenti e diversi fra loro, che nonostante la loro eterogeneità e la loro relativa autonomia, sono preordinati allo stesso fine e cioè **alla produzione degli effetti giuridici propri di una determinata fattispecie**.

## **Procedimento amm.vo alla luce della L. 241/90:**

questa normativa non pretende di codificare la struttura e il funzionamento del procedimento amm.vo, ma si limita a **fissare in**

**armonia con il dettato costituzionale (97)**, talune regole ispirate ai seguenti principi :

- a) **Principio del giusto procedimento** → che garantendo il **diritto di partecipazione degli interessati**, consacra la dialettica tra interessi pubblici e privati tendendo alla composizione dei concreti rapporti
- b) **Principio di trasparenza** → prevede il carattere obbligatorio **della motivazione** del provvedimento amm.vo, **l'obbligo** della p.a. di **identificare preventivamente l'ufficio** e il dipendente responsabile del procedimento e **il diritto dei cittadini interessati ad accedere ai documenti amministrativi**.
- c) **Principio di semplificazione** → che introduce taluni istituti diretti, in conformità dell'art. 97 COST., a snellire e rendere più celere l'azione amm.va (silenzio-assenso, denuncia in luogo di autorizzazione, conferenze di servizi ecc..)

Ai suddetti principi si collegano le seguenti **regole** :

- 1) **Divieto di aggravamento del procedimento** : la p.a. **non può aggravare il procedimento** se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria
- 2) **Obbligo di conclusione esplicita del procedimento** : la p.a. ha il dovere di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento finale espresso, *sia quando il procedimento consegua ad istanza, sia quando debba essere iniziato d'ufficio*
- 3) **Obbligo generale di motivazione del provvedimento amministrativo** : L'introduzione dell'obbligatorietà della motivazione, nel ricondurre l'azione amm.va entro i binari del principio di legalità, **consente di ritenere che il provvedimento immotivato**, o insufficientemente motivato sia **viziato per violazione di legge**, e non più come si riteneva prima per **eccesso di potere**.

Il capo III della L. 241/90 riguarda la **partecipazione degli interessati al procedimento**.

Il legislatore ha recepito i dettami del **giusto procedimento** prevedendo :

- 1) L'obbligo della p.a. di **comunicare agli interessati** la notizia relativa all'avvio del procedimento
- 2) Il diritto di questi ultimi di parteciparvi attivamente

- 3) La possibilità che l'amministrazione precedente **concluda accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto del provvedimento** ovvero in sostituzione di questo.

Si Può concludere che la normativa in esame :

- **Consente** agli interessati , in armonia con il principio di trasparenza, **di venire a conoscenza** dell'identità del responsabile del procedimento e di controllarne l'operato
- **Responsabilizza** i funzionari preposti alla gestione del procedimento, eliminando la situazione precedente di anonimato e permettendo ex art. 28 COST, l'irrogazione nei loro confronti di sanzioni penali civili ed amm.ve
- **Rende possibile una maggiore celerità** del procedimento, individuando un'autorità preposta a concluderlo nel più breve tempo possibile.

## **Le parti del provvedimento amministrativo.**

Le teorie tradizionali scindono il provvedimento amm.vo in cinque parti formali :

- **Intestazione** → cioè l'indicazione dell'autorità da cui l'atto promana
- **Preambolo** → in cui sono indicate le norme di legge o i regolamenti in base ai quali l'atto stesso è stato adottato nonché le attestazioni relative agli atti preparatori
- **Motivazione** → che consiste in :
  - **Una parte descrittiva** : nella quale la p.a. indica gli interessi coinvolti nel procedimento
  - **Una parte valutativa** : nella quale la p.a. valuta comparativamente gli interessi motivando le ragioni per le quali ha preferito soddisfare un interesse in un luogo di un altro
- **Dispositivo** → che è la parte precettiva dell'atto e costituisce la dichiarazione di volontà vera e propria
- **Sottoscrizione** → cioè la firma dell'autorità che emana l'atto o di quella delegata.

Ma ... la composizione formale del provvedimento presenta qualche variazione rispetto al modello tradizionale descritto in sequenza :

**nei provvedimenti emanati dai Direttori Regionali dell'Agenzia delle entrate nell'amm.ne finanziaria** , il dispositivo precede la motivazione, ed entrambi gli elementi precedono il preambolo.

## **La motivazione.**

E' stata fino ad oggi pacifica, in dottrina e in giurisprudenza che in mancanza di una norma generale, **non esisteva un obbligo generale di motivazione per gli atti amm.vi**, per cui la motivazione doveva ritenersi necessaria **solo se imposta dalla legge o dalla natura dell'atto**

**MA...**

**LA L 241/90 ha innovato la disciplina sancendo** , *in osservanza al principio di trasparenza e di effettività della tutela giurisdizionale del privato*, che **ogni provvedimento amministrativo debba essere motivato.**

**Per quanto concerne la catalogazione dei vizi afferenti alla motivazione**, va detto che **l'inosservanza formale dell'obbligo previsto dalla legge determina** nel provvedimento che ne sia affetto, **il vizio implicito della violazione di legge.**

**Simulacro di motivazione →** Il rispetto formale di tale obbligo , accompagnato però dall'inosservanza sostanziale del medesimo, **determina lo stesso vizio** ma formulato come **carenza di motivazione.**

Saranno invece da reputarsi affetti dal vizio di **eccesso di potere** gli atti con carenze o incongruità della motivazione. Si parla in proposito di :

- **Motivazione erronea →** si ha quando un fatto realmente esistente non è stato considerato
- **Motivazione perplessa →** si ha quando la valutazione del fatto contenga elementi plurimi non conclusivi
- **Motivazione illogica →** quando la valutazione del fatto venga condotta sulla base di elementi contraddittori.

**Il 2° comma dell'art. 3 esclude l'obbligo di motivazione per gli atti normativi e a contenuto generale**, recependo così l'orientamento

giurisprudenziale che , ritenendo tali atti **ampiamente discrezionali** e a **motivo libero**, in passato, sancito il carattere non obbligatorio della loro motivazione.

E' ammessa **la motivazione ob relationem** → e cioè la motivazione non risultante dal corpo del provvedimento finale **ma dagli atti precedentemente compiuti nel corso dell'iter procedimentale** (*pareri, proposte, rapporti tecnici*).

**In questo caso oerò l'atto da cui risultano le ragioni della decisione deve essere indicato e reso disponibile**

## **Il principio di imparzialità.**

Tale principio , esplicitamente sancito dagli artt. 97 e 3 della Cost., afferma l'obbligo per la p.a. di svolgere la propria attività **nel pieno rispetto della giustizia.**

**QUINDI**→ l'imparzialità va intesa :

- 1) Anzitutto come **equidistanza tra più soggetti pubblici o privati che vengono in contatto con la P.A.**
- 2) **Ma deve intendersi necessariamente** anche come **capacità del responsabile del procedimento nell'espletamento delle proprie funzioni**, di raggiungere un grado di astrazione tale da **far prevalere l'interesse pubblico. Poi .. solo se è necessario e dopo un'attenta** ponderazione delle posizioni e dei valori di coloro che si trovino in potenziale conflitto con la P.A. agente.

### **In sintesi :**

L'imparzialità va vista secondo 3 angolazioni :

- a) **Parità di trattamento**
- b) La seconda angolazione la definisce come **neutralità dell'azione** → questa è intesa riguardo l'ingerenza dei partiti politici
- c) **Supremazia del pubblico interesse.**

## **Patologia dell'atto amministrativo.**

Il provvedimento (e più in generale l'atto) amministrativo può essere :

- **Inesistente** → quando manca di uno degli elementi essenziali

E' inesistente per :

- Inesistenza del soggetto (non è organo della p.a.)
  - Incompetenza assoluta per territorio (prefetto fa un provvedimento per altra provincia)
  - Incompetenza assoluta per materia
  - Inesistenza dell'oggetto , e cioè il destinatario o la res sui quali l'atto è destinato a produrre gli effetti giuridici.
  - Mancanza di forma essenziale, cioè quando la forma è richiesta dalla legge ab substantiam, e cioè a pena di nullità
  - Inesistenza del contenuto → ogni atto amm.vo ha un suo contenuto che si identifica con la c.d. parte *precettiva* , cioè l'atto che intende autorizzare, disporre, ordinare , attestare. Esso è inesistente quando la parte precettiva è :
    - Indeterminata o indeterminabile
    - Illecita
    - Impossibile → quando al destinatario del provvedimento è imposta o consentita un'attività la cui realizzazione è impossibile
  - Mancanza di finalità → ogni atto amm.vo è caratterizzato da una propria funzione ed è pertanto istituzionalmente rivolto a realizzare compiti della P.A. *Quando l'atto non è preordinato al perseguimento di un interesse pubblico della p.a. è da qualificare **inesistente**.*
- **Imperfetto** → quando non si sia ancora chiuso il suo ciclo di formazione
  - **Inefficace** → quando, benchè perfetto, non è idoneo a produrre gli effetti giuridici in quanto sono inesistenti i requisiti di efficacia previsti :
    - Dalla legge : controlli;
    - Dalla natura dell'atto in quanto ricettizio : comunicazioni
    - Dallo stesso provvedimento : condizione sospensiva.
- L'atto inefficace va considerato **non esecutivo**
- **Ineseguibile** → quando diventa inefficace per il sopravvenire di un atto ostativo : ordinanza di sospensione

- **Invalido** → quando il provvedimento difetti o sia viziato uno degli elementi o requisiti prescritti per atti di quel tipo. A seconda della *gravità dei vizi* che presenta, l'atto amm.vo può essere **nullo o annullabile**
- **Irregolare** → quando l'atto presenta un vizio per il quale la legge non commina conseguenze negative per l'atto stesso (inefficacia annullabilità ecc..) ma solo delle sanzioni amm.ve a carico dell'agente che lo ha posto in essere (es. violazione delle norme sul bollo)

### **Invalidità.**

**Nullità** → è una categoria identificata autonomamente solo dai fattori della tesi negoziale del provvedimento.

**La nullità sopraggiunge quando manca un c.d. elemento essenziale dell'atto** (soggetto, oggetto, volontà, forma, destinatario). **Non ha senso differenziare la nullità rispetto all'inesistenza (virga).**

**Conseguenze nullità** → La nullità comporta le seguenti conseguenze sull'atto amm.vo :

- a) inesistenza giuridica dell'atto, quindi inefficacia dello stesso
- b) inesorietà : l'atto nullo è inefficace e come tale anche inesoratorio. *Qualora all'atto nullo venga data esecuzione, al soggetto compete il c.d. diritto di resistenza*
- c) inannullabilità : l'atto nullo è inesistente, e come tale **non può essere annullato.**
- d) Insanabilità e inconvalescenza : l'atto nullo non può essere sanato né convalidato.

### **Illegittimità e illiceità.**

L'atto amm.vo esistente che presenti dei **vizi di legittimità** che incidono su elementi essenziali di esso, è **illegittimo** e come tale **annullabile**.

**La nullità è una categoria di creazione dottrina.**

**L'annullabilità è invece espressamente prevista dal legislatore** che ne disciplina gli effetti e ne indica i singoli casi.

I vizi di legittimità sono sostanzialmente tre :

- **Incompetenza**
- **Eccesso di potere**
- **Violazione di legge**

E' **illegittimo** l'atto amministrativo esistente che presenta **un vizio** di uno dei suoi elementi essenziali e pertanto risulta **difforme** dalla normativa che disciplina i requisiti richiesti per la sua validità. **La sanzione prevista dall'ordinamento è l'annullamento.**

E' **illecito** un comportamento contra ius al quale la legge ricollega una responsabilità e un'assoggettabilità a sanzione per l'autore dell'illecito.

### **Incompetenza:**

L'incompetenza , se considerata come vizio di legittimità dell'atto comporta **l'annullabilità** dell'atto medesimo.

Può essere per **grado** o per **materia**.

Infatti , questo tipo di incompetenza viene definita "**relativa**", cioè che si manifesta quando lo spostamento di competenza concerne lo stesso settore di amministrazione.

Il vizio di incompetenza ha una posizione marginale nella considerazione del legislatore:

sono infatti annoverabili svariati interventi normativi tendenti a sancire l'irrilevanza (o la sanabilità) del vizio e ad affermare l'indifferenza dell'ordinamento sulle scelte organizzatorie.

### **Eccesso di potere:**

Eccesso di potere ←DEFINIZIONI→

- **scorrettezza** in una scelta discrezionale.
- **Cattivo uso** di un potere da parte della P.A.
- **L'insieme delle violazioni di quei limiti interni** (*interesse pubblico, causa del potere esercitato, osservanza dei precetti di logica e di imparzialità*) **della discrezionalità amm.va** che pur non essendo consacrati in norme positive, **sono inerenti alla natura stessa del potere esercitato**

Differenza tra eccesso di potere e abuso di potere :

- Eccesso → mantiene il comportamento dell'agente nel quadro di un potere inalterato

- Abuso → viene intaccato nella sua consistenza o in uno degli elementi che lo compongono

Per esservi eccesso di potere occorrono tre requisiti :

- 1) un potere discrezionale della P.A.**, poiché per gli atti vincolati, essendone predeterminato dalla legge il contenuto, non può riscontrarsi un vizio della funzione (o della volontà)
- 2) uno sviamento di tale potere**
- 3) la prova dello sviamento, necessaria per far venir meno la presunzione di legittimità dell'atto.**

### **Figure sintomatiche di eccesso di potere:**

Va ribadito che non si tratta di vizi ma di **ambiti concettuali a definizione differenziata e plurima** delimitati da un **nomen** specifico allo scopo di consentire soprattutto in sede processuale, la composizione di vizi-motivi concettualmente tipici ma giuridicamente flessibili e variamente funzionali.

→ **Sviamento di potere** : Ricorre sviamento di potere nel caso in cui la P.A. :

- **usi un suo potere discrezionale per gli interessi personali o politici** : es. l'imposizione di un vincolo storico ad un immobile al solo scopo di sottrarlo alla demolizione prevista nel piano regolatore
- **sia nel caso in cui la p.a. persegua l'interesse pubblico, ma con un potere diverso da quello previsto a tal fine dalla legge** : es. trasferimento di un impiegato ad una sede disagiata come punizione, laddove per la punizione sono previste apposite sanzioni disciplinari

→ **Travisamento ed erronea valutazione dei fatti** : Ricorre tale figura quando la P.A. , nell'emanazione di un provvedimento, abbia ritenuto esistente un fatto inesistente, o viceversa ovvero quando abbia dato ai fatti un significato erroneo, illogico o irrazionale : es. la p.a. che accetta la dimissioni di un impiegato sull'erronea presupposizione che siano state presentate.

→ **Illogicità o contraddittorietà della motivazione** : si verifica tale figura quando la motivazione dell'atto sia illogica o contrastante in varie parti, o quando sia in contrasto col dispositivo o con il preambolo.

→ **Contraddittorietà tra più atti** : ricorre tale figura quando più atti successivi siano contrastanti tra loro in modo da non far risultare quale

sia la vera volontà della P.A. : es. dopo aver collocato a riposo un impiegato, gli si affidi un nuovo incarico.

→ **Disparità di trattamento** : si ha quando con riferimento a due o più identiche situazioni di fatto si adottino provvedimenti diversi e tra loro inconciliabili

### **Violazione di legge.**

La violazione di legge deve considerarsi una figura residuale in quanto comprende tutte quelle specie di vizi che non rientrano nelle altre due categorie.

Essa si **sostanzia in un contrasto fra l'atto e l'ordinamento giuridico** indipendentemente dalla posizione psicologica (dolosa o colposa) del soggetto agente.

L'espressione legge ha un senso molto ampio, comprendendo tutti gli atti di normazione;

Non rientrano in essa, le circolari, che sono norme interne la cui violazione concreta l'eccesso di potere.

### **Rapporti e conseguenze dei vizi di legittimità.**

E' difficile seguire una netta linea di demarcazione tra i tre vizi di legittimità in quanto ci si trova di fronte ad una elencazione alquanto empirica, a cui non si può riconoscere il valore di una rigorosa classificazione.

In particolare... L'eccesso di potere e l'incompetenza possono coesistere nello stesso atto in quanto, non intercorrendo fra di loro nessuna contrapposizione, le due figure non si escludono a vicenda.

### **I rapporti tra violazione di legge ed eccesso di potere sono di genere o di specie.**

Esiste infatti una fascia di interferenza in cui l'eccesso di potere costituisce anche violazione di legge

### **Conseguenze dell'illegittimità.**

L'atto illegittimo per la presenza dei vizi di legittimità è **annullabile**, ma fino a quando non viene effettivamente annullato, **esiste ed è efficace**.  
Esso pertanto →

→ è giuridicamente **esistente**

- è **efficace** finchè non viene annullato
- è **esecutorio** : per cui l'atto , se o finchè non viene annullato, **può essere eseguito dalla p.a. in via diretta e coattivamente.**

Sulla **esecutorietà dell'atto annullabile** non influisce neppure l'eventuale **sentenza del G.O. che ne abbia dichiarato incidentalmente l'illegittimità.**

L'art. 5 della L.A.C. infatti, **riconosce al G.O. soltanto la possibilità di disapplicare l'atto**, non anche quella di annullarlo o modificarlo.

L'atto annullabile è dunque **solo disapplicabile da parte del G.O., ma non per questo perde il carattere della esecutorietà.**

L'annullamento non si verifica di diritto, ma soltanto a seguito di apposito **provvedimento** dell'autorità amm.va. oppure di sentenza del G.A.

L'annullamento **ha efficacia retroattiva**, in quanto l'atto annullato si considera come **mai emanato.**

La retroattività si spiega con il fatto che **il vizio invalidante** è coevo (**appartiene**) **alla emanazione dell'atto.**

L'atto amministrativo può essere , anzichè essere annullato, sanato , ratificato o convertito in atto valido.

## **Rimedi contro gli atti illegittimi e inopportuni.**

Un atto amministrativo viziato **può essere eliminato attraverso :**

- a) una **sentenza** dell'autorità giurisdizionale amm.va (TAR , CONSIGLIO DI STATO)
- b) una **decisione amm.va** provocata da un ricorso dell'interessato
- c) Un **atto** spontaneo della p.a. diretto a ritirare l'atto viziato, e perché detto atto di ritiro

### **La revoca :**

è un provvedimento di secondo grado, con cui la P.A. ritira **con efficacia non retroattiva (ex nunc)**, un atto inficiato da vizi di merito in base ad una **nuova valutazione degli interessi.**

L'istituto della revoca trova il suo fondamento nell'esigenza che l'azione amm.va si adegui all'interessi pubblico, allorchè questo muti.

### **Atti di ritiro :**

l'atto amm.vo è destinato alla realizzazione di interessi pubblici. Tale funzione deve sussistere non solo al momento della sua emanazione, ma anche durante la sua vigenza.

Ciò spiega la c.d. **autotutela** della P.A. consistente nel **potere di tutelare da sé, unilateralmente, la propria sfera d'azione.**

Gli atti di **ritiro sono provvedimenti amm.vi** a contenuto **negativo, emanati in base ad un riesame dell'atto, compiuto nell'esercizio del medesimo potere amm.vo esercitato con l'emanazione dell'atto,** al fine di eliminare l'atto viziato.

La **salvezza degli effetti già prodotti** caratterizza anche gli atti di ritiro.

## **Discrezionalità amministrativa.**

### **a) L'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E I SUOI LIMITI.**

Due tipologie di limiti :

→ limiti **negativi** , propri di qualsiasi attività anche di carattere privato, **sono quelli volti a conservare l'attività stessa nei limiti della liceità.**

→ limiti di carattere **positivo** , sono diretti **al mantenimento dell'attività stessa nell'ambito dei fini pubblici che l'amministrazione deve perseguire.**

QUESTI limiti vanno distinti in **generali e speciali**

- **Limiti Generali** → sono sempre sussistenti, e comportano
  - il necessario **perseguimento dell'interesse affidato alle cure della P.A. agente,**
  - **l'esercizio dei poteri attribuiti alla P.A. in modo coerente rispetto al fine pubblico da perseguire,**
  - ed il **rispetto** di un predeterminato iter procedimentale di svolgimento dell'attività.

- **Limiti Speciali** → sono solo eventuali, **prevedibili da una fonte normativa** in ragione di particolari esigenze di volta in volta prese in esame.

**I limiti** possono essere fissati in modo **preciso e puntuale, o in modo elastico**, così da lasciare alla P.A. stessa un certo ambito di valutazione :

- Nella prima ipotesi (preciso e puntuale), l'attività dell'amministrazione si dice **vincolata**
- Nella seconda (in modo elastico) si dirà **discrezionale**.

## **b) LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA. NOZIONE.**

La dottrina tradizionale definisce la discrezionalità **come la facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato.**

Questa definizione è **incompleta**, in quanto non evidenzia un fondamentale aspetto caratterizzante dell'attività discrezionale, **rappresentato dal criterio che guida** la P.A. nella scelta.

Sotto questo profilo è importante la nozione (del GIANNINI) che parla di **ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario.**

In base a quest'ultima definizione, **l'attività discrezionale della P.A.** si presenta caratterizzata da **due momenti fondamentali**

- **1)** il momento del **giudizio** → che si concreta nell'individuazione e nell'analisi dei fatti e degli interessi sulla base di una istruttoria per la decisione
- **2)** il momento della **volontà** → che si concreta viceversa, nella scelta degli interessi prioritari.

In tal modo si pone in evidenza come la **discrezionalità si attinga sì ad attività di scelta fra più soluzioni possibili**, ma secondo schemi che impongono un **perseguimento dell'interesse primario** (interesse pubblico), **il quale** tenga conto **degli interessi secondari** (che possono essere pubblici, collettivi e privati) che ad esso si contrappongono, al fine di operarne un giusto temperamento e soprattutto di **conseguire il fine prefissato** con il minor sacrificio possibile di tutte le altre posizioni che con esso vengano in qualche modo ad interferire.

### **c) LIMITI DELLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA.**

Il problema che sta alla base della costruzione della teoria della discrezionalità è quello di **evitare l'arbitrio nelle scelte dell'autorità.**

Per tale motivo, **la dottrina e la giurisprudenza del Consiglio di Stato**, hanno provveduto a mettere a fuoco i limiti propri dell'attività discrezionale, rappresentati da :

- **L'interesse pubblico** → da intendersi come interesse della collettività, non coincidente con quello della P.A. né tantomeno con la somma degli interessi individuali. Tale interesse deve essere **concreto, obiettivo e collettivo.**
- **La causa del potere** → la quale costituisce **vincolo** fondamentale dell'attività discrezionale che deve sempre perseguire un fine rispondente alla causa del potere esercitato
- **I principi di logica, di imparzialità e ragionevolezza** → i quali devono reggere sempre l'attività amministrativa.
- **Il principio dell'esatta e completa informazione** → che si concreta nella necessità di un'adeguata istruttoria compiuta attraverso uffici competenti ed agenti addetti che consegua un risultato **esente da errori.**

**La violazione dei presupposti limiti alla discrezionalità, comporta l'illegittimità dell'atto amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere.**

### **D) Fondamento normativo della discrezionalità amministrativa.**

La dottrina ha sostenuto che tale potere discrezionale deriverebbe dalle c.d. **norme permissive**, cioè da quelle norme che non solo rendono lecite determinate azioni, ma anche attribuiscono a soggetti capacità, potestà diritti ecc.

**In conclusione..** Si può affermare che la discrezionalità si configura come **facoltà inerente allo stesso potere di cui è titolare la p.a.**, laddove per potestà si intende il **potere di supremazia finalizzato al perseguimento di pubblici fini predeterminati.**

### **Discrezionalità tecnica.**

La discrezionalità tecnica si concretizza **nell'esame di fatti o situazioni** sulla base di cognizioni tecniche e scientifiche di carattere specialistico ( discipline mediche, ingegneristiche, biologiche ecc..)

La peculiarità che tale discrezionalità presenta rispetto a quella amministrativa è data dalla **presenza di una fase di giudizio alla quale non si affianca il momento c.d. della volontà**, ossia la scelta della soluzione più opportuna attraverso una valutazione degli interessi prioritari.

Si deve sottolineare che l'accertamento dei fatti inerente alla fase del giudizio, può essere svolto sulla base di regole dotate di un maggiore o minore grado di certezza.

Il diverso atteggiarsi delle stesse, comporterà una diversa qualificazione dell'atto emanato a seguito della loro applicazione.

**Ove la P.A.** si affidi a criteri attinti dalle c.d. **scienze esatte**, e tali dunque da comportare una utilizzazione per sua natura priva di qualsivoglia margine valutativo o di opinabilità, **il provvedimento non potrà più dirsi adottato sulla base dell'esercizio di discrezionalità tecnica**, configurandosi piuttosto come **mero accertamento tecnico**.

#### **DIFFERENZA CON LA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA : SUPERAMENTO DEL PRINCIPIO DELL'INSINDACABILITÀ DELLA DISCREZIONALITÀ TECNICA DA PARTE DEL G.A.**

SECONDO l'impostazione tradizionale, la discrezionalità tecnica, al pari di quella amministrativa, **afferirebbe al merito e non alla legittimità** con la conseguenza **di un sindacato giurisdizionale sul suo esercizio..**

**Sul piano della legittimità** andrebbero ricondotti i soli **accertamenti tecnici**, in quanto esiti della disamina di dati fattuali basata sulla esclusiva ed integrale applicazione di criteri rigidi, cristallizzati in norme giuridiche.

**La conseguenza** è ovviamente quella della loro sindacabilità in sede giurisdizionale: così ad esempio potrebbe essere impugnato **per vizio di legittimità** il provvedimento impositivo di un tributo doganale su di una determinata sostanza , il quale si riveli

conseguente ad un accertamento erroneo della gradazione alcolica della stessa.

**Questo è l'orientamento giurisprudenziale.**

La **dottrina** appare di diverso avviso:

→ In primo luogo si mette in discussione **la stessa correttezza dell'espressione "discrezionalità tecnica"** per designare un'attività di apprezzamento informata a parametri tecnici: per quanto infatti questi ultimi possano presentarsi ad applicazioni non sempre eguali e dunque condurre ad esiti differenti, si osserva come in ogni caso **non venga in considerazione quella valutazione** comparativa di interessi costituente profilo caratterizzante della discrezionalità.

In **particolare si osserva** che alla base della designazione di matrice giurisprudenziale dell'attività in menzione in termini di discrezionalità sarebbe da rinvenirsi storicamente il preciso intento di evidenziarne la **insindacabilità**.

Sulla base di tali considerazioni **non ha senso l'affermazione dell'insindacabilità della discrezionalità tecnica**, in quanto il sindacato giurisdizionale su tali atti non intacca la libertà d'azione della P.A. che non entra in gioco.

Secondo questo orientamento assunto dalla dottrina più evoluta, che ritiene sindacabile da parte del G.A. l'eccesso di potere di atti emanati nell'esercizio di discrezionalità tecnica, si deve ricordare che altri autori continuano ad essere attestati su diverse posizioni.

### **SINDACATO DEL GIUDICE ORDINARIO.**

Altro problema di particolare rilievo è quello concernente **l'ammissibilità di un sindacato del G.O.** con riferimento a quelle scelte tecniche che **abbiano comportato la lesione di diritti soggettivi** di privati cittadini, come nell'ipotesi in cui venga prospettata in capo alla P.A. una responsabilità per fatto illecito ex art. 2043 c.c.

**L'accoglimento dell'opzione** che vede la discrezionalità tecnica afferire al merito dell'azione amministrativa, elimina il problema alla radice:

**Una volta affermata la sua insindacabilità** si esclude anche la possibilità di configurare una responsabilità a titolo di colpa della P.A.

La Giurisprudenza che per lungo tempo ha seguito questa strada, ha tuttavia di recente riconosciuto la giurisdizione del G.O. nelle ipotesi *de quibus*, come **unica eccezione all'insindacabilità della discrezionalità tecnica.**

## **Discrezionalità mista.**

Con l'espressione discrezionalità mista si è soliti fare riferimento a quelle ipotesi in cui la P.A. risulti disporre al contempo **di discrezionalità tecnica e di discrezionalità amministrativa**

- Es. scoppio di una epidemia bovina alla quale consegua un ordine di abbattimento degli animali infetti.

La **compresenza** di questi due profili ha indotto a ritenere la sussistenza di un *tertium genus* di discrezionalità intermedio rispetto alle due più ricorrenti tipologie.

Un'autorevole dottrina (SANDULLI) contesta tale ricostruzione, osservando che l'improprietà dell'espressione deriva dall'equivoco di considerare come afferenti ad un unico potere momenti di valutazione e scelta che viceversa risultano far capo alla stessa amministrazione con riferimento ad uno stesso fatto solo in virtù di una sua duplice investitura di una discrezionalità amministrativa e di una discrezionalità tecnica.

**In definitiva.. l'esercizio dei due tipi di poteri** si mantiene su piani nettamente distinti anche dal punto di vista temporale, in quanto l'esercizio della discrezionalità amministrativa *strictio sensu* intesa, può seguire (come l'esempio dell'epidemia) ovvero precedere (ove la P.A. decida l'abbattimento di un palazzo e quindi proceda alla individuazione delle concrete modalità esecutive) il momento della **discrezionalità tecnica**, ma in ogni caso resta individuabile come profilo autonomo.

## **Il merito dell'azione amministrativa e i suoi rapporti con la discrezionalità amministrativa.**

Tradizionalmente il concetto di merito amministrativo è stato collocato in contrapposizione a quello di legittimità.

Secondo tale impostazione il merito esprimerebbe **la conformità della scelta discrezionale alle regole giuridiche di buona**

**amministrazione** , ovvero , in definitiva, **l'opportunità dell'atto amministrativo** ( in base alle regole di scienza dell'amministrazione, intese ad assicurare l'efficienza e l'economicità dell'azione della P.A.) **in relazione alla situazione concreta**. Tale aspetto atterrebbe dunque al profilo **dei risultati dell'azione amministrativa**.

Viceversa... Alla nozione di legittimità dovrebbe riportarsi tutto quanto afferisce alla rispondenza dell'atto stesso alle norme giuridiche che governano l'esercizio del relativo potere di adozione, senza considerare il profilo dei risultati conseguiti o conseguibili.

- Secondo tale inquadramento **ogni qualvolta** un provvedimento risultasse adottato **in violazione di disposizioni dell'ordinamento dovrebbe ritenersi affetto da vizio di legittimità sindacabile da parte dell'autorità giurisdizionale amm.va.**

Sulla base di tale distinzione , tra merito e discrezionalità non è riscontrabile alcuna interferenza, in quanto il primo altro non è che un **predicato** (al pari della legittimità) **della discrezionalità amministrativa**.

**Più precisamente** si può dire che il merito rappresenta la sfera libera dell'azione amministrativa discrezionale, ossia l'ambito nel quale la stessa **può svolgersi senza essere soggetta ad un sindacato giurisdizionale**.

**INFATTI la violazione di regole di opportunità** in cui si sostanzia il merito non è per legge sindacabile dal G.A. (salvi i casi eccezionali di giurisdizione di merito e ferma restando l'esperibilità del ricorso gerarchico) , ove siano rispettati i limiti di legittimità.

**Per contro..** in caso di esorbitanza di questi ultimi (interesse pubblico, causa pubblica, rispetto dei canoni di logicità ed imparzialità nonché del principio di completa informazione), l'atto **discrezionale sarà sindacabile in sede giurisdizionale**, in quanto affetto dal vizio di eccesso di potere. Vizio che costituisce **l'unico ambito giurisdizionale sull'attività discrezionale**.

**Tutela del privato nei confronti dell'esercizio della discrezionalità.**

Ove si deduca che l'atto emanato è affetto da un **vizio di legittimità** (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere) il **privato potrà alternativamente** :

- Esperire ricorso giurisdizionale innanzi al **giudice amministrativo** , al quale è interamente devoluta la giurisdizione in materia di interessi legittimi.
- **Percorrere** la via del **ricorso straordinario al Capo dello Stato**, che è rimedio alternativo rispetto al ricorso giurisdizionale
- **Presentare** all'autorità gerarchicamente sovraordinata a quella che ha emanato l'atto, **un ricorso amm.vo**, il quale consente di far valere i vizi tanto di merito quanto di legittimità.

**Ove, viceversa**, si intenda far valere un **vizio di merito**, l'unico strumento utilizzabile sarà il **ricorso amm.vo**, il quale consente di sottoporre l'atto ad una valutazione per l'appunto di merito.

## **Relazione tra discrezionalità e potestà regolamentare.**

Per comprendere il significato di questa particolare angolazione occorre sia :

- **Rievocare** il rapporto istituzionale che corre tra legge e regolamento
- **Sia muovere** dalla prospettiva secondo cui è possibile assegnare alla potestà regolamentare anche una **funzione di garanzia** nel quadro dell'ordinamento generale oltre a quella **di contribuire alla formazione ed all'evoluzione dell'ordinamento medesimo.**

**Si converrà** che il nodo concettuale del passaggio da un'immagine di p.a. come apparato esecutivo della volontà legislativa ad **un'immagine nella quale l'amministrazione è pura, discrezionale, e libera , può sciogliersi** solo riponendo nella legge e nelle opzioni del legislatore **la garanzia della legalità di quel passaggio e la tutela di tutti i modi nei quali l'immagine discrezionale della p.a. trova agio a realizzarsi.**

**Tra** tali modi campeggia quello classico di concepire la stessa **discrezionalità sotto il profilo del consenso che l'ordinamento appresta alla p.a.** di utilizzare moduli di azione alternativi o addirittura plurimi, purchè aventi la stessa valenza giuridica.

**L'utilizzazione di tale consenso** (e cioè l'utilizzazione della discrezionalità come libertà di autoregolamentazione) induce l'amministrazione alla scelta dell'azione senza che essa si reputi costretta ad operare alcuna ponderazione di interessi o criteri.

L'Affidamento **della potestà regolamentare alla p.a.** trova giustificazione nella circostanza che la p.a. è in grado di produrre azioni continue e perenni destinate solo ad incidere nella realtà e senza mediazione alcuna.

## **CAPITOLO 6 : Gli interessi individuali, le situazioni giuridiche e la giurisdizione.**

### **Posizioni soggettive**

Posizioni soggettive si distinguono in **attive** e **passive**.

Le situazioni di vantaggio costituiscono esercizio di libertà o discrezionalità.

Quelle di svantaggio danno luogo a posizioni di assoggettamento , limitative della libertà dell'individuo.

Le posizioni o situazioni soggettive **attive** sono :

- diritto soggettivo
- diritto potestativo
- il potere e la potestà
- l'interesse legittimo
- l'interesse semplice

Le posizioni soggettive **passive** sono :

- l'obbligo
- il dovere
- l'onere
- la soggezione

### **IL DIRITTO SOGGETTIVO.**

Il diritto **soggettivo** viene configurato come quella **posizione giuridica soggettiva** di vantaggio che l'ordinamento giuridico conferisce ad un soggetto, riconoscendogli determinate utilità in ordine ad un bene , nonché la tutela degli interessi afferenti al bene stesso in modo pieno ed immediato.

Per quanto riguarda la **tutela** dei **diritti soggettivi** va detto che normalmente **è rimessa al giudice ordinario** e solo in casi tassativamente previsti al giudice amm.vo (tar consiglio di stato).

## **DIRITTI SOGGETTIVI PERFETTI E CONDIZIONATI**

Si ha diritto soggettivo **perfetto** ogni qualvolta una **norma c.d. di relazione**, in quanto diretta a disciplinare i comportamenti intersoggettivi, **attribuisca** ad un **soggetto un potere** diretto ed immediato **per la realizzazione di un proprio interesse** cui corrisponde un obbligo facente capo a soggetti determinati, ovvero alla collettività.

**L'elemento caratterizzante** sta nella correlazione con uno o più obblighi altrui e nell'immediatezza e pienezza della tutela accordata dall'ordinamento.

Si hanno **diritti condizionati** qualora l'esercizio di essi è sottoposto a condizione che può essere :

- risolutiva
- sospensiva.

Si tratta di ipotesi in cui l'ordinamento consente a determinate condizioni, il sacrificio o la limitazione di un diritto del singolo a vantaggio della collettività ( esproprio di un terreno per costruirvi un'austostrada ).

Si distinguono **due categorie** di diritti condizionati :

- **diritti sospensivamente condizionati**, detti anche *diritti in attesa di espansione* → sono quei diritti il cui esercizio è inizialmente limitato da un ostacolo giuridico, per la rimozione è necessario un provvedimento amm.vo permissivo (c.d. autorizzazione) che, rimuovendo tale ostacolo, consenta al diritto di espandersi ed acquistare la sua pienezza. E' il caso del diritto di edificare sul proprio fondo, per il cui esercizio occorre il rilascio della licenza edilizia (atto autorizzativo) o del diritto dell'esercizio della professione, per il cui espletamento occorre l'iscrizione del relativo albo;

- **diritti risolutivamente condizionati** , è il c.d. *affievolimento dei diritti* → si ha diritto risolutivamente condizionato tutte le volte in cui il diritto , scontrandosi con l'esercizio unilaterale ed autoritativo di una potestà amm.va , affievolisce ad interesse legittimo. La P.A. infatti , nel perseguimento dei suoi fini pubblici può essere ostacolata dai diritti di privati; In questi casi la legge può attribuire alla P.A. il potere di sacrificare tali diritti individuali a vantaggio dell'interesse collettivo, per cui i diritti stessi, davanti a tale potere , affievoliscono ad interessi legittimi. Così il diritto del proprietario espropriato affievolisce ad interesse legittimo qualora la P.A. eserciti legittimamente il potere di esproprio riconosciutale dalla costituzione (ex art. 42) e dalla legge.

## **INTERESSI LEGITTIMI**

L'interesse legittimo è una **situazione giuridica soggettiva** individuale che ha trovato riconoscimento nel nostro ordinamento con la legge 5992/1989 , istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato, quale giudice di quegli interessi sostanziali diversi dai diritti soggettivi che fino ad allora erano rimasti del tutto sprovveduti di tutela.

Di interesse legittimo si occupano **3 norme della costituzione** , gli artt. 24 , 103 , e 113, **tesi** appunto **a riconoscere** a tali interessi piena dignità e tutela ma in realtà nessuna di esse né altra norma positiva si occupa di fornire una definizione di interesse legittimo.

In particolare , tale espressione si deve alla dottrina , la quale si è subito preoccupata di individuarne la portata , al fine di riconoscere ad essi piena autonomia rispetto ai diritti soggettivi.

## **TEORIA DELL'INTERESSE OCCASIONALMENTE PROTETTO.**

Secondo tale tesi, **la tutela dell'interesse legittimo è occasionale** , in quanto non mira esclusivamente a soddisfare l'interesse individuale, bensì a riparare un atto amm.vo illegittimo, che in qualche modo , crea degli svantaggi al privato.

La **fragilità** di tale teoria si rinviene nella **incapacità di analizzare** in maniera autonoma l'interesse legittimo così ridotto a situazione tutelata solo in via riflessa.

### **TEORIA PROCESSUALISTICA.**

Particolare rilievo assume l'elaborazione che identifica **l'interesse legittimo con l'interesse a ricorrere**, attribuito al soggetto al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento illegittimo (GUICCARDI).

L'autore distingue **le norme di azione, la cui violazione comporterebbe la lesione dell'interesse legittimo**, dalle **norme di relazione la cui violazione determina la lesione del diritto soggettivo**.

E' questa una tesi che sacrifica la valenza sostanziale dell'interesse legittimo, **attribuendo al titolare esclusivamente un potere di reazione processuale**.

### **TEORIA NORMATIVA.**

**La più recente dottrina** definisce **l'interesse legittimo** come la **posizione di vantaggio riconosciuta ad un soggetto dall'ordinamento in ordine ad un bene oggetto di potere amm.vo e consistente nell'attribuzione al medesimo soggetto di poteri atti ad influire sul corretto esercizio dell'azione amm.va, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene**.

Da ciò deriva, che **l'interesse legittimo**, diversamente da quanto sostenuto dai fautori della teoria processualistica, **assume**, al pari del diritto soggettivo, **una valenza sostanziale**.

## **CLASSIFICAZIONE DEGLI INTERESSI LEGITTIMI.**

### **TEORIA TRADIZIONALE**

Alla dottrina tradizionale risale la **distinzione** tra **interessi occasionalmente protetti** e **diritti affievoliti**.

**Tale classificazione**, alla quale si deve il merito di aver impostato il discorso della degradazione, **appare oggi inesatta**.

Poiché il **fenomeno della degradazione riguarda** tutti i **diritti soggettivi** e che inerisce ad una situazione di coesistenza tra diritti soggettivi e interessi legittimi, **si è preferito distinguere tra interessi legittimi pretesivi ed interessi legittimi oppositivi**, in base al tipo di interesse materiale protetto.

Gli **interessi legittimi pretesivi** si sostanziano in una pretesa ad un dato comportamento della P.A.

**Mentre** gli **interessi oppositivi** legittimano **l'interessato ad opporsi** a provvedimenti potenzialmente pregiudizievoli della sfera giuridica del destinatario, atteggiandosi come diritti assoluti.

**Una diversa dottrina** (GIANNINI) seguita dalla giurisprudenza, **ha** ulteriormente **distinto gli interessi legittimi in interessi procedurali e interessi sostanziali**.

#### **LE PIÙ RECENTI POSIZIONI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI. LA LEGGE 205/2000.**

**La teoria della degradazione del diritto ad interesse legittimo** è stata **abbandonata** dalla dottrina più avanzata.

L'interesse legittimo va quindi inteso come la posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amm.vo :

L'interesse legittimo emerge nel momento in cui l'interesse del privato , ad ottenere o conservare un bene della vita , viene a confronto con il potere della P.A. di soddisfare l'interesse o di sacrificarlo.

Si delinea così **una nozione di interesse sostanziale** come **interesse al bene della vita** , al quale l'interesse legittimo effettivamente si collega e che risulta meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento generale anche attraverso il risarcimento del danno.

La sostanzialità di tale posizione giuridica soggettiva è alla base non solo di tale nuovo indirizzo giurisprudenziale , ma anche della **risarcibilità**

**sancita dalla L. 205/2000** e richiedibile ai TAR nelle materie sottoposte alla loro giurisdizione.

## **CARATTERI**

Da quanto detto si evince che **perché un interesse materiale** possa assurgere a **rango di interesse legittimo** occorrono **due elementi** :

- **la differenziazione** : cioè la soggettivizzazione rispetto al singolo ( c.d. individualizzazione dell'interesse , che sorge dalla posizione legittimante). L'interesse deve risultare differenziato rispetto alla posizione comune degli altri amministrati. Appare intuitiva la diversa posizione e , quindi , la pretesa alla legittimità di una procedura concorsuale riconosciuta solo a colui che abbia partecipato ad un concorso e non a chi non ha invece preso parte ad esso.
- **La qualificazione** : cioè che esso sia previsto e preso in considerazione (sia pure mediamente in occasione della tutela diretta di un interesse pubblico) dall'ordinamento giuridico.

**L'interesse legittimo** si sostanzia dunque in :

- **una posizione giuridica di vantaggio** ;
- **soggettiva** , in quanto riconosciuta al singolo soggetto a tutela di un suo interesse materiale;
- **sostanziale** , in quanto preesiste alla eventuale lesione di essa ;
- **autonoma** , rispetto all'azione giurisdizionale derivante dall'eventuale lesione.

## **INTERESSI SEMPLICI**

Mentre l'interesse legittimo è la pretesa a che la P.A. eserciti in conformità della legge i suoi poteri discrezionali o vincolati, **l'interesse semplice** è invece **la pretesa a che la P.A. nell'esercizio del suo potere discrezionale , si attenga a quei criteri di opportunità e di convenienza riguardante il c.d. merito amm.vo**, e che sono **tutelati** dalle **norme non giuridiche di azione** (c.d. norme di buona amm.ne).

**Tali interessi**, a differenza di quelli legittimi , **non ricevono alcuna tutela** (neppure occasionale , indiretta),se non a livello amm.vo;essi ,

infatti , possono essere fatti valere solo con i ricorsi gerarchici: per questo motivo **si chiamano anche interessi amministrativamente protetti**.

## **INTERESSI DI FATTO**

**Sono quegli interessi** , non qualificati né differenziati, a che la pubblica amm.ne osservi i doveri giuridici posti a suo carico ed a vantaggio della collettività non soggettivizzata.

Tali **interessi** sono del tutto **irrilevanti** per il diritto e non ricevono alcuna tutela;

Essi, in pratica, non sono interessi giuridici.

ES. di interessi di fatto , possono essere l'interesse a che le strade siano ben mantenute o ben illuminate.

**L'unica garanzia** posta a tutela di tali interessi **è data all'obbligo di buona amministrazione** che grava sulla P.A. .

**I privati possono con reclami** far rilevare queste mancanze ;  
trattasi , però di mere denunce di cui la P.A. può non tenere alcun conto.

Secondo la dottrina tali interessi pur non presentando nessuna possibilità di tutela sarebbero da ricomprendere nel più ampio genus degli interessi semplici.

## **INTERESSI COLLETTIVI.**

La dottrina ha definito gli interessi collettivi in vario modo, cercando di individuare i caratteri e di stabilire quando si è in presenza di un interesse collettivo, azionabile nel giudizio amministrativo, e quando invece non sussista questa posizione.

“Corasaniti” definisce gli **interessi collettivi** come le **omogenee pretese dei componenti una classe di persone nell'ambito di una collettività più ampia o della stessa collettività generale a che un determinato bene, avente rilevanza sociale non sia esposto a pregiudizio.**

“Giannini” **distingue tra interesse collettivo e interesse diffuso :**

- **interessi diffusi** → sarebbero quelli comuni ad individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente.
- **Interessi collettivi** → sono invece , quelli che fanno capo ad un ente esponenziale di un gruppo non occasionale, della più varia natura giuridica (ordine professionale , associazioni di fatto) ma autonomamente individuabile.

La **dottrina più recente** ha sottoposto a critica la vecchia concezione che cercava di differenziare l'interesse collettivo dall'interesse legittimo. Secondo tale interpretazione, **gli interessi diffusi** ben **possono essere ricompresi** , come specie , nel più ampio genere degli **interessi legittimi**, di questi ultimi si ha un concetto più esteso di quello tradizionale non limitandolo alla tutela delle situazioni soggettive di appartenenza esclusiva.

### **CARATTERI INTERESSE COLLETTIVO.**

**L'interesse collettivo è :**

- **differenziato** → in quanto fa capo ad un soggetto individuato , e cioè una organizzazione di tipo associativo che si distingue tanto dalla collettività che dai singoli partecipanti ; da ciò **consegue** che la lesione dell'interesse collettivo legittima a ricorso solo l'organizzazione e non i singoli che di essa fanno parte;
- **qualificato** → nel senso che è previsto e considerato sia pure indirettamente , dal diritto oggettivo. In particolare il titolo qualificante può essere il più vario ed in particolare :
  - il diritto dell'organizzazione di partecipare al procedimento amm.vo previsto per l'emanazione di quel dato provvedimento;
  - la militanza pregressa a protezione di un certo bene ;
  - lo stabile collegamento territoriale
  - l'interesse alla salubrità ambientale

### **TUTELA AMMINISTRATIVA DEGLI INTERESSI COLLETTIVI.**

**La tutela di interessi collettivi** in sede amm.va non **deve essere valutata** solo riguardo all'esperibilità de ricorso amm.vo o giurisdizionale,

ma anche in un momento precedente, e cioè **durante il procedimento di formazione dell'atto amm.vo attraverso** la concreta partecipazione procedimentale dei portatori di dette forme di interessi.

### **Criterio della doppia tutela.**

E' possibile che una condotta illecita della p.a. può conseguire anche alla violazione di norme di azione.

Le possibilità di evenienze consimili ha dato luogo alla qualificazione del criterio della **doppia tutela:**

- Per lo stesso episodio l'ordinamento consente all'interessato di agire in giudizio per far valere sia l'illegittimità e la tutela dell'interesse legittimo, sia l'illiceità e la tutela del diritto soggettivo.

### **Sistema di giustizia amm.va e criteri del versante processuale.**

Attualmente la giustizia amministrativa in Italia è organizzata secondo il sistema della doppia giurisdizione, in base al quale :

→ A.G.O. (autorità giudiziaria ordinaria) è competente a decidere delle violazioni di **diritti soggettivi** con il potere di **disapplicare l'atto amm.vo che risulti illegittimo , e di dichiararne l'illegittimità.**

→ G.A. (autorità giurisdizionale amministrativa) è competente a giudicare delle violazioni degli **interessi legittimi ed annullare gli atti amm.vi illegittimi, nonché in alcuni casi tassativi, anche sostituirli con altri atti o rifarmarli in parte** (sostituendosi in tal caso alla P.A.)

→ **conflitti di giurisdizione** : sono attribuiti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione

→ **oltre alla tutela giurisdizionale** (ordinaria e amm.va) gli interessati hanno anche a disposizione i mezzi di tutela amm.va : **i ricorsi amm.vi**

Questo versante va inteso in senso omnicomprensivo, cioè **individuando nel processo sia la sede istituzionale** in cui tali criteri vengono affermati, **sia la mera occasione perché quei criteri trovino elaborazione, sia per l'oggetto esclusivo della normazione processuale.**

**I criteri** qui appresso esposti appartengono al versante processuale :

- O perché sono di costruzione prevalentemente giurisprudenziale
- Ovvero perché attengono al regime giuridico relativo alla potestà giurisdizionale
- Oppure in quanto si fondano sul principio del "processo di parti" e quindi sulle facoltà processuali di queste.

I criteri sono :

- Petitum
- Causa petendi
- Prospettazione

Per il carattere oppositivo del binomio che lo concerne, è il criterio della **carenza di potere** e del **cattivo esercizio di potere**.

## **Petitum.**

Con l'espressione petitum si intende **il provvedimento richiesto all'organo giurisdizionale** da colui che agisce in giudizio.

L'espressione non si riferisce soltanto alla tipologia formale dei provvedimenti giurisdizionale che si richiedono al giudice ( sentenza , ordinanza, decreto) **ma alla tipologia sostanziale dei provvedimenti medesimi** ( come sentenze dichiarative, costitutive , di condanna; sentenze di annullamento, di revoca, di riforma).

Nel petitum qualificazione della situazione giuridica e riparto della giurisdizione non vanno presupposti rispetto al processo ma costituiscono evenienze a posteriori dipendenti dai meccanismi processuali che il soggetto , liberamente. Attiva per l'acquisizione di vantaggi o per la rimozione di svantaggi.

Se costui chiede una sentenza che pronunci l'annullamento di un atto amm.vo lesivo, e questa pronuncia **gli può essere data SOLO dal giudice amm.vo**, spetterà al giudice amm.vo la giurisdizione, e la situazione giuridica fatta valere sarà **un interesse legittimo**

**SE.. invece chiede** una sentenza che pronunci esclusivamente la condanna della p.a. al risarcimento del danno subito per fatto illecito compiuto dalla p.a. **la giurisdizione spetterà al giudice**

**ordinario. E quindi la situazione fatta valere si dirà  
annoverata tra i diritti soggettivi.**

**La natura di norma processuale** per l'art. 4 co.2 della legge abolitiva si ricava da ciò che una norma relativa ai poteri del giudice può prevederli **in positivo**, affermandone la titolarità, o **in negativo**, sancendone il divieto.

**In ogni caso** poiché le due ipotesi di formulazione della norma processuale devono essere considerate equivalenti sul piano logico, la formulazione in negativo, utilizzata per l'art. 4 co. 2 **ritaglia la competenza decisoria del giudice ordinario** e ne disciplina, nel processo i poteri.

E' proprio questa formulazione negativa ad aver fondato il criterio del *petitum* per l'aspetto che attiene alla possibilità giuridica di far valere il diritto soggettivo come interesse legittimo.

E' possibile dall'art. 113 Cost. un argomento per l'accogliibilità del criterio del *petitum*:

→ dal momento che questa disposizione affida alla legge il compito di determinare a quali organi di giurisdizione debba essere attribuito il potere decisorio sull'annullamento degli atti amm.vi, è dato arguire un **principio costituzionale di indifferenza**, su quale delle due giurisdizioni, ordinaria o amm.va, possa essere attributaria di quel potere per l'avvenire.

E **tuttavia... siccome nel sistema vigente** il potere **annullatorio** si trova concentrato presso **il giudice amm.vo** → deve trarsene la conclusione che il **criterio del *petitum*** resta in retroguardia rispetto agli altri criteri di determinazione delle situazioni giuridiche.

Lo stesso criterio è stato usato per ampliare la tutela dell'interesse legittimo richiedendone al giudice ordinario la risarcibilità ed attribuendogli quindi i connotati del diritto soggettivo.

## **Causa petendi.**

La formula della causa petendi indica un criterio di riparto della giurisdizione **fondato sulla titolarità di una situazione giuridica sostanziale (*causa*)** che costituisce la **ragione della pretesa processuale e della richiesta (*petendi*) rivolta al giudice.**

La situazione giuridica sostanziale può consistere nel diritto soggettivo o nell'interesse legittimo;

Il carattere sostanziale della situazione indica la sua **previetà** rispetto al processo e quindi allude all'esistenza di una norma sostanziale nella quale va ricercato il fondamento della situazione medesima.

- Se dunque si chiede **tutela** di un diritto soggettivo, **la giurisdizione spetta al giudice ordinario; se si chiede un interesse legittimo la giurisdizione spetta al giudice amm.vo.**

---

**Il sistema della duplice giurisdizione**, detto anche del doppio binario comporta che il **G.O.** ha giurisdizione in materia di diritti soggettivi ed il **G.A.** per la tutela degli interessi legittimi.

**La coesistenza di due diversi ordini** di giurisdizioni aventi una propria e differenziata competenza ha posto notevoli problemi in dottrina e in giurisprudenza in ordine all'identificazione dei criteri idonei ad operare il necessario riparto.

**La giurisprudenza**, dopo varie oscillazioni, ha ritenuto di adottare quale criterio primario quello della **causa petendi** basato sulla natura della posizione giuridica dedotta in giudizio (diritto soggettivo o interesse legittimo), riaffermando così che al fine di determinare la giurisdizione, il giudice **deve necessariamente esaminare la domanda** non solo relativamente a ciò che la parte letteralmente chiede, **ma in conformità al vero oggetto della controversia**, che risulta dalla stessa natura della materia dedotta in giudizio.

Perché il criterio della causa petendi possa rendersi concretamente operativo, **deve fondersi con il criterio del petitum:**

Posto che per l'art. 4 co.2 è possibile chiedere al g.o. solo la tutela dei diritti soggettivi riguardo ai quali quel giudice può pronunciare provvedimenti giurisdizionali di tutela, soltanto l'interconnessione tra l'art. 2 e 4 co 2 consente l'individuazione la giurisdizione del giudice ordinario.

Per ottenere questo effetto non basta la norma sostanziale sulla cui base si determina la titolarità del diritto soggettivo → MA OCCORRE ALTRESÌ

che il provvedimento giurisdizionale richiesto **sia pronunciabile da parte del giudice ordinario.**

In sintesi non basta il diritto soggettivo ad **individuare la giurisdizione, ma occorre che il diritto soggettivo sia giurisdizionalmente tutelabile.**

**Il criterio derivato dalla fusione tra causa petendi e petitum si dice criterio del petitum sostanziale.**

## **Carenza di potere – cattivo uso del potere.**

La cassazione ha posto con chiarezza il criterio discretivo fra i due ordini di giurisdizioni osservando che :

**Tutte le volte che si lamenta il cattivo uso del potere dell'amministrazione, si fa valere un interesse legittimo e la giurisdizione è del G.A.**

**↔ Mentre.. si ha questione di diritto soggettivo e giurisdizione del G.O. quando si contesta la stessa esistenza del potere.**

In tal modo si è posto il collegamento seguente :

**carenza di potere – diritto soggettivo  
cattivo uso del potere – interesse legittimo**

La soluzione della cassazione si spiega in quanto :

← nel cattivo uso del potere → nel primo caso, sussistendo una norma di legge (*principio di legalità dell'azione amm.va*) che attribuisce alla P.A. il potere di emanare l'atto, si avrà solo **lesione di un interesse legittimo** rappresentato dall'interesse privato a che la P.A., nell'emanare l'atto , **osservi i limiti** , le forme e il procedimento stabiliti dalla norma attributiva del potere (cattivo uso del potere), interesse che può essere tutelato solo in sede di giurisdizione **amministrativa.**

← nella carenza di potere → nel secondo caso, invece , l'atto amministrativo non è assolutamente giustificabile, **non sussistendo una norma che attribuisca alla P.A. il potere di emanarlo (carenza di potere).**

Pertanto la posizione del privato, a fronte di un provvedimento nullo, è **di diritto soggettivo** e non degrada a mero interesse legittimo, con la conseguenza che sarà possibile ottenere tutela adeguata davanti al G.O., tutela che **potrà estendersi anche al risarcimento dei danni subiti.**

## PROSPETTAZIONE.

Anch'esso fondato sulla normazione processuale.

Assume **consistenza** nella rappresentazione che l'attore o il ricorrente avanza con la **domanda introduttiva circa la fattispecie che lo riguarda**, ricomprendendovi la qualificazione giuridica dei fatti rilevanti **per il decidere e la specificazione dei poteri del giudice che si richiede vengano attivati**.

Gli **effetti** di tale prospettazione consistono → nel **determinare la giurisdizione per via dell'intitolarsi**, l'attore o il ricorrente, l'una situazione giuridica (il diritto soggettivo) o l'altra (l'interesse legittimo).

Le **basi normative generali** di tale criterio si rapportano al **principio della domanda**, quindi al ruolo centrale che in ogni processo svolge **la domanda dell'attore**.

**Invece** → UNA Base normativa **testuale** è rappresentata dall'art. 2 della L. abolitiva, nella parte in cui **la devoluzione delle controversie alla giurisdizione ordinaria viene disposta per tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico**.

Il valore giuridico di questa espressione può farsi consistere nella circostanza che siccome "*la questione*" è **proposta dall'attore**, la determinazione dell'oggetto del giudizio vi deve **corrispondere perfettamente**.

**Per correlazione** → l'esclusività nel determinare il thema decidendum attrae l'esclusività nella **determinazione della giurisdizione**.

**E' da notare** → che la frase espunta dall'art. 2 viene come sezionata in parte **a favore del criterio della causa petendi** (il riferimento al diritto civile o politico) e in parte a favore del criterio del petitum (il riferimento al **si faccia questione**).

**Il criterio incontra due critiche di fondo :**

- 1) la prima si basa sull'art. 24 Cost. che nella enunciazione delle situazioni giuridiche le descrive come **oggetti della tutela**, nel senso che l'agire in giudizio ne presuppone non solo la

configurazione sostanziale, ma soprattutto la NON intercambiabilità.

- 2) La seconda, più importante, perché riferibile ad una norma processuale, è relativa all'art. 386 cpc dal quale è agevole desumere che la questione di giurisdizione **resta sovraordinata** rispetto al merito del giudizio instaurato  
→ in altri termini, la vicenda di vita prospettata nella domanda giudiziale ed afferente sia **alla titolarità della giurisdizione nel giudice adito sia agli aspetti giuridicamente rilevanti della fattispecie dedotta** → rimane sempre la **costruzione di una delle parti del giudizio.**

**Pertanto → tale costruzione nulla ha da spartire con la questione di giurisdizione, che è vicenda oggettivamente riferibile all'ordinamento giuridico nel suo complesso.**

## CAPITOLO 6 : APPROFONDIMENTI.

### Riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amm.vo.

La dottrina ha ritenuto di poter affermare l'esistenza di una doppia tutela per il privato leso da un atto o comportamento dell'amministrazione e consistente nella possibilità di adire per lo stesso episodio di vita, l'uno o l'altro ordine di giurisdizione.

Furono elaborate diverse teorie :

→ teoria che distingue **tra attività di gestione o di impero.**

**Gestione** : venendo in rilievo rapporti di tipo paritetico, le controversie eventualmente sorte, investono diritti soggettivi, come tali riservati alla giurisdizione del G.O.

**Impero** : **occorre** invece distinguere tra attività discrezionale idonea a degradare il diritto ad interesse, che come tale rientra nella giurisdizione del G.A. ed attività vincolata, dalla quale nascono solamente diritti soggettivi comportanti la giurisdizione del g.o.

→ teoria del petitum.

Secondo questa teoria , il riparto delle giurisdizioni va attuato secondo la **natura** del provvedimento richiesto dall'interessato.

Cosicchè la richiesta di eliminazione dell'atto amm.vo fonda la giurisdizione del G.A., mentre la richiesta di condanna della P.A. al risarcimento del danno (c.d. doppia tutela) comporta la giurisdizione del G.A.

→ teoria della causa petendi.

Secondo cui il criterio differenziatore si basa sulla natura della posizione giuridica dedotta in giudizio ( diritto soggettivo o interesse legittimo)

→ teoria della norma violata.

PER LA QUALE il riparto è operato sulla base delle norme che si ritengono violate. Secondo tale teoria detto criterio di riparto poggia sulla differenza intercorrente tra

- norme di azione, *intese quali norme che regolano l'esercizio dei poteri della P.A., imponendole un determinato comportamento nell'interesse pubblico.*

- Norme di relazione , *che regolano i rapporti tra cittadini e p.a., attribuendo diritti ed obblighi reciproci.*

Orbene, la violazione di una norma di azione, posta a tutela di un interesse collettivo, comporta la vulnerazione di un interesse legittimo del soggetto che abbia titolo per invocarne il rispetto.

Per converso, la mancata uniformazione della P.A. ad una norma di relazione determina la lesione di un diritto soggettivo del cittadino.

→ teoria della prospettazione.

Opera la differenziazione in base alla prospettazione della posizione giuridica operata dall'attore.

Giudice competente sarà il G.O. o il G.A. a seconda che il cittadino ritenga di essere stato leso in un diritto soggettivo o in un interesse legittimo.

La giurisprudenza , dopo varie oscillazioni, ha ritenuto adottare quale primario quello della causa petendi.

Ciò tuttavia non ha risolto il problema dell'individuazione delle ipotesi in cui il privato possa lamentare la lesione di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo.

Fra le varie teorie ricordiamo :

- Distinzione tra atti di gestione ed atti di imperio →  
Atti di gestione, non avendo carattere autoritativo in quanto espressione di autonomia negoziale, si **imporrebbe** la competenza del G.O. vertendosi in materia di diritti soggettivi.  
Atti di imperio , avendo invece carattere autoritativo, si imporrebbe la competenza del G.A.
- Distinzione tra attività discrezionale della p.a. ( interessi legittimi) ed attività vincolata (diritti soggettivi).

## **LA CONFERMA.**

Nel campo dell'attività amm.va l'espressione conferma è utilizzata per indicare ogni atto il quale , con riferimento a provvedimenti o situazioni precedenti, risulta causativo di effetti volti a mantenere qualche cosa di quelli.

In questa categoria confluiscono due specie di atti :

- Atti di conferma (conferma propria)
- Atti confermativi (conferma impropria).

L'atto di conferma si ha **solo qualora sia adottata sulla base di un nuovo iter procedimentale, con rinnovazione della fase istruttoria, e con una nuova ponderazione di interessi pubblici, e quindi un nuovo provvedimento.**

Si avrà atto confermativo quando :

- Provenza dalla stessa autorità
- Difetti di una nuova istruttoria
- Si realizzi la conferma della motivazione e del dispositivo del provvedimento precedente.

Effetto di conferma : si ha quando si verifica un'ipotesi di inerzia della P.A. (c.d. silenzio rigetto).

## **IMPUGNAZIONE DEL REGOLAMENTO.**

L'Impugnativa presuppone un interesse concreto ed attuale di chi la propone.

Essendo il regolamento caratterizzato dall'astrattezza e generalità, di norma esso non sarà in grado di incidere direttamente sulle situazioni soggettive dei destinatari, né far nascere di conseguenza, l'interesse alla sua impugnazione.

In linea di massima il regolamento necessiterà, per la sua applicazione in concreto di un successivo provvedimento di attuazione, per cui sarà quest'ultimo ad incidere sulle situazioni soggettive dei destinatari.

Di conseguenza, in questa ipotesi colui che intenda impugnare , dovrà procedere alla **doppia impugnativa** , ovvero dovrà impugnare tanto il regolamento quanto il provvedimento di attuazione ad esso relativo.

La pronuncia dell'autorità giudiziaria, avrà ad oggetto il regolamento, ma i suoi effetti si propagheranno al provvedimento di esecuzione.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nel ritenere che l'annullamento del regolamento ad opera dell'autorità giudiziaria amm.va operi con efficacia erga omnes.

Il giudicato dunque, contrariamente alla regola generale, **non esplica la sua efficacia limitamente alle parti in lite.**

## **DIRITTO MINORE (SCIALOJA).**

Scialoja considera l'interesse legittimo come diritto minore.

Concezione che, ravvisando nell'interesse il nucleo comune del diritto soggettivo e dell'interesse legittimo, finiva per qualificare quest'ultimo come un diritto minore, in ragione **della tutela meno ampia** rispetto al diritto soggettivo, per la **mancanza** della genetica **tutela risarcitoria** e per la non sicura effettività della tutela ripristinatoria).

Inoltre , questa concezione , finiva per avanzare la tutelabilità del diritto soggettivo nella veste di interesse legittimo davanti al G.A. in virtù della identità del nucleo.

Questa concezione viene proposta quando si iniziò ad affermare la giurisdizione amm.va accanto alla giurisdizione ordinaria, e avrebbe **dovuto vedere nel giudice amm.vo il giudice dei diritti soggettivi minori accanto al giudice ordinario come giudice dei diritti soggettivi pieni.**

**MA... se la distinzione** tra le due situazioni giuridiche si fosse davvero potuta porre nei termini in cui la poneva Scialoja, sarebbe stato superfluo creare , *come fu nel 1889*, una nuova giurisdizione.

I diritti soggettivi minori , differivano da quelli pieni , non nella consistenza, *attesa l'identità del nucleo*, ma **negli elementi processuali che ne presidiavano le garanzie.**

## **Sindacato giurisdizionale e sindacato giudiziario.**

Sindacato giurisdizionale:

il contenuto di tale espressione **concerne i poteri dell'organo giurisdizionale.** I poteri di **cognizione, i quali sono fissati** , nei loro

limiti esterni, dalla domanda giudiziale e dal materiale probatorio introdotto dalle parti , nonché nei loro limiti interni, dall'ampiezza e dalla tipologia dei vizi che il giudice può conoscere in riferimento all'azione amm.va rilevante per il giudizio.

Con **sindacato giurisdizionale**, si suole intendere quella fase del processo che concerne **la verifica giudiziale dell'azione amm.va e che viene svolta allo scopo di asseverarne o meno la correttezza sul piano del diritto.**

**Davanti al G.O. →** L'azione amm.va rileva solo come uno dei momenti del rapporto giuridico o della fattispecie complessa proposta al vaglio di quel giudice.

**Davanti al G.A. →** di legittimità, **il sindacato verte** sull'azione amm.va non complessivamente considerata bensì in quanto **circoscritta (sussunta)** nell'atto impugnato . → Quindi quest'ultimo è giudice dell'atto e non del rapporto di amm.ne che lo ricomprende.

### **Sindacato giudiziario →**

al giudice ordinario è attribuita la **potestà** di verificare la conformità alla legge dell'azione amm.va, ed è attribuita dalla disposizione contenuta nell'art. 5 della legge abolitiva

**Al giudice amm.vo** , il fondamento va ravvisato nell'art. 26 del R.D. n° 1054/1924 sul Consiglio di Stato e nell'attuale e più recente art. 3 della L. n° 1034/1971 sui T.A.R.

Entrambe le disposizioni attribuiscono al G.A. il potere di

- Decidere sui ricorsi per :
  - Incompetenza
  - Eccesso di potere
  - Violazione di legge.

**Occorre chiedersi se il sindacato del giudice ordinario e del giudice amm.vo** abbia per entrambi identico contenuto .

Va detto che la tesi **del sindacato giurisdizionale differenziato** trova ispirazione nel principio della divisione dei poteri ma comporta il costo di impedire la tutela integrale del diritto soggettivo.

Risulta chiaro che una volta **inteso il sindacato giudiziario** , cioè il sindacato compiuto dal giudice ordinario, **come ridotto** alla conoscenza dei soli vizi formali **consegue la riduzione della tutela del diritto soggettivo** , vista come riduzione dell'area della risarcibilità, **rispetto alla pienezza di tutela dell'interesse legittimo** , vista come integralità della tutela ripristinatoria o post annullatoria oltre che risarcitoria.

In sintesi, che con questa tesi viene posta **in crisi la pariordinazione delle due situazioni giuridiche;**

## **DISAPPLICAZIONE.**

All'ambito del sindacato giudiziario va ascritto l'istituto della **disapplicazione degli atti amm.vi** e dei regolamenti generali e locali (ex art. 5 L. abol).

Dottrina e giurisprudenza convengono nel ritenere che la **disapplicazione** possa essere annoverata tra i **poteri decisorii**:

Questa catalogazione lascia due perplessità :

- 1) Non esiste una potestà di disapplicazione tra le potestà giurisdizionali tipicamente ascrivibili al giudice e al processo civile.

L'obiezione appare superabile se si individua la disapplicazione come potestà esclusivamente **propria di quel processo civile.**

- 2) La seconda perplessità, deriva dall'osservare che la disapplicazione, **contrariamente al contenuto tipico del potere decisorio, non possiede alcuna connotazione positiva:**

una volta che disapplicare si concreta nel **giudicare come se** l'atto amm.vo non sia stato MAI emanato appare evidente che la disapplicazione consiste in una sorta di operazione astensionistica.

In sintesi dunque, si potrebbe qualificare la disapplicazione come una sorta di **potestà predecisoria.**

Con questa qualificazione si esprimerebbe :

- Sia il nesso di necessaria strumentalità che lega l'operazione del **disapplicare** al provvedimento conclusivo della lite giudiziale
- Sia con una specifica appartenenza dell'attività valutativa, svolta dal giudice al quadro della funzione decisoria.

**L'inserimento della disapplicazione** nel novero dei poteri decisorii rappresenta per la dottrina tradizionale , **il compenso teorico dei divieti di cui all'art. 4 co.2 L. abolitiva riequilibria.**

**IN ALTRI TERMINI..** IL vizio genetico di cui si è dipartito il sistema di giustizia amm.va a causa della mancata introduzione di una potestà giudiziale (decisoria) di annullamento dell'atto lesivo di diritti soggettivi.

**MA...** questo **singolare carattere compensativo**, unito alla circostanza che la **disapplicazione sembra porre in risalto più la finezza di una particolare tecnica processuale** (quella che realizza l'accontamento dell'atto) che un risultato riconducibile a tale operazione, **rappresentano dati che l'interprete non può trascurare..**

**Sembra addirittura più corretto** annoverare la disapplicazione tra **gli strumenti latu sensu probatori** posti a disposizione del giudice civile nelle controversie che comportino valutazioni dell'azione amm.va.

Il legislatore del '65 ha **escluso** ogni incidenza diretta sull'atto della p.a. sia dal punto di vista della cognizione (ex art. 4, il giudice ordinario **conosce degli effetti dell'atto**) che da quello dei poteri di decisione (**al giudice ordinario è preclusa la revoca o la modifica dell'atto**).

Sembra invece potersi sostenere che la **disapplicazione** si riassume in una **tecnica processuale la cui struttura e la cui funzione indicano l'appartenenza dell'istituto** nell'area probatoria del giudizio civile.

D'altronde, come dice il legislatore nell'art. 5 l abol. applicare o non applicare gli atti amm.vi **significa ammettere o non ammettere gli atti medesimi a prova della pretesa versata in giudizio.**

**DISAPPLICAZIONE COME OGGETTO DI SENTENZA DICHIARATIVA + CRITICA.**

Costruzione tradizionale in materia di disapplicazione:

si allude alla costruzione che consiste nel **convertire l'operazione** negativa del **disapplicare** in un'operazione positiva a **carattere decisorio**:

**si dice perciò** che siccome al giudice ordinario sono precluse (per divieto ex. Art. 4) sia **le sentenze costitutive** (di annullamento , revoca, modifica dell'atto) sia **le sentenze di condanna ad un** **facere, NON RISULTA INVECE** UN pari divieto per le **sentenze dichiarative o accertative** della configurabilità di una pretesa verso la P.A..

→ **quindi.. dall'inesistenza di tale divieto** va dedotta la vera sostanza della disapplicazione ex art. 5 che consisterebbe **nella declaratoria della illegittimità dell'atto amm.vo** rilevante nel rapporto dedotto in giudizio.

**Critiche :**

**1) se l'atto amm.vo** risulta conforme alla legge, la sua applicazione al rapporto dedotto in giudizio comporta , non tanto la declaratoria che esso viene applicato , bensì **la declaratoria della inesistenza del diritto come situazione proteggibile. → In pratica il g.o.** pronuncerà una sentenza dichiarativa del proprio **difetto di giurisdizione.**

**2) Se l'atto amm.vo** risulta non conforme alla legge, dunque illegittimo, **la sua irrilevanza giuridica** nell'ambito del rapporto dedotto in giudizio comporta , non tanto la declaratoria che esso viene applicato, **bensì la declaratoria dell'esistenza del diritto come situazione proteggibile →** In concreto il G.O. pronuncerà una sentenza dichiarativa (non di disapplicazione dell'atto illegittimo) **dell'esistenza della propria giurisdizione ma solo come momento prodromico all'eventuale pronuncia che soddisfa la pretesa versata in giudizio.**

## **DISAPPLICAZIONE IN BONAM PARTEM ( PROCESSO CIVILE ) ED IN MALAM PARTEM ( P.PENALE ) .**

L'appartenenza della disapplicazione agli strumenti probatori si può trovare considerando le qualificazioni, dottrinarie e giurisprudenziali, della **disapplicazione in bonam partem** (cioè a vantaggio del privato) ed in **malam partem** (cioè a suo svantaggio).

→ **NEL PROCESSO CIVILE** LA DISAPPLICAZIONE è sempre considerata in **bonam partem** perché ritenere l'atto illegittimo, e dunque non tenerne conto ai fini del decidere , **conduce ad affermare la giurisdizione del g.o. e l'esistenza del diritto del privato come situazione azionabile.**

→ **NEL PROCESSO PENALE** LA DISAPPLICAZIONE è considerata in **malam partem**, in quanto il processo penale è quel processo di tutela di beni ed interessi collettivi, valori dunque in linea di principio del tutto indisponibili, attesa l'obbligatorietà dell'azione penale e la circostanza che i comportamenti penalmente rilevanti afferiscono ad una sfera di illeciti sovraordinati rispetto agli altri che l'ordinamento giuridico disciplina (ill. civili o amm.)

Occorre considerare quindi che nel processo penale, la **rilevanza della legittimità-illegittimità dell'atto amm.vo non può rappresentare un elemento condizionante della fattispecie criminosa.**

Nella regola generale dunque, la **valutazione dell'atto come illegittimo dovrebbe sempre concludersi con la disapplicazione del medesimo:**

e siccome disapplicare significa riconoscere (da parte del giudice) la non inerenza dell'atto alla fattispecie criminosa, in nessun caso, seguendo lo schema rigido, né incolpato potrebbe preliminarmente avvalersi dell'atto legittimo né potrebbero scaturire conseguenze probatorie di un atto illegittimo.

L'apprezzamento dell'illegittimità-legittimità si pone ad oggetto di una specifica indagine probatoria che ha come obiettivo proprio **l'applicazione – disapplicazione dell'atto in malam partem.**

## **L'ECCEZIONE DELLA DISAPPLICAZIONE IN BONAM PARTEM NELL'ART. 650CP.**

La rigidità dello schema generale può trovare un correttivo soltanto in norme esplicite che pongano il **sindacato** sulla legittimità- illegittimità dell'azione amm.va, cioè sull'atto o provvedimento che ne costituisce il risultato, come **elemento condizionante della responsabilità.**

→ è il caso dell'art. 650cp che prevede un'ipotesi di reato contravvenzionale per l'inosservanza di provvedimenti emanati dall'autorità amm.va per ragioni di giustizia, di sicurezza, d'ordine pubblico, d'igiene.

SI tratta di una norma che introduce in sede processuale, **una verifica del rispetto** da parte della p.a. di tutte le condizioni che l'ordinamento detta in materia di competenza, procedimento forma ed obiettivi dell'azione pubblica.

Dottrina e giurisprudenza, considerano questa verifica come un momento necessitato e prodromico al riconoscimento o alla esclusione della responsabilità penale.

**SI è CONCORDI NEL RITENERE che il provvedimento debba essere disapplicato se l'indagine giudiziale ne dimostri l'illegittimità.**

Questa disapplicazione è omologa a quella che si riscontra nel **giudizio civile**, ma si differenzia in quanto, mentre in sede civile la disapplicazione dell'atto illegittimo avvia il soddisfacimento di una **pretesa privata**, come il risarcimento del danno, **in sede penale si pone come circostanza impeditiva della potestà di punire**, titolarizzata nello stato.

Non muta però, **la tecnica probatoria sia nell'uno che nell'altro giudizio.**

**Ciò è comprovato** nell'ipotesi in cui l'indagine giudiziale concluda per la legalità del provvedimento inosservato, **la sua applicazione rende corretta la fattispecie incriminatrice di cui ex art. 650 cp.**

## **RESPONSABILITÀ PER ILLECITO DELLA P.A.**

Nell'ordinamento generale la responsabilità si realizza con l'obbligo di risarcire il danno ingiusto (ex art. 2043 cc) provocato da qualunque fatto doloso o colposo.

Si può muovere dalla considerazione del danno conseguente ad esercizio di potestà amm.va mediante azione svolta nell'ambito della materia per la quale è attribuita la potestà ed in vista del conseguimento delle finalità volute dalla legge.

Questa ipotesi ha trovato una esemplificazione nella fattispecie prevista ex art. 46 L 2359/1865, sull'espropriazione per pubblica utilità che **concerne** l'indennità spettante ai proprietari dei fondi i quali subiscono i danni in occasione della esecuzione di un'opera di pubblica utilità.

**Poiché l'azione amm.va** deve intendersi come necessariamente svolta per il **conseguimento della finalità di pubblico interesse**, la lesione che ne consegue va anch'essa reputata come **necessaria**;

- **Nella previsione legislativa**, il danno subito è un danno **giusto** inferto secondo iure, almeno dal punto di vista dell'interesse pubblico e quindi **non può rientrare nella previsione ex 2043 cc.**

**PERÒ...→** LA LESIONE inferta al privato da parte della P.A. continua a rimanere un danno e anzi dal punto di vista dell'interesse individuale, il danno resta un danno ingiusto.

**ORBENE..** Danno giusto per il pubblico interesse , e danno ingiusto per l'interesse individuale determinano **un contrasto** che l'ordinamento giuridico non può rifiutarsi di risolvere :

**la soluzione può collocarsi solo sul versante della indennizzabilità** e non su quella della risarcibilità una volta che la lesione è inferta in iure..

Il carattere generale dell'azione amm.va , comporta la **formulazione di un principio generale prescrittivo della indennizzabilità** per le lesioni conseguenti ad azioni legittime:

DA intendersi come principio e comprensivo dell'obbligo, *incombente sulla p.a.*, di **indennizzare** il danno subito dal privato anche quando il danno medesimo non sia riconducibile ad una situazione di diritto soggettivo e sia invece riferibile alla situazione giuridica dell'interesse legittimo.

**DAL QUANTUM RISARCITORIO AL QUANTUM INDENNITARIO.**

Si **tratta di un'illiceità parziale in quanto** a fronte del danno provocato all'interesse individuale, l'azione illegittima produce il soddisfacimento degli interessi pubblici ricompresi nel fine che l'azione ha conseguito:

TROVA giustificazione pertanto **l'indennizzabilità del danno provocato**, mentre la risarcibilità andrebbe esclusa perché si configurerebbe come sanzione eccessivamente punitiva rispetto alle utilità ritraibili dalla p.a. per via della medesima azione illegittima..

Nel sistema, sono annoverate alcune disposizioni molto significative della rilevanza giuridica che i vantaggi della collettività sono in grado di assumere per la definizione dei problemi interpretativi.

Si Può fare riferimento alla circostanza per cui nei giudizi di responsabilità per materie di contabilità pubblica, rientranti nella giurisdizione della corte dei conti, deve tenersi conto dei vantaggi cmq conseguiti dall'amm.ne o dalla comunità amm.ta in ragione del comportamento degli amm.ri o dei dipendenti pubblici cmq soggetti al giudizio di responsabilità.

Va dato giusto rilievo **al contesto** nel quale i vantaggi collettivi trovano considerazione :

giacché si inscrivono nella replica normativa del potere decisorio di riduzione sul quantum risarcitorio negli stessi giudizi.

ALTRETTANTO SIGNIFICATIVA.. DEVE ESSERE RITENUTA la serie di disposizioni (contenute nel D.P.R. 327/2001) relativa all'utilizzazione di un bene , per scopi di interesse pubblico, derivata da **un'azione amm.va illegittima:**

**Gli scopi** di interesse pubblico hanno tale valenza giuridica da determinare non solo il **titolarizzarsi della potestà discrezionale** circa l'acquisizione del bene utilizzato, ma anche la **paralisi** , senza limiti di tempo, **dell'azione restitutoria** che l'interessato avesse a proporre.

La norma in questione **prescrive il risarcimento del danno ed addirittura ne prevede i parametri di determinazione nella misura equiparata al valore del bene...**

**←sambataro→ MA.....NULLA IMPEDISCE CHE I FATTORI DELL'INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA POSSANO INCIDERE SU TALI ULTIME PRESCRIZIONI DIMENSIONANDONE LA PORTATA A LIVELLI INDENNITARI.**

Si può far richiamo alle vicende giurisprudenziali relative alla qualificazione giuridica dei termini contenuti nella dichiarazione di pubblica utilità, **provvedimento fondamentale del procedimento espropriativo.**

**Circa** tali termini, iniziali e finali, sia della procedura di espropriazione che per l'esecuzione dell'opera, **il divario interpretativo si è misurato** nell'intendere il mancato rispetto, **come circostanza produttiva di conseguenze sistematiche radicalmente contrapposte:**

**Assunto che l'inosservanza comporti illiceità, consegue il risarcimento , che invece non è configurabile se si assume che la stessa inosservanza induca semplice illegittimità** (per violazione di legge).

E' bene notare che si tratta di una vicenda interpretativa ormai risalente e cmq improponibile nell'attuale assetto sistematico che vede da un lato, l'affermazione normativa sulla risarcibilità degli interessi legittimi e d'altro lato l'attribuzione al G.A. in sede di giurisdizione esclusiva, della materia espropriativa.

Elementi questi che, non avrebbero consentito il realizzarsi del divario giurisprudenziale;

Divario che cmq non avrebbe potuto proporsi se la responsabilità della p.a. si fosse adeguata ai livelli del quantum indennitario.

DOMANDE SFUSE:

- **qual'è la norma costituzionale sulla giustiziabilità dell'atto discrezionale..?** ART. 113 cost.
- **se l'amministrazione viene condannata al risarcimento del danno come procede?** : la p.a. fa una proposta di risarcimento che poi verrà o meno accettata. il diritto soggettivo sottostà comunque alla scelta della p.a. e sarà sicuramente un risarcimento minore di quello che si ha nel processo civile.

**AUTORE : Davide Tutino**

e-mail : [davide@tutino.sicilia.it](mailto:davide@tutino.sicilia.it)