



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI SASSARI

Selezioni per la mobilità verticale dei dipendenti dell'Università degli Studi di Sassari

ALESSANDRO FORINO

DEFINIZIONI ELEMENTARI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

SASSARI GIUGNO/LUGLIO 2007

INTRODUZIONE

Ho ritenuto di formulare questi brevissimi appunti unicamente al fine di fissare qualche nozione giuridica generale e di diritto amministrativo su cui vertono i colloqui di talune selezioni per la mobilità verticale dei dipendenti dell'Università degli Studi di Sassari, ai sensi dell'articolo 57 del C.C.N.L. – Comparto Università 1998-2001.

In essi non vi è alcuna pretesa di tipo dottrinario ma si esprime solo qualche definizione elementare, indispensabile per tutti i dipendenti pubblici e per i cittadini che quotidianamente colloquiano con la pubblica amministrazione.

Lo schema teorico seguito è quello di tipo monografico mediante la predisposizione di una “scheda”, all’inizio della quale si colloca subito la definizione dell’istituto con parole che si sforzano di essere semplici e discorsive; nei limiti del possibile ho evitato discorsi eccessivamente teorici ed ho tentato una descrizione degli istituti in termini pragmatici, pur omettendo quegli utilissimi esempi che mi ripropongo di fare nel corso delle lezioni organizzate dall’Ateneo; a tal fine mi sono sforzato a trattare ogni argomento dedicandovi non più di un paio di pagine ciascuno.

Da un punto di vista bibliografico i fondamentali volumi del “Corso di diritto amministrativo” di Rocco e Domitilla Galli (Cedam – Padova –2001) rappresentano il principale supporto didattico della materia; purtuttavia, attesa le notorie capacità divulgative e di sintesi dei manuali Simone è indubbio che il testo “Il Diritto Amministrativo” di F. Caringella (Edizioni giuridiche Simone – Napoli – 2001) rappresenti un valido approccio alle principali problematiche del D.A.

Sassari, 7 gennaio 2002

Alessandro Forino

AGGIORNAMENTO

In prospettiva delle nuove selezioni per la mobilità verticale dei dipendenti dell'Università degli Studi di Sassari ho ritenuto di aggiornare alcune parti importanti di questi appunti in funzione delle radicali modifiche introdotte per esempio alla legge 241/90 e della nuova sistemazione che ne è derivata da quella legge medesima alla teoria dell'atto amministrativo; in effetti alcuni testi legislativi di interesse per il diritto amministrativo sono stati di recente modificati, penso alla svolta epocale avuta dalla legislazione relativa agli appalti pubblici che nella prima metà dello scorso anno è stata completamente sistemata nell'ambito di un codice ma penso anche alle numerose modifiche alle norme sull'ordinamento del lavoro pubblico ed alle menzionate modifiche alla legge sul procedimento amministrativo; visto dal diverso profilo del contenzioso già questi cambiamenti danno ragione di più della metà delle liti innanzi ai competenti organi giurisdizionali e questo dovrebbe bastare ad attenzionare i pubblici dipendenti nel quotidiano ed ordinario svolgimento dei propri compiti.

Nei limiti del possibile ho sviluppato anche alcuni argomenti che precedentemente erano stati solo accennati, tentando sempre di restare nell'ambito della sintesi e della semplicità; anche lo schema di trattazione degli argomenti resta immutato ed alcune parti sono state aggiunte, per esempio quella riguardante il diritto di accesso, in funzione di quelli che potranno essere gli argomenti oggetto di temi o test di questa prossima tornata di mobilità verticali; spero di avvedermi in tempo di eventuali altre ulteriori lacune che mi propongo di trattare oralmente nel corso delle lezioni.

Per quanto riguarda la bibliografia segnalo che i volumi che ho menzionato nell'introduzione del 2002, dei quali continuo ad avvalermi per la preparazione delle singole lezioni, sono stati aggiornati al 2006.

Sassari, 21 giugno 2007

Alessandro Forino

1) PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'ATTIVITA' AMMINISTRATIVA

*L'attività amministrativa consiste in quella attività attraverso la quale la pubblica amministrazione, enti ed organi pubblici, provvede alla cura di quegli interessi a loro affidati; la definizione degli obiettivi, delle priorità, dei programmi da attuare, unitamente alle conseguenti direttive generali, rientra nell'ambito delle **funzioni di indirizzo politico-amministrativo** ed è affidato agli organi di governo; l'adozione degli atti e dei provvedimenti amministrativi, la gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa rientra nell'ambito della **funzione di gestione** ed è affidata ai dirigenti.*

L'attività amministrativa:

- *cura gli interessi pubblici in modo **immediato**, a differenza della funzione legislativa con cui lo Stato definisce come gli interessi pubblici devono essere curati, e della funzione giurisdizionale che pone un rimedio agli interessi eventualmente lesi;*
- *è normalmente discrezionale, intendendo per **discrezionalità** quella **facoltà di scelta fra più comportamenti giuridicamente leciti per il soddisfacimento dell'interesse pubblico e per il perseguimento di un fine rispondente alla causa del potere esercitato**;*

I principi costituzionali che informano l'attività amministrativa:

- *il **principio di legalità**, da intendersi quale rispondenza dell'attività amministrativa alle prescrizioni di legge;*
- *il **principio di imparzialità**, da intendersi quale capacità dell'amministrazione, attraverso il responsabile del procedimento, di raggiungere un tale grado di astrazione da far prevalere l'interesse pubblico nella completa comparazione di tutti gli altri interessi e con il minor sacrificio possibile dei medesimi;*
- *il **principio di buona amministrazione**, da intendersi come obbligo dell'amministrazione di eseguire le proprie attività in maniera più idonea ed opportuna al fine di rendere quanto più efficace, efficiente, spedita ed economica l'azione amministrativa;*
- *il **principio di ragionevolezza** da intendersi, soprattutto alla luce delle nuove norme in materia di procedimento ed accesso, quale adeguamento dell'operato amministrativo ad un canone di razionalità al fine di renderlo immune da censure di illogicità, aderente ai dati di fatto e coerente con i principi prestabiliti dall'amministrazione medesima;*
- *il **principio di trasparenza** da intendersi quale coinvolgimento dei privati interessati nell'ambito del procedimento amministrativo e soprattutto quale facile ed immediato accesso agli atti del procedimento medesimo, anche mediante l'istituzione di uffici preposti a supporto di tale accesso;*

Pur dovendosi considerare l'attività amministrativa come un fenomeno unitario sul piano funzionale, in effetti secondo un criterio logico-sistematico la dottrina tradizionale ha ritenuto di classificare tre tipi di amministrazione:

- ***amministrazione attiva**, nell'ambito della quale vi rientrano tutte quelle attività deliberative ed esecutive con cui l'amministrazione realizza i propri fini;*
- ***amministrazione consultiva**, con cui si forniscono consigli, orientamenti, interpretazioni, ecc.,*

mediante l'emanazione di pareri;

- ***amministrazione di controllo***, *mediante la quale si effettuano quelle attività di verifica di conformità dell'operato dell'amministrazione secondo diritto (il controllo di legittimità) ovvero secondo le regole non giuridiche di convenienza ed opportunità (controllo di merito);*

2) LE FONTI

*L'espressione fonte del diritto indica quegli atti ovvero quei fatti da cui trae origine la norma giuridica; già da ciò ne deriva che le **fonti-atto**, quale tipica espressione di potere normativo, possono definirsi quali manifestazioni di volontà di taluni organi o enti deputati dall'ordinamento alla produzione di norme giuridiche.*

*Le **fonti-fatto** sono invece quei comportamenti o talora anche quegli atti giuridici che l'ordinamento medesimo assume idonei alla produzione normativa.*

Non sono invece da qualificarsi fonti in senso tecnico quelle fonti di mera cognizione di norme già esistenti sul piano giuridico.

*Nell'ambito dell'Ordinamento italiano, dalla stessa Costituzione, si rileva il **principio di gerarchia delle fonti** dal quale ne consegue che la Carta fondamentale medesima, all'atto in cui viene emanata, non può essere derogata da norme gerarchicamente inferiori; a tal fine suole parlarsi di **costituzione rigida**.*

Il quadro delle fonti che pertanto viene a delinearci è il seguente:

1) **Fonti costituzionali:**

- a) *Principi costituzionali immutabili da leggi di revisione;*
- b) *Costituzione e convenzioni costituzionali;*
- c) *Leggi costituzionali e leggi di revisione della Costituzione;*

2) **Fonti primarie:**

- a) *di primo grado:*
 - *leggi ordinarie;*
 - *decreti-legge;*
 - *referendum abrogativo;*
 - *statuti delle regioni ordinarie;*
 - *decreti legislativi degli statuti delle regioni speciali;*
 - *leggi regionali;*
 - *leggi delle provincie autonome di Trento e Bolzano;*
- b) *di secondo grado:*
 - *leggi regionali delegate dallo Stato;*
 - *decreti legislativi;*

3) **Fonti secondarie:**

- *regolamenti governativi;*
- *regolamenti ministeriali;*
- *statuti degli enti locali;*
- *regolamenti degli enti locali;*
- *statuti di altri enti;*
- *regolamenti di altri enti;*
- *regolamenti di altre autorità;*
- *ordinanze;*

4) **Usi o consuetudini;**

Gli usi o consuetudini sono fonti del diritto non scritte consistenti nella ripetizione di un comportamento costante ed uniforme da parte di una generalità di persone con la convinzione della necessità giuridica di quel dato comportamento.

Il quadro delle fonti andrebbe integrato anche con le fonti di diritto comunitario sia in relazione alla funzione normativa dei Trattati europei, sia relativamente agli atti di diritto “derivato” (regolamenti e direttive); purtuttavia, in questa sede, per ragioni di sintesi appare di fondamentale rilievo per il diritto amministrativo la definizione dei regolamenti.

Il regolamento è tradizionalmente definito come un atto formalmente amministrativo, in quanto emanato da un’ autorità amministrativa, e sostanzialmente normativo, in quanto qualificabile come generale, astratto ed idoneo ad innovare il diritto oggettivo.

Con uno sforzo di sintesi si può distinguere fra:

- *regolamenti **esecutivi**, necessari per l’ esecuzione della legge e della quale ne completano le prescrizioni, talora dettando anche norme di dettaglio;*
- *regolamenti di **attuazione integrativa** della legge nell’ ambito dei quali si articola, si sviluppa e si integra la legge nei contenuti sostanziali;*
- *regolamenti **indipendenti**, per quelle materie in cui manca una disciplina di legge;*
- *regolamenti di **organizzazione** con cui si dispongono norme in materia di funzionamento delle pubbliche amministrazioni secondo la legge;*
- *regolamenti di **delegificazione**, mediante i quali si consente ad una autorità amministrativa di disciplinare una certa materia con proprio regolamento;*
- *regolamenti **delegati**, mediante i quali si emanano, a certe condizioni, norme in una materia determinata e nel contempo si dispone l’ abrogazione delle norme vigenti;*

3) **IL DIRITTO SOGGETTIVO**

Si definisce il diritto soggettivo come potere della volontà finalizzato ad agire a tutela di un proprio interesse, riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico; in altre parole il diritto soggettivo può essere inteso come una posizione di vantaggio, protetta e riconosciuta dall'ordinamento, in relazione alla quale è accordato ad un soggetto il potere di tutelare i relativi interessi.

Nell'ambito di questa definizione si distinguono:

*- il **diritto assoluto**, da intendersi quale diritto soggettivo che può essere fatto valere “erga omnes” e cioè con conseguente dovere di astensione, da parte di tutta la collettività, dal turbarne il relativo godimento; il diritto assoluto suole poi distinguersi in **diritti reali** e cioè che assicurano un potere immediato ed assoluto sulla cosa, a loro volta ulteriormente distinti a seconda che l'interesse sia realizzato nel godimento di cosa altrui (**diritti reali di godimento**) ovvero che la cosa medesima sia costituita a garanzia di una obbligazione (**diritti reali di garanzia**) e **diritti della personalità**, mediante i quali, da un punto di vista oggettivo, viene in questione un profilo non esclusivamente patrimoniale della protezione del diritto assoluto.*

*- il **diritto relativo**, da intendersi quale diritto soggettivo che può essere fatto valere nei confronti di un terzo e con la cooperazione di questi; il diritto relativo suole poi distinguersi in **diritti di credito**, caratterizzati dal fatto che il dovere di cooperazione (l'obbligo, il cui contenuto consiste in un dare, in un fare ovvero in un non fare) può essere preteso solo nei confronti di un soggetto determinato, e **diritti potestativi**, in funzione dei quali il titolare della situazione attiva può incidere nella sfera giuridico patrimoniale del soggetto passivo senza che questi nulla possa a sua tutela e senza la necessità della sua cooperazione.*

In questo senso si può osservare come l'interesse alla conservazione del bene sia distinto, nell'ambito delle due diverse qualificazioni del diritto soggettivo sopra menzionate, dall'interesse al conseguimento del bene.

*Un certo rilievo per il diritto amministrativo assume la definizione di **potestà** da intendersi come attribuzione di un potere, non nel senso dell'esercizio di un proprio interesse come nel diritto soggettivo, ma di un interesse altrui; in tal senso l'azione amministrativa è doverosa quanto al “se”, mentre è discrezionale quanto al “come”.*

4) L'INTERESSE LEGITTIMO

L'interesse legittimo può essere definito come una situazione giuridica soggettiva di vantaggio relativamente ad un bene oggetto della funzione amministrativa e consistente nell'attribuzione al soggetto interessato di poteri tali da incidere sul corretto esercizio della potestà rendendo possibile contemporaneamente la realizzazione dell'interesse al bene medesimo.

A questa autorevole definizione va premessa l'osservazione che la norma attributiva del potere definisce, anche se magari solo in astratto, tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti unitamente all'interesse pubblico in funzione del quale è attribuito il potere medesimo.

Con tale definizione sono stati superati i profili di occasionalità e mediatezza della protezione accordata all'interesse legittimo.

Esso è distinto in:

- *interessi **oppositivi**, consistenti nell'interesse del privato ad opporsi ad atti a se sfavorevoli, quali potrebbero essere gli atti ablatori o i provvedimenti di ritiro di atti ampliativi precedentemente concessi, al fine di conservare la sua sfera di utilità;*
- *interessi **pretensivi**, consistenti nell'interesse del privato ad ottenere un accrescimento della propria sfera di utilità, mediante la pretesa nei confronti della pubblica amministrazione all'adozione di atti ampliativi, come per esempio autorizzazioni o concessioni;*

*Fino a pochissimo tempo fa si riteneva essere l'interesse legittimo escluso da ogni forma di **risarcibilità** per una serie di motivi che possono essere sintetizzati come segue:*

a) *è stato considerato ingiusto il danno non solo quando il comportamento illecito sia stato "non iure", cioè contrario alle leggi, ma anche "contra ius", e cioè lesivo di un diritto soggettivo;*

b) *si è sostenuto che qualora la pubblica amministrazione violasse con dolo o colpa i limiti finalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico a cui è preposta, tale atteggiamento non potrebbe in alcun modo configurarsi nei confronti dell'interessato ma bensì nei confronti di tutti i consociati;*

c) *i danni patrimoniali conseguenti dalla lesione di un interesse legittimo sono mediati ed indiretti, e pertanto irrisarcibili, mancando un rapporto di immediatezza fra l'interessato ed il bene;*

Inoltre sia il richiamo ai diritti (e non agli interessi legittimi) operato dall'articolo 28 della Costituzione e addirittura tutta l'organizzazione della Giurisdizione amministrativa deponevano per la tesi dell'irrisarcibilità dell'interesse legittimo.

*La questione è stata completamente rivista alla luce di una celebre sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione ed ha trovato una sua rielaborazione in termini di ammissibilità del risarcimento per la violazione degli interessi legittimi anche alla luce delle nuove norme in materia di riparto della giurisdizione; in esito alla menzionata rivisitazione si può concludere che la teoria della responsabilità aquiliana viene rielaborata nel senso di consentire il **risarcimento del danno in tutti i casi di lesione patrimoniale indipendentemente dalla qualificazione dell'interesse leso.***

Dalla teoria dell'interesse legittimo vanno distinti:

a) gli **interessi diffusi** da considerarsi quali interessi facenti capo indistintamente a tutti gli individui di una certa formazione sociale;

b) gli **interessi collettivi**, diversi dai precedenti in quanto facenti capo ad entità rappresentative di un gruppo non occasionale di individui portatori di quel medesimo interesse;

5) L'ATTO AMMINISTRATIVO

Di seguito alle numerose teorie in materia, conseguentemente anche ad una mancata definizione legislativa dell'istituto, il concetto di atto viene spesso sovrapposto a quello del **provvedimento amministrativo** definito come manifestazione di volontà della pubblica amministrazione tipica, nominata, imperativa ed esecutoria; dalla definizione del provvedimento si può poi distinguersi il **mero atto** caratterizzato dalla mancanza di autoritarietà di quest'ultimo rispetto al provvedimento

In effetti già da questa semplice definizione del provvedimento si osservano i caratteri del provvedimento amministrativo:

- la **tipicità**, da intendersi come previsione positiva da parte dell'ordinamento; essa in particolare ha rilievo sia relativamente al contenuto dell'atto previsto dalla legge, sia e soprattutto in funzione dei fini pubblici che è destinato a realizzare;
- la **nominatività**, da intendersi come espressa predefinitiva legislativa dell'atto e della funzione a cui esso è preposto;
- l'**autoritarietà**, da intendersi quale forza giuridica dell'atto mediante il quale si dispongono unilateralmente modificazioni nella sfera del destinatario, a prescindere e semmai anche contro la sua volontà;
- l'**esecutorietà**, da intendersi quale possibilità attribuita alla pubblica amministrazione di eseguire il proprio atto in via di **autotutela** e quindi senza alcuna pronuncia giurisdizionale;

La dottrina ha ritenuto di classificare in vario modo gli atti amministrativi, secondo i più diversi profili:

- la **discrezionalità**: atti discrezionali ed atti vincolati;
- il **tipo di interesse**: atti di amministrazione attiva ovvero consultiva ovvero di controllo;
- l'**efficacia**: costitutivi e dichiarativi;
- l'**incidenza sulla sfera giuridica del destinatario**: atti ampliativi ovvero atti restrittivi;
- il **procedimento amministrativo**: atti procedurali ovvero atti presupposti;
- il **rapporto fra gli atti medesimi**: atti composti ovvero atti contestuali (simultanei o plurimi)
- i **destinatari**: atti particolari ovvero atti con più destinatari (plurimi o collettivi) ovvero atti generali;

Relativamente agli atti generali è di una certa importanza sapere che essi si distinguono dai regolamenti a causa della determinabilità dei destinatari dei primi rispetto ai secondi che, in quanto fonte di diritto, si rivolgono ad una generalità indeterminata e non determinabile di destinatari;

Secondo la distinzione tradizionale gli elementi dell'atto possono essere così ordinati:

a) **elementi essenziali**, necessari per dare vita all'atto, enumerati come segue:

- il soggetto e cioè quel funzionario competente della pubblica amministrazione che normalmente è investito della pubblica funzione che esercita;
- il destinatario nei confronti del quale si producono gli effetti dell'atto;
- la volontà, intesa talora come momento psichico dell'agente e talora come statuizione dell'atto;

- l'oggetto e cioè quel bene su cui il provvedimento amministrativo incide;
- il contenuto, da rilevarsi nella parte precettiva o dispositiva dell'atto;
- le finalità, da intendersi in funzione degli scopi pubblici che l'atto intende perseguire;
- la forma, cioè l'esternazione dell'atto amministrativo;

b) **requisiti:**

- di legittimità, nel senso dell'incensurabilità dell'atto sotto il profilo dei vizi di legittimità (incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere);
- di validità, nel senso del corretto svolgimento dell'iter formativo dell'atto;
- di efficacia, nel senso di consentire all'atto già perfetto di esplicare i relativi effetti;

c) elementi **naturali**, previsti dalla legge in funzione del tipo di atto, come termini di durata, riserve, ecc.;

d) elementi **accidentali**, eventualmente disciplinati da norme non cogenti, e che possono essere apposti all'atto solo se non incidono sulla sua funzione tipica:

- la condizione e cioè un evento futuro ed incerto a cui è subordinata l'efficacia dell'atto;
- il termine, iniziale o finale, a cui è subordinata l'efficacia dell'atto;
- l'onere, talora previsto negli atti ampliativi;

La struttura formale dell'atto è normalmente composta come segue:

- l'**intestazione**, l'indicazione dell'ente e/o dell'organo emanante;
- il **preambolo**, l'indicazione delle norme e degli atti preparatori in funzione del quale l'atto è emanato;
- la **motivazione**, la descrizione degli interessi coinvolti nell'atto e la relativa valutazione comparativa fra i medesimi interessi; **obbligatoria ai sensi della legge 241/90**;
- il **dispositivo**, la parte più spiccatamente volitiva dell'atto, la manifestazione di volontà vera e propria;
- il **luogo** dove è stato emanato l'atto;
- la **data** in cui è stato emanato;
- la **sottoscrizione**, la firma da parte della competente autorità;

I più importanti tipi di provvedimento, fra i tantissimi predisposti dalla legislazione, sono:

a) Le **autorizzazioni**, definite quale atto ampliativo con cui la pubblica amministrazione provvede discrezionalmente e preventivamente (ed in funzione di programmazione e/o controllo) alla rimozione di un limite legale all'esercizio di posizioni giuridiche attive, preesistenti nella titolarità del destinatario;

b) le **concessioni**, definite quale atto ampliativo con cui la pubblica amministrazione provvede al trasferimento ai destinatari di posizioni soggettive di vantaggio, riservate o appartenenti all'amministrazione medesima (concessioni traslative) ovvero ne costituisce di nuove (concessioni costitutive) nella titolarità dell'interessato;

6) I VIZI DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

La materia della patologia dell'atto amministrativo è stata normata con le modifiche operate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15 alla legge 241/90; un evento di portata storica che però ha cagionato una ulteriore stratificazione alla lunga elaborazione dottrina e soprattutto giurisprudenziale e pertanto i profili patologici possono ora considerarsi di origine legislativa; lo studio di questo argomento pertanto appare cruciale, sia ai fini degli aspetti sostanziali dell'organizzazione della pubblica amministrazione, sia dell'azione amministrativa e certamente relativamente agli importanti aspetti processuali che l'argomento tocca.

*Normalmente la prima distinzione nell'ambito della categoria dei vizi dell'atto amministrativo si ha fra i **vizi di merito**, conseguenti alla difformità dell'atto da norme di buona amministrazione (e cioè relativamente a principi di opportunità e convenienza), e **vizi di legittimità**, conseguenti alla difformità dell'atto da una norma giuridica; sebbene sia giusto il rilievo secondo cui non appare ammissibile una censura dell'atto in funzione della sua difformità a norme di opportunità o convenienza, c'è comunque da prendere in considerazione il fatto che tali vizi hanno comunque un limitato riconoscimento nei casi in cui la giurisdizione è **eccezionalmente** estesa al merito, in materia di ricorsi amministrativi ed in residuali fattispecie di controllo e ritiro dell'atto.*

*Ciò premesso, le nuove modifiche normative conducono ad una sistemazione logica della materia in considerazione delle due macrocategorie relativamente alla patologia dell'atto amministrativo il quale è **annullabile** per*

- a) **incompetenza**, limitatamente alla figura dell'incompetenza relativa per grado o per materia, da intendersi in quei casi di provvedimento emanato da un organo amministrativo, o altra autorità dello stesso settore, diverso rispetto a quello che la norma prevede sia competente ad adottarlo; l'irregolare composizione ed i vizi di legittimazione dell'organo rientrano nell'incompetenza;*
- b) **eccesso di potere**, da intendersi come una scorrettezza nell'ambito di una scelta discrezionale; in particolare esso si appalesa quale cattivo uso di una funzione da parte della pubblica amministrazione mediante la violazione di quei limiti alla discrezionalità che, pur non previsti normativamente, sono posti quale causa di quella funzione medesima. Talvolta con l'esercizio di un diverso scopo per il quale il potere è conferito viene definito l'eccesso di potere quale **sviamento di potere**, talvolta lo sviamento di potere è considerato una **figura sintomatica** di tale vizio di legittimità unitamente alle seguenti:*
 - travisamento ed erronea valutazione di fatti: attribuzione a taluni fatti, determinanti ai fini dell'atto, di un significato erroneo o illogico;*
 - illogicità o contraddittorietà delle motivazioni: allorché nel provvedimento non vi sia coerenza o addirittura vi sia un netto contrasto fra motivo e dispositivo;*
 - contraddittorietà tra più atti: in maniera tale da non far risultare la reale volontà dell'amministrazione;*
 - inosservanza di circolari: da considerarsi indice di eccesso di potere in quanto ulteriore sintomo della contraddittorietà fra la volontà generale manifestata dalla pubblica amministrazione e quella esternata con l'emanazione del singolo atto;*
 - disparità di trattamento, in presenza di eguali presupposti, in violazione dei principi costituzionali di eguaglianza e ragionevolezza;*
 - ingiustizia manifesta: allorché l'interesse privato è sacrificato o limitato in mancanza di ragioni sufficienti di pubblico interesse; si tratta di un indice di eccesso di potere molto discusso ed al momento praticamente inesistente; da una parte della dottrina è considerato piuttosto una violazione di legge (violazione del precetto costituzionale di cui all'articolo 97 della Costituzione) mentre secondo altra parte si tratterebbe piuttosto di un vizio di merito e pertanto*

- nemmeno includibile fra i vizi di legittimità;*
- *violazione e vizi del procedimento: in considerazione della normazione del procedimento amministrativo la violazione delle norme procedurali sono evidentemente violazioni di legge fatto salvo il caso il caso di slealtà nello svolgimento della procedura (per esempio allorquando l'amministrazione decida prima della scadenza del termine dato all'interessato per le sue conclusioni) e nel caso di un atto emanato sul presupposto di un parere a sua volta viziato da errore o travisamento di fatti;*
- c) **violazione di legge**, da sempre considerata una figura "residuale" dei vizi di legittimità, tale da ricomprendere tutti gli altri vizi che non ricorrono nelle due precedenti categorie; essa ricorre normalmente in caso di mancata o falsa applicazione di una norma sia sostanziale che formale, a prescindere dalla posizione psicologica, colposa o dolosa, dell'agente; si ricordi che la mancanza della motivazione è, per effetto della legge 241/90, non più una figura sintomatica dell'eccesso di potere ma una vera e propria violazione di legge;

*Assorbendo un travagliato orientamento giurisprudenziale il legislatore ha disposto la **non annullabilità** del 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.*

Come si vede il legislatore ha disposto l'annullabilità dell'atto in quei casi in cui questi è illegittimo;

*Nell'ambito della stessa riforma alla legge 241/90 il legislatore ha altresì definito la **nullità del provvedimento** da intendersi quale vizio di quel provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.*

Per mancanza di elementi essenziali si intende:

- *difetto della qualità di organo pubblico (cd. incompetenza);*
- *incompetenza assoluta;*
- *inesistenza del contenuto, nel senso che è indeterminata o indeterminabile, illecita o impossibile la parte precettiva dell'atto;*
- *incompetenza assoluta per territorio o per materia;*
- *mancanza della forma essenziale;*
- *mancanza del destinatario;*
- *volontà viziata a causa di una violenza fisica;*

*Le modifiche alla legge 241/90 non richiamano l'istituto dell'**inesistenza**, definito dalla giurisprudenza e dalla dottrina come mancanza nell'atto di uno degli elementi essenziali richiesti dalla legge; in effetti così intesa l'inesistenza riproduce esattamente la definizione normativa della nullità, sopra riportata; pertanto appare opportuno argomentare dell'inesistenza solo in termini di mancanza di riconoscibilità **sociale** dell'atto, da parte dei destinatari o da parte della collettività; in effetti la definizione normativa della nullità dovrebbe aver reso inutile il concetto di inesistenza in quanto la definizione stessa di nullità depona, anche se con una terminologia apparentemente illogica e forzata, nel senso dell'inclusione della categoria dell'inesistenza nell'ambito della nullità.*

Non propriamente di stati patologici del provvedimento può parlarsi nei seguenti casi:

- a) *atto imperfetto, in tutti i casi non è ancora concluso l'iter della fase costitutiva del relativo procedimento;*

- b) *atto inefficace, qualora non è ancora conclusa, ovvero è invalida, la fase integrativa dell'efficacia;*
- c) *atto irregolare, in tutti quei casi in cui la legge al massimo commina delle sanzioni a carico dell'autore di tali irregolarità, senza alcuna conseguenza sull'atto medesimo;*

*Quanto ai rimedi, fatto salvo per l'atto **nullo** (che può essere comunque convertito in un altro atto di cui eventualmente ha i medesimi requisiti di forma e di sostanza), la pubblica amministrazione può provvedere con gli atti di ritiro di cui appare opportuno, fra i numerosi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, menzionare i seguenti:*

- a) *la **revoca**, definita quale provvedimento di secondo grado (destinato cioè ad incidere su un precedente atto), con efficacia non retroattiva, con cui si ritira un precedente provvedimento, ritenuto affetto da vizi di merito, sulla base di una nuova valutazione degli interessi dedotti nel procedimento; attualmente la modifica della normativa in materia di procedimento amministrativo ha condotto ad una sostanziale definizione dell'istituto: "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo."*
- b) *l'**annullamento**, definito quale provvedimento di secondo grado, con efficacia retroattiva, con cui si ritira un precedente provvedimento affetto da vizi di legittimità originari, sul fondamento di un generale potere della pubblica amministrazione di annullare gli atti da essa emanati; suole parlarsi di autoannullamento nel caso il ritiro provenga dalla stessa autorità che ha emanato l'atto o di annullamento gerarchico in caso di autorità gerarchicamente superiori; importante espressione di generale potere di ritiro dell'atto è l'annullamento governativo; anche per quanto riguarda l'istituto dell'annullamento la modifica della normativa in materia di procedimento amministrativo ha condotto ad una sostanziale definizione dell'istituto secondo la quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.*

7) IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

*Il procedimento amministrativo è da considerarsi una fattispecie a formazione progressiva, tradizionalmente definita quale **complesso di atti preordinati all'emanazione di un provvedimento finale**; nell'ambito del procedimento amministrativo vengono a confluire ed ad essere comparati tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, secondo i seguenti principi:*

- a) *la garanzia di un giusto procedimento inteso come giusta ricomposizione dei rapporti pubblici e privati coinvolti;*
- b) *la conoscenza, da parte dell'interessato dell'ufficio competente e del nominativo del responsabile del procedimento; sotto tale profilo l'amministrazione è tenuta a comunicare al destinatario l'unità organizzativa competente, il nominativo del responsabile del procedimento e l'avvio del procedimento;*
- c) *la partecipazione degli interessati; in questo senso è riconosciuto agli interessati un diritto di intervento nel procedimento, di prendere visione degli atti e di presentare memorie e documenti (cd. principio dell'accesso partecipativo); a tal fine l'amministrazione procedente può concludere con gli interessati:*
 - ***accordi integrativi**, rivolti al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale;*
 - ***accordi sostitutivi** rivolti a surrogare il provvedimento finale;*
- d) *la trasparenza, nel senso che l'atto deve essere facilmente accessibile agli interessati, consentendo la visione e semmai anche la copia di atti e documenti;*
- e) *l'obbligo di concludere il procedimento da parte della pubblica amministrazione;*
- f) *la motivazione obbligatoria;*
- g) *la semplificazione, intesa non solo nel senso della celerità ma anche nel senso del divieto di aggravamento del procedimento;*
- h) *l'integrazione dei principi generali dell'azione amministrativa con quelli di derivazione comunitaria;*
- i) *la leale cooperazione istituzionale nei rapporti fra i vari soggetti pubblici;*
- j) *l'agire secondo il diritto privato fatto salvo la legge non disponga diversamente ed in concreto la possibilità che la pubblica amministrazione utilizzi il negozio giuridico in via alternativa o ulteriore rispetto al provvedimento amministrativo, autoritativo per sua natura;*
- k) *la stabilità degli obblighi contrattuali; relativamente a tale aspetto il recesso unilaterale dai contratti da parte della pubblica amministrazione è ora ammesso nei soli casi previsti dalla legge o dal contratto, salvaguardando così sia l'affidamento dei terzi contraenti che l'affidabilità del contraente pubblico;*
- l) *l'informatizzazione dell'attività amministrativa mediante l'incentivazione dell'uso della telematica tra le diverse amministrazioni nonché tra queste e i privati;*

Le fasi del procedimento amministrativo sono le seguenti:

- ***iniziativa**, con cui si dà propulsione al procedimento e nell'ambito della quale la pubblica amministrazione accerta i presupposti dell'atto; in questo senso l'iniziativa può provenire dall'interessato, mediante la presentazione di una istanza (al fine di ottenere un provvedimento a favore dell'interessato) ovvero di una denuncia (al mero fine dell'emanazione di un atto) ovvero di un ricorso (nei casi in cui si chiedi il riesame di un atto) ma può anche essere d'ufficio da parte dello stesso organo competente all'emanazione del provvedimento finale o da parte di un diverso organo della medesima amministrazione;*
- ***istruttoria**, nell'ambito della quale si acquisiscono i fatti e gli interessi relativi al procedimento e si provvede all'elaborazione critica dei medesimi ai fini dell'emanazione dell'atto; nel corso di tale fase, qualora sia normativamente disposto o sia opportuno che altre amministrazioni*

*interessate effettuino un esame contestuale dei vari interessi coinvolti, il responsabile del procedimento o l'organo decisorio si avvale dell'istituto della **conferenza di servizi istruttoria**;*

- ***decisoria**, consistente nella determinazione del contenuto del provvedimento e nella conseguente emanazione dell'atto medesimo; essa è da intendersi piuttosto come espressione della funzione costitutiva del procedimento; rispetto al profilo strutturale la decisione può essere "monostrutturata", qualora la manifestazione di volontà sia rimessa alle determinazioni di un solo organo, ovvero "pluristrutturata", in caso sia necessaria la determinazione di più soggetti, portatori di diversi interessi coinvolti nel procedimento; quando l'amministrazione procedente debba acquisire intese, concerti, nulla-osta, assenzi o altri importanti atti può indire una **conferenza di servizi decisoria**, nel corso della quale le determinazioni concordate sostituiscono i predetti atti ad ogni altro effetto;*
- ***integrativa dell'efficacia**, nel corso della quale la pubblica amministrazione procedente dà eventualmente seguito a controlli preventivi o eventualmente all'esternazione dell'atto mediante pubblicazioni, comunicazioni o notificazioni;*

Da una lettura complessiva del sistema, così come appare costituito dalla normativa in materia di procedimento e da quella di riforma del pubblico impiego, può affermarsi in linea di massima che se da una parte il dirigente è normalmente preposto alla decisione del provvedimento, dall'altra il responsabile del procedimento ha ampi poteri in materia di istruttoria; in particolare:

- *valuta l'ammissibilità dell'istanza, la legittimazione dell'interessato ed altri importanti presupposti per l'emanazione del provvedimento finale;*
- *compie o dispone il compimento di tutti gli atti all'uopo necessari, come ispezioni, verifiche, accertamenti, ecc.;*
- *propone o indice egli stesso le conferenze di servizio;*
- *dispone comunicazioni, notificazioni, pubblicazioni, ecc.;*
- *trasmette gli atti all'organo competente per l'emanazione del provvedimento finale o, qualora competente, adotta egli stesso il provvedimento;*

8) **IL DIRITTO DI ACCESSO**

*Per diritto di accesso si intende il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia dei documenti amministrativi (cd. accesso conoscitivo o informativo); il sottostante fondamento giuridico va individuato nei principi di **trasparenza** dell'attività amministrativa e di **buon andamento** dei pubblici uffici;*

*Fondamentalmente l'interesse all'accesso deve corrispondere ad una **situazione giuridicamente tutelata** e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.*

*L'**oggetto** del diritto di accesso è costituito dai documenti amministrativi intesi come ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti relativi ad un determinato procedimento detenuti dalla pubblica amministrazione;*

*Il diritto deve essere **attuale** rispetto all'istanza, **diretto**, cioè riguardare personalmente l'interessato e **concreto** nel senso della connessione tra il soggetto e l'interesse coinvolto dall'atto o documento; esso inoltre deve essere serio e non emulativo, cioè ai soli fini di molestia o nocimento e deve avere un adeguato motivo.*

La medesima legge 241/90 prevede l'esclusione dal diritto di accesso per i documenti coperti dal segreto di stato e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione previsti dalla legge o dal regolamento di attuazione; l'accesso è inoltre escluso nei procedimenti tributari, nei confronti delle attività della pubblica amministrazione relative all'emanazione di atti normativi, atti amministrativi generali, di programmazione e pianificazione e nei procedimenti selettivi nei casi in cui riguardano documenti contenenti informazioni psico-attitudinali relativi a terzi.

Al fine della salvaguardia degli interessi sottesi ai limiti sopra visti ciascuna amministrazione deve individuare, con uno o più regolamenti, le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità, sottratti all'accesso.

Con regolamento il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi per l'esigenza di salvaguardare:

- *la sicurezza, la difesa nazionale e le relazioni internazionali;*
- *la politica monetaria e valutaria;*
- *l'ordine pubblico e la prevenzione e repressione della criminalità;*
- *la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, giuridiche, gruppi, imprese ed associazioni con particolare riferimento agli interessi di natura epistolare, sanitaria, finanziaria, industriale e commerciale;*
- *l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato;*

L'accesso a dati sensibili e giudiziari è consentito nei limiti in cui esso sia strettamente indispensabile; per quanto riguarda dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale si osservano i più rigorosi limiti previsti dalla disciplina dettata dal Codice in materia di protezione dei dati personali;

*Inoltre la pubblica amministrazione ha **potere di differire** l'accesso ai documenti richiesti cioè negare l'accesso per un certo periodo di tempo determinato.*

L'interessato al fine di visionare o estrarre copia di documenti deve formulare una

*richiesta formale o informale, comunque in tutti i casi motivata, all'ufficio dell'amministrazione competente a formare l'atto conclusivo del procedimento o a detenere stabilmente il relativo documento; dopodichè il responsabile provvede ad individuare il responsabile del procedimento nel dirigente, o altro dipendente da questi designato, dell'unità organizzativa competente a formare o detenere l'atto; entro trenta giorni dalla richiesta, la pubblica amministrazione deve consentire l'accesso indicando le modalità e fissando il termine per prendere visione dei documenti o ottenerne copia; l'eventuale rifiuto o il differimento, deve essere obbligatoriamente motivato; trascorsi trenta giorni dalla richiesta senza che l'amministrazione si sia pronunciata, questa si intende respinta secondo lo schema del **silenzio rigetto** e l'interessato può attivare direttamente il rimedio giurisdizionale del ricorso al TAR competente; l'Organo di giurisdizione amministrativa, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta o le parti personalmente, decide in camera di consiglio entro trenta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso; in caso di accoglimento totale o parziale del ricorso, il giudice amministrativo ordina l'esibizione dei documenti richiesti;*

9) LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

*In prima approssimazione si può dire che nell'ambito dell'Ordinamento si è evoluto un sistema di **doppia giurisdizione** il quale, in linea di massima, comporta che il giudice ordinario ha giurisdizione in materia di diritti soggettivi mentre al giudice amministrativo sono affidati in cura gli interessi legittimi; in questo senso, secondo la più accreditata e recente tendenza giurisprudenziale di Cassazione si può affermare l'esistenza di una doppia tutela del privato nei confronti di un atto ovvero di un comportamento della pubblica amministrazione in funzione della natura della posizione giuridica, diritto soggettivo o interesse legittimo, dedotta in giudizio.*

Da un punto di vista normativo al giudice amministrativo è attribuita piena giurisdizione in materia di risarcimento del danno, nel senso della cura di ogni forma di tutela a favore delle posizioni soggettive attribuite alla sua cognizione.

La materia della giustizia amministrativa ha assunto una tale importanza ultimamente da meritare una trattazione a se, così come avviene anche nell'ambito didattico del diritto amministrativo; pertanto, stante la vastità della materia, appare opportuno rinviare alla manualistica specialistica relativamente alla materia del diritto processuale amministrativo.

Pur tuttavia per una questione di sintesi e completezza appare opportuno accennare ai principali argomenti teorici di maggior rilievo.

In attuazione di un principio costituzionale sono stati istituiti i tribunali amministrativi regionali i quali possono essere definiti organi locali di giustizia amministrativa ripartiti in base alla competenza territoriale per ciascuna regione; essi hanno tre differenti specie di giurisdizione secondo le tipologie sotto indicate:

- *di legittimità, nell'ambito della quale il processo è di tipo impugnatorio, finalizzato all'annullamento dell'atto, ritenuto viziato in termini di legittimità; in effetti in questa sede trovano riscontro anche i profili risarcitori sia per equivalente che in forma specifica;*
- *di merito, limitatamente quei pochi e residuali casi in cui il giudice eccezionalmente decide anche nel merito;*
- *esclusiva, per quanto riguarda taluni "blocchi di materie" nei casi previsti dalla legge;*

La materia ha subito radicali trasformazioni ai sensi degli articoli 33, 34 e 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e della legge 21 luglio 2000, n. 205 che hanno completamente mutato il quadro.

Ai T.A.R. spettano inoltre la competenza in materia di cognizione di ricorsi elettorali; il principio di doppio grado di giurisdizione nell'ambito della giurisdizione amministrativa si risolve nell'attribuzione al Consiglio di Stato della funzione di giudice di secondo grado rispetto alle decisioni dei tribunali amministrativi.

Il processo amministrativo risponde ai principi di seguito sinteticamente richiamati:

- *l'iniziativa è di parte e il contenzioso si instaura solo di seguito ad un ricorso (**principio della domanda**); conseguentemente il giudice non procede d'ufficio ed il giudicato non può andare oltre la richiesta rappresentata nella domanda; inoltre le parti fanno progredire il processo secondo il principio **dell'impulso processuale di parte**;*
- *in ogni fase del processo tutti i soggetti interessati alla controversia hanno strumenti equivalenti al fine di determinare la decisione del giudice (**principio del contraddittorio**);*
- *nel corso dell'istruttoria il giudice ha l'iniziativa relativamente all'acquisizione della prova;*

- il processo viene trattato oralmente (**principio dell'oralità**) è possibilmente in un'unica udienza (**principio della concentrazione**);
- la decisione nell'ambito del processo amministrativo è di natura collegiale mentre al presidente spettano taluni limitati poteri istruttori (**principio della collegialità**);
- tempestività della tutela giurisdizionale secondo il principio della **ragionevole durata del processo**, previsto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo;

In sede di trattazione della giustizia amministrativa suole collocarsi la materia della tutela amministrativa anche se non si pone alcun intervento da parte dell'autorità giurisdizionale ma piuttosto si opera avverso un atto con un altro provvedimento di secondo grado, finalizzato alla soluzione della controversia nell'ambito della pubblica amministrazione medesima; in tali casi la potestà di risolvere **internamente** tali controversie rientrerebbe in una delle espressioni di autotutela decisoria; atteso però che tale potere decisionale non è attribuito alla pubblica amministrazione a tutela di un proprio interesse ma piuttosto al fine di decidere circa la sorte di una controversia in **funzione di imparzialità** si preferisce parlare di **autodichia**.

In questo ambito rientrano tutti i tipi di ricorso amministrativo previsti dall'Ordinamento:

- **ricorso gerarchico**, definito quale rimedio impugnatorio, generale, avverso un atto non definitivo, rivolto all'organo gerarchicamente superiore rispetto a quello che ha emanato l'atto ritenuto lesivo di diritti soggettivi ovvero di interessi legittimi, relativamente al profilo della legittimità o del merito; in taluni casi eccezionalmente e tassativamente previsti dalla legge, qualora manchi un rapporto di gerarchia in senso tecnico, fra gli organi coinvolti il rimedio è qualificato **ricorso gerarchico improprio**;
- **ricorso in opposizione**, che è un rimedio eccezionale avverso un atto non definitivo, previsto a tutela di diritti soggettivi ovvero di interessi legittimi, relativamente al profilo della legittimità o del merito, rivolto allo stesso organo che ha emanato l'atto impugnato;
- **ricorso straordinario al Presidente della Repubblica** previsto quale rimedio generale avverso un atto definitivo ritenuto lesivo di diritti soggettivi ovvero di interessi legittimi, relativamente al solo profilo della legittimità; è opportuno ricordare che il ricorso è deciso con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del ministro competente e previo parere **parzialmente vincolante** del Consiglio di Stato; in termini pratici ciò significa che se il ministro intende proporre una decisione difforme dal parere dovrà far deliberare la decisione dal Consiglio dei Ministri; inoltre si ricordi che il ricorso straordinario è **alternativo** rispetto al rimedio giurisdizionale, con la conseguenza che se l'atto è stato già impugnato con ricorso giurisdizionale il rimedio amministrativo è inammissibile mentre se il ricorso straordinario è stato già presentato, l'atto censurato non sarà più impugnabile per via giurisdizionale.

bila je dugodnevnica tog jutra 1999.god. u Beogradu i jos uvek je bio rat.....