

## **Introduzione**

Con la presente ricerca, di tipo compilativo, ci si è posti due obiettivi: il primo, volto alla raccolta di una serie di elementi funzionali alla descrizione dello “stato dell’arte” inerente lo specifico carattere dell’azione amministrativa pubblica definito con il termine *"discrezionalità"*; il secondo, teso alla definizione delle c.d. *patologie vizianti* degli atti amministrativi, questi ultimi quali strumenti dell’esercizio del potere pubblico. Ciò tenendo in particolare considerazione le modifiche intervenute nel corpo della legge n.241 del 7 agosto 1990, *"Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"*, a seguito dell’entrata in vigore della legge n.15 dell’11 febbraio 2005.

La ricerca svolta è stata diretta ad evidenziare gli elementi più rilevanti attinenti l’esercizio di quel potere attribuito dal legislatore all’apparato burocratico, volto alla tutela degli interessi premessi e definiti dall’assemblea dei rappresentanti dei consociati.

Con particolare riferimento al carattere discrezionale dell’attività amministrativa, si precisa che l’interesse verso tale argomento nasce dalla consapevolezza che lo svolgersi quotidiano delle innumerevoli attività, nell’ambito del gruppo sociale di appartenenza, sia esso a livello nazionale che internazionale, determina, necessariamente, il possesso della capacità delle strutture burocratiche amministrative di farsi veri ed equilibrati interpreti di quei principi, quelle norme e di tutte quelle regole che sono poste al fine di permettere alla società odierna di sperare, per il futuro, nello sviluppo economico, sociale e politico favorevole agli individui che ne fanno parte. E’ indubbio, quindi, che nonostante siano spesso svolte critiche al sistema burocratico e politico, dovute con frequenza a fatti riconducibili a comportamenti individuali illeciti assolutamente censurabili, è un fatto che, nella società attuale, l’esistenza della connessione tra politica ed

amministrazione e l'esistenza degli apparati amministrativi burocratici, siano un'esigenza insostituibile per l'ordinato svolgersi della vita di ognuno. Inoltre, in tante occasioni, la capacità di realizzazione di quei principi di imparzialità e buon andamento contenuti nella nostra Carta Costituzionale rappresentano la dimostrazione della concreta possibilità che la trasposizione concreta di tali principi sia, oltre che possibile, necessaria per garantire una civile convivenza tra individui con aspirazioni, idee e valori eterogenei. E' in tal senso che il corretto esercizio del potere attribuito alle istituzioni, esplicito in quella particolare forma, quella discrezionale, che le vede protagoniste della funzione di ponderazione degli interessi, viene in rilievo in tutta la sua importanza.

L'analisi degli aspetti patologici dell'atto amministrativo è stato il logico prosieguo del lavoro svolto nella prima parte di questa ricerca. L'interesse verso gli elementi di invalidità degli atti amministrativi nasce dalla sensazione che l'accertata invalidità, soprattutto nel caso di vizi di legittimità, rappresenta, di fatto, una sorta di "sconfitta" del sistema. Sconfitta che si concretizza appunto nell'atto invalido, quale esito non positivo dell'esame giurisdizionale e, in tal modo, del vaglio posto in essere da un'autorità super partes rispetto alle parti in azione. Sconfitta, nel senso che non rappresenta certo l'esito che il legislatore ha previsto, allorché ha provveduto a dislocare quell'insieme di procedure, all'interno del procedimento amministrativo, al fine di consentire all'amministrazione l'adozione di un provvedimento ponderato, legittimo e ragionevole. Secondo una diversa logica però, osservando tale argomento da un punto di vista diametralmente opposto, si potrebbe affermare che l'invalidità, o meglio la possibilità offerta dal sistema di verificare la legittimità dell'atto amministrativo, nel caso di presenza di vizi, sia da considerarsi una "vittoria" del sistema, per la sua capacità di rappresentarsi quale struttura organizzata in grado di offrire garanzie di democraticità. In conclusione appare lecito affermare che entrambe le interpretazioni sopra esposte, di

fatto, convivono all'interno del sistema e giustificano l'esistenza dell'ordinamento e della giurisdizione amministrativa. Nel complesso tali visioni delineano i termini od i limiti oltre i quali l'attività amministrativa non può che tradire la propria funzione e diviene qualcosa di diverso, di non conforme, di arbitrario rispetto a quanto invece voleva essere l'intento del legislatore.

## **Capitolo I° - Principi costituzionali e discrezionalità amministrativa**

### *1.1- Il principio democratico.*

Il primo dei principi enunciati dalla Carta Costituzionale è il principio democratico (art.1). Esso delinea la distinzione tra cariche elettive e pubblici uffici il cui accesso è stabilito per concorso (art.97). Ciò comporta pertanto l'instaurazione di una condizione di sovraordinazione delle cariche elettive nei confronti dei pubblici uffici<sup>1</sup>. Ciò implica che compete all'organo di governo stabilire e perseguire l'unità di intenti di ordine politico e amministrativo, quest'ultimo, attraverso l'attività dell'amministrazione. L'apparato burocratico, funzionale a quello politico, è pertanto reclutato in base ad un criterio diverso da quello democratico, il cd.criterio meritocratico. In tale connessione funzionale l'apparato amministrativo è governato da principi, quali l'imparzialità ed il buon andamento e da altri principi generali (cfr. Cap.II°, par.2.2, cui si rimanda) che non sono in alcun modo correlati alle modalità ed ai principi che invece regolano l'elezione alle cariche elettive.

Si è ritenuto quindi che, sottraendo alla classe politica l'attività meramente gestionale e conferendo la responsabilità di tale attività all'apparato burocratico, costituito da soggetti reclutati in base alle capacità professionali, si sarebbe potuto assicurare un'amministrazione meno soggetta a fenomeni di commistione tra affari e politica o comunque meno soggetti a pressioni di tipo elettoralistico che potessero avere un impatto decisamente negativo anche sulle singole decisioni amministrative<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> G.CORSO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino 2015<sup>7</sup>, p.155

<sup>2</sup> L.BUSICO, *Brevi riflessioni sul principio di distinzione tra politica e gestione negli enti pubblici a quindici anni dalla sua introduzione*, 2006, (www.diritto.it) [25/02/2017]

Le riforme di cui alla legge n.142/1990 e del decreto legislativo n.29/1993 hanno, inoltre, voluto avvicinare le amministrazioni pubbliche al modello aziendalistico di gestione delle imprese private, attribuendo ai dirigenti, titolari delle attività gestionali, un ruolo spiccatamente manageriale.

Va ricordato che nella nostra Costituzione vige inoltre il principio della separazione dei poteri, principio comune a tutti gli ordinamenti liberal democratici. Non è rintracciabile, all'interno del corpo del testo costituzionale, un espresso richiamo a tale principio, ma una serie di previsioni ne danno attuazione. La separazione dei poteri prevede la reciproca indipendenza del potere legislativo, del potere esecutivo-amministrativo e del potere giudiziario.

In quest'ottica la Costituzione, nella definizione degli organi e degli apparati dello Stato, conferma che l'amministrazione è funzionalizzata al potere esecutivo, infatti sotto il titolo (III della parte II) del «governo» sono contemplati: il Consiglio dei ministri, la pubblica amministrazione e gli organi ausiliari. Anche l'organizzazione dei poteri esprime tale connessione allorquando individua, tra i poteri affidati al Presidente del Consiglio, quelli di unità di indirizzo politico e amministrativo oltretutto di promuovere e coordinare l'attività dei ministri. Come noto, i ministri possiedono una doppia veste: la prima, ravvisabile nell'assunzione della responsabilità collegiale degli atti del Consiglio dei ministri, la seconda, allorquando essi assumono, con l'incarico, la responsabilità individuale per gli atti dei rispettivi dicasteri. Scaturisce chiaramente allora il collegamento tra indirizzo politico e quello amministrativo, espressione del vincolo esistente tra l'attività politica e quella amministrativa. La connessione ora esaminata si ravvisa anche nelle altre strutture politiche a livello territoriale e locale laddove spesso si ricostruisce il medesimo meccanismo, riservando cioè all'organo consigliare un maggior potere di indirizzo politico ed all'organo esecutivo la possibilità di attribuzioni di carattere amministrativo in date

condizioni. Infatti nella legge 388 del 23 dicembre 2000, all'art.53, comma 23, viene concessa la possibilità, anche in deroga a quanto disposto all'art.3, commi 2, 3 e 4 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n.29, e successive modificazioni, e all'art.107 del decreto legislativo n.267/2000, sull'ordinamento degli enti locali, con il fine di operare un contenimento della spesa per gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, di adottare disposizioni regolamentari organizzative, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale.

### *1.2 - Il principio di legalità*

Appare rilevante, nell'esame del quadro costituzionale dell'amministrazione, il rapporto tra legge e amministrazione che traspare dalla norma costituzionale (art 97, comma 2), nel momento in cui dispone che «i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

Si tratta della disposizione costituzionale più significativa e di valenza generale che presiede a tutto l'impianto organizzativo e funzionale degli enti pubblici. Se non esistessero le norme costituzionali e le norme regolatrici poste da leggi, l'amministrazione pubblica avrebbe un potere assoluto ed indeterminato di organizzare se stessa in ragione dei fini e delle funzioni ad essa affidati.

La previsione che l'organizzazione amministrativa sia disciplinata dalla legge o comunque secondo disposizioni di legge è inoltre coerente con il citato principio democratico; infatti se è vero che è la legge, nei limiti stabiliti dalla Costituzione, che determina fini e interessi generali, e l'amministrazione, quale apparato funzionale, cioè costituente lo strumento attraverso il quale tali fini vengono perseguiti, è di tutta evidenza che

l'organizzazione e l'ordinamento della pubblica amministrazione debbano essere disciplinate dalla legge.

Ciò anche in ossequio al principio della certezza giuridica, principio posto a tutela del cittadino il quale deve poter svolgere la propria vita all'interno di regole conosciute in anticipo in modo da potersi conformare ad esse e non subire alcuna sanzione per l'inosservanza di norme da lui non conosciute.

Affermare che l'organizzazione e l'ordinamento della pubblica amministrazione debbano essere disciplinate dalla legge, oltre che stabilire una riserva di legge, comporta che le linee fondamentali di tali organizzazioni potranno essere determinate dal Parlamento e non dal Governo, disegnando così una distribuzione del potere politico tra organi costituzionali.

A fronte della previsione di una riserva di legge in ordine all'organizzazione degli uffici, si pone la questione di identificare quali uffici debbano essere regolati, anche in ragione al fatto che il termine "ufficio" si presta ad interpretazioni più o meno ampie. La Corte Costituzionale intervenuta sul tema ha ritenuto infatti che non tutti gli uffici pubblici debbono essere regolati dalla legge; pertanto gli uffici senza rilevanza esterna, ossia meri uffici, non avranno la necessità di essere istituiti e disciplinati dalla legge. E' quindi attraverso la qualificazione della funzione degli organi che è possibile identificare quelli che devono essere disciplinati con legge.

Sussiste quindi, in tema di organizzazione degli uffici, una riserva di legge relativa. La riserva presuppone vi sia una quota di funzioni da regolare, un limite stabilito dalla legge. Ciò non comporta che l'amministrazione nella parte in cui non opera la regolamentazione sia completamente libera.

Occorre notare che, in tal caso, si verterebbe nell'attribuzione di un ambito decisorio sostanzialmente autonomo e libero ovvero, nel caso di

imposizione di spazi estremamente ridotti, dove relegare l'ambito operativo dell'attività discrezionalità, la regolamentazione diverrebbe completamente vincolante. Le due ipotesi limite sono entrambe non funzionali poiché verrebbe pregiudicato il principio di buon andamento; infatti, nel primo caso prospettato, l'amministrazione si troverebbe ad operare senza una guida, senza una base di principi e criteri direttivi; la seconda ipotesi condurrebbe invece alla preclusione della funzione amministrativa di adeguamento della struttura al fine di perseguire al meglio la cura degli interessi affidati.

Sulla questione la Corte Costituzionale, (sent.n.150/1982) ha enunciato il principio di *legalità sostanziale*; esaminando il ricorso proposto da alcune Regioni contro un atto statale di indirizzo e coordinamento delle funzioni regionali, ha ritenuto che l'uso dell'atto amministrativo, con cui quella funzione viene esercitata, è giustificato solo se si trova un legittimo ed apposito supporto nella legislazione citata.

La legge nell'istituire un organo deve quindi, necessariamente, provvedere ad affidargli una platea di specifiche potestà tese alla cura degli interessi considerati. Non solo la potestà deve essere attribuita all'organo, ma deve altresì essere definito l'ambito delle competenze ossia l'indicazione della specie di provvedimenti che i singoli organi potranno adottare<sup>3</sup>. L'attribuzione della potestà è quindi finalizzata al soddisfacimento di un determinato interesse pubblico, pertanto l'esercizio del potere diviene doveroso, costituisce cioè elemento di obbligatorietà a carico dell'amministrazione, obbligo oggi fondato nell'art 2 della legge n.241/1990 dove è previsto: «*Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso*» .

---

<sup>3</sup> G.CORSO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op.cit. p.188.

Ne deriva che almeno in questi due casi citati non vi è dubbio che l'esercizio del potere sia doveroso.

Ciò porta a concludere che la previsione costituzionale si è rivolta in modo evidente all'organizzazione dell'amministrazione allorquando statuisce che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, ma volge subito l'attenzione al potere amministrativo quando afferma che nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari. Sfere di competenza e attribuzioni che rappresentano i confini entro i quali si dispiega l'esercizio del potere amministrativo. Ciò conduce a dedurre che senza legittimazione legislativa non può esistere potere amministrativo, potere che trova la propria radice e nel contempo vincolo nella legge<sup>4</sup>.

### 1.3 - *Discrezionalità amministrativa*

Altra caratteristica del potere amministrativo è la discrezionalità.

La necessità che il potere amministrativo agisca entro limiti di discrezionalità, nell'ambito dello svolgimento dell'attività amministrativa, discende dal carattere generale e astratto della legge. Infatti la legge, dovendo rivolgersi in generale a tutti i consociati, espressione del carattere universale, non può soffermarsi alla trattazione dettagliata dei singoli casi concreti. Ecco allora la necessaria attività che è posta in capo all'amministrazione, la quale ha il compito di applicare la legge secondo esigenze di flessibilità e di aderenza alle circostanze concrete, caratteristiche incorporate oggi nel principio di buon andamento dell'amministrazione (art.97 Cost.).

Ma il potere discrezionale non è la sola modalità di esercizio del potere amministrativo. Determinate attività della pubblica amministrazione

---

<sup>4</sup> R.CHIAPPA, *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, tratto da R.CHIAPPA-V.LOPINATO, *Studi di diritto amministrativo*, 2007, p.2, ([www.siaaitalia.it](http://www.siaaitalia.it)) [26/02/2017]

si possono ridurre a meri atti di accertamento. In tal caso non sussistono gli spazi per un'eventuale valutazione discrezionale da parte dell'amministrazione. Le ipotesi in tal senso sono numerose e solo a titolo di esempio si prenda in considerazione l'articolo 19 della legge n.241/1990, laddove si afferma, nelle ipotesi di autorizzazione *«il cui rilascio dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e requisiti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non vi sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli stessi»*; ecco che, in tal caso, l'atto di autorizzazione è sostituito dalla segnalazione certificata di inizio attività. In tali evenienze dunque l'attività della pubblica amministrazione non può che risolversi nella verifica successiva dei presupposti e requisiti di legge, senza che debba essere posta in essere una vera e propria attività valutativa discrezionale. Ciò accade quando il legislatore detta le regole, quando cioè la disciplina del potere è completa, determinando che l'attività dell'amministrazione sia del tutto predeterminata, il cui esito non è altro che conseguenza necessario.

Occorre notare però che, nella maggioranza dei casi al termine della fase istruttoria, all'organo competente ad adottare il provvedimento finale vengono rappresentate diverse vie percorribili ovvero sia ad esso consentito scegliere tra diverse possibili soluzioni tutte idonee a costituire la soluzione del processo decisionale. Ecco che in tal caso il potere di scegliere tra più ipotesi qualifica il concetto di discrezionalità amministrativa. La specificazione necessita in quanto non deve confondersi con la diversa possibilità di scelta offerta all'amministrazione nei suoi rapporti con il privato che si svolge con i poteri di autonomia privata. In tal caso quindi, quando l'amministrazione definisce un appalto con un soggetto avvalendosi appunto degli strumenti di carattere privatistico, se da un lato esprime, in coerenza con quanto sopra affermato, il concetto di discrezionalità, esso

non è il medesimo per natura poichè non deriva dall'esercizio del potere amministrativo attribuito dalla legge.

Corre l'obbligo a questo punto delineare con maggiore precisione in quali ambiti la discrezionalità dell'amministrazione possa essere meglio parcellizzata, cioè l'ambito di operatività della discrezionalità.

La dottrina ha ipotizzato tali ambiti indicando che la scelta potrà riguardare se adottare o meno adottare il provvedimento, cioè l'*an*, entro quale termine, con ciò determinando il *quando*, ed ancora secondo quali modalità, prescrizioni o clausole il provvedimento potrà essere adottato, indicando in tal modo il *quomodo*; infine la dottrina rileva che anche il contenuto, il *quid*, del provvedimento finale è elemento discrezionale dell'amministrazione.

Un'ulteriore specificazione della discrezionalità riguarda la cd. *discrezionalità tecnica*. Questa tipologia di valutazione ricorre allorché il provvedimento richiesto all'autorità amministrativa debba essere adottato in ragione di conoscenze specialistiche o di regole o criteri non giuridici, ma scientifici. Alcuni autori hanno guardato con diffidenza a tale definizione poiché parrebbe nascondere la giustificazione al divieto per il giudice adito di sindacare l'atto di discrezionalità tecnica. Si vuole in tal senso affermare che il giudice non può sostituire il proprio giudizio, fondato sulla scienza del diritto, a quello prodotto dall'amministrazione all'esito di un procedimento fondato sostanzialmente su una scienza od una tecnica diversa dal diritto. In realtà il richiamo alle ragioni scientifiche non consente di ammettere alcuna sorta di *riserva di amministrazione*, al contrario costituisce la premessa della sua verificabilità, in quanto tale caratteristica potrà ben essere accertata dalla comunità scientifica<sup>5</sup>.

#### 1.4 - Sindacato sulla discrezionalità amministrativa

---

<sup>5</sup> G.CORSO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, op.cit., p.198.

Il sindacato sulla discrezionalità degli atti della pubblica amministrazione diviene quindi un ulteriore elemento di riflessione.

La Fonte costituzionale all'art. 113 afferma che: « contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa». Il problema che si pone quindi riguarda come possa conciliarsi la relativa libertà di scelta dell'amministrazione con la decisione del giudice quale espressione di tutela di un diritto o di interesse che il titolare ritiene leso. Ebbene si può affermare che oggi il giudice amministrativo non può che astenersi da valutazioni sul contenuto di merito dell'atto, nel senso di opportunità e convenienza, concentrando maggiormente la propria attenzione sulle modalità attraverso le quali l'amministrazione è pervenuta all'adozione del provvedimento.

Le regole sancite dalla legge n.241/1990, inerenti il procedimento amministrativo, sono finalizzate tra l'altro a incentivare la partecipazione del privato e degli interessati al procedimento stesso, ciò allo scopo di garantire le migliori condizioni per l'esercizio del potere mediato dalla ponderazione degli interessi in gioco ed altresì limitare il contenzioso.

### 1.5 - *La ragionevolezza*

Quale ulteriore vincolo, con il quale l'amministrazione dovrà confrontare le proprie modalità di scelta e di valutazione, tenendo in giusta considerazione le circostanze di fatto, dei precedenti e del contesto complessivo, è opportuno accennare al principio di *ragionevolezza*, allo stesso modo in cui il giudice, chiamato a decidere, dovrà verificare se la decisione adottata è conforme anche a tale principio.

In merito vi è chi osserva che :

*«In forza del principio di ragionevolezza l'azione amministrativa si deve adeguare ad un canone di razionalità operativa, in modo da evitare delle decisioni arbitrarie ed irrazionali. In particolare, attraverso l'affermazione del criterio di ragionevolezza, si intende rimarcare che l'operato della Pubblica Amministrazione deve essere immune da censure sul piano della logica, aderente ai dati di fatto ed agli interessi emersi nel corso dell'istruttoria e coerente con le premesse ed i criteri fissati dalla stessa Pubblica Amministrazione»<sup>6</sup>.*

L'azione dell'amministrazione deve aderire quindi a criteri di razionalità. L'azione dei pubblici poteri deve essere in qualche modo *soppesata* razionalmente, in modo che l'agire dei pubblici poteri non possa sfociare nella prevaricazione. In merito vi è chi osserva:

*«che l'azione della Pubblica Amministrazione debba essere ragionevole, logica, non arbitraria può considerarsi jus receptum quanto meno a partire dalla fine del Seicento [...] tutti sono ormai culturalmente convinti di questo assioma: l'azione dei pubblici poteri deve essere "misurata" razionalmente. L'antidoto contro il dispotismo, cioè contro l'arbitrio nell'esercizio del potere, è la ragione»<sup>7</sup>.*

Compito del legislatore è l'attribuzione del potere ed è la tipicizzazione del fine da raggiungere, quello che si può definire l'interesse pubblico concreto e conseguentemente il potere attribuito deve consentire un passaggio logico e razionale dall'astrattezza della norma giuridica alla concretezza dell'atto amministrativo.

Accanto a quelli sopra accennati, esistono ulteriori parametri di riferimento a cui il giudice adito dovrà riferirsi al fine di pervenire alla

---

<sup>6</sup> A.AMAOLO, *Pubblica amministrazione: i principi di ragionevolezza e proporzionalità*, 2010, in (www.overlex.com) [25/02/2017]

<sup>7</sup> F.MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, «Lezioni magistrali» 46, 2011, p.8.

propria decisione, ma per una più completa e specifica disamina si rimanda alla successiva parte relativa ai vizi dell'atto amministrativo.

### *1.6 - Evoluzione interpretativa dei principi costituzionali.*

Occorre notare una certa disarmonia dottrinale storica nell'approfondimento dei temi inerenti imparzialità, buon andamento e discrezionalità amministrativa dovuti principalmente ad una visione della Carta Costituzionale, oggi in via di superamento, ritenuta avente scopo prettamente programmatico. Oggi a seguito della mutata considerazione, in senso di norma precettiva in particolare dei principi di imparzialità e buon andamento, l'orientamento prevalente vuole che l'applicazione di tali principi all'amministrazione pubblica sia particolarmente rilevante sotto il profilo di soggetto erogatore di servizi e prestazioni per la collettività.

Tra le motivazioni alla base di questa evoluzione interpretativa alcuni autori indicano la necessità di far fronte all'evoluzione del cd.stato sociale e dai compiti che questo deve svolgere attraverso la pubblica amministrazione; le relative potestà attribuite che sono esercitate in un continuum costantemente variabile tra quella che si definisce attività vincolata e, sul lato opposto, quella discrezionale. Oltre a ciò non è possibile non considerare il potenziamento degli istituti partecipativi che hanno portato la pubblica amministrazione a confrontarsi spesso con un modello organizzativo di tipo paritetico attraverso il quale svolgere la propria azione.

Se si vuol pervenire ad una sufficiente definizione dell'ambito di esercizio dei poteri attribuiti alla pubblica amministrazione occorre, ancora un volta, richiamare l'art.97 Cost. poiché dalla sua lettura trapela la limitazione attuativa ed organizzativa tendente a circoscrivere e delimitare l'operato della pubblica amministrazione. Appare quindi corretto affermare che imparzialità e buon andamento debbano essere considerati gli argini

entro i quali l'azione discrezionale della pubblica amministrazione possa dispiegarsi.

### 1.7- *Il principio di imparzialità.*

Occorre allora introdurre brevemente il principio di imparzialità.

Il concetto di imparzialità è caratterizzato da confini non chiaramente definiti stante la sua attitudine ad essere determinante nella regolamentazione di una serie indefinita di fattispecie. Non vi dubbio inoltre che le sempre maggiori presenze, nel sistema ordinamentale, delle autorità amministrative indipendenti costituisca un'ulteriore espressione di «imparzialità» distinta dal principio di cui all'articolo 97 della Costituzione. Ciò è determinato dal fatto che la cd. neutralità delle autorità amministrative indipendenti assume una veste particolare, determinata dalla condizione di organismo arbitrale, deputato alla regolamentazione e definizione dei conflitti, piuttosto che amministrativo.

Ma al di là delle possibili considerazioni in ordine al ruolo delle autorità amministrative indipendenti e della loro peculiare attribuzione di poteri, in linea più generale è possibile definire il principio di imparzialità come quella attenzione particolare della pubblica amministrazione, nello svolgimento della propria azione, alla corretta ponderazione degli interessi in gioco, ponendo particolare attenzione alla necessità di non favorire pregiudizialmente interessi portati al vaglio dell'amministrazione<sup>8</sup>, tenendo quindi comportamenti non lesivi dei diritti e interessi dei singoli attraverso il coinvolgimento ed il dialogo, garantendo la più ampia partecipazione al procedimento. E' certamente vero quindi che la pubblica amministrazione ha il dovere di collocarsi sempre in una posizione ideale di imparzialità, ma ciò non toglie che essa nella propria discrezionalità possa assumere decisioni con carattere di parzialità. Sul punto si osserva che dottrina

---

<sup>8</sup> G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova, 2012<sup>8</sup>, p.622.

prevalente sostiene che la parzialità della pubblica amministrazione è di fatto già ravvisabile all'inizio del procedimento amministrativo laddove l'organo competente provvede alla determinazione dei pubblici interessi che la legge attribuisce alle cure della pubblica amministrazione; altra autorevole dottrina definisce la parità di trattamento quale assenza di favoritismi<sup>9</sup> temperata al principio di ragionevolezza. Secondo questa tesi il concetto di imparzialità è determinato a ritroso, supponendo che parzialità dell'azione amministrativa è il risultato infausto della mancata ponderazione di tutti gli interessi oggetto di tutela.

Ecco come nell'ambito dell'attività amministrativa assume rilevanza l'attività imparziale del *responsabile del procedimento*, (art.5 legge n.241/1990) il quale, attraverso l'ammissione al procedimento amministrativo di tutti gli aventi titolo, fa sì che il contenuto del principio costituzionale spieghi i propri effetti, dal che, eventuali esclusioni, non opportunamente e logicamente giustificate, potranno essere sindacabili per disparità di trattamento.

Nella forma della concretezza della prassi, che si realizza attraverso l'accesso dell'interessato agli uffici amministrativi, il principio di imparzialità diviene dovere d'ufficio per il funzionario pubblico incaricato, determinandone il comportamento ufficiale, che deve essere disinteressato ed in posizione di terzietà nell'ambito del procedimento.

### 1.8 - *Il principio di buon andamento*

E' rilevante ora soffermarsi sul principio costituzionale che precede, all'interno del disposto ex art.97 Cost., il principio di imparzialità; si tratta del principio di buon andamento, che oggi deve essere parametrato agli indicatori economici conosciuti come *efficienza* ed *efficacia* che sono divenuti parametri giuridici, riferimenti necessari, ad esempio, per

---

<sup>9</sup> GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, pp.89 e ss.

l'organizzazione del sistema di valutazione delle performance ovvero per il sistema dei controlli.

Quanto detto induce a ritenere che la potestà discrezionale in capo alla pubblica amministrazione debba essere esercitata anche secondo principi di produttività, riconoscendo la necessità che l'azione amministrativa nel suo complesso sia rivolta anche all'ottenimento di risultati non economici in linea generale, ma in termini di maggiori e migliori servizi per la collettività.

E' indubbio infatti che la pubblica amministrazione sino ad oggi non sia stata in grado di procedere al proprio sviluppo, al fine di migliorare e garantire servizi concorrenziali rispetto agli operatori privati. E' interessante sottolineare che una caratteristica peculiare del terziario in Italia è data dal fatto che molti servizi privati sono nati a causa dell'inefficienza del servizio pubblico, con l'effetto di moltiplicare e duplicare alcune tipologie di servizi. I correttivi legislativi sviluppatisi nel tempo hanno tentato quindi di riorganizzare e ridefinire la pubblica amministrazione, in special modo nella sua funzione di erogatrice di servizi, secondo il cd.*modello dell'amministrazione imprenditoriale*, in alternativa al modello di organizzazione burocratica costosa e inefficiente. Tale evoluzione deve tenere comunque in considerazione le differenze sostanziali tra privato e pubblici uffici quali: la soggezione all'indirizzo politico amministrativo della pubblica amministrazione, soggetto spesso a modifiche sostanziali in ragione dell'alternanza politica in occasione delle consultazioni elettorali che a vari livelli modificano con più o meno frequenza gli obiettivi politici che devono poi trovare attuazione a livello amministrativo; la finalità dell'erogazione del servizio a fronte della fornitura di beni e servizi privati; la mancanza di finalità di lucro, a tutela dei diritti, in opposizione alla ricerca del profitto da parte del privato; la

contrapposizione tra la soddisfazione diretta del cliente in ambito imprenditoriale privato e la tutela dei diritti del pubblico<sup>10</sup>.

Il principio di buon andamento oggi non è più declinabile secondo ormai superate impostazioni dottrinali, che pretendevano di relegare il concetto di buon andamento in una sorta di rete relazionale tra poteri pubblici, posta allo scopo di una migliore programmazione e gestione della funzione di governo<sup>11</sup>. Questa descrizione è riconducibile ai primi interpreti della carta costituzionale i quali ritenevano che principio di buon andamento fosse sostanzialmente una norma programmatica, una norma di orientamento dell'attività amministrativa, mentre oggi, a seguito dell'evoluzione normativa sfociata da ultimo nella legge n.241/1990, tali considerazioni sono state superate pervenendo ad una declinazione in concreti obblighi giuridici.

Un'ulteriore riflessione è ricavabile dall'analisi dell'articolo 97 Cost. laddove attenta dottrina ha discusso la necessità di una lettura congiunta dei principi costituzionali, sopra accennati, secondo direttive di efficienza oltre che di imparzialità al fine di pervenire alla piena realizzazione della persona quale soggetto titolare di diritti inviolabili.

Nell'ambito dell'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione occorre ampliare l'ambito di analisi ammettendo che non sia possibile prescindere dal considerare che l'azione amministrativa subisca limitazioni, oltre che dalla presenza dei vincoli di ordine costituzionale, anche per l'insistenza di limitazioni, obblighi e quindi ulteriori vincoli di fonte legislativa. E' il caso previsto ad esempio dall'art.12 della legge n.241/1990, laddove obbliga la pubblica amministrazione ad indicare anticipatamente i criteri in base ai quali potranno essere attribuiti vantaggi economici ai consociati. Tale norma è

---

<sup>10</sup> C.MERCURIO, *Sociologia del lavoro*, (www.unimarconi.it)[26/01/2017]

<sup>11</sup> A.ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione pubblica*, «Ist. giur. Fac. econ. comm.» Padova, 1979; Sepe, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975, in L.LEVITA, *L'attività discrezionale della pubblica amministrazione*, "Professionisti", 2008.

l'esito di una rilevante elaborazione giurisprudenziale, volta a definire gli ampi margini della discrezionalità amministrativa nell'ambito dell'erogazione di sussidi e contributi al fine di evitare che le scelte amministrative si trasformino in arbitrio.

Questo vincolo può trovare applicazione anche al di là della sola veste autoritativa, infatti una lettura combinata tra il disposto di cui all'art.12 e l'art.1 della legge n.241/1990, induce ad avvalorare tale conclusione, essa, infatti, appare assai rilevante se si considera che anche i soggetti privati sono tenuti al rispetto di questi principi (art.1 c.1-ter). La lettura del dispositivo normativo consente di affermare che l'attività di gestione posta in essere dai soggetti privati rappresenta, da un lato la tipica organizzazione interna, soggetta alle norme di diritto privato, mentre dall'altro un'attività amministrativa soggetta alle norme ed ai principi pubblicistici.

### 1.9 - Il principio di proporzionalità

Osserva il Romagnosi: *«La regola direttrice dell'amministrazione in questo conflitto (col privato) si è far prevalere la cosa pubblica alla privata entro i limiti della vera necessità, con minimo possibile sacrificio della privata proprietà e libertà»*<sup>12</sup>. Qui la prevalenza della cosa pubblica non colpisce il fine, ma il mezzo.

Si tratta quindi di un concetto di relazione tra il mezzo ed il diritto attribuito al privato. In sostanza si sottolinea la necessità che l'amministrazione nell'esercizio del potere non utilizzi mezzi sproporzionati e in tal caso potenzialmente lesivi della libertà del cittadino.

L'approfondimento svolto dalla giurisprudenza tedesca ha indagato il ragionamento logico sull'applicazione di tale principio ed ha individuato

---

<sup>12</sup> G.D.ROMAGNOSI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano 1814, p.16 ss, in F.MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, «Lezioni magistrali», op. cit.p.34 ss.

un triplice passaggio che ne costituisce l'essenza. L'idoneità, la necessarietà e la proporzionalità del provvedimento assunto, il quale incide un diritto fondamentale<sup>13</sup>. Pertanto sarà cura dell'autorità accertare inizialmente l'appropriatezza della misura, indi la necessità, nel senso che la misura non superi quanto è necessario, ed infine la proporzionalità, cioè la ponderatezza tra l'interesse collettivo e il sacrificio richiesto al singolo.

In quest'ottica il contenuto del principio di proporzionalità, permeato in sede europea dall'ordinamento tedesco, si caratterizza per la correlazione con diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti e garantiti. Non appare quindi distante il principio di proporzionalità della giurisprudenza europea dal principio di ragionevolezza in sede italiana. Si noti comunque che la proporzionalità appare di portata meno ampia, poiché attestata in particolar modo su quella tipologia di provvedimenti aventi natura restrittiva, rispetto al principio di ragionevolezza, che possiede carattere più ampio e onnicomprensivo di qualsiasi provvedimento amministrativo discrezionale.

#### 1.10 - *La discrezionalità amministrativa in rapporto con il merito amministrativo*

La discrezionalità amministrativa non dev'essere e non può essere considerata come condizione di assoluta libertà poiché in tal caso la potestà attribuita alla pubblica amministrazione sfocerebbe nell'arbitrio. E' quindi nel pubblico interesse affidato alle sue cure il primo limite individuabile che la pubblica amministrazione incontra nello svolgimento della propria azione; limite che può essere perseguito attraverso modalità che, attraverso l'attribuzione di potestà, possono risultare più o meno libere.

E' altresì opportuno sottolineare che l'azione amministrativa è connessa all'organizzazione politica di governo in carica in quel dato

---

<sup>13</sup> F.MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, op. cit.p.41.

periodo storico e che tale condizione determina la disciplina legislativa. Questa considerazione fa sì che sia logico supporre che il potere amministrativo sia caratterizzato da una propria intrinseca discrezionalità poiché la legge astratta e generale non ha la pretesa di giungere alla regolamentazione di tutte le innumerevoli fattispecie ipotizzabili. Le caratteristiche di generalità ed astrattezza, attinenti la norma giuridica, determinano necessariamente che la pubblica amministrazione venga opportunamente dotata, in forma più o meno ampia, in rapporto agli interessi che questa è chiamata a tutelare, della necessaria discrezionalità, volta a concretizzare i principi normativi, così da renderli disponibili nella realtà quotidiana. Una tale affermazione deve però essere considerata con adeguata prudenza, infatti ciò che è stato affermato non implica che l'ambito dell'azione amministrativa discrezionale sia incondizionatamente libera, al contrario, l'azione amministrativa non trova giustificazione in assenza della norma predisposta dal potere legislativo che identifichi gli interessi pubblici specifici ai quali l'amministrazione deve fornire tutela.

Questo obbligo induce la pubblica amministrazione ad agire nei limiti della legalità.

Ma il potere amministrativo discrezionale trova altresì la sua ragion d'essere in particolare nella necessità di svolgere un'attenta comparazione tra l'interesse pubblico prevalente e gli altri interessi secondari pubblici o privati, inerenti le singole decisioni da adottarsi, infatti la decisione finale della pubblica amministrazione sorgerà all'esito di tale attività. L'omissione di tale percorso logico giuridico, che trova la sua affermazione nel procedimento amministrativo, non potrà che snaturare la funzione amministrativa esponendo il provvedimento adottato all'impugnazione per violazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità.

Il riferimento normativo è rinvenibile nell'articolo 7 della legge n.241/1990, laddove viene sancito l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento e della facoltà di partecipazione al procedimento stesso.

In tal modo, attraverso la partecipazione, viene consentito ai soggetti interessati nel procedimento amministrativo di intervenire e di incidere sulle decisioni che dovranno essere prese dall'amministrazione procedente, fornendo così elementi di valutazione e ipotesi di soluzione alternative. La pubblica amministrazione è in tal modo posta in condizione di verificare la fattibilità di soluzioni diverse, in considerazione delle aspettative e delle necessità degli interessati, attraverso la ponderazione degli effetti della propria decisione sulla realtà fattuale. Anche in questo ambito l'azione amministrativa che non dovesse conformarsi al dettato normativo, sopra delineato, potrà essere assoggettata alla verifica giurisdizionale ed alle relative conseguenze se le decisioni adottate dovessero risultare viziate da irragionevolezza, sviamento di potere od illegittimità.

#### 1.11 - *Sindacabilità del merito amministrativo*

La pubblica amministrazione nell'esercizio della potestà ad essa attribuita adotta decisioni che possono essere analizzate anche secondo il criterio del merito. L'amministrazione agendo nell'alveo del dettato normativo è comunque obbligata ad agire in direzione di un risultato, che appare più adeguato alle esigenze di natura sociale ed economica racchiuse nel programma politico del soggetto che, in un determinato periodo storico, detiene il potere. Il merito amministrativo rappresenta quindi una posizione differente rispetto alla legittimità amministrativa, non essendo esso rivolto alla rispondenza del potere alle regole normative, ma individuando in un concreto risultato la propria azione.

Nell'ambito di tale argomento occorre ricordare come la trasposizione normativa compiuta attraverso legge n.241/1990, ha determinato una forte riduzione del campo del merito amministrativo, infatti il disposto ex art.1 di tale legge enuncia: «*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità,*

*di efficienza, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».* In sostanza si può desumere che il campo d'intervento del giudice amministrativo possa riguardare il merito amministrativo sono nel caso in cui vengano in rilievo elementi tali di illogicità, contraddittorietà ed incongruità da palesare un evidente eccesso di potere con vizio di sviamento dalla causa per cui il potere è stato attribuito all'amministrazione<sup>14</sup>.

Sul punto la produzione giurisprudenziale consente di definire una linea di demarcazione tra la discrezionalità tecnica, la quale ricorre allorché l'amministrazione debba fare applicazione di una norma tecnica cui una norma giuridica attribuisca rilevanza, con valutazioni suscettibili di vario apprezzamento ed il merito amministrativo, sostanzialmente individuato nella valutazione diretta dell'interesse pubblico concreto in relazione ai singoli provvedimenti amministrativi<sup>15</sup>; e se ha ritenuto ammissibile il sindacato giurisdizionale sugli aspetti tecnici<sup>16</sup>, ha altresì espressamente ammesso la riserva di amministrazione in ordine al merito amministrativo, sottraendo conseguentemente al potere di indagine del giudice ogni eventuale valutazione di opportunità.

Il Consiglio di Stato si è quindi orientato decisamente verso il riconoscimento di uno spazio libero concesso alla pubblica amministrazione per il perseguimento dei fini di tipo *politico*, eliminando così ogni margine di possibilità d'intervento della giustizia amministrativa: *«Il merito amministrativo non è pertanto censurabile, se non in caso di contrasto con principi di razionalità dell'azione amministrativa»*<sup>17</sup>.

Ancora nell'alveo della valutazione tecnica il Consiglio di Stato espande il proprio indirizzo affrontando l'ambito delle autorità amministrative indipendenti.

---

<sup>14</sup> Consiglio di Stato, Sez V, 18 marzo 2004, n.1416.

<sup>15</sup> Cass. 3 novembre 1998, n.5922.

<sup>16</sup> Cass. Sez.IV, n.601 del 1999.

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez.VI, 7 marzo 2007, n.1066.

Sul punto l'organo giurisdizionale segue l'indirizzo prevalente tendente all'esclusione di un intervento *forte* sulle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione, soprattutto se poste in essere dalle autorità sopra menzionate. Infatti, nell'ambito di quelle che sono definibili come valutazioni complesse, la stretta connessione tra apprezzamento tecnico e scelta nel merito, intesa come apprezzamento dell'interesse pubblico concreto, è stata ritenuta indicativa della sussistenza in capo all'amministrazione procedente di una potestà valutativa fortemente riservata, tanto da scongiurare la sostituzione del sindacato del giudice alla valutazione dell'amministrazione<sup>18</sup>.

Tale indirizzo considera in particolare la circostanza che la difficoltà delle valutazioni è spesso connessa alla rilevanza degli interessi di rango primario, la cui ponderazione è affidata a particolari articolazioni dell'amministrazione, caratterizzate da una specifica competenza sotto il profilo della qualificazione tecnica necessaria.

In conclusione appare estremamente chiarificatore il Consiglio di Stato il quale ha voluto approfondire i legami tra le nozioni di merito e discrezionalità asserendo che in dottrina, sull'argomento, vi sono sempre state varie e differenti opinioni. Una di queste sostenerrebbe che il merito amministrativo non esisterebbe, in quanto ogni attività svolta dall'amministrazione, nell'esercizio di un potere di merito, sarebbe pur sempre e giuridicamente apprezzabile. Un'altra opinione affermerebbe che il merito sarebbe null'altro che il contenuto dell'atto amministrativo all'esito di una valutazione discrezionale, con la conseguenza che fra merito e legittimità non vi sarebbe una differenza sostanziale.

La conclusione a cui approda il Consiglio di Stato non omette di rilevare la problematicità della materia, derivante dal fatto che sia la discrezionalità amministrativa sia il merito amministrativo si muovono tra

---

<sup>18</sup> Cons. Stato, Sez. IV, n.5287 del 2001.

due posizioni individuabili, rispettivamente, nel vincolo rispetto al fine pubblico e nella libera scelta del mezzo più idoneo per soddisfarlo<sup>19</sup>.

Tale considerazione porta ad affermare che ci si trovi in presenza di una costante ricerca del confine che appare indefinito, sempre in movimento, nella moltitudine dei casi applicativi tra vincolo e libertà dell'amministrazione.

Con lo sviluppo, negli ordinamenti moderni, delle potestà funzionalizzate alla tutela degli interessi pubblici di quei soggetti, che vengono considerati, rispetto al resto della collettività, i più deboli ed esposti, si è giunti quindi alla distinzione, nel potere funzionalizzato, di un approccio che considera la *cura* dell'interesse, ed un altro che si focalizza sulla *gestione* ottimale dello stesso, ritenendo che la prima possa essere controllata in relazione ad un eventuale eccesso di potere, la seconda non possa che essere rimessa alla valutazione insindacabile dell'amministrazione stessa. E' in tale prospettiva che si assume la definizione tradizionale secondo la quale in merito amministrativo si configura quale azione libera non sindacabile e non controllabile sul piano dei valori giuridici.

---

<sup>19</sup> L.LEVITA, *L'attività discrezionale della Pubblica Amministrazione*, op.cit., p.34.