

LA MODERNIZZAZIONE DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA

Sommario: 1. L'attività vincolata della pubblica amministrazione. - 2. Classificazioni dell'attività amministrativa. - 3. Il cambiamento dell'amministrazione pubblica e l'esercizio della funzione amministrativa. - 4. Il procedimento amministrativo quale «cartina di tornasole» del nuovo rapporto tra P.A. e cittadino. - 5. L'attività contrattuale della P.A.

1. L'ATTIVITÀ VINCOLATA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Lo Stato, come tutte le organizzazioni, è creato per svolgere determinate funzioni, ossia «attività ordinate a fini per i quali le organizzazioni sono mezzi» (CORSO): in particolare, lo Stato, quale istituzione, *si autolegittima* e sopravvive per il perseguimento di determinati **fini**, aventi carattere **generale**, comuni a tutta la collettività che di esso fa parte.

La realizzazione di tali fini avviene attraverso varie fasi, comprendenti l'**individuazione** di questi (**funzione politica**), il loro **riconoscimento** tra gli scopi dell'attività statale (**funzione legislativa**), la loro concreta attuazione (**funzione amministrativa**) e, infine, la loro **tutela** (**funzione giurisdizionale**).

Ogni fase corrisponde all'esercizio del relativo potere da parte dei soggetti legittimati.

Tutti i menzionati poteri, quindi, hanno la comune finalità di definire l'agire dei soggetti pubblici per il «raggiungimento di interessi alieni, ovvero pertinenti ad un soggetto differente da quello investito del potere, allo scopo della realizzazione dell'interesse pubblico» (MIRABELLA): in particolare, mentre l'*individuazione dei fini generali* dello Stato, in un determinato contesto storico, sociale e politico, costituisce oggetto della **funzione politica** e si esplica mediante gli atti politici, la *realizzazione concreta di questi obiettivi* individuati dal potere politico è affidata alla **funzione amministrativa** e viene attuata, tradizionalmente, mediante l'adozione, da parte della pubblica amministrazione, di atti amministrativi.

Con la locuzione «*attività amministrativa*», quindi, si intende fare riferimento al complesso di tutte le **attività** (comportamenti ovvero atti) **poste in essere da una pubblica amministrazione, nell'esercizio della propria funzione**, per la cura degli interessi pubblici ad essa affidati dalla legge; laddove con la locuzione interessi pubblici deve farsi riferimento a quegli «interessi di cui sono titolari le collettività di riferimento degli apparati amministrativi che li hanno in cura; e, in ultima analisi, il popolo, al quale viene riferita la sovranità» (SCOCA).

Da tale definizione si evince che l'attività amministrativa è qualificata dal fatto di essere **vincolata nel fine**, nel senso che la P.A. è tenuta a perseguire quel determinato (e prestabilito) fine pubblico alla cui cura essa è preposta.

Tale **vincolo finalistico** è stato interpretato dalla dottrina più recente (CARINGELLA) sia come garanzia del perseguimento di interessi propri dell'intera collettività e sia quale parametro di legittimità per verificare *ex post* l'attività posta in essere.

Da altro punto di vista può osservarsi che l'attività amministrativa è caratterizzata da una *discrezionalità* più limitata rispetto a quella che contrassegna la funzione politica, la quale incontra l'unico limite delle previsioni costituzionali; infatti, la funzione amministrativa deve essere svolta non solo nel rispetto dei principi costituzionali, ma anche in armonia con la legge ordinaria e gli atti ad essa equiparati, e nell'esercizio di tale funzione i soggetti pubblici emanano gli atti amministrativi. La funzione politica, invece, viene realizzata attraverso atti politici o di governo, che, per la loro natura, sono gli atti di suprema direzione dello Stato, liberi nel fine e non assimilabili alla categoria degli atti amministrativi.

Gli atti politici

Mentre gli **atti politici** sono lo strumento mediante il quale si individuano le finalità pubbliche da perseguire attraverso l'esplicazione dell'attività amministrativa e devono essere inquadrati pertanto nella **funzione di governo o di indirizzo politico**, gli atti amministrativi realizzano l'attuazione concreta della funzione amministrativa. In particolare, come sottolineato dalla giurisprudenza amministrativa perché un determinato atto possa essere considerato "politico" devono necessariamente e contestualmente concorrere due requisiti, uno di carattere soggettivo ed uno di carattere oggettivo: «è dunque necessario che si tratti di atto o provvedimento emanato "dal Governo", e cioè dall'Autorità amministrativa cui compete la funzione di indirizzo politico e di direzione al massimo livello della cosa pubblica, e "nell'esercizio di potere per sua natura politico", anziché nell'esercizio di attività

meramente amministrativa» (T.A.R. Friuli Venezia Giulia, sez. I, 27-2-2009, n. 91; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III ter, 16-11-2007, n. 11271).

In considerazione della diversa funzione assolta, gli atti politici presentano determinate caratteristiche, che li differenziano dagli atti amministrativi:

- sono *liberi nel fine*, determinando essi stessi gli scopi della loro sfera di azione;
- sono *svincolati dalla gerarchia delle fonti*;
- costituiscono un *numerus clausus*, non essendo ammissibili atti politici al di fuori di quelli previsti dalla Costituzione;
- sono *svincolati dal sindacato del giudice amministrativo* in forza dell'art. 7 del **Codice del processo amministrativo**, recato dal **D.Lgs. 2-7-2010, n. 104**, che, per l'appunto, prevede la non impugnabilità degli atti o dei provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.

2. CLASSIFICAZIONI DELL'ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA

L'attività amministrativa, che, come si è visto, deve essere finalizzata al perseguimento dei fini pubblici individuati dal legislatore, tradizionalmente viene distinta in *varie tipologie* a seconda del criterio utilizzato.

A) Attività amministrativa attiva, consultiva e di controllo

Tale tradizionale distinzione è fondata sul tipo di attività posta in essere dalla pubblica amministrazione.

In particolare, si distingue tra:

- **attività amministrativa attiva** (o pura): vi rientra tutta l'attività posta in essere *direttamente* da una pubblica amministrazione per realizzare concretamente le proprie finalità pubbliche. Fanno parte di tale tipologia sia l'*attività deliberativa*, con la quale si estrinseca il potere decisionale della P.A., che quella *puramente esecutiva*, di attuazione di precedenti decisioni. Inoltre, sovente l'attività amministrativa attiva può essere preceduta o seguita da un atto di amministrazione consultiva ovvero di controllo che si pone in rapporto di stretta strumentalità rispetto all'esercizio della prima;
- **attività amministrativa consultiva**: vi rientrano quelle attività dirette a fornire, sotto forma di *pareri* (che possono essere facoltativi o obbligatori), consigli, direttive ed orientamenti alle autorità che devono concretamente agire;
- **attività amministrativa di controllo**: è quella attività diretta a sindacare secondo diritto (controllo di *legittimità*) ovvero secondo le regole della buona amministrazione (controllo di *merito*) l'operato dei soggetti agenti cui sono affidati compiti di amministrazione attiva.

Come posto in evidenza dalla dottrina, sia l'attività amministrativa consultiva che quella di controllo presentano le comuni caratteristiche della **strumentalità**, rispetto all'attività amministrativa attiva, e della **neutralità**. Tali attività, pertanto, «si presentano come obiettive ed indifferenti a ciascuna delle possibili soluzioni di amministrazione attiva. Ciò perché negli atti posti in essere da siffatte amministrazioni si pone in posizione centrale e prevalente il momento (non della volontà, ma) del giudizio, il che può farli assimilare, sotto questo profilo, all'attività giurisdizionale» (BELLOMO).

B) Attività discrezionale ed attività vincolata

La dottrina più moderna ha evidenziato come il concetto di discrezionalità amministrativa sia descrittivo di «uno dei due possibili modi di interazione tra l'operato dell'Autorità pubblica e la legge» (CARINGELLA): può accadere, infatti, che la norma attributiva del potere lasci all'amministrazione un certo margine di operatività nella determinazione contenutistica dell'attività, di modo che questa risulti la più opportuna ai fini del conseguimento del detto fine pubblico. In tale prospettiva, a seconda che le **venga lasciato o meno un margine di operatività nella scelta delle concrete modalità operative**, si è in presenza, rispettivamente, di **attività discrezionale** ovvero di **attività vincolata**.

Se la dottrina tradizionale (VIRGA) definisce la discrezionalità come la **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**, altri autori hanno posto in evidenza il momento della **ponderazione comparativa di più interessi secondari (pubblici e privati) in ordine ad un interesse primario (quello pubblico specifico fissato dalla legge)** (GIANNINI). Viceversa, laddove sono arretrati gli «spazi di scelta» dell'amministrazione, in quanto sono prefissate dal legislatore anche le modalità di azione, si parla di **azione vincolata** (CASSETTA).

La **scelta concreta** fra le diverse soluzioni provvedimenti ipotizzabili al fine di realizzare il fine pubblico costituisce il **merito amministrativo**.

Per evitare che le scelte dell'autorità amministrativa possano sfociare in arbitrio, dottrina e giurisprudenza hanno individuato i **limiti propri dell'attività discrezionale**, rappresentati da:

- l'**interesse pubblico**, da intendersi come interesse della collettività, non coincidente con quello della P.A., né, tantomeno, con la somma degli interessi individuali;

- la *causa del potere*, in quanto l'attività discrezionale deve sempre perseguire un *fine rispondente alla causa del potere esercitato*, ovvero l'*interesse pubblico specifico*;
- i *principi di logicità, di imparzialità e ragionevolezza*;
- il *principio dell'esatta e completa informazione*, ossia di adeguata istruttoria compiuta attraverso uffici competenti ed agenti addetti, che consegua un risultato esente da errori.

Del corretto esercizio del potere discrezionale, l'amministrazione deve darne conto nella motivazione dell'atto.

C) Attività di diritto pubblico ed attività di diritto privato

Come evidenziato dalla dottrina, l'attività amministrativa può essere classificata anche utilizzando come criterio quello della *tipologia di norme* — pubbliche o private — che la regolano. Tale classificazione trova il fondamento normativo legittimante nell'art. 1, comma 1bis, L. 241/1990 (v. *amplius* par. 5).

In particolare, accreditata dottrina (BELLOMO) distingue tra attività amministrativa funzionale ed attività amministrativa paritaria. Tale distinzione si articola nel seguente modo:

- l'*attività amministrativa funzionale*, che può essere esercitata tanto mediante il ricorso ad **atti autoritativi**, esplicazione di quel potere della P.A. di «disciplinare interessi altrui anche senza il consenso e il concorso dei titolari degli interessi da disciplinare» (SCOCA), quanto per espressa previsione di legge, attraverso **atti non autoritativi** (l'art. 1, comma 1bis, L. 241/1990 invero, stabilisce che in relazione a tale tipo di atti la pubblica amministrazione agisce secondo le norme del diritto privato «salvo che la legge disponga diversamente»), disciplinati da norme e principi di diritto pubblico;
- l'*attività amministrativa paritaria*, che viene esercitata mediante **atti non autoritativi**, nei quali, non provenendo l'atto unilateralmente dall'amministrazione, è necessario il concorso della volontà del privato per la regolamentazione degli interessi in rilievo. Tale tipologia di attività comprende sia l'attività privata (cioè quella posta in essere non per realizzare fini istituzionali, ma, affinché l'amministrazione provveda a soddisfare i propri bisogni mediante il reperimento delle necessarie risorse) che l'attività contrattuale ad evidenza pubblica e l'attività di diritto comune, ed è **disciplinata da norme di diritto privato**. In ogni caso, pur trattandosi di atti consensuali, è stato chiaramente specificato che «l'amministrazione si avvale di strumenti privatistici per il perseguimento di

fini istituzionali e, quindi, a differenza di soggetti privati che svolgono la loro attività nell'ambito dell'autonomia negoziale, essa non è libera di stabilire i fini da perseguire: l'interesse pubblico individuato dalla legge mantiene la propria rilevanza e condiziona la validità del negozio» (BELLOMO).

Alle dette ipotesi di classificazione dell'attività amministrativa, si aggiunge quella cd. intermedia, individuata dagli accordi, di cui all'art. 11 L. 241/1990 che sono regolate in parte da norme di diritto pubblico ed in parte da norme di diritto privato.

In relazione a tali accordi previsti dalla legge sul procedimento, parte della dottrina ha ritenuto che, anche in tali ipotesi di atti consensuali, la pubblica amministrazione «utilizza il suo potere autoritativo, dato che può dettare la disciplina degli interessi privati (e quindi non suoi) anche a prescindere dal consenso dei loro titolari» (SCOCA).

In ogni caso, l'amministrazione, sia che agisca esercitando un potere autoritativo sia che faccia ricorso ad atti espressione del potere non autoritativo, procede utilizzando un «potere (precoattivo) soggetto allo statuto tipico dell'azione amministrativa. Lo statuto giuridico non si limita ad imprimere al potere precoattivo il c.d. *vincolo di scopo* (finalizzandolo cioè alla soddisfazione dell'interesse pubblico), ma lo sottopone ad una serie di regole, formali e sostanziali; le quali possono essere riassunte, rispettivamente nel principio del procedimento e nel principio (che si può convenire di denominare) del rispetto degli amministrati, includendo in questi ultimi sia i diretti interessati sia i terzi» (SCOCA).

3. IL CAMBIAMENTO DELL'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA E L'ESERCIZIO DELLA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

Con l'approvazione della Costituzione repubblicana può dirsi avviato quel processo riformatore della pubblica amministrazione che si è basato, da un lato, sull'instaurazione di un sistema di organizzazione amministrativa non centralizzata ma fondato sul pluralismo istituzionale e, dall'altro lato, sulla richiesta sempre più incessante di trasparenza nell'attività amministrativa.

L'amministrazione pubblica, infatti, è stata, negli ultimi anni, al centro di una serie di riforme legislative che hanno mutato il concetto stesso di «funzione amministrativa» ed hanno inciso sulle modalità di realizzazione dei fini pubblici, al cui perseguimento è adibita la P.A. In particolare, dall'esame delle riforme approntate, nel tempo, dal legislatore emerge con chia-

rezza una nuova *prospettiva di azione* per la pubblica amministrazione che deve rispondere ai canoni della **semplificazione** e della **razionalizzazione**, al fine di fornire riposte efficaci e rapide alle istanze dei privati e delle imprese.

Ed invero, i molti interventi normativi, che hanno caratterizzato il detto *iter* riformatore a partire dagli anni '90, avevano come denominatore comune quello di realizzare una P.A. più snella ed efficace che rispondesse alle esigenze racchiuse nelle parole-chiave del **decentramento**, dell'**autonomia**, della **delegificazione**, della **semplificazione** e della **sussidiarietà**.

Le varie riforme hanno investito la pubblica amministrazione sotto diversi aspetti, incidendo, da una parte, sulla stessa fisionomia dell'apparato amministrativo — mediante l'attuazione del principio autonomistico e del decentramento delle funzioni — e, dall'altra parte, sul rapporto con i cittadini, mediante la possibilità riconosciuta alla P.A. di spogliarsi della propria veste autoritaria e di perseguire l'interesse pubblico primario, sia cercando un approccio collaborativo con gli stessi, che utilizzando, in alternativa al provvedimento amministrativo, gli strumenti tipici del diritto privato.

In questo quadro si inserisce il **procedimento amministrativo** che, nelle intenzioni del legislatore è stato, fin dall'inizio, visto quale **luogo in cui vengono bilanciati interessi pubblici e privati** ed il momento nel quale si assiste ad un progressivo e tendenziale *avvicinamento delle posizioni di governanti e governanti*, il tutto in vista del perseguimento del *pubblico interesse*.

In tale quadro riformatore, un ruolo centrale è stato rivestito dalla progressiva *esigenza di informatizzazione e digitalizzazione* delle amministrazioni pubbliche che, grazie allo strumento informatico, possono semplificare e accelerare la propria azione nonché facilitare l'incontro con il privato.

Tale cambiamento ha consentito di giungere ad un **sistema basato sul contraddittorio e sulla dialettica tra le parti** che trova evidente riscontro anche nelle modalità di tutela riconosciuta al privato nei confronti della P.A.: in tal senso, l'attenzione si è spostata dal processo amministrativo, che segue l'esercizio del potere e che vede l'inserimento di un soggetto terzo (il giudice), al procedimento amministrativo, che invece costituisce un momento precedente a quello dell'esercizio stesso dell'azione amministrativa e che rappresenta, oggi, la sede ideale per un confronto paritario tra le parti. La tutela del privato si è, quindi, spostata al momento formativo dell'esercizio della funzione amministrativa con evidente diminuzione del tasso di contenzioso.

In sostanza, quello che appare essere stato il filo conduttore delle riforme varate è la realizzazione di una P.A. vicina ai cittadini, in cui il perseguimento del fine pubblico rappresenti il risultato non di una imposizione autorevole ma di un confronto dialettico costruttivo.

4. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO QUALE «CARTINA DI TORNASOLE» DEL NUOVO RAPPORTO TRA P.A. E CITTADINO

È proprio nel rapporto con il cittadino/utente che si possono cogliere gli aspetti più innovativi del processo di cambiamento della pubblica amministrazione.

Il passaggio da un apparato amministrativo chiuso e accentrato, in cui l'atto amministrativo era espressione dell'esercizio autoritativo del potere pubblico, ad un sistema in cui l'azione amministrativa è il frutto di un *iter* procedimentale nel quale confluiscono e si compongono tutti gli interessi (pubblici e privati) coinvolti in una determinata attività della P.A. rappresenta, senza ombra di dubbio, il passo più importante compiuto dal legislatore per realizzare una P.A. aperta ai cittadini.

Premesso che l'agire procedimentale è sicuramente più funzionale al soddisfacimento delle istanze del privato, occorre precisare che il *procedimento amministrativo*, può essere definito come «la serie coordinata di atti e di operazioni volta a prefigurare un assetto di interessi tale da consentire di perseguire, per il tramite di un atto conclusivo, il fine pubblico, garantendo le previste forme di tutela in seno alla istruttoria ed arrecando il minor pregiudizio possibile agli interessi compresenti» (SALTARI). Pertanto, il procedimento si configura quale **presupposto** per la **emanazione del provvedimento finale**, nel rispetto delle regole di garanzia e di tutela previste dall'ordinamento (LIBERATI). Altra autorevole dottrina, proprio partendo dalla mancanza di una chiara e precisa definizione legislativa del provvedimento amministrativo, ha incentrato l'attenzione sulla circostanza che l'emanazione di un provvedimento è, di norma, preceduta da un "insieme di atti, fatti ed attività, tutti tra loro connessi" (preordinati tutti all'adozione del provvedimento finale), che confluiscono nel **procedimento amministrativo** (CASETTA).

Tale concezione del procedimento amministrativo è la risultante di un processo evolutivo che, partito da una accezione puramente formale di questo — inteso unicamente alla stregua di

un insieme (statico) di atti ed operazioni preordinati all'emanazione di un provvedimento conclusivo (cd. **concezione formale o teleologica del procedimento**) — si è incentrato sulla funzione assunta dallo stesso nella realizzazione della funzione amministrativa.

Nella cd. **concezione funzionale del procedimento**, invece, il procedimento assume l'importante ruolo di *tramite* (attraverso un insieme di attività ed atti procedurali) fra due situazioni statiche: il **potere** (momento iniziale dell'attribuzione) e il **provvedimento** (momento finale di produzione) (BENVENUTI, CASETTA, CARINGELLA).

Con l'entrata in vigore della **L. 7-8-1990, n. 241**, recante «*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*», il legislatore, approntando una disciplina generale del procedimento amministrativo (che superava quelle settoriali presenti in singole materie) ha positivizzato, per la prima volta, l'azione della P.A., improntandola ai principi di trasparenza e di pubblicità, consentendo, in tal modo, di passare « da una amministrazione criptica e poco penetrabile al controllo degli interessati ad un'amministrazione improntata a criteri di informazione e di pubblicità nei confronti degli utenti» (LIBERATI). In tal senso, rispondono a tale logica istituti come l'accesso ai documenti amministrativi, l'obbligo generalizzato di motivare i provvedimenti amministrativi o, ancora, la previsione del responsabile del procedimento ovvero la comunicazione dell'avvio del procedimento.

Se è indubitabile che la prima regolamentazione di carattere generale del procedimento amministrativo è contenuta nella L. 241/1990, è altresì vero che già la L. 142/1990 aveva introdotto delle previsioni sulla partecipazione del cittadino all'amministrazione locale. L'art. 6 della citata legge, poi recepito dal D.Lgs. 267/2000, sanciva infatti che nel procedimento per l'adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive devono essere previste forme di partecipazione degli interessati secondo le modalità stabilite dallo statuto; successivamente, con la L. 265/1999 è stato espressamente inserito nel tessuto normativo dell'articolo *de quo* il richiamo all'osservanza dei principi stabiliti dalla L. 241/1990, con lo scopo di creare un collegamento tra lo statuto dell'ente locale e la legge sul procedimento.

Le successive modifiche apportate alla L. 241/1990, con la **L. 15/2005** e la **L. 80/2005**, hanno poi proseguito sulla strada dell'avvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione, favorendo quegli istituti giuridici che realizzano un'ottica di dialogo e collaborazione reciproca nell'attuazione dell'azione amministrativa: la partecipazione, garantita in tutte le sue possibili estrinsecazioni, le conferenze di servizi, gli accordi procedurali e sostitutivi, e soprattutto la previsione di cui all'art. 10bis, ossia la comunicazione al privato dei motivi ostativi all'accoglimento di una istanza in un momento antecedente rispetto all'adozione del provvedimento finale (negativo) ecc.

In particolare, tra i principi ispiratori delle riforme del 2005 si segnalano:

- la positivizzazione, all'art. 1, tra i *principi generali dell'azione amministrativa*, del **principio di trasparenza** e il richiamo espresso ai **principi dell'ordinamento comunitario**;
- la previsione, contenuta nell'art. 1bis, del principio generale secondo il quale le amministrazioni pubbliche, salvo che la legge non disponga diversamente, agiscono secondo il **diritto privato**, e, quindi, anche servendosi di *moduli negoziali* per la realizzazione dei propri compiti istituzionali, cioè per la cura completa degli interessi pubblici a queste affidati dalla legge;
- la previsione di poter ricorrere in sede giurisdizionale avverso il **silenzio inadempimento** della P.A., senza la necessità di una previa diffida e con la attribuzione al G.A. di una cognizione estesa alla fondatezza dell'istanza;
- l'incentivazione dell'uso della **telematica**, quale strumento per conseguire una maggiore efficienza nell'attività pubblica;
- la regolarizzazione del **rapporto tra responsabile del procedimento e dirigente dell'unità organizzativa**, nel senso che quest'ultimo può adottare un provvedimento finale diverso e non rispondente alle risultanze dell'istruttoria condotta dal primo, ma solo motivando il suo dissenso;
- la previsione dell'obbligo per le pubbliche amministrazioni di comunicare al privato, prima dell'adozione del provvedimento finale, di segno negativo, i motivi che impediscono l'accoglimento della propria istanza: l'importanza dell'art. 10bis della L. 241/1990 ai fini di una corretta azione amministrativa è emersa nel tempo ed ha evidenziato che tale disposizione, lungi dall'essere un mero strumento di dilazione dei tempi procedurali, rappresenta il mezzo per realizzare quella imparzialità sostanziale connessa al necessario perseguimento dell'interesse pubblico primario;
- la generalizzazione dell'esercizio consensuale del potere amministrativo mediante la conclusione con il privato di **accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento** (il legislatore ha, infatti, eliminato la precedente riserva di legge che circoscriveva le ipotesi di utilizzo degli accordi sostitutivi);
- la generalizzazione del **silenzio assenso** e della **dichiarazione di inizio attività** nell'ottica di una semplificazione dell'azione amministrativa;
- l'introduzione del **Capo IVbis** che, con una serie di disposizioni, detta la disciplina in materia di «efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso». Tra le tante, significativa è la norma di cui all'art. 21octies che, individua due ipotesi specifiche di sanatoria di un atto annullabile per vizi formali e procedurali;
- l'individuazione del **diritto di accesso** agli atti quale principio generale dell'azione amministrativa e la contestuale previsione della sua attinenza con i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

È evidente che lo scopo del legislatore del 2005 è stato quello di inserire nel procedimento il contraddittorio in modo da rendere il cittadino partecipante della funzione amministrativa e di eleggere il procedimento amministrativo a sede ottimale per la realizzazione del citato confronto dialettico

tra le parti e per il compimento effettivo del canone della trasparenza dell'azione amministrativa.

Tale logica è alla base anche della recente modifica alla L. 241/1990, introdotta con la **L. 18-6-2009, n. 69**, recante «*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*».

Tale corposo testo normativo contiene alcune importanti disposizioni che, come si vedrà, incidono sulla L. 241/1990, inserendo in questa alcune previsioni che sono, tutte, rivolte a dare una spinta ulteriore nel senso della semplificazione e della razionalizzazione dell'azione amministrativa.

5. L'ATTIVITÀ CONTRATTUALE DELLA P.A.

Come si è visto nei paragrafi precedenti, l'azione della P.A. può esplicarsi sia nelle forme proprie previste dal *diritto pubblico*, sia nelle forme comuni del *diritto privato*.

Nell'ambito dell'**attività di diritto comune della P.A.**, assume particolare rilevanza l'**attività contrattuale** dello Stato e degli altri enti pubblici che, pur costituendo manifestazione della capacità di diritto privato della P.A., è caratterizzata per essere regolamentata da una disciplina composita, formata da norme di diritto privato e norme riconducibili all'ordinamento giuspubblicistico.

Attualmente, sono sempre più frequenti le ipotesi in cui la pubblica amministrazione, nel perseguimento delle proprie finalità pubbliche, ricorre agli **strumenti tipici del diritto privato**, tra i quali i **contratti**, rispetto a quelle in cui utilizza il *provvedimento amministrativo*, dando così contezza di quel processo di rivisitazione del concetto stesso di supremazia che, da sempre, caratterizza il rapporto tra P.A. e cittadino.

Le motivazioni di tale cambiamento sono molteplici. Innanzitutto, il progressivo evolversi del diritto dell'Unione europea, ed il conseguente obbligo degli Stati membri di conformarsi allo stesso, hanno profondamente inciso sulle modalità di azione della P.A. spingendo, sempre più, verso l'adozione di un regime contrattuale più consono alla realizzazione degli obiettivi e delle priorità stabilite dal legislatore europeo.

La conseguenza diretta delle trasformazioni *de quibus* è data, in Italia, dalla cd. **privatizzazione del diritto delle amministrazioni pubbliche**, ossia

dal passaggio dal regime tradizionale del provvedimento amministrativo al regime contrattuale, con l'**estensione dei moduli contrattual-privatistici** all'intero agire amministrativo e con un recupero del diritto privato, più flessibile e meglio adeguato ai tempi dell'economia contemporanea. L'utilizzo dello strumento contrattuale, infatti, rappresenta il mezzo più agile e veloce affinché l'amministrazione adempia al proprio compito istituzionale di provvedere alla *cura concreta degli interessi pubblici*.

La possibilità riconosciuta alla P.A. di esplicitare la propria attività amministrativa, scegliendo, alternativamente tra il provvedimento amministrativo ed i moduli contrattual-privatistici, comporta, sempre nell'ottica del perseguimento dei fini pubblici e nel rispetto dei principi fissati dall'art. 97 Cost., conseguenze diverse in ordine al rapporto P.A.-cittadino, soprattutto con riferimento al regime che caratterizza i relativi atti.

Ed invero, qualora la pubblica amministrazione decida di utilizzare **strumenti** propri del **diritto pubblico**, la stessa agisce, unilateralmente, quale **organo titolare di poteri autoritativi** nei confronti del privato, ponendosi in una **posizione di supremazia** rispetto a quest'ultimo; laddove, invece, la P.A., nell'ambito della sua **capacità di diritto privato**, utilizzi strumenti propri di quest'ultimo (*attività negoziale*) si spoglia di ogni prerogativa pubblicistica, ponendosi in tal caso, su un **piano di parità con il privato cittadino**, e divenendo «parte» del relativo rapporto giuridico (ALTIERI). Tale sostanziale parità trova un unico limite nella *natura vincolata* dell'attività contrattuale pubblica. Ed invero, quest'ultima si atteggia in modo diverso e più articolato rispetto a quella tipica dei rapporti fra soggetti privati (con la conseguenza che non può parlarsi di assimilazione fra autonomia negoziale della P.A. ed autonomia negoziale dei privati; cfr: CARINGELLA): il ricorso a schemi contrattuali privatistici, sebbene comporti che la pubblica amministrazione dismetta ogni potere autoritativo, non implica una rinuncia *tout court* a quelle connotazioni legate alla sua natura «pubblica» che le impongono necessariamente il **perseguimento di quei fini pubblici** alla cui tutela essa è preposta.

Ciò comporta, come evidenziato dalla dottrina, che «la differenza dell'agire amministrativo, posto in essere tramite un atto provvedimentale, rispetto a quello concluso mediante la stipula di un contratto di diritto privato, non risiede, pertanto, nel tipo di interesse perseguito (rimane, infatti, l'interesse pubblico, quello posto alla base dell'azione amministrativa) ma poggia sul diverso atteggiarsi dell'Amministrazione, a volte, come interlocutore pubblico, altre volte, come parte contrattuale di diritto privato» (ALTIERI).

In tale prospettiva si colloca la previsione generale contenuta nell'**art. 1, comma 1bis, della L. 241/1990**, ai sensi del quale «*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*»: dalla lettera della disposizione non sorgono dubbi sul fatto che il legislatore ha inteso formalizzare una **piena e generale capacità di diritto privato dell'amministrazione**. Circostanza questa confermata dalla portata, soggettiva ed oggettiva, della norma *de qua*: sotto il primo profilo, non vi è dubbio che il richiamo generico alla P.A. è da intendersi come richiamo a tutte le amministrazioni e ai soggetti pubblici in generale, considerato anche che il legislatore non opera alcuna distinzione di sorta. Dal punto di vista oggettivo, invece, la norma di cui all'art. 1, comma 1bis, della legge sul procedimento è stato interpretato nel senso dell'introduzione nell'ordinamento del principio «secondo cui ciò che sfugge ad una regolamentazione di tipo pubblicistico da parte dell'Amministrazione, è regolamentato da norme di diritto privato» (ALTIERI).

Il riconoscimento di tale generale capacità comporta che l'amministrazione può stipulare qualsiasi tipo di contratto, tipico o atipico, con il solo **limite** che tale capacità può essere attuata «soltanto nei casi in cui vi sia attinenza con le **finalità pubbliche**» (CASETTA).

Il ricorso allo strumento contrattuale da parte di una P.A. ha posto un delicato problema relativo al possibile **rapporto tra negozio privato ed interesse pubblico**.

La particolarità sta nel fatto che l'amministrazione deve, in ogni caso, **dar conto sia delle ragioni di interesse pubblico** che la inducono ad utilizzare lo strumento negoziale in luogo di quello provvedimentale, sia dell'**effettiva realizzazione di tale interesse** mediante il ricorso all'autonomia privata. Ciò significa che, anche laddove la P.A. decida di ricorrere allo strumento contrattuale, deve essere sempre possibile la verifica *ex post*, da parte del privato ed eventualmente dell'autorità giurisdizionale, circa la *rispondenza del proprio agire* ai principi di *buon andamento ed imparzialità*, di matrice costituzionale.

La **cura dell'interesse pubblico** deve, pertanto, essere evincibile ed a tal fine assume specifico rilievo il **procedimento di evidenza pubblica** che deve precedere la stipulazione di un determinato contratto.

In particolare, come è stato evidenziato dalla dottrina (IMMORDINO), anche i contratti della pubblica amministrazione sono la risultante dell'in-

contro di due volontà, solo che, in tal caso, la volontà della P.A. risulta all'esito di un procedimento, regolato da norme di diritto pubblico, la cui peculiarità è quella «di svolgere una funzione preliminare rispetto alla stipulazione del contratto» (BASSI), e nel corso del quale «sono evidenziate ed esplicitate le ragioni di pubblico interesse che muovono la stazione appaltante, orientandone la discrezionalità» (CARINGELLA). Altra parte della dottrina (PERFETTI) ha messo in evidenza un diverso aspetto connesso alla procedura *de qua*, evidenziando che la stessa si concreta in «una serie di atti e procedimenti volti essenzialmente a valutare *la rispondenza all'interesse pubblico del singolo contratto*, nelle varie voci dell'*an*, del *quantum*, del *quomodo*, ed il rispetto dei vincoli comunitari».