



**Università
degli Studi
di Ferrara**



***L'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA E
LE SITUAZIONI GIURIDICHE
SOGGETTIVE***

1. Le funzioni amministrative



- Fini pubblici sono predeterminati dalla legge
- Funzioni sono i compiti che la legge individua come propri di un determinato apparato amministrativo, in coerenza con la finalità a esso affidata
- Funzione implica l'esercizio dei poteri conferiti dalla legge
- L'apparato è tenuto a esercitare la funzione per la *cura in concreto* dell'interesse pubblico
- Al contrario il fine (purché lecito) perseguito dal soggetto privato è irrilevante per l'ordinamento

2. I caratteri della funzione pubblica



- Le funzioni in senso stretto (o funzioni pubbliche) sono quelle attività caratterizzate dall'esercizio di poteri autoritativi
- I poteri amministrativi conferiscono agli apparati, che ne assumono la titolarità, una capacità giuridica speciale di diritto pubblico (che si aggiunge alla capacità generale di diritto comune)
- Questa capacità giuridica speciale si concretizza nell'emanazione di provvedimenti produttivi di effetti giuridici nella sfera dei destinatari a prescindere dal loro consenso.
- Le funzioni in senso esteso possono anche svolgersi attraverso atti consensuali o privatistici (art. 11 l. 241/90; atti *jure privatorum*)

2. I caratteri della funzione pubblica



- Secondo Feliciano Benvenuti (*Funzione amministrativa, procedimento, processo RTDP*, 1952) la funzione è *il potere che si fa atto*.
- È il momento dell'emersione, della manifestazione del potere all'esterno
- Rilevanza del procedimento in rapporto alle funzioni: secondo Benvenuti (op.cit.) il procedimento rappresenta la *forma* della funzione.

3. Il potere amministrativo



- Potere come nozione di teoria generale (legislativo, giurisdizionale, amministrativo)
- Norma attributiva del potere è norma di azione, che disciplina l'esercizio del potere
- Si contrappone alle norme di relazione che regolano i rapporti tra privati (Guicciardi)
- Teoria ormai superata, mentre non è superata la necessità che il potere si fondi su una norma (principio di legalità)

3. Il potere amministrativo



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

3. Il potere amministrativo



- Quanto più analitici sono i presupposti e requisiti per l'esercizio del potere, tanto più esso risulta *vincolato* dalla legge
- Quanto maggiori sono gli spazi valutativi attribuiti all'amministrazione per l'esercizio del potere, tanto più esso si configura come *discrezionale*
- La discrezionalità può essere di due tipi:
 - ① Pura o discrezionalità amministrativa in senso stretto
 - ② Tecnica, o quasi discrezionalità

4. I servizi pubblici



- Come si è visto in precedenza, i servizi pubblici sono invece le attività, svolte o programmate, organizzate e regolate da pubbliche amministrazioni, finalizzate a fornire *prestazioni* ai cittadini
- L'attività di prestazione si caratterizza per l'assenza di autoritatività
- Differenza rispetto alla nozione di *service public* francese
- Principi specifici concernenti i servizi pubblici

5. L'attività amministrativa



- Consiste nell'insieme delle operazioni, comportamenti e decisioni poste in essere o assunte da una pubblica amministrazione nell'esercizio di funzioni a essa affidate dalla legge (dunque funzioni + servizi) (cfr. art. 1, l. 241/1990)
- Il controllo sull'attività amministrativa permette di valutare in modo complessivo e unitario l'operato delle singole amministrazioni in termini di legalità, efficienza, efficacia ed economicità
- l'atto amministrativo, invece, è valutato solo in termini di legittimità e di opportunità

5. L'attività amministrativa



- È rivolta ad uno scopo o fine pubblico e per questo è caratterizzata da *doverosità*
- Il mancato esercizio è fonte di responsabilità (per inerzia o omissione)
- Al contrario l'attività giuridica svolta dai soggetti privati è libera
- Come si è detto, l'attività amministrativa può essere svolta anche in forma privatistica, ma rimane soggetta al raggiungimento di fini pubblici. Continua cioè ad essere funzione

6. L'attività amministrativa di diritto privato



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

7. Il potere discrezionale



- La discrezionalità amministrativa (o pura) consiste nel margine di scelta che la norma rimette all'amministrazione affinché essa possa individuare, tra quelle consentite, la soluzione migliore per curare *nel caso concreto* l'interesse pubblico
- L'amministrazione può esercitarla nei limiti della norma di conferimento e dei principi generali dell'azione amministrativa;
- Sul rispetto di tali limiti può sindacare il giudice

8. Ponderazione degli interessi



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

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

9. I diversi profili della discrezionalità



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

10. Discrezionalità come essenza dell'amministrare

- Il potere discrezionale è indispensabile per definire in modo chiaro l'ordine degli interessi da perseguire.
- La discrezionalità amministrativa è la capacità di identificare e realizzare l'interesse pubblico *in concreto*, è l'unico modo per adattare l'amministrare alla realtà, e non corrisponde a arbitrarietà o a elusione delle regole
- Tentativi nella recente legislazione di comprimere – fino ad azzerarla – la discrezionalità amministrativa con un reticolo di norme così fitto da precludere ogni spazio decisionale all'amministrazione (ad es. il “sistema” dell'anticorruzione)

11. Sindacato sulla discrezionalità pura



- Il sindacato del giudice sulla discrezionalità amministrativa (o pura) è esercitabile solo sul piano della legittimità
- Questo significa che il giudice può ripercorrere l'attività valutativa della PA soltanto *dall'esterno* (sindacato estrinseco o debole), per verificare se essa è affetta da vizi logici, incongruenze o altre carenze
- Lo strumento principalmente utilizzato è il vizio di eccesso di potere (legittimità)

12. Il merito amministrativo



- Si tratta dell'ambito di scelta *riservato* all'amministrazione, un nucleo duro che si pone al di là dei limiti coperti dall'area della legalità
- Quest'ambito non è presente se il potere è integralmente vincolato
- Il merito è valutabile in termini di opportunità, convenienza, ossia in base a valutazioni extragiuridiche circa la miglior decisione da assumere che spettano solo all'amministrazione;
- È insindacabile da parte del giudice amministrativo, salvo nei casi di giurisdizione estesa al merito di cui all'art. 134, c.p.a.
- Si caratterizza quindi in senso negativo, residuale

13. La discrezionalità tecnica



- Casi nei quali la norma attributiva del potere rinvia a nozioni di tipo tecnico-scientifico ai fini della decisione.
- La scelta della PA si basa su competenze specialistiche, conoscenze tecniche però caratterizzate da opinabilità (ad es. commissioni di gara, di concorso, valore architettonico)
- E' importante distinguere i casi di mero *accertamento* tecnico (assenza di vera e propria discrezionalità) dai casi in cui le scienze o conoscenze da applicare presentano margini di *opinabilità* o che consentono giudizi espressi solo in termini ipotetici o probabilistici
- L'accertamento tecnico è ripetibile e verificabile in modo certo, dunque è integralmente sindacabile dal giudice

14. Il controllo del giudice sulla discrezionalità tecnica



- Inizialmente il controllo sulla discrezionalità impediva al giudice di sostituirsi alla P.A. nella ponderazione, ma permetteva di verificare se l'amministrazione avesse operato questa ponderazione nel rispetto della legge e dei principi generali dell'azione amministrativa (ragionevolezza e logicità, proporzionalità, imparzialità, buon andamento, etc)
- Come la discrezionalità pura, anche quella tecnica era soggetta al sindacato estrinseco (debole), non intrinseco (forte) del giudice
- Progressiva estensione del sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica

14. Il controllo del giudice sulla discrezionalità tecnica



- Il giudice non poteva sindacare le valutazioni *tecniche* perché, si riteneva, in questo modo la sua valutazione si sarebbe sostituita a quella dell'amministrazione;
- in epoca recente, il giudice amministrativo si spinge fino a verificare *l'attendibilità* e la correttezza dei criteri tecnici utilizzati
- Ciò anche utilizzando il **Consulente Tecnico d'Ufficio**
- Sono considerati sempre sindacabili, invece, i meri accertamenti tecnici.

14. Il controllo del giudice sulla discrezionalità tecnica



- Dunque la discrezionalità tecnica (ad es. quella di cui si servono le Amministrazioni indipendenti) è oggi soggetta a un sindacato intrinseco, forte, che può spingersi sino a censurare l'attendibilità, la correttezza delle valutazioni (opinabili) espresse dall'amministrazione
- Viceversa, nei confronti della discrezionalità amministrativa (o pura) il controllo del giudice rimane debole, estrinseco

14. Il controllo del giudice sulla discrezionalità tecnica



- In ogni caso, sia nei confronti della discrezionalità tecnica che (a maggior ragione) amministrativa, il sindacato giurisdizionale si esercita esclusivamente sul piano della legittimità, non del merito
- Non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo *sostitutivo* sulle valutazioni tecniche, che porterebbe il giudice amministrativo a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione competente.
- Fermo restando che, come si è detto, sulle valutazioni tecniche opinabili è esercitabile il sindacato intrinseco, che può giungere a censurarne l'esito dal punto di vista dell'attendibilità e correttezza.

15. Le posizioni soggettive. Teorie



- Interesse legittimo come posizione esclusivamente processuale (Guicciardi, 1937), collegata alla norma di azione volta a tutelare l'interesse pubblico
- Diritto alla legittimità degli atti della funzione governativa (Mortara, 1899)
- Degradazione o affievolimento del diritto soggettivo (Ranelletti, 1892), cui si accompagna la categoria degli interessi in attesa di espansione
- Teoria del *petitum* (Scialoja, 1891) ossia del diritto che viene fatto valere come se fosse un interesse dinanzi al Consiglio di Stato

15. Le posizioni soggettive. Teorie



- Interesse *occasionalmente protetto*, in posizione servente e strumentale rispetto all'interesse pubblico. Ovvero
- Interesse *indirettamente protetto* da una norma di azione (Sandulli, 1980). Qui il bene della vita è esterno all'interesse legittimo, e rileva come sostrato materiale
- Connotazione *sostanziale* dell'interesse legittimo, come aspirazione a un bene della vita (SS.UU. 500/99)
- Tutela piena e diretta dell'interesse legittimo
- Collegamento tra interesse legittimo e potere amministrativo (Scoca)

16. Definizione di interesse legittimo



- Si definisce interesse legittimo la situazione giuridica soggettiva, correlata al *potere* della pubblica amministrazione e tutelata in modo *diretto* dalla norma di conferimento del potere
- Il titolare può esercitare una serie di poteri e facoltà volti a influire sull'esercizio del potere medesimo, allo scopo di conservare o acquisire un bene della vita.
- L'interesse legittimo conosce oggi una tutela piena, analoga a quella del diritto soggettivo

17. Le “dimensioni” dell’interesse legittimo



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

18. Interessi legittimi oppositivi e pretensivi



- La dimensione *attiva* di pretesa a un esercizio corretto del potere, che caratterizza sempre l'interesse legittimo, può generare due diverse posizioni del privato rispetto alle scelte della PA, così articolate:
 - a) Interessi legittimi *oppositivi*, che si sostanziano nella pretesa a conservare la situazione giuridica e le facoltà già in possesso del privato, contrastando un provvedimento della PA che produce nei suoi confronti effetti limitativi o restrittivi
 - b) Interessi legittimi *pretensivi*, che si sostanziano nella pretese ad acquisire diritti o facoltà che non fanno ancora parte della sfera giuridica del privato, e a cui quest'ultimo legittimamente aspira

18. Interessi legittimi oppositivi e pretensivi



- È relativamente più facile dimostrare l'effettività del danno recato ad un interesse legittimo oppositivo da un provvedimento amministrativo (si pensi al diritto di proprietà leso ingiustamente da un atto di esproprio illegittimo) anche al fine di ottenerne il ristoro da parte del giudice
- Ben più complesso è dimostrare l'esistenza di un danno inferto ad un interesse legittimo pretensivo, che si può solamente presumere in base al grado di fondatezza della pretesa (valutazione presuntiva, ora per allora) e al margine di discrezionalità riconosciuto alla PA nell'assumere il provvedimento richiesto (si pensi ad una concessione edilizia o all'aggiudicazione di un appalto)

18. Interessi legittimi oppositivi e pretensivi



- In ogni caso, una ricostruzione dell'interesse legittimo come situazione soggettiva che si confronta con il potere, dotata di protezione piena e diretta, consente di superare definitivamente la lettura dell'interesse legittimo in termini di diritto affievolito e/o degradato (ossia una posizione minore rispetto all'interesse legittimo), di diritto occasionalmente protetto o mera pretesa processuale (ossia un interesse che non ha ad oggetto un bene sostanziale della vita), di diritto in attesa di espansione (di nuovo un diritto minore che deve “crescere”)

19. La dissoluzione dell'interesse legittimo?



- Filone dottrinale che ritiene ormai superata la distinzione e afferma che l'interesse legittimo sarebbe ormai confluito (e dissolto) nel diritto soggettivo
- Ricostruzione e riconduzione delle pretese fatte valere dal titolare dell'interesse legittimo al diritto comune: diritto a comportamenti secondo buona fede, obbligazione di mezzi, doveri di protezione del contrente forte
- In base a questa teoria, l'interesse legittimo potrebbe essere ricondotto al diritto di credito, avente ad oggetto il comportamento/prestazione dell'amministrazione a favore del privato

20. Interessi di fatto



- Sono gli interessi semplici, che non configurano alcuna situazione giuridica meritevole di tutela e fanno capo ai soggetti privati che possono trarre un beneficio o un pregiudizio indiretto dalle attività poste in essere dall'amministrazione per la cura esclusiva di interessi pubblici
- A differenza degli interessi legittimi, non sono né differenziati né qualificati dall'ordinamento
- Per questo motivo i titolari degli interessi di mero fatto (o semplici) non possono agire in giudizio per la loro tutela

21. Interesse legittimo e riparto di giurisdizione



- Rilevanza della distinzione fra diritto soggettivo e interesse legittimo come criterio di riparto della giurisdizione fra giudice ordinario (sui diritti soggettivi) e giudice amministrativo (sugli interessi legittimi)
- la Corte Costituzionale con la sentenza 6 luglio 2004, n. 204 ha affermato che, di regola, la giurisdizione amministrativa ha ad oggetto il potere amministrativo correlato a situazioni giuridiche di interesse legittimo

22. Interessi sovra-individuali



- Oltre a quelli esaminati, esistono poi interessi che non spettano al singolo, ma ad una collettività di persone.
- Interessi *collettivi*, imputabili ad una categoria di soggetti (individuati o individuabili) che si organizzano in associazioni per esercitare in modo più efficace le facoltà processuali e sostanziali inerenti a tali interessi (ad es. interessi di categorie professionali esercitati mediante gli ordini, i sindacati)
- Interessi *diffusi*, privi di un titolare (adespoti) e spettanti ad una generalità di soggetti non individuati né individuabili (ad es. interesse all'ambiente salubre). Inizialmente visti come interessi di fatto, nel corso del tempo hanno ricevuto uno specifico riconoscimento dall'ordinamento, che concede ora ad alcune associazioni rappresentative, dotate di caratteristiche specifiche, la legittimazione processuale per la tutela in giudizio