

CAPITOLO II

L'AZIONE AMMINISTRATIVA: FONDAMENTO E PRINCIPI

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema. – 2. La funzione amministrativa nel quadro dei poteri pubblici. – 3. L'attività amministrativa. – 3.1. Rapporti con il potere politico: la controversa nozione di atto politico. – 3.2. Anche gli atti di diritto privato della P.A. rientrano nella nozione lata di attività amministrativa. – 3.3. Classificazioni dell'attività amministrativa. – 4. I principi costituzionali dell'attività amministrativa. – 4.1. Il principio di legalità. – 4.2. Il principio di imparzialità. – 4.3. Il principio di buona amministrazione. – 4.4. I principi di pubblicità e di trasparenza. – 5. I principi comunitari. – 5.1. Il principio di tutela del legittimo affidamento. – 5.2. Il principio di proporzionalità.

1. Introduzione al tema

Nel capitolo precedente è stato affrontato il profilo soggettivo del diritto delle Pubbliche Amministrazioni, individuando i soggetti ai quali si applica questa branca del diritto.

Verrà di seguito affrontato il **profilo oggettivo**, perimetrando gli atti ed i comportamenti delle P.A. cui tale diritto è applicabile. Verranno, quindi, trattati l'azione amministrativa ed i relativi principi fondamentali che la presidiano; l'analisi più puntuale delle singole manifestazioni dell'azione pubblica sarà invece compiuta in altra parte di questo volume (parte IV). Il profilo inerente l'organizzazione di cui le P.A. si dotano per svolgere al meglio la loro funzione, ossia per perseguire in modo più efficace i propri fini istituzionali, verrà invece trattato nella parte III.

2. La funzione amministrativa nel quadro dei poteri pubblici

I soggetti pubblici, e segnatamente lo Stato a cui tutti gli enti pubblici si riconducono nelle scelte di fondo, sono storicamente deputati al perseguimento di determinati fini comuni a tutta la collettività che di esso fa parte, ossia fini di **interesse generale**.

Nell'assetto costituzionale, la realizzazione dei fini pubblici si snoda attraverso tre momenti fondamentali:

- a) la *scelta dei fini* da perseguire (**funzione politico-legislativa**);
- b) il loro *concreto perseguimento* (**funzione amministrativa**);
- c) la *tutela*, ovvero la garanzia circa l'effettiva osservanza degli interessi con la risoluzione dei conflitti eventualmente insorti (**funzione giurisdizionale**).

La **teoria della separazione dei poteri**, elaborata dal Montesquieu nel suo *L'Esprit des Lois* (1748), mette in rilievo l'esigenza che ad ognuna di dette funzioni attenda un determinato potere, del tutto autonomo rispetto agli altri e che, al contempo, rappresenti un limite per essi, in tal modo scongiurando il rischio di una degenerazione tirannica di un singolo potere (cd. *teoria dei contrappesi*). In base a detto principio, in definitiva, ciascuno dei tre poteri fondamentali è fisiologicamente deputato ad una funzione tipica predeterminata:

- il *potere legislativo*: è chiamato a creare la norma giuridica;
- il *potere esecutivo*: nel rispetto della norma ed entro i limiti da essa segnati, svolge l'attività concreta di governo, ovvero di **cura concreta dell'interesse pubblico**;
- il *potere giurisdizionale*: interpreta ed attua le norme, applicandole nei casi concreti, ove sorga contestazione in merito al suo significato o alla sua applicazione.

Precipitato della teoria dei contrappesi è la **distribuzione di funzioni supreme fra più organi sovrani, autonomi e indipendenti l'uno dall'altro** (*superiorem non recognoscentes*). La nostra Costituzione, pur essendo basata su detto principio, non ne offre una applicazione rigida: il rischio di paralisi insito nella fissazione di linee di demarcazione troppo rigorose ha fatto sì che gli organi destinatari di ognuno dei poteri siano chiamati, in taluni casi e per esigenze di raccordo, ad attendere a funzioni eccentriche rispetto a quelle proprie della naturale sfera di attribuzioni. Nello specifico, accade allora che:

- a) il **Governmento**, al quale è attribuita in via principale l'attuazione, *in via amministrativa* (potere esecutivo), delle scelte legislative del Parlamento (potere legislativo), esplica anche una parte della funzione legislativa nei casi di cui agli artt. 76 e 77 Cost. (*decreti legge*, ossia la normazione d'urgenza, e *leggi delegate*, ovvero la normazione suppletiva). Inoltre, un pregnante potere di normazione è esercitato dal Governo mediante l'emanazione di regolamenti e delle altre fonti di rango secondario;
- b) il **Parlamento**, titolare della *funzione legislativa*, è legittimato all'emanazione di **leggi-provvedimento**, aventi contenuto individuale e concreto, e, quindi, natura sostanzialmente provvedimentale;
- c) il **potere giurisdizionale**, chiamato a vigilare sull'osservanza delle leggi, attende anche a compiti di carattere sostanzialmente amministrativo (cd. *attività di volontaria giurisdizione*) e, nel colmare lacune normative, svolge una funzione normativa anch'essa, latamente creativa del diritto (cd. "diritto pretorio").

Inoltre, accanto alle tre funzioni tradizionali, assume particolare rilievo una *quarta*, la **funzione politica**, alla quale partecipano in varia misura i principali organi *costituzionali* e altri *organismi locali* (regionali, provinciali e comunali), nonché *vari gruppi e formazioni sociali* interni alla *comunità statale* (partiti, sindacati, etc.).

3. L'attività amministrativa

Nel quadro di detta tripartizione del potere, il diritto amministrativo si occupa della funzione amministrativa assolta dalla P.A.. Più precisamente, esso si interessa dell'**attività amministrativa**, da intendersi come manifestazione della funzione pubblica, contenuta entro il limite positivo della attribuzione normativa di potere, mediante la quale i soggetti all'uopo preposti provvedono alla cura concreta degli interessi pubblici ad essi affidati. Si è detto che **l'individuazione del fine** da perseguire, la sua qualificazione come pubblico e la sua assegnazione alla P.A. sono operate in sede di indirizzo politico, alla cui determinazione concorrono organi cui è attribuita la funzione politica o di governo, mentre in sede giurisdizionale **si accerta che la volontà legislativa sia rispettata**. L'attività amministrativa, invece, **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.).

Tanto detto a livello di massimi sistemi definitivi, verrà di seguito esaminato in modo più puntuale che cosa si intende per l'attività amministrativa, rinviando alla parte IV, cap. 3 per l'analisi organica del procedimento amministrativo.

3.1. Rapporti con il potere politico: la controversa nozione di atto politico

La nozione di attività amministrativa può essere ricavata, in negativo, attraverso un raffronto rispetto alla cd. **attività politica**, ossia l'insieme degli atti con cui **“si realizza in sede di indirizzo politico la direzione suprema della cosa pubblica e si assicura l'attività di coordinamento e di controllo delle singole manifestazioni in cui la direzione stessa si estrinseca”** (SANDULLI).

Il presupposto, quindi, affinché un atto soggettivamente e formalmente amministrativo possa ritenersi avere natura politica è che lo stesso costituisca espressione della fondamentale funzione di direzione e d'indirizzo politico (v. Cons. St., sez. III, 22 marzo 2017, n. 1305; TAR Liguria, Genova, Sez. I, 30 marzo 2016, n. 297).

La distinzione tra i due tipi di atti ha una portata disciplinatoria non secondaria. Ai sensi dell'art. 7, co. 1, c.p.a., infatti, non è ammesso il ricorso al G.A. nei confronti di atti e provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico. Pertanto, distinguere tra attività amministrativa ed attività politica significa, in realtà, distinguere tra attività sindacabile, soggetta al controllo giurisdizionale ex art. 113 Cost., ed attività non sindacabile, sottratta a qualsiasi forma di controllo.

Il confine che separa l'attività amministrativa sindacabile da quella politica è dato dall'**esistenza o meno di un vincolo funzionale cogente in capo alla P.A.**, che costituisce al contempo il fine ultimo da realizzare ed il vincolo cui soggiacere nel perseguimento dell'interesse pubblico. L'attività amministrativa non è, infatti, mai libera nei fini, in quanto su di essa grava il vincolo rappresentato dalla necessità di perseguire il fine pubblico stabilito dalla legge e dai principi generali dell'ordinamento; al contrario, **l'attività politica è scevra da vincoli funzionali**, atteso che proprio con l'atto politico si decide il fine da perseguire. Ne consegue che l'attività politica è **libera nei fini**, in quanto l'atto politico non deve perseguire finalità *aliunde* stabilite, ma le pone esso stesso. Di qui l'insindacabilità dell'atto politico, in quanto il giudice non avrebbe a disposizione alcun parametro per esercitare il proprio sindacato, ontologicamente deputato alla verifica della corrispondenza dell'atto ai fini posti dalla legge.

L'assenza di qualsivoglia vincolo funzionale e di scopo che avvinca l'attività politica, inoltre, rende superflua la motivazione dei relativi provvedimenti, posto che tali atti rispondono all'esigenza, squisitamente politica appunto, di predeterminare gli interessi e i fini da tutelare e perseguire mediante l'azione amministrativa.

Come per vero evincibile da quanto innanzi già detto, gli atti politici costituiscono un **numerus clausus**, in quanto sono inammissibili al di fuori delle previsioni esplicitamente od implicitamente operate dalla Costituzione (SANDULLI).

Venendo alla **classificazione degli atti politici, sul piano soggettivo**, i soggetti legittimati alla loro adozione sono il Governo, il Presidente della Repubblica, il Parlamento, la Corte Costituzionale, le Regioni ed il corpo elettorale. Viene tuttavia da chiedersi se, alla luce della riforma costituzionale del titolo V della parte II della Costituzione (v. parte III, cap. 1), non debba ritenersi che anche i Comuni siano in taluni casi titolari di poteri politici nella scelta fondamentale degli interessi della collettività locale da perseguire.

In base alla **fonte dalla quale promanano**, è poi possibile operare un raggruppamento degli atti in menzione in due grandi categorie:

a) **atti di indirizzo politico-costituzionale**, adottati da organi statali *super partes*, deputati a garantire l'osservanza della Costituzione. Si pensi agli atti con i quali il Presidente della Repubblica indice le elezioni politiche ed i *referendum*, nonché alle sentenze della Corte costituzionale;

b) **atti politici di maggioranza**, emanati da organismi statali, titolari della *sovranità*, e, come tali, chiamati a dare espressione giuridica alle forze di maggioranza della comunità nazionale. È il caso della scelta dei propri rappresentanti da parte del corpo elettorale o dell'elezione del Presidente della Repubblica, nonché degli atti di iniziativa legislativa.

Volgendo lo sguardo al crinale **oggettivo**, deve riconoscersi natura politica ad atti dotati di diversa forza giuridica: infatti, mentre taluni sono espressione del potere legislativo o di quello giurisdizionale (gli atti di normazione primaria e le pronunce della Corte Costituzionale), altri non sono riconducibili a nessuno dei poteri tradizionali e possono perciò essere qualificati come atti politici *puri*, comunque sottratti al regime giuridico degli atti amministrativi. Si può, allora, distinguere tra:

- *atti aventi forza di legge* (le leggi del Parlamento e delle Regioni, i decreti-legge ed i decreti legislativi);
- *atti aventi forza giurisdizionale* (le sentenze della Corte Costituzionale);
- *atti formalmente amministrativi privi di forza legislativa o giurisdizionale* (la proposta di nomina dei Ministri, la proposizione della questione di fiducia, l'elezione del Presidente della Repubblica, ecc.).

A detta classificazione si oppongono dottrina e giurisprudenza minoritarie, che limitano la categoria degli atti in questione ai soli *atti di indirizzo politico che, emanati dall'Esecutivo, non rivestano natura amministrativa*.

Tanto detto sulla nozione di atto politico in rapporto a quello amministrativo, si registra una categoria attizia "ibrida", costituita dall'**attività c.d. di alta amministrazione**, che fotografa l'attività con la quale si pongono in essere le **scelte amministrative di fondo della P.A.**, caratterizzate da una discrezionalità di massima estensione (si consideri l'atto con cui vengono nominati i vertici di stampo non politico). Tali atti si collocano in una posizione intermedia tra gli atti politici ed i provvedimenti *stricto sensu* amministrativi, rappresentando il primo grado di attuazione dell'indirizzo politico nel campo amministrativo.

È possibile, così, addivenire ad una loro definizione in termini di *atti costituenti manifestazioni d'impulso all'adozione di atti amministrativi, funzionali all'attuazione dei fini della legge*.

Trattasi di atti che, pur se connotati da notevole discrezionalità, restano nel solco della cura concerta dell'interesse pubblico fissato in sede politica: essi, pertanto, soggiacciono alle ordinarie regole dell'azione amministrativa consacrate dalla L. n. 241/1990 (sul piano, tra l'altro, degli obblighi procedurali e motivazionali) e sono suscettibili di impugnazione innanzi al giudice amministrativo, ex artt. 24, 103 e 113 Cost., in ragione dei classici vizi di legittimità.

In merito alla distinzione tra atto amministrativo ed atto politico, si è precisato che *"gli atti politici costituiscono espressione della libertà (politica) commessa dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato per la soddisfazione di esigenze unitarie ed indivisibili a questo inerenti e che essi sono liberi nella scelta dei fini, mentre gli atti amministrativi, anche quando sono espressione di ampia discrezionalità, sono comunque legati ai fini posti dalla legge"*; e ancora: *"L'atto di alta amministrazione, pur vincolato nei fini a differenza dell'atto politico, si caratterizza per l'amplissima discrezionalità (tipica, ad esempio, negli atti di nomina). Amplissima discrezionalità che non pare ravvisarsi nel caso di specie, ove trattasi di dismissione della partecipazione del Comune a società in house, avendo il legislatore perimetrato e indirizzato la scelta dell'Amministrazione in tema di partecipazioni societarie. Peraltro, anche gli atti di alta amministrazione soggiacciono all'obbligo generale di motivazione posto dall'art. 3, l. n. 241 del 1990"* (TAR Friuli-Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 18 gennaio 2016, n. 15).

Inoltre, *"la categoria degli atti politici è stata recentemente sottoposta a rivisitazione a seguito delle modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione, che ha fatto venir meno la struttura verticale delle autonomie, con al vertice lo Stato, che era proprio della Costituzione del 1948"*: ne è derivato *"un sistema istituzionale costituito da una pluralità di*

ordinamenti giuridici integrati, ma autonomi, nel quale le esigenze unitarie si coordinano con il riconoscimento e la valorizzazione delle istituzioni locali". Anche nel nuovo assetto istituzionale stabilito dalla Costituzione, tuttavia, i Giudici di Palazzo Spada ritengono che *"il principio della tutela giurisdizionale contro gli atti della Amministrazione Pubblica (art. 113 Cost.) [continui ad avere] portata generale, coinvolgendo, in linea di principio, tutte le Amministrazioni anche di rango elevato e di rilievo costituzionale. Per cui le deroghe a simile principio debbono essere ancorate a norme di carattere costituzionale"*. In conclusione, si osserva che, *"per i loro caratteri intrinseci, non sono soggetti a controllo giurisdizionale solo un numero estremamente ristretto di atti in cui si realizzano scelte di specifico rilievo costituzionale e politico; atti che non sarebbe corretto qualificare come amministrativi e in ordine ai quali l'intervento del giudice determinerebbe un'interferenza del potere giudiziario nell'ambito di altri poteri"*.

Applicando tali coordinate ermeneutiche, la giurisprudenza amministrativa ha escluso la qualificazione come atto politico dell'atto **con cui il Sindaco revocò la nomina di un assessore comunale ai sensi dell'art. 46, ult. co., T.U. n. 267/2000 (ex multis, TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 29 maggio 2018, n. 525)**.

Ancora, una decisione del Consiglio di Stato (**Sez. V, 19 aprile 2011, n. 1736**) ha escluso la natura politica del provvedimento di scelta delle date di celebrazione della consultazione referendaria, *"posto che si tratta di atto applicativo della legislazione primaria che, nell'ambito della cornice temporale fissata dall'art. 34 della legge 25 maggio 1970, n. 312, è deputato ad una comparazione di interessi volta ad individuare la data più opportuna sulla scorta dell'esplicazione di una lata discrezionalità amministrativa. Si tratta, in definitiva, di atti di alta amministrazione soggetti alla giurisdizione amministrativa in quanto non sussumibili nel novero degli atti e provvedimenti adottati emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico ai sensi del co. 1 dell'art. 7 del codice del processo amministrativo"*. E, infatti, *"l'art. 34, co. 1, della citata L. n. 352/1970 attribuisce al Consiglio dei ministri un ampio potere di valutazione nell'effettuare la proposta al Presidente della Repubblica – cui spetta l'adozione del relativo provvedimento formale – sia in ordine al momento di indizione del referendum, sia per quanto attiene alla fissazione della data della consultazione referendaria, ponendo quale unico limite indeclinabile che le relative operazioni di voto si svolgano tra il 15 aprile e il 15 giugno"*.

Viceversa, **TAR Sicilia, Catania, Sez. IV, 10 ottobre 2014, n. 2725**, ha attribuito natura politica alla scelta di riunire in una unica data le elezioni amministrative e quelle europee, in quanto si tratta di un atto *"ampiamente libero nei fini, espressione della fondamentale funzione di direzione e di indirizzo politico del Paese, al quale sono evidentemente connesse pure esigenze di contenimento della spesa pubblica. Si tratta, quindi, di atto non impugnabile in sede giurisdizionale ai sensi dell'art. 7 del c.p.a."*.

Più di recente, è stata riconosciuta natura di atto di alta amministrazione ai Decreti Ministeriali (**Trib. Roma, sez. VIII, 01 luglio 2017, n. 13386**, secondo cui tale natura dell'atto esclude l'applicabilità del principio *jura novit curia*) e al d.P.R. con il quale è disposto lo scioglimento del Consiglio Comunale per infiltrazioni mafiose e la relativa relazione ministeriale di accompagnamento (**TAR Lazio, Roma, sez. I, 22 marzo 2017, n. 3749**), in quanto *"orientati a determinare ugualmente la tutela di un interesse pubblico, legato alla prevalenza delle azioni di contrasto alle c.d. mafie rispetto alla conservazione degli esiti delle consultazioni elettorali"*.

Deve infine segnalarsi la decisione TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 dicembre 2017, n. 11955, che ha riconosciuto natura di atto politico all'istituto della c.d. protezione diplomatica, in quanto espressione della funzione di direzione politica dell'ordinamento.

Fermo quanto precede, è necessario operare alcune puntualizzazioni in ordine alla nozione di insindacabilità degli atti politici.

Se è vero, in linea di principio, che allorché viene in considerazione l'esercizio del potere politico – e non di quello amministrativo – non sono configurabili situazioni soggettive, e quindi non può essere lamentata la lesione di un interesse legittimo, è altrettanto evidente che **la nozione di insindacabilità degli atti politici non è assoluta**, in quanto incontra taluni limiti e temperamenti.

In primo luogo, **gli atti politici sono suscettibili di sindacato costituzionale** con gli strumenti dei ricorsi principali, delle questioni incidentali, ovvero dei conflitti di attribuzione innanzi alla Corte Costituzionale.

Il secondo limite al postulato dell'insindacabilità dell'attività politica è costituito dai **vincoli comunitari, ai sensi del combinato disposto degli artt. 117, co. 1, e 11 Cost.**, secondo cui le leggi dello Stato devono rispettare, tra gli altri, i vincoli discendenti dall'ordinamento unionale, con la conseguente erosione della tradizionale libertà dell'atto politico di determinare i fini qualora gli stessi siano prefissati a livello comunitario.

Un ulteriore limite si può individuare nel **fenomeno della cd. legge-provvedimento**, con cui Stato o Regioni, onde rendere insindacabili i propri provvedimenti, ammantandoli di veste politica, legiferano in determinate discipline, dando forma di legge ad un atto nella sostanza amministrativo. A fronte di atti formalmente legislativi e sostanzialmente amministrativi, occorre valutare la natura, onde individuare a quale sindacato sono soggetti.

La migliore dottrina e giurisprudenza reputa che, in tali casi, se la fattispecie normativa complessa resta insindacabile da parte del giudice amministrativo, rimane invece sindacabile l'*iter* che ha condotto alla adozione dell'atto, in quanto avente natura amministrativa. La legge può, quindi, approvare il provvedimento, ma non può sottrarre quel medesimo atto al sindacato giurisdizionale: esso viene, pertanto, approvato nell'assunto che sia legittimo e nella misura in cui spiega efficacia come provvedimento. Ne consegue, allora, che l'approvazione della legge non comporta l'improcedibilità nei ricorsi già pendenti avverso quel provvedimento successivamente legificato; viceversa, nel caso in cui il giudice annulli il provvedimento, l'annullamento travolge la legge in quanto relativo atto di recepimento.

Occorre, perciò, distinguere il caso in cui la legge, in modo del tutto autonomo, con procedimento integralmente legislativo, sostituisca il provvedimento (caso in cui è ammissibile solo il sindacato della Corte Costituzionale) dall'ipotesi in cui il provvedimento esista e venga successivamente approvato con la legge. In tal caso, si realizza una fattispecie complessa di adozione di un atto amministrativo all'esito di un procedimento amministrativo successivamente coperto dalla legge, con la conseguenza che tale "copertura" non può precludere il ricorso giurisdizionale proposto o ancora proponibile nei confronti di quel provvedimento.

Resta, infine, fermo, rispetto agli atti politici, il sistema di **controlli e di sanzioni di carattere politico**, di competenza del corpo elettorale e del Parlamento, i quali possono, ad esempio, non riconfermare gli organi che si siano resi responsabili di una attività ritenuta meritevole di censura, ovvero esprimersi con un voto di sfiducia.

3.2. Anche gli atti di diritto privato della P.A. rientrano nella nozione lata di attività amministrativa

Venendo all'esame dell'attività amministrativa, va rilevato che il concetto stesso di attività amministrativa ha subito una **profonda evoluzione** nel corso del tempo, che ha visto esaltata la dimensione paritaria dell'agire amministrativo. Nella nuova concezione di attività di cura dell'interesse pubblico, **la P.A. può avvalersi, oltre agli strumenti giuridici propri del diritto pubblico, anche dei mezzi e delle forme comuni del diritto privato**. Se, infatti, in passato si riteneva che questi ultimi fossero intrinsecamente inadeguati al conseguimento di finalità pubblicistiche, in modo da essere relegati a casi eccezionali e tipizzati, ora si è definitivamente riconosciuto che la P.A. può perseguire l'interesse pubblico anche attraverso lo strumento negoziale privatistico, agendo su un piano di parità rispetto al privato cittadino e non in veste di organo titolare di poteri autoritativi. Si tratta, quindi, di **attività amministrativa che si esplica secondo moduli ed in ossequio a regole di diritto privato**.

Il riconoscimento generale dell'autonomia negoziale della P.A. ha trovato un avallo normativo ad opera del nuovo testo dell'art. 1 della L. n. 241/1990, che riconosce alla P.A. la facoltà di curare l'interesse pubblico instaurando rapporti di carattere privatistico con i soggetti interessati, in alternativa all'utilizzo dello strumento del provvedimento unilaterale, decretando implicitamente, la soggezione della P.A. alle norme civilistiche e riconoscendole capacità negoziale (nello stesso senso, l'**art. 30, co. 8, del Codice degli appalti del 2016**, che sancisce l'applicazione delle norme di diritto civile ai contratti della P.A.).

Del pari, anche la generalizzazione del modulo degli accordi ex art. 11 della L. n. 241/1990 (v. parte IV, cap. 7) testimonia la preferenza dal legislatore per il modulo consensuale, con la conseguente soggezione del rapporto negoziale che ne origina alle norme di diritto privato.

Ancora, la gestione del rapporto di **impiego privatizzato** viene scandita da atti con i quali la P.A. non esplica più una *puissance* pubblicistica, ma un'autonomia organizzativa privatistica propria del datore di lavoro privato (ex art. 5, co. 2, TUIP): i relativi atti hanno natura privatistica, a fronte della quale viene in rilievo una posizione di diritto soggettivo o, se si vuole, di **interesse legittimo di diritto privato** (v. parte III, cap. 3).

Da quanto detto, si ricava che vi è una tendenza legislativa indirizzata ad espandere gli ambiti nei quali la P.A. persegue l'interesse pubblico con l'esercizio della sua capacità di diritto privato. D'altro canto, **anche l'attività privatistica della P.A., in quanto vincolata al perseguimento dell'interesse pubblico, è sempre connotata dallo stesso limite teleologico che connota l'attività provvedimentale**. La natura privatistica dell'atto nulla sposta, infatti, in ordine alla natura pubblica del soggetto che lo pone in essere ed alla conseguente tensione funzionale del suo agire secondo l'interesse pubblico. Gli atti emanati da tali soggetti, pertanto, non sono mai completamente liberi, come gli omologhi atti privati, ma sempre ubbidienti al limite funzionale della rispondenza all'interesse

pubblico, nonché ai principi costituzionali dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost..

In tale ottica, è da leggersi, a titolo esemplificativo, la necessità di avviare procedure ad evidenza pubblica prima della stipula di contratti, che dia conto delle ragioni di interesse pubblico che con gli stessi si vogliono perseguire; la soggezione anche dell'attività privatistica della P.A., intesa come attività amministrativa di cura concreta dell'interesse pubblico, alle regole in tema di accesso ai documenti amministrativi, come riscritte dalla L. n. 15/2005 (v. parte IV cap. 1); e, ancora, la rispondenza degli atti di gestione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti, a seguito della privatizzazione del pubblico impiego (v. parte III, cap. 3), ad un principio di funzionalità amministrativa che ha riflessi importanti in punto di disciplina (si pensi alle regole procedurali ed all'onere motivazionale); nonché, infine, la vocazione del sindacato giurisdizionale alla verifica del rispetto del limite funzionale.

Gli atti privati adottati dalla P.A., quindi, partecipano di una doppia natura, nel senso che assumono natura giuridica privatistica ma funzione pubblicistica, e sono atti inquadrabili nella nozione lata di attività amministrativa, ossia di cura in concreto dell'interesse pubblico.

3.3. Classificazioni dell'attività amministrativa

L'attività amministrativa può essere oggetto di numerose classificazioni.

La distinzione tra *attività di amministrazione attiva, consultiva e di controllo* è sorta, come criterio organizzatorio, per distinguere le singole attribuzioni e ripartirle tra gli uffici; essa è stata, poi, trasferita sul *piano giuridico* e viene oggi correntemente adoperata dalla dottrina a *fini sistematici*.

In particolare, la dottrina distingue *tre* tipi di attività amministrativa:

- a) **amministrazione attiva**: comprende tutte le attività con cui la P.A. agisce per realizzare i propri fini. Vi rientrano sia le attività deliberative che esecutive;
- b) **amministrazione consultiva**: comprende le attività dirette a fornire pareri, orientamenti e chiarimenti alle autorità che devono provvedere su un determinato oggetto;
- c) **amministrazione di controllo**: comprende le attività dirette a sindacare secondo diritto (*controllo di legittimità*) o secondo le regole della buona amministrazione (*controllo di merito*) l'operato degli agenti a cui sono demandati i compiti di amministrazione attiva.

Le attività di consulenza e di controllo mirano ad assicurare che l'attività deputata in via diretta alla cura degli interessi pubblici (ossia l'amministrazione attiva) si svolga nel rispetto della legalità e del buon andamento e, quindi, che sia legittima e opportuna.

Ulteriori classificazioni, pur risultando essenzialmente descrittive, appaiono opportune per evidenziare taluni peculiari aspetti dell'attività della P.A.

In tale ambito, rileva la distinzione tra **attività sostanziale e attività organizzativa**: la prima precipuamente volta alla cura esterna degli interessi affidati alla P.A., la seconda inerente alla creazione delle strutture e degli organismi che tali interessi sono chiamati a soddisfare.

È, poi, ricorrente la distinzione tra **attività giuridica ed attività materiale**: la prima si sostanzia in atti e negozi giuridici, ossia manifestazioni di volontà, valutazioni o dichiarazioni di scienza basate su un processo di apprendimento e di rappresentazione della realtà (pareri, certificazioni, ordini); la seconda in semplici attività materiali, svolte in esecuzione di atti amministrativi o nell'adempimento di doveri cui la P.A. sia tenuta senza necessità di una previa specifica deliberazione, ovvero in attività materiali svolte nell'esercizio di un pubblico servizio (notificazioni, pubblicazioni).

In particolare, i **comportamenti** diversi dagli atti (sulla scorta degli insegnamenti di Corte Cost. n. 191/2006) vanno distinti in **comportamenti meri**, che in nulla si distinguono da quelli posti in essere da soggetti privati, e **comportamenti amministrativi**, posti in essere nell'ambito o in connessione con un rapporto di diritto pubblico. I comportamenti amministrativi costituiscono quindi, a differenza dei comportamenti meri, esercizio, diretto o mediato, del potere amministrativo e, come tali, sono sottoposti alla giurisdizione del giudice amministrativo, in base ai criteri che saranno esposti nella parte VIII, cap. 3.

4. I principi costituzionali dell'attività amministrativa

Analizzata la nozione di attività amministrativa, si può passare all'esame dei principi generali che la governano, principiando da quelli costituzionali.

Dall'**art. 97 Cost.**, che, al co. 1 sancisce che "*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione*", si evincono due principi fondamentali dell'azione amministrativa: quello di buona amministrazione e quello di imparzialità. La disposizione, sebbene faccia riferimento specificamente all'organizzazione, enuncia principi ritenuti pacificamente applicabili anche all'attività amministrativa dei soggetti pubblici. Inoltre, un altro principio essenziale, che risulta implicito nelle numerose riserve di legge contenute nella Costituzione, è quello di legalità. Si tratta di canoni tutti ripresi e sviluppati dall'**art. 1 della L. n. 241/1990**.

4.1. Il principio di legalità

Tale principio, pur non essendo esplicitato nella Costituzione, si desume da un'interpretazione sistematica delle sue disposizioni.

Esso è considerato un principio generale del nostro ordinamento giuridico inerente i rapporti tra legge ed attività amministrativa e, più precisamente, tra potere politico che fissa i fini e potere amministrativo che li persegue.

Tale principio **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.**

Va detto incidentalmente che, sebbene riferito alla P.A., nella sua accezione più ampia il principio in parola viene applicato con riferimento a qualsiasi potere pubblico.

Il principio di legalità è richiamato dall'**art. 1, L. n. 241/1990**, il quale stabilisce che *“l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge secondo le modalità fissate dalla stessa legge, nonché in base ai principi individuati dall'ordinamento comunitario”*.

Il principio in esame 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 per l'azione amministrativa, giacché esso impone che gli atti della P.A. 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* pubblico legittimo, ovvero conforme a parametri anche diversi dalla legge, ancorché alla stessa pur sempre collegati (norme regolamentari, statutarie, ecc.).

La dottrina ha da sempre ricercato un **fondamento positivo** al principio di legalità, ritenendolo talvolta implicito nelle numerose riserve di legge disseminate nella Costituzione (artt. 13 ss.). Più specificatamente, tale principio si ricaverrebbe dall'**art. 97 Cost.**, il quale, stabilendo che l'organizzazione dei pubblici uffici segue le disposizioni di legge, porrebbe quest'ultima in una posizione di supremazia rispetto all'attività di tali uffici. In questo modo, però, il fondamento di tale principio sarebbe ristretto ai soli settori coperti da riserva di legge e non avrebbe portata generale.

Secondo altri autori, il principio sarebbe evincibile dagli **artt. 24 e 113 Cost.**, che sanciscono il controllo del giudice sull'attività della P.A. e la sua non esercitabilità in contrasto con la legge. Ne deriva, pertanto, che la P.A., al di fuori dei casi stabiliti dalla legge, non può godere di nessuna posizione di potere, o di favore; il principio in parola, inoltre, costituisce una *garanzia* a che le norme riguardanti l'apparato pubblico siano previste in via generale dalla *legge* e non dal potere amministrativo.

Sul piano applicativo, ne derivano:

- **la tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi** (non sono ammessi provvedimenti atipici o innominati);
- **l’eccezionalità dell’esecutorietà** degli atti stessi (ossia dei casi in cui gli atti possono essere coattivamente mandati in esecuzione dalla stessa P.A.);
- **l’eccezionalità** degli atti amministrativi destinati a formare certezza legale privilegiata.

Va da ultimo segnalato che una **dequotazione della cogenza del principio di legalità deriva dalla nuova disciplina dei vizi non invalidanti dettata dall’art. 21-octies, co. 2, L. n. 241/1990**, secondo cui *“non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*. Dal tenore letterale della norma si ricava che il mancato rispetto di alcune regole dell’agire amministrativo, ove non influente sul risultato sostanziale dell’azione amministrativa, è irrilevante sotto il profilo della annullabilità del provvedimento amministrativo, così fortemente dequotandosi il principio di legalità formale.

Sul piano applicativo, qualche dubbio è stato sollevato in merito alla compatibilità con il principio di legalità dei regolamenti di delegificazione e della privatizzazione degli enti. In relazione al primo profilo, tuttavia, si è ritenuto che i regolamenti di delegificazione sono senz’altro ammissibili, purché la legge che autorizzi l’intervento di delegificazione rispetti i requisiti posti dalla riserva di legge. Quanto al secondo aspetto, è agevole osservare che l’ordinamento impone una riserva di legge e non già una riserva di regime pubblicistico: al di sotto della normativa primaria, pertanto, la scelta di affidare l’ulteriore disciplina ad atti che siano espressione del potere pubblico o di autonomia privata rientra legittimamente nel potere discrezionale del legislatore (Casetta).

4.2. Il principio di imparzialità

La **L. 18 giugno 2009 n. 69** ha inserito tra i principi posti a presidio dell’attività amministrativa di cui all’art. 1 L. 241/1990 quello di imparzialità, da sempre ritenuto pacificamente ineludibile nell’espletamento dell’*agere* amministrativo. La norma richiama implicitamente l’art. 97 Cost., che 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..

Oltre a questa accezione meramente **negativa**, il principio in esame ha una **valenza positiva**, in quanto postula, un **comportamento attivo della P.A., volto alla ponderazione ed alla valutazione di tutti gli interessi in gioco, di modo che il risultato finale si mostri coerente e consapevole di una completa rappresentazione dei fatti e degli interessi coinvolti**. In tal senso, il principio in questione non deve considerarsi come mero assioma astratto, ma quale criterio che incide concretamente e sostanzialmente sull'operato della Pubblica Amministrazione.

La sede principale di esplicazione del principio di imparzialità è costituita dal **procedimento amministrativo**, nell'ambito della quale la P.A. procede alla ponderazione di tutti gli interessi veicolati nello stesso: il principio in esame, invero, impone alla P.A., nel perseguimento dell'interesse pubblico primario, un dovere di ponderazione tra interessi contrapposti, evitando sacrifici non necessari al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Numerosi sono i **precipitati** del principio di imparzialità amministrativa, rinvenibili in molte norme, costituzionali ed ordinarie. Si ricordano, in particolare:

- l'art. 97, ult. co., Cost., che stabilisce che, salvi i casi stabiliti dalla legge, ai pubblici impieghi si accede mediante concorso;
- l'art. 98 Cost., che prevede che i pubblici impiegati sono ad esclusivo servizio della Nazione;
- l'obbligo di astensione del funzionario pubblico che debba decidere su questioni nelle quali abbia interesse e il corrispondente diritto per i cittadini di ricusare il funzionario in dette situazioni;
- l'art. 2597 c.c., che con particolare riguardo all'impresa che esercita in regime di monopolio legale, sottolinea la necessità di erogare i servizi pubblici in favore di tutti coloro che ne hanno titolo, senza operare discriminazioni;
- il Codice dei contratti pubblici, di cui al D. Lgs. n. 50/2016, in via generale all'art. 4 (*"L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica"*), nonché anche in tema di contratti di sponsorizzazione (art. 19, comma 1) e di conflitti di interesse (art. 42, comma 2);
- il principio della necessaria predeterminazione dei criteri e delle modalità alle quali la P.A. deve attenersi nelle scelte successive;
- i principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, i quali, rendendo possibile un controllo della stessa, garantiscono l'attuazione del principio di imparzialità.

4.3. Il principio di buona amministrazione

Il principio di buon andamento dell'azione amministrativa, codificato dall'art. 97, co. 1, Cost., impone **l'obbligo, per la P.A., di agire sempre nel modo più adeguato e conveniente per il fine pubblico da perseguire**.

Detto principio, nonostante il tenore letterale della norma, informa l'attività amministrativa ad ampio raggio, investendo l'intero funzionamento della P.A..

Il principio in esame, lungi dal costituire un *unicum* unitario, risulta il frutto della compenetrazione di diversi criteri, tutti di uguale peso ed importanza. Essi sono:

- **efficienza**: raffronto tra le risorse impiegate per il perseguimento di un dato fine ed il risultato ottenuto;
- **efficacia**: rapporto tra gli obiettivi prefissati e quelli raggiunti;
- **economicità**: l'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**.

Secondo la **Corte Costituzionale**, ai canoni summenzionati va aggiunto il **principio di certezza**: con la decisione **16 aprile 2013, n. 70**, invero, la Consulta ha affermato che: *“Non è conforme all'art. 97 Cost. l'adozione, per regolare l'azione amministrativa, di una disciplina normativa foriera di incertezza, posto che essa può tradursi in cattivo esercizio delle funzioni affidate alla cura della P.A.”*.

Il principio in esame è in via di continua espansione nell'elaborazione pretoria, la quale va vieppiù precisandone e specificandone i contenuti. Così Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457 ha ricondotto nell'alveo dell'art. 97 Cost. il **principio di correttezza**: la valenza costituzionale del dovere di correttezza impone di ritenerlo operante in un più vasto ambito di casi, in cui, pur eventualmente non essendoci una trattativa vera e propria, rilevante dal punto di vista tecnico-giuridico, venga, comunque, in rilievo una situazione “relazionale” qualificata, in grado di generare un ragionevole affidamento, come anche una fondata aspettativa.

Ne deriva che il dovere di correttezza e di buona fede oggettiva, e la conseguente responsabilità precontrattuale derivante dalla loro violazione, è configurabile in capo all'Amministrazione anche prima e a prescindere dall'adozione del provvedimento di aggrudicazione definitiva (Cons. Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2018, n. 5).

Invero, oggi il dogma dell'immunità della P.A. si supera, anche in punto di responsabilità precontrattuale, sulla base di imprescindibili principi costituzionali che regolano l'attività amministrativa: il precetto di cui all'art. 28 della Costituzione, che consacra al più alto livello della gerarchia delle fonti un principio la cui portata non autorizza manovre ermeneutiche capaci di escludere detta responsabilità, capace di innovare e stravolgere il tessuto normativo previgente; l'art. 97 Cost., che prevede il dovere della P.A. di perseguire l'imparzialità e il buon andamento, nella cui cornice si collocano i doveri di buona fede e di correttezza che si impongono quali principi istituzionali del comportamento delle amministrazioni pubbliche; l'art. 113 Cost., che formalizza una tutela giurisdizionale indefettibile per il privato nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. Per un approfondimento del tema si rinvia alla Parte V, Cap. I).