

3ª Domanda: *I principi generali dell'attività amministrativa*

3^a DOMANDA

I PRINCIPI GENERALI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

Quali sono i principi generali dell'attività amministrativa?

RISPOSTA: L'attività amministrativa è quell'attività che cura direttamente gli interessi pubblici, alla cui tutela ogni ente pubblico è preposto in base alle competenze fissate per legge (cd. riserva di legge *ex artt.* 95 e 97 Cost.).

Tradizionalmente, si distingue tra attività di amministrazione attiva, consultiva e di controllo.

L'attività amministrativa è governata dai principi generali, consacrati nella Carta Costituzionale e ripresi dall'art. 1 della L. n. 241/1990. Essi sono:

- a) il principio di legalità;
- b) il principio di imparzialità;
- c) il principio di buona amministrazione;
- d) i principi di pubblicità e di trasparenza.

Lo stesso art. 1 cit., inoltre, impone il rispetto dei principi generali dell'ordinamento comunitario, indipendentemente dal fatto che nel singolo procedimento debba farsi applicazione o meno di specifiche disposizioni comunitarie. Detti principi possono così classificarsi:

I) principi a carattere generale, che risultano sul piano comunitario l'equivalente dei principi costituzionali fondamentali delle esperienze nazionali: ad esempio, il diritto alla tutela giurisdizionale, il principio di non discriminazione, il principio di eguaglianza, il principio di certezza del diritto;

II) principi di carattere più definito (cd. "principi generali amministrativi"), quali il diritto al contraddittorio, il principio di legittimo affidamento, il principio di proporzionalità, il principio di non retroattività degli atti amministrativi.

Tra i principi generali dell'ordinamento comunitario, quelli che hanno la più diretta e significativa incidenza nell'attività pubblica, rilevando per il loro tasso di innovatività, sono:

- a) il principio di proporzionalità;

3ª Domanda: *I principi generali dell'attività amministrativa***b) il principio del legittimo affidamento.****APPROFONDIMENTO: *Il principio di legalità***

Il principio di legalità impone che il potere speso dalla P.A. nello svolgimento della propria attività sia ammantato di copertura legislativa e venga esercitato in maniera corrispondente alle prescrizioni di legge.

Esso può essere inteso sotto tre differenti accezioni: in senso debolissimo, è conforme a legge ogni atto che non sia con essa in contrasto (cd. "non contraddittorietà"); in senso debole, è conforme alla legge ogni atto che sia fondato sulla legge medesima (cd. legalità formale); in senso forte, è conforme alla legge ogni atto la cui forma e il cui contenuto siano predeterminati dalla legge (cd. legalità sostanziale).

In particolare, la legalità formale impone alla P.A. non solo il divieto di contraddire la legge attributiva del potere, ma anche il dovere di agire nelle ipotesi e nei limiti dalla stessa fissati; *a contrario*, nell'accezione di legalità sostanziale, il principio in esame assume una connotazione ancor più vincolante, giacché esso impone che gli atti dell'Amministrazione siano adottati in conformità alla disciplina sostanziale dettata dalla legge, la quale incide anche sulle modalità di esercizio dell'azione.

Il principio di legalità, quindi, costituisce sia parametro di valutazione che vincolo di scopo per la P.A.: i parametri ai quali l'attività amministrativa deve fare riferimento, infatti, sono più ampi della sola legge in senso formale, di guisa da rendere l'*agere publico* legittimo, ovvero conforme a parametri anche diversi dalla legge, ancorché alla stessa pur sempre collegati (norme regolamentari, statutarie, ecc.).

Sul piano applicativo ne derivano:

- la tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi, che non ammette provvedimenti atipici o innominati;
- l'eccezionalità dell'esecutorietà degli atti, ossia dei casi in cui essi possono essere coattivamente mandati in esecuzione dalla stessa P.A.;
- l'eccezionalità degli atti amministrativi destinati a formare certezza legale privilegiata.

ULTERIORE APPROFONDIMENTO: *I principi di imparzialità e buona amministrazione*

Fondamento di tale principio è l'art. 97 Cost., il quale stabilisce che «*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione*».

La P.A., dunque, ha il dovere di non discriminare i soggetti privati coinvolti, garantendo trattamenti simili in situazioni analoghe e trattamenti differenziati in situazioni diverse. In questo senso, il principio di imparzialità trasfonde, nell'ambito dell'attività amministrativa, il principio di uguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

4ª Domanda: *I principi di pubblicità e trasparenza*

Il principio in esame, inoltre, postula un comportamento attivo della P.A., volto alla ponderazione e alla valutazione (innanzitutto, in sede procedimentale) di tutti gli interessi in gioco, di modo che il risultato finale si mostri coerente.

Il principio in esame è il frutto della compenetrazione dei diversi criteri, tutti di uguale peso e importanza:

- efficienza: raffronto tra le risorse impiegate per il perseguimento di un dato fine e il risultato ottenuto;
- efficacia: rapporto tra gli obiettivi prefissati e quelli raggiunti;
- economicità: ottimizzazione dei risultati in relazione ai mezzi a disposizione;
- celerità: di qui il divieto di aggravio del procedimento ex art. 1, co. 2, L. n. 241/1990;
- miglior temperamento degli interessi;
- minor danno per i destinatari dell'azione amministrativa.

ULTERIORE APPROFONDIMENTO: *Il principio di proporzionalità*

La proporzionalità è una misura del potere amministrativo che attiene all'equo rapporto tra mezzo e fine, tra presupposto e conseguenza e, più in generale, tra interessi compresenti, pubblici e privati. Essa consiste nell'esercitare la giusta misura del potere, in modo tale da assicurare un'azione idonea e adeguata alle circostanze di fatto, che non alteri il giusto equilibrio tra i valori, gli interessi e le situazioni giuridiche coinvolte nell'azione amministrativa.

Il principio in esame comporta l'obbligo per la P.A., in sede di adozione di un provvedimento che coinvolge interessi diversi, di valutare attentamente le esigenze dei soggetti titolari degli stessi al fine di trovare la soluzione che comporti per essi il minor sacrificio possibile.

Tale principio ha col tempo assunto una valenza generale, esigendo che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario e adeguato rispetto agli scopi perseguiti.

4ª DOMANDA

I PRINCIPI DI PUBBLICITÀ E TRASPARENZA

Cosa si intende per principi di pubblicità e trasparenza?

RISPOSTA: L'art. 1, co. 1, L. n. 241/1990 indica espressamente il principio di trasparenza quale regola di condotta della P.A.

4ª Domanda: I principi di pubblicità e trasparenza

La pubblicità soddisfa l'esigenza di un controllo democratico da parte dei cittadini sull'attività della P.A., cui è imposto di pubblicare, comunicare o rendere accessibili notizie, documenti, atti e procedure, rendendo visibile e controllabile all'esterno il proprio operato.

A detto principio vengono, perciò, ricondotti gli strumenti pratici per l'esercizio del controllo e per l'accesso da parte dei privati agli atti e ai documenti del procedimento amministrativo.

Le applicazioni dei canoni di pubblicità e trasparenza sono assai numerose. Innanzitutto, esse presidiano l'obbligo di motivazione, l'accesso ai documenti amministrativi, nonché l'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento e la seguente partecipazione del privato al procedimento stesso. Pubblicità e trasparenza, poi, presidiano in maniera particolarmente pregnante sia l'intero settore dei contratti pubblici che lo svolgimento delle procedure concorsuali.

APPROFONDIMENTO: **La trasparenza quale accessibilità totale**

Il principio di trasparenza è stato oggetto di un crescente interesse da parte del Legislatore.

In particolare, la legge anticorruzione (L. 6 novembre 2012, n. 190) ha potenziato il principio di trasparenza, elevandolo a livello essenziale delle prestazioni ex art. 117, co. 2, lett. m, Cost.

Il successivo D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33 ha ridefinito la "trasparenza amministrativa", quale accessibilità totale delle informazioni concernenti organizzazione e attività della P.A., al fine di favorire forme diffuse di controllo sociale sul perseguimento dei fini pubblici e sul regolare svolgimento della relativa attività. Viene, pertanto, disposta l'implementazione degli strumenti di digitalizzazione della P.A., obbligando tutti gli enti pubblici a rendere accessibili in via telematica agli interessati le informazioni relative ai procedimenti e provvedimenti che li riguardano; inoltre, è disposta la pubblicazione sui siti istituzionali della P.A. di tutti i provvedimenti adottati nell'esercizio della sua attività istituzionale.

Infine, il Legislatore, all'art. 7 della L. 7 agosto 2015, n. 124, ha delegato il Governo «ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge [28 agosto 2015], uno o più decreti legislativi recanti disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, nel rispetto dei principi e criteri direttivi stabiliti dall'articolo 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190».

5^a DOMANDA

IL PRINCIPIO DI TUTELA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO

Cosa si intende per legittimo affidamento?

RISPOSTA: Le fonti comunitarie e i sistemi europei coniano il legittimo affidamento alla stregua di categoria naturale del diritto non scritto.

Dalla nozione comunitaria di affidamento si differenzia la nozione nazionale, collegata al principio di buona fede ex art. 2 Cost. e di estrazione privatistica, che non costituisce una regola attizia, volta a limitare il potere amministrativo di disconoscere i vantaggi riconosciuti con pregressi atti, ma una regola comportamentale, iscrivibile nel generale canone di buona fede, che impone ad ogni soggetto di non ingenerare, con le proprie condotte, aspettative destinate ad essere frustrate. La sua violazione comporta la responsabilità della P.A. per i danni cagionati da una condotta non lineare e trasparente che abbia ingenerato la falsa convinzione nel privato in ordine all'esito favorevole del procedimento in corso.

Le tecniche che garantiscono tutela a fronte del potere di ritiro da parte della P.A. di provvedimenti vantaggiosi precedentemente resi sono stabilite agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, L. n. 241/1990.

APPROFONDIMENTO: *Il legittimo affidamento nel diritto comunitario*

L'affidamento legittimo impone al soggetto pubblico che voglia esercitare i propri poteri nei confronti del privato di tenere in debito conto l'interesse alla conservazione del vantaggio, bene o utilità, conseguito in buona fede dal privato grazie ad un previo puntuale atto della P.A., al quale sia seguito il decorso di un ragionevole lasso di tempo.

Ne deriva che, ogni qualvolta l'Amministrazione decida di "ritirare" un proprio provvedimento che ha riconosciuto un determinato bene della vita ad un privato, essa incontra il limite dell'affidamento che il privato in buona fede ha consolidato, alla luce del trascorso di un ragionevole lasso di tempo, in merito alla definitività e alla stabilità dell'attribuzione del bene stesso.

L'affidamento deve perciò essere:

a) Ragionevole: il vantaggio che il privato difende deve essere chiaro e univoco, trovando la sua origine in un atto formale, efficace e vincolante (elemento oggettivo);

6ª Domanda: *Le fonti secondarie e i regolamenti*

b) Legittimo: il privato deve difendere un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo. È dunque, tutelabile l'affidamento maturato in buona fede, che resta invece esclusa dal carattere riconoscibile del vizio che inficia l'atto (elemento soggettivo);

c) Stabile: il vantaggio deve essere goduto per un tempo tale da persuadere il beneficiario della sua definitività (elemento cronologico).

6^a DOMANDA

LE FONTI SECONDARIE E I REGOLAMENTI

Cosa sono le fonti secondarie e i regolamenti amministrativi?

RISPOSTA: Il nostro ordinamento giuridico è governato dal principio di gerarchia delle fonti, per il quale una fonte di rango inferiore non può derogare ad una norma di rango superiore. La struttura gerarchica delle fonti del diritto è composta dalla Costituzione, dagli atti aventi forza di legge, dalle fonti secondarie e dagli usi normativi.

Le fonti secondarie, in particolare, costituiscono il mezzo normativo con il quale si estrinseca il potere normativo della P.A., che, loro tramite, disciplina gli specifici settori assegnati alla sua competenza. Esse sono costituite da atti normativi, privi tuttavia di efficacia legislativa "in senso stretto": trattasi di atti formalmente e soggettivamente amministrativi ma sostanzialmente normativi, caratterizzati da generalità (i destinatari non sono determinabili, neanche a seguito dell'emaneazione dell'atto), astrattezza (sono indefinitamente ripetibili e applicabili a svariate fattispecie concrete) e innovatività (modificano l'ordinamento giuridico), caratteristiche queste tipiche delle fonti del diritto.

Tra le fonti secondarie spiccano i regolamenti, definiti quali "atti amministrativi generali a contenuto normativo": essi, dunque, presentano la natura "bifasica" tipica delle fonti secondarie, in quanto atti emanati da organi del potere esecutivo, ma destinati a innovare l'ordinamento giuridico in via subordinata rispetto alle fonti primarie.

Il fondamento della potestà regolamentare è rinvenibile nella legge

6ª Domanda: *Le fonti secondarie e i regolamenti*

attributiva del relativo potere, che individua l'organo competente ad esercitarlo e fissa i limiti e le materie nel cui ambito questo può esplicarsi.

L'emanazione del regolamento incontra precisi limiti, rivenienti dal generale principio di gerarchia delle fonti. Essi non possono:

- a) contrastare con le norme costituzionali;
- b) contrastare con quanto stabilito dalle leggi ordinarie (salvo l'ipotesi dei regolamenti di delegificazione);
- c) disporre in materie riservate alla disciplina della legge dalla Costituzione;
- d) derogare o contrastare con le norme comunitarie;
- e) derogare al principio di irretroattività;
- f) comminare sanzioni di natura penale, in virtù del principio di riserva di legge in materia penale *ex art. 25 Cost.*;
- g) contrastare con regolamenti emanati da autorità gerarchicamente sovraordinate.

APPROFONDIMENTO: *Distinzione fra fonti secondarie e atti amministrativi generali*

Per atti amministrativi generali devono intendersi quegli atti formalmente e sostanzialmente amministrativi, che, tuttavia, si rivolgono ad una pluralità indeterminata di destinatari.

Di regola, tale indeterminabilità opera solo a priori, essendo invece agevole individuare i destinatari dell'atto successivamente alla loro adozione (si pensi, ad esempio, ai bandi di gara e di concorso).

La diversa qualificazione dell'atto comporta significative differenze con riguardo alla disciplina applicabile: la connotazione generale dell'atto, infatti, non ne altera la natura amministrativa, con la conseguente applicazione della disciplina generale dei provvedimenti amministrativi di cui alla L. 241, pur se con talune peculiarità che ne temperano il rigore applicativo (come, ad esempio, il mancato obbligo di motivazione).