

Lezione I

Nozioni preliminari e profili costituzionali

Sommario: 1. La controversa nozione di “pubblica amministrazione”; 2. Il diritto amministrativo; 3. I principi che governano la p.a.

1. La controversa nozione di Pubblica Amministrazione

La definizione di “pubblica amministrazione” non è per nulla scontata. Si può dire, anzi, che non esiste una definizione valevole per ogni tempo ed ogni luogo, cioè di teoria generale del diritto: essa varia da ordinamento ad ordinamento ed ha un valore per lo più storico.

Se **amministrare** significa, in senso lato, **gestire interessi propri** (es. amministrare i propri beni, una azienda, ecc.) o **della comunità** (es. amministrare un Comune o un Ente pubblico), da questa accezione comune sarà necessario distinguere un concetto più propriamente tecnico-giuridico, che valga ad indicare una particolare attività, svolta secondo criteri predeterminati e da soggetti a ciò abilitati. In questa particolare accezione, nessuna attività è qualificabile “amministrativa” di per sé: il **concepto giuridico di pubblica amministrazione** non può che essere il risultato di una qualificazione giuridica.

Per operare detta qualificazione, in un ordinamento come il nostro, non par dubbio che occorra per prima cosa guardare alla **Costituzione**, che, nell'ambito del Titolo II della Parte II, intitolato al Governo, dedica una sezione al “Consiglio dei Ministri” ed un'altra, appunto, alla “Pubblica amministrazione”.

Soccorre, in particolare, l'**art. 97, comma 2 Cost.**, per il quale: “I **pubblici uffici** sono **organizzati** secondo disposizioni di **legge**, in modo che siano assicurati il **buon andamento** e l'**imparzialità** dell'amministrazione”.

Prendendo spunto da questa disposizione si può dare, in sede di prima approssimazione, una definizione di pubblica amministrazione come il **«complesso organizzativo» predisposto dall'ordinamento giuridico** (in particolare dal legislatore, in base alla riserva di legge dell'**art. 97 Cost.**), affinché si realizzino, in modo efficace/efficiente (**buon andamento**) ed equilibrato (**imparziale**), le finalità previste nella legge.

Emergono da questa definizione le caratteristiche distintive della pubblica amministrazione come prevista nel nostro ordinamento giuridico rispetto ad una qualunque organizzazione/attività amministrativa di chi curi interessi privati: il **ruolo della legge** nella fase **organizzativa**, e quindi quantomeno nella individuazione dei **fini** da perseguire; il ruolo fondamentale dei **principi** cui la pubblica amministrazione deve ispirare la propria azione.

La breve descrizione di questi principi, che sono peraltro, come si vedrà, di gran lunga esorbitanti rispetto ai soli due espressi nell'**art. 97 Cost.**, consentirà di inquadrare ancor meglio la nozione di pubblica amministrazione adottata nel nostro ordinamento.

Prima di procedere alla loro analitica enunciazione, però, è necessario spendere qualche parola sulla scienza giuridica che ha ad oggetto la p.a.: il diritto amministrativo.

2. Il diritto amministrativo

Il **diritto amministrativo** è quella *branca del diritto pubblico che si occupa in modo sistematico di pubblica amministrazione*.

Si tratta di una scienza giuridica relativamente recente (nasce in Germania nella seconda metà del XIX secolo), se si considera che le regole sull'organizzazione e sul funzionamento della pubblica amministrazione hanno assunto un rilievo esterno, diventando vere e proprie norme giuridiche, solo con l'affermarsi del c.d. "Stato di diritto", che rappresenta la principale conquista, sul piano giuridico, dell'età liberale (in precedenza erano considerate "norme interne", non azionabili nel corso di un processo).

Proprio la giovane età del diritto amministrativo rispetto ad altre branche del diritto (basti pensare al diritto civile, di tradizione romanistica) pone due questioni di fondo: la **relazione con il diritto civile**, che invece disciplina i rapporti fra privati; la sua tipica struttura di "**diritto per principi**".

Quanto al primo profilo, va subito rilevato che la Pubblica Amministrazione, in quanto soggetto dell'ordinamento giuridico dotato di personalità giuridica, può agire anche *iure privatorum*, cioè utilizzando le norme del diritto civile. Questa possibilità, da sempre ammessa anche dalla dottrina più risalente, è stata ribadita nell'art. 1, comma 1 bis, della legge 241/90, secondo il quale:

"La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente".

Anche dalla lettura di questa disposizione emerge che la pubblica amministrazione operi con lo stesso strumentario giuridico di un privato cittadino (diritto civile), a meno che non eserciti **poteri autoritativi**, cioè ponga in essere *atti che si impongono ai terzi anche indipendentemente dalla loro volontà, in ragione della posizione di sovraordinazione che ha la p.a. rispetto ai privati cittadini*; poteri questi eccezionali e quindi esercitabili solo entro gli stretti limiti consentiti dalla legge.

Quanto al secondo profilo, essendo una branca del diritto relativamente "giovane" e non ancora strutturata in un complesso di regole ben definito (come il diritto civile), risultano essere per il diritto amministrativo di fondamentale importanza i principi su cui esso si basa: ecco perché ad essi si dedicherà di seguito una peculiare attenzione.

3. I principi che governano la P.A.: legalità, azionabilità, buon andamento e imparzialità.

I principi sulla pubblica amministrazione sono contenuti nella Costituzione o sono da essa implicitamente ricavabili; ma anche quando sono precisati dal legislatore ordinario o sono il frutto di elaborazione giurisprudenziale, costituiscono in genere una specificazione dei principi costituzionali e sono, quindi, dotati di una particolare autorevolezza.

Il principio sulla p.a., che rappresenta la più importante **conquista dello Stato di diritto**, si desume da una norma costituzionale dettata in via generale dall'art. 23 Cost., secondo cui

“nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge”.

La norma, che prevede una “riserva di legge” tipica delle democrazie liberali, in cui si afferma il principio *“no taxation without representation”*, in realtà può considerarsi espressione di un principio ancor più generale: il **principio di legalità**, per il quale *ogni pubblico potere che incide direttamente sulla sfera giuridica dei cittadini (imponendo prestazioni di carattere personale o patrimoniale) deve trovare il proprio fondamento nella legge*.

Con specifico riferimento alla pubblica amministrazione, il principio di legalità si desume anche implicitamente dalla **riserva di legge** di cui all'**art. 97, comma 2**, Cost. cit. Questa riserva di legge, peraltro, è stata sempre intesa come **“relativa”**, nel senso che la disciplina sulla p.a. deve sì trovare nella legge i suoi criteri direttivi, ma ben possono ulteriori fonti, anche di rango sub-legislativo (*in primis* i regolamenti di organizzazione dell'Esecutivo), concorrere nella definizione del quadro normativo.

Fra le applicazioni del principio di legalità, si segnala che il principale criterio identificativo di una p.a. sia rappresentato proprio dalla sua **qualificazione legislativa**, che sola è idonea ad attribuire in modo incontrovertibile la natura di “pubblico” ad un ente.

Il principio di legalità si può dire che abbia “due facce”: la prima “descrittiva”, ed è quella prima enunciata, la seconda “effettiva”, che cioè rende concretamente rilevante la sottoposizione alla legge della p.a. Infatti, non avrebbe senso alcuno affermare il principio di legalità e non dotare il cittadino della possibilità di ricorrere contro le violazioni della legge. Dunque, strettamente collegato al principio di legalità è quello di **azionabilità**, per il quale *chiunque vi abbia interesse deve avere la possibilità di far valere le situazioni soggettive lese (diritti soggettivi o interessi legittimi) dalla pubblica amministrazione davanti ad un giudice*.

Il principio è già tutelato espressamente come diritto di difesa, in senso lato, nell'**art. 24 Cost.** (“Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”); ma lo è ancor più con riferimento alla p.a. negli artt. **103 e 113** Cost. Merita di essere riferito in questa sede l'art. 113 Cost., per il quale:

“Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria e amministrativa”.

Se i principi di legalità e di azionabilità sono conquiste dello Stato liberale, tutti gli altri principi sulla p.a., invece, sono conquiste – almeno formalmente – della **Costituzione del 1948**, a partire da quelli enunciati nell’art. 97.

Disposizione fondamentale per il diritto amministrativo, l’art. 97 Cost., prima ancora di stabilire la riserva di legge in materia di organizzazione amministrativa (principio di legalità) e di indicare i principi fondamentali che devono governare il *quomodo* dell’organizzazione edel funzionamento della p.a. (buon andamento e imparzialità), completa le garanzie dello Stato di diritto, allorché precisa, al comma 3, che

“nell’ordinamento degli uffici sono determinate e le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari”.

La portata di questa disposizione è straordinaria: la legge deve con precisione indicare “chi fa che cosa”, in modo che costui possa essere chiamato a rispondere. Ne consegue che la pubblica amministrazione non possa più considerarsi come un potere indefinito, una sorta di *Leviathan* mostruoso e oscuro, di cui non si conoscano i meccanismi di funzionamento e chi li azioni (in precedenza molto diffusa era la teoria dei cd. “ordinamenti sezionali”, una sorta di sottosistemi autonomi e sfuggenti alla logica generale dell’ordinamento): essa deve costruirsi sempre di più come una “casa di vetro”, trasparente, identificabile nei suoi meccanismi e nei suoi protagonisti, che vanno premiati se operano bene o puniti se sbagliano.

Potremmo definire questo principio come quello di **“emersione” della struttura interna alla p.a.**, che rappresenta il presupposto logico di attuazione del **principio di responsabilità**, enunciato nell’**art.28 Cost.**, per il quale

“i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

Tornando, invece, al **principio di buon andamento**, non vasottaciuto come esso abbia rappresentato un vero enigma, tanto dall’essere considerato da uno dei maggiori studiosi del nostro diritto amministrativo, Massimo Severo Giannini, una “originalità della Costituzione italiana”.

A partire dalla legislazione degli anni ’90 dello scorso secolo, allorché il debito sovrano iniziò ad avvertirsi come un problema serio, da affrontare con provvedimenti idonei a ridurre sensibilmente i costi dell’apparato statale, si iniziano ad utilizzare sempre con maggiore frequenza concetti dell’aziendalistica privata applicati alla pubblica amministrazione: così si identificano sempre di più con chiarezza nel buon andamento i valori dell’**efficacia** (idoneità di conseguire in termini assoluti l’obiettivo atteso), dell’**efficienza** (idoneità di raggiungere lo

scopo con il minor dispendio di risorse: economiche, di personale, ecc.) e dell'**economicità** (specificazione dell'efficienza, riferita al contenimento dei costi economici).

Si può dire che la crisi fiscale dello Stato abbia reso il buon andamento, che nei primi quarant'anni di storia repubblicana è stato forse il più negletto e sconosciuto fra i principi costituzionali, il motore di una vera e propria rivoluzione culturale, che ha trasformato lo stesso modo di intendere la p.a. da “amministrazione per atti” ad **“amministrazione per risultati”**, sottoposta a controlli piuttosto sulla gestione che non sui singoli atti, cui corrispondono nuove forme di responsabilità ...

Anche il **principio di imparzialità**, invero già conosciuto nel dibattito politico anteriore all'entrata in vigore della Costituzionale (si ricordi il “mostruoso connubio” fra la politica e l'amministrazione denunciato da Silvio Spaventa), non era previsto nello Statuto Albertino e quindi rappresenta una novità della Costituzione.

Esso si segnala per una rilevante evoluzione interpretativa: inizialmente è stato inteso, sulla scorta di una risalente interpretazione giurisdizionale, **in senso “personale”**, con riferimento alla posizione del funzionario amministrativo, che deve sempre conservare la sua terzietà rispetto ad interessi personali o provenienti dall'esterno (in questo senso il principio era collegato all'obbligo di astensione del funzionario interessato ovvero alla possibilità della sua recusazione); successivamente è stato inteso **in senso “istituzionale”**, con riferimento alla posizione della stessa pubblica amministrazione, che deve ponderare adeguatamente tutti gli interessi presenti nella fattispecie e realizzare l'interesse pubblico, come sintesi di questo bilanciamento. In questa ultima accezione, fondamentale per comprendere il modo di agire “discrezionale” della p.a., l'imparzialità riassume in sé anche i principi **ragionevolezza e proporzionalità**, che sono elaborati dalla giurisprudenza amministrativa come indici di una azione amministrativa adeguata e non censurabile.

A metà strada fra il principio di buon andamento e quello di imparzialità si colloca la regola dell'**accesso alla p.a. mediante pubblico concorso**, di cui al quarto comma dell'art. 97 Cost.: la pubblica selezione, infatti, deve garantire il merito e, quindi, la scelta di personale qualificato e capace di agire secondo i canoni del buon andamento amministrativo, ma anche l'imparzialità amministrativa, nella misura in cui la selezione avviene (*rectius* deve avvenire) valutando le doti oggettive di conoscenza ed esperienza del candidato, piuttosto che altre circostanze, che sottendono ulteriori interessi di parte.

Lezione 2

**(Segue) ulteriori profili costituzionali.
Nozioni di “funzione”, “discrezionalità” e “merito”.**

Sommario: 1.Ulteriori principi:autonomia e decentramento, sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, auto-organizzazione, giusto procedimento. 2. Attività amministrativa fra vincolo legislativo, discrezionalità e merito. 3.Funzione amministrativa e discrezionalità.

1.Ulteriori principi:autonomia e decentramento, sussidiarietà, adeguatezza, differenziazione, auto-organizzazione, giusto procedimento.

Parimenti, costituisce un principio enunciato sin dalla stesura originaria della Costituzione anche quellodi autonomia, che viene affiancato a quello di decentramento già nei Principi fondamentali all'art. 5 Cost:

“La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento”.

L'organizzazione di stampo napoleonico dello Stato italiano, risalente alle riforme del Cavour, conosceva bene il **principio di decentramento**, che prescrive la realizzazione di gangli periferici dell'apparato statale, per lo più identificati nelle Prefetture (ma non solo: basti pensare alle Intendenze di Finanza o alle Sovrintendenze per i beni culturali, storici, architettonici, paesaggistici o archeologici). Lo stato unitario utilizza il decentramento per penetrare le sue periferie, controllarle, guidarle, mantenendo il potere saldamente nelle mani della burocrazia e del Governo centrali.

Il **principio di autonomia** rappresenta, invece, una delle fondamentali rivoluzioni copernicane operate dalla Costituzione, che lo applica a tutti i livelli istituzionali (dall'autonomia costituzionale a quella regionale, da quella locale di comuni e province a quella funzionale di camere di commercio o università) e che produce un vero stravolgimento nel sistema stesso delle fonti del diritto, le quali, ove vigal'autonomia normativa non si rapportano più in termini meramente gerarchici quanto di separazione delle competenze.

L'essenza dell'**autonomia**, infatti, è l'idoneità di un soggetto di darsi le regole da sé (dal greco *auto* e *nomos*). Anche se dettare le regole è un modo per auto-organizzarsi, auto-governarsi, per imporre autonomamente i tributi, insomma per *assumere scelte di indirizzo politico anche parzialmente difformi da quelle dello Stato centrale*, sia pure nel quadro comune di valori e di regole rappresentato dalla Costituzione.

Rispetto ai principi costituzionali influenti sulla p.a. si deve rilevare una novità indiscussa, rappresentata dalla riforma del Titolo V della parte II della Costituzione, avvenuta con la legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, che ha aggiunto ulteriori principi di straordinario impatto innovativo: di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione (art. 118

Cost.), nonché di leale collaborazione (art. 120 Cost.). Degna di nota è la circostanza che la riforma costituzionale del 2001 abbia sostanzialmente attribuito rilievo costituzionale alla “**legge Bassanini**”, la **n. 59 del 1997**, che ha introdotto, con una serie di deleghe legislative, il c.d. “**federalismo amministrativo**”: una straordinaria stagione di *ampio decentramento amministrativo e rafforzamento dell'autonomia locale*, che doveva costituire – per affermazione del suo ideatore - il “massimo di federalismo amministrativo a Costituzione invariata”; ma che, di fatto, introduceva principi assolutamente innovativi e discontini rispetto al precedente assetto costituzionale, tanto da richiedere, appunto, a distanza di pochi anni, la modifica della Costituzione. Basti pensare che la regola antecedente alla riforma del 2001 che disciplinava la distribuzione della funzione amministrativa fra livelli istituzionali era quella della spettanza generale della stessa alla Regione, nelle materie di competenza legislativa concorrente o ripartita elencate nell’art. 117 Cost., che a sua volta poteva “avvalersi” per il suo concreto esercizio degli uffici di Comuni e Province o “delegare” loro le funzioni (art. 118 Cost. prima del 2001); mentre la principale regola di distribuzione della funzione amministrativa prevista nella legge 59/97 era il principio di **sussidiarietà verticale**, che voleva attribuita ai Comuni la generalità delle funzioni amministrative, salvo quelle che per la dimensione dell’interesse servito richiedessero l’attribuzione ad un livello istituzionale dotato di competenza territorialmente più vasta.

Ebbene, questo principio, è ora recepito nell’**art. 118 Cost., comma 1**, per il quale:

“le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano attribuite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza”.

Anche i principi di **differenziazione** e di **adeguatezza** sono stati introdotti per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge Bassanini, esprimendo il **primo** l’esigenza che nell’attribuzione delle funzioni amministrative si operino specifiche differenziazioni tenendo *nel dovuto conto le peculiarità di ciascun ente (dalla sua dimensione, alla sua organizzazione, alle risorse di cui dispone, ecc.)*, il **secondo** l’esigenza che *la dimensione adeguata* (in termini economici si parla di “giusta dimensione di scala”) *sia ricercata anche attraverso forme flessibili di gestione congiunta delle funzioni* (appunto, *dalla gestione associata ai consorzi, dalle unioni di comuni, alle comunità montane o isolate, alla fusione fra Comuni*).

L’art. 118 Cost., come riformato nel 2001, introduce una disposizione già enunciata nella legge 59/97, lì dove introduce al comma 4 il secondo aspetto del **principio di sussidiarietà**, che si è soliti definire “**orizzontale**”, sostanzialmente esprimendo un favorverso *lo svolgimento di attività di interesse generale da parte di singoli cittadini o di loro formazioni sociali*:

“Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

Infine, fra i principi della Bassanini recepiti in Costituzione ci sarebbe anche quello di **auto-organizzazione**, di cui all'art. 117, comma 6 Cost., ultimo alinea, per il quale

“i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell’organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite”.

Questo parallelismo fra funzione amministrativa e potestà regolamentare (auto-organizzazione) in realtà poteva dedursi implicitamente già dall'art. 128 Cost., abrogato nel 2001, o, addirittura, dalla stessa riserva relativa di legge dell'art. 97 Cost. (così Mario Nigro).

Se nel caso della “Bassanini” la previsione legislativa di principi innovativi e di rottura ha anticipato e richiesto la riforma costituzionale, simile sorte non devono seguire i **principi** contenuti nell'**art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241**(come modificata dalla legge n. 15 del 2005), recante “nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritti di accesso ai documenti amministrativi”, per il quale *“l’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell’ordinamento comunitario”*. Né richiedono la espressa costituzionalizzazione l'**obbligo di non aggravare il procedimento** (art. 1, comma 2 L. 241/90), l'**obbligo di motivazione** del provvedimento (art. 3 L. 341/90) o la previsione del **responsabile del procedimento** (art. 4 ss. L. 241/90). Altrettanto, infine, può dirsi per il principio di **“separazione fra indirizzo politico e gestione amministrativa”** introdotto dal D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (oggi D.Lgs. 165/2001) ovvero per il principio di **“legittimo affidamento”**, mutuato dal diritto privato e di frequente applicazione giurisprudenziale. In larga misura, infatti, se si riflette, i principi da ultimo citati sono **applicazioni dei principi costituzionali** sopra descritti, in particolare di quelli di imparzialità e buon andamento.

Un ultimo principio, però, merita di essere menzionato, perché a giudizio della giurisprudenza della Consulta è ormai assurto anch'esso al **rango** di **principio costituzionale** ed è quello del **“giusto procedimento”**, per il quale *la pubblica amministrazione pone in essere la sua attività previamente ascoltando e valutando in contraddittorio l’opinione di quanti possano essere pregiudicati o comunque interessati da essa*. Indipendentemente dalla qualificazione di principio costituzionale, è la stessa legge 241/90, all'art. 29, che richiama questa regola qualificandola come attinente “ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione”.

Il discorso sui principi costituzionali che regolano la p.a. nel nostro ordinamento non può considerarsi concluso, tuttavia, se non si rammenta che essa è **a sua volta inserita in una trama di principi e valori più ampi**, da quello **democratico** (art.1 Cost.) a quello **personalista**, a quello **pluralista** (art. 2 Cost.), a tutta la rete di norme che costituiscono

ancora, a distanza di circa settant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, un patrimonio inesauribile cui guardare con ammirazione e profondo rispetto.

Ecco perché, data la complessità dei principi costituzionali che *latu sensu* investono la p.a., per meglio definire cos'è nel nostro ordinamento giuridico, possiamo conclusivamente affermare che per pubblica amministrazione deve intendersi il «**complesso organizzativo**» *predisposto secondo disposizioni di legge, affinché si realizzino le finalità previste esse stesse nella legge, nel rispetto dei valori e dei principi della Costituzione repubblicana*.

2. Attività amministrativa fra vincolo legislativo, discrezionalità e merito.

Definita la p.a. ed illustrati i principi che la governano, è necessario soffermarsi sulla sua attività: essa si distingue solitamente in attività vincolata, discrezionalità e merito amministrativo.

La presenza di un **vincolo legislativo** è la conseguenza diretta della vigenza dei principi di legalità: il minimo di vincolo legislativo è rappresentato dall'individuazione degli **scopiche** la p.a. deve perseguire (v., *retro*, art. 1 L. 241/90).

Non vi è dubbio, però, che il legislatore può spingersi ben oltre, vincolando l'attività amministrativa nell'**an** (se agire o meno), nel **quando** (in quale momento o al verificarsi di quali condizioni agire), nel **quomodo** (in quale modo operare) e nel **quantum** (definendo, cioè, limiti quantitativi alle scelte amministrative).

Tuttavia, è difficile immaginare una attività amministrativa totalmente vincolata dalla legge, se non altro perché amministrare vuol dire governare interessi, che sono sempre imprevedibili e cangianti nella loro consistenza e nel loro reciproco intrecciarsi, con al conseguenza che sarebbe difficile, se non controproducente, affidare ad una fonte statica come la legge questa funzione.

*Nei margini non vincolati dal legislatore e comunque nel perseguitamento delle finalità legislativamente prefissate, la p.a. esercita dunque la **discrezionalità amministrativa**, dovendosi con essa intendere una attività di ponderazione degli interessi presenti nella fattispecie (imparzialità) al fine dell'individuazione dell'interesse pubblico concreto, come frutto di questo equo bilanciamento e del rispetto dei principi costituzionali che governano l'attività amministrativa .*

Attenzione, la discrezionalità non è una attività “libera”, come taluno erroneamente ritiene, ma sempre tenuta al rispetto di principi: essa, quindi, è sottoposta ad un vincolo più blando e generale, ma che comunque consente una verifica della sua legittimità.

Può, però, accadere che, *applicati tutti i principi che governano la p.a.*, sussistano ancora *margini di scelta fra due o più soluzioni*. Questa ulteriore scelta è *effettivamente libera* (“scelta politica”), *non controllabile in base a parametri giuridici*, costituendo il **merito amministrativo**.

Dalla comune discrezionalità amministrativa si è soliti distinguere la cd. “**discrezionalità tecnica**”, che si presenta *allorché gli interessi presenti nella fattispecie richiedano per essere valutati specifiche conoscenze tecniche* (delle scienze ingegneristiche, economiche, fisiche, chimiche, ecc.). A differenza degli **accertamenti tecnici**, che comportano una semplice misurazione (escludendo qualsiasi ponderazione di interessi), la discrezionalità tecnica comunque implica a valle una scelta, che deve soggiacere ai principi che governano la p.a. e dalla quale possono residuare margini per una valutazione di merito.

Proprio la possibilità che in ultima analisi competa alla p.a. una scelta “politica” (di merito) implica la necessità, in un sistema democratico, che i suoi vertici abbiano direttamente o indirettamente una derivazione dalla sovranità popolare (siano cioè eletti dal popolo o nominati da rappresentanti del popolo).

3. Funzione amministrativa e discrezionalità.

A conclusione di queste note introduttive, occorre dare un’ultima definizione e qualche chiarimento.

La “**funzione**”, concetto di teoria generale del diritto, è una *attività giuridicamente rilevante in quanto controllabile*: solitamente si distinguono funzioni pubbliche da funzioni private e fra le prime le funzioni legislativa, giudiziaria e amministrativa.

L’attività amministrativa è sempre “funzione” nella misura in cui persegue fini definiti dalla legge, essendo quanto meno controllabile (e quindi giuridicamente rilevante) rispetto al perseguitamento dei fini. Ogni qual volta sussista un vincolo legislativo ulteriore (nell’*an*, nel *quando*, nel *quomodo* nel *quantum*) l’attività amministrativa sarà a maggior ragione una funzione.

Da quanto abbiamo letto nel precedente paragrafo, però, si deve considerare funzione amministrativa anche l’attività discrezionale, in quanto controllabile con riferimento al rispetto dei principi che governano la p.a.

Non è, invece, “funzione” il merito amministrativo; anche se l’impossibilità di controllare il merito amministrativo non vuol dire che manchino del tutto forme di controllo e di sanzioni: se il merito è un’attività di scelta politica sarà, infatti, il popolo a premiare o a sanzionare politicamente con la riconferma o con la mancata rielezione chi pone in essere scelte non condivise.

Va, infine, precisato che la scelta di merito è giuridicamente irrilevante quando è posta in essere la prima volta; ma se costituisce un precedente, essa vincola le successive decisioni in virtù del principio di imparzialità (ma anche di egualianza) che non consente scelte divergenti in situazioni analoghe; a meno che non subentri un diverso indirizzo politico adeguatamente motivato a giustificare la discontinuità amministrativa.

Lezione 3

Nozioni presupposte : il sistema delle fonti del diritto e la sua interpretazione

Sommario: 1. Le nozioni presupposte emerse dalla prima lezione: diritto, ordinamento giuridico, legge, riserva di legge; 2. Le “fonti del diritto”: nozioni e tipologia; 3. Esiste un elenco di fonti nel nostro ordinamento? 4. I criteri che disciplinano i rapporti fra le fonti (e che consentono di risolvere le antinomie); 5. L’interpretazione del diritto.

1. Le nozioni presupposte emerse dalla prima lezione: diritto, ordinamento giuridico, legge, riserva di legge.

In questa lezione è necessario analizzare alcuni concetti la cui conoscenza è indispensabile per studiare la pubblica amministrazione, che - come si è visto nella prima lezione - costituisce un fenomeno giuridico, cioè regolato dal diritto.

In estrema sintesi, possiamo iniziare con il dire che il **diritto** è quell’insieme di regole (“norme giuridiche”) che disciplinano il comportamento dei consociati caratterizzato dalla sua **coattività** (cioè dalla possibilità di irrogare sanzioni per garantirne il rispetto), dalla **generalità** (cioè dalla idoneità a rivolgersi a tutti i consociati e non solo ad alcuni di essi) e dall’**astrattezza** (cioè dall’idoneità a prevedere fattispecie astratte replicabili, dentro le quali possa farsi ricadere la fattispecie concreta da disciplinare). Di regola il diritto è posto dallo Stato ovvero dai soggetti che lo Stato qualifica come idonei a produrlo (ad esempio gli enti dotati di autonomia normativa, come le regioni o i comuni). Le norme giuridiche costituiscono un insieme armonico, che prende il nome di “**ordinamento giuridico**” e che costituisce un fenomeno strettamente connesso con la società, che per esistere deve fondarsi su “**istituzioni**”, ovvero su sovrastrutture organizzate giuridicamente, il cui fine è di garantire le relazioni sociali e l’attuazione del diritto.

La **legge**, invece, è un atto che normalmente ha contenuto normativo (non necessariamente, potendo esistere “leggi provvedimento”, ovvero recanti un contenuto di natura amministrativa, né generale né astratto), posto in essere, nel nostro ordinamento giuridico, dal Parlamento o da un Consiglio regionale, e che si caratterizza per la sua particolare efficacia (“forza di legge”) e per il suo “valore”, ovvero per il suo regime tipico (in particolare il controllo sulla legge da parte della Corte costituzionale).

L’espressione legge può anche essere utilizzata in senso generico, come sinonimo di diritto, a ricoprendere quindi anche altre “fonti del diritto”, come i regolamenti. Ciò accade, ad esempio, quando si fa riferimento al vizio dell’atto amministrativo denominato “violazione di legge”, che può consistere nella violazione di una legge o di un regolamento.

Nelle pagine che precedono si è anche utilizzata l’espressione “**riserva di legge**”: essa si ha quando la Costituzione, che come vedremo è posta in una posizione gerarchica di preminenza rispetto alle leggi ordinarie, prevede espressamente che la disciplina di una certa materia debba essere affidata alla legge. Si distinguono **riserve di legge assolute**, quando solo la legge può disciplinare una materia e non anche altre fonti del diritto (es. art. 13 Cost., che consente le limitazioni della libertà personale “nei soli casi e modi previsti dalla legge”); **relative**, quando la legge può limitarsi a dettare i principi fondamentali della

materia, lasciando ad altre fonti la disciplina di dettaglio (es. art. 97, comma 2 Cost.); **rafforzate**, quando la Costituzione non si limita a prevedere la disciplina legislativa di una materia ma ne predetermina i contenuti (es. lo stesso art. 97 Cost., lì dove prevede che la legge che organizza la p.a. debba realizzare i principi di buon andamento e di imparzialità). Infine esistono riserve di legge **costituzionale**, quando cioè la Costituzione riserva la disciplina di una materia ad una “legge costituzionale”, cioè adottata con la stessa procedura aggravata necessaria per le modifiche della Costituzione (art. 138 Cost.).

2. Le “fonti del diritto”: nozioni e tipologia.

Si è appena parlato di leggi, regolamenti, di Costituzione, di leggi costituzionali ... e si è utilizzata l'espressione “fonti del diritto”.

Per fonti del diritto si intendono quei fatti o quegli atti qualificati dall'ordinamento giuridico come idonei a produrre diritto. Si può dire, in altri termini, che le fonti del diritto sono come la sorgente per l'acqua: rappresentano ciò che produce il diritto (**fonti di produzione**).

Accanto alle fonti di produzione, si è soliti distinguere le “**fonti sulla produzione**” e le “**fonti di cognizione**”: con la prima espressione ci si riferisce a quelle particolari norme che individuano i soggetti e le procedure da adottare per la produzione del diritto (ad es. gli art. 71 ss. della Costituzione costituiscono la fonte sulla produzione della legge); con la seconda espressione ci si riferisce agli strumenti previsti in ciascun ordinamento per consentire la conoscibilità del diritto (ad es. la Gazzetta Ufficiale).

Le fonti di produzione del diritto si distinguono, a loro volta, in **fonti atto** e **fonti fatto**: le prime consistono in manifestazioni di volontà poste in essere da soggetti a ciò abilitati dall'ordinamento giuridico, idonee a produrre diritto (la legge, la Costituzione, ma anche un regolamento); le seconde consistono in fatti giuridici presi in considerazione dall'ordinamento indipendentemente dalla volontà del soggetto che le abbia poste in essere (possono consistere, ad esempio, in comportamenti reiterati nel tempo nella convinzione della loro obbligatorietà, cioè in **consuetudini**).

3. Esiste un elenco di fonti nel nostro ordinamento?

A questa domanda occorre fornire una risposta affermativa: esiste un elenco delle fonti, ma non è né aggiornato né completo. Esso è contenuto nell'art. 1 delle **disposizioni preliminari al Codice civile** (o “preleggi”), il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262, secondo cui “*Sono fonti del diritto: 1) le leggi; 2) i regolamenti; 3) (abrogato); 4) gli usi (o consuetudini)*”.

Come si è già rilevato, questo elenco non è aggiornato, perché anteriore all'entrata in vigore della Costituzione (1 gennaio 1948) e quindi incompleto: manca, ad esempio, il riferimento alla stessa Costituzione e alle leggi costituzionali; alle fonti di autonomia costituzionale (ad esempio i regolamenti parlamentari); agli atti aventi forza di legge (decreto legge, decreto legislativo, decreti di attuazione degli statuti delle regioni ad autonomia speciale); agli statuti regionali, provinciali, delle città metropolitane e comunali; alle leggi regionali; alle altre fonti di autonomia locale; alle fonti comunitarie (diritto dell'U.E.) e del diritto internazionale ...

Insomma, il “sistema delle fonti” costituisce una realtà molto più complessa, soprattutto a causa dell'adozione nel nostro ordinamento di una **Costituzione rigida**, cioè modificabile con una procedura aggravata (viceversa il precedente “Statuto albertino”, poteva modificarsi

con una semplice legge, qualificandosi come esempio di “Costituzione **flessibile**”); a causa della previsione in Costituzione dell’autonomia regionale e locale (con la conseguente introduzione di una serie consistente di nuove fonti di autonomia); a causa dell’adesione del nostro Paese all’Unione Europea.

4. I criteri che disciplinano i rapporti fra le fonti (e che consentono di risolvere le antinomie).

Questa serie consistente di fonti del diritto può facilmente determinare l’insorgere di **“antinomie”**, cioè di previsioni normative aventi un contenuto antitetico. Ciò pone il problema di individuare i criteri per risolvere dette antinomie, essendo necessario poter sempre ricostruire la coerenza interna dell’ordinamento giuridico, per individuare la norma da applicare al caso concreto.

I **criteri** per ricondurre l’ordinamento a sistema sono i seguenti:

- 1) Criterio **cronologico**: si applica la fonte di pari grado successiva nel tempo. Quella anteriore è abrogata.
- 2) Criterio **gerarchico**: si applica la fonte di rango superiore, quella di rango inferiore è contrastante, in quanto “illegittima”, può essere annullata o – a seconda dei casi – disapplicata.
- 3) Criterio della **separazione delle competenze**: in presenza di fonti di autonomia (sia autonomia costituzionale, che territoriale), trova applicazione la norma posta in essere dalla fonte “competente”, nell’ambito di operatività di ciascuna fonte.

Prendendo le mosse dal principio **cronologico**, si può affermare che la successione nel tempo di fonti di pari grado produce l’abrogazione. L’**abrogazione**, di regola, non determina il venir meno della norma abrogata dall’ordinamento, ma ne circoscrive l’efficacia a disciplinare le fattispecie realizzatesi prima dell’entrata in vigore della nuova norma. Infatti, esiste un principio generale del diritto (che assurge al rango di principio costituzionale in materia penale ex art. 25 Cost.) di “irretroattività della legge”, secondo cui *“la legge non dispone che per l’avvenire: essa non ha effetto retroattivo”* (art. 11 preleggi). Poiché solo in materia penale l’irretroattività della legge è sancita espressamente dalla Costituzione (*“nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso”*), una legge, in altri ambiti, può disporre la sua applicazione retroattiva, a condizione che sia rispettato il principio di ragionevolezza. In tema di abrogazione interviene l’art. 15 delle preleggi, secondo cui *“le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori per dichiarazione expressa del legislatore, o per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l’intera materia già regolata dalla legge anteriore”*. Ne consegue che possiamo distinguere tre tipi di abrogazione: espressa, tacita e per regolamentazione dell’intera materia.

A parziale correzione del criterio cronologico, ove una norma disciplini una ipotesi speciale o eccezionale, opera il **sub-criterio della specialità**, secondo cui la legge a contenuto generale non è idonea ad abrogare quella a contenuto specifico, anche se entrata in vigore successivamente.

Quanto al criterio **gerarchico**, esso presuppone la strutturazione dell’ordinamento giuridico su più piani, paragonabile ad una piramide, in ragione della diversa efficacia che hanno le fonti: al vertice si colloca la Costituzione, quindi la legge e le fonti ad essa equiparate (c.d. “fonti primarie”, in ossequio alla circostanza che sotto il vigore dello Statuto albertino non esistevano fonti sovraordinate alla legge), quindi i regolamenti del Governo (c.d. “fonti

secondarie”), infine gli usi o consuetudini. Ovviamente esistono anche gerarchie interne alle stesse fonti, come ad esempio nel caso dei regolamenti ministeriali, che sono gerarchicamente subordinati a quelli del Governo. Qualora una norma prodotta da una fonte sovraordinata abbia un contenuto antitetico ad una norma che si ricava da una fonte gerarchicamente inferiore, quest’ultima, a seconda dei casi potrà essere oggetto di **annullamento** o **disapplicazione**. Ad esempio, la legge contrastante con la Costituzione può essere annullata dalla Corte costituzionale, con effetto *erga omnes* (cioè nei confronti di tutti) che di fatto retroagisce finché vi siano situazioni giuridiche non ancora definitive (ad esempio perché si sono ormai esauriti tutti i mezzi di impugnazione giurisdizionale – si sia cioè formato il c.d. “giudicato”-, si è transatta una lite, prescritto un diritto o decaduti da una azione). Del pari, il regolamento contrastante con la legge può essere annullato dal Giudice Amministrativo. Viceversa, il giudice ordinario dovrà limitarsi a “disapplicare” il regolamento illegittimo, nel caso innanzi allo stesso pendente, non potendo operare con efficacia *erga omnes*, per rispetto al principio di separazione dei poteri (giudiziario e amministrativo).

Infine, il criterio della **separazione delle competenze**, può in alcuni casi condurre all’annullamento della norma posta in essere da una fonte incompetente (ad esempio la Corte costituzionale può annullare le disposizioni di dettaglio contenute nelle “leggi cornice” statali, per violazione dell’art. 117, comma 3, sul quale v., *infra*, la lezione 4); ma nella normalità dei casi comporterà semplicemente l’applicazione della norma posta in essere dalla fonte competente (per materia o per territorio) e la disapplicazione delle altre.

5. L’interpretazione del diritto.

Merita, infine, un cenno anche il tema dell’interpretazione del diritto.

Per comprendere il significato dell’attività interpretativa, occorre preliminarmente compiere una distinzione fra i concetti di **disposizione** e di **norma**: con la prima espressione si ha riguardo alla “frase del diritto”, che può consistere in un “articolo”, a sua volta diviso per “comma” (e al suo interno, qualora siano identificabili più periodi, per “allinea”); con la seconda espressione si ha riguardo al significato che un soggetto, l’interprete, attribuisce ad una disposizione ovvero al “combinato disposto” di più disposizioni.

In sostanza, la norma è il frutto dell’interpretazione.

L’art. 12 delle preleggi individua le modalità con le quali nel nostro ordinamento deve svolgersi l’attività di interpretazione:

“Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione , si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.

I criteri da adottare sono, cioè, quello **“letterale”** (*senso fatto palese dal significato proprio delle parole*), **“logico”** (*secondo la connessione di esse*) e **“sistematico”** (*intenzione del legislatore*). Il riferimento all’*intenzione del legislatore*, infatti, non va inteso come richiamo alle ragioni che hanno determinato il legislatore storico all’approvazione di una particolare legge (*ratio legislatoris*, che pure può sostenere lo sforzo interpretativo come criterio secondario, ad esempio ricorrendo alla lettura del dibattito parlamentare), quanto

piuttosto al significato che una norma assume nel rapporto con tutte le altre norme che compongono il sistema, in una necessaria lettura “sistematica”.

Qualora l’interpretazione sistematica coincide con quella letterale e logica, si dice che l’interpretazione è “**dichiarativa**” (si può dire che in questo caso disposizione e norma coincidono). Viceversa ove non coincide, perché nella lettura sistematica dell’ordinamento la norma assume un portato più ampio, si avrà l’interpretazione “**estensiva**”. Infine, si avrà una interpretazione “**restrittiva**”, nel caso in cui l’interpretazione sistematica conduce a ridimensionare il contenuto normativo. In ogni caso, l’art. 14 delle preleggi stabilisce al riguardo che “*le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati*”.

Quanto ai soggetti che possono svolgere l’attività di interpretazione, possiamo avere una interpretazione “diffusa”, che è quella svolta da tutti i cittadini, “dottrinale” se svolta dagli studiosi del diritto, “giurisprudenziale” se svolta dai giudici (di grande rilievo soprattutto se l’interpretazione è imputabile a magistrature superiori, ad esempio alla Corte di Cassazione), “burocratica” se esercitata all’interno della pubblica amministrazione, “autentica” se è lo stesso legislatore che ritorna ad occuparsi di una disposizione che ha dato adito a plurime e contrastanti interpretazioni, per chiarire a posteriori quale debba essere la norma che va tratta dalla disposizione in modo, appunto, ufficiale ed “autentico”. In questo caso l’interpretazione autentica retroagisce fin dall’originaria entrata in vigore della disposizione contestata, pur in mancanza di una espressa deroga al principio generale di irretroattività della legge, sempre che la norma individuata in sede di interpretazione autentica possa già trarsi dall’originaria disposizione.

Lezione 4

Distribuzione della competenza legislativa e regolamentare nel nostro ordinamento.

Come anticipato nella presentazione del corso, quando è sufficiente la lettura delle disposizioni per la conoscenza del tema, ci si limita, come in questo caso, a riportare la disposizione, limitatamente ai suoi commi più importanti, evidenziando in **grassetto** le **parole chiave**.

Il significato di queste parole sarà agevolmente comprensibile assistendo alla lezione registrata.

Art. 117 Cost.

La **potestà legislativa** è esercitata dallo **Stato** e dalle **Regioni** nel rispetto della **Costituzione**, nonchè dei vincoli derivanti dall'**ordinamento comunitario** e dagli obblighi internazionali.

Lo **Stato** ha legislazione **esclusiva** nelle seguenti materie:

- a) politica estera e rapporti internazionali dello Stato; rapporti dello Stato con l'Unione europea; diritto di asilo e condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea;
- b) immigrazione;
- c) rapporti tra la Repubblica e le confessioni religiose;
- d) **difesa** e Forze armate; sicurezza dello Stato; armi, munizioni ed esplosivi;
- e) moneta, tutela del risparmio e mercati finanziari; **tutela della concorrenza**; sistema valutario; sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione delle risorse finanziarie;
- f) organi dello Stato e relative leggi elettorali; referendum statali; elezione del Parlamento europeo;
- g) **ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali**;
- h) **ordine pubblico** e sicurezza, ad esclusione della polizia amministrativa locale;
- i) cittadinanza, **stato civile e anagrafi**;
- l) giurisdizione e **norme processuali**; **ordinamento civile** e penale; giustizia amministrativa;
- m) **determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale**;
- n) norme generali sull'istruzione;
- o) previdenza sociale;
- p) **legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane**;
- q) dogane, protezione dei confini nazionali e profilassi internazionale;

r) pesi, misure e determinazione del tempo; coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale; opere dell'ingegno;
s) **tutela dell'ambiente**, dell'ecosistema e dei **beni culturali**.

Sono materie di legislazione **concorrente** quelle relative a: rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni; commercio con l'estero; tutela e sicurezza del lavoro; istruzione, salvo l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale; professioni; ricerca scientifica e tecnologica e sostegno all'innovazione per i settori produttivi; **tutela della salute**; alimentazione; ordinamento sportivo; protezione civile; **governo del territorio**; porti e aeroporti civili; grandi reti di trasporto e di navigazione; ordinamento della comunicazione; produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; previdenza complementare e integrativa; coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario; **valorizzazione dei beni culturali e ambientali** e promozione e organizzazione di attività culturali; casse di risparmio, casse rurali, aziende di credito a carattere regionale; enti di credito fondiario e agrario a carattere regionale. Nelle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei **principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato**.

Spetta **alle Regioni** la potestà legislativa in riferimento ad **ogni materia non espressamente riservata** alla legislazione dello Stato.

Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.

La **potestà regolamentare** spetta **allo Stato** nelle materie di **legislazione esclusiva**, salvo **delega alle Regioni**. La potestà regolamentare spetta **alle Regioni in ogni altra materia**. I **Comuni, le Province e le Città metropolitane** hanno potestà **regolamentare** in ordine alla **disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite**.