

Diritto Costituzionale e Diritto Amministrativo i principi fondamentali



A cura di Luca Del Frate

<https://www.papuntozero.it/>

Le funzioni in senso stretto (o funzioni pubbliche) sono quelle attività caratterizzate dall'esercizio di poteri autoritativi. I poteri amministrativi conferiscono agli apparati, che ne assumono la titolarità, una capacità giuridica speciale di diritto pubblico (che si aggiunge alla capacità generale di diritto comune).

Questa capacità giuridica speciale si concretizza nell'emanazione di provvedimenti produttivi di effetti giuridici nella sfera dei destinatari a prescindere dal loro consenso.

Le funzioni in senso esteso possono anche svolgersi attraverso atti consensuali o privatistici (art. 11 l. 241/90; atti jure privatorum).

IL POTERE AMMINISTRATIVO



Potere come nozione di teoria generale (legislativo, giurisdizionale, amministrativo)

Norma attributiva del potere è norma di azione, che disciplina l'esercizio del potere

Si contrappone alle norme di relazione che regolano i rapporti tra privati

Teoria ormai superata, mentre non è superata la necessità che il potere si fondi su una norma (principio di legalità)

La norma attributiva del potere individua:

- ① Il soggetto competente all'esercizio
- ② Il fine pubblico (interesse pubblico primario)
- ③ I presupposti e requisiti sostanziali per l'esercizio
- ④ I requisiti formali degli atti (forma, sequenza procedimentale)
- ⑤ L'elemento temporale (termini)
- ⑥ Effetti giuridici (costitutivi, modificativi, estintivi)

Quanto più analitici sono i presupposti e requisiti per l'esercizio del potere, tanto più esso risulta *vincolato* dalla legge

Quanto maggiori sono gli spazi valutativi attribuiti all'amministrazione per l'esercizio del potere, tanto più esso si configura come *discrezionale*

La discrezionalità può essere di due tipi:

- ① Pura o discrezionalità amministrativa in senso stretto
- ② Tecnica, o quasi discrezionalità

i servizi pubblici sono invece le attività, svolte o programmate, organizzate e regolate da pubbliche amministrazioni, finalizzate a fornire *prestazioni* ai cittadini

L'attività di prestazione si caratterizza per l'assenza di autoritatività

L'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA



Consiste nell'insieme delle operazioni, comportamenti e decisioni poste in essere o assunte da una pubblica amministrazione nell'esercizio di funzioni a essa affidate dalla legge (dunque funzioni + servizi) (cfr. art. 1, l. 241/1990)

Il controllo sull'attività amministrativa permette di valutare in modo complessivo e unitario l'operato delle singole amministrazioni in termini di legalità, efficienza, efficacia ed economicità

l'atto amministrativo, invece, è valutato solo in termini di legittimità e di opportunità

È rivolta ad uno scopo o fine pubblico e per questo è caratterizzata da *doverosità*

📄 Il mancato esercizio è fonte di responsabilità (per inerzia o omissione)

📄 Al contrario l'attività giuridica svolta dai soggetti privati è libera

📄 Come si è detto, l'attività amministrativa può essere svolta anche in forma privatistica, ma rimane soggetta al raggiungimento di fini pubblici. Continua cioè ad essere funzione

L'amministrazione svolge attività amministrativa «non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività *disciplinata in tutto od in parte dal diritto privato*» (Corte di Cassazione, SS. UU., 22 dicembre 2003, n. 19667)

 Attività cd. *jure privatorum*

La discrezionalità amministrativa (o pura) consiste nel margine di scelta che la norma rimette all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare *nel caso concreto* l'interesse Pubblico

L'amministrazione può esercitarla nei limiti della norma di conferimento e dei principi generali dell'azione amministrativa;

📄 Sul rispetto di tali limiti può sindacare il giudice

L'esercizio della discrezionalità amministrativa comporta una valutazione comparativa (ponderazione) degli interessi pubblici e privati rilevanti nella fattispecie:

- interesse pubblico primario, è quello individuato dalla norma attributiva e che l'amministrazione titolare del potere è tenuta a massimizzare
- interessi secondari, sono gli altri interessi, pubblici o privati, incisi dal provvedimento e dei quali l'amministrazione titolare del potere deve garantire il minor sacrificio possibile.

- a) sull'*an*, cioè sul se esercitare o meno il potere in una determinata situazione;
- b) sul *quid*, cioè sul contenuto del provvedimento amministrativo;
- c) sul *quomodo*, cioè sulle modalità da seguire per l'adozione del provvedimento, al di là di quelle imposte dalla legge (es. se acquisire o meno un parere facoltativo);
- d) sul *quando*, cioè sul momento più opportuno per esercitare un potere d'ufficio e per emanare un provvedimento

LA NECESSITA' DELLA DISCREZIONALITA'



Il potere discrezionale è indispensabile per definire in modo chiaro l'ordine degli interessi da perseguire.

📄 La discrezionalità amministrativa è la capacità di identificare e realizzare l'interesse pubblico *in concreto*, è l'unico modo per adattare l'amministrare alla realtà, e non corrisponde a arbitrarietà o a elusione delle regole

📄 Tentativi nella recente legislazione di comprimere – fino ad azzerarla – la discrezionalità amministrativa con un reticolo di norme così fitto da precludere ogni spazio decisionale all'amministrazione (ad es. il “sistema” dell'anticorruzione)

Il sindacato del giudice sulla discrezionalità amministrativa (o pura) è esercitabile solo sul piano della legittimità

📄 Questo significa che il giudice può ripercorrere l'attività valutativa della PA soltanto *dall'esterno* (sindacato estrinseco o debole), per verificare se essa è affetta da vizi logici, incongruenze o altre carenze

📄 Lo strumento principalmente utilizzato è il vizio di eccesso di potere (legittimità)

IL MERITO AMMINISTRATIVO



Si tratta dell'ambito di scelta *riservato* all'amministrazione, un nucleo duro che si pone al di là dei limiti coperti dall'area della legalità

- ☞ Quest'ambito non è presente se il potere è integralmente vincolato
- ☞ Il merito è valutabile in termini di opportunità, convenienza, ossia in base a valutazioni extragiuridiche circa la miglior decisione da assumere che spettano solo all'amministrazione;
- ☞ È insindacabile da parte del giudice amministrativo, salvo nei casi di giurisdizione estesa al merito di cui all'art. 134, c.p.a.
- ☞ Si caratterizza quindi in senso negativo, residuale

Casi nei quali la norma attributiva del potere rinvia a nozioni di tipo tecnico-scientifico ai fini della decisione.

☞ La scelta della PA si basa su competenze specialistiche, conoscenze tecniche però caratterizzate da opinabilità (ad es. commissioni di gara, di concorso, valore architettonico)

☞ E' importante distinguere i casi di mero *accertamento* tecnico (assenza di vera e propria discrezionalità) dai casi in cui le scienze o conoscenze da applicare presentano margini di *opinabilità* o che consentono giudizi espressi solo in termini ipotetici o probabilistici

☞ L'accertamento tecnico è ripetibile e verificabile in modo certo, dunque è integralmente sindacabile dal giudice

Dunque la discrezionalità tecnica (ad es. quella di cui si servono le Amministrazioni indipendenti) è oggi soggetta a un sindacato intrinseco, forte, che può spingersi sino a censurare l'attendibilità, la correttezza delle valutazioni (opinabili) espresse dall'amministrazione

📄 Viceversa, nei confronti della discrezionalità amministrativa (o pura) il controllo del giudice rimane debole, estrinseco

LA DISCREZIONALITA' TECNICA



In ogni caso, sia nei confronti della discrezionalità tecnica che (a maggior ragione) amministrativa, il sindacato giurisdizionale si esercita esclusivamente sul piano della legittimità, non del merito

📄 Non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo *sostitutivo* sulle valutazioni tecniche, che porterebbe il giudice amministrativo a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione competente.

📄 Fermo restando che, come si è detto, sulle valutazioni tecniche opinabili è esercitabile il sindacato intrinseco, che può giungere a censurarne l'esito dal punto di vista dell'attendibilità e correttezza.

In relazione all'interesse legittimo si evidenzia

- ① una dimensione *passiva* di soggezione rispetto alla produzione degli effetti giuridici del provvedimento amministrativo (a cui si contrappone una dimensione attiva del potere amministrativo di produzione unilaterale dell'effetto giuridico);
- ② una dimensione *attiva* di pretesa a un esercizio corretto del potere (a cui si contrappone una dimensione passiva del potere correlata ai doveri di comportamento che gravano sull'amministrazione)

La dimensione *attiva* di pretesa a un esercizio corretto del potere, che caratterizza sempre l'interesse legittimo, può generare due diverse posizioni del privato rispetto alle scelte della PA, così articolate:

- a) Interessi legittimi *oppositivi*, che si sostanziano nella pretesa a conservare la situazione giuridica e le facoltà già in possesso del privato, contrastando un provvedimento della PA che produce nei suoi confronti effetti limitativi o restrittivi
- b) Interessi legittimi *pretensivi*, che si sostanziano nella pretese ad acquisire diritti o facoltà che non fanno ancora parte della sfera giuridica del privato, e a cui quest'ultimo legittimamente aspira

Il provvedimento è la manifestazione del potere amministrativo volta a disciplinare un rapporto giuridico tra la pubblica amministrazione e un soggetto privato e avente per oggetto un bene della vita.

Consiste in una *manifestazione di volontà* unilaterale (e in ciò si differenzia da dichiarazioni di scienza e valutazioni), che produce effetti nei confronti dei destinatari

È l'esito del procedimento amministrativo.

Tipicità

-  Imperatività
-  Esecutorietà
-  Esecutività
-  Inoppugnabilità (oltre il termine decadenzialebreve)

I poteri e i provvedimenti devono trovare fondamento espresso nella legge (nominatività).

☞ Dunque non sono ammessi poteri impliciti (anche se per la giurisprudenza è sufficiente un fondamento generico).

☞ La legge deve determinare i presupposti, il contenuto e gli effetti giuridici (il tipo).

☞ È un corollario del principio di legalità.

N.B.: Le ordinanze contingibili e urgenti sono nominate, ma non tipiche

Consiste nell'unilateralità della produzione dell'effetto giuridico.

- ❏ Deroga al principio civilistico della produzione dell'effetto mediante accordo.
- ❏ Non presuppone la validità (principio di equiparazione dell'atto valido a quello invalido).
- ❏ Solo il provvedimento nullo non è imperativo.
- ❏ Sono imperativi sia provvedimenti ampliativi che provvedimenti restrittivi.

L'esecutorietà (art.21-*ter* l. 241/90)



Si tratta del potere della p.a. di procedere in autotutela all'esecuzione coattiva del provvedimento in caso di inottemperanza.

- Deve essere di volta in volta prevista dalla legge.
- Garantisce l'adempimento degli obblighi di fonte provvedimentale e negoziale (se prevista dalla legge).
- Presuppone l'efficacia e l'esecutività del provvedimento.

I provvedimenti producono effetti nel momento in cui si perfezionano

📄 Solo i provvedimenti limitativi sono *recettizi* (= diventano validi solo nel momento in cui sono portati a conoscenza del destinatario).

📄 I provvedimenti limitativi cautelari ed urgenti (ma non sanzionatori) possono essere dichiarati immediatamente efficaci.

In linea di principio, ogni provvedimento efficace deve essere immediatamente eseguito, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento stesso.

N.B.: Non tutti i provvedimenti necessitano di esecuzione (ad es.: autorizzazioni, attribuzioni di *status*).

Consiste nell'esaurimento delle possibilità di tutela del privato nei confronti del provvedimento e garantisce la stabilità del rapporto giuridico amministrativo (per contestazioni del privato).

☞ Può determinarsi in quanto:

- ① sono decorsi i termini di decadenza per l'esercizio delle azioni;
- ② il privato ha prestato acquiescenza (dichiarazione espressa o tacita di assenso all'effetto del provvedimento).

SOGGETTO organo deputato ad emanare l'atto;

 **VOLONTA'** in senso oggettivato (volontà procedimentale);

 **OGGETTO** cosa, attività o situazione soggettiva determinata o determinabile cui il provvedimento si riferisce;

 **CONTENUTO** ciò che con il provvedimento l'autorità intende disporre, ordinare, permettere, attestare, certificare

MOTIVI ragioni sostanziali che stanno alla base dell'atto
e si desumono dalla motivazione

FORMA di regola scritta

N.B.: la causa è irrilevante, per via della tipicità.