

Roberto GAROFOLI

MANUALE *di* **DIRITTO** **AMMINISTRATIVO**

Analisi di Principi generali, Istituti
e Problematiche dottrinali e giurisprudenziali

Aggiornato a:
- Ultimissima giurisprudenza 2021-2022

Edizione a cura di Luca Emanuele Ricci

VIII edizione

2021-2022


Neldiritto
Editore

- **I principi di consensualità dell’azione amministrativa e della capacità negoziale della P.A. I principi di collaborazione e di buona fede positivizzati dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76.**

Ulteriori principi che reggono l’azione amministrativa sono i **principi di consensualità e della capacità negoziale della P.A.** Il primo viene generalmente ritenuto corollario di altri principi fondamentali come il principio del buon andamento e il principio di ragionevolezza e si estrinseca nella possibilità riconosciuta alla Pubblica amministrazione di ricorrere, accanto al tradizionale strumento provvedimentale, anche a modelli di esercizio consensuale della sua potestà. Numerosi sono gli istituti ispirati al suddetto principio: si pensi agli accordi tra P.A. e privati e tra PP.AA. ex art. 11 e 15 l. n. 7 agosto 1990, n. 241 che generalizzano l’utilizzo del modulo consensuale; agli accordi di programma ex art. 34, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; alle convenzioni di lottizzazione ex art. 28, l. 17 agosto 1942, n. 1150; alla cessione volontaria ex art. 45 d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327.

Un precitato (e, al contempo, un presupposto) del principio in esame è rappresentato, inoltre, dal binomio dei principi di (leale) collaborazione e di buona fede (oggettiva) che debbono improntare i rapporti tra P.A. e cittadini, giusta il novello comma 2-*bis* dell’art. 1, l. n. 241 del 1990, introdotto dal predetto Decreto Semplificazioni. Il comune denominatore è rappresentato, infatti, dal *nesso di reciprocità degli incumbenti comportamentali*, i quali gravano in egual misura sul cittadino come sulla P.A., in un’ottica di responsabilizzazione e di tendenziale parificazione dei soggetti del rapporto procedimentale

Invece, in base al principio della capacità negoziale, alla P.A. si riconosce piena e generale capacità di diritto privato con contestuale assoggettamento della stessa alle norme del diritto comune, salve le esplicite deroghe. La conseguenza è la possibilità per la P.A., non solo di avvalersi degli schemi contrattuali tipici, ma soprattutto, al pari di qualsiasi altro soggetto privato, di concludere contratti atipici, misti e collegati. Decisiva, in tal senso, la spinta proveniente dal legislatore che, con la l. 11 febbraio 2005, n. 15, ha inserito all’art. 1 della l. n. 241 del 1990 il comma 1-*bis* secondo cui *“La pubblica amministrazione, nell’adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente”*.

La differenza tra attività consensuale e attività propriamente negoziale, per quanto entrambe funzionalizzate al perseguimento del fine pubblico, è da rinvenirsi nel fatto che solo nel secondo caso la Pubblica amministrazione si comporta come un soggetto comune, in posizione paritaria rispetto all’altro contraente con contestuale assoggettamento alla disciplina privatistica.

- **Il principio di responsabilità.**

Infine, principio informatore dell’azione amministrativa è quello di responsabilità della P.A., che impone a quest’ultima di rispondere degli eventuali danni causati nell’esercizio dell’azione amministrativa.

In proposito, l’art. 28 commi 1 e 2, Cost. prevede che *“I funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali,*

civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti” e che “In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”.

Si tratta di principio oramai acquisito dall’ordinamento nazionale (decisiva *Cass. civ., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500*) che peraltro risulta previsto espressamente nell’atto costitutivo delle Comunità Europee, l’art. 288 del Trattato disponendo che *“la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell’esercizio delle loro funzioni”* (oggi art. 340 TFUE).

I Trattati non prevedono espressamente la responsabilità degli Stati membri nei confronti dei propri cittadini per la mancata attuazione del diritto dell’Unione. Il principio è stato tuttavia elaborato dalla Corte di Giustizia UE, a partire dalla nota sentenza *“Francovich” del 19 novembre del 1991, Cause riunite C-6/90 e C-9/90*. Parimenti, si ritiene configurabile una responsabilità per le violazioni della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, con possibilità di rivalsa dello Stato nei confronti degli enti locali per condotte, imputabili agli stessi enti, poste in essere in violazione della CEDU (così come è previsto per violazioni del diritto UE: cfr. *Corte cost., 21 settembre 2016, n. 219*).

Non può, al contrario, configurarsi alcuna responsabilità per l’emanazione di una legge incostituzionale (cfr. *Cass. civ., sez. III, 22 novembre 2016, n° 23730*).

Per la trattazione della responsabilità risarcitoria della P.A. si rimanda a Parte III.

4. | I principi europei.

L’art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990, come modificato dalla l. n. 15 del 2005, dispone che *“L’attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta ... dai principi dell’ordinamento comunitario”*.

Il diritto europeo, di fonte normativa e pretoria, ha da sempre dedicato grande attenzione alla fissazione di principi volti a regolamentare l’attività amministrativa comunitaria.

I principi generali elaborati dalla giurisprudenza europea possono dividersi in due grandi categorie:

- **principi generali**, che costituiscono l’equivalente dei **principi costituzionali** degli ordinamenti nazionali. Sono, ad es., il principio di legalità, il principio di eguaglianza e di non discriminazione, della certezza del diritto, il diritto alla tutela giurisdizionale. All’interno di tale categoria si distinguono i principi comuni agli Stati membri, e i principi elaborati con specifico riferimento alle esigenze comunitarie, come il principio di leale collaborazione;
- **principi che presiedono ad uno specifico settore**, definiti come **principi generali amministrativi**. Sono, ad es., il principio del legittimo affidamento, il principio di proporzionalità, di non retroattività degli atti amministrativi e del diritto al contraddittorio. Alcuni sono comuni a tutti gli Stati membri, altri peculiari solo di taluni di essi.

Tra i principi dell’una e dell’altra categoria, particolare rilevanza assumono:

- il **principio di certezza del diritto**, volto a garantire la **conoscibilità e prevedibilità** delle situazioni soggettive e dei rapporti giuridici rientranti nella sfera del diritto europeo, al fine di far seguire alla violazione di una norma le conseguenze previste e disciplinate dalla norma stessa;

- il **principio di legittimo affidamento**, volto a **tutelare le situazioni soggettive consolidate per effetto di atti o comportamenti della P.A.** tali da ingenerare un ragionevole affidamento nel destinatario;
- il **principio di proporzionalità**, che vieta alle P.A. di sacrificare la sfera giuridica dei privati al di là di quanto sia **necessario per il perseguimento degli obiettivi prefissati**;
- il **principio del giusto procedimento**, quale diritto per gli interessati e i controinteressati a **partecipare alle procedure prodromiche all’emanazione degli atti e provvedimenti amministrativi**, al fine di rappresentare e far valere le proprie ragioni e posizioni;
- il **principio di buona amministrazione**, che impone la **celerità** dell’azione amministrativa e l’**imparzialità** della stessa;
- il **principio di precauzione**, che trova origine nei procedimenti europei posti a tutela dell’ambiente e consente all’amministrazione di adottare provvedimenti (con effetti per lo più negativi per il destinatario) ogni qualvolta si prospetti il **rischio di una lesione ad un interesse tutelato** ancorché manchi la certezza in merito al prodursi, in assenza dell’intervento amministrativo, di un effettivo pregiudizio.

Per vero, molti di questi principi di derivazione europea sono pienamente **coincidenti con quelli vigenti e seguiti negli ordinamenti nazionali**, e quindi nel nostro: si pensi ai principi di imparzialità, di partecipazione, di accesso, di doverosità della motivazione, di risarcibilità dei danni prodotti dall’amministrazione, di ragionevolezza del termine entro il quale le pubbliche amministrazioni debbono pronunciarsi. Per questi, quindi, non si avverte un’effettiva portata innovativa della l. n. 15 del 2005, nella parte in cui, riscrivendo l’art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990, ha previsto che l’attività amministrativa è retta “*dai principi dell’ordinamento comunitario*”.

Un rilievo applicativo può invece almeno in parte essere riconosciuto alla previsione riportata se si ha riguardo a due principi che, elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, risultano parzialmente **innovativi** rispetto a quelli nazionali: il riferimento è ai principi di **proporzionalità** e di **legittimo affidamento** (*legitimate expectation*). A ciò si aggiunga l’autonomo rilievo che la **tutela della concorrenza** ha assunto nella giurisprudenza e legislazione europea.

A) Il principio di proporzionalità

Il principio di proporzionalità **vieta** alle amministrazioni pubbliche (e in generale alle pubbliche autorità) di **comprimere la sfera giuridica dei destinatari** della propria azione **in misura diversa ed ultronea – e cioè sproporzionata – rispetto a quanto necessario per il raggiungimento dello scopo** cui l’azione stessa è preordinata. Implica, pertanto, che la pubblica amministrazione debba adottare la soluzione comportante il **minor sacrificio possibile** (c.d. principio del minimo mezzo) per gli interessi compresenti, in modo che il provvedimento emanato sia **idoneo**, cioè adeguato all’obiettivo da perseguire, e **necessario**, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile.

La proporzionalità pertanto impone un’**indagine “trifasica”**, che si articola nell’accertamento:

1. dell’**idoneità**, ossia la capacità del mezzo scelto di realizzare l’interesse perseguito;

2. della **necessarietà**, che si traduce nella scelta della misura meno restrittiva della sfera giuridica dei destinatari;
3. dell'**adeguatezza**, quale presupposto della soluzione prescelta che non deve tradursi in un sacrificio intollerabile a carico dei soggetti privati dovendosi dare preferenza alla **misura più mite** che permetta, comunque, il raggiungimento scopo perseguito dalla norma.

Giova tener conto che il principio di proporzionalità è già presente nel nostro ordinamento quale manifestazione del **principio di ragionevolezza**, in forza del quale ogni misura adottata dalla pubblica amministrazione, destinata ad incidere su posizioni private, deve essere proporzionale rispetto a quanto richiesto dagli obiettivi perseguiti.

Tuttavia, nel diritto europeo (e ora nel diritto interno in forza del riscritto art. 1, comma 1, l. n. 241 del 1990), il principio è precipuamente volto ad assicurare il **rispetto delle posizioni dei soggetti privati**: con maggiore impegno esplicativo, nella dimensione comunitaria il principio risponde principalmente all'**esigenza di evitare limitazioni della sfera privata che non siano imposte dalla stretta necessità**, piuttosto che all'esigenza della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico (CERULLI IRELLI).

B) Il principio di legittimo affidamento

Altro principio consolidato nella giurisprudenza europea è quello di legittimo affidamento, che impone all'amministrazione, soprattutto in sede di esercizio del potere di autotutela, l'attenta **salvaguardia delle situazioni soggettive consolidate per effetto di atti o comportamenti** idonei ad ingenerare per l'appunto un **ragionevole affidamento** nel destinatario; ne deriva che una situazione di vantaggio, assicurata al privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, **non può essere successivamente rimossa, salvo indennizzo** della posizione acquisita.

Gli elementi costitutivi dell'affidamento legittimo tutelato consistono, quindi:

- nell'elemento oggettivo del **provvedimento vantaggioso** per il destinatario;
- nell'elemento soggettivo della **buona fede** del destinatario;
- nel **fattore temporale**, essendo necessario il consolidamento della situazione di vantaggio nella sfera del privato: è necessario, cioè, che quest'ultimo abbia mantenuto il bene per un certo lasso di tempo, così stabilizzandosi il convincimento circa la spettanza del bene stesso.

L'ordinamento nazionale, sulla spinta del diritto eurolunitario, ha nel tempo mostrato sempre maggiore attenzione alla tutela dell'affidamento. Ne rappresentano un importante esempio i **poteri di autotutela**, la cui disciplina si è evoluta nella direzione di attribuire sempre più rilievo al consolidamento degli interessi del privato in relazione alle vicende amministrative (cfr. Cap. VII, par. 9 ss.), da ultimo con la riduzione a **12 mesi** del termine previsto per l'annullamento di ufficio dei provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici.

La lesione dell'affidamento, inoltre, può rilevare sul **piano civilistico**, in termini di risarcibilità dei danni eventualmente patiti.

Quanto all'**ambito applicativo** del principio in questione, l'orientamento dominante ritiene che lo stesso possa essere invocato solo a fronte di atti definitivi e **non già di atti endoprocedimentali** posti in essere dalla P.A. (ad esempio, pareri, raccomandazioni, ecc.), ciò in quanto l'atto endoprocedimentale può essere fonte di **mera aspettativa** per il privato, inidonea come tale a limitare il potere della P.A. di rimuovere l'atto. Ne consegue che, nella

fase endoprocedimentale, le aspettative del privato giustificano e impongono l’obbligo dell’amministrazione di attendere ad un **più intenso impegno motivazionale** in sede di ritiro dell’atto ivi adottato, senza tuttavia incidere sulla sussistenza del potere.

Si ritiene, al contrario, che l’affidamento possa essere invocato anche dai destinatari di **atti di natura privatistica** posti in essere dall’Amministrazione a tale esito è consentito pervenire, non tanto o non solo sul rilievo della tutela dell’affidamento nel diritto civile, quanto piuttosto in considerazione della **ratio sottesa al principio** in esame, volto ad assicurare stabilità e certezza dei rapporti giuridici e come tale **indifferente**, quanto all’applicazione, **alla forma dell’atto**.

Il principio che impone la tutela dell’affidamento legittimo è stato invocato anche con riferimento ad atti aventi forma di legge, in specie con riguardo al caso in cui la P.A. ritiri il provvedimento amministrativo con un atto legislativo (c.d. **legge provvedimento**): *si rinvia, per approfondimenti, al successivo Cap. VI, par. 6*.

Quanto alla **consistenza** del principio, la Corte di Giustizia ha affermato che il **legittimo affidamento** non può comunque estendersi fino ad implicare il mantenimento *sine die* di una situazione esistente, che ben può essere modificata nell’ambito del potere discrezionale delle autorità nazionali. *CGUE, sez. V, 15 aprile 2021, C-798/18 e 799/18* ha quindi ritenuto compatibile con gli **articoli 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea** la normativa nazionale (art. 26, commi 2 e 3, del d.l. 91/2014, come convertito dalla legge 116/2014), che ha ridotto la corresponsione di incentivi per investimenti in campo energetico, precedentemente concessi, purché essa si applichi solo con riferimento ad incentivi **non ancora dovuti**.

C) La tutela della concorrenza

Incidendo fortemente sull’ampiezza e sui limiti dell’azione amministrativa anche la disciplina UE in materia di tutela della concorrenza.

La concorrenza costituisce, infatti, nella costruzione europea, elemento fondamentale del processo di integrazione tra gli Stati membri. In particolare, gli artt. 101, 102, 103, 106, 107 e 108 del TFUE regolano puntualmente questo aspetto vietando, da un lato, ogni accordo o pratica tra imprese che abbia come effetto di impedire, restringere, falsare il gioco della concorrenza; dall’altro lato fissando stringenti limiti all’intervento statale in campo economico e vietando, gli aiuti di Stato, salvo specifiche deroghe. D’altronde, il valore della concorrenza in campo europeo può essere compreso solo se si tiene conto del suo carattere strumentale rispetto alle quattro libertà fondamentali garantite dall’ordinamento giuridico: libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali. Nell’ordinamento interno, la tutela della concorrenza è contemplata dall’art. 117, co. 2, lett. e) che conferisce allo Stato in via esclusiva il compito di regolare la relativa materia. Come in più occasioni affermato dalla Corte costituzionale (*Corte cost., 23 giugno 2010, n. 270; Corte cost., 21 giugno 2010, n. 232*) gli interventi preordinati alla tutela della concorrenza si articolano su più livelli: l’adozione di misure legislative contrastanti i comportamenti e gli atti delle imprese che incidono negativamente sull’assetto concorrenziale del mercato (**misure antitrust**); misure di promozione che eliminano o riducono i vincoli alla libera competizione tra le imprese (si parla di cd. **concorrenza “nel mercato”**); misure legislative che impongono agli apparati pubblici procedure concorsuali “virtuose” in modo da realizzare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici (concorrenza **“per il mercato”**). Alla prima categoria appartiene l’intera

legislazione in materia di antitrust (l. 10 ottobre 1990, n. 287); alla seconda categoria appartengono le diverse forme di “liberalizzazione”; infine, con la cd. concorrenza “per il mercato” si fa riferimento alla disciplina relativa allo svolgimento delle procedure di gara per la scelta del contraente, cui affidare la gestione di un determinato servizio o attività.

Di recente, la tutela della concorrenza è stata ulteriormente implementata da parte del legislatore grazie alla previsione di cui all’art. 21 *bis* della l. 10 ottobre 1990, n. 287, che attribuisce una legittimazione straordinaria all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per l’impugnazione di provvedimenti ritenuti anticoncorrenziali (cfr., di recente, *Cons. St., sez.VI, 30 aprile 2018, n. 2583* e, per una panoramica sui poteri dell’Autorità nel procedimento *de quo*, *Cons. St. sez.IV, 28 gennaio 2016, n. 323*).

QUESTIONARIO

1. Quale è l’ampiezza della capacità di diritto privato della P.A.? **1.**
2. Quali sono le principali classificazioni individuate in riferimento all’attività della P.A.? **1.**
3. Quali sono le possibili tecniche di intervento di semplificazione amministrativa e quali di queste sono state adottate dal legislatore italiano nel corso degli anni? **2.**
4. Cosa disciplina il Codice dell’amministrazione digitale? **2.1.**
5. Cosa si intende per autocertificazione? Quali atti e documenti sono autocertificabili? **2.2.**
6. Quali sono i principi costituzionali che presiedono l’esercizio dell’attività della P.A.? **3.**
7. Esempi di accordi pubblici? **3.**
8. In cosa consiste il principio di legalità amministrativa? **3.**
9. A quali condizioni sono ammessi i c.d. poteri impliciti dell’amministrazione? **3.**
10. In che cosa consistono i principi di pubblicità e trasparenza? Quale è stata, in particolare, l’evoluzione della nozione di trasparenza nel nostro ordinamento? **3.**
11. Quali sono i principi comunitari di portata “innovativa” rispetto ai principi amministrativi già vigenti nel nostro ordinamento? **4.**
12. Che derivazione ha il principio di precauzione ed in cosa consiste? **4.**
13. Come è stato inteso dalla giurisprudenza comunitaria il principio di legittimo affidamento? **4.**