

StuDocu.com

manuale di diritto amministrativo casetta

Diritto Amministrativo (Università degli Studi di Bari Aldo Moro)

MANUALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

ELIO CASSETTA

CAPITOLO I

L'AMMINISTRAZIONE E IL SUO DIRITTO

1. La nozione di pubblica amministrazione

Il termine “ amministrazione”, in generale, indica la cura in concreto di interessi, ed è riferibile ad un qualsiasi soggetto (persona giuridica, pubblica o privata), che svolge un’attività rivolta alla soddisfazione di interessi correlati ai fini che il soggetto stesso si propone di perseguire.

Oggetto del nostro studio sarà l’analisi dell’amministrazione regolata da norme giuridiche e svolta per la soddisfazione d’interessi pubblici, ovvero dell’amministrazione-attività, meglio nota come **amministrazione in senso oggettivo**.

Quest’ultima si distingue dall’**amministrazione in senso soggettivo**, in quanto è amministrativa l’attività posta in essere dalle persone giuridiche pubbliche e dagli organi che hanno competenza alla cura degli interessi dei soggetti pubblici.

Ambedue i concetti si completano a vicenda e nessuno dei due può prescindere l’uno dall’altro.

Nel quadro tracciato dalla Costituzione, l’attività amministrativa viene esercitata anche da organi cui istituzionalmente essa non competerebbe così come l’amministrazione in senso soggettivo esercita anche funzioni diverse da quelle istituzionalmente proprie; da ciò deriva quindi che la nozione di amministrazione in senso oggettivo non coincide con quella di amministrazione in senso soggettivo.

Quest’ultima equivale all’**organizzazione amministrativa** alla quale la Costituzione dedica una lacunosa disciplina(l’art. 97 parla di pubblici uffici).

Al fine di arginare il fenomeno del dilagarsi di vari soggetti pubblici, il legislatore, negli ultimi anni, ha tentato di ridimensionare questa situazione, sia trasformando molti soggetti pubblici in privati(c.d. privatizzazione), sia istituendo soggetti privati con il compito di perseguire finalità pubblicistiche, sia avvalendosi di soggetti privati per lo svolgimento di compiti pubblicistici (c.d. organi indiretti).

Da ciò deriva una difficoltà nel tracciare una definizione normativa di amministrazione pubblica. Una per es. si rinviene nell’art.1, 2 co del dlgs.165/01 ove si definiscono le pubbliche amministrazioni, che appare quella più esaustiva.

2. Le recenti riforme della p.a.

Negli ultimi decenni molte leggi hanno cambiato l’assetto normativo inerente la p.a.

In primo luogo il legislatore si è mosso nella direzione dell’attuazione di norme e principi costituzionali in materia amministrativa: es. l. 241/90 sul procedimento amministrativo; l. 142/90 e l. 265/99 sulle autonomie locali (oggi abrogate e confluite nel d.lgs. 267/00(di seguito indicato come t.u.e.l.); in tema di pubblico impiego d.lgs. 165/01(T.U.P.I.) ove il legislatore ha introdotto la distinzione assai marcata tra politica e

gestione. Ancora le tre leggi Bassanini n. 59/97, 127/97 e 191/98 costituiscono tre esempi di vera e propria riforma sia dell'attività che dell'organizzazione amministrativa. Queste tre leggi, in particolare, hanno attuato il c.d. **decentramento amministrativo** consistente nella devoluzione di molti poteri statali alle regioni e agli enti locali, riservando allo Stato solo alcune e fondamentali materie e introducendo il principio di sussidiarietà. A seguire la riforma del titolo V della Cost. ad opera della legge costituzionale 3/2001 ed infine le recenti leggi n. 15/2005 e 80/2005 che hanno apportato modifiche al procedimento amministrativo (l. 241/90). Un radicale mutamento dell'azione amministrativa deriva altresì dall'impiego dei nuovi strumenti legati allo sviluppo tecnologico (d.lgs. 82/2005: codice dell'amministrazione digitale). Quest'ultimo attribuisce numerosi diritti ai cittadini, tra cui quello di usare le tecnologie nei rapporti con l'amministrazione, di accedere agli atti per via telematica). Es. firma digitale, documento informatico.

3 La nozione di diritto amministrativo

E' la disciplina giuridica della pubblica amministrazione, nella sua organizzazione, nei beni nell'attività, e nei rapporti che si instaurano con gli altri soggetti dell'ordinamento.

Negli Stati a regime amministrativo, l'attività della pubblica amministrazione non si esaurisce nella sola attività di diritto pubblico ma si assiste all'espansione dell'attività di diritto privato della p.a. Così l'attività amministrativa può essere esercitata dai soggetti pubblici tanto nelle forme del diritto pubblico, quanto nelle forme del diritto privato.

L'art. 1, comma 1 bis l. 241/90 (introdotto dalla l. 15/2005) prevede che la p.a. nell'emanazione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge non disponga diversamente. Il diritto privato diventa la regola per l'attività che si esplica mediante atti non autoritativi, affermando così un principio di parità dialettica tra privati e p.a.

Tuttavia la legittimità dell'azione amministrativa svolta attraverso l'impiego di strumenti privatistici dovrà comunque essere sempre verificata alla luce dei criteri che informano tutta l'attività amministrativa di cui al 1 comma l. 241/90 e cioè economicità, efficacia, pubblicità, e trasparenza.

4. L'amministrazione comunitaria ed il diritto amministrativo comunitario

Le organizzazioni internazionali sono dotate di una propria struttura amministrativa e spesso intrattengono relazioni con gli Stati e con le amministrazioni nazionali.

In particolare l'U.E. riveste, rispetto alle altre organizzazioni internazionali, un'importanza fondamentale per l'influenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, in particolare attraverso le direttive e i regolamenti.

Il diritto amministrativo comunitario indica quel complesso di normative inerenti il condizionamento dell'azione amministrativa ad opera delle fonti comunitarie, incidenti soprattutto nel settore economico. (pubblici appalti, servizi pubblici). Più in generale, la disciplina europea ha introdotto un nuovo modello di potere pubblico, (le autorità indipendenti), una nuova funzione (quella regolativa dei mercati) e ha accentuato la rilevanza del mercato e della tutela dei consumatori.

Un'influenza crescente, con riferimento ad alcuni settori del diritto amministrativo, è destinata produrre la **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali**, firmata a Roma il 4 nov. 1950 dai Paesi aderenti al Consiglio d'Europa.

A Nizza è stata proclamata la **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea**, rilevante atto che potrebbe dare ulteriore impulso al processo di integrazione comunitaria, riaffermando diritti già riconosciuti dalla giurisprudenza comunitaria.

Il diritto amministrativo comunitario in senso proprio è soltanto quello avente ad oggetto l'amministrazione comunitaria, ovvero l'insieme degli organismi e delle istituzioni dell'Unione europea cui è affidato il compito di svolgere attività sostanzialmente amministrativa e di emanare atti amministrativi.

Inoltre nell'ambito del diritto comunitario di estremo rilievo è il **principio di sussidiarietà**, il quale implica come normale l'azione del livello di governo inferiore e più vicino ai cittadini e prevede che il livello superiore di governo possa intervenire soltanto se l'azione del primo non consenta la cura degli interessi affidati.

Tale principio è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla l. 59/97 e dall'art. 3 t.u. e.l. (d.lgs. 267/00), recentemente costituzionalizzato con la l. cost. 3/01 e consacrato formalmente nel Trattato istitutivo della C.E. (modificato dal Trat. di Amsterdam), e costituisce una vera e propria regola di riparto delle competenze tra Stati membri e Unione, che pare salvaguardare le attribuzioni degli Stati stessi.

Nei settori di competenza "concorrente" tra Unione e Stati membri, esso consente alla prima di intervenire soltanto e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possano essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possano dunque essere meglio realizzati a livello comunitario, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione stessa.

L'analisi dei rapporti tra amministrazione nazionale e comunitaria consente di individuare altre problematiche inerenti l'esecuzione del diritto comunitario, nonché l'individuazione dell'organo titolare della funzione esecutiva comunitaria. A tal fine si distingue tra esecuzione in via indiretta e diretta.

La prima avviene ad opera degli Stati membri che danno attuazione al diritto comunitario (direttive e regolamenti) attraverso atti legislativi e amministrativi.

La seconda avviene mediante funzioni svolte direttamente dalla Comunità attraverso organi e strutture chiamate a svolgere funzioni amministrative.

Assume un ruolo centrale, nell'ambito della definizione di amministrazione comunitaria, la Commissione, che esercita la funzione esecutiva

Domande:

- cosa si intende per pubblica amministrazione?
- Quale è l'oggetto dello studio del diritto amministrativo?
- Cosa si intende per diritto amministrativo comunitario?
- Cosa prevede il principio di sussidiarietà a livello comunitario?

CAP. II

ORDINAMENTO GIURIDICO E AMMINISTRAZIONE: LA DISCIPLINA COSTITUZIONALE

1. Diritto amministrativo e nozione di ordinamento giuridico

Con il termine ordinamento giuridico generale si indica l'assetto giuridico e l'insieme delle norme giuridiche che si riferiscono ad un particolare gruppo sociale.

Ai fini dello studio del diritto amministrativo, quel che interessa è la concezione istituzionale del diritto la quale pone l'equivalenza tra ordinamento giuridico e istituzione intesa come ente o corpo sociale (teoria del *sans loi* Romano) e concepisce il diritto non già come semplice norma o complesso di norme ma come organizzazione di un ente sociale.

Compito essenziale dell'ordinamento generale è quello di fornire soluzioni ai conflitti di interesse che possano sorgere tra gli stessi e oltre a ciò l'ordinamento riconosce ed istituisce i soggetti dell'ordinamento stesso.

Pertanto l'amministrazione non è altro che uno dei tanti soggetti dell'ordinamento.

2. L'amministrazione nella Costituzione: il rapporto tra politica e amministrazione

La Costituzione si occupa dell'amministrazione nella **sez. II del titolo III** della parte seconda, nella sez. I (il governo art. 95 e ss.), negli artt. 5, 28 e 114. Di rilievo sono poi gli articoli che interessano la materia dei pubblici servizi (32, 33, 38, 41 ecc), la responsabilità (art. 28) e le altre disposizioni comunque applicabili all'amministrazione.

Per es. l'art. 98 ai sensi del quale la p.a. pare in primo luogo direttamente legata alla collettività nazionale, al cui servizio i suoi impiegati sono posti, e l'art. 5 che caratterizza il modello del decentramento amministrativo e la promozione delle autonomie locali, capaci di esprimere un proprio **indirizzo politico-amministrativo**.

Importantissima è poi la disposizione contenuta nell'art. 97 che contiene una riserva di legge e mira a sottrarre l'amministrazione, regolata dalla legge, al controllo politico del governo, rendendola indipendente e che si legittima per la sua imparzialità ed efficienza. Tale articolo pone dei limiti anche al legislatore il quale può incidere sull'amministrazione soltanto dettando regole per la disciplina della sua organizzazione.

Ai sensi dell'art. 95 il Governo, assieme al Parlamento, esprime un indirizzo, qualificato come **politico-amministrativo** (quale prefissione degli obiettivi dell'azione amministrativa fissato dagli organi politici).

L'ordinamento fa anche riferimento all'indirizzo politico-amministrativo svolto dagli organi di governo delle varie amministrazioni, caratterizzato dalla "definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione.

L'art. 2, c. 1 l. 400/88 attribuisce al Consiglio dei ministri il compito di determinare, in attuazione della politica generale del governo, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa, mentre il d.lgs. 165/01 attribuisce agli organi di governo l'indirizzo politico-amministrativo.

E' l'ordinamento stesso che introduce una tendenziale distinzione tra politica e amministrazione, soprattutto in occasione della disciplina dell'organizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni, (d.lgs. 165/01), disciplina che mira a delimitare le attribuzioni della componente politica dell'amministrazione (organi di governo cui spetta determinare l'indirizzo politico-amministrativo) rispetto alla componente burocratica, in particolare del vertice dirigenziale, che agisce in modo imparziale ed efficiente, attuando concretamente gli obiettivi prefissati.

Infatti gli organi politici possono controllare e indirizzare il livello più alto dell'amministrazione, la dirigenza, soltanto utilizzando gli strumenti di cui la d.lgs. 165/01, quali prefissione degli obiettivi e verifica dei risultati.

Tuttavia la legge configura in alcuni casi, es. l. 145/02 la sussistenza di uno stretto vincolo fiduciario tra organo politico e vertice dirigenziale, tale che ad es. alcuni incarichi dirigenziali cessano decorsi 90 giorni dal voto sulla fiducia del nuovo esecutivo(c.d. spoil system) e in tali ipotesi la separatezza tra politica e amministrazione risulta attenuata.

Specifico riflesso del problematico rapporto che corre tra politica, amministrazione e diritto amministrativo e costituito dalla questione della distinzione tra **atti politici** e **atti amministrativi**, essendo solamente i primi sottratti al sindacato del giudice amministrativo, ponendosi al di fuori dell'area del principio di legalità. Tali atti, infatti, anche quando emanati dal governo, data la loro altissima discrezionalità e il carattere libero del loro fine, non ledono diritti soggettivi o interessi legittimi, uniche situazioni alle quali l'ord. giur. riconosce una tutela giurisdizionale. es. di atti politici: gli atti di iniziativa legislativa del governo.

Diversi sono gli **atti di alta amministrazione**, caratterizzati da una amplissima discrezionalità, e considerati l'anello di collegamento tra indirizzo politico e attività amministrativa in senso stretto, soggetti alla legge e al sindacato giurisdizionale.

3. I principi costituzionali della pubblica amministrazione : la responsabilità

Il principio di responsabilità è enunciato dall'art. 28 Cost. a tenore del quale: “ 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. In alcuni casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici”. (analizzato nel prosieguo della trattazione)

- Il principio di legalità

Tale principio esprime l'esigenza che l'amministrazione sia soggetta alla legge e si applica a qualsivoglia potere pubblico, in quanto la legge, espressione della volontà generale, si pone alla base di tutte le manifestazioni pubbliche dell'ordinamento.

Nel nostro ordinamento giuridico convivono più concezioni di tale principio che può essere considerato nei termini di **non contraddittorietà** dell'atto amministrativo rispetto alla legge.(**preferenza della legge**) Es. i regolamenti amministrativi non possono contenere norme contrarie alle disposizioni di legge.

Il principio di legalità formale esprime l'esigenza che l'azione amministrativa abbia uno specifico fondamento legislativo, impostando il rapporto tra legge e amministrazione nel senso di vietare a

quest'ultima di contraddire la legge ma anche di dover agire nelle ipotesi ed entro i limiti fissati dalla legge che attribuisce il potere.

Tale principio si applica ad alcuni atti normativi, quali regolamenti ministeriali.

Per quanto riguarda i provvedimenti amministrativi questi devono rispettare altresì il **principio di legalità sostanziale**, inteso nel senso che l'amministrazione deve necessariamente agire non solo entro i limiti di legge ma anche in conformità della disciplina sostanziale posta dalla legge stessa, la quale incide anche sulle modalità di esercizio dell'azione. Questa concezione si ricava dalle ipotesi in cui la Costituzione prevede una riserva di legge, che riguarda il rapporto tra Cost., legge e amministrazione, imponendo la disciplina legislativa di una data materia e delimitando l'esercizio del potere normativo spettante all'esecutivo.

Il principio di legalità attiene al rapporto tra legge ed attività complessiva della p.a. anche quella non normativa: il mancato rispetto del principio in questione determina l'illegittimità dell'azione amministrativa.

Il principio di legalità in senso sostanziale ripropone la difficoltà di contemperare due esigenze diverse: da un lato, quella di garantire e di tutelare i privati, che richiede una disciplina legislativa che penetri all'interno della sfera del potere amministrativo, dall'altro quella di lasciare spazi adeguati d'azione all'amministrazione.

In ragione del fatto che il potere si concretizza nel provvedimento si comprende perché il principio di legalità si risolve in quello di **tipicità** dei provvedimenti amministrativi: se l'amministrazione può esercitare i soli poteri autoritativi attribuiti dalla legge, essa può emanare soltanto i provvedimenti stabiliti in modo tassativo dalla legge stessa.

Il principio di legalità è richiamato dall'art. 1, l. 241/90 ai sensi del quale l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficienza, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla l. 241/90, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario. Il c. 3 chiarisce che il rispetto di tali principi va assicurato anche dai soggetti privati preposti all'esercizio dell'attività amministrativa.

Per quanto attiene ai rapporti tra legge e attività amministrativa, occorre altresì richiamare il principio del giusto procedimento, elaborato dalla Corte Cost. ed avente la dignità di principio generale dell'ordinamento.

- Il principio di imparzialità.

L'art. 97 pone espressamente due principi relativi all'amministrazione: il principio di imparzialità e di buon andamento, che la norma sembra riferire all'organizzazione amministrativa.

Dottrina e giurisprudenza hanno affermato la natura precettiva e non semplicemente programmatica della norma costituzionale, la quale pone una riserva di legge. Pertanto dottrina e giurisprudenza hanno affermato l'applicabilità diretta dei due principi in esame così all'organizzazione come all'attività amministrativa.

Il concetto di **imparzialità**, in negativo, esprime il dovere dell'amministrazione di non discriminare la posizione dei soggetti coinvolti dalla sua azione nel perseguimento degli interessi affidati alla sua cura. Il principio postula un comportamento attivo volto alla realizzazione di un assetto imparziale dei rapporti. L'imparzialità impone innanzitutto che l'amministrazione sia strutturata in modo da assicurare una condizione oggettiva di imparzialità.

Applicazioni di tale principio, che si rivolge sia al legislatore che all'amministrazione, sono la posizione dei pubblici impiegati, i quali sono al servizio esclusivo della nazione (art. 98), l'obbligo di astensione sussistente in capo ai titolari dei pubblici uffici allorché debbano decidere questioni alle quali essi siano interessati. Il principio pare in via primaria rivolto ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa.

Concludendo si ribadisce che, proprio perché l'amministrazione è parte, e dunque agisce in vista di un interesse in grado di prelevare, quello pubblico, occorre che la sua attività sia sottoposta ad un principio, quello di imparzialità, il quale garantisca che il suo agire come parte risulti da un lato sottratto alle deviazioni indebite, dall'altro ragionevole.

- Il principio del buon andamento

Enunciato dall'art. 97 Cost., impone che l'amministrazione agisca nel modo più adeguato e conveniente possibile.

Applicazioni di tale principio si rinvencono nella disciplina del lavoro presso le p.a. in tema di razionale distribuzione del personale nelle carriere e della corrispondenza tra livello retributivo e qualifica esercitata; nell'ambito del procedimento amministrativo va richiamato il criterio di non aggravamento di esso se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo sviluppo dell'istruttoria.

Il principio va riferito alla p.a. nel suo complesso, non al funzionario ma all'ente.

4. I criteri di efficacia, economicità, efficienza, pubblicità e trasparenza

Accanto ai principi tradizionali di buon andamento e di imparzialità, l'amministrazione deve oggi attenersi anche ai criteri di **economicità, efficacia, efficienza, pubblicità e trasparenza**.

Molti di essi sono contemplati dall'art. 1 della l. 241/90 secondo cui "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficienza, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e da altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario". Si noti che anche i principi comunitari reggono l'attività amministrativa.

Essi costituiscono la traduzione di principi costituzionali, diventando veri e propri parametri giuridici dell'attività e dell'organizzazione amministrativa.

Il **criterio di efficienza** indica il rapporto tra i risultati ottenuti e le risorse impiegate, e al fine di conseguire maggiore efficienza le amministrazioni incentivano l'uso della telematica nei rapporti interni e in quelli con i privati.

Il **criterio di efficacia** indica il rapporto tra risultati ottenuti e obiettivi prefissati.

I criteri di **pubblicità e trasparenza** possono essere riferiti sia all'attività che all'organizzazione, e costituiscono applicazione del principio di imparzialità.

Ad essi vanno ricondotti molteplici istituti, tra cui il diritto d'accesso, la pubblicità degli atti, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi, l'istituto degli uffici di relazione con il pubblico, la figura del responsabile del procedimento.

La legislazione valorizza gli strumenti digitali per la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione delle informazioni. (d.lgs. 82/2005).

Ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 82/05, infatti, le p.a., nell'organizzare autonomamente la propria attività, utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, semplificazione e partecipazione.

5. Il principio di azionabilità delle situazioni giuridiche dei cittadini nei confronti della p.a.

L'art. 24, 1 c. stabilisce che “tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi”, mentre l'art. 113 cost. dispone che “contro gli atti della p.a. è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa”.

Tale disciplina esprime l'esigenza che ogni atto della p.a. possa essere oggetto di sindacato da parte di un giudice e che tale sindacato attenga a qualsiasi tipo di vizio di legittimità: si tratta del principio di azionabilità delle situazioni giuridiche dei cittadini nei confronti dell'amministrazione e del principio di sindacabilità degli atti amministrativi. (Indipendentemente dalla funzione, normativa e amministrativa, esplicita dall'amministrazione.). La norma non impedisce l'emanazione delle c.d. **leggi provvedimento**, leggi che hanno contenuto puntuale e concreto alla stessa stregua dei provvedimenti amministrativi, contro le quali il cittadino non può ottenere una tutela giurisdizionale delle proprie situazioni giuridiche davanti il G.A. o il G.O., potendo la legge provvedimento essere sindacata soltanto dalla Corte Costituzionale, alla quale non è possibile proporre direttamente ricorso da parte dei soggetti privati.

6. Il principio della finalizzazione dell'amministrazione pubblica agli interessi pubblici

Dall'esame dell'art. 97 Cost. emerge il principio di finalizzazione dell'amministrazione pubblica: il buon andamento significa congruità dell'azione in relazione all'interesse pubblico; l'imparzialità, direttamente applicabile all'attività amministrativa, postula l'esistenza di un soggetto “parte” il quale è tale in quanto persegue finalità collettive che l'ordinamento generale ha attribuito alla sua cura.

I principi ora richiamati devono significativamente essere rispettati anche dal legislatore allorché ponga in essere una disciplina dell'amministrazione.

Il principio è anche applicabile all'attività di diritto privato dell'amministrazione e all'organizzazione. La circostanza che il soggetto pubblico disponga degli strumenti privatistici non contrasta infatti con il principio di finalizzazione dell'amministrazione nel suo complesso.

Ciò che rileva ai fini del principio di finalizzazione è che l'attività complessiva dell'amministrazione è comunque orientata al perseguimento di interessi pubblici.

7. I principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza

Un ulteriore principio dell'ordinamento dettato con riferimento all'allocatione delle funzioni amministrative è il **principio di sussidiarietà**, nel senso di attribuzione di funzioni al livello superiore di governo esercitabili soltanto nell'ipotesi in cui il livello inferiore non riesca a curare gli interessi ad essi affidati.

Esso è stato dapprima previsto a livello comunitario in relazione ai rapporti Unione – Stati membri (ex art. 5 Trattato C.E.). Correlato a tale principio è quello espresso dall'art. 5 Cost. in materia di decentramento

amministrativo, termine con il quale si indica la dislocazione dei poteri tra soggetti e organi diversi e assurge a regola fondamentale dell'organizzazione amministrativa.

Il decentramento è un fenomeno organizzativo che può assumere forme diverse:

- **burocratico** che comporta soltanto il trasferimento di competenze da organi centrali a organi periferici di uno stesso ente;
- **autarchico** che comporta l'affidamento, ad enti diversi dallo Stato, del compito di soddisfare la cura di alcuni bisogni pubblici. Quest'ultimo può essere previsto a favore degli enti locali, consentendo così che la cura di interessi locali sia affidata a enti esponenziali di collettività locali, ovvero a favore di altri enti (c.d. decentramento istituzionale).

In particolare la l. 59/97, art. 1, c. 2 ha attribuito al Governo la delega per conferire agli enti locali e alle regioni tutte le funzioni e i compiti amministrativi “ relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità.....”, specificando che con il termine “ **conferimento**” si intendono più fenomeni quali il **trasferimento, la delega e l'attribuzione di funzione e compiti**. La delega è stata esercitata con il d.lgs. 112/98: a seguito di questo processo di conferimento di compiti e funzioni a regioni ed enti locali, oggi l'amministrazione italiana si configura dunque essenzialmente come regionale e locale. Ed in concomitanza con siffatto processo il legislatore ha iniziato a richiamare il principio di sussidiarietà, il quale è annoverato dall'art. 4 , l. 59/97 tra i principi e criteri direttivi cui deve attenersi la regione nel conferimento a province, comuni ed enti locali delle funzioni che non richiedano l'unitario esercizio a livello regionale. L'art. 3 , co. 5 T.U.E.L.(D.lgs. 267/00) prevede, inoltre, che comuni e province sono “ titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà”. Quest'ultimo può essere inteso sia in senso **verticale** (relativamente cioè alla distribuzione delle competenze tra centro e periferia) ma anche **orizzontale** (nei rapporti tra poteri pubblici e organizzazioni della società). Il cittadino, da mero amministrato, viene considerato, oggi, come promotore della vita politica- amministrativa. L'evoluzione ora richiamata si inquadra in un contesto costituzionale incentrato sulla centralità dello Stato al quale era attribuita una competenza legislativa residuale, mentre , in virtù del principio del parallelismo, le regioni disponevano di competenze amministrative nelle medesime materie oggetto di potestà legislativa. L'applicazione dell'art. 5 cost., in chiave di valorizzazione del principio di sussidiarietà, si scontrava con la disciplina del titolo V, parte II, della Cost. Ciò spiega la ragione per cui con la l. cost. 3701 il predetto titolo sia stato incisivamente modificato, invertendo il precedente criterio stabilito per l'individuazione degli ambiti di competenza legislativa tra lo Stato e la regione.

E' stato così costituzionalizzato il principio di sussidiarietà, declinato sia in senso orizzontale che verticale: l'art. 118 Cost. stabilisce infatti al 1 comma che “ le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a province, città metropolitane, regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà , differenziazione e adeguatezza”.

8. I principi costituzionali applicabili alla p.a. : l'eguaglianza, la solidarietà e la democrazia.

Alla p.a., come agli altri soggetti pubblici, si applicano i principi di uguaglianza (art. 3) e di solidarietà, e il principio democratico.

Democratica deve essere anche l'azione amministrativa, la quale deve concorrere alla realizzazione di una società più democratica, rimuovendo gli ostacoli che impediscono la piena eguaglianza dei cittadini.

Domande:

- In quali articoli della Cost. si fa riferimento alla P.A.?
- Chi è titolare dell'indirizzo politico- amministrativo, e chi concretamente dà attuazione a tale indirizzo?
- Quali sono i principi costituzionali riferiti alla P.A.?
- Cosa si intende per principio di legalità in senso formale e sostanziale?
- Cosa si intende per principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost.?
- Quali sono i criteri cui si ispira l'azione amministrativa di cui all'art. 1 L. 241/90?
- Cosa prevede il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost.?

CAPITOLO III

L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA: PROFILI GENERALI

1. I soggetti del diritto amministrativo : gli enti pubblici

Oltre a riconoscere la soggettività e la capacità giuridica a tutte le persone fisiche, l'ordinamento istituisce altri soggetti - persone giuridiche, ovvero li configura in astratto, rimettendo a scelte successive l'effetto della loro costituzione in concreto.

Ciò vale anche per le persone giuridiche pubbliche.

I soggetti di diritto pubblico costituiscono nel loro complesso l'amministrazione in senso soggettivo, che si articola nei vari **enti pubblici**.

Essi sono dotati di capacità giuridica, ed essendo idonei ad essere titolari di poteri amministrativi, possono essere definiti come **centri di potere**.

L'amministrazione statale, regionale e locale si articola altresì in una serie di enti variamente collegati alla prima, ma da questa distinti in quanto provvisti di propria personalità.

Accanto agli enti territoriali tradizionali(in primo luogo lo Stato) si sono aggiunti enti legati a questi livelli territoriali da relazioni più o meno stringenti, così come altri soggetti, svolgenti attività rilevanti per l'interesse pubblico(come ordini professionali, enti sportivi ecc.) sono poi stati riconosciuti come enti dall'ordinamento.

La complessa questione dell'individuazione degli enti pubblici, è stata risolta dalla giurisprudenza utilizzando una serie di indici esteriori, nessuno dei quali è di per sé ritenuto sufficiente, ma ritenuti idonei se considerati nel loro complesso.

Tra questi indici di pubblicità si ricordano:

- la costituzione dell'ente ad opera di un soggetto pubblico;
- la nomina degli organi direttivi in tutto o in parte di competenza dello Stato o di un altro ente pubblico;
- l'esistenza di controlli o di finanziamenti pubblici;
- l'attribuzione di poteri autoritativi.

Il problema dell'individuazione dell'ente pubblico sembra risolversi affermando che, al di là della definizione normativa, è ente pubblico quello che la legge ritiene tale.

Occorre osservare, infatti, che pur non disconoscendo l'importanza degli indici esteriori rivelatori della pubblicità, essi non sembrano idonei a consentire l'individuazione dell'elemento essenziale della pubblicità della persona giuridica.

Spesso non è semplice individuare l'imputazione legislativa, pertanto si ritiene che possano soccorrere alcuni elementi rivelatori, tra i quali è particolarmente importante l'utilizzo del denaro pubblico da parte dell'ente.

La circostanza di impiegare risorse provenienti dalla collettività rende responsabile il soggetto nei confronti della stessa ed impone che la sua attività sia svolta nel rispetto dei canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento(art. 97Cost.).

Occorre tuttavia considerare altri indici in grado di rivelare l'affidamento della cura doverosa di un interesse pubblico.

Qualora venga meno la pubblicità dell'interesse perseguito, la legge può intervenire per estinguere l'ente, o per trasformarlo in soggetto privato.

L'ente pubblico è inserito nell'organizzazione amministrativa pubblica, pertanto a seguito dell'imputazione della cura di interessi pubblici, esso entra a far parte dell'amministrazione pubblica, composta da soggetti che necessariamente perseguono finalità pubbliche. Da quanto esposto emerge chiaramente che ai fini del riconoscimento della natura pubblica di un ente l'ipotesi più semplice è data dall'espressa previsione normativa. Con la l. 70/75 c. d. del parastato il legislatore ha dettato i criteri positivi e tassativi per l'esatta individuazione e la classificazione degli enti pubblici. Tale legge suddivide gli enti attraverso cui si concretizza l'amministrazione dello stato in 3 grandi categorie:

- enti pubblici necessari soggetti allo statuto del parastato
- enti pubblici sottratti a tale statuto
- enti pubblici sottratti a tale statuto ma esclusi da ogni contribuzione statale e potere impositivo
- enti inutili (soppressi).

Caratteri degli enti pubblici:

La qualificazione di un ente pubblico è importante per le diverse conseguenze giuridiche di rilievo che comporta. Soltanto gli enti pubblici possono emanare provvedimenti che hanno la stessa efficacia sul piano dell'ord. gen. dei provvedimenti dello Stato, impugnabili davanti al Giudice amministrativo:

- **Autonomia:** indica la possibilità di effettuare da sé le proprie scelte. L'ente autonomo può operare ed effettuare scelte nell'ambito di quanto riconosciuto o attribuito dall'ordinamento generale.
- Molti enti dispongono di una **autonomia normativa** intesa come possibilità di porre in essere norme generali ed astratte che abbiano efficacia sul piano dell'ord. generale. Dispongono di tale autonomia, per es. gli enti territoriali.
- **Autonomia di indirizzo:** possibilità di darsi degli obiettivi diversi da quelli statali (es. gli enti territoriali).
- **Autonomia finanziaria:** indica la possibilità di decidere in ordine alle spese e di disporre di entrate autonome.
- **Autonomia organizzativa:** possibilità di darsi un assetto normativo, diverso dai modelli generali.
- **Autonomia tributaria:** indica la possibilità di disporre dei propri tributi.
- **Autonomia contabile:** è la potestà di derogare al normale procedimento previsto per l'erogazione di spese e l'introito di entrate.

Diverso è il concetto di **Autarchia**, ovvero la possibilità di agire per il conseguimento dei propri fini mediante l'esercizio dell'attività amministrativa che ha la natura e gli effetti di quella della P.a.

Differenze tra autonomia e autarchia : mentre la prima attiene alla possibilità di emanare norme giuridiche, la seconda implica la capacità di emanare provvedimenti amministrativi. Inoltre soltanto agli enti pubblici è riconosciuta la potestà di **autotutela**, intesa come la possibilità di risolvere un conflitto attuale o potenziale di interessi ed in particolare di sindacare la validità dei propri atti producendo effetti incidenti su

di essi. La l. 241/90, disciplinandone i presupposti, riconosce oggi carattere generale ai poteri amministrativi di revoca, sospensione, annullamento e convalida. Le decisioni assunte in autotutela sono pur sempre provvedimenti amministrativi, assoggettati al regime proprio degli stessi e dunque suscettibili di essere impugnati davanti al Giudice amministrativo. L'autotutela è espressione di attività di amministrazione attiva.

Altre caratteristiche:

1. le persone fisiche legate da un rapporto di servizio agli enti pubblici sono assoggettate ad un particolare regime di responsabilità penale, civile ed amministrativa.
2. gli enti pubblici sono tenuti al rispetto dei principi applicabili alla p.a., alcuni loro beni sono assoggettati ad un regime speciale.
3. l'attività che costituisce esercizio di poteri amministrativa è di regola retta da norme peculiari, quali quelle contenute nella l. 241/90 relativa ai procedimenti amministrativi.
4. gli enti pubblici possono utilizzare procedure privilegiate per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato.
5. nell'ipotesi in cui abbiano partecipazioni in una società per azioni, l'atto costitutivo può conferire agli enti pubblici la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza(art. 2449 c.c.)
6. gli enti pubblici sono soggetti a particolari rapporti o relazioni la cui intensità varia in relazione all'autonomia dell'ente.

Autodichia : consiste nella possibilità, spettante ad alcuni organi costituzionali in ragione della loro peculiare indipendenza, di sottrarsi alla giurisdizione degli organi giurisdizionali comuni, esercitando la funzione giustiziale relativamente alle controversie con i propri dipendenti. Essa è riconosciuta alla Camera, al Senato e alla Corte costituzionale. **Autogoverno** : tale termine è indicato dalla dottrina italiana per indicare una situazione che ricorre nell'ipotesi in cui gli organi dello Stato siano designati dalla collettività di riferimento, anziché essere nominati o cooptati da parte delle autorità centrali.

2. La classificazione degli enti pubblici

Siamo quindi in presenza di una pluralità di soggetti pubblici con caratteri assai differenti tra di loro. La classificazione degli enti ha valore soltanto descrittivo, ed essi possono essere suddivisi in tanti gruppi.

- In base alla finalità perseguita si distinguono: enti con compiti di disciplina di settori di attività, da enti con compiti di promozione, enti con compiti di produzione di beni e servizi.
- In base al tipo di poteri attribuiti: enti che posseggono potestà normativa dagli enti che fruiscono di poteri amministrativi.
- In ordine alla modalità con la quale viene organizzata la presenza degli interessati negli organi dell'ente si annoverano:
 - A) Enti a struttura istituzionale nei quali la nomina degli amministratori è determinata da soggetti estranei all'ente.
 - B) Enti associativi : nei quali i soggetti facenti parte del corpo sociale sottostante, di cui sono esponenti, determinano direttamente o a mezzo di rappresentanti eletti o delegati le decisioni fondamentali dell'ente. In essi si verifica il fenomeno dell'autoamministrazione.

Tuttavia le classificazioni più importanti sono indubbiamente quelle operate dal legislatore .

La Cost. contempla per es. all'art. 5 gli enti autonomi e, ai fini della sottoposizione al controllo della Corte dei Conti, all'art. 100 , gli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. In ordine agli enti autonomi, la Cost. riconosce una particolare autonomia a comuni, province, città metropolitane e regioni: tali enti sono formazioni sociali entificate cui è attribuita autonomia di indirizzo, potendo essi esprimere un indirizzo politico o politico-amministrativo.

Il principio dell'autonomia nei limiti fissati dall'ordinamento è alla base della disciplina costituzionale delle università, delle istituzioni di alta cultura e delle accademie, soggetti che possono darsi autonomi ordinamenti nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato.

L'art. 33 Cost. riconosce il diritto di darsi ordinamenti autonomi anche alle accademie, alcune delle quali hanno natura pubblica e dispongono di ampia autonomia di indirizzo.

La legge ha di recente introdotto la categoria delle **autonomie funzionali** (art. 1 d.lgs. 112/98), o enti locali funzionali, per indicare quegli enti ai quali possono essere conferiti funzioni e compiti statali: scuole, università, camere di commercio(che godono di una copertura costituzionale ex art. 33 e 117).

Si tratta di enti ai quali non è riferibile l'autonomia di indirizzo politico e la cui autonomia, anche organizzativa, è così accentuata da consentire l'attribuzione di poteri da parte dello Stato.

Un'altra categoria di enti pubblici è costituita dagli **enti pubblici economici**, la cui disciplina generale è prevista sia nel c.c. (art. 2201 c.c.), sia in altre norme di legge.

Importante è la classificazione contenuta nella l. 70/75 sul c.d. parastato che pone una regolamentazione omogenea in merito agli **enti statali non economici**(c.d. **parastatali**) attinente al rapporto di impiego, ai controlli, alla nomina degli amministratori.

Un'ulteriore e importante categoria di enti, costituzionalmente tutelati, è costituita dagli **enti territoriali** : comuni, province, città metropolitane, regioni e Stato.

Il territorio consente di individuare gli enti stessi, che sono comunità territoriali, e le persone che vi appartengono per il solo fatto di esservi stanziate.

L'ente è politicamente rappresentativo del gruppo stanziato sul territorio e opera quindi tendenzialmente nell'interesse di tutto il gruppo.

Le funzioni degli enti sono individuabili anche e soprattutto in ragione del livello territoriale degli interessi stessi (comunale, provinciale, regionale).

Infine soltanto gli enti territoriali possono essere titolari di beni demaniali posti al servizio di tutta la collettività.

Gli enti pubblici non territoriali, pur esponenziali di gruppi sociali, sono altresì accomunati in ragione del perseguimento di interessi settoriali, ma a differenza degli enti territoriali, non perseguendo interessi generali vengono detti enti monofunzionali.

A conferma del carattere di atipicità degli enti pubblici è molto frequente la tendenza ad introdurre regimi di diritto speciale: ad es. la legislazione più recente ha istituito una serie di enti pubblici, denominate "agenzie", direttamente disciplinate dalla legge istitutiva, in genere configurate come strutture serventi

rispetto ad un ministero. Es. Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni(ARAN).

3. Relazioni e rapporti intersoggettivi e forme associative

1) Un primo tipo di relazione intersoggettiva è quello sorto dalla strumentalità strutturale e organizzativa di un ente, stabilita dalla legge, nei confronti di un altro ente, che dispone di una serie di poteri di ingerenza, di direttiva, di indirizzo, di vigilanza, di approvazione degli atti fondamentali e di verifica, nei confronti dell'ente subordinato. Es. azienda speciale, ente strumentale del comune .

2) Un secondo tipo di relazione intersoggettiva comprende enti dotati di una posizione di maggiore autonomia, che pur non trovandosi in una posizione di strumentalità organizzativa e strutturale così marcata, svolgono un'attività che si presenta come rilevante per un altro ente pubblico territoriale, in particolare per lo Stato. La dipendenza e la strumentalità hanno dunque natura funzionale, anche se esse comportano l'assoggettamento dell'ente ad una serie di controlli e di condizionamenti dell'attività. In questa tipologia viene ricompresa la S.I.A.E. e gli enti "parastatali".

3) Sono poi individuabili enti che non si pongono in relazione di strumentalità con lo Stato o con altro ente pubblico.

Nella categoria rientrano gli enti esponenziali di formazioni sociali, gli ordini e i collegi professionali, il Coni e così via.

Il concreto contenuto di queste relazioni varia da caso a caso, dipendendo dal tipo di poteri che lo Stato può esercitare nei confronti dell'ente, per es. i poteri di vigilanza e di direzione.

La vigilanza era tradizionalmente considerata una figura organizzativa caratterizzata da poteri di ingerenza costituiti in particolare dal controllo di legittimità di un soggetto sugli atti di un altro. Invero il suo contenuto non si esaurisce nel mero controllo estrinsecandosi anche nell'adozione di una serie di atti, quale l'approvazione di bilanci , ecc.

La vigilanza non è dunque una vera e propria relazione organizzativa, bensì un potere strumentale esercitabile anche all'interno di altre relazioni intersoggettive.

La direzione è caratterizzata da una situazione di sovraordinazione tra enti che implica il rispetto, da parte dell'ente sovraordinato, di un ambito di autonomia dell'ente subordinato.

La direzione si estrinseca in una serie di atti, le direttive, che determinano l'indirizzo dell'ente, lasciando allo stesso la possibilità di scegliere le modalità attraverso le quali conseguire gli obiettivi prefissati.

4)Dalle relazioni stabili e continuative occorre tenere distinti i rapporti che di volta in volta possono instaurarsi tra enti, quali **l'avvalimento** e la **sostituzione**.

L'avvalimento era previsto in generale dall'art. 118, u.c. Cost., vecchia formulazione, in relazione a regioni e province, comuni ed enti locali, mentre la disciplina risultante dalla riforma operata con la l. cost. 3/01 non ne fa più cenno; esso, previsto dalla legge ordinaria, non comporta trasferimenti di funzioni ed è caratterizzato dall'utilizzo da parte di un ente degli uffici di un altro.

Tali uffici svolgono attività di tipo ausiliario, ad es. preparatoria ed esecutiva, che rimane imputata all'ente titolare della funzione, senza che si determini alcuna deroga all'ordine di competenze, trattandosi di una vicenda interna di tecnica organizzativa.

Un ulteriore rapporto è quello di **sostituzione**, istituito mediante il quale un soggetto (sostituto) è legittimato a far valere un diritto, un obbligo o un'attribuzione che rientrano nella sfera di competenza di un altro soggetto (sostituito), operando in nome proprio e sotto la propria responsabilità.

Le modificazioni giuridiche che subiscono diritti, obblighi e attribuzioni incidono direttamente nella sfera del sostituito, in capo al quale si producono gli effetti o le conseguenze dell'attività posta in essere dal sostituto.

L'ordinamento disciplina il potere sostitutivo tra enti nei casi in cui un soggetto non ponga in essere un atto obbligatorio per legge o non eserciti le funzioni amministrative ad esso conferite e la giurisprudenza sottolinea che il legittimo esercizio del potere di sostituzione richiede la previa diffida.

Il potere sostitutivo in caso di inerzia può essere esercitato direttamente da un organo dell'ente sostituito, ovvero da un commissario nominato dall'ente sostituito.

Occorre fare cenno alla **delega di funzioni amministrative**, figura che, secondo quanto disposto dall'art. 118 Cost. vecchia formulazione, ricorreva nei rapporti tra Stato e regioni e tra regioni ed enti locali.

La delega di funzioni dallo Stato alle regioni e dalle regioni agli enti locali ha subito un notevole impulso ad opera della l. 59/97, la quale ricomprende lo strumento in esame tra quelli mediante i quali si opera lo stabile conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti amministrativi nel rispetto del principio di sussidiarietà. La riforma di cui alla l. cost. 3/01, sostituendo l'art. 118 Cost., non fa più cenno a siffatta figura, ma ha costituzionalizzato l'istituto del **conferimento** di funzioni amministrative ai vari livelli di governo locale sulla base dei **"principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza"** in un quadro comunque caratterizzato dal fatto che gli enti locali sono "titolari" delle funzioni. (art. 118, 2 cost).

5) Esistono, inoltre, forme associative tra enti, che danno luogo a soggetti distinti quali le **federazioni di enti**, che svolgono attività di coordinamento e di indirizzo dell'attività degli enti federati, nonché attività di rappresentanza degli stessi. Esse non si sostituiscono tuttavia mai agli enti federati nello svolgimento di compiti loro propri. Es, ACI, il CONI. (quest'ultima è una federazione entificata dalla legge). Talune federazioni comprendono anche soggetti privati, ed alcuni enti pubblici possono costituire federazioni di diritto privato. (es. Anci, Upi).

I consorzi costituiscono una struttura stabile volta alla realizzazione di finalità comuni a più soggetti. Essi agiscono nel rispetto di alcuni limiti derivanti dall'esercizio del potere direttivo e di controllo spettante ai consorziati.

I consorzi spesso realizzano o gestiscono opere e servizi di interesse comune agli enti consorziati, i quali restano comunque di regola titolari delle opere o dei servizi.

I tipi di consorzi ora ammissibili ai sensi del T.U.E.L. (D.lgs. 267/00) sono due:

- quelli istituiti per la gestione dei servizi pubblici locali e quelli istituiti per l'esercizio di funzioni. (art. 31 t.u.e.l.).

Inoltre, gli enti pubblici possono costituire consorzi di diritto privato, anche con la partecipazione di soggetti privati. I consorzi pubblici possono essere classificati in entificati e non entificati, obbligatori e facoltativi, formati solo da enti pubblici ovvero anche da privati. I consorzi entificati sono enti di tipo associativo. I consorzi sono obbligatori quando un rilevante interesse pubblico ne imponga la necessaria presenza. Alcuni consorzi sono, infine, formati anche o soltanto da soggetti privati, persone fisiche o giuridiche: in tali casi vi possono partecipare pure soggetti pubblici in quanto titolari di diritti patrimoniali. Nell'ambito delle forme associative tra enti si ricordano le **unioni di comuni**.

4. La disciplina comunitaria: gli organismi di diritto pubblico

Con il termine “**amministrazione comunitaria**” si suole indicare l'insieme degli organismi e delle istituzioni dell'Unione Europea cui è affidato il compito di svolgere attività sostanzialmente amministrativa e di emanare atti amministrativi, attività caratterizzata dal carattere dell'autoritatività.

Quel che l'ordinamento prende in considerazione è l'amministrazione degli Stati membri in vista della tutela della concorrenza e dei mercati, in quanto l'amministrazione pubblica condiziona il gioco della concorrenza soprattutto sotto una duplice prospettiva: in quanto soggetto che, a mezzo di proprie imprese, presta servizi e produce beni in un regime particolare, ed in quanto operatore che detiene una quota di domanda di beni e servizi assai rilevante.

Per il diritto comunitario (direttiva Cee 80/ 273) le imprese pubbliche sono quelle nei confronti delle quali i pubblici poteri possono esercitare, direttamente e indirettamente, un'influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria o della normativa che le disciplina.

L'influenza dominante viene presunta quando i pubblici poteri, direttamente o indirettamente, detengono nei confronti dell'impresa la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa stessa, oppure dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa, o possano designare la metà dei membri dell'organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa.

Nel nostro ordinamento non esiste una nozione di impresa pubblica, ma la mera nozione di impresa, che può definirsi pubblica solo in quanto in mano a pubblici poteri: essa può essere gestita essenzialmente a mezzo di ente pubblico economico, ovvero di aziende autonome.

La normativa comunitaria si caratterizza in ragione del fatto che la finalità preminente pare volta a garantire l'interesse concorrenziale dei potenziali contraenti, laddove nell'ordinamento nazionale sembra dominare l'interesse che sia operata la scelta del miglior soggetto in vista della finalità pubblica da soddisfare.

In conclusione il legislatore comunitario estende la disciplina pubblicistica a tutti i soggetti la cui azione e la cui presenza siano suscettibili di pregiudicare il libero gioco della concorrenza.

Altra nozione di rilievo introdotta dal diritto comunitario è quella di **organismo di diritto pubblico**, ricompreso, dalla normativa sugli appalti, tra le amministrazioni aggiudicatrici, e assoggettato alla specifica disciplina ispirata ai principi della concorrenza.

L'organismo di diritto pubblico deve possedere 3 requisiti, aventi carattere cumulativo ai fini della sua esistenza:

1. **la personalità giuridica**
2. **essere istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.**
3. **la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione è soggetta al controllo di questi ultimi, oppure il cui organo di amministrazione, di direzione e di vigilanza è costituito per più della metà da membri designati dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico.**

Questi soggetti sono dunque individuati in base al dato teleologico e all'esistenza di un particolare legame con lo Stato, indipendentemente dalla qualificazione come pubblici nel diritto interno.

Le società a partecipazione pubblica : sono soggette ad una disciplina particolare di cui all'art. 2449 c.c. e 2450 c.c. a tenore dei quali lo Stato o altro ente pubblico che detiene partecipazioni azionarie, può avere, se previsto dall'atto costitutivo, la facoltà di nominare amministratori o sindaci, ovvero componenti del servizio di sorveglianza, nonché di revocarli.

La scarsa disciplina del c.c. viene compensata da molte norme speciali. In particolare è molto frequente il caso di società istituite direttamente ed unilateralmente dalla legge o di società a costituzione obbligatoria.

Il quadro normativo generale delineato dal codice è quasi sempre più ricco e complesso, nel senso che le società pubbliche presentano ulteriori caratteri, come per es. le società miste direttamente affidatarie di servizi di servizi pubblici locali.

Oggi il T.U. E. L. , come modificato dalla l. 326/03 per i servizi locali di rilevanza economica prevede infatti tre forme di gestione, due delle quali fanno perno su società pubbliche dirette affidatarie del servizio . Ci si interroga sulla natura sostanziale di molte società pubbliche che vanno considerate soggetti privati nei limiti in cui possono disporre della propria esistenza e del proprio oggetto, mentre ricorrerà un ente pubblico laddove lo statuto delle società per azioni e la disciplina delle dimissioni implicino l'impossibilità di uno scioglimento.

Ci si è chiesti se le società per azioni a partecipazione pubblica possano essere qualificate come organismi di diritto pubblico al fine di assoggettarli alla normativa comunitaria sugli appalti.

La giurisprudenza è sul punto divisa, in quanto accanto alla soluzione negativa che si basa sul fatto che la società ha scopo di lucro, laddove l'organismo di diritto pubblico è istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, esistono infatti posizioni favorevoli a considerare compatibile la natura di impresa con la configurazione del soggetto in termini di organismo di diritto pubblico.

Questione diversa e controversa è poi se la società per azioni in mano pubblica possa porre in essere atti amministrativi o comunque atti ad essi equiparati, problema strettamente legato a quello dell'individuazione del giudice competente a conoscere delle controversie che possano sorgere con i terzi contraenti.(La Cass. prima negava la competenza del G.a. , in alcuni casi l'ha riconosciuta).

Problemi analoghi si sono posti per un'altra categoria di soggetti che, pur essendo privati, presentano profili di carattere pubblicistico, quali i **concessionari di opere e degli affidatari di servizi pubblici**, i quali, nella misura in cui abbiano ad oggetto la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza, sono tenuti ad applicare la normativa sugli appalti pubblici dettata per i settori c.d. esclusi allorché agiscano “in virtù di diritti speciali o esclusivi.”.

In ordine alla qualificabilità dei loro atti come amministrativi, il problema è stato affrontato direttamente dalla giurisprudenza, la quale ha stabilito la giurisdizione del Giudice amministrativo nelle controversie relative alle procedure di appalto effettuate dai concessionari di opere pubbliche.

Inoltre l'art. 2451 c.c. si occupa delle **società di interesse nazionale** estendendo ad esse la normativa di cui agli artt. 2449 e 2450 c.c., compatibilmente con le disposizioni delle leggi speciali che stabiliscono per tali società una particolare disciplina circa la gestione sociale, la trasferibilità delle azioni, il diritto di voto e la nomina degli amministratori, dei sindaci.

Tra queste la più importante è la RAI TV, concessionaria del servizio pubblico, la quale è una persona giuridica privata nonostante la partecipazione pubblica.

Infine le **fondazioni** che costituiscono un modello in via di diffusione nell'ambito dell'attività dell'amministrazione. Caratterizzate dalla indisponibilità dello scopo, esse, anche per l'assenza dello scopo di lucro, svolgono spesso attività in settori contigui a quelli delle amministrazioni.

In alcuni casi vengono in evidenza fondazioni considerate come soggetti privati e costituenti momento finale di percorsi di privatizzazione di soggetti pubblici (es. le fondazioni bancarie).

5. Vicende degli enti pubblici

La **costituzione** degli enti pubblici può avvenire per legge o per atto amministrativo sulla base di una legge, anche se il legislatore non è libero di rendere pubblica qualsiasi persona giuridica privata in quanto sussistono limiti costituzionali che tutelano le formazioni sociali. (v. art. 2 Cost.)

In ordine all'**estinzione** degli enti pubblici, essa può aprire una vicenda di tipo successorio, normalmente disciplinata direttamente dalla legge, allorché le sue attribuzioni siano assorbite da un altro ente. L'estinzione può essere prodotta dalla legge o da un atto amministrativo basato sulla legge.

Quanto alle **modificazioni** degli enti pubblici, queste consistono nel mutamento degli scopi, nelle modifiche del territorio degli enti territoriali, le modifiche delle attribuzioni e le variazioni della consistenza patrimoniale. Il **riordino** degli enti pubblici può comportare l'estinzione degli stessi e la loro trasformazione in persone giuridiche private.

6. La privatizzazione degli enti pubblici

La privatizzazione degli enti pubblici è stata introdotta principalmente per ridurre l'indebitamento finanziario, ed è quel fenomeno attraverso il quale l'ente pubblico economico viene trasformato in società per azioni, con capitale interamente posseduto dallo Stato (c.d. privatizzazione formale); successivamente si procede alla dismissione della quota pubblica (c.d. privatizzazione sostanziale).

La privatizzazione ha interessato soggetti che operano in tre settori principali: gestione di partecipazioni azionarie (Iri, Eni); servizi di pubblica utilità (Enel, telecomunicazioni, gas).

Quanto alla privatizzazione degli enti che gestiscono servizi di pubblica utilità, ai sensi della l. 359/92, le attività attribuite all'ente prima della trasformazione in monopolio o comportanti lo svolgimento di poteri pubblicistici, vengono affidate alla società per azioni a titolo di concessione per la durata minima di venti anni.

Le dismissioni delle partecipazioni azionarie pubbliche relative alle società operanti nei settori della difesa, dei trasporti e delle telecomunicazioni e delle fonti di energia sono subordinate alla creazione di autorità regolatrici con compiti in materia di tariffe e di qualità di servizi di rilevante interesse pubblico.

L'ordinamento italiano riconosce vari tipi di privatizzazioni, caratterizzate per es. dal fatto che gli enti vengono trasformati in soggetti non aventi scopo di lucro.

Con il d.lgs. 419/99, modificato dalla l. 284/02 sono poi state emanate norme in materia di privatizzazione, fusione, trasformazione e soppressione di enti pubblici nazionali. Tale decreto dispone che, in esito ad istruttoria dei ministeri competenti, siano adottabili misure di razionalizzazione relativamente agli enti indicati.

Gli enti privatizzati continuano a sussistere come enti privi di scopo di lucro e assumono la **personalità giuridica di diritto privato ai sensi dell'art. 12 ss. del c.c.**, potendo continuare a svolgere e a gestire, sulla base di apposite concessioni o convenzioni con le autorità ministeriali competenti, i compiti e le funzioni attribuiti ad essi dalla normativa vincente.

7. I principi in tema di organizzazione degli enti pubblici

Per realizzare i propri fini, l'amministrazione si avvale di un insieme di strutture e mezzi personali e reali, e di una attività organizzativa che deve svolgersi nel rispetto della Costituzione.

La legge costituisce la fonte primaria di disciplina della materia organizzativa che deve rispettare i principi di imparzialità e buon andamento.

Un riconoscimento espresso di potestà di organizzazione in capo all'amministrazione è per es. operato dall'art. 17, lett. d) della l. 400/88 che disciplina la figura dei regolamenti governativi disciplinanti appunto l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni di legge, così come l'art. 17, co. 4 bis l. 400/88 stabilisce che l'organizzazione e la disciplina degli uffici dei ministeri sono determinati con regolamento governativo (c.d. di delegificazione) emanato su proposta del ministro competente, d'intesa con il Presidente del Consiglio dei ministri e con il ministro del tesoro.

L'art. 97 cost. si riferisce all'amministrazione statale, mentre l'art. 117, co. 6 Cost. prevede che comuni, province e città metropolitane abbiano "potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento di funzioni loro attribuite".

Qui si assiste ad un riconoscimento costituzionale in materia di organizzazione.

Accanto alle norme giuridiche di organizzazione debbono poi essere ricordati gli atti di organizzazione non aventi carattere normativo, quali gli atti di istituzione di enti, di organi e uffici. Il potere di organizzazione è oggi espressamente disciplinato agli artt. 2 e 5 del D. lgs. 165/01.

L'attività di organizzazione si svolge dunque su molteplici livelli: la legge, gli atti amministrativi di organizzazione e le concrete determinazioni assunte dalle singole amministrazioni nel rispetto delle leggi e degli atti organizzativi.

8. L'organo

Problema essenziale delle organizzazioni è quello della riferibilità ad esse di situazioni giuridiche e di rapporti giuridici.

Attraverso l'**organo** la persona giuridica agisce e l'azione svolta dall'organo si considera posta in essere dall'ente per il criterio **dell'immedesimazione organica**.

Siffatto modello si è imposto nell'analisi dell'organizzazione degli enti pubblici perché consente l'imputazione non soltanto degli effetti ma anche dell'attività.

La capacità giuridica spetta all'ente, che è il centro di imputazione degli effetti e fattispecie, mentre la capacità d'agire viene riferita all'organo.

Preposto all'organo sarà la persona fisica o il collegio, investito della competenza attribuita dall'ordinamento, che materialmente pone in essere l'attività.

L'organo è dunque uno strumento d'imputazione e cioè l'elemento dell'ente che consente di riferire all'ente stesso atti e attività.

Per es. il contratto stipulato dal dirigente comunale (ORGANO) si considera concluso dal comune (ENTE). Posto che i poteri vengono attribuiti soltanto all'ente avente la soggettività giuridica, e che esso si avvale di più organi, ognuno di essi esercita una parte di questi poteri detta competenza. (sfera di attribuzioni). Questa è ripartita secondo svariati criteri: per materia, valore, per grado o per territorio.

Dalla competenza si distingue l'attribuzione, che invece indica la sfera di potere che l'ordinamento generale conferisce ad ogni ente pubblico.

9. L'imputazione di fattispecie in capo agli enti da parte di soggetti estranei alla loro organizzazione

In alcuni casi il fenomeno dell'imputazione di fattispecie all'ente avviene secondo un meccanismo diverso da quello sopra descritto, provenendo da un soggetto estraneo all'organizzazione amministrativa a favore della quale l'imputazione si realizza.

Molteplici sono le ipotesi nelle quali le attività pubbliche vengono esercitate da soggetti privati: es. notai e avvocati che autenticano le firme, concessionari che erogano servizi pubblici.

Il privato può agire direttamente in base alla legge ovvero in forza di un atto della P.a., ricevendo un compenso da parte dell'ente pubblico e l'attività si configura nei confronti dei terzi come pubblicistica. Trova applicazione l'art. 1 ter l. 241/90, secondo cui i privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al 1 comma.

10. Classificazione degli organi

Degli organi si possono fare tante distinzioni.

Sono **esterni** gli organi competenti ad emanare provvedimenti o atti aventi rilevanza esterna, mentre sono **interni o procedurali** quelli competenti ad emanare atti aventi rilevanza endoprocedimentale.

Organi **centrali** sono quelli che estendono la propria competenza all'intero spettro dell'attività dell'ente, quelli **periferici** hanno competenza limitata ad un particolare ambito di attività.

Ordinari sono quelli previsti nel normale disegno organizzativo dell'ente, straordinari quelli che operano in sostituzione degli organi ordinari. **Permanenti** sono quelli stabili, temporanei svolgono funzioni solo per un periodo limitato di tempo.

Attivi: sono competenti a formare ed eseguire la volontà dell'amministrazione in vista del conseguimento dei fini ad essa affidati. **Consultivi:** rendono pareri.

Di controllo: sindacano l'attività posta in essere dagli organi attivi.

Quest'ultima distinzione rispecchia quella tra attività amministrativa attiva, consultiva e di controllo.

Rappresentativi: sono quelli i cui componenti vengono designati o eletti dalla collettività che costituisce il sostrato dell'ente. Es. il sindaco.

Vi sono organi con legale rappresentanza, nel senso che esprimono la volontà dell'ente nei rapporti contrattuali, ed ha la capacità processuale.

Monocratici quelli il cui titolare è una sola persona, **collegiali** se la con titolarità spetta a più persone.

Le ragioni per cui si procede all'istituzione dell'organo collegiale sono fondamentalmente due: riunire in un unico corpo i portatori di interessi differenti e/o far confluire nel collegio più capacità professionali e tecniche.

L'esercizio delle competenze dell'organo collegiale avviene mediante deliberazione, la cui adozione segue un procedimento che consta di varie fasi.

Per capire il funzionamento degli organi collegiali occorre distinguere tra **quorum strutturale** e **quorum funzionale**. Il primo indica il numero di membri che debbono essere presenti affinché il collegio sia legittimamente costituito, quello funzionale indica il numero di membri presenti che debbono esprimersi favorevolmente sulla proposta affinché questa si trasformi in deliberazione.

Quest'ultima si perfeziona con la proclamazione fatta dal presidente. Le sedute vengono documentate attraverso processi verbali redatti dal segretario e servono ad esternare la deliberazione adottata.

11. Relazioni interorganiche : gerarchia, direzione e il coordinamento

Tra gli organi di una persona giuridica pubblica possono instaurarsi relazioni disciplinate dal diritto, le quali hanno carattere di stabilità e riflettono la posizione reciproca di essi nell'ambito della organizzazione.

La **gerarchia** esprime la relazione di sovraordinazione – subordinazione tra organi diversi. La gerarchia si è sviluppata nell'ambito dell'amministrazione militare, indicando la supremazia di un funzionario nei confronti del subordinato.

Nella gerarchia in senso proprio non sussiste una vera e propria separazione di competenza tra organi interessati dalla relazione. Più precisamente l'organo subordinato non dispone di una propria esclusiva sfera

di competenza, ancorché, in ossequio al principio di legalità, l'organo superiore ha una competenza comprensiva anche di quella del secondo. L'omogeneità delle competenze giustifica i poteri spettanti al superiore gerarchico e il dovere di obbedienza di quello inferiore.

Più in particolare, i poteri caratteristici della relazione gerarchica sono:

- a) il potere di ordine (che consente di vincolare l'organo subordinato ad un certo comportamento), di direttiva, e di sorveglianza sull'attività degli organi subordinati i quali possono essere sottoposti a ispezioni e inchieste;
- b) potere di decidere i ricorsi gerarchici proposti avverso gli atti dell'organo subordinato;
- c) potere di annullare d'ufficio e di revocare gli atti emanati dall'organo subordinato;
- d) potere di risolvere i conflitti che insorgono tra organi subordinati;
- e) poteri in capo all'organo superiore di avocazione e sostituzione.

Più controversa è la spettanza all'organo superiore del potere di delega, che si ritiene sussistente soltanto nei casi previsti dalla legge.

Tipico della relazione gerarchica è il potere di emanare ordini relativamente alle funzioni e mansioni dell'inferiore gerarchico, tale atto esclude possibilità di scelta in capo all'organo subordinato, facendo sorgere il dovere di eseguirlo.

Altro tipo di relazione interorganica è la **direzione** caratterizzata dal fatto che, pur essendo due organi posti in posizione di disuguaglianza, sussiste una più o meno ampia sfera di autonomia in capo a quello subordinato.

L'organo sovraordinato ha in particolare il potere di indicare gli scopi da perseguire, ma deve lasciare alla struttura sottoordinata la facoltà di scegliere le modalità e i tempi dell'azione volta a conseguire quei risultati. Nella direzione, l'organo sovraordinato ha più in particolare il potere di indirizzo, il potere di emanare direttive e quello di controllare l'attività amministrativa in considerazione degli obiettivi da conseguire.

Altri poteri, quelli di avocazione o di sostituzione, possono di volta in volta essere attribuiti dalla legge.

L'organo sottoordinato può disattendere le direttive motivando adeguatamente.

La moltiplicazione dei centri di potere ha imposto l'individuazione di strumenti più pregnanti di collegamento tra le varie attività.

In dottrina si individua, quale ulteriore relazione interorganica, il **coordinamento** riferendolo a organi in situazione di equiordinazione preposti ad attività che sono destinate ad essere ordinate secondo un disegno unitario.

Finalizzati al coordinamento sarebbero alcuni organi, mentre altri organi si servono ai fini del coordinamento degli atti di concerto, degli accordi, degli atti di indirizzo. Il coordinamento è definito dalla legge, e prevede che l'organo di coordinamento, eserciti poteri di contatto, informazione ed armonizzazione dell'azione di più soggetti che operano sullo stesso piano.

Tali compiti possono essere riconosciuti ad un organo ad hoc oppure ad uno degli organi interessati al coordinamento.

12. Il controllo

Un'ultima importante relazione interorganica è costituita dal controllo, che nel linguaggio comune indica un'attività di verifica, esame e revisione dell'operato altrui, ma che nel diritto amministrativo costituisce un'autonoma funzione svolta da particolari organi.

Consiste in un esame da parte in genere di un apposito organo, di atti e attività imputabili ad un altro organo controllato.

Un'attività di controllo in ogni caso viene svolta nell'ambito delle relazioni di sovraordinazione-sottordinazione: l'organo gerarchicamente superiore controlla l'attività del subordinato.

Il controllo, che è sempre doveroso, accessorio rispetto ad una attività principale e svolto nelle forme previste dalla legge si conclude con la formulazione di un giudizio, positivo o negativo, alla base del quale viene adottata una misura.

Il controllo può anche essere esercitato da organi di un ente nei confronti di organi di un altro ente, e si distingue in tal senso tra controlli interni o esterni (di norma esempio di controllo interno è quello ispettivo).

Il controllo sugli organi degli enti territoriali è riservato allo Stato in quanto espressione di un potere politico di sovranità dello Stato, ed è previsto per quanto riguarda le regioni, dall'art. 126 Cost. e dagli artt. 141 e ss. del tuel. In ordine agli enti territoriali diversi dalla regione.

Il controllo può essere condotto alla luce dei criteri di volta in volta differenti ,es. conformità alle norme, efficienza, efficacia ed avere oggetti assai diversi tra di loro: organi, atti normativi, atti amministrativi, contratti di diritto privato ecc.

Le misure che possono essere adottate a seguito del giudizio che costituisce la prima fase del controllo sono di vario tipo: repressive (es. annullamento dell'atto), impeditive ed sostitutive(es. controllo sostitutivo).

Nel controllo sugli organi la misura è la sostituzione all'organo ordinario, nel compimento di alcuni atti. In altri casi la misura è lo scioglimento dell'organo collegiale. Ancora diversa la misura che consiste nell'applicazione di sanzioni ai componenti l'organo.

Nell'ambito dei controlli sugli atti, infine, si distingue tra controlli preventivi(rispetto alla produzione degli effetti degli atti), e successivi, i quali si svolgono quando l'atto ha già prodotto i suoi effetti.

Esempi di controlli preventivi erano quelli esercitati nei confronti degli atti delle regioni e degli enti locali. In una via di mezzo tra controlli preventivi e controlli successivi si collocano i controlli mediante riesame.

La recente l. cost. 3/01 di riforma del titolo V della Cost. non elenca i controlli nel loro complesso tra le materie riservate allo Stato o alla potestà legislativa concorrente.

12.1 Il controllo della Corte dei conti

Un particolare tipo di controllo (contabile e di legittimità) è il controllo di ragioneria.

Gli uffici centrali del bilancio a livello centrale e le ragionerie provinciali a livello di organi decentrati delle amministrazioni statali provvedono alla registrazione degli impegni di spesa risultanti dai provvedimenti assunti dalle amministrazioni statali: trascorsi 10 giorni dalla registrazione, i provvedimenti dai quali derivi un obbligo di pagare somme a carico del bilancio dello stato acquistano efficacia(art. 7 d.lgs. 430/77). L'ufficio centrale e la ragioneria provinciale possono inviare osservazioni sulla legalità della spesa, entro il

termine di 10 giorni dalla registrazione, ma ciò non ha effetti impeditivi sull'efficacia degli atti: i rilievi sono comunicati all'amministrazione entro 10 giorni e il dirigente dispone circa il seguito da dare al provvedimento informandone l'ufficio centrale o la ragioneria provinciale.

Oggi gli uffici di ragioneria svolgono il controllo interno di regolarità amministrativa e contabile.

Controllo successivo ed esterno, nonché costituzionalmente garantito, è quello esercitato dalla corte dei conti, organo al servizio dello stato-comunità, attraverso il meccanismo della registrazione e dell'apposizione del visto.

La l. 20/94 ha limitato notevolmente l'ambito degli atti soggetti al controllo preventivo di legittimità.

La corte dei conti svolge anche altre importanti funzioni di controllo definite dall'art. 3 della l. 20/94, il quale demanda a tale organo il compito di identificare alcune categorie di atti assoggettati a tale controllo, pur se con carattere temporaneo.

Il quadro dei controlli spettanti a tale organo contempla:

- a) un controllo preventivo
- b) un controllo preventivo sugli atti che il presidente del Consiglio dei ministri richieda di sottoporre temporaneamente a controllo
- c) controllo successivo sui titoli di spesa relativi al costo del personale, sui contratti e i relativi atti di esecuzione in materia di sistemi informativi automatizzati
- d) un controllo successivo sugli atti di notevole rilievo finanziario individuati per categorie ed amministrazioni statali che le sezioni unite stabiliscano di sottoporre a controllo per un periodo determinato
- e) un controllo sulla gestione finanziaria degli enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria, esercitato da una speciale sezione della Corte.
- f) Un controllo di gestione degli enti locali effettuato dalla sezione autonomie.

Il controllo esteso a comuni e province si conclude con un referto del Parlamento e può esercitarsi nei confronti della gestione della generalità degli enti locali ex art. 148 tuel.

- g) un controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni pubbliche, nonché sulle gestioni fuori bilancio e sui fondi di provenienza comunitaria.

Il d.lgs. 419/99 estende il controllo successivo anche sulla gestione degli enti di diritto privato risultanti dalla privatizzazione prevista da tale fonte, limitatamente all'esercizio di funzioni e servizi pubblici.

La corte dei conti verifica la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni a ciascuna amministrazione ed accerta la rispondenza dei risultati dell'azione amministrativa e degli obiettivi stabiliti con legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi.

Riferisce poi al Parlamento e ai consigli regionali sull'esito del controllo.

La Corte poi pronuncia il giudizio di parificazione sul rendiconto generale dello Stato accompagnato da specifica relazione.

La disciplina del controllo preventivo risulta dalla combinazione della l. 20/94 e del t.u. corte dei conti. I provvedimenti soggetti a controllo preventivo divengono efficaci nelle ipotesi in cui il competente ufficio di controllo non abbia rimesso l'esame dell'atto alla sezione di controllo entro 30 gg. dal ricevimento dell'atto

ovvero ancora se la sezione di controllo non abbia dichiarato l'illegittimità dell'atto entro 30 gg. dalla data di deferimento dal provvedimento o se, entro lo stesso termine, non abbia adottato ordinanza istruttoria: in questo ultimo caso deve pronunciarsi nei 30 gg. successivi alla data di ricevimento degli elementi richiesti con ordinanza, altrimenti l'atto diventa esecutivo.

Per quanto attiene all'esito negativo del controllo in via preventiva oggi si ritiene che lo stesso debba essere esternato, pena l'applicabilità del principio del silenzio assenso.

In ordine agli atti assoggettati (in via eccezionale) al controllo successivo della corte dei conti, in caso di giudizio negativo, secondo alcuni si avrebbe un implicito annullamento dell'atto, secondo altra tesi si avrebbe l'obbligo per l'amministrazione di prendere atto della pronuncia di illegittimità e dunque non dare corso all'esecuzione dell'atto.

12.2 I controlli interni

Il sistema italiano è stato per lungo tempo caratterizzato dalla prevalenza dei controlli preventivi di legittimità sui singoli atti, che impedivano di cogliere e valutare nella sua complessità l'attività amministrativa, costituita dagli atti nel loro insieme.

Una vera e propria svolta normativa è stata operata dal d.lgs. 286/99 che stabilisce che le p.a., nell'ambito della propria autonomia, debbono istituire i controlli interni, che si contrappongono al controllo esterno affidato alla corte dei conti articolati in :

- 1) **controllo di regolarità amministrativa e contabile;**
- 2) **controllo di gestione;**
- 3) **valutazione della dirigenza,**
- 4) **controllo strategico.**

Il 1° è volto a garantire la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa. Ad esso provvedono gli organi previsti dalle disposizioni vigenti nei diversi comparti della p.a. come gli organi di revisione, gli uffici di ragioneria ecc..

Il 2° mira a verificare l'efficacia, l'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati.

Esso è svolto da strutture e soggetti che rispondono ai dirigenti posti al vertice dell'unità organizzativa interessata e supporta la funzione dirigenziale. Esso si articola in varie fasi: rilevazione degli obiettivi, rilevazione dei dati relativi ai costi e dei risultati, valutazione dei dati in relazione agli obiettivi prefissati.

Alle amministrazioni spetta comunque definire gli aspetti organizzativi e procedurali necessari per svolgere tale controllo, individuando le unità responsabili della progettazione del controllo di gestione, le unità organizzative a livello delle quali si intende misurare l'efficacia, l'efficienza ecc.

Il 3° è svolto anche sulla base dei risultati del controllo di gestione ed in coerenza a quanto stabilito al riguardo dai contratti collettivi nazionali del lavoro, da strutture e soggetti che rispondono direttamente ai dirigenti posti al vertice della unità organizzativa interessata.

Tale valutazione ha ad oggetto “ le prestazioni dei dirigenti, nonché i comportamenti relativi allo sviluppo delle risorse professionali, umane ed organizzative ad essi assegnate”, tenendo particolarmente conto dei risultati dell’attività e della gestione.

Essa è strettamente collegata alla responsabilità dirigenziale: i risultati dell’attività di gestione costituiscono infatti oggetto sia della responsabilità dirigenziale, sia della valutazione della dirigenza.

Peculiare è il procedimento di valutazione il quale deve ispirarsi ai seguenti principi: diretta conoscenza dell’attività del valutato da parte dell’organo proponente o valutatore di prima istanza; approvazione o verifica della valutazione da parte dell’organo competente o valutatore di seconda istanza; partecipazione al procedimento del valutato.

Il 4° mira a valutare l’adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, programmi ed altri strumenti di determinazione dell’indirizzo politico, in termini di congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti.

Mediante questa attività di valutazione si tende a verificare in funzione dell’esercizio dei poteri di indirizzo da parte dei competenti organi, l’effettiva attuazione delle scelte contenute nelle direttive ed altri atti di indirizzo politico.

Essa supporta l’attività di programmazione strategica e di indirizzo politico amministrativo ed è svolta da strutture che rispondono direttamente agli organi di indirizzo politico-amministrativo e riferiscono in via riservata agli organi di indirizzo politico con relazioni almeno annuali sui risultati delle analisi effettuate, contenenti proposte di miglioramento della funzionalità dell’amministrazione.

L’attività consiste nell’analisi, preventiva e successiva, della congruenza e/o degli eventuali scostamenti tra le missioni affidate dalle norme, gli obiettivi operativi prescelti, le scelte operative effettuate e le risorse umane, finanziarie e materiali assegnate, nonché nella identificazione degli eventuali fattori ostativi, delle eventuali responsabilità per la mancata o parziale attuazione, dei possibili rimedi.

In sintesi rispetto agli altri controlli quelli interni si differenziano per alcuni caratteri specifici.

In primo luogo essi hanno ad oggetto l’intera attività e non soltanto atti, si svolgono sulla base di parametri anche e soprattutto diversi dalla legittimità, non hanno efficacia automaticamente paralizzante dell’attività stessa, sono di norma successivi o concomitanti rispetto al “farsi del potere”.

I controlli interni spesso si concludono con giudizi che implicano una certa discrezionalità e sono svolti da una molteplicità di strutture che non operano in posizione di autonomia.

Il profilo caratterizzante di tali controlli è costituito dalla marcata funzione di supporto all’attività di indirizzo e dirigenziale e dalla incisiva valenza conformativa della successiva azione amministrativa. Spetta quindi all’amministrazione attiva intervenire sulla base dei risultati dei controlli interni, per migliorare l’azione amministrativa e correggere le anomalie riscontrate a seguito del controllo.

Ciò avviene in vari modi:

- facendo valere la responsabilità dei dirigenti
- ponendo in essere interventi volti ad ottimizzare il rapporto tra costi e risultati anche con tempestivi interventi di correzione

- attuando rimedi anche suggeriti dalle strutture di controllo per consentire l'attuazione delle scelte contenute nelle direttive ed in altri atti di indirizzo politico e il miglioramento della funzionalità dell'amministrazione.

13. I rapporti tra gli organi e l'utilizzo, da parte di un ente, degli organi di un altro ente

Dalle relazioni interorganiche devono essere tenuti distinti i rapporti che possono correre tra organi diversi in cui è assente il carattere di stabilità che connota le loro relazioni. Taluni di questi rapporti comportano una modificazione dell'ordine delle competenze, così come fissato dall'ordinamento in generale.

Si ricordano : **avocazione- sostituzione- delegazione.**

Nella **avocazione** un organo esercita i compiti , spettanti ad altro organo in ordine ai singoli affari, per motivi di interesse pubblico e indipendentemente dall'inadempimento dell'organo istituzionalmente competente.

La sostituzione ha invece come presupposto l'inerzia dell'organo sostituito all'emanazione di un atto cui è tenuto per legge e consiste nell'adozione, previa diffida, da parte di un organo sostituto degli atti di competenza di un altro organo.

L'organo sostituto è di norma un commissario.

Dalla sostituzione nell'emanazione di atti di competenza di un altro organo, deve essere distinta la sostituzione di organi dell'ente, fenomeno definito come gestione sostitutiva coattiva e caratterizzato dallo scioglimento dell'organo o degli organi dell'ente e dalla nomina degli altri soggetti, quali organi straordinari che gestiscono l'ente per un periodo limitato di tempo.

In alcuni casi la sostituzione è collegata al controllo: si parla di controllo sostitutivo, ma a differenza del controllo la sostituzione comporta che il sostituto agisca in virtù di una propria competenza attiva .

La delegazione è la figura in forza della quale un organo investito in via primaria dalla competenza di una data materia consente unilateralmente, mediante atto formale, ad un altro organo di esercitare la stessa competenza.

La delegazione richiede un'espressa previsione normativa la quale contempra la possibilità che un organo eserciti una competenza in luogo di quello al quale la stessa è attribuita stabilmente. Essa altera l'ordine legale delle competenze.

La delegazione fa sorgere un rapporto nell'ambito del quale il delegante mantiene poteri specificati normalmente nell'atto di delegazione, di direttiva, di vigilanza, di revisione e di avocazione.

La delegazione implica la presenza di due organi pubblici: la figura non ricorre allorché il problema dell'esercizio di funzioni pubbliche si profili con riferimento a soggetti privati, come nell'ipotesi di un concessionario incaricato dello svolgimento di funzioni e servizi pubblici.

L'organo delegatario è investito del potere di agire in nome proprio anche se per conto e nell'interesse del delegante, sicché la responsabilità per gli illeciti eventualmente commessi rimane in capo al delegatario stesso.

Dalla delegazione rimane distinta la delega di firma che non comporta alcuno spostamento di competenza: quest'ultima spetta sempre all'organo delegante, mentre il delegato ha soltanto il compito di sottoscrivere l'atto.

14. Gli uffici e il rapporto di servizio

L'organizzazione pubblica non esaurisce negli enti e negli organi ma si compone anche degli uffici, nuclei elementari che svolgono attività non caratterizzate, come per gli organi, dal meccanismo dell'imputazione di fattispecie a favore dell'ente.

Gli uffici sono costituiti da un insieme di mezzi materiali e personali e sono chiamati a svolgere uno specifico compito che, in coordinamento con quello degli altri uffici e strumentalmente rispetto all'esercizio delle competenze, concorre al raggiungimento di un certo obiettivo.

Tra gli uffici si ricorda quello per le relazioni con il pubblico (**urp**) che ha l'importante compito di curare l'informazione dell'utenza e di garantire i diritti di partecipazione dei cittadini anche mediante l'uso di tecnologie informatiche.

All'interno dell'ufficio si distingue la figura del **preposto** il quale è il titolare; l'ufficio, il cui titolare sia temporaneamente assente o impedito, viene affidato al supplente mentre si ha la reggenza nell'ipotesi di mancanza di titolare.

Molto spesso negli uffici-organi il titolare dell'ufficio è il preposto all'organo.

Gli addetti e i titolari che prestano il proprio servizio presso l'ente sono legati alla persona giuridica da un particolare rapporto giuridico (rapporto di servizio) che ha come contenuto il dovere di agire prestando una particolare attività, denominato dovere d'ufficio, al quale si contrappone una serie di diritti.

Il dovere d'ufficio ha ad oggetto comportamenti che il dipendente deve tenere sia nei confronti della p.a. sia nei confronti dei cittadini. (particolare importanza ai fini dell'individuazione dei doveri dei dipendenti, è il codice di comportamento).

I soggetti legati da rapporto di servizio all'amministrazione sono di norma dipendenti, e ricorre allora in questi casi il rapporto di servizio d'impiego, svolgendo tali soggetti il proprio lavoro a titolo professionale, in modo esclusivo e permanente.

Il rapporto di servizio tuttavia può anche essere coattivo, ovvero non professionale, onorario o instaurato di fatto.

Il contenuto del rapporto di servizio varia a seconda che il soggetto sia funzionario onorario o pubblico impiegato: nel primo caso tale contenuto è ridotto, in quanto a fronte del diritto all'ufficio, che ha comunque carattere temporaneo, vi è diritto ad un trattamento economico a titolo di indennità, ma non vi è il diritto alla carriera; la presenza dell'indennità per il funzionario onorario ha attenuato di fatto il carattere tradizionalmente essenziale di tale figura, costituito dalla gratuità.

Il rapporto di servizio lega all'ente tutti i soggetti-persone fisiche che fanno parte dell'organizzazione e si distingue nettamente dal **rapporto organico**, perché quest'ultimo corre tra il titolare dell'organo e l'ente e viene in evidenza ai fini dell'imputazione della fattispecie.

Talora il rapporto organico si costituisce per via di mero fatto e cioè in assenza di un atto di investitura. Allorchè le funzioni esercitate “di fatto” siano essenziali e indifferibili, si ritiene che il meccanismo di imputazione proprio dell’organo possa ugualmente funzionare pur in assenza di un atto di investitura. In queste ipotesi anche il rapporto di servizio si istaura in via di fatto.

Una volta istaurato il rapporto di servizio a titolo professionale è caratterizzato da vicende e può anche estinguersi: tali vicende sono disciplinate dalla normativa che ha ad oggetto il rapporto di dipendenza presso le pubbliche amministrazione dalla contrattazione collettiva. Per quanto riguarda il rapporto organico in caso di estinzione del rapporto di servizio occorre procedere all’investitura del nuovo titolare.

In ordine agli uffici a titolarità onoraria in passato si riteneva che al fine di assicurare la continuità dell’esercizio della funzione amministrativa, i titolari potessero continuare ad esercitare i propri compiti, anche quando fosse scaduto il periodo della loro investitura. La figura in esame è denominata prorogatio degli organi.

Sul punto è intervenuta la corte cost. con sent. n. 208/92 e la l. 444/94 che ha previsto in linea generale il divieto di prorogatio, ridimensionando tale istituto: essa stabilisce che gli organi siano prorogati di 45 gg, decorrenti dalla scadenza del termine di durata previsto per ciascuno; scaduto tale termine senza che vi sia provveduto alla loro ricostituzione, gli organi amministrativi decadono e gli atti adottati dagli organi decaduti sono nulli, così come sono nulli gli atti emanati nel periodo di proroga che non siano di ordinaria amministrazione o urgenti e/o indifferibili.

La l. 444/1994 aggiunge che i titolari della competenza alla ricostituzione sono responsabili dei danni cagionati a seguito della intervenuta decadenza.

15. La disciplina attuale del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche

Le persone fisiche legate alle amministrazioni pubbliche da rapporto di servizio professionale sono assoggettate ad un regime che presenta alcune note distintive rispetto alla disciplina privatistica del rapporto di lavoro: la distanza tra i due modelli è stata nei tempi recenti notevolmente diminuita, mentre in passato il pubblico impiego presentava i caratteri di vero e proprio ordinamento speciale.

La c.d. “privatizzazione” del rapporto di impiego, preceduta da una serie di riforme parziali, è stata operata dal d.lgs. 29/93, ed è stata completata da d.lgs. 80/98: il contenuto di tali ultime disposizioni è stato riprodotto dal d.lgs. 165/01 (t.u.p.i.).

A seguito della riforma del titolo V della parte II della Cost. la Corte Cost. con sent. 380/04 ha introdotto l’importante principio secondo cui la regolamentazione delle modalità di accesso al lavoro pubblico regionale è preclusa allo Stato e spetta alla competenza residuale delle Regioni.

I principi che ispirano questa normativa sono:

1) i rapporti di lavoro sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile, dalle leggi e dallo Statuto dei lavoratori; le uniche eccezioni all’assoggettabilità alla disciplina contrattuale riguarda alcune categorie indicate dall’art. 3 e cioè: magistrati, avvocati dello stato, personale militare e delle forze di polizia di stato, personale della carriera diplomatica e prefettizia).

Il trattamento economico fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi: le amministrazioni garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi.

2) la legge prevede limiti all'autonomia contrattuale individuale e collettiva (es. disciplina legale non derogabile mediante contratto, della parità di trattamento e dell'attribuzione delle mansioni proprie delle qualifiche superiori art. 52 del d.lgs. 165/01).

Occorre ricordare che l'assegnazione del lavoratore a mansioni superiori è legittima soltanto nel caso di vacanza di posto in organico , per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura di posti vacanti e nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto per la durata dell'assenza , con esclusione di quella per ferie. La disciplina è legata al principio di intangibilità della pianta organica. Per il periodo di effettiva prestazione il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore, al di fuori di queste ipotesi l'assegnazione sarà nulla.

3) Restano assoggettati alla disciplina pubblicistica (alla quale corrisponde la sussistenza della giurisdizione del g.a. per le relative controversie), gli organi, gli uffici , i principi fondamentali dell'organizzazione, i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e quelli di avviamento, i ruoli, le incompatibilità, le responsabilità, ad eccezione delle sanzioni e degli illeciti disciplinari, la determinazione delle dotazioni organiche, di competenza dell'organo di vertice dell'amministrazione.

La **dotazione organica** indica il numero complessivo dei dipendenti e il loro inquadramento.

4) Le organizzazioni sindacali , al di fuori delle materie economiche, debbono essere "consultate" o informate senza che sia richiesto il loro consenso : art. 6 d.lgs. 165/01 in tema di organizzazione.

5) La contrattazione collettiva si svolge a vari livelli(nazionale e integrativa).

Occorre distinguere i "contratti quadro", che definiscono o modificano i comparti e le aree di contrattazione collettiva, regolando istituti comuni a tutte le pubbliche amministrazioni o riguardanti più comparti e aree; i contratti collettivi nazionali che contengono una disciplina specifica per ciascun comparto e i contratti integrativi o decentrati, che adattano e specificano il contenuto dei c.c.n. alle esigenze specifiche di una determinata p.a. e sono stipulati, a carico del bilancio dell'ente, dall'organo rappresentante dell'ente medesimo, e da una rappresentanza sindacale.

Nella contrattazione collettiva nazionale la parte pubblica è legalmente rappresentata dall'ARAN (con personalità giuridica di diritto pubblico ed è soggetta al potere di indirizzo esercitato dalle p.a.), della cui assistenza, le p.a., possono avvalersi ai fini della contrattazione integrativa. Il contratto collettivo è sottoscritto dal presidente dell'Aran a conclusione del complesso procedimento, caratterizzato da un parere condizionante sull'ipotesi di accordo reso dal comitato di settore e dalla pronuncia della corte dei conti che certifichi preventivamente la compatibilità dell'accordo con gli strumenti di programmazione e di bilancio.

6) sotto il profilo giurisdizionale sono devolute al giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro dei dipendenti, con l'eccezione di quelle dei dipendenti sottratti alla privatizzazione e le controversie in materia di procedure concorsuali di assunzione.(che spettano invece al g.a. così come le controversie in materia di concorsi interni es. riqualificazione del personale già assunto.

7) I dipendenti sono assoggettati ad una particolare responsabilità amministrativa (per danni cagionati all'amministrazione), penale e contabile; la responsabilità disciplinare è regolata dall'art. 55 d.lgs. 165/01 che, oltre ad imporre alcune garanzie a favore del dipendente nel corso del procedimento disciplinare, prevede la possibilità di una riduzione di pena con il consenso del dipendente e la definizione ad opera dei contratti collettivi della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni; ove non siano previste dai contratti collettivi procedure di conciliazione stragiudiziali, l'interessato può impugnare la sanzione, avente ormai natura negoziale, inflittagli dinanzi al collegio arbitrale di disciplina dell'amministrazione in cui lavora che emette la sua decisione entro 90 gg.

8) Il reclutamento del personale (non dirigenziale) avviene tramite procedure che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno. E' pure previsto il reclutamento mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e i profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo. Per il pubblico concorso(art. 97 cost.) i recenti contratti collettivi stipulati dal comparto ministeri, sanità, enti locali ed enti pubblici non economici, hanno introdotto un nuovo sistema di inquadramento del personale, riaccorpando le precedenti qualifiche professionali in tre o quattro categorie o aree, le quali raggruppano più profili professionali che descrivono il contenuto professionale delle autorizzazioni proprie della categoria.

E' prevista la mobilità interna verticale ed orizzontale(che prevede non già una mera progressione economica, bensì pure professionale).

Si ricorda che viene eliminato il potere di gestione degli organi politici e riaffermato il principio della distinzione tra indirizzo politico(spettante agli organi politici) e gestione (spettante ai dirigenti) .

16. La dirigenza e i suoi rapporti con gli organi politici

Ai dirigenti sono stati attribuiti poteri autonomi di gestione, con il compito di organizzare il lavoro, gli uffici e le risorse umane e finanziarie, nonché di attuare le politiche delineate dagli organi di indirizzo politico-amministrativo, rispondendo del conseguimento dei risultati.

La dirigenza statale si articola in due fasce del ruolo dei dirigenti istituito presso ogni amministrazione. Nell'ambito del predetto ruolo sono definite apposite sezioni, in modo da garantire la eventuale specificità tecnica.

L'accesso alla qualifica di dirigente nelle amministrazioni statali e negli enti pubblici non economici avviene mediante due distinte modalità: concorso per esami indetto dalle singole amministrazioni ovvero concorso selettivo di formazione bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione.

Un canale alternativo per l'accesso alla dirigenza è costituito dagli incarichi diretti esterni, mediante contratto a tempo determinato .

Il rapporto di lavoro si fonda su un contratto , mentre nel passato, per i dirigenti della qualifica più elevata , in quanto non soggetti alla privatizzazione , si basava su un atto amministrativo unilaterale.

La fase determinativa del rapporto di servizio , affidata alla contrattazione collettiva , va tenuta distinta dal momento della proposizione all'organo mediante "incarico della funzione" che è sempre conferito a tempo determinato.

Per il conferimento dell'incarico(che è rinnovabile) si tiene conto , in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati, delle attitudini e delle capacità professionali del dirigente, valutate anche in considerazione dei risultati conseguiti con riferimento agli obiettivi fissati.

La definizione dell'oggetto , degli obiettivi e della durata dell'incarico correlata agli obiettivi e comunque non eccedente i tre anni per gli incarichi di segretario generale, di direzione ecc. è contenuta nel provvedimento di conferimento, mentre la definizione del trattamento economico spetta al contratto individuale che accede al provvedimento medesimo.

Non necessariamente tutti i dirigenti hanno la titolarità di uffici dirigenziali : allorché ad essi sia affidata tale titolarità, i dirigenti svolgono funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall'ordinamento.

Proprio dei dirigenti è poi la **responsabilità dirigenziale** : essa, aggiuntiva rispetto alle altre forme di responsabilità che gravano sui dipendenti pubblici, sorge allorché non siano stati raggiunti gli obiettivi o in caso di inosservanza delle direttive imputabile al dirigente(art. 21 d.lgs. 165/01).

Tale responsabilità , che rivela l'inidoneità all'incarico, non sorge dalla mera violazione di precise regole normative da parte del dirigente, ma si collega all'attività complessiva dell'ufficio cui egli è preposto. La sanzione è l'impossibilità del rinnovo dello stesso incarico . La responsabilità riguarda essenzialmente il mancato raggiungimento degli obiettivi, per la valutazione dei quali è essenziale il controllo di gestione. Il raggiungimento degli obiettivi rileva anche ai fini del trattamento economico.

Gli incarichi di segretario generale, di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali e quelli di livello equivalente cessano decorsi 90 gg. dal voto sulla fiducia del governo. Mentre per gli incarichi di vertice, dei consigli di amministrazione , conferiti dal governo o dai ministri nei 6 mesi antecedenti la scadenza naturale della legislatura o nel mese antecedente lo scioglimento anticipato delle camere, le nomine possono essere confermate , revocate, modificate o rinnovate entro sei mesi dal voto sulla fiducia al governo.

La disciplina espressamente volta a definire i rapporti tra organi politici e dirigenti di uffici dirigenziali stabilisce che gli organi di governo esercitino le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi e i programmi da attuare, adottando gli altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni e verificando la rispondenza dei risultati dell'attività svolta, mentre i dirigenti adottano i provvedimenti amministrativi e curano la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa . Ai sensi dell'art. 14, c. 1 d.lgs. 165/01 il ministro definisce obiettivi, priorità , piani e programmi da attuare ed emana le conseguenti direttive generali per l'attività amministrativa e per la gestione . tale organo non può revocare, riformare, riservare o avocare a sé o altrimenti adottare atti di competenza dei dirigenti(la norma prevede che solo in caso di inerzia e di ritardo il ministro possa fissare un termine per provvedere e qualora l'inerzia permanga, o in caso di grave inosservanza di direttive da parte del dirigente, egli abbia il potere di nominare ,salvi i casi di urgenza, un commissario. Ne discende che gli atti e i provvedimenti adottati dai dirigenti preposti al vertice dell'amministrazione e dai dirigenti di uffici dirigenziali non sono suscettibili di ricorso gerarchico, ma resta salvo il potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità . tutto ciò a superamento della gerarchia, confermato dall'art. 72 che ha abrogato espressamente il capo I del d. p.r. 748/72 che prevedeva i

poteri ministeriali di annullamento, revoca e riforma degli atti dei dirigenti. Oggi la separazione tra politici e dirigenti è talmente netta che si esclude si possa parlare di un rapporto di direzione, non tollerando una diretta ingerenza del politico nell'attività del dirigente. Invece i dirigenti preposti agli uffici dirigenziali generali, nei confronti dei dirigenti definiscono gli obiettivi e attribuiscono le risorse, dirigono, coordinano e controllano l'attività dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia e con poteri di decisione sui ricorsi gerarchici contro gli atti e i provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti.

L'art. 17 dlgs. 165/01 prevede poi poteri di direzione, coordinamento e controllo in capo al dirigente in relazione all'attività degli uffici che da lui dipendono e di quella dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia. L'art. 17 bis prevede l'area della **vicedirigenza** la cui istituzione è rimessa alla contrattazione collettiva di comparto. La normativa, inoltre, favorisce la mobilità tra settore pubblico e privato.

17 I soggetti del diritto amministrativo : le formazioni sociali e gli ordinamenti autonomi.

Un ruolo importante rivestono le organizzazioni sociali, ossia formazioni costituite da aggregazioni di individui che perseguono interessi, non caratterizzati dal fine di lucro, in parte coincidenti con quelli affidati alla cura dei soggetti pubblici.

Costituiscono il c.d. terzo settore composto, oltre dalle associazioni no profit, anche da organizzazioni di volontariato, associazioni e cooperative.

Il campo di azione di numerose di queste organizzazioni è in linea di massima quello dei servizi sociali.

La normativa di settore prevede che le organizzazioni che perseguono finalità di interesse generale possono ricevere finanziamenti pubblici e siano talora sottoposte a forme di controllo o vigilanza, ovvero ad un regime fiscale favorevole.

Le associazioni di volontariato possono stipulare convenzioni con soggetti pubblici per lo svolgimento dei servizi, e devono svolgere attività di utilità sociale senza fine di lucro e nel pieno rispetto della libertà e dignità degli associati.

Accanto all'ordinamento generale figurano gli ordinamenti autonomi quali gli ordinamenti delle confessioni religiose e quello sportivo.

Es. il Coni è anche qualificato ente pubblico

18. I BENI PUBBLICI

Al fine di svolgere i propri compiti, le amministrazioni pubbliche devono utilizzare non solo risorse umane, ma anche mezzi materiali. In particolare esse necessitano di mezzi finanziari per il proprio funzionamento e per lo svolgimento delle attività cui sono tenute. Lo svolgimento dei compiti amministrativi implica molto spesso l'impiego di beni.

Tra i beni che appartengono agli enti pubblici rivestono una particolare importanza i c.d. "**beni pubblici**", i quali sono assoggettati ad una normativa differente rispetto a quella che si applica agli altri beni per ciò che riguarda i profili dell'uso, della circolazione e della tutela.

Accanto ai beni appartenenti alle p.a. definiti “**pubblici**” sussistono anche beni appartenenti ad enti pubblici soggetti alla normativa di carattere generale sulla proprietà privata, che costituiscono, nel loro complesso, il **patrimonio disponibile** degli enti pubblici, che si distingue dal **patrimonio indisponibile**.

In linea di principio i beni patrimoniali disponibili possono essere oggetto di contratti di alienazione (contratti c.d. attivi), di acquisto (contratti passivi).

Il complesso dei beni pubblici appartiene alle pubbliche amministrazioni a titolo di proprietà pubblica. I beni assoggettati a tale regime sono distinti dalla legge in **demaniali** e **patrimoniali indisponibili**.

La titolarità della proprietà dei beni pubblici appartenenti agli enti pubblici trova la sua fonte innanzitutto nella legge, così alcuni beni appartengono allo Stato o alla regione ex lege: si tratta di taluni beni del demanio naturale e del patrimonio indisponibile, nonché di altri beni quali quelli di interesse artistico, storico o archeologico esistenti o ritrovati nel sottosuolo. Siffatta titolarità deriva anche da:

- fatti acquisitivi: acquisto della proprietà di beni mediante l'occupazione, ecc.
- Atti di diritto comune (contratti, testamento)
- Fatti basati sul diritto internazionale o basati sul diritto pubblico interno
- Atti pubblicistici che comportano l'ablazione di diritti reali su beni di altri soggetti.

19. Il regime giuridico dei beni demaniali

la peculiare disciplina che si applica ai beni pubblici è contenuta essenzialmente negli art. 822e ss. e nel r.d.lgs. 2240/1923 e nel r.d. 827/1924(regolamento di contabilità generale dello Stato).

I **beni demaniali** sono tassativamente indicati dalla legge e comprendono i beni demaniali necessari e i beni demaniali accidentali.

I beni del **demanio necessario** sono costituiti a loro volta dal demanio marittimo, idrico e militare.

Ai sensi dell'art. 822 c.c. e 28 codice nav. fanno parte del **demanio marittimo**: il lido del mare, le spiagge, i porti. Il **demanio idrico** è costituito dai fiumi, torrenti, laghi.

Il **demanio militare** comprende le opere destinate alla difesa nazionale.(art. 822 ,1 co. c.c.) . I beni del demanio necessario non possono non appartenere allo Stato, fatte salve le eccezioni, costituite dai beni demaniali regionali, ed è costituito esclusivamente da beni immobili.

Accanto ai beni del demanio necessario, la legge contempla i beni del demanio accidentale, composto da strade, autostrade, aerodromi. Il codice civile ricomprende tra i beni del demanio accidentale anche le strade ferrate alcune delle quali tuttavia sono state sdemanializzate.

Le strade sono oggi disciplinate dal codice della strada approvato con d.p.r. 285792: le funzioni amministrative di programmazione, progettazione, esecuzione e gestione delle strade non rientranti nella rete autostradale e stradale nazionale sono affidate alle regioni e agli enti locali. La rete è gestita dall'Anas. Di recente si è proceduto alla privatizzazione della società Autostrade s.p.a.. l'Anas è stata trasformata in s.p.a.

L'art. 824, 2 co. c.c. assoggetta allo stesso regime dei beni demaniali accidentali i cimiteri e i mercati comunali. Tali beni rientrano nel demanio comunale soltanto se appartengono ai comuni.

I beni del demanio accidentale possono appartenere a chiunque ma sono tali qualora appartengano ad un ente pubblico territoriale: tuttavia non soltanto allo Stato o alla regione come invece è stabilito per i beni del demanio necessario. Essi non sono costituiti esclusivamente da beni immobili potendo consistere anche in universalità di mobili.

I beni demaniali, appartengano essi al demanio necessario ovvero a quello accidentale, sono dunque caratterizzati, dal punto di vista soggettivo, dall'appartenenza a enti territoriali: essi sono direttamente preordinati alla soddisfazione di interessi imputati alla collettività stanziata sul territorio e rappresentata dagli enti territoriali.

La categoria dei beni demaniali comprende beni assai diversi tra loro. Occorre distinguere i beni demaniali naturali rispetto a quelli del demanio artificiale, costruiti appunto dall'uomo.

Alcuni di essi preesistono rispetto alle determinazioni dell'amministrazione, mentre altri sono pubblici in quanto destinati ad una funzione pubblica dall'amministrazione. Infine alcuni beni sono riservati necessariamente allo Stato o alla regione mentre altri possono appartenere anche ai privati o a enti non territoriali.

In ogni caso tutti i beni demaniali sono assoggettati alla disciplina posta dall'art. 823 c.c. : essi sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore dei terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano. Tale prescrizione implica che i diritti dei terzi sui beni demaniali possano essere costituiti soltanto secondo le modalità tassativamente previste da specifiche leggi.

A causa della sancita inalienabilità dei beni demaniali, sono nulli di diritto gli eventuali atti dispositivi di essi posti in essere dalla p.a.: i beni hanno infatti un vincolo reale che rende impossibile l'oggetto ai fini dell'art. 1418 c.c.

Va esclusa la espropriabilità dei beni demaniali , al fine ad esempio di soddisfare le pretese creditorie di terzi. Va esclusa in modo assoluto la trasferibilità dei beni del demanio necessario i quali sono beni "riservati" e non possono che appartenere allo Stato alle regioni: tutti gli altri soggetti dell'ordinamento sono privi della legittimazione in ordine alla titolarità di diritti di proprietà aventi ad oggetto tali beni.

Altra regola è quella contenuta nell'art. 823c.c " spetta all'amministrazione la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico". Essa ha facoltà sia di procedere in via amministrativa , sia di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà e del possesso.

L'amministrazione dispone di poteri di autotutela: ciò significa che anzichè utilizzare gli ordinari rimedi giurisdizionali che l'ordinamento prevede a tutela della proprietà, essa può direttamente procedere a tutelare i propri beni in via amministrativa , irrogando sanzioni ed esercitando poteri di polizia demaniale.

I beni del demanio naturale acquistano la demanialità per il solo fatto di possedere i requisiti previsti dalla legge.

I beni "artificiali"diventano invece demaniali nel momento in cui rientrano in uno dei tipi fissati dalla legge e cioè nel momento in cui l'opera sia realizzata purchè siano di proprietà dell'ente territoriale.

La cessazione della qualità del bene demaniale deriva oltrechè dalla distruzione del bene, dal fatto della perdita dei requisiti di bene demaniale e dalla cessazione della destinazione. Vi può essere l'intervento legislativo che "sdemanializza"alcuni beni.

La cessazione dei requisiti di bene demaniale è spesso attestata da uno specifico atto amministrativo. Nell'ipotesi di beni riservati tale sdemanializzazione ha soltanto finalità dichiarative anche se alcune norme prevedono apparenti deroghe a tale principio: il bene non è più pubblico perché ha perduto i caratteri di bene pubblico e non già perché l'amministrazione ha modificato il suo regime con un atto amministrativo. Il codice civile si occupa del passaggio dei beni dal demanio al patrimonio indisponibile: l'art. 829 c.c. disciplina la sdemanializzazione che comporta la cessazione del diritto di uso del bene spettante a terzi e la estinzione delle eventuali limitazioni derivanti dalla natura demaniale del bene stesso.

20. Il regime giuridico dei beni del patrimonio indisponibile. L'amministrazione dei beni pubblici.

I beni del **patrimonio indisponibile** sono indicati dall'art. 826 c.c. , 2 e 3 comma e dall'art. 830, 2 co, c.c..

L'art. 826 c.c. dispone che: “ fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato le foreste che a norma delle leggi in materia costituiscono il demanio forestale dello Stato, le miniere, le cave e le torbiere, quando la disponibilità non è sottratta al proprietario del fondo , le cose di interesse storico , archeologico da chiunque e in qualunque modo ritrovate nel sottosuolo, i beni costituenti la dotazione della presidenza della Repubblica, le caserme, gli armamenti, gli aeromobili militari e le navi da guerra.”

Fanno parte del patrimonio indisponibile dello Stato , delle province e dei comuni, secondo la loro appartenenza , gli edifici destinati a sede di uffici pubblici, con i loro arredi, e gli altri beni destinati a pubblico servizio.

Ai sensi dell'art. 830 c.c. i beni degli enti pubblici non territoriali destinati ad un pubblico servizio sono assoggettati alla disciplina dei beni patrimoniali indisponibili. I beni del patrimonio indisponibile possono pertanto appartenere a qualsiasi ente pubblico e comprendono beni mobili e immobili.

In ordine ai beni del patrimonio indisponibile occorre osservare che :

- a) le cave e le torbiere, le acque termali e minerali e le foreste sono state trasferite al patrimonio indisponibile della regione;
- b) le miniere sono riservate allo Stato, mentre le acque termali e minerali sono riservate alla regione;
- c) le cose mobili di interesse storico, paleontologico, paleontologico, artistico, appartenenti a qualsiasi ente pubblico, sono assoggettate alla disciplina dei beni patrimoniali indisponibili salvo che siano costituite in raccolte di musei , pinacoteche, archivi e biblioteche(in quest'ultimo caso si tratta di beni del demanio accidentale).

I beni di interesse storico-artistico possono anche appartenere ai privati.

I beni del patrimonio indisponibile sono assoggettati alla disciplina posta dall'art. 828, 2 co c.c. ; essi: “non possono essere sottratti alla loro destinazione , se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano”.

In linea di principio, a differenza dei beni demaniali, i beni del patrimonio indisponibile non sono assolutamente inalienabili: gli atti di disposizione debbono rispettare il vincolo di destinazione .

L'atto di trasferimento dei beni che non rispetti la disciplina legislativa non è nullo ma annullabile per violazione dei “modi di legge” stabiliti per sottrarli al vincolo di destinazione.

Quanto all'acquisto e alla perdita dei caratteri di bene pubblico si distingue a seconda che si tratti di beni che sono pubblici in virtù del solo fatto di possedere i caratteri indicati dall'ordinamento, ovvero che sia richiesto un atto di destinazione pubblica, aspetto particolarmente importante per gli edifici destinati a sede di pubblico ufficio o a un pubblico servizio.

La disciplina posta dal codice non risulta del tutto coerente, anche alla luce della disciplina di settore.

Occorre infatti considerare che alcuni beni sono riservati necessariamente allo Stato o alla regione (demanio necessario) mentre altri possono appartenere anche ai privati o a enti non territoriali; analoghe considerazioni valgono per i beni del patrimonio indisponibile, essendo alcuni riservati agli enti pubblici (es. miniere, acque minerali e termali, cave e torbiere), altri beni appartenenti ad un ente pubblico o allo Stato (cose mobili di interesse storico, archeologico ecc.).

Per altro verso la giurisprudenza ha esteso al patrimonio indisponibile parte della disciplina dettata per il demanio e il legislatore ha avvertito l'esigenza di assicurare una gestione più efficace anche del demanio.

L'amministrazione dei beni immobili dello Stato, che comprende le attività di acquisto, manutenzione, alienazione e di destinazione dei beni, nonché quella di polizia e di tutela degli stessi, spetta in linea di massima al ministero di economia e delle finanze, ad eccezione dei beni del demanio marittimo amministrati dal ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

La gestione dei beni immobili statali assegnati ad un particolare servizio può essere affidata gratuitamente al ministero al quale il servizio si riferisce.

La gestione dei beni mobili statali, comprendente acquisizione, utilizzazione, conservazione ed alienazione, spetta a ciascun ministero cui i beni sono assegnati o che li abbia acquistati. Particolare importanza riveste oggi la gestione delle partecipazioni azionarie di proprietà dello Stato o di altri enti pubblici.

I beni demaniali di pertinenza dello Stato sono descritti nell'inventario realizzato a cura del ministero dell'economia e finanze.

I beni patrimoniali indisponibili sono descritti a cura degli uffici decentrati del ministero dell'economia e finanze in registri di consistenza, ove così come nell'inventario generale vanno registrate le modificazioni nel valore o nella consistenza dei beni.

I beni mobili statali sono inventariati dai singoli ministeri che li hanno in consegna ed affidati ad agenti responsabili.

In ordine alla valutazione i beni mobili si iscrivono negli inventari per il loro prezzo d'acquisto, mentre i beni immobili sono valutati in base al costo, all'estimo o all'imponibile.

Una particolare menzione richiede il processo di privatizzazione dei beni appartenenti ad enti pubblici, generalmente finalizzata a soddisfare esigenze di carattere finanziario e di risanamento del debito pubblico.

I beni pubblici sono sempre più spesso usati non già per soddisfare specifici interessi pubblici, ma per produrre entrate, come confermato anche dalla istituzione e dai compiti dell'agenzia del demanio.

Sono tre le modalità di dismissione del patrimonio dello Stato:

- a) Il ministro dell'economia e delle finanze è autorizzato a sottoscrivere quote di fondi immobiliari istituiti mediante apporto dei beni immobili e di diritti reali su immobili appartenenti al patrimonio dello Stato. Tali fondi sono gestiti da una o più società di gestione che procedono all'offerta al pubblico delle quote derivate dall'istituzione del fondo.
- b) I beni immobili appartenenti allo Stato non conferiti nei fondi immobiliari, individuati dal ministro dell'economia e delle finanze, possono essere alienati. (in deroga alle norme di contabilità di Stato).
- c) Infine con la cartolarizzazione. La l. 410/01 ha previsto infatti che il ministro dell'economia e delle finanze possa costituire o promuovere la costituzione, anche attraverso soggetti terzi, di più società a responsabilità limitata, aventi ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato e degli altri enti pubblici. A queste società-veicolo sono in sostanza ceduti gli immobili che sono acquistati con l'unico fine di rivenderli. I beni pubblici sono dunque destinati a passare in mano ai privati.

Va altresì ricordata la tendenza ad esternalizzare i compiti concernenti non solo l'alienazione ma anche la valorizzazione e la gestione del patrimonio dello Stato, affidati alla "Patrimoni s.p.a.", società pubblica appositamente costituita e il bene non necessariamente è alienato. Alla "Patrimoni s.p.a." possono essere trasferiti diritti pieni o parziali su beni immobili demaniali, e patrimoniali e sugli altri beni compresi nel conto generale del patrimonio dello Stato, nonché ogni altro diritto costituito per legge a favore dello Stato. I beni cessano di appartenere allo Stato ed entrano nella sfera di appartenenza soggettiva della società.

21. Diritti demaniali su cose altrui, diritti d'uso pubblico e usi civici.

Accanto al diritto di proprietà demaniale su beni pubblici, l'ordinamento prevede l'esistenza di altri diritti reali soggetti al medesimo regime giuridico, accomunati alla proprietà dal concetto di appartenenza. Si tratta dei diritti spettanti agli enti territoriali sui beni altrui "quando i diritti stessi sono costituiti per l'utilità di alcuno dei beni demaniali o per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni medesimi".

Quanto ai diritti demaniali su beni altrui, si pensi al diritto di servitù gravante su fondo privato al fine della realizzazione di un acquedotto pubblico.

In ordine ai diritti gravanti su beni privati "costituiti per il conseguimento di fini di pubblico interesse corrispondenti a quelli a cui servono i beni demaniali", essi non spettano a favore di tali ultimi beni, bensì a favore della collettività sicché ogni membro di questa può chiedere tutela. Tipici esempi di diritto d'uso pubblico gravanti sui beni privati sono quelli di visita dei beni privati di interesse storico e quelli che attengono alle strade private (strade vicinali) ai vicoli e agli spiazzi aperti al pubblico traffico. Un particolare fatto costitutivo di alcuni diritti d'uso pubblico è costituito dalla **dictatio ad patriam**, che si verifica allorché un proprietario pone a disposizione dell'uso pubblico, in maniera non equivoca e con volontà duratura, beni di proprietà privata senza che ne risulti variata l'appartenenza.

Rispetto ai diritti d'uso pubblico presentano profili di analogia gli usi civici: entrambe le categorie sono beni (in senso giuridico) collettivi, perché appartengono alla collettività di abitanti; gli usi civici, tuttavia, sono assoggettati ad una particolare disciplina e possono gravare anche sui beni pubblici. Si tratta infatti di diritti di godimento e d'uso e anche di proprietà, almeno secondo parte della dottrina, spettanti alla collettività su terreni di proprietà di comuni o di terzi e che hanno ad oggetto il pascolo, la caccia, la raccolta di legna. Essi spettano ai membri delle collettività che ne fruiscono uti cives e non all'ente rappresentativo della collettività (comune): la collettività si identifica nella frazione, nella collettività comunale o nelle collettività infracomunali. Gravano su beni immobili privati, ovvero su beni demaniali e sono inalienabili: la legislazione ne prevede però la trasformazione in diritti dominicali su porzioni ridotte dei beni su cui essi gravano. La presenza di usi civici e di diritti d'uso pubblico, comporta, per il proprietario del fondo gravato, l'obbligo di sopportare che membri della collettività godono dei suoi beni.

22. L'uso dei beni pubblici

Il regime peculiare dei beni pubblici posto dall'ordinamento generale riguarda, la circolazione giuridica e la tutela mentre per quanto riguarda il godimento e l'uso, la sua analisi consente di cogliere il rapporto tra bene e collettività.

Si distingue un **uso diretto** riservato al proprietario pubblico che lo impiega per lo svolgimento dei suoi compiti, garantito con norme addirittura che sanzionano penalmente l'uso da parte di altri.

In molti altri casi il bene è in grado di soddisfare anche altre esigenze: si realizza così l'**uso promiscuo**. (si pensi alle strade militari che accanto all'interesse della difesa, sono in grado di soddisfare l'interesse generale della p.a.).

All'estremo opposto rispetto all'uso diretto si collocano le situazioni in cui interessi diversi da quelli che fanno capo al titolare del diritto dominicale possono e debbono ottenere soddisfazione mediante l'uso del bene. Ciò avviene mediante il riconoscimento dell'**uso generale** di quei beni pubblici che assolvono la loro funzione a servizio della collettività, uso che costituisce uno dei mezzi rivolti alla rimozione degli ostacoli che "impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti" all'organizzazione politica, economica del Paese.

Vi sono situazioni in cui i soggetti privati non si limitano ad entrare in rapporto diretto con il bene: il bene è posto al servizio di altri soggetti (**uso particolare**). Nelle situazioni indicate muta notevolmente il ruolo dell'amministrazione: essa nel primo caso (uso diretto) deve conservare, tutelare e soprattutto utilizzare direttamente il bene; nella penultima e nell'ultima situazione descritta (uso generale e uso particolare) emerge l'aspetto della regolamentazione e dell'organizzazione dell'uso da parte dei terzi che, soprattutto per i beni culturali, si connette con i problemi della valorizzazione e promozione del bene, mediante organizzazione dell'offerta.

Per quanto riguarda la concessione di bene pubblico, il privato paga un canone a titolo di corrispettivo dell'utilità che riceve dall'uso del bene, per la riscossione del quale l'amministrazione può impiegare la procedura specifica prevista per le entrate patrimoniali. In caso di inosservanza degli obblighi del concessionario, l'ordinamento prevede provvedimenti sanzionatori (decadenza): la giurisprudenza riconosce

poi la possibilità per l'amministrazione di revocare la concessione stessa per ragioni di interesse pubblico ed impone l'impiego dell'istituto concessorio non solo in ordine ai beni demaniali, ma anche per quelli patrimoniali indisponibili.

Mentre l'uso diretto consente di scorgere essenzialmente le situazioni di doverosità dell'ente proprietario, l'uso generale attuato in modo impersonale dai consociati concreta la titolarità di "diritti civici", costituiti da interessi semplici, aventi ad oggetto il dovere di destinare il bene a quell'uso. L'uso particolare concreta un rapporto pubblicistico tra ente e privato. In ordine alla concessione la legge prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

23. I beni privati di interesse pubblico: in particolare, i beni culturali appartenenti ai privati

La dottrina individua una categoria più ampia di beni, comprensiva di beni appartenenti a soggetti pubblici e di beni in proprietà dei privati: essa è costituita dai **beni di interesse pubblico**, ad es. le strade vicinali e le sue autostrade.

Tuttavia, la quasi totalità dei beni, soprattutto immobili, è ormai sottoposta a regime amministrativo, nel senso che l'uso degli stessi e le facoltà dei proprietari sono spesso regolati da norme che attribuiscono compiti alle amministrazioni. Paradigmatico è il caso dei beni culturali di proprietà privata. Es. le opere d'arte di valore. Il bene culturale, anche se privato nell'appartenenza, rileva quindi il suo aspetto di pubblicità in quanto la sua conservazione soddisfa interessi pubblici, ovvero perché, in forza degli obblighi che gravano sul proprietario, esso è addirittura rivolto al pubblico sotto il profilo della fruizione. Il bene culturale trova disciplina nel codice dei beni culturali e del paesaggio d.lgs.42/2004.

Domande:

- Quale fonte normativa definisce la pubblicità di un ente?
- Quali sono gli indici esteriori definiti dalla giurisprudenza ?
- Quali sono i caratteri degli enti pubblici?
- Quali sono le relazioni intersoggettive?
- Organismi di diritto pubblico: requisiti
- La privatizzazione degli enti pubblici
- Cosa è l'organo? cosa si intende per immedesimazione organica?
- Quali sono le relazioni interorganiche?
- Quanti tipi di controlli esistono?
- Quale organo costituzionale è demandato al controllo?
- Quali sono i controlli interni?
- Cosa si intende per ufficio?

- Differenza tra rapporto organico e rapporto di servizio
- Il rapporto di pubblico impiego: cosa ha comportato la sua privatizzazione ad opera del d.lgs 29/93 oggi confluito nel t.u.p.i.?
- Rapporti tra politica e dirigenza
- Dove è collocata la disciplina dei beni pubblici?
- Come si distinguono i beni pubblici?
- Quale è il regime giuridico dei beni demaniali?
- Quanti sono gli usi civici?

CAPITOLO IV

L'ORGANIZZAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI

1. Organizzazione statale

Lo Stato-amministrazione può essere qualificato come ente-pubblico, dovendosi riconoscere ad esso la qualità di persona giuridica in forza di espressi riferimenti normativi, es. l'art. 28 Cost. che si riferisce alla responsabilità civile dello Stato e l'art. 822 c.c. il quale disciplina i beni appartenenti allo Stato.

L'amministrazione statale oggi si presenta estremamente disaggregata e ha perso l'originaria compattezza. L'indubbia frammentazione dell'amministrazione statale e la distinzione in ministeri che fanno capo a vertici differenti, dimostrano la mancanza dell'unicità della personalità statale. I singoli ministeri sono considerati come diretti destinatari di attribuzioni amministrative.

2. Il Governo e i ministeri

Passando all'analisi degli apparati amministrativi dello Stato, al vertice dell'organizzazione statale è collocato il Governo, formato dal Presidente del consiglio dei Ministri, dal Consiglio dei ministri e dai ministri. (art. 92 Cost.).

Anche il Presidente della Repubblica svolge alcune importanti funzioni attinenti all'attività amministrativa: si pensi al potere di nomina dei più alti funzionari e all'emanazione dei regolamenti governativi.

Ai sensi dell'art. 5, 2 comma 1. 400/88 il Presidente del Consiglio dei ministri ha i seguenti compiti : "indirizza ai ministri le direttive politiche ed amministrative in attuazione delle deliberazioni del Consiglio dei ministri , nonché quelle connesse alla propria responsabilità di direzione della politica generale del governo"; coordina e promuove l'attività dei ministri in ordine agli atti che riguardano la politica generale del governo e può sospendere "l' adozione di atti da parte dei ministri competenti in ordine a questioni politiche e amministrative , sottoponendoli al Consiglio dei ministri; adotta le direttive per assicurare l'imparzialità , il buon andamento e l'efficienza degli uffici pubblici; può disporre l'istituzione di particolari comitati dei ministri , ovvero di gruppi di studio e di lavoro".

La Presidenza del Consiglio ha una struttura organizzativa propria alla quale fanno capo vari dipartimenti e uffici.

Il D.lgs. 303/1999 è intervenuto per disciplinare l'ordinamento , l'organizzazione e le funzioni di tale struttura , della quale si avvale il Presidente del Consiglio dei ministri per l'esercizio delle funzioni d'impulso , indirizzo e coordinamento attribuitegli dalla Costituzione e dalle leggi, il Presidente si avvale della Presidenza per l'esercizio in forma integrata delle funzioni attinenti ai rapporti del governo con il parlamento , con le istituzioni europee, con il sistema delle autonomie e con le confessioni religiose.

Responsabile del funzionamento del segretario generale e della gestione delle risorse umane e strumentali della presidenza è il segretario generale , legato al presidente da uno stretto rapporto fiduciario , che può essere coadiuvato da uno o più vicesegretari generali.

Ogni dipartimento – struttura a livello dirigenziale generale , che costituisce articolazione del segretario generale, si riparte in uffici e ogni ufficio in unità operative di base al livello dirigenziale denominate

servizi , il cui numero è stabilito con decreto del Presidente , mentre l'organizzazione interna delle strutture è affidata al segretario generale , ovvero ai ministri o sottosegretari delegati.

Il Presidente individua altresì con propri decreti gli uffici di diretta collaborazione propri, e sulla base delle relative proposte, quella dei ministri senza portafoglio(che sono titolari di dipartimento) o sottosegretari della presidenza.

Il Presidente provvede altresì all'autonomia di gestione delle spese nei limiti di disponibilità iscritte in apposita unità revisionale dello stato di previsione del ministero dell'economia e stabilisce la struttura dei bilanci e la disciplina della gestione delle spese.

L'organizzazione degli uffici della presidenza del Consiglio è disciplinata dai decreti del Presidente del Consiglio(art. 9 , d.lgs. 303/99).

Le funzioni del **Consiglio dei ministri** sono indicate dall'art. 2 l. 400/88: accanto a quelli di indirizzo politico e a quella normativa, possiamo ricordare i poteri di indirizzo e coordinamento , nonché i poteri di annullamento di ufficio degli atti amministrativi.

I ministri sono gli organi politici di vertice dei vari dicasteri . tali organi sono importanti sotto il profilo amministrativo : l'amministrazione statale è infatti ripartita sulla base dei ministeri che hanno dunque una doppia anima: sono organi costituzionali e vertici dell'amministrazione.

Il numero, le attribuzioni e l'organizzazione dei ministeri sono denominati dalla legge. (art. 95, 3 comma).

All'interno dei vari ministeri sono presenti organi consultivi (consigli superiori, di tipo tecnico e consigli nazionali).

Per l'esercizio di funzioni di indirizzo politico – amministrativo il ministro si avvale di uffici di diretta collaborazione , aventi esclusive competenze di supporto e di raccordo con l'amministrazione (si tratta quindi di uffici di alta amministrazione), istituiti e disciplinati mediante regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, co.4 bis l.400/88. Infatti l'organizzazione e la disciplina degli uffici dei ministri sono devolute, oltre che alla legge , alla normativa posta con regolamento emanato ai sensi dell'art. 17, 2 co. l.400/88.

Con D.P.R. su proposta del P.C.M. , possono essere nominati ministri senza portafoglio, i quali, pur essendo membri del governo, non sono titolari di dicasteri e, né di un apparato organizzativo di uffici , né, dal punto di vista contabile, dalla gestione di uno stato di previsione della spesa. Ad essi possono essere delegate funzioni dal Presidente del Consiglio dei ministri, sentito il Consiglio stesso, e possono essere posti a capo dei dipartimenti in cui si articola la presidenza del Consiglio.

Il ministro può essere coadiuvato da uno o più sottosegretari nominati con D.P.R. , su proposta del P.C.M., di concerto con il ministro che il sottosegretario coadiuverà , sentito il Consiglio dei ministri. Essi giurano dinanzi al Presidente del Consiglio dei ministri ed esercitano le funzioni loro delegate con decreto ministeriale. Il loro numero non è fissato dalla legge . Il sottosegretario alla presidenza della Consiglio dei ministri è il segretario del Consiglio dei ministri .

Ai sensi dell'art. 10 , l. 400/88 a non più di 10 sottosegretari può essere conferito il titolo di viceministro, se ad essi sono conferite dal ministro competente deleghe relative all'intera area di competenza di una o più strutture dipartimentali, ovvero di più direzioni generali. I viceministri possono essere invitati a partecipare

alle sedute del consiglio dei ministri, senza diritto di voto per riferire su argomenti e questioni attinenti alla materia loro delegata.

Il numero e l'organizzazione dei ministeri sono stati recentemente variati.

Il legislatore delegato è intervenuto incisivamente anche sul piano dell'organizzazione ministeriale, dettando norme sulla razionalizzazione, il riordino la soppressione e la fusione dei ministeri, l'istituzione di agenzie, il riordino dell'amministrazione periferica dello Stato.

In ossequio ai principi di semplificazione e di snellimento strutturale il decreto ha drasticamente ridotto il numero dei ministeri e ha ridisegnato la loro struttura organizzativa. L'art. 2 D.lgs. 300/99 elenca ora i 15 ministeri che svolgono, per mezzo della propria organizzazione, nonché per mezzo delle agenzie, le funzioni di spettanza statale. Nell'ambito della struttura di alcuni ministeri, accanto alla figura centrale del ministro, si distingue quella di strutture dipartimentali cui sono attribuiti "compiti finali concernenti grandi aree di materie omogenee e relativi compiti strumentali" compresi quelli di indirizzo e coordinamento delle unità di gestione, quelli di organizzazione e quelli di gestione delle risorse strumentali, finanziarie e umane.

Nell'ambito di tale modello organizzativo scompare la figura del segretario generale i cui compiti sono distribuiti tra i capi dei dipartimenti. Negli altri ministeri, invece, la figura del segretario generale può sopravvivere, operando alle dirette dipendenze del ministro: assicura il coordinamento dell'azione amministrativa, provvede all'istruttoria per l'elaborazione degli indirizzi e dei programmi di competenza del ministro; coordina gli uffici e le attività del ministero e così via.

In questi ministeri (affari esteri- difesa- attività produttive-comunicazioni) la struttura di primo livello è costituita dalle **Direzioni generali**, che a differenza dei dipartimenti, sono competenti in settori di intervento specifici, sono privi di responsabilità complessiva.

L'organizzazione, la dotazione organica, l'individuazione degli uffici a livello dirigenziale generale e il loro numero, le relative funzioni e la distribuzione dei posti di funzione dirigenziale, l'individuazione dei dipartimenti e la definizione dei rispettivi compiti sono stabiliti con regolamenti e decreti del ministro emanati ai sensi dell'art. 17, comma 4-bis l. 400/88.

Le **agenzie** sono strutture che svolgono attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale attualmente esercitate dai ministeri ed enti pubblici: la previsione della loro istituzione vuole rafforzare il ruolo di governo del ministero, svuotato da compiti di amministrazione attiva. Il decreto istituisce quattro agenzie fiscali (delle entrate- delle dogane -del territorio- del demanio cui attribuita l'amministrazione dei beni immobili dello Stato, e tante altre. Le agenzie operano al servizio delle amministrazioni pubbliche, comprese quelle regionali e locali. Esse hanno autonomia nei limiti stabiliti dalla legge, sono sottoposte al controllo della corte dei conti e ai poteri di indirizzo e vigilanza del ministro, devono essere organizzate in modo da rispondere alle esigenze di speditezza, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

A capo dell'agenzia è posto un direttore generale; è poi previsto un comitato direttivo composto da dirigenti dei principali settori di attività con il compito di coadiuvare il direttore generale. L'agenzia può stipulare contratti con le amministrazioni per le prestazioni di collaborazione, consulenza, assistenza, servizio, supporto e promozione. Le agenzie dotate di competenze tecniche possono anche avere personalità giuridica.

3. Le strutture di raccordo tra i vari ministeri

Il coordinamento dell'attività dei vari ministeri è assicurato dall'azione politica del Consiglio dei ministri, dal Presidente del Consiglio dei ministri (che mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri ex art. 95 cost.) e dai comitati dei ministri.

Di rilievo sono poi il **consiglio di gabinetto**, organo collegiale ristretto costituito dal Presidente del Consiglio e dai ministri da lui designati sentito il Consiglio dei ministri, avente il compito di coadiuvarlo nello svolgimento delle funzioni.

Altri organi collegiali sono i **comitati interministeriali** che, a differenza dei comitati dei ministri, possono essere formati anche da soggetti che non siano ministri, in particolare da esperti e da rappresentanti delle amministrazioni.

Il **Cipe** è ormai il comitato interministeriale più importante, presieduto dal Presidente del consiglio dei ministri ed è composto da ministri. E' competente in via generale su questioni di rilevante valenza economica e finanziaria e/o con prospetti di medio lungo termine, che necessitino di un coordinamento a livello territoriale o settoriale, mentre i compiti afferenti la gestione tecnica, amministrativa e finanziaria sono trasferiti alle amministrazioni competenti in materia.

Di rilievo è anche il **Cicr** (comitato interministeriale per il credito e il risparmio) il quale si occupa di politica creditizia, esercitando poteri di direttiva nei confronti del tesoro e della Banca d'Italia e il **Cis** (Comitato interministeriale per le informazioni) che si occupa di politica della sicurezza.

Gli uffici centrali del bilancio presenti in ogni ministero con portafoglio, sono dipendenti dal **dipartimento della Ragioneria generale dello Stato** del ministero dell'economia e delle finanze, mentre a livello periferico sono presenti le ragionerie provinciali, che si occupano delle amministrazioni statali decentrate e che sono raggruppate in dieci circoscrizioni territoriali. Tali uffici, che dipendono organicamente e funzionalmente dal dipartimento della Ragioneria generale, svolgono altresì compiti di tenuta delle scritture contabili, di programmazione dell'attività finanziaria, nonché di monitoraggio e di valutazione tecnica dei costi e degli oneri dell'attività. Il servizio nazionale di statistica si articola in una serie di uffici presenti presso ciascun ministero e ciascuna azienda, collegati funzionalmente all'Istat.

Incardinata presso un unico complessivo, ma svolgente attività a favore di tutta l'organizzazione statale è l'avvocatura dello Stato, composta da legali che forniscono consulenza alle amministrazioni statali e provvedono alla loro difesa in giudizio.

L'Avvocatura è incardinata presso la presidenza del consiglio dei ministri, al suo vertice è l'Avvocato generale dello Stato, avente sede a Roma e nominato con D.P.R. su proposta del presidente del consiglio dei ministri., previa delibera del consiglio dei ministri; esistono inoltre, sedi periferiche, avvocature distrettuali, presso ciascuna Corte d'appello. L'avvocatura svolge le proprie funzioni in modo indipendente.

Occorre ricordare il **Centro nazionale per l'informatica nella pubblica amministrazione**, che ha il compito di fornire alle amministrazioni il supporto conoscitivo essenziale per l'attività amministrativa, esercitando così funzioni di indirizzo e controllo delle scelte di automazione da esse effettuate, di promozione in vista dell'attivazione di progetti intersettoriali e di infrastruttura informatica e telematica e di regolamentazione della facoltà di affidamento a terzi per lo sviluppo informatico. Importanti compiti sono ad

esso attribuiti dal d.lgs. 42/05 che stabilisce che spetta al centro curare la progettazione, la realizzazione, la gestione e l'evoluzione del sistema pubblico di connettività per le pubbliche amministrazioni, potendo stipulare con più fornitori a livello nazionale uno o più contratti-quadro con cui i prestatori si impegnano a contrarre con le singole amministrazioni alle condizioni ivi stabilite.

Il servizio di **tesoreria dello stato** è costituito dall'insieme di operazioni e atti attraverso i quali il denaro acquisito dalla p.a. viene raccolto conservato e impiegato : si tratta in particolare di operazioni di acquisizione di entrate ed effettuazione di spese di bilancio. Oggi il servizio di tesoreria centrale dello Stato è affidato alla banca d'Italia .

4. Il Consiglio di stato, la Corte dei Conti e il Cnel

all'unità dell'azione dello Stato è preordinata l'attività di altri organi caratterizzati dall'indipendenza di cui godono, dalla circostanza che essi non svolgono funzioni di amministrazione attiva ma funzioni strumentali(consultive, di controllo, di proposta), rispetto all'attività degli organi costituzionali.

Essi, qualificati poteri dello stato, sono costituiti dal Consiglio di Stato, dalla Corte dei conti, e dal Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro.(CNEL).

Inseriti dalla cost. nell'ambito degli organi ausiliari del governo , due di essi, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, fanno capo alla Presidenza del consiglio dei ministri.

Il **Consiglio di stato** è l'organo di consulenza giuridico-amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione(art. 100 cost.). Esso è un autonomo potere dello Stato che può rendere pareri anche alle regioni.

Le sezioni consultive sono tre , cui si aggiunge quella istituita dalla legge Bassanini bis (l. 127/97) per l'esame degli schemi di atti normativi in ordine ai quali il parere è prescritto per legge o è comunque richiesto dall'amministrazione: l'adunanza generale, composta da tutti i magistrati, ha pure funzioni consultive .

La **Corte dei Conti**, oltre ad esaminare le funzioni di controllo, dispone altresì di funzioni giurisdizionali e di funzioni consultive, queste ultime con riferimento ai disegni di legge governativi che modificano la legge sulla contabilità dello stato ed alle proposte di legge riguardanti l'ordinamento e le funzioni della Corte.

Il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (Cnel) previsto dall'art. 99 cost. come organo ausiliario del governo, a differenza degli altri due organi, non è inserito nell'apparato amministrativo.

Esso è composto da un presidente e 111 membri e svolge compiti di consulenza tecnica (rendendo pareri facoltativi) e di sollecitazione nelle materie dell'economia e del lavoro dell'attività del parlamento , del governo e delle regioni.

5. Le aziende autonome e gli istituti pubblici

L'organizzazione statale si avvale altresì di altre figure soggettive quali le aziende autonome e gli enti strumentali.

Le aziende autonome o amministrazioni dello stato ad ordinamento autonomo sono amministrazioni caratterizzate dal fatto di essere incardinate presso un ministero e di avere ciò nonostante una propria organizzazione, separata da quella ministeriale.

Le amministrazioni autonome svolgono in genere attività prevalentemente tecnica, amministrano in modo autonomo le relative entrate, dispongono di capacità contrattuale e sono titolari di rapporti giuridici, pur non avendo un proprio patrimonio.

Poiché la loro attività consiste spesso nella produzione di beni e prestazioni di servizi, molte di esse, ritenendosi preferibile l'adozione del regime imprenditoriale, sono state trasformate in enti pubblici economici o in s.p.a. come prevedeva la l. 35/92.

Alcune aziende sono assoggettate al controllo della corte dei conti e sono difese in giudizio dall'avvocatura dello Stato.

Alcune aziende autonome sono state soppresse:

- l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato (oggi Ente tabacchi italiani).
- Azienda di Stato per le foreste demaniali.
- Azienda di Stato per i servizi telefonici, oggi Telecom s.p.a.

Accanto a quelle statali figurano a livello locale le aziende speciali, enti strumentali degli enti territoriali minori che possono gestire servizi pubblici aventi carattere industriale; a livello regionale sono altresì le Aziende sanitarie locali, enti delle regioni. Si tratta in ogni caso di soggetti aventi personalità giuridica.

Vi sono poi vari istituti pubblici, organismi facenti parte di un ente e creati per la produzione e la prestazione di beni e servizi. Es. istituti di istruzione e le asl, le aziende di trasporto e di fornitura dei servizi, alcune di esse dotate di personalità giuridica (le asl e le aziende speciali previste dal t.u.e.l.).

6. Le amministrazioni indipendenti

L'esperienza legislativa più recente è caratterizzata dall'introduzione di modelli di amministrazione assai differenziati rispetto a quelli tradizionali: **le amministrazioni indipendenti**.

Tale categoria è sorta per soddisfare parecchie esigenze: da un lato per porre rimedio ai mali dell'amministrazione con lo smantellamento delle posizioni di monopolio e la necessità di prevedere forme di tutela degli operatori sul mercato e degli utenti, dall'altro per ovviare all'incapacità dell'organizzazione amministrativa tradizionale di provvedere ai compiti ad essa attribuiti.

A seguito dell'introduzione delle autorità indipendenti la struttura organizzativa dell'amministrazione statale risulta in parte modificata rispetto al passato, nel senso che compiti rilevanti sono attribuiti a soggetti dotati di notevole indipendenza rispetto al governo e agli organi politici.

Inoltre l'introduzione di molte autorità segna un diverso modello di intervento sul mercato da parte del potere pubblico: non più la presenza diretta di imprese pubbliche ma l'assunzione di un ruolo di controllo e regolazione.

Come autorità indipendenti vengono generalmente ricordati: la **Banca d'Italia**, ente pubblico a struttura associativa, istituto di emissione che svolge funzioni di vigilanza sulle aziende di credito e di governo del settore valutario e monetario, la **Consob**, che a tutela del risparmio, si occupa del mercato dei prodotti finanziari, assicurandone la trasparenza e garantendo la completezza delle informazioni; l'**Isvap** che si occupa del settore delle assicurazioni, l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni, che verifica la costituzione di posizioni dominanti, e l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Dotati di compiti di garanzia sono il Garante per la tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali (d.lgs. 196/2003), e l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione.

La disciplina positiva offre un panorama di riferimento assai variegato, in quanto alcune di tali autorità non hanno neppure personalità giuridica: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato e la Commissione di garanzia del diritto di sciopero; si aggiunga che alcune autorità, Isvap, Consob, Autorità garante della Concorrenza e del mercato, operano anche con riferimento a soggetti economici stranieri.

Le autorità dispongono per lo più di autonomia organizzativa e funzionale e sono titolari di poteri provvedimentali, in particolare sanzionatori e talora regolamentari, soggette al controllo della Corte dei conti. I vertici delle autorità diverse da quelle operanti nei settori delle telecomunicazioni, dell'elettricità e del gas, sono generalmente nominati o designati dai presidenti delle camere, ovvero eletti per metà dalla camera e per metà dal senato.

L'elemento veramente caratterizzante delle autorità consiste nel fatto che esse sono indipendenti del potere politico del governo, pur dovendo, di norma, trasmettere relazioni a questo, oltre che al parlamento in ordine all'attività svolta.

Le autorità non sono tenute ad adeguarsi all'indirizzo politico espresso dalla maggioranza e adottano, in posizione di relativa terzietà, decisioni simili a quelle degli organi giurisdizionali. L'indifferenza rispetto agli interessi in gioco giustifica la qualificazione della loro posizione come "neutrale", in ciò ulteriormente differenziandosi rispetto alle tradizionali amministrazioni che devono invece essere imparziali. Tuttavia vi sono alcune autorità che presentano una indipendenza meno marcata. Es. l'Autorità per le garanzie nelle telecomunicazioni il cui Presidente è nominato con D.p.r., su proposta del P.C.M. d'intesa con il ministro delle comunicazioni, mentre i commissari, facenti parte delle commissioni, organi dell'Autorità, sono eletti dal senato e dalla camera e nominati dal P.d.r.

Numerose tra le autorità indipendenti sono state istituite in relazione a particolari mercati aperti alla concorrenza, ed esse sono così chiamate a verificare, anche esercitando poteri giustiziali, la compatibilità del comportamento degli operatori economici, pubblici o privati, con le regole della concorrenza, e a tutelare gli utenti.

Le autorità dunque sono preposte a vigilare alcuni settori sensibili del mercato: ciò consente di qualificarle come soggetti aventi funzione di regolazione di settore, rispetto alle quali l'indipendenza organizzativa sarebbe soltanto strumentale.

Altre volte le Autorità sono chiamate ad intervenire direttamente sull'assetto del mercato(è il caso dell'Autorità garante per la concorrenza che stabilisce prescrizioni che consentono la compatibilità fra iniziativa economica privata e tutela del mercato.

Altra figura non ancora istituita a livello di organizzazione statale, ma che presenta alcuni profili di analogia con le Autorità indipendenti, è quella del Difensore civico.

Nato come soggetto di collegamento tra cittadini e poteri pubblici, è in grado di assicurare una maggiore trasparenza dell'organizzazione amministrativa. L'art. 11 del T.U.E.L. definisce il difensore civico comunale e provinciale come garante "dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione".

Al difensore civico spetta il compito di riesaminare, su istanza dell'interessato, le richieste d'accesso in caso di rifiuto o di differimento. La legge attribuisce a tale organo una pluralità di funzioni, che vanno dalla tutela dei cittadini alla difesa della legalità, dalla ricerca della trasparenza all'azione finalizzata al miglioramento del rapporto cittadini-amministrazione e alla responsabilizzazione dei soggetti pubblici.

Tuttavia il difensore civico non può infatti annullare o riformare atti, misure sanzionatorie conseguenti al controllo o emanare provvedimenti decisori.

La marcata indipendenza e la riduzione del condizionamento politico costituiscono gli ulteriori tratti essenziali del modello del difensore civico., che, alla stessa stregua delle autorità indipendenti, trova il proprio riferimento costituzionale nell'art. 97 cost.

5. Gli enti parastatali e gli enti pubblici economici

La legge sul c.d. parastato 70/75 raggruppa tali enti parastatali in varie categorie in base al settore di attività: enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza e assistenza, enti di assistenza generica, enti di promozione economica, enti preposti a settori di pubblico interesse, gli enti preposti ad attività sportive, turistiche, enti scientifici di ricerca e di sperimentazione, enti culturali e di promozione turistica.

Tale legge prevede altresì la soppressione o la fusione degli enti (c.d enti inutili).

Inoltre ha reso uniforme lo stato giuridico e il trattamento dei dipendenti degli enti, stabilendo le modalità di nomina, revoca e conferma degli amministratori e disciplinando la gestione finanziaria e contabile e le modalità di controllo e vigilanza.

Tutti gli enti del parastato sono soggetti al controllo della Corte dei conti.

Ricompreso tra gli enti parastatali è anche il CONI, soggetto che si pone al vertice dell'ordinamento sportivo publicistico italiano e che svolge compiti di potenziamento dello sport nazionale e di sorveglianza e di tutela delle organizzazioni sportive, in particolare delle federazioni sportive nazionali le quali raggruppano le associazioni sportive strutturate in s.p.a. a responsabilità limitata.

Altra categoria degli enti strumentali è quella degli **enti pubblici economici**, titolari di impresa che agiscono con gli strumenti del diritto comune. La tendenza legislativa più recente è quella di operarne la trasformazione in s.p.a., strumento ritenuto più adatto ai fini della gestione dell'impresa. Gli enti pubblici economici sono dunque una categoria in via d'estinzione, in quanto rappresentano una tappa intermedia in vista della privatizzazione delle aziende autonome, le quali, prima della trasformazione in s.p.a., vengono trasformate in enti pubblici economici.

In dottrina non c'è uniformità di vedute in merito al termine "economicità", richiedendosi talora la necessità che l'attività sia svolta per fini di lucro in regime di concorrenza, altre volte definendola come imprenditorialità cioè come astratta idoneità a conseguire utili previsti in funzione della remunerazione del costo di produzione o di scambio di beni e servizi.

All'interno degli enti economici si distinguono quelli che svolgono direttamente attività produttiva di beni e servizi da quelli che detengono partecipazioni azionarie in società a capitale pubblico (enti di gestione delle partecipazioni azionarie: ad es. Iri ed Eni). La legislazione distingue talora nettamente la disciplina alla quale sono soggetti gli enti pubblici economici rispetto a quella propria degli enti pubblici.

A differenza degli altri enti pubblici, il rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti pubblici economici è di diritto privato, e come tale sottratta alla giurisdizione del G.A. di natura pubblica è il rapporto con lo Stato, sotto il profilo della costituzione e dell'estinzione, della nomina degli amministratori e così via. Gli e.p.e. sono inoltre sottratti al regime fallimentare.

Gli **ordini e i collegi professionali** sono enti pubblici associativi, ad appartenenza necessaria, esenziali della categoria di professionisti che realizzano l'autogoverno della categoria stessa, raggruppando gli individui che svolgono peculiari attività professionali. Ad es. il consiglio dell'ordine degli avvocati.

Le **camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura** sono enti di diritto pubblico che svolgono funzioni di interesse generale per il sistema delle imprese. Si tratta di enti ad appartenenza necessaria di tipo associativo a competenza territorialmente delimitata che raggruppano i commercianti, gli industriali, gli agricoltori e gli artigiani.

Tra i compiti più importanti affidati a questi enti possono ricordarsi la cura degli interessi delle categorie rappresentate, la tenuta del registro delle imprese, di particolare rilievo sono le funzioni di supporto e di promozione degli interessi generali delle imprese, nonché quelle di promozione della formazione di commissioni arbitrali e conciliative per la soluzione delle controversie tra imprenditori e tra questi e i consumatori.

Le camere di commercio, i cui organi sono il consiglio, la giunta e il presidente, ora eletto dal consiglio, adottano uno statuto approvato dal ministro delle attività produttive, sono definite come autonomie funzionali ed esercitano pure funzioni regolamentari.

6. L'amministrazione statale periferica

L'amministrazione dello Stato è presente non solo al centro ma anche sul territorio nazionale secondo il modello del decentramento burocratico, il quale ha dato luogo all'amministrazione periferica: sul territorio nazionale convivono dunque l'amministrazione statale periferica, quella regionale e degli enti locali.

Al vertice di ogni ufficio periferico è presente un dipendente del ministero, mentre la difesa in giudizio e le funzioni consultive spettano alle avvocature distrettuali dello Stato, aventi sede in ogni capoluogo in cui opera una Corte d'appello.

Il controllo sulla spesa è esercitato dalle **ragionerie provinciali dello Stato** incardinate presso il ministero dell'economia e delle finanze, che svolgono nei confronti degli organi decentrati dell'amministrazione statale, le funzioni attribuite a livello centrale agli uffici centrali del bilancio presenti presso ogni ministero.

Organo periferico più importante è il **prefetto**, organo del ministero dell'interno, preposto all'ufficio territoriale del governo, chiamato sia a rappresentare il potere esecutivo della provincia sia a svolgere la funzione di tramite tra centro e periferia, soprattutto in forza dei compiti di controllo sugli enti locali ad esso in passato attribuiti. Importanti compiti svolge in tema di ordine pubblico e di sicurezza pubblica nella provincia, di espropriazione, di elezioni politiche ed amministrative, di esercizio del diritto di sciopero nei pubblici servizi. Altri importanti compiti riguardano il riconoscimento delle persone giuridiche private, mentre il d.lgs. 300/99 ha istituito la conferenza provinciale permanente dei responsabili degli uffici statali, presieduta da prefetto e composta dai responsabili degli uffici decentrati delle amministrazioni statali. Il d.lgs. 300/99 (modif. dal d.lgs. 29/04) ha trasformato le prefetture in Uffici territoriali del governo a cui sono preposti i prefetti, i quali assicurano l'esercizio coordinato dell'attività amministrativa degli uffici periferici dello Stato.

La l. 131/03 dispone ora che il Prefetto preposto all'ufficio territoriale del governo avente sede nel capoluogo di regione svolge funzioni di rappresentante dello stato per i rapporti con il sistema delle autonomie locali (per il principio di leale collaborazione tra Stato e regioni).

7. L'organizzazione amministrativa territoriale non statale: la disciplina costituzionale e le recenti riforme

Il sistema normativo e costituzionale delle regioni e delle autonomie locali ha subito un notevole mutamento a seguito della riforma del titolo V della parte II della Costituzione ad opera della l. cost. 3/01, che accoglie il criterio della generalità della funzione normativa regionale e della funzione amministrativa comunale, costituzionalizzando il principio di sussidiarietà.

Pertanto oggi le regioni dispongono di potestà legislative ed amministrative.

L'art. 117 cost. prevede la potestà legislativa regionale c.d. concorrente relativamente ad alcune materie e stabilisce che alle regioni "spetta" la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.

Rispetto al precedente sistema, caratterizzato dalla indicazione tassativa delle materie devolute alla competenza regionale, si è così operato un decisivo rafforzamento del ruolo normativo delle regioni.

Inoltre le regioni dispongono altresì di funzioni amministrative conferite dallo Stato come previsto dall'art. 118 cost.

Un decisivo impulso alla legge cost. 3/01 di riforma del titolo V della Cost. è rappresentato dalla legge Bassanini 59/97 contenente la delega al governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della p.a e per la semplificazione amministrativa, che mirò a realizzare una localizzazione territoriale delle funzioni e dei compiti amministrativi in ragione della loro strumentalità rispetto agli interessi della collettività.

Attraverso il conferimento si attuò il trasferimento, delega e attribuzione di funzione e compiti alle regioni, comuni, province, comunità montane ed altri enti locali.

La l. 59/97 si ispira al **principio di sussidiarietà** in virtù del quale le funzioni amministrative sono assegnate all'ente più vicino ai cittadini, il comune.

La legge mira ad imporre un criterio di riparto tra funzioni statali e regionali improntato al principio secondo cui la competenza generale è della regione, fatti salvi i compiti e le funzioni statali attinenti ad una serie di materie indicate.

In attuazione della l. 59/97 è stato emanato il d.lgs. 112/98 che ha proceduto ad operare il conferimento di funzioni e compiti. tuttavia la l. 59/97 riformando l'amministrazione a costituzione invariata non poteva ampliare la potestà legislativa della regione ma soltanto incidere sui suoi compiti amministrativi. Mentre il d.lgs. 112/98 prevedeva un potere sostitutivo del governo in relazione alle funzioni e ai compiti spettanti alle regioni e agli enti locali, in caso di inattività accertata che comporti inadempimento agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione europea o pericolo di grave pregiudizio per gli interessi nazionali.

Oggi il nuovo testo dell'art. 120 cost. prevede questo potere sostitutivo del governo nei confronti degli organi delle regioni, delle città metropolitane, delle province e dei comuni nel caso di mancato rispetto di norme dei trattati internazionali o della normativa comunitaria.

La normativa ordinaria prevede che il decentramento avvenga anche da parte delle regioni e a favore di province, comuni ed altri enti locali.

L'art. 4 della l. 59/97 stabilisce infatti che la regione conferisca a taluni enti "tutte le funzioni che non richiedano l'unitario esercizio a livello regionale".

Dall'esame delle linee essenziali della riforma posta in essere sulla base della l. 59/97, ancor prima della riforma del titolo V della Cost. emerge un modello nel quale la regione e gli enti territoriali non solo vedono rafforzato il proprio ruolo rappresentativo degli interessi della collettività di riferimento e sono posti in grado di potere meglio curare tali interessi, ma si configurano anche come attributari di tutte le funzioni il cui esercizio produce effetti nel relativo ambito locale.

8. I rapporti tra lo Stato e l'autonomia contabile della regione

Il sistema normativo delineato (l. 59/97; l. cost. 3/01; l. 131/03) ha anche voluto privilegiare lo strumento d'intesa nei rapporti tra lo Stato e le regioni. Al riguardo la Corte cost. ha individuato, quale principio generale al quale dovrebbero essere improntati i rapporti tra Stato e regione, nelle ipotesi in cui si verificano interferenze tra le rispettive competenze, quello di **leale cooperazione**.

Principio costituzionalizzato dall'art. 120 cost. e ripreso dalla l. 131/03 legge La Loggia. Quest'ultima legge ha previsto la figura del Rappresentante dello Stato per i rapporti con il sistema delle autonomie locali, che si affianca alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, la regione e le province autonome, con compiti di informazione, consultazione e raccordo.

Con d.p.c.m. del 1996 è stata istituita la Conferenza Stato-città - autonomie locali, con compiti di coordinamento nei rapporti tra lo Stato e le autonomie locali, e di studio, informazione e confronto sulle problematiche connesse agli indirizzi di politica generale che possono incidere sulle funzioni proprie dei comuni e province e quelle delegate ai medesimi enti dallo Stato.

Le conferenze citate sono organi statali, anche se sono a composizione mista.

Sempre in tema di rapporti tra Stato e regioni, in tema di controlli sugli atti regionali, ai sensi dell'art. 125 cost., gli atti amministrativi delle regioni erano soggetti al controllo di legittimità esercitato da un organo

dello Stato. Oggi tale articolo è stato abrogato dalla l. 3/01 e l'opinione dominante è nel senso che i controlli in esame sono stati eliminati.

Mentre sempre in tema di controlli, si osservi che i principi posti dalla l. 286/99, che ha introdotto il sistema dei controlli interni, si applicano alle regioni nell'ambito della propria autonomia organizzativa e legislativa. Per quanto attiene ai controlli sugli organi l'art. 126 cost. prevede la possibilità da parte del d.p.r. dello scioglimento degli organi regionali.

In ordine ai rapporti finanziari tra lo Stato e le regioni, l'art. 119 cost. prevede che le regioni, così come i comuni, le province e le città metropolitane hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

Il coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario è materia di legislazione concorrente (art. 117, 3 co), sicché spetta allo Stato fissare i principi fondamentali.

La regione dispone infine di un proprio patrimonio.

9. L'organizzazione regionale

Gli organi regionali sono:

- il Consiglio regionale che esercita le potestà legislative e le altre funzioni ad esso conferite dalla Costituzione e dalle leggi.
- La giunta regionale che è l'organo esecutivo, esercita potestà regolamentare e dispone anche di poteri di impulso e di iniziativa legislativa
- Il presidente della giunta regionale che rappresenta la regione, dirige la politica della giunta e ne è responsabile, promulga le leggi ed emana i regolamenti regionali, dirige le funzioni amministrative delegate dallo Stato alla regione.

Ai sensi dell'art. 123 cost. la forma di governo di ciascuna regione è determinata dallo statuto.

Atteso che la regione dispone pure di funzioni amministrative, esiste pure un apparato amministrativo regionale, che si distingue in centrale e periferico.

12. La posizione e l'organizzazione degli enti locali

I comuni e le province e le città metropolitane rappresentano ulteriori livelli di autonomia riconosciuti espressamente dalla Costituzione.

Essi denominati "enti locali" sono, al pari delle regioni, assieme alla quale formano la categoria dei "governi locali" (art. 120 cost.) "enti autonomi" con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Cost. (art. 114 cost.).

E' questa la configurazione di tali enti risultante dalla riforma operata dalla l. cost. 3/01 che è intervenuta ad adeguare il titolo V della parte II della Cost. alla evoluzione, ispirata al principio di sussidiarietà, dell'assetto dell'organizzazione pubblica derivante soprattutto dalla riforma Bassanini, volta a valorizzare i principi contenuti nell'art. 5 cost. ai sensi del quale la Repubblica "riconosce e promuove" le autonomie locali.

Oggi, a fronte della disposizione contenuta dall'art. 128 cost, ora abrogato, l'autonomia di questi poteri locali è direttamente sancita dalla Cost., la quale li indica accanto allo stato come ordinamenti costituenti la Repubblica, secondo una logica di equiparazione degli enti.

Il sistema locale è molto complesso: in linea di massima esso si fonda sui principi della tipicità degli enti territoriali, i quali sono quelli contemplati nella Cost. , e della uniforme disciplina di province e comuni.

L'art. 118 cost. disciplina il principio di differenziazione degli enti locali, in base al territorio, qualità e quantità di funzioni.

L'art. 114 cost. riconosce Roma come capitale d'Italia.

In tema di enti locali, in passato la disciplina normativa era dettata dalla l. 142/90 che ha riconosciuto potestà statutaria a comuni e province, aprendo la via per una differenziazione, nell'ambito dei principi generali unitari, tra le varie realtà territoriali, riconoscendo alle regioni il ruolo di centro propulsore dell'intero sistema delle autonomie locali. La successiva l. 265/99 ha mirato ad un rafforzamento più evidente del ruolo degli enti locali, limitando l'ingerenza della regione .

Il t.u. enti locali D.lgs 267/00 stabilisce oggi i principi di cooperazione e programmazione economica-sociale e territoriale, ed oltre a riconoscere che le comunità locali , ordinate in comuni e province sono autonome, dispone che i comuni e le province hanno autonomia statutaria, normativa, organizzativa ed amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica.

12.1 Le funzioni del Comune

Ai sensi dell'art. 118 cost. ai comuni sono attribuite tutte le funzioni amministrative : questa è la regola cui si può derogare soltanto per assicurare l'esercizio unitario .

Il 2. co specifica che comuni, province e città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”.

Secondo quanto disposto dal comma 6 dell'art. 117 cost. , comuni , province e città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.

Il t.u.e.l. definisce il comune come “l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo”.

Inoltre il comune gestisce dei servizi di competenza dello stato , che rimane titolare della funzione mentre l'esercizio della stessa viene demandato al sindaco quale ufficiale di governo.

In tema di funzioni il t.u.e.l. consente agli enti locali di disciplinare mediante proprio statuto le funzioni delle unioni dei comuni e dei municipi e di proporre lo statuto delle città metropolitane con l'indicazione delle sue funzioni.

Importanti funzioni sono state conferite al comune in relazione all'istituto dello **sportello unico per le attività produttive**.

12.2 Le funzioni della Provincia

L'art. 3 del t.u.e.l. definisce la provincia come l'ente intermedio tra comune e regione , che rappresenta la propria comunità , ne cura gli interessi e ne coordina lo sviluppo.

L'art. 19 attribuisce a tale ente le funzioni amministrative di interesse provinciale, che riguardano vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale, relativo ad una serie di settori specifici e tassativamente indicati.

La norma individua così una doppia condizione per l'attribuzione di funzioni alle province: l'esistenza di un interesse provinciale e l'attinenza della funzione a vaste zone intercomunali o l'intero territorio provinciale.

Ai sensi dell'art. 118 cost. le province sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La provincia assume particolare rilievo anche nel settore ambientale.

Gli art. 19 e 20 del t.u.e.l. affidano altresì alla provincia, la quale pure svolge le funzioni attribuite o delegate dallo stato e dalla regione, importanti compiti in tema di promozione e coordinamento di attività e di realizzazione in tema di opere di rilevante interesse provinciale sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo, nonché compiti di programmazione, di pianificazione territoriale.

12.3. L'organizzazione di comuni e province

La legge dello Stato disciplina gli organi del comune, indicando come organi di governo il sindaco, il consiglio e la giunta: in seno alle autonomie esistono altri organi quali il direttore generale, i dirigenti, i revisori dei conti. Il t.u. detta norme sull'elezione dei consigli, sul numero dei consiglieri e sulla loro posizione giuridica.

Gli organi di governo durano in carica 5 anni.

Il sindaco (o il presidente della provincia) è l'organo responsabile dell'amministrazione del comune (o della provincia). Esso rappresenta l'ente, convoca e presiede la giunta e sovrintende al funzionamento dei servizi e degli uffici e all'esecuzione degli atti. Infine sovrintende all'espletamento delle funzioni statali e regionali attribuite o delegate al comune e alla provincia.

Il Consiglio comunale (o provinciale) è l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo. Esso ha competenza per alcuni atti fondamentali (tra questi gli statuti, i regolamenti ecc. i consigli provinciali e comunali dei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti sono presieduti da un presidente eletto tra i consiglieri, cui sono attribuiti vari poteri di direzione dei lavori e delle attività del consiglio. I consigli sono dotati di autonomia funzionale e organizzativa.

La giunta comunale (e provinciale) è l'organo a competenza residuale: essa collabora con il sindaco o con il presidente della provincia nell'amministrazione del comune e della provincia, attua gli indirizzi generali del consiglio e svolge attività propositiva e di impulso nei confronti del consiglio. Il sindaco e il presidente della provincia nominano i componenti della giunta. Di rilievo è il compito consistente nell'adozione dei regolamenti sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, nel rispetto dei principi generali stabiliti dal consiglio. Ai sensi dell'art. 90 t.u.e.l., alle dirette dipendenze del sindaco, della giunta o degli assessori possono essere costituiti, ove previsti dal regolamento degli uffici e dei servizi, uffici di supporto per l'esercizio delle funzioni di indirizzo e di controllo.

Il sindaco e il presidente della provincia sono eletti a suffragio universale e diretto dei cittadini.

La disciplina della dirigenza degli enti locali è posta dal t.u.e.l. i dirigenti, i quali svolgono la propria attività sulla base di incarichi a tempo determinato, sono responsabili, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa e dell'efficienza della gestione ed hanno tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con atti di indirizzo adottati dall'organo politico: ad essi spetta in particolare l'adozione dei provvedimenti in attuazione degli obiettivi, nonché la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettate dagli statuti e dai regolamenti. Ai dirigenti è attribuita la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica "mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. I dirigenti, sulla base dello statuto e del regolamento, possono esercitare funzioni delegate dal sindaco.

Inoltre il sindaco nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti e il presidente della provincia possono nominare un direttore generale, al di fuori della dotazione organica e con contratto a tempo determinato, che può essere revocato dal sindaco, previa deliberazione della giunta.

La durata del suo incarico non può eccedere quella del mandato del sindaco (o del presidente della provincia): tale organo costituisce quindi una sorta di fiduciario del sindaco, incaricato di gestire i collegamenti tra livello politico e livello gestionale.

Il direttore provvede ad attuare gli indirizzi e gli obiettivi stabiliti dagli organi di governo dell'ente, secondo le direttive impartite dal sindaco e sovrintende alla gestione dell'ente, perseguendo obiettivi ottimali di efficacia e di efficienza.

Al vertice della struttura burocratica dell'ente locale era tradizionalmente collocato il segretario, organo alle dipendenze dello Stato e nominato dall'amministrazione degli interni. Oggi tale organo dipende da apposita agenzia avente personalità giuridica di diritto pubblico sottoposta alla vigilanza del ministero dell'interno, ed è nominato dal sindaco tra gli iscritti in un apposito albo. Il segretario può essere revocato dal sindaco con provvedimento motivato, previa deliberazione della giunta, per violazione del dovere d'ufficio.

Cessato automaticamente dall'incarico con la cessazione del mandato del sindaco, il nuovo sindaco può riconfermare il segretario, ovvero nominare uno nuovo non prima di sessanta giorni e non oltre centoventi giorni dal suo insediamento; decorso il termine di 120 gg senza nuova nomina, il precedente segretario è confermato.

Il segretario svolge compiti di collaborazione e funzioni di assistenza giuridico-amministrativa nei confronti degli organi dell'ente in ordine alla conformità dell'azione amministrativa alle leggi, allo statuto ed ai regolamenti (art. 97 t.u.e.l.).

12.4. I controlli sugli atti e sugli organi di comuni e province

A seguito dell'abrogazione dell'art. 130 cost. ad opera della l. 3/01 i controlli necessari sugli atti degli enti locali sono stati eliminati, al fine di garantire maggiore autonomia agli enti locali.

Il controllo sugli atti veniva svolto dal co.re.co. (organo regionale) e dal difensore civico.

Il T.U. E.L. all'art. 138 annovera tra i controlli l'annullamento straordinario governativo di cui alla l. 400/88, e trova fondamento nell'art. 120 cost.

Il ruolo della corte dei Conti è stato rafforzato dalla l. 131/03 , mentre i controlli interni degli enti locali sono disciplinati dall'art. 147 T.U.

Per quanto riguarda il controllo sugli organi, la normativa vigente attribuisce il potere di scioglimento dei consigli comunali e provinciali in capo al Presidente della Repubblica su proposta del ministro dell'interno. Tra le cause di scioglimento si ricorda il compimento di atti contrari alla costituzione, gravi e persistenti violazioni di legge, ecc. e con il decreto di scioglimento si provvede alla nomina di un commissario che esercita le attribuzioni conferitegli dal decreto stesso.

12.5 I rapporti finanziari e le contabilità nei comuni e nelle province

L'art. 149 T.U. ha tentato di modificare l'impostazione precedente tutta improntata ad una completa dipendenza della finanza locale da quella statale (finanza derivata), riconoscendo al comune e alla provincia autonomia finanziaria e potestà impositiva autonoma che può essere in parte disciplinata con propri regolamenti.

Il sistema di finanza locale disegnato da tale norma è in sintesi costituito da una finanza trasferita e da una finanza autonoma.

L'art 234 T.U. stabilisce poi che la revisione economico-finanziaria sia affidata ad un collegio di revisori dei conti.

12.6 Gli istituti di partecipazione negli enti locali

L'art. 8 T.U. disciplina gli istituti di partecipazione specificando che i comuni valorizzano le libere forme associative e promuovono gli organismi di partecipazione all'amministrazione locale. Lo stesso articolo riconosce il potere per gli interessati di partecipare al procedimento amministrativo relativo all'adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive e prevede forme di consultazione della popolazione e procedure per l'ammissione di istanze, petizioni e proposte di cittadini singoli o associati dirette a promuovere interventi per la migliore tutela di interessi collettivi , nonché la possibilità che lo statuto, disciplini il referendum, anche su richiesta di un adeguato numero di cittadini.

Tra gli istituti di partecipazione sono ricompresi:

- l'azione popolare ;
- il diritto d'accesso agli atti amministrativi;
- il diritto d'accesso alle informazioni di cui è in possesso la P.A.

13 . Territorio e forme associative

Il territorio è elemento costitutivo del comune, considerato ente a fini generali mentre la regione con propria legge, sentite le popolazioni interessate, istituisce nuovi comuni e può modificare le loro circoscrizioni e le loro circoscrizioni e la loro denominazione.

L'art. 15 t.u.e.l. prevede che salvo i casi di fusione di comuni, non possono essere istituiti nuovi comuni con popolazione inferiore ai 10.000 abitanti. La legge regionale che istituisce nuovi comuni deve stabilire che

alle comunità di origine o ad alcune di esse siano assicurate adeguate forme di partecipazione e di decentramento.

Lo statuto comunale può a sua volta contemplare l'istituzione di municipi nei territori interessati dal processo di istituzione di nuovi comuni a seguito di fusione decisa dalla regione.

La legge contempla poi le unioni di comuni, enti locali costituiti da due o più comuni di norma contermini allo scopo di esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni di loro competenza.

14 . Città metropolitane e comunità montane

L'art. 114 cost. qualifica le città metropolitane come enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Cost. alla stessa stregua delle regioni, province e comuni.

Il t.u.e.l. prevede altresì la figura dell'area metropolitana.

La legge parifica la città metropolitana alla provincia.

La comunità montana è un ente locale ad appartenenza obbligatoria costituito con provvedimento del presidente della giunta regionale tra i comuni montani e parzialmente montani anche appartenenti a province diverse per la valorizzazione delle zone montane per l'esercizio delle funzioni proprie, di funzioni conferite e per l'esercizio associato di funzioni comunali.

Comunità montane e isolane sono infine titolari di potestà normative.

Domande:

- come si articola l'organizzazione interna dello Stato?
- Quali funzioni spettano ai ministri?
- Quali sono le strutture interne dei ministeri?
- Qual è la legge di riforma dei ministeri ed il riordino dell'amministrazione centrale?
- Quali sono gli uffici dell'amministrazione periferica dello Stato?
- Poteri delle Autorità amministrative indipendenti.
- Che tipi di controlli effettua la Corte dei Conti?
- che organo è il consiglio di Stato?
- Che cosa prevede il principio di sussidiarietà?
- Cosa ha previsto la riforma del titolo V della Cost.?
- Quali articoli della cost. sono stati interessati dalla riforma?

CAPITOLO V

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE E LORO VICENDE

1. **Qualità giuridiche, status, capacità e situazioni giuridiche**

Gli interessi sono le aspirazioni dei soggetti verso determinati beni, ritenuti idonei a soddisfare bisogni; spesso, però, considerata la loro limitatezza, insorgono conflitti tra i soggetti, che l'ord. giur. ha il compito di risolvere, riconoscendo prevalente uno degli interessi in gioco rispetto all'altro; tale operazione comporta ovviamente la necessità della previa qualificazione giuridica dei comportamenti dei soggetti coinvolti, e quindi delle loro posizioni giuridiche soggettive.

Innanzitutto, per situazione giuridica soggettiva s'intende la concreta situazione di cui un soggetto dell'ordinamento è titolare; è possibile distinguere tra situazioni attive (o di vantaggio) e passive (o di svantaggio).

Differente è invece il significato del termine status, che indica la particolare posizione di un soggetto nell'ordinamento (ad es. status di cittadino, di impiegato pubblico), derivante dalla sua appartenenza (necessaria o volontaria) ad un gruppo.

In ogni caso, l'effettiva riferibilità di situazioni giuridiche ad un soggetto presuppone l'idoneità dello stesso ad esserne titolare, ovvero la capacità giuridica. Quest'ultima, poi, può riguardare anche soltanto alcune situazioni giuridiche, e ciò vale soprattutto per le persone giuridiche pubbliche, quali le amministrazioni, dotate di una capacità giuridica meno estesa di quella delle persone fisiche (ad es. le P.A. non sono idonee ad essere titolari di situazioni strettamente collegate alla natura propria dell'individuo, come le situazioni di carattere familiare), senza contare che talvolta è la legge ad escludere la possibilità per alcuni enti di compiere certe attività di diritto comune, ovvero di contrattare con soggetti diversi da quelli indicati espressamente dalla legge stessa.

Dunque anche il soggetto pubblico è soggetto di diritto comune, e ha capacità giuridica, ma, come osservato, sono possibili delle deroghe.

Dalla capacità giuridica va distinta la capacità di agire, che consiste nell'idoneità a gestire le vicende relative alle situazioni giuridiche di cui si è titolare, e che si acquista col compimento del diciottesimo anno di età, salvo che la legge non disponga diversamente. Questione discussa è quella se la capacità di agire possa essere riferita direttamente all'ente, o se invece sia esclusiva della persona fisica preposta all'organo; il problema non è meramente teorico, in quanto se si ritiene che l'ente, in virtù dell'immedesimazione organica, abbia capacità di agire, risponderà direttamente degli illeciti compiuti dai propri dipendenti, mentre qualora la capacità di agire venisse riferita solo alle persone fisiche preposte agli organi, la responsabilità dell'ente per gli illeciti da queste commesse sarebbe indiretta.

La capacità di agire differisce dalla legittimazione ad agire, che riguarda situazioni specifiche e concrete effettivamente sussistenti e comunque soltanto singoli rapporti, consistendo in una specifica posizione (e non in una qualità) del soggetto rispetto agli interessi; un es. potrà chiarire: il soggetto ha la capacità di

agire in relazione al potere di intervento nei procedimenti amministrativi ai sensi della L. 241/90, ma ha la legittimazione ad agire solo se in concreto sia pendente un procedimento che coinvolge i suoi interessi.

2. Potere, diritto soggettivo, dovere e obbligo

Premesso che, per ciò che concerne l'amministrazione pubblica, titolari di poteri, diritti, obblighi e doveri possono essere soltanto gli enti pubblici (e non gli organi), per **potere** si intende la capacità astratta di tenere un certo comportamento produttivo di effetti giuridici (quali la costituzione, modificazione o estinzione di situazioni giuridiche), che si concretizza attraverso atti giuridici, i più importanti dei quali sono i provvedimenti.

Una peculiarità concerne la capacità del soggetto pubblico di esercitare determinati poteri a prescindere dalla volontà del privato, producendo unilateralmente una vicenda giuridica relativa alla sua sfera giuridica; ciò, però, ad una condizione, ovvero in presenza di un interesse, affidato alla cura dell'amministrazione, ritenuto dall'ordinamento prevalente rispetto a quello del soggetto privato.

Al contrario, quando la legge attribuisce al titolare la possibilità di realizzare il proprio interesse indipendentemente dalla soddisfazione dell'interesse pubblico curato dall'amministrazione, si è in presenza di un **diritto soggettivo**, che dunque può essere definito come quella situazione giuridica, spettante al soggetto, cui l'ordinamento accorda protezione piena ed incondizionata.

Potere e diritto sono, quindi, termini inconciliabili: se il privato è titolare di un diritto soggettivo non vi può essere potere amministrativo, così come se c'è potere non vi è diritto; proprio per questo, per il fatto che l'esercizio del potere amministrativo comporta un'incisione della sfera dei privati, il potere amministrativo dev'essere tipico e cioè predeterminato dalla legge in ossequio al **principio di legalità**, a garanzia delle situazioni dei privati stessi.

Le norme che, attribuendo poteri, riconoscono prevalenti gli interessi pubblici su quelli privati, sono le c.d. norme di relazione, caratterizzate dal fatto di risolvere conflitti intersoggettivi di interessi. In tal modo il potere amministrativo è circoscritto entro limiti ben determinati, con la conseguenza che lo svolgimento dell'attività pubblicistica relativamente ad un interesse del privato al di fuori di tali limiti, costituisce violazione del diritto soggettivo del privato.

Vi sono poi, situazioni giuridiche sfavorevoli riconducibili alla figura del **dovere**, vincolo giuridico a tenere un dato comportamento positivo (fare) o negativo (non fare), e dell'**obbligo**, consistente nel vincolo del comportamento del soggetto in vista di uno specifico interesse di chi è il titolare della situazione di vantaggio (come ad es. il diritto di credito, connesso all'obbligazione del debitore).

3. L'interesse legittimo

L'interesse legittimo non trova una definizione normativa, ma solo menzione nella Costituzione, e si sostanzia in una posizione giuridica attiva in grado di arrecare vantaggio al suo titolare solo se e nella misura in cui la P.A. riconosca che ne tragga beneficio o non ne riceva danno anche l'interesse pubblico che essa tutela e che si interseca con detto interesse.

In particolare, qualora il privato pretenda qualcosa dall'amministrazione, sicché la soddisfazione della propria aspirazione passa attraverso il comportamento attivo dell'amministrazione stessa, si è in presenza dell'interesse c.d. pretensivo (come nel caso del privato che partecipa ad un concorso a pubblico impiego); mentre nell'ipotesi in cui il soggetto privato soddisfi la propria pretesa a condizione che l'amministrazione non eserciti il potere, si è in presenza di un interesse c.d. oppositivo (come nel caso dell'espropriazione).

In entrambe le ipotesi è evidente che il privato non ha un diritto soggettivo, in quanto la sua aspirazione al bene finale della vita non è tutelata in via assoluta dall'ordinamento, non è cioè, protetta da una norma di relazione: l'interesse privato non è un limite alla soddisfazione di quello pubblico. Piuttosto, la protezione giuridica degli interessi del privato si attua indirettamente, cioè attraverso la protezione di un altro interesse del soggetto, quello alla legittimità dell'atto amministrativo.

Il potere dunque, dev'essere esercitato dalla P.A. in vista dell'interesse pubblico secondo le modalità previste in astratto dall'ordinamento, ed è in tale accezione che va intesa la tutela del privato: nella pretesa ad un corretto e legittimo esercizio dell'attività da parte della P.A.

La pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa è, dunque, **l'interesse legittimo**.

Il titolare dell'interesse legittimo, comunque, può non limitarsi ad attendere il comportamento dell'amministrazione, ma esercitare dei poteri al fine di influenzare lo svolgimento della sua attività. Egli, infatti, ha innanzitutto un potere di reazione, il cui esercizio si concretizza nella possibilità di esperire i ricorsi amministrativi e giurisdizionali allo scopo di ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo.

Ha, inoltre, un potere di partecipazione al procedimento amministrativo, e un potere di accesso ai documenti della P.A. ; a tal proposito, si è parlato di **interesse procedimentale** come di una peculiare categoria relativa appunto a "fatti procedimentali", ma la dottrina ha obiettato che si tratterebbe, in realtà, di facoltà che attengono all'interesse legittimo. Va precisato, comunque, che l'interesse procedimentale non necessariamente coincide con l'interesse legittimo (il quale consente al soggetto di ricorrere in giudizio e quindi di avere anche una legittimazione processuale); infatti, la mera partecipazione al procedimento non necessariamente significa che le conseguenze dell'esercizio del potere amministrativo debbano sicuramente interessare direttamente il titolare dell'interesse stesso; ad es. la L. 349/86 istitutiva del ministero dell'ambiente prevede la possibilità per qualsiasi cittadino di presentare istanze, osservazioni o pareri in relazione ai procedimenti di valutazione di impatto ambientale, ma non assicura in seguito ad essi la legittimazione processuale, riconosciuta solo per le associazioni individuate dal ministero dell'ambiente; l'unica normativa che si occupa contestualmente dell'intervento dei privati e della legittimazione processuale, non prevede dunque una corrispondenza tra partecipazione e legittimazione processuale.

D'altronde l'interesse procedimentale risulta spesso sfornito di tutela effettiva, non potendosi ricorrere al giudice per la sua violazione, a differenza di quanto accade nell'ipotesi di titolarità dell'interesse legittimo.

4. Interessi diffusi e interessi collettivi

Un'altra questione concerne l'individuazione in concreto dell'interesse.

Tradizionalmente si afferma che **l'interesse legittimo** è un interesse personale, differenziato rispetto ad altri interessi e qualificato da una norma.

L'interesse è qualificato perché preso in considerazione da una norma che lo protegge, anche in modo non diretto, e in quanto tale risulta differenziato rispetto alla pluralità degli interessi che fanno capo ai consociati. La specificazione di tali caratteri è importante, rispondendo essenzialmente ad un'esigenza di indole processuale, in quanto consente di individuare con precisione il soggetto che, in quanto titolare di un interesse legittimo, è legittimato ad agire in giudizio.

Il problema della differenziazione e qualificazione degli interessi emerge, comunque, con riferimento soprattutto agli **interessi diffusi** e agli **interessi collettivi (c.d. superindividuali)**; i primi si caratterizzano per il fatto che, da un punto di vista soggettivo, appartengono ad una pluralità di soggetti, e, dal punto di vista oggettivo, attengono a beni non suscettibili di fruizione differenziata; i secondi, invece, (tipici esempi sono l'interesse ambientale, quello alla salute, quello dei consumatori) fanno capo ad un gruppo organizzato, ovvero ad una determinata categoria o gruppo sociale, dal che discende che i caratteri della personalità e differenziazione, necessari per la qualificazione degli interessi come legittimi (tutelabili davanti al giudice amministrativo) potrebbe essere rinvenuto più facilmente se si sostituisce al soggetto atomisticamente inteso, il gruppo; il problema, però, è che manca una disciplina positiva del legislatore, e quindi la giurisprudenza ha dovuto procedere per tentativi al fine di individuare criteri di trasformazione degli interessi collettivi e diffusi in interessi differenziati; tra i criteri utilizzati vi è quello del collegamento stabile e non occasionale dell'associazione che si occupa della cura di interessi superindividuali con il territorio sul quale si producono gli effetti di atti amministrativi; tale soluzione, però, ha penalizzato le organizzazioni aventi carattere nazionale.

In altri casi si è fatto riferimento alla partecipazione dell'associazione a comitati previsti dalla legge, o alla partecipazione procedimentale.

Il problema è sicuramente superato per le associazioni ambientali, in quanto, ai sensi della L. 349/86 prima menzionata, possono impugnare gli atti amministrativi, e per quelle di tutela dei consumatori, essendo stata riconosciuta la legittimazione ad agire a tutela degli interessi degli utenti a tutte quelle associazioni iscritte in un apposito elenco a livello nazionale.

La L. 241/90, comunque, sembra aver generalizzato la possibilità, per i soggetti portatori di questi interessi, di partecipare al procedimento amministrativo: e infatti l'art. 9 consente ai "portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati" di intervenire nel procedimento; è evidente, quindi, che non si può prescindere dalla presenza di associazioni e comitati, il che sembra richiamare gli interessi collettivi.

5. Il problema dell'esistenza di altre situazioni giuridiche soggettive

Abbiamo detto, in precedenza, che laddove c'è diritto non ricorre potere, ma è anche vero che, nel caso di espropriazione, il proprietario del bene subisce un potere dell'amministrazione.

Al fine di superare l'apparente antinomia è utile ricorrere al principio di "relatività" delle situazioni giuridiche soggettive: lo stesso rapporto di un soggetto con un bene può presentarsi a seconda dei casi e dei momenti e perfino a seconda del genere di protezione che il soggetto faccia valere, ora come un diritto soggettivo, ora come un interesse protetto solo in modo riflesso; di conseguenza, il diritto di proprietà si

configura come diritto in quanto (e fino al punto in cui) non venga in considerazione un potere dell'amministrazione di disporre dell'interesse del privato.

Dunque, non è possibile parlare di **degradazione** o **affievolimento del diritto**, fenomeno che, secondo un orientamento largamente diffuso in dottrina e giurisprudenza, si riferirebbe alla vicenda di un diritto il quale, venendo a configgersi con un potere, si trasformerebbe in interesse legittimo.

L'interesse legittimo, infatti, non nasce dalla trasformazione di un diritto, ma è una situazione distinta avente ad oggetto immediato beni diversi rispetto a quelli cui si riferisce il diritto soggettivo; non a caso, poi, nel caso di eliminazione – mediante annullamento – del risultato dell'esercizio del potere, la situazione si attegna nuovamente a diritto anche nei confronti dell'amministrazione.

Non sussistono, quindi, situazioni intermedie tra diritto soggettivo e interesse legittimo, per cui risulta inconsistente la figura del diritto affievolito (che ricorrerebbe nell'ipotesi in cui un diritto sorga da un provvedimento, ad es. da una concessione, sicché sarebbe destinato ad essere eliminato con la revoca dell'atto). Essa, infatti, coincide completamente con quella di interesse legittimo.

La dottrina, talvolta, parla di **diritto in attesa di espansione** per indicare la situazione in cui l'esercizio di un diritto dipenda dal comportamento dell'amministrazione, che consentirebbe, appunto, l'espansione dello stesso.

In realtà, a fronte del potere, il privato è titolare di un interesse legittimo, anche se la posizione "di partenza" si configura come diritto ove considerata indipendentemente dal potere.

Va esclusa dal novero delle situazioni giuridiche la **facoltà**, che è la possibilità di tenere un certo comportamento materiale: essa costituisce, infatti, una delle forme di estrinsecazione del diritto e non produce modificazioni giuridiche.

Controversa è, infine, l'autonomia concettuale della figura dell'**aspettativa**, ovvero della situazione in cui versa un soggetto nelle more del completamento della fattispecie costitutiva di una situazione di vantaggio (diritto, potere); essa, infatti, non essendo tutelata in via assoluta, non è un diritto, per cui, se tutelata come interesse legittimo, va qualificata come tale, se, invece, è assolutamente priva di tutela, è irrilevante per il diritto. In alcuni casi, tuttavia, l'ordinamento protegge la possibilità del soggetto privato che parta da una situazione di base che diritto non è, di conseguire un diritto: c.d. *chance*; la legge, infatti, talvolta accorda la tutela risarcitoria nelle ipotesi di lesione di questa possibilità ad opera di una P.A.

5.1 Le situazioni giuridiche protette dall'ordinamento comunitario

Le situazioni giuridiche protette dall'ordinamento comunitario in capo ai cittadini dell'Unione Europea consistono essenzialmente in poteri: sono tali, infatti, le c.d. libertà che trascendono i limiti di concreti rapporti giuridici, preesistendo alla loro costituzione.

In particolare, vengono in rilievo le disposizioni sui servizi pubblici e quelle sulla libera circolazione delle persone e dei capitali, sulla libertà di stabilimento, sulla libera prestazione dei servizi, sulla libertà di concorrenza, sulla libertà di circolazione dei beni; esse hanno avuto dei notevoli riflessi anche sul piano del nostro diritto interno.

Il principio della **libertà di circolazione** delle persone implica l'abolizione delle discriminazioni tra i lavoratori degli Stati membri fondate sulla nazionalità; una deroga è ammessa per motivi di ordine pubblico, sicurezza pubblica e sanità pubblica, e inoltre le disposizioni sulla libertà di circolazione non sono applicabili agli impieghi presso la P.A.

La **libertà di stabilimento** comporta l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese alle medesime condizioni fissate dall'ordinamento del paese di stabilimento per i propri cittadini.

Dato il carattere permanente che ha, la libertà di stabilimento si differenzia dalla **libera prestazione di servizi**, laddove per servizio si intende ogni prestazione fornita dietro remunerazione da un cittadino di uno Stato membro stabilito in uno Stato membro a favore di una persona stabilita in uno Stato diverso (ma appartenente all'U.E.), ed è tutelato in quanto non già regolato dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali, e delle persone; si tratta, quindi, di nozione residuale. Va precisato, inoltre, che anche nel settore della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento vige la riserva giustificata da motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità.

Un'ulteriore libertà garantita dal diritto comunitario è la **libertà di concorrenza**, la quale può essere lesa a seguito della presenza di poteri amministrativi che condizionano oltre una certa misura l'attività delle imprese tutte le volte in cui la stessa sia in grado di provocare effetti protezionistici, discriminazioni e limitazioni del principio di concorsualità tra le imprese.

Interessa il diritto amministrativo anche la **libertà di circolazione dei beni**: in particolare le misure amministrative che comportino indebite restrizioni delle importazioni e delle esportazioni configgono con la disciplina comunitaria.

Infine, il diritto comunitario, imponendo alcuni **obblighi di servizio pubblico** ai gestori nelle ipotesi in cui occorra soddisfare determinati criteri di continuità, regolarità e capacità cui il privato non si atterrebbe nel caso in cui seguisse solo il proprio interesse economico, consente di individuare altresì i correlativi diritti dei cittadini alle prestazioni che ne sono oggetto.

6. Le modalità di produzione degli effetti giuridici

L'ordinamento determina direttamente o consente le vicende giuridiche (costituzione, modificazione, estinzione) relative a rapporti giuridici e situazioni giuridiche soggettive secondo modalità differenti.

Le vicende possono essere prodotte dall'ordinamento al verificarsi di alcuni fatti (ad es. nascita o morte) o al compimento di alcuni atti (c.d. meri atti, come ad es. l'intimazione di pagamento) che hanno la funzione di semplici presupposti per la produzione dell'effetto.

Questa dinamica giuridica richiama lo schema **norma – fatto – effetto**, in quanto la norma disciplina direttamente il fatto e vi collega la produzione di effetti. In tali casi, quindi, non vi è la necessità di ulteriori interventi per la produzione dell'effetto, che riguarda tutti i rapporti di un certo tipo, per cui in questo senso, può dirsi che la legge abbia il carattere della generalità; carattere che invece manca quando la legge determina la produzione dell'effetto in riferimento ad un singolo rapporto (ad es. l'espropriazione di un dato

fondo determinata per legge): anche in tale ipotesi non servono, comunque, altri interventi per la produzione dell'effetto, ma siamo in presenza della c.d. legge provvedimento.

Del tutto diversa è la seconda modalità di dinamica giuridica, secondo lo schema **norma – potere – effetto**: l'ordinamento attribuisce, definendo una serie di condizioni, ad un soggetto (pubblico o privato) il potere di produrre vicende giuridiche e riconosce l'efficacia dell'atto da questo posto in essere; l'effetto, dunque, non risale immediatamente alla legge, ma vi è l'intermediazione di un soggetto che pone in essere un atto, espressione di una scelta, e cioè un negozio.

Mentre nel modello norma – fatto - effetto è evidente che l'amministrazione è priva di potere, nello schema norma – potere – effetto, l'amministrazione pone in essere atti espressione di autonomia in grado di produrre effetti riconosciuti dall'ordinamento, mediante **provvedimenti** amministrativi.

Può trattarsi della costituzione di diritti (concessioni) o di obblighi (ordini), della modificazione di preesistenti situazioni soggettive (ad es. autorizzazioni) o dell'estinzione di situazioni giuridiche (espropriazione); l'esercizio di alcuni poteri amministrativi produce invece effetti preclusivi.

L'emanazione del provvedimento finale da parte dell'amministrazione è comunque preceduto da una serie di atti ed operazioni nell'ambito di un procedimento; la Corte Cost., in ordine alla dinamica norma – potere – effetto, ha riconosciuto il principio del giusto procedimento, che richiede che per la realizzazione dell'effetto sia previamente attribuito all'amministrazione un potere il cui esercizio produce la vicenda giuridica. In tal modo è tra l'altro possibile il sindacato del giudice amministrativo sull'uso corretto di quel potere.

Un'ulteriore precisazione è che la dinamica norma – potere – effetto comporta il riconoscimento in capo al destinatario dell'esercizio del potere amministrativo di un interesse legittimo, mentre nel caso dello schema norma – fatto – effetto la legge accorda direttamente un diritto soggettivo in quanto non prevede alcuna intermediazione provvedimentoale tra l'aspirazione del privato e la sua soddisfazione.

7. I poteri amministrativi: i poteri autorizzatori

I principali poteri amministrativi, i cui elementi sono trasfusi nei provvedimenti finali che ne costituiscono esercizio e di cui la legge definisce i “tipi”, sono: poteri autorizzatori, poteri concessori, poteri ablatori, poteri sanzionatori, poteri di ordinanza, poteri di programmazione e di pianificazione, poteri di imposizione di vincoli e poteri di controllo.

Il **potere autorizzatorio** ha l'effetto di rimuovere i limiti posti dalla legge all'esercizio di una preesistente situazione di vantaggio, previa verifica della compatibilità di tale esercizio con un interesse pubblico.

L'uso del potere, a fronte del quale il destinatario si presenta come titolare di interessi legittimi pretesivi, produce quindi l'effetto giuridico di modificare una situazione soggettiva preesistente, consentendone l'esplicazione (se potere) o l'esercizio (se diritto) in una direzione in precedenza preclusa, ma non di costituire nuovi diritti.

Attraverso l'esercizio del potere autorizzatorio, l'amministrazione esprime il proprio consenso preventivo all'attività progettata dal richiedente, che è l'unico titolare dell'iniziativa. L'autorizzazione, dunque, può essere definita come quel provvedimento mediante il quale la P.A. , nell'esercizio di un'attività discrezionale in funzione preventiva (e su istanza dell'interessato) provvede alla rimozione di un limite legale posto

all'esercizio di un'attività inerente ad un diritto soggettivo che deve necessariamente preesistere in capo al destinatario.

Partendo da questo presupposto, e cioè che il diritto preesiste all'autorizzazione, è possibile tracciare una prima differenza tra autorizzazione e concessione: infatti l'effetto di consentire l'esplicazione o l'esercizio della situazione preesistente è altra cosa rispetto all'attribuzione ex novo della situazione, né tanto meno si può negare la preesistenza del diritto asserendo che a fronte del potere autorizzatorio il privato è titolare di un mero interesse legittimo; come in precedenza osservato, è sufficiente ricorrere al concetto di relatività delle situazioni giuridiche per comprendere che il diritto si configura come interesse legittimo solo nei limiti entro i quali si rapporta al potere, mentre indipendentemente da esso è diritto in senso proprio e liberamente esercitabile.

L'ordinamento oggi prevede un esempio di autorizzazione plurima per così dire riepilogativa di una serie di atti di consenso: ove il procedimento delle sportello unico delle attività produttive si concluda con provvedimento espresso costituente titolo unico per la realizzazione dell'intervento, esso riassume i vari atti di assenso richiesti dalla legge; nell'ordinamento è pure presente l'autorizzazione integrata ambientale, la quale sostituisce a tutti gli effetti ogni visto, parere o autorizzazione in materia ambientale.

Dal ceppo dell'autorizzazione sono state poi enucleate altre figure quali l'abilitazione, il nullaosta, la dispensa, l'approvazione e la licenza.

Le **abilitazioni** sono atti il cui rilascio è subordinato all'accertamento dell'idoneità tecnica dei soggetti a svolgere una certa attività, e può essere collegata, ad es., al superamento di un esame e all'iscrizione ad un albo; per questo le abilitazioni vanno ricondotte allo schema norma – fatto – effetto, senza riconoscere la presenza di un potere provvedimentale.

Considerazioni analoghe possono essere fatte con riferimento all'**omologazione**, rilasciata dall'autorità a seguito dell'accertamento della sussistenza in una cosa di tutte le caratteristiche fissate dall'ordinamento ai fini della tutela preventiva (prodotti pericolosi) o per esigenze di uniformità dei modelli.

Il **nullaosta** è un atto endoprocedimentale necessario, emanato da un'amministrazione diversa da quella procedente, con cui si dichiara che, in relazione ad un particolare interesse, non sussistono ostacoli all'adozione del provvedimento finale; va precisato che l'assenso della P.A. non riguarda il provvedimento nel suo complesso, ma la sua compatibilità con l'interesse da essa curato, per cui il nullaosta riguarda esclusivamente i rapporti tra diverse amministrazioni (anche se talvolta il termine è utilizzato con riferimento a provvedimenti autorizzatori direttamente rivolti a privati). Il diniego del nullaosta, prima che venisse emanata la disciplina sulla conferenza di servizi, costituiva impedimento alla conclusione del procedimento, in ogni caso è comunque necessario fare delle differenze: laddove si sia in presenza di un mero interesse secondario l'amministrazione può rappresentarlo nel procedimento, ma non può porre veti al soggetto procedente; se invece l'interesse curato dall'amministrazione diversa da quella procedente sia ritenuto dall'ordinamento di tale rilevanza da non poter essere pregiudicato, si ha il nullaosta, rilasciato dopo la verifica della compatibilità dell'altrui attività amministrativa con il proprio interesse.

La **dispensa** è il provvedimento con cui l'ordinamento, pur vietando o imponendo in generale un determinato comportamento, prevede che l'amministrazione possa consentire in alcuni casi una deroga

all'osservanza del relativo obbligo o divieto; se la deroga ad un divieto generale avvenga in base allo schema norma – fatto – effetto si parla di **esenzione**.

L'**approvazione** è il provvedimento permissivo avente ad oggetto non un comportamento, ma un atto rilasciato a seguito di una valutazione di opportunità e convenienza dell'atto stesso. Dunque, opera come condizione di efficacia dell'atto ed è successiva; nell'ambito dei procedimenti di controllo si impiega talvolta la figura dell'**approvazione condizionata**, che in realtà significa annullamento con indicazione dei correttivi necessari per conseguire l'approvazione.

La **licenza**, figura che oggi la legge tende a sostituire con l'autorizzazione, era definita, secondo parte della dottrina, come il provvedimento che permette lo svolgimento di un'attività previa valutazione della sua corrispondenza ad interessi pubblici, ovvero della sua convenienza in settori non rientranti nella sfera dell'amministrazione ma sui quali essa sovrintende (ad es. licenza commerciale).

Tutti i provvedimenti analizzati, ad esclusione della dispensa, vanno ricondotti nell'ambito del potere autorizzatorio, e infatti la L. 241/90 usa la nozione di "atti di consenso" per indicare tali atti nel loro complesso, prevedendo che gli stessi possano essere sostituiti dai meccanismi della denuncia di inizio attività ovvero risultino assoggettati alla disciplina del silenzio assenso.

8. I poteri concessori

Tra i poteri il cui esercizio determina effetti favorevoli per i privati, talora accompagnati dall'imposizione di doveri, accanto a quelli autorizzatori rilevano i poteri concessori.

L'esercizio di tali poteri, a fronte dei quali il destinatario si presenta come titolare di **interessi legittimi pretensivi**, produce l'effetto di attribuire al destinatario medesimo status e situazioni giuridiche (diritti) che esulavano dalla sua sfera giuridica in quanto egli precedentemente non ne era titolare.

A differenza di ciò che accade nell'autorizzazione, l'ordinamento non attribuisce originariamente al privato la titolarità della situazione giuridica, ma conferisce all'amministrazione il potere di costituirle o trasferirle in capo al privato stesso; si tratta dunque di poteri accrescitivi e che attengono a beni limitati, il che spesso rende necessaria la scelta tra più soggetti (esempi sono la concessione di uso di beni, di costruzione, di gestione di opere pubbliche).

Frequentemente, nel caso di concessioni di beni e pubblici servizi, è possibile rinvenire, accanto al provvedimento di concessione, anche una convenzione bilaterale di diritto privato che, insieme alla concessione medesima, dà luogo alla figura della **concessione contratto**, finalizzata a dare un assetto ai rapporti patrimoniali tra concessionario e concedente; i due atti sono strettamente legati, nel senso che l'annullamento della concessione travolge il contratto.

La concessione è detta **traslativa** quando il diritto preesiste in capo all'amministrazione, sicché esso è trasmesso al privato, mentre è **costitutiva** nei casi in cui il diritto attribuito è totalmente nuovo, cioè l'amministrazione non ne aveva la titolarità (ad es. la concessione di cittadinanza o onorificenze).

La vicenda concessoria non presenta particolari problemi se attiene a beni pubblici: in questi casi, infatti, al privato, in assenza di concessione, è precluso lo sfruttamento delle *utilitates* connesse al bene; maggiori questioni si profilano, invece, in ordine alle concessioni di opere pubbliche e di pubblici servizi.

Per quel che riguarda la **concessione di opere pubbliche** la legislazione, sulla scorta di quella comunitaria, mira ad equipararle all'appalto o comunque a limitare la discrezionalità di cui gode l'amministrazione chiamata a rilasciarle, al fine di evitare che, impiegando lo strumento concessorio - tradizionalmente caratterizzato dalla possibilità di scegliere discrezionalmente il privato chiamato a sostituirsi all'amministrazione in situazioni in ordine alle quali il soggetto pubblico non disponga di adeguata organizzazione - l'amministrazione possa svincolarsi dalle regole poste a tutela della concorrenza; non a caso la recente legislazione definisce tali concessioni come contratti.

La natura contrattuale delle concessioni era già stata affermata, in passato, da una parte della dottrina anche in ordine alla **concessione di servizi pubblici**, ricorrente quando l'ordinamento intenda garantire ai privati alcune prestazioni ed attività e consenta all'amministrazione di affidarne lo svolgimento a soggetti privati appunto mediante un provvedimento concessorio; il problema è stato comunque ridimensionato, dato che tale tipo di concessione è stato eliminato in relazione ai servizi pubblici locali a carattere industriale.

Nel paragrafo precedente si è sottolineata la differenza tra autorizzazione e concessione, consistente nel fatto che l'autorizzazione non ha effetto costitutivo di diritti; non tutta la dottrina, però, è concorde con questa opinione, il che ha messo in crisi la figura della concessione, così come, soprattutto in relazione alla concessione di servizi, un contributo in tal senso è stato dato anche dal fatto che non sempre essa attiene ad attività riservate all'amministrazione: in questo contesto, posto che comunque i privati potrebbero svolgere quell'attività in assenza di concessione, riesce più difficile individuare un conseguente effetto accrescitivo; in tali casi le differenze con l'autorizzazione sembrerebbero sfumare, atteso che in entrambe le ipotesi a seguito del provvedimento amministrativo il privato è chiamato a svolgere un'attività non riservata all'amministrazione, pur se in varia misura subordinata all'interesse pubblico. In ogni caso, solo a monte della concessione di servizi sussiste l'assunzione di garanzia del risultato e cioè l'assunzione del dovere di garantire il servizio pubblico, sicché la concessione trasferisce al privato questo dovere, che non sussiste nei casi di autorizzazione.

In relazione ai servizi pubblici gestiti dalla P.A. e rivolti ai singoli utenti che ne facciano richiesta, la dottrina aveva individuato la figura dell'**ammissione** quale atto che attribuisce il diritto al singolo della prestazione e quindi al godimento del servizio tale atto instaurerebbe dunque un rapporto di natura amministrativa tra ente e utente.

Nel novero dei provvedimenti concessori rientrano pure le **sovvenzioni**, caratterizzate dal fatto che attribuiscono al destinatario vantaggi economici; la categoria è disciplinata dalla L. 241/90, art. 12, che si riferisce a "sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari" nonché all'"attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati".

9. I poteri ablatori

Tali poteri incidono negativamente sulla sfera giuridica dei destinatari, in quanto impongono obblighi (privando il soggetto della libertà di scegliere se agire), ovvero sottraggono situazioni favorevoli in precedenza pertinenti al privato, attribuendole di norma, ma non necessariamente all'amministrazione. (ablatori reali).

A fronte dell'esercizio di tali poteri il destinatario si presenta come titolare di interessi legittimi oppositivi.

L'effetto ablatorio può incidere su diritti reali, diritti personali o su obblighi a rilevanza patrimoniale. (es. espropriazione , occupazione, requisizione, ordini ecc.).

L'espropriazione è il provvedimento che ha l'effetto di costituire un diritto di proprietà o altro diritto reale in capo ad un soggetto(espropriante) previa estinzione del diritto in capo ad altro soggetto (espropriato) al fine di consentire la realizzazione di un'opera pubblica o per altri motivi di pubblico interesse e dietro versamento di un indennizzo ai sensi dell'art. 42, 3 comma Cost.

La disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità è contenuta nel testo unico D.P.R. 327/01 modificato dal d.lgs. 302/02.

L'esercizio del potere di esproprio concernente i beni sottoposti a vincolo quinquennale ai fini dell'esproprio in conseguenza dell'approvazione di un piano urbanistico generale, si articola nella previa dichiarazione di pubblica utilità delle opere e nella successiva espropriazione. Esso è disciplinato dal T.U. sulle espropriazioni per pubblica utilità.

La legge prevede anche la possibilità di procedere all'occupazione temporanea di alcuni beni.

L'art. 49 T.U. disciplina tale occupazione che può essere disposta quando ciò sia necessario per la corretta esecuzione dei lavori prevedendo la relativa indennità.

L'ipotesi più rilevante era costituito in passato dall'occupazione d'urgenza e riguardava il possesso delle cose destinate all'espropriazione allorché la realizzazione dell'opera per la quale si procedeva all'espropriazione fosse dichiarata indifferibile e urgente , ed era accompagnata dall'obbligo di pagare un'indennizzo.

Talora , pur in presenza di un'opera già realizzata durante la pendenza del procedimento di occupazione temporanea, la p.a. non riusciva a concludere nei termini il procedimento espropriativi. Secondo la cass. , sempre che si fosse realizzata l'irreversibile trasformazione dell'immobile, si produceva comunque l'acquisto della proprietà di esso a favore della p.a peraltro tenuta a risarcire il danno onde al privato era preclusa la possibilità di ottenere la restituzione del bene.(occupazione acquisitiva o accessione invertita).

Tale indirizzo pare confermato dal T.U. che ha disciplinato l'istituto della "occupazione anticipata". Per l'adunanza plen. del Consiglio di Stato con sent. 2/05,

la P.A. deve restituire il bene espropriato a seguito di occupazione acquisitiva , allorché l'area abbia subito una irreversibile trasformazione.

Le **requisizioni** sono provvedimenti mediante i quali l'amm.ne dispone della proprietà o comunque utilizza un bene di un privato per soddisfare un interesse pubblico. Es. requisizioni in proprietà per le cose mobili , r. in uso che ha come presupposto l'urgente necessità e riguarda beni mobili e immobili e comporta la possibilità di poter utilizzare il bene.

La confisca è un provvedimento ablatorio a carattere non già espropriativi bensì sanzionatorio ed è la misura conseguente alla commissione di un illecito amministrativo. Es. confisca dell'immobile realizzato abusivamente.

Il sequestro è il provvedimento ablatorio di natura cautelare : esso mira in genere a salvaguardare la collettività dai rischi derivanti dalla pericolosità del bene. Es. sequestro di sostanze alimentari o di medicinali avariati.

Alcuni provvedimenti ablatori incidono non già sui diritti reali bensì sulla complessa sfera giuridica del privato privandolo di un diritto o di una facoltà.

Gli ordini hanno un particolare effetto di imporre un comportamento al destinatario. Essi si distinguono in comandi(ordini di fare), divieti(ordini di non fare), nonché in generali e particolari.

Esistono poi poteri ablatori caratterizzati dal fatto che impongono obblighi a rilevanza patrimoniale ed hanno come effetto la costituzione autoritativa di rapporti obbligatori : es. i provvedimenti prezzi.

10. I poteri sanzionatori

Per sanzione in generale si intende la conseguenza sfavorevole di un illecito applicata coattivamente dallo Stato o da un altro ente pubblico, mentre per illecito si intende la violazione di un precetto compiuta da un soggetto.

La sanzione costituisce dunque la misura retributiva nei confronti del trasgressore , o del responsabile . si crea un rapporto diretto tra questo e la sanzione , nel senso che la sanzione incide su di lui in modo immediato , e dunque ha natura e funzione eminentemente affittiva.

La sanzione ha carattere meramente affittivo, è la conseguenza di un comportamento antiggiuridico , si distinguono in civili, penali ed amministrative.

Queste ultime si possono individuare in modo residuale, quali misure affittive non penali né civili.

Si può definire sanzione amministrativa la misura affittiva non consistente in una pena criminale o in una sanzione civile, irrogata nell'esercizio di potestà amministrative come conseguenza di un comportamento assunto da un soggetto in violazione di una norma o di un provvedimento amministrativo o irrogata al responsabile cui l'illecito sia imputato.

Nella l. 689/91 sono contenuti i principi di tipo garantistico modellati su quelli penalistici.

La sanzione amministrativa è dunque espressione del potere normativo. I principi di tipicità e nominatività dei poteri e dei provvedimenti trovano corrispondenza nella tassatività delle misure sanzionatorie che l'elaborazione in materie di pene amministrative ha potuto mutuare dall'esperienza penalistica.

Il procedimento prende avvio dall'accertamento e contestazione della violazione e si conclude con l'irrogazione della sanzione . i provvedimenti sanzionatori sono recettizi. Anche soggetti esterni all'organizzazione amministrativa hanno il potere di irrogare sanzioni.

Una distinzione essenziale che va tracciata è quella tra le c.d. sanzioni ripristinatorie, che colpiscono la res e mirano ad reintegrare l'interesse pubblico leso, e sanzioni affittive le quali si rivolgono direttamente all'autore dell'illecito, le quali hanno la finalità di punire il colpevole. A sua volta queste ultime si distinguono in sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive: queste ultime incidono sull'attività del soggetto colpito.

La legge contempla poi un peculiare gruppo di sanzioni amministrative, le sanzioni accessorie: ad es. l'art. 20, l. 689/1981 prevede alcune misure interdittive, originariamente penali, consistenti nella privazione o nella sospensione di facoltà o diritti relativi derivanti da provvedimenti della p.a.

Sotto il profilo della tutela, la giurisprudenza ha generalmente adottato il principio secondo il quale sussisterebbe la giurisdizione ordinaria con riferimento alle misure afflittive, laddove le controversie relative alle misure ripristinatorie sarebbero devolute alla giurisdizione amministrativa.

La violazione del precetto, presupposto la cui sussistenza apre la via all'emanazione del provvedimento sanzionatorio, dà luogo all'illecito amministrativo, per il quale la l. 689/81 prevede una riserva di legge.

L'integrazione dell'illecito costituisce il presupposto per l'adozione della sanzione, prevista dalla legge. Per quanto riguarda l'aspetto psicologico si richiede la colpa e il dolo.

11. I poteri di ordinanza, i poteri di programmazione e di pianificazione, i poteri di imposizione dei vincoli, i poteri di controllo

Il potere di ordinanza, esercitabile nelle situazioni di necessità e urgenza, è caratterizzato dal fatto che la legge non predetermina in modo compiuto il contenuto dalla statuizione in cui il potere può concretarsi, oppure ancora consente all'amministrazione stessa di esercitare un potere tipico in presenza di situazioni diverse da quelle previste in via ordinaria o seguendo procedure differenti.

Il potere di ordinanza, il cui esercizio dà luogo alla emanazione delle **ordinanze di necessità e urgenza**, pare dunque non rispettare il principio di tipicità dei poteri amministrativi che impone la previa individuazione degli elementi essenziali dei poteri a garanzia dei destinatari degli stessi. Le ordinanze in esame sono previste proprio per far fronte a situazioni che non possono essere risolte rispettando il normale ordine delle competenze e i normali poteri.

Tra gli esempi più rilevanti ricordiamo le ordinanze contingibili ed urgenti del sindaco, le ordinanze dell'autorità di pubblica sicurezza, e quelle che possono essere emanate nelle situazioni di emergenze sanitarie o di igiene pubblica.

Le ordinanze ora esaminate vanno distinte dai provvedimenti d'urgenza, atti tipici e nominati suscettibili di essere emanati sul presupposto dell'urgenza, ma che, tuttavia, sono di contenuto predeterminato dal legislatore.

Il termine ordinanza è impiegato per indicare gli ordini.

Poteri di pianificazione e programmazione: la programmazione indica il complesso degli atti mediante i quali l'amministrazione individua le misure coordinate, per intervenire in un dato settore.

Di solito i piani hanno natura normativa e/o di atti a contenuto generale, sicché non costituiscono esercizio di poteri aventi un'autonoma fisionomia.

La legge caratterizza i procedimenti di programmazione e di pianificazione sotto il profilo procedimentale agli artt. 13, e 24, l. 241/90, non si applica la normativa sulla partecipazione e sul diritto di accesso.

Al fine di conservare alcuni beni immobili che presentano peculiari caratteristiche storiche, ambientali, urbanistiche la legge attribuisce all'amministrazione il potere di sottoporre gli stessi a vincolo amministrativo. Il vincolo è imposto mediante piano. A seguito di tale vincolo, talora accompagnato dalla

individuazione di una serie di interventi pubblicitici finalizzati al mantenimento di peculiari caratteristiche degli immobili, si produce una riduzione delle facoltà spettanti ai proprietari : in genere si tratta dell'imposizione degli obblighi di fare o di non fare.

Il vincolo può essere assoluto se impedisce di utilizzare il bene ,o relativo.

Taluni vincoli comportano una incisione a titolo particolare sui caratteri fondamentali del bene, così come risultano dal regime posto dall'ordinamento per quella categoria di beni: paradigmatico è l'esempio dei vincoli urbanistici a tempo indeterminato di inedificabilità assoluta o preordinati all'espropriazione che, in ragione della loro indole sostanzialmente ablatoria, svuotando cioè la proprietà del suo contenuto essenziale, debbono essere indennizzati.

12. I poteri strumentali e i poteri dichiarazioni. Le dichiarazioni sostitutive

L'amministrazione , in occasione dell'esercizio del potere, pone in essere atti puntuali e concreti strumentali ad altri poteri (pareri, proposte, atti di controllo, accertamenti detti atti dichiarativi che non modificano la situazione giuridica preesistente)

L'efficacia dichiarativa incide su una situazione giuridica preesistente rafforzandola, specificandone il contenuto, (es. iscrizione negli albi professionali).

Taluni atti dichiarativi hanno invece la funzione di attribuire certezza legale ad un dato, precludendo ai consociati di assumere che il dato sia diverso da come è raffigurato nell'atto. Questi atti, detti di **certazione** dunque producono certezze che valgono erga omnes. Essi sono tipici e nominati e corrispondono ad un'importante funzione pubblica, quella di produrre certezza, dell'amministrazione nella moderna società. Le conoscenze acquisite dall'amministrazione sono spesso conservate e ordinate in appositi registri, albi,liste, elenchi ecc.

Gli atti che riproducono tali certezze sono i **certificati**, documenti tipici rilasciati dall'amministrazione aventi funzione di ricognizione, riproduzione a terzi di stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri pubblici o comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche(art. 1 D.P.R. 445/00 T.U. documentazione amministrativa , modificato dal d.p.r. 137703 e dal d.lgs. 82/05 codice dell'amministrazione digitale ; **certificazioni** : sono le dichiarazioni di scienza esternate mediante certificato. Il certificato ha i caratteri di un atto pubblico , essendo rilasciato da un p.u. autorizzato a darvi pubblica fede , e fa piena prova, fino a querela di falso, tanto in sede amministrativa che giurisdizionale , di ciò che in esso è dichiarato e della provenienza.(diversi sono gli **attestati**, atti amministrativi tipici, a differenza dei certificati, non mettono in circolazione una certezza creata da un atto di certazione .

Negli ultimi anni si è fatta sempre più pressante la duplice esigenza di alleggerire il carico di lavoro dei p.u. e di consentire al privato di poter privare, nei suoi rapporti con la p.a., determinati fatti, stati e qualità a prescindere dalla esibizione dei relativi certificati. Il d.p.r. 445/00 ha introdotto l'istituto giuridico della **dichiarazione sostitutiva** che è un atto del privato capace di sostituire una certificazione pubblica , nei soli casi stabiliti dalla legge, producendone lo stesso effetto giuridico.

Le dichiarazioni sostitutive, a differenza dei certificati, non provengono da un ente pubblico, e sono destinate a confluire soltanto in un singolo rapporto tra cittadino e amministrazione. La mancata accettazione della d.s. costituisce violazione dei doveri d'ufficio. Vi sono due tipi di dichiarazione sostitutive:

- 1) **d.s. di certificazione** (art. 1 d.p.r. 445/00) : è il documento sottoscritto dall'interessato in sostituzione dei certificati (nascita, residenza cittadinanza, titoli di studio); in luogo della d.s. il privato può produrre il certificato o la copia autentica .
- 2) **d.s. dell'atto di notorietà**: atto con cui il privato comprova, nel proprio interesse e a titolo definitivo, tutti gli stati, fatti e qualità personali non compresi nei pubblici registri, albi ed elenchi, nonché stati, qualità personali relativi ad altri soggetti , oppure la dichiarazione può riguardare anche il fatto che la copia di un atto sia conforme all'originale.(in questo caso è necessaria solo la firma del privato non richiedendosi la autenticazione).

Ai sensi dell'art. 57, d.lgs. 82/05 le p.a. provvedono a definire e a rendere disponibili anche per via telematica l'elenco della documentazione richiesta per i singoli procedimenti, i moduli e i formulari validi ad ogni effetto di legge.

Il controllo sulle dichiarazioni sostitutive da parte della pa avviene anche a campione o in tutti i casi in cui sorgano dubbi sulla loro veridicità e viene effettuato o controllando gli archivi dell'amministrazione certificante, ovvero richiedendo alla medesima conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei registri. La recente normativa ha previsto che le d.s. possono essere utilizzate anche nei rapporti tra privati che vi consentano: in tal caso la p.a. competente per il rilascio della relativa certificazione, previa definizione di appositi accordi, è tenuta a fornire, su richiesta del privato corredata dal consenso del dichiarante , conferma scritta della corrispondenza di quanto dichiarato con le risultanze dei dati custoditi.

13. I poteri relativi ad atti amministrativi generali

L'amministrazione può determinare effetti giuridici in relazione a tutti i rapporti che abbiano le medesime caratteristiche, e i relativi atti amministrativi saranno generali in quanto in grado di produrre effetti nei confronti di una generalità di soggetti , titolari di quei rapporti (e si differenziano dagli atti plurimi che sono rivolti ad una pluralità di destinatari definibili a priori), pur se risultano privi di forza precettiva.

Tali atti sono collegabili allo schema della norma-potere- effetto: la legge non produce direttamente l'effetto in quanto attribuisce il relativo potere all'amministrazione. Essi non sono caratterizzati dall'astrattezza, in quanto la produzione dell'effetto non necessita di un ulteriore esercizio dei poteri da parte di un altro o medesimo soggetto pubblico. La riconduzione di un atto nella categoria degli atti amministrativi generali, riveste una certa importanza giacchè essi sono sottratti alla disciplina della partecipazione procedimentale e del diritto d'accesso , inoltre l'atto amministrativo generale non necessitano di motivazione.

La circostanza che gli atti amministrativi generali costituiscano esercizio di un potere amministrativo consente di giustificare la loro derogabilità per il caso singolo da parte dell'amministrazione , fatto salvo l'obbligo di motivazione : la deroga è infatti esercizio del medesimo potere che si è concretizzato nell'atto generale.

14. Il decorso del tempo: prescrizione e decadenza

Il mancato esercizio del potere amministrativo in un singolo caso e in un singolo rapporto può determinare la decadenza limitatamente al caso o al rapporto considerato, ma non impedisce che lo stesso potere possa essere esercitato in altri casi o in altri rapporti.

Es. decorso del termine di 60 gg. per impugnare l'atto amministrativo davanti al tar.

Il diritto soggettivo è invece soggetto a prescrizione, ove non esercitato per un certo periodo di tempo. Es. il diritto di percepire lo stipendio si prescrive in 5 anni.

Tra gli atti che producono vicende estintive di diritti si annovera la rinuncia, negozio avente più propriamente effetto abdicativo cui può seguire un effetto traslativo o estintivo.

Il potere, intrasmissibile e imprescrittibile, non può essere oggetto di un atto di rinuncia. Sono invece rinunciabili i diritti soggettivi salvo che il legislatore non imponga un divieto a tutela dell'interesse del titolare.

Non si può rinunciare all'interesse legittimo che segue il potere e il suo esercizio.

15. L'esercizio del potere : norme d'azione, discrezionalità e merito

L'amministrazione agisce in vista del perseguimento dell'interesse pubblico che costituisce la ragione dell'attribuzione del potere.

Talora l'amministrazione stessa fissa in anticipo alcuni criteri cui si atterrà nell'esercizio in concreto del potere. (attività discrezionale)

Molto più spesso le modalità d'azione sono individuate in via generale ed astratta dalle norme giuridiche (c.d. attività vincolata)

Le norme che disciplinano l'azione amministrativa sono dette di azione, che si distinguono dalle norme di relazione che risolvono conflitti intersoggettivi sul piano dell'ordinamento generale.

La discrezionalità amministrativa è dunque lo spazio di scelta che residua in capo alla p.a. allorché la normativa di azione non predetermini in modo completo tutti i comportamenti dell'amministrazione.

Questo tipo di discrezionalità c.d. pura va distinta dalla c.d. discrezionalità tecnica che è la possibilità di scelta che spetta all'amministrazione allorché sia chiamata a qualificare fatti suscettibili di varia valutazione, e si riduce in un'attività di giudizio a contenuto scientifico.

Molto spesso tra i presupposti fissati dalla legge per l'esercizio del potere amministrativo vi sono fatti (complessi) che non possono essere giudicati semplicemente come esistenti o inesistenti e che dunque non sono suscettibili di un mero accertamento che non lasci spazio a valutazioni. (in tali casi la valutazione operata dalla p.a. non viene effettuata alla luce dell'interesse pubblico, bensì in base a parametri tecnici) e non implica una manifestazione di volontà, ma soltanto di giudizio (discrezionalità tecnica).

La scelta discrezionale c.d. pura può attenersi a vari profili dell'azione amministrativa, quali il contenuto del provvedimento, la stessa decisione relativa al "se" ed al quando rilasciarlo, oppure a più profili congiunti e deve essere effettuata alla stregua dell'interesse pubblico che informa l'azione amministrativa, recando il minor pregiudizio agli altri interessi coinvolti.

Quando sussistono d. pura e d. tecnica si parla di d. mista.

La scelta deve risultare logica e congrua tenendo conto dell'interesse pubblico perseguito, degli interessi secondari coinvolti e della misura del sacrificio ad essi arrecato.

L'essenza della discrezionalità risiede nella comparazione comparativa dei vari interessi coinvolti secondari in ordine all'interesse pubblico al fine di assumere la determinazione concreta .

L'insieme delle soluzioni ipotizzabili come compatibili con il principio di congruità in un caso determinato definisce il merito amministrativo , normalmente sottratto al sindacato del giudice amministrativo ed attribuito alla scelta esclusiva dell'amministrazione, la quale, tra la pluralità di scelte così individuate, preferirà quella ritenuta più opportuna.

Il merito è la sfera di attività riservata all'amministrazione.

16.17.18 .Le Fonti del diritto amministrativo

L'individuazione delle fonti dipende dalla stessa nozione del diritto amministrativo. Solo una parte delle fonti che disciplinano l'attività e l'organizzazione dell'amministrazione può identificarsi con le fonti che attribuiscono e riconoscono gli enti pubblici e le loro situazioni giuridiche (norme di relazione). Il diritto amministrativo in realtà disciplina una materia riguardante le modalità d'azione e di organizzazione amministrativa(norme di azione).

Le norme di relazione proteggono in particolare diritti soggettivi, pertanto alla violazione di una norma di relazione consegue la lesione di un diritto soggettivo con conseguente giurisdizione in capo al g.o.

Sul piano sostanziale ove l'amministrazione agisca in violazione di una norma di relazione , essa pone in essere un comportamento che non è espressione di un potere.

L'atto amministrativo emanato in assenza di potere è dunque nullo, non produttivo di effetti, ed è di norma sindacabile dal giudice ordinario, in quanto l'atto è stato emanato in una situazione di carenza di potere.

Diverse dalle norme che attribuiscono, riconoscono e definiscono i soggetti dell'ordinamento e le situazioni giuridiche, vi sono quelle che disciplinano le modalità di esercizio dei poteri amministrativi, c.d. norme di azione.

Poiché l'azione amministrativa è legittimamente svolta quando sia posta in essere nel rispetto di queste, e poiché l'interesse legittimo è la pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, l'interesse legittimo è anche la pretesa all'osservanza delle norme d'azione.

Pertanto l'azione amministrativa che non rispetti le norme di relazione è illegittima , e la giurisdizione del giudice amministrativo si individua in base al canone del cattivo esercizio del potere amministrativo. Il giudice che accerti la violazione delle norme di azione dovrà eliminare sia l'atto, sia i suoi effetti, emanando una decisione di annullamento. Il regime dell'atto posto in essere in violazione di norme d'azione è quindi l'annullabilità.

Si consideri che l'atto illegittimo può essere annullato in via di autotutela anche dalla stessa amministrazione , la quale ha anche il potere di convalidarlo.

Il riconoscimento dei soggetti dell'ordinamento e la soluzione dei conflitti che li riguardano avviene da parte della Costituzione, dalla legge e dagli atti aventi forza di legge.

Tra le fonti del diritto si annoverano i trattati comunitari e le fonti di provenienza comunitaria, che agiscono come strumenti di armonizzazione del diritto amministrativo dei vari paesi membri.

I **regolamenti comunitari**, sono atti di portata generale, obbligatori e direttamente applicabili nei rapporti verticali tra pubblici poteri e cittadini, mentre le **direttive comunitarie**, sono vincolanti per lo Stato membro in ordine al risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi per conseguire quel risultato.

In entrambi i casi, organi comunitari, non facenti parte dell'ord. dello Stato italiano, producono norme in esso direttamente applicabili.

Secondo la Corte Costituzionale il regolamento comunitario deve essere applicato dal giudice interno anche disapplicando la legge nazionale incompatibile, sicché la norma regolamentare comunitaria finisce per costituire parametro di legittimità dell'atto amministrativo.

L'applicazione della norma comunitaria e la disapplicazione di quella nazionale è dunque il meccanismo processuale mediante il quale si esprime la prevalenza della normativa comunitaria.

Il potere-dovere di disapplicazione riguarda anche il giudice amministrativo, il quale è chiamato più spesso ad esercitarlo, attese le dimensioni della produzione normativa comunitaria e la pervasività della stessa. (anche nell'ipotesi di violazione delle direttive che contengano norme precise e incondizionate c.d. self-executing, ancorché lo Stato non le abbia recepite)

Si è così individuata la categoria delle direttive immediatamente applicabili dalle nostre amministrazioni (la cui efficacia è però solo verticale, nel senso che si produce unicamente nei confronti dello Stato, mentre i cittadini non possono far valere nei rapporti con altri cittadini). Le altre direttive sono vincolanti a seguito della loro attuazione nel nostro ordinamento.

Il dovere di disapplicare la normativa italiana configgente con quella comunitaria è stato riconosciuto altresì in capo alla pubblica amministrazione e all'autorità antitrust.

Laddove le fonti sopraesaminate non attribuiscano poteri e diritti esse debbano essere ascritte alla categoria delle norme di azione.

Pertanto il regime dell'atto amministrativo conforme ad una fonte interna disapplicabile perché in contrasto con la disciplina comunitaria sarà di nullità se la norma interna è attributiva del potere, mentre sarà di mera annullabilità nelle ipotesi in cui la norma nazionale sia una semplice norma di azione.

La giurisprudenza comunitaria si è altresì occupata del regime del provvedimento puntuale e concreto contrastante con disposizioni comunitarie direttamente applicabili statuendo che esso deve essere disapplicato dal giudice, ancorché divenuto inoppugnabile.

La giurisprudenza nazionale ritiene che l'atto che contrasti con direttive comunitarie non ancora attuate sia viziato per eccesso di potere.

20.21. Le fonti soggettivamente amministrative: i regolamenti

I regolamenti sono atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi, in quanto contengono disposizioni generali ed astratte in grado di innovare l'ordinamento giuridico.

Sono emanati dallo Stato, dalla regione e dagli enti pubblici titolari del potere normativo. Esercitando tale potere normativo, in tal modo, l'amministrazione può dettare parte della disciplina che essa stessa dovrà applicare nell'esercizio dei propri poteri amministrativi.

I procedimenti relativi alla loro emanazione si sottraggono alle regole della l. 241/90 e all'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della medesima legge.

L'attività normativa dell'amministrazione è soggetta non solo al principio di preferenza della legge, ma anche a quello di legalità, il quale, secondo la accezione di conformità formale, impone che ogni manifestazione di attività normativa trovi il proprio fondamento in una legge generale, che indichi l'organo competente e le materie in ordine alle quali esso può esercitarla.

Le fonti secondarie sono previste dalla legge.

Ardua si presenta la distinzione tra i regolamenti amministrativi (atti normativi), caratterizzati dall'astrattezza, e sottoposti ad un particolare iter per la loro emanazione e gli atti amministrativi generali.

Gli atti amministrativi generali e gli atti normativi presentano le seguenti differenze:

- solo gli atti normativi sono astratti, intendendo per astrattezza il carattere derivante dalla necessità di un ulteriore esercizio di poteri ai fini della produzione dell'effetto;
- solo gli atti normativi sono espressione di un potere diverso da quello amministrativo, nel senso che, ponendo norme di azione, essi non costituiscono esercizio di azione dell'amministrazione, ma ne disciplinano il futuro svolgimento.

Sotto il profilo del soggetto e dell'organo da cui provengono, i regolamenti si distinguono in regolamenti governativi, ministeriali e regolamenti degli enti pubblici.

La disciplina dei regolamenti governativi è oggi fissata dalla l. 400/88, mentre in passato erano disciplinati dalla l. 100/1926.

Per la loro emanazione la legge richiede la deliberazione del Consiglio dei ministri, sentito il parere del consiglio di Stato. Emanati con D.P.R. e sottoposti al visto e alla registrazione della Corte dei conti, essi sono pubblicati nella gazzetta ufficiale e debbono essere espressamente denominati "regolamenti".

Il potere regolamentare del governo riveste oggi un'importanza fondamentale tanto che è stata istituita una apposita sezione del Consiglio di Stato per l'esame degli atti e degli schemi normativi del governo.

Ai sensi dell'art. 117, co 7 "la potestà regolamentare spetta allo Stato, nelle materie di legislazione esclusiva, salvo delega alle regioni".

L'art. 17 della l. 400/88 prevede diversi tipi di regolamenti governativi:

- a) i regolamenti esecutivi rappresentano le fonti governative mediante le quali sono poste norme di dettaglio rispetto alla legge o al decreto legislativo da eseguire.
- b) I regolamenti attuativi e integrativi rispetto alle leggi che pongono norme di principio, possono essere adottati al di fuori delle materie riservate alla competenza regionale. Mentre i regolamenti esecutivi si limitano a specificare la legge, quelli in esame possono sviluppare i principi posti dalla legge, introducendo elementi di integrazione.
- c) I regolamenti indipendenti sono emanati per disciplina tre le materie in cui ancora manchi la disciplina da parte di leggi o atti aventi forza di legge, sempre che non si tratti di materie comunque

riservate alla legge. Essi consentono un maggiore spazio d'azione al potere esecutivo atteso che sono liberi da condizionamenti legislativi.

- d) Vi sono poi regolamenti che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento delle amministrazioni pubbliche secondo le disposizioni dettate dalla legge. Questi possono assumere i caratteri sia dei regolamenti di esecuzione, sia di quelli integrativi ed attuativi.

Si aggiunga che il comma 4-bis dell'art. 17 della l. 400/88 introdotto dalla l. 59/97, stabilisce che l'organizzazione e la disciplina degli uffici dei ministeri sono determinate con regolamento governativo emanato ai sensi del 2 comma dell'art. 17, su proposta del ministro competente d'intesa con il presidente del consiglio dei ministri e con il ministro del tesoro.

L'art. 17, 2 co, l.400/88 disciplina i regolamenti di delegificazione (attribuzione al potere regolamentare del compito di disciplinare materie anche in deroga alla disciplina posta dalla legge) o autorizzati i quali possono essere adottati solo a seguito di una specifica previsione di legge.

L'effetto abrogante della legge è da riferire alla legge stessa che autorizza il regolamento stesso: la volontà abrogativa risiede cioè nelle norme di legge, ma lo spiegarsi del relativo effetto è rinviato al momento dell'intervento dell'atto regolamentare.

I regolamenti di delegificazione così come quelli di organizzazione, richiamati ed introdotti dalla l. 59/97 che vale a configurare una sorta di stabile riserva di regolamento, rappresentano oggi atti di importanza essenziale nel quadro delle fonti.

La legge contempla poi i regolamenti ministeriali, nonché i regolamenti interministeriali, allorché siano adottati con decreti interministeriali in quanto attinenti a materie di competenza di più ministri.

L'art. 17, 3 e 4 comma l. 400/88 prevede che i regolamenti ministeriali i quali debbono autoqualificarsi come tali e non possono dettare norme contrarie ai regolamenti governativi, debbono trovare il fondamento in una legge che espressamente conferisca il relativo potere al ministro ed essere attinenti alle materie di competenza del ministro. Essi vanno comunicati al Presidente del consiglio dei ministri prima della loro emanazione, sono sottoposti al parere obbligatorio del consiglio di Stato e al visto della Corte dei conti e alla pubblicazione sulla gazzetta ufficiale.

Circa lo spazio riservato alla potestà regolamentare regionale ai sensi dell'art. 117 cost. la potestà regolamentare spetta allo stato(soltanto) nelle materie di legislazione esclusiva, salvo delega alle regioni, mentre in forza del 6 comma essa spetta alle regioni in ogni altra materia. Si delinea dunque una competenza generale e residuale in capo alla regione.

20. Le altre fonti secondarie: statuti e regolamenti degli enti locali.

L'autonomia normativa è riconosciuta non solo allo Stato e regioni, ma anche agli enti pubblici. Essa si estrinseca mediante l'emanazione di statuti e regolamenti.

L'autonomia statutaria e regolamentare degli enti locali è stata espressamente riconosciuta dalla l. 142/90 e succ. modif. (T.U.E.L.), secondo un modello nel quale alla legge spetta dettare le linee fondamentali

dell'organizzazione dell'ente, lasciando alle scelte autonome la possibilità di arricchire ed integrare tale disegno.

Il rapporto dello statuto con la legge è inteso in termini di competenza. Si tratta di un atto espressione di autonomia costituzionalmente riconosciuta, che deve unicamente osservare i principi fissati dalla cost., senza che vi sia spazio per una diretta ingerenza della legge statale o regionale negli ambiti non espressamente assoggettati a disciplina legislativa.

L'art. 114 cost, come modificato dalla l. cost. 3/01 sancisce che "comuni, province e città metropolitane sono enti autonomi con propri statuti secondo i principi fissati dalla cost.". si tratta quindi del riconoscimento costituzionale di una riserva di normazione, posta al riparo dalla ingerenza sia della legge statale, sia delle leggi regionali e dei regolamenti governativi.

Norme attuative della disciplina costituzionale sono ora posta dalla l. 131/03(La Loggia) che tra l'altro dispone che il potere normativo, consistente nella potestà regolamentare e statutaria, è esercitato anche dalle unioni di comuni e dalle comunità montane e isolate. Ai sensi dell'art. 4 l. 131/03 lo statuto, in armonia con la Cost. e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'art. 117, 2 co lettera p)Cost.(che attribuisce all'ente statale il compito di disciplinare gli organi di governo dell'ente locale) stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare.

La normazione degli enti locali non si esaurisce nello statuto, atteso che la legge riconosce ad essi pure la potestà regolamentare, anche se il primo si colloca in posizione di supremazia nei confronti dei regolamenti.

L'art. 117,6 co cost. dispone che comuni, province e città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite".

L'art. 4 l. 131/03 ribadisce che l'organizzazione degli enti locali è disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie. L'art. 4 l. 131/03 ribadisce che l'organizzazione, dello svolgimento e della gestione della funzione dei comuni, province e delle città metropolitana è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze, conformemente a quanto previsto dagli art. 114,117 e 118 cost.

Non sono invece fonti del diritto le circolari, gli atti che pongono le c.d. norme interne e la prassi.

I testi unici raccolgono in un unico corpo le norme che disciplinano una certa materia.

Questi testi unici compilatori sono da inquadrare tra le mere fonti di cognizione che non modificano le fonti raccolte.

Ove compilati dal governo o da altra amministrazione, i testi unici possono avere, all'interno dell'apparato amministrativo, valore interpretativo delle norme raccolte e ordinate, comunque non vincolante per i terzi e per il giudice.

In passato erano previsti testi unici misti, contenenti norme di carattere primario e disposizioni di carattere secondario, es. t.u. sulla semplificazione della documentazione amministrativa, in materia di espropriazione per pubblica utilità

(d.p.r. 327/01) in materia edilizia (d.p.r. 380/01).

Domande:

- cosa si intende per diritto soggettivo?
- Cos'è l'interesse legittimo?
- Interessi diffusi e interessi collettivi. Differenze.
- Concessioni e autorizzazioni. Differenze
- Le dichiarazioni sostitutive . nozione
- Cosa è la discrezionalità amministrativa? E quella tecnica?
- Le fonti del diritto amministrativo.
- I regolamenti amministrativi.

CAPITOLO VI

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Introduzione

Il provvedimento è l'atto amministrativo che, in quanto efficace sul piano dell'ordinamento generale, produce vicende giuridiche in ordine alle situazioni giuridiche di soggetti terzi. L'emanazione del provvedimento finale è di norma preceduta da un insieme di atti, fatti e attività, tutti fra di loro connessi in quanto concorrono nel loro complesso, all'emanazione del provvedimento stesso. Tali atti, fatti ed attività confluiscono nel procedimento amministrativo, espressione della funzione amministrativa proiettata al perseguimento dell'interesse pubblico.

La più recente normativa pare voler configurare il procedimento come modulo nel cui interno far confluire l'esercizio di più poteri provvedimentali in quanto riferiti ad una medesima attività del privato. In queste ipotesi il procedimento si profila come istituto preordinato non soltanto ad acquisire e a censire interessi secondari rispetto ad una finalità primaria, bensì a curare più interessi pubblici, non più perseguiti dalle varie amministrazioni mediante distinti episodi procedimentali, ma considerati unitariamente in un medesimo contesto.

2. La legge 241/90 e il suo ambito di applicazione

La l. 241/90 recante "nuove norme in materia di procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti amministrativi", non contiene una disciplina completa ed esaustiva del procedimento, ma si limita a specificare alcuni principi e a disciplinare gli istituti più importanti, e si occupa di aspetti che anche solo indirettamente riguardano il procedimento, quali il diritto d'accesso, del regime dell'atto amministrativo, della sua efficacia, della sua revoca e recesso.

Le sue disposizioni si applicano ai procedimenti amministrativi che si svolgono nell'ambito delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali, e per quanto stabilito in tema di giustizia amministrativa, a tutte le amministrazioni pubbliche". Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, regolano le materie disciplinate dalla l. 241 nel rispetto del sistema costituzionale e delle garanzie del cittadino nei riguardi dell'azione amministrativa. E' evidente l'influenza della recente riforma del titolo V della parte II della Cost. (l. cost. 3/01) che, ampliando notevolmente le materie rientranti nella potestà legislativa regionale, sembra aprire la via allo sviluppo della disciplina regionale sul procedimento.

Circa l'ambito oggettivo di applicazione della legge, l'attività amministrativa si caratterizza per il profilo funzionale, per essere cioè diretta alla cura dell'interesse pubblico. Pertanto la l. 241/90 si applica altresì alla attività contrattuale della p.a. infatti pur se l'atto finale è un negozio di diritto comune il formarsi della volontà della p.a. è sempre un'attività orientata all'interesse pubblico e come tale, procedimentalizzata: relativamente ad essa devono trovare applicazione le norme della l. 241/90 purché compatibili. V. anche art. 1, c. 1 bis l. 241/90.

3. I principi enunciati dalla l. 241/90

L'art. 1, c.1, l. 241/90, afferma che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e trasparenza secondo le modalità previste dalla l. 241/90 e dalle disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario.

L'azione è **economica** quando il conseguimento degli obiettivi avvenga con il minor impiego possibile di mezzi personali, finanziari e procedurali. L'economicità si traduce nell'esigenza di non aggravamento del procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria. (per. Es. saranno ritenuti illegittimi gli atti superflui, le duplicazioni ingiustificate di pareri e di momenti istruttori).

L'**efficacia** è il rapporto tra obiettivi prefissati e obiettivi conseguiti ed esprime la necessità che l'amministrazione, oltre al rispetto formale della legge, miri anche e soprattutto al perseguimento nel miglior modo possibile delle finalità ad esse affidate.

La **pubblicità** è un carattere che costituisce conseguenza diretta della natura pubblica dell'amministrazione, che da un lato implica la necessaria preordinazione della sua attività alla soddisfazione degli interessi pubblici e dall'altro richiede la trasparenza della sua attività. Applicazione concreta dei principi di pubblicità e trasparenza è costituita dal diritto d'accesso ai documenti amministrativi, e si rapportano alla pubblicità anche gli istituti della partecipazione al procedimento amministrativo e della motivazione del provvedimento, le misure per rendere conoscibili la determinazione delle unità organizzative responsabili dell'istruttoria, di ogni altro adempimento procedurale e del provvedimento finale, la pubblicazione dei criteri che dovranno essere seguiti nel rilascio di concessioni, sovvenzioni, contributi, sussidi e aiuti finanziari.

L'art. 1 non richiama il concetto di efficienza (rapporto tra mezzi impiegati e obiettivi perseguiti) che compare nell'art. 3 bis là dove si afferma che per conseguire appunto un'efficienza maggiore le amministrazioni incentivano l'uso della telematica.

Assai importante è il richiamo ai principi del diritto comunitario, elaborati dalla Corte di Giustizia, ed in parte consacrati nella Carta dei diritti dell'Unione Europea.

Un ulteriore principio enucleabile dalla l. 241/90 è quello che potrebbe definirsi dell'azione in via provvedimentale: ai sensi dell'art. 2 l'amministrazione deve infatti concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso".

4. Le fasi del procedimento

Il procedimento deve seguire un particolare ordine, in linea di massima prefissato dalla legge, nella successione degli atti e delle operazioni che lo compongono.

a) Nel procedimento sono presenti atti che assolvono ad una funzione preparatoria rispetto all'emanazione del provvedimento finale, confluendo nella c.d. **fase preparatoria**.

b) Segue la fase decisoria, in cui viene emanato l'atto o gli atti con efficacia costitutiva, nel senso che da essi sgorga l'effetto finale sul piano dell'ordinamento generale (denominato efficacia).

c) Il procedimento si chiude con gli atti che confluiscono nella fase integrativa dell'efficacia, che è eventuale, in quanto in alcuni casi la legge non la prevede con la conseguenza che il provvedimento produrrà comunque la sua efficacia dopo la fase decisoria.

Inoltre la legge formalizza alcuni dei passaggi endoprocedimentali: l'art. 11 l. 241/90 prevede che gli accordi che l'amministrazione conclude con i privati siano preceduti da una "determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento"; l'art. 10 bis nel caso di procedimenti ad istanza di parte impone di comunicare agli istanti "i motivi che ostano all'accoglimento della domanda".

Tra i due estremi del procedimento, l'iniziativa da un lato e l'integrazione dell'efficacia dall'altro, o l'emanazione del provvedimento finale, trovano posto i c.d. atti endoprocedimentali, che sono destinati a produrre effetti rilevanti nell'ambito del procedimento stesso: essi sono costitutivi dell'effetto endoprocedimentale che l'ordinamento amministrativo ad essi collega. Questi atti non soltanto generano l'impulso alla progressione del procedimento, ma contribuiscono altresì a condizionare in vario modo la scelta discrezionale finale, ovvero la produzione dell'effetto sul piano dell'ordinamento generale.

Mentre è palese che gli atti endoprocedimentali facciano parte del procedimento amministrativo, questa appartenenza è da sempre dubbia per quanto riguarda gli atti di controllo, che sono atti successivi al provvedimento e ne condizionano l'efficacia senza essere costitutivi dell'effetto, in quanto l'efficacia va collegata al solo provvedimento mentre può venire paralizzata dall'effetto endoprocedimentale prodotto dal controllo.

La conoscenza delle fasi in cui si articola il procedimento è importante giacché l'illegittimità di uno degli atti del procedimento determina in via derivata l'illegittimità del provvedimento finale. Pure la mancata adozione dell'atto dovuto e l'alterazione dell'ordine procedurale danno luogo ad una illegittimità, la quale si riflette sul provvedimento finale che sarà a sua volta illegittimo.

Non è poi da escludere che un atto endoprocedimentale possa produrre di per sé effetti esterni e che, se lesivo di situazioni giuridiche soggettive, possa essere impugnato: è questa la ragione per cui la giurisprudenza ritiene talora immediatamente impugnabili alcuni di questi atti.

Sempre con riferimento agli atti interni del procedimento si deve osservare come spesso la loro emanazione sia preceduta da uno specifico procedimento, sicché nell'alveo di uno stesso procedimento possono innescarsi anche più subprocedimenti, i quali costituiscono le serie di fasi preordinate alla emanazione di un atto che fa parte del procedimento principale.

5. Rapporti tra procedimenti amministrativi

Tra più procedimenti amministrativi possono sussistere molteplici rapporti. Talora il rapporto deriva dal fatto che alcuni procedimenti costituiscono una fase di un procedimento principale, definiti subprocedimenti. Essi non sono procedimenti autonomi ed essendo preordinati all'emanazione di un atto che costituisce uno degli elementi della serie che conduce all'emanazione di un provvedimento, non sono autonomamente lesivi e capaci di produrre un effetto sul piano dell'ordinamento generale: l'invalidità che dovesse verificarsi in seno al subprocedimento si riflette sul procedimento principale e quindi sull'atto finale.

I procedimenti si dicono invece connessi allorchè l'atto conclusivo di un autonomo procedimento , impugnabile in quanto tale ex se , condiziona l'esercizio del potere che si svolge nel corso di un altro procedimento(connessione funzionale).

La connessione più importante è costituita dalla presupposizione : al fine di esercitare legittimamente un potere, occorre la sussistenza di un certo atto che funge da presupposto di un altro procedimento in quanto crea una qualità in un bene , cosa o persona. Es. di rapporto di presupposizione si ricorda la dichiarazione di pubblica utilità rispetto all'emanazione del decreto di esproprio.

In altri casi l'assenza di un provvedimento, ovvero la conclusione con un atto di diniego di un procedimento, impedisce la legittima conclusione di altro procedimento. Vi sono altresì ipotesi in cui la presenza di un atto, conclusivo di procedimento, osta all'emanazione di un certo provvedimento.

In un ottica di semplificazione dell'attività amministrativa, la tendenza è quella comunque di ridurre e accorpare il numero dei procedimenti.

6. L'iniziativa del procedimento amministrativo

Il procedimento si apre con l'iniziativa, che può essere ad istanza di parte ovvero d'ufficio.(art. 2 l. 241/90).

L'iniziativa ad istanza è caratterizzata dal fatto che il dovere di procedere sorge a seguito dell'atto di impulso proveniente da un soggetto privato oppure da un soggetto pubblico diverso dall'amministrazione cui è attribuito il potere , o da un organo differente da quello competente a provvedere.

In caso di formazione del silenzio inadempimento il privato può nuovamente riproporre l'istanza, come previsto dall'art. 2 l. 241/90 disponendo che "è fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti".

Negli ultimi due casi l'istanza consiste in un atto amministrativo : la richiesta e la **proposta**. Quest'ultima è l'atto di iniziativa, avente anche contenuto valutativo, con cui si suggerisce l'esplicazione di una certa attività. Essa può essere **vincolante** o **non vincolante**. Nel primo caso la proposta comporta il dovere dell'amministrazione procedente di conformarsi alla stessa e di far proprio il contenuto dell'atto proposto.

Ove si tratti di proposta non vincolante, si ritiene sussistente la possibilità dell'amministrazione di valutare l'opportunità di esercitare il potere o di non seguirla.

La **richiesta** è l'atto d'iniziativa consistente in una manifestazione di volontà mediante il quale un'autorità sollecita ad un altro soggetto pubblico l'emanazione di un determinato provvedimento amministrativo. Es. la richiesta di parere ex art. 16 l.241/90.

Dalla richiesta si distingue la designazione la quale consiste nella indicazione di uno o più nominativi all'autorità competente a provvedere ad una nomina.

L'istanza proviene dal solo cittadino ed è espressione della sua autonomia privata.

Mentre la richiesta e la proposta conseguono all'esplicazione di un potere pubblico e mirano alla cura di interessi pubblici, l'istanza è posta in essere in funzione di interessi particolari.

Ai sensi dell'art. 41 d.lgs. 82/2005 le amministrazioni gestiscono i procedimenti amministrativi utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione , nei casi e nei modi previsti dalla normativa vigente. Esse raccolgono in un fascicolo informatico tutti i dati e i documenti. Ogni atto e documento può essere

trasmesso alle amministrazioni con l'uso delle tecnologie dell'informazione della comunicazione se formato ed inviato nel rispetto della vigente normativa.

Tutte le ipotesi di atti di iniziativa sopra richiamate ad eccezione della proposta non vincolante sono comunque caratterizzate dal fatto che sorge, quale effetto endoprocedimentale, il dovere per l'amministrazione di procedere.

Il t.u. in materia di documentazione amministrativa stabilisce che tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla p.a. o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per fax e via telematica. Per quanto riguarda i documenti da chiunque trasmessi ad una p.a. tramite fax o con altro mezzo telematico idoneo ad accertare la fonte di provenienza soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale.

Di frequente le istanze hanno anche un contenuto rappresentativo di interessi svolgendo una funzione anticipatrice di quella che la legge affida alle memorie e osservazioni che possono essere prodotte nel corso dell'istruttoria : talora la legge prevede l'onere in capo al richiedente di allegare atti o documenti volti ad attestare il ricorrere di determinati requisiti, consentendo così di agevolare l'accertamento di fatti e la verifica dei requisiti. A fronte dell'istanza l'amministrazione deve dar corso al procedimento, ma può anche rilevarne l'erroneità o la incompletezza ; in tale ipotesi , prima di rigettare l'istanza essa deve procedere alla richiesta della rettifica.

Il dovere per l'amministrazione di procedere sorge soltanto quando l'ordinamento riconosca la sussistenza di una posizione qualificata in capo al privato .

In caso contrario l'atto del privato non si configura come istanza in senso proprio bensì come mera denuncia, mediante la quale si rappresenta una data situazione di fatto all'amministrazione, chiedendo l'adozione di provvedimenti e/o di misure senza tuttavia che l'ordinamento riconosca in capo a quel privato un interesse protetto.

Dal combinato disposto di una serie di articoli della l. 241/90 emerge una sorta di "statuto" dei procedimenti ad istanza di parte. In particolare ad essi si applica l'art. 10 bis che impone di comunicare agli istanti i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza e l'art. 20 che prevede l'eventualità della indizione della conferenza di servizi, e la possibilità di definizione del procedimento mediante silenzio-assenso, purchè non ricorrano i casi di esclusione.

L'iniziativa d'ufficio è prevista dall'ordinamento nelle ipotesi in cui il tipo di interessi pubblici affidati alla cura di un'amministrazione, ovvero il continuo e corretto esercizio del potere-dovere attribuito al soggetto pubblico , esiga che questi si attivi automaticamente al ricorrere di alcuni presupposti , indipendentemente dalla sollecitazione proveniente da soggetti esterni . le segnalazioni debbono normalmente essere soggette ad una verifica la quale in ogni caso attiene alla sufficienza del fatto rappresentato ai fini dell'attivazione del procedimento.

7. Il dovere di concludere il procedimento

L'individuazione del momento in cui il procedimento ha inizio è importante giacchè soltanto con riferimento ad esso è possibile stabilire il termine entro il quale il procedimento stesso deve essere concluso. L'art. 2

della l. 241/90 stabilisce che tale termine decorre dall'inizio di ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda se il procedimento è ad iniziativa di parte.

Nel caso in cui il procedimento inizi a richiesta o su proposta di un soggetto pubblico, il termine decorre dalla data di ricevimento della richiesta o della proposta, purchè, nel caso di richiesta, essa sia completa e regolare. Ove la domanda debba essere corredata da documentazione il termine comincia a decorrere dal momento in cui essa risulta completa.

L'art. 2, c. 2 l. 241/90 afferma che entro il termine stabilito il procedimento deve essere concluso. In senso proprio il procedimento si conclude con l'emanazione dell'ultimo atto della serie procedimentale, che non necessariamente coincide con il provvedimento: es. atti di controllo che segue all'emanazione del provvedimento.

Nel 1° co dell'art. 2 l. 241/90 il legislatore chiarisce che la p.a. ha il dovere di concludere il procedimento "mediante l'adozione di un provvedimento espresso": di conseguenza il termine si intende rispettato quando l'amministrazione entro novanta giorni emani il provvedimento finale.

In realtà con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte l'art. 20 ammette la possibilità che il procedimento sia definito mediante silenzio-assenso. Ciò significa che all'inerzia è collegata la produzione degli effetti corrispondenti a quelli del provvedimento richiesto dalla parte. Il silenzio-assenso può essere impedito emanando un provvedimento di diniego. Da tale disciplina si ricava che l'amministrazione ha il dovere di provvedere in modo espresso soltanto ove intenda rifiutare il provvedimento richiesto dal privato, potendo altrimenti restare inerte.

Posto che l'art. 20 prevede un ulteriore strumento per evitare il formarsi del silenzio può osservarsi che l'amministrazione ha il dovere di attivarsi qualora ritenga che la situazione che si realizzerebbe a seguito della formazione del silenzio-assenso risulti in contrasto con l'interesse pubblico.

L'art. 20 introduce un'importante serie di eccezioni a questa regola delimitando il vero ambito in ordine al quale l'amministrazione deve agire con provvedimento espresso. (la norma richiama gli atti e i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale ecc.).

In tali ipotesi a fronte dell'inutile decorso del termine senza che l'amministrazione abbia emanato il provvedimento, si forma il c.d. **silenzio inadempimento**, che non produce effetti equipollenti a quelli di un provvedimento.

Il cittadino ha a disposizione lo specifico strumento del ricorso avverso il silenzio, preordinato ad ottenere comunque un provvedimento espresso anche attraverso la nomina giudiziale di un commissario ad acta; il giudice poi può pronunciarsi sulla fondatezza della domanda. L'amministrazione non decade dal potere di agire ma il ritardo può causare una responsabilità a suo carico per lesione di interessi meritevoli di tutela. Ciò è confermato dall'art. 2 ai sensi del quale il ricorso avverso il silenzio può essere proposto anche senza necessità di diffida all'amministrazione inadempiente fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza del termine procedimentale.

Talvolta l'ordinamento attribuisce poteri sostitutivi in capo alle amministrazioni diverse da quelle competenti a provvedere che siano rimaste inerti.

Il ritardo nell'emanazione dell'atto amministrativo può altresì integrare un'ipotesi di illecito disciplinare a carico del dipendente. A ciò si aggiunga che l'ordinamento prevede altresì la responsabilità civile a carico dell'agente : ai sensi dell'art. 25 t.u. impiegati civili dello Stato d.p.r. 3/57 , infatti il privato può chiedere il risarcimento dei danni conseguenti all'omissione o al ritardo nel compimento di atti o di operazioni cui l'impiegato sia tenuto per legge o per regolamento. A tal fine l'interessato quando siano trascorsi 60 gg dalla data di presentazione dell'istanza deve notificare una diffida all'amministrazione e all'impiegato, a mezzo di ufficiale giudiziario ; decorsi inutilmente 30 gg dalla diffida (che oggi non è più richiesta per la formazione del silenzio- inadempimento) egli può proporre l'azione volta ad ottenere il risarcimento.

Tale procedura è prevista dalla legge anche nel caso di omissione o ritardo di atti endoprocedimentale da compiersi d'ufficio. In tali ipotesi la diffida è inefficace se non siano trascorsi 60 gg dal compimento dell'atto o della operazione che deve precedere l'atto o l'operazione oggetto di diffida.

L'art. 328 c.p. stabilisce, inoltre, che "il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio , il quale, entro 30 gg. dalla richiesta redatta in forma scritta da chi vi abbia interesse , non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino a un anno". Al 1° co. la norma in questione sanziona anche il rifiuto quando esso attenga ad un atto identificato in relazione ad una delle finalità specificate dalla norma stessa ; si tratta delle ipotesi in cui l'atto relativo alla cura degli interessi particolarmente importanti , deve essere compiuto su semplice richiesta di un terzo o su iniziativa del funzionario.

La legge non si preoccupa di coordinare la norma penale con l'art. 2 della l. 241/90 sicchè pur in presenza di un termine procedimentale superiore ai 30 gg., il reato si consuma ove il pubblico funzionario entro 30 gg. non provveda o non esponga le ragioni del ritardo.

Alla tesi di chi ritiene che, a seguito dell'istanza, non occorran ulteriori diffide al fine di far constatare l'inadempimento, nè sia necessaria la notifica a mezzo di ufficiale giudiziario dell'istanza stessa, si oppone infatti l'opinione secondo la quale il reato si consuma se, una volta scaduto fissato dalla legge per provvedere , l'amministrazione rimane inerte per 30 gg. successivi ad ulteriore diffida notificata da ufficiale giudiziario. Affinchè si integri il reato è sufficiente l'inerzia nel compiere un atto il quale non necessariamente è il provvedimento finale , sicchè ad. es. potrebbe integrare l'ipotesi di reato anche il comportamento inerte del responsabile del procedimento che ai sensi dell'art. 6 l. 241/90 non provveda a compiere gli atti .

In generale il termine è di 90 gg. ma ai sensi dell'art. 2 per le amministrazioni statali può essere diversamente disposto con uno o più regolamenti adottati ai sensi dell'art. 17, c. 1 l. 400/88, su proposta del ministro competente di concerto con il ministro per la funzione pubblica. Per quanto riguarda gli enti pubblici nazionali essi stabiliscono secondo i propri ordinamenti, i termini entro i quali devono concludersi i procedimenti di propria competenza.

Soltanto nel caso in cui essi non provvedano o la legge non indichi espressamente un termine diverso , dunque, si applica il termine di 90 gg. l'art. 2 prevede alcuni criteri per l'individuazione dei termini.

I termini possono essere interrotti o sospesi. L'art. 10 bis., con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte , stabilisce che, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, l'amministrazione comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda: questa comunicazione

interrompe i termini che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di 10 gg. dal ricevimento della comunicazione attribuito agli istanti per presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti.

Con riferimento alla sospensione l'art. 2, c. 4 dispone che, nei casi in cui leggi o regolamenti prevedono per l'adozione di un provvedimento l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini sono sospesi fino all'acquisizione delle valutazioni tecniche per un periodo massimo comunque non superiore a novanta giorni. I termini possono essere altresì sospesi, per una sola volta, per l'acquisizione di informazioni e certificazioni relative a fatti, stati e qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni.

La legittimità di pareri o istanze deve essere accertata avendo riguardo alle prescrizioni in vigore al momento in cui gli stessi sono stati rispettivamente resi o presentati, anche se successivamente la disciplina è mutata. Il principio vale anche per il provvedimento finale sicché, nell'ipotesi in cui la sua emanazione richieda, ai sensi della normativa sopravvenuta, l'esistenza di atti endoprocedimentali non previsti dalla legge precedente e non sussistenti, l'amministrazione dovrà rifiutarsi di emanarlo. Al momento dell'emanazione del provvedimento debbono dunque sussistere tutti gli atti previsti dalla normativa vigente: nel silenzio della legge, ciò non impedisce la salvezza degli atti endoprocedimentali già emanati, anche se è mutata la disciplina purché la fase in cui essi si collocano non sia totalmente incompatibile con la nuova normativa.

8. Il responsabile del procedimento

La l. 241/90 disciplina la figura del responsabile del procedimento, soggetto che svolge importanti compiti sia in relazione alla fase di avvio dell'azione amministrativa, sia, più in generale, allo svolgimento del procedimento nel suo complesso.

L'art. 4 l. 241/90 stabilisce che le pubbliche amministrazioni sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento relativo ad atti di loro competenza, l'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale.

Adempiuto l'obbligo di determinare le singole unità organizzative competenti, seguirà l'individuazione, all'interno di ciascuna unità organizzativa, del responsabile del procedimento, persona fisica che agirà in concreto.

Ai sensi dell'art. 5 l. 241/90 il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altri addetti all'unità organizzativa la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento, nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale. Il 2° co dell'art. cit. prevede inoltre che, fino a quando non venga effettuata l'assegnazione, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma dell'art. 4.

Quanto alle funzioni del responsabile emerge il profilo di guida del procedimento, di coordinatore dell'istruttoria e di organo di impulso. Il responsabile rappresenta l'essenziale punto di riferimento sia per i privati, sia per l'amministrazione procedente e per gli organi di altre amministrazioni coinvolte dal soggetto procedente. La presenza di un responsabile chiamato a dialogare con i soggetti coinvolti dal procedimento

dovrebbe consentire di superare il tradizionale limite dell'impersonalità degli uffici. I compiti del responsabile sono indicati nell'art. 6.

Il responsabile valuta le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione del provvedimento. Trattasi di attività preliminare rispetto all'esame del merito della domanda, e in parte, di delibazione in ordine alla sussistenza di requisiti condizionanti la scelta finale.

Il responsabile svolge funzioni più propriamente istruttorie, sia ponendole direttamente in essere, sia dirigendo questa fase procedimentale: accerta d'ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti necessari, acquisisce i documenti già in possesso dell'amministrazione procedente o di altra amministrazione e adotta ogni misura per l'adeguato sollecito svolgimento dell'istruttoria. Il responsabile può anche chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee e incomplete.

Egli ha altresì compiti di impulso del procedimento : propone l'indizione o avendone la competenza , indice le conferenze di servizi , le quali hanno un rilievo istruttorio. Ove non abbia la competenza ad emanare l'atto finale , egli trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione; altrimenti emana egli stesso tale provvedimento.

Va aggiunto che, ai sensi dell'art. 10 bis. , la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento prima della formale adozione di un provvedimento negativo va effettuata dal responsabile del procedimento o dall'autorità competente.

L'art. 6 lett. e) specifica che "l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento, se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale".

Il responsabile del procedimento è dunque il soggetto dell'amministrazione che istaura il dialogo con i soggetti interessati al procedimento mediante la comunicazione dell'avvio del procedimento, lo prosegue nella fase della partecipazione e anche dopo l'emanazione del provvedimento finale, mediante la comunicazione , la pubblicazione e le notificazioni previste dall'ordinamento.

Uno dei problemi di maggiore portata è generato dall'art. 4 c. 1 l. 241/90 , il quale dispone che le pubbliche amministrazioni devono individuare, per ciascun tipo di procedimento, le unità organizzative responsabili dell'istruttoria, "nonchè dell'adozione del provvedimento finale". Si tratta di capire se ci debba essere o meno identità tra unità organizzative responsabili dell'istruttoria e unità deputate all'adozione dell'atto terminale del procedimento.

Occorre osservare che un conto è l'individuazione delle unità organizzative responsabili dell'istruttoria , altro è determinare l'organo competente ad adottare il provvedimento : la competenza ad emanare l'atto finale è eteronomamente prevista in modo vincolante dalla legge cui spetta stabilire gli organi aventi rilevanza esterna.

Atteso che la normativa individua l'organo competente ad emanare il provvedimento amministrativo, parrebbe potersi ritenere che l'amministrazione debba necessariamente attribuire allo stesso anche la responsabilità del relativo procedimento. E' stata però sostenuta la possibilità che unità responsabili siano anche quelle non competenti ad emanare l'atto.

L'opinione secondo cui l'unità organizzativa responsabile coincide con il settore competente ad adottare il provvedimento finale ha tuttavia il pregio di consentire comunque di individuare l'unità responsabile per ciascun tipo di procedimento, anche in caso di inerzia dell'amministrazione.

Si deve allora concludere che il responsabile del tipo di procedimento coincide con l'organo competente ad emanare l'atto nei casi di mancata individuazione dell'unità organizzativa da parte dell'amministrazione, mentre, allorchè essa si attivi, possa anche indicare unità responsabili del tipo di procedimento diverse da quelle competenti, senza che siffatta indicazione incida sulle competenze esterne degli organi. Diverso problema su cui occorre riflettere è quello se vi sia necessaria coincidenza tra responsabile del singolo procedimento e organo competente ad emanare il provvedimento finale. La risposta deve essere negativa: l'art. 6, c. 1 lett. e) l. 242/90 dispone che il responsabile del procedimento identificato ai sensi dell'art. 5 adotti il provvedimento finale soltanto ove ne abbia la competenza.

La coincidenza tra responsabile del procedimento e dirigente dell'unità organizzativa, organo al quale la recente legislazione attribuisce la competenza ad emanare atti amministrativi aventi effetti esterni, è spesso peraltro prevista dalle fonti che hanno data attuazione alla l. 241/90. L'organo competente alla decisione finale è quello più adatto ad operare la selezione di fatti, di interessi e di elementi rilevanti che già nel corso dell'istruttoria deve essere effettuata, posto che le relative scelte sono destinate a condizionare la determinazione finale. Il riconoscimento di una tale discrezionalità non conduce però necessariamente ad affermare la coincidenza tra responsabile dell'istruttoria e organo competente ad adottare il provvedimento finale. Si apre così la via alla configurazione di un nuovo tipo di relazione interorganica atteso che il responsabile è pur sempre un soggetto inserito in un'organizzazione amministrativa e come tale, destinatario di poteri di direttiva dei superiori in particolare del dirigente che gli ha affidato il procedimento e che è il soggetto competente ad emanare l'atto finale. lo svolgimento della funzione del responsabile impone ed implica invece una certa autonomia soprattutto nei confronti dell'organo competente ad emanare l'atto.

9. La comunicazione dell'avvio del procedimento

L'avvio del procedimento deve essere comunicato ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, a quelli che per legge debbono intervenire, nonché ai soggetti, diversi dai diretti destinatari che siano individuati o facilmente individuabili qualora dal provvedimento possa derivare un pregiudizio (art. 7, l. 241/90).

I destinatari dell'atto sono i soggetti nella cui sfera giuridica è destinata a prodursi la vicenda giuridica (tipica) determinata dall'esercizio del potere; si tratta dunque di titolari di interessi legittimi oppositivi o pretensivi. I soggetti che per legge devono intervenire sono in linea di massima enti pubblici.

Maggiori problemi sorgono in relazione alla categoria dei "soggetti individuati o facilmente individuabili" ai quali potrebbe derivare un pregiudizio dal provvedimento.

Si tratta di quei soggetti che sarebbero legittimati ad impugnare il provvedimento favorevole nei confronti del destinatario in quanto pregiudicati, e portatori di un interesse legittimo, dal provvedimento stesso.

La comunicazione dell'avvio è un compito del responsabile del procedimento, ed essa deve essere fatta mediante comunicazione personale (notifica, comunicazione a mezzo messo comunale o ufficiale

giudiziario) e può essere effettuata secondo modalità differenti stabilite di volta in volta dall'amministrazione , quando per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa(art. 8 , c. 3 l. 241/90).

La comunicazione deve contenere i seguenti elementi: l'amministrazione competente, l'oggetto del procedimento, l'ufficio e la persona del responsabile del procedimento, la data entro la quale deve concludersi il procedimento e i rimedi esperibili in caso di inerzia dell'amministrazione , nei procedimenti ad iniziativa di parte , la data di presentazione della relativa istanza , l'ufficio in cui si può prendere visione degli atti.

Ai sensi dell'art. 41 , d.lgs. 82/2005 l'amministrazione all'atto della comunicazione d'avvio "comunica agli interessati le modalità per esercitare in via telematica i diritti di cui all'art. 10 , l. 241/90.

L'istituto della comunicazione è strettamente collegato alla partecipazione al procedimento , nel senso che consente agli interessati di essere posti a conoscenza della pendenza di un procedimento nel quale possono intervenire rappresentando il proprio punto di vista.

L'art. 13 l. 241/90 esclude che le disposizioni del capo IV si applichino nei confronti dell'attività della p.a. diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali , di pianificazione e di programmazione nonché ai procedimenti tributari.

L'art. 7 c. 1 l. 241/90 precisa che l'avvio in esame deve essere comunicato quando non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento. Tali ragioni devono essere evidenziate dall'amministrazione con adeguata motivazione.

L'art. 7, c. 2 l. 241/90 si occupa dei provvedimenti cautelari e consente all'amministrazione la loro adozione anche prima dell'effettuazione della comunicazione dell'avvio del procedimento. La legge si riferisce ai provvedimenti cautelari sicchè si ritiene che l'amministrazione possa adottare anche atti che anticipano gli effetti finali del provvedimento. In questa ipotesi l'amministrazione può soltanto differire nel tempo la comunicazione comunque richiesta.

I provvedimenti cautelari sono posti a garanzia della futura determinazione contenuta nel provvedimento finale di cui anticipano il contenuto , assicurando che la sua adozione non risulti inutile, ad. es. l'inibizione o sospensione di azioni o comportamenti che potrebbero frustrare l'effettività di una decisione finale.

L'ordinamento prevede limitati e tassativi provvedimenti che possono essere emanati a fini cautelari , quali le misure di salvaguardia , gli ordini di immediata sospensione dei lavori nel caso di inosservanza di norme e prescrizioni urbanistiche.

Nei provvedimenti cautelari, caratterizzati dalla temporaneità degli effetti, l'esclusione della possibilità per i privati di conoscere la pendenza del procedimento è strumentale non solo a ragioni d'urgenza ma altresì all'esigenza di non ostacolare o compromettere l'azione amministrativa.

La dottrina ha posto in luce l'esistenza di altri procedimenti c.d. riservati in ordine ai quali non dovrebbe essere ammessa la partecipazione , alla quale è preordinata la comunicazione dell'avvio del procedimento. In questi casi la comunicazione dell'avvio del procedimento e la partecipazione potrebbero frustrare gli interessi curati dall'amministrazione ovvero la riservatezza dei terzi.

L'omissione della comunicazione di avvio del procedimento configura un'ipotesi di illegittimità che può essere fatta valere soltanto dal soggetto " nel cui interesse la comunicazione è prevista"(art. 8 , c. 4 l. 241/90). Il legislatore vuole in sostanza evitare che l'atto finale venga caducato con la conseguenza di aprire la via alla ripetizione del procedimento su iniziativa di chi faccia valere un vizio che abbia pregiudicato la situazione di altro soggetto.

In caso di omissione della comunicazione può oggi trovare applicazione l'art. 21 – octies , 2 c. ai sensi del quale "il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

10. L'istruttoria procedimentale

L'istruttoria è la fase del procedimento funzionalmente volta all'accertamento

dei fatti e dei presupposti del provvedimento ed alla acquisizione e valutazione degli interessi implicati dall'esercizio del potere . essa è condotta dal responsabile del procedimento : l'art. 6 , l. 241/90 configura tra gli obblighi di tale soggetto quello di curare "l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria". La decisione amministrativa finale deve essere preceduta da adeguata conoscenza della realtà esterna la quale avviene appunto attraverso l'istruttoria . La circostanza è confermata dall'art. 3 che afferma il dovere di motivare la scelta provvedimento in relazione alle risultanze dell'attività istruttoria . L'art. 6 dispone che l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale ove diverso dal responsabile del procedimento non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale.

L'attività conoscitiva in senso proprio , volta ad acquisire la conoscenza della realtà di fatto ,si svolge mediante una serie di operazioni i cui risultati vengono attestati da dichiarazioni di scienza , acquisite al procedimento. I dati di fatto rilevanti possono essere individuati dall'amministrazione oppure rappresentati dai terzi attraverso lo strumento della partecipazione . Essi sono poi attestati da documenti, certificazioni o dichiarazioni presentati o esibiti all'amministrazione o da questa direttamente formati. Gli interessi vengono introdotti nel procedimento attraverso l'iniziativa dell'amministrazione procedente , l'acquisizione delle determinazioni di altri soggetti pubblici , la indizione della conferenza di servizi e la partecipazione procedimentale.

10.1 L'oggetto dell'istruttoria

nel nostro ordinamento amministrativo vige il principio inquisitorio in forza del quale l'amministrazione non è vincolata dalle allegazioni dei fatti contenute nelle istanze e nelle richieste ad essa rivolte. La sussistenza del principio inquisitorio pone il problema dell'oggetto dell'attività istruttoria e dunque dell'individuazione della porzione in realtà nei confronti della quale l'amministrazione deve rivolgere la propria attenzione ai fini di provvedere legittimamente.

Al fine di risolvere il problema dei limiti dell'attività conoscitiva occorre osservare che il legislatore individua le situazioni di fatto che costituiscono i presupposti dell'agire attraverso modalità diverse: talora

definendo con precisione i fatti stessi in altre ipotesi utilizzando categorie più generiche o indicando il solo interesse pubblico.

Quando la norma identifica esattamente la situazione di fatto o la categoria dei fatti rilevanti, l'amministrazione dovrà accertare ricorrendo all'esercizio dell'attività conoscitiva, la corrispondenza tra situazione di fatto e indicazione normativa.

Qualora la norma indichi esclusivamente l'interesse pubblico che dovrà essere soddisfatto l'istruttoria dovrà rivolgersi alla individuazione di una realtà di fatto che appaia idonea a configurare l'esistenza dell'interesse pubblico stesso.

In ordine allo spettro degli interessi che debbono essere acquisiti l'ordinamento può effettuare una scelta che preclude la valutazione e la comparazione di interessi attraverso l'attribuzione di un potere vincolato.

Allorchè assegni all'amministrazione un potere discrezionale si osserva che non esistono regole precise cui la p.a. deve attenersi e a cui possa fare riferimento, in quanto lo spettro degli interessi da considerare dipende dalle concrete situazioni.

L'attività di selezione e di evidenziazione dei fatti e degli interessi non è priva di limiti e in quanto tale deve essere adeguatamente motivata. Essa deve in primo luogo rispettare il principio di non aggravamento del procedimento.

10.2 Le modalità di acquisizione degli interessi e la conferenza di servizi c.d. "istruttoria"

Gli interessi rilevanti quelli cioè che l'amministrazione deve considerare in sede di scelta finale ponderandoli con quello principale fissato per legge, sono acquisiti al procedimento sia attraverso l'iniziativa dell'amministrazione procedente sia a seguito dell'iniziativa dei soggetti titolari degli interessi stessi. Per quanto attiene agli interessi affidati alla cura di amministrazioni pubbliche talvolta essi devono essere necessariamente acquisiti perchè così dispone la legge. Le vie per la loro rappresentazione nel corso del procedimento sono essenzialmente tre.

L'amministrazione procedente può richiedere all'amministrazione cui è imputato l'interesse pubblico da acquisire di esprimere la propria determinazione; ovvero può indire una conferenza di servizi per l'esame contestuale dei vari interessi pubblici coinvolti nel procedimento ai sensi dell'art. 14 l. 241/90; oppure l'amministrazione portatrice dell'interesse pubblico secondario può partecipare al procedimento ai sensi dell'art. 9 l. 241/90 che consente di intervenire nel corso del procedimento anche ai soggetti portatori di interessi pubblici.

Per quanto riguarda l'istituto della conferenza dei servizi ai sensi dell'art. 14, in sede istruttoria è possibile acquisire gli interessi pubblici rilevanti in un'unica soluzione, prevedendo che "qualora sia opportuno effettuare un esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti nel procedimento amministrativo, l'amministrazione procedente indice di regola una conferenza di servizi".

La conferenza è indetta dal responsabile del procedimento ex art. 6 l. 241/90 e consiste in una riunione di persone fisiche in rappresentanza delle rispettive amministrazioni, ciascuna delle quali esprime il punto di vista dell'amministrazione rappresentata che confluisce poi in una determinazione conclusiva. Quest'ultima

sostituisce l'insieme delle manifestazioni dei vari interessi pubblici coinvolti che le amministrazioni potrebbero introdurre utilizzando lo strumento della partecipazione di cui agli artt. 7 e ss. L. 241/90.

Le tre possibilità sopra indicate di acquisizione degli interessi pubblici coinvolti dal procedimento in itinere non sono perfettamente equivalenti quanto al tipo di interessi che consentono di introdurre nel corso del procedimento.

Mediante la partecipazione possono essere rappresentati interessi da parte di soggetti pubblici soltanto nel caso in cui dal procedimento possa derivare loro un pregiudizio, laddove la conferenza di servizi può essere indetta per esaminare gli interessi pubblici coinvolti, senza specificazioni ulteriori e pertanto anche nel caso in cui dal provvedimento finale possa derivare un indiretto beneficio.

10.3 La partecipazione procedimentale

Uno degli strumenti più importanti previsti dalla l. 241/90 per introdurre interessi pubblici e privati nel procedimento è costituito dalla **partecipazione**.

Ai sensi degli artt. 7 e 9 l. 241/90 sono legittimati all'intervento nel procedimento i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, i soggetti che per legge debbono intervenire nel procedimento e i soggetti che possono subire un pregiudizio dal provvedimento, purché individuati o facilmente individuabili. Possono inoltre intervenire nel procedimento i portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. (art. 9 l. 241/90).

La differenza principale tra le categorie indicate rispettivamente dall'art. 7 e dall'art. 9 riguarda in primo luogo la modalità con cui i soggetti acquisiscono la conoscenza della pendenza del procedimento nel quale intervenire: quelli di cui all'art. 7 mediante comunicazione dell'avvio del procedimento; quelli di cui all'art. 9 attraverso vie differenti. Secondo altra parte della dottrina mentre i soggetti di cui all'art. 7 sono titolari di un interesse legittimo (qualificato e differenziato), quelli contemplati dall'art. 9 hanno un interesse differenziato ma non qualificato.

La differenziazione si lega alla necessità che sussista un pregiudizio. Inoltre l'art. 7 prevede un dovere dell'amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento, il quale non può comportare un eccessivo aggravio per l'amministrazione stessa, mentre la partecipazione disciplinata all'art. 9 è indipendente dal ricevimento dell'avviso del procedimento. Gli statuti degli enti locali possono ampliare la cerchia dei soggetti titolari del potere di partecipazione: l'art. 8 t.u. e.l. stabilisce infatti che nel procedimento relativo all'adozione di atti che incidono su situazioni giuridiche soggettive devono essere previste forme di partecipazione degli interessati secondo modalità stabilite dallo statuto. La disciplina degli enti locali prevede numerosi strumenti ed istituti di partecipazione ulteriori: consultazioni, istanze, petizioni, proposte, referendum.

10.4 L'ambito d'applicazione della disciplina.

Ai sensi dell'art. 13 l. 241/90 le norme contenute nel capo sulla partecipazione al procedimento amministrativo non si applicano ai procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, nonché a quelli tributari. In ordine agli atti amministrativi generali, i quali si rivolgono ad una pluralità indistinta di soggetti non individuabili a priori, si può osservare che essi non sembrano in grado di ledere e pregiudicare qualcuno in particolare o comunque non comportano la ponderazione di interessi che si appuntino su soggetti peculiari. L'unica categoria di procedimenti in relazione ai quali l'esclusione della partecipazione non pare creare particolari problemi e riserve è costituita da quelli preordinati all'emanazione di atti normativi. In questo ambito sussiste, una pluralità formale e sostanziale di fonti che non ammette una regolamentazione generale e unitaria, anche perchè molte di esse risultano già soggette a leggi particolareggiate ed esaustive.

10.5 Aspetti strutturali e funzionali della partecipazione

La partecipazione al procedimento consiste nel diritto di prendere visione dei relativi atti e nella presentazione di memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha il dovere di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento (art. 10 l. 241/90). Si tratta dunque di una partecipazione documentale anche se non è escluso che norme secondarie possano introdurre forme di istruttoria pubblica orale.

Per la categoria di soggetti indicati all'art. 7 l. 241/90 la comunicazione di avvio del procedimento è atto strumentale e necessario per garantire la partecipazione; in secondo luogo una migliore conoscenza dello stato del procedimento è consentita dall'esercizio del diritto di prendere visione degli atti del procedimento stesso.

Considerando che la funzione del procedimento è quella di consentire la migliore cura dell'interesse pubblico, si deve ritenere che anche la partecipazione sia strumentale alla più congrua decisione finale in vista dell'interesse pubblico: essa ha cioè funzione collaborativa. Un diverso discorso richiede l'istituto della presentazione delle comunicazioni che l'art. 10 bis prevede con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte allorchè l'amministrazione abbia comunicato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza: esso è infatti espressione del principio del giusto procedimento, ed è preordinato ad instaurare un contraddittorio con l'istante. La norma stabilisce infatti che nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di 10 gg. dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. L'atto ha valenza endoprocedimentale e non appare impugnabile in via autonoma. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Mediante la partecipazione è dato introdurre anche ipotesi di soluzione le quali vanno ad arricchire il quadro delle possibilità all'interno del quale l'amministrazione opererà la scelta finale. L'eventualità è confermata dalla lettura dell'art. 11, l. 241/90 il quale, disciplinando

gli accordi tra amministrazione e privati, specifica che la conclusione di tali atti può avvenire “in accoglimento di osservazioni e proposte presentate a norma dell’art. 10.”

10.6 Partecipazione al procedimento, interessi procedimentali e loro tutela

Gli interessi procedimentali sono quegli interessi strumentali ad altre posizioni soggettive, che attengono a fatti procedimentali e che investono comportamenti della amministrazione e soltanto indirettamente beni della vita. Non si può ritenere privo di conseguenze il comportamento dell’amministrazione lesivo di interessi procedimentali a meno di privare di qualsiasi efficacia l’istituto della partecipazione e gli altri istituti procedimentali disciplinati dalla legge.

Tuttavia la legge si è mossa nel senso della limitazione dell’incidenza della violazione delle norme procedimentali stabilendo l’art. 21 octies “che non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento...”.

10.7. Il diritto d’accesso ai documenti amministrativi

La partecipazione offre la possibilità ai soggetti legittimati di presentare memorie scritte e documenti nonché di prendere visione degli atti del procedimento ex art. 10.

L’accesso ai documenti amministrativi è dunque una delle facoltà che si riassumono nell’istituto partecipativo.

L’accesso ha anche una sua autonomia rispetto al procedimento nel senso che il relativo potere può essere esercitato pure a procedimento concluso e dunque non necessariamente è preordinato alla conoscenza dei documenti amministrativi, in via strumentale rispetto alla partecipazione.

Si tratta di un istituto collegato non solo alla trasparenza procedimentale, bensì anche al principio di trasparenza inteso in senso lato.

In sostanza, si può parlare di accesso endoprocedimentale esercitato all’interno del procedimento, e di accesso esoprocedimentale relativo agli atti di un procedimento concluso.

Il diritto d’accesso è autonomo pure rispetto all’azione che il soggetto potrebbe esperire davanti ad un giudice per contestare la legittimità dell’azione amministrativa, come dimostra il fatto che la richiesta di accesso non sospende i termini per agire.

L’art. 22, 2 co. Riconduce il diritto d’accesso ai “livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (materia rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato ex art. 117, 2 co lett. m Cost.), così mirando ad estendere la disciplina a tutte le amministrazioni pubbliche. Resta comunque ferma la potestà delle regioni e degli enti locali, nell’ambito delle rispettive competenze, di garantire livelli ulteriori di tutela.

Per quanto riguarda l’accesso collegato alla partecipazione, i soggetti legittimati ad esercitare il diritto d’accesso sono tutti quelli che abbiano titolo a partecipare al procedimento. In tal senso le situazioni giuridiche legittimanti all’accesso ai fini partecipativi non sono soltanto gli interessi legittimi ma anche i meri interessi procedimentali. Negli altri casi l’art. 22 l. 241/90 indica quali soggetti legittimati “tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto,

concreto e attuale , corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.”

Ai sensi dell'art. 24 non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni.

Altro è la situazione di base e cioè la situazione legittimante l'accesso, altro è la qualificazione del c.d. “diritto” di accesso che può essere esercitato in quanto si sia appunto titolari della situazione legittimante. La natura della pretesa a prendere visione dei documenti e ad estrarre copia(definizione del diritto d'accesso) non va confusa con la situazione sottostante che deve sussistere affinché quella pretesa possa essere esercitata.

L'art. 10, t.u.e.l. che si occupa dell'accesso ai documenti degli enti locali , stabilisce che legittimati all'accesso sono tutti i cittadini , singoli o associati, e prevede l'obbligo per gli enti locali di dettare norme regolamentari per assicurare ai cittadini l'informazione sullo stato degli atti e delle procedure e sull'ordine di esame delle domande , progetti e provvedimenti che li riguardano; il regolamento deve altresì assicurare “il diritto dei cittadini di accedere alle informazioni di cui è in possesso l'amministrazione”.

Il diritto d'accesso si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni , delle aziende autonome e speciali , degli enti pubblici e dei gestori dei pubblici servizi, nonché dei privati limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario. Il diritto d'accesso nei confronti delle Autorità di garanzia e di vigilanza si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti.

Sotto il profilo oggettivo il diritto d'accesso riguarda i documenti amministrativi di cui all'art. 22 l. 241/90 fornisce una definizione assai ampia : è considerata tale “ ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica , elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi ad uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse , indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale”. Non solo atti scritti su supporto cartaceo , nè soltanto i provvedimenti finali , nè unicamente gli atti amministrativi.

La richiesta di accesso rivolta all'amministrazione che ha formato il documento o che lo detiene stabilmente , deve essere motivata , indicare gli estremi del documento ovvero gli elementi che ne consentono l'individuazione e far constatare l'identità del richiedente. Essa dovrà poi giustificare la necessità del dato quando la sua conoscenza sia strumentale alla difesa dei propri interessi giuridici o la sua indispensabilità nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari. Il diritto è esercitabile fino a quando la p.a. ha l'obbligo di detenere i documenti amministrativi ai quali si chiede di accedere. L'art. 41 , 2 co. D.lgs. 82/05 poi ha stabilito che l'accesso partecipativo può avvenire anche “in via telematica”.

Accanto all'**accesso informale**, esercitato mediante richiesta, anche verbale, all'ufficio dell'amministrazione centrale o periferica, competente a detenere il provvedimento, vi è l'**accesso formale** che avviene con atto scritto e può essere prescelta dal richiedente ovvero imposta dall'amministrazione qualora non sia possibile l'accoglimento immediato della richiesta in via informale, ovvero sorgano dubbi sulla identità del richiedente, sui suoi poteri rappresentativi, ecc.

A seguito della domanda di accesso l'amministrazione può: invitare il richiedente a presentare istanza formale, rifiutare l'accesso, differirlo o limitare la sua portata , accogliere l'istanza. Si osservi che mentre il

rifiuto, il differimento e la limitazione all'accesso debbono essere motivati, la legge non stabilisce nulla in ordine all'accoglimento. Con riferimento all'ipotesi in cui l'amministrazione non si pronunci sulla richiesta di accesso l'art. 25, c. 4 l. 241/90 dispone che trascorsi inutilmente 30 gg. dalla richiesta questa si intende respinta.

In caso di accoglimento il diritto di accesso si esercita mediante esame gratuito ed estrazione di copia del documento. L'esame è effettuato dal richiedente o da persona da lui incaricata con l'eventuale accompagnamento di altra persona di cui vanno specificate le generalità. L'esame dei documenti avviene presso l'ufficio indicato nell'atto di accoglimento della richiesta.

Non tutti i documenti sono suscettibili di essere conosciuti dai cittadini. L'art. 24, l. 241/90 prevede che il diritto non possa essere esercitato nei casi di documenti coperti da segreto di Stato, di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dall'ordinamento, nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; nei confronti dell'attività della p.a. diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione.

Spetta comunque alle singole pubbliche amministrazioni individuare le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso. L'art. 24, c. 6 rinvia ad un regolamento governativo di delegificazione per l'individuazione dei casi di esclusione dell'accesso per esigenze di tutela della sicurezza, della difesa nazionale, della politica monetaria e valutaria, dell'ordine pubblico; quando i documenti riguardano la contrattazione collettiva nazionale di lavoro, oppure la vita privata o la riservatezza di persone fisiche e giuridiche.

La l. 241/90 distingue tra **interessati** (soggetti privati che abbiano un interesse diretto concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso) e **controinteressati** (soggetti individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza).

Per riservatezza si intende quel complesso di dati, notizie e fatti che riguardano la sfera privata della persona e la sua intimità.

La l. 241/90 rinvia alla disciplina del d.lgs. 196/03, c.d. "codice in materia di protezione dei dati personali" che ha riorganizzato e innovato la normativa in materia di tutela dei dati personali.

Il codice assicura all'interessato modalità di comunicazione di tutte le informazioni che lo riguardano detenute da un ente pubblico che ne consentano la piena e agevole acquisizione; un vero e proprio diritto di accesso regolato al di fuori della l. 241/90.

Gli artt. 9 e 10 del codice disciplinano le modalità di esercizio di questa tipologia del diritto d'accesso che si segnalano per la loro estrema informalità e per la semplificazione nelle forme della comunicazione.

Il diritto d'accesso diretto a ottenere la comunicazione in forma intellegibile dei propri dati personali non può invece essere utilizzato allorché l'esibizione documentale comporti anche la conoscenza di dati personali dei soggetti terzi rispetto al richiedente. L'art. 10, c.5 del codice della privacy esclude che questo accesso possa

riguardare dati personali relativi a terzi , “salvo che la scomposizione dei dati trattati o la privazione di alcuni elementi renda incomprensibili i dati personali relativi all’interessato”.

L’art. 19 del codice afferma che la comunicazione e la diffusione di dati personali da parte di amministrazioni a soggetti pubblici o privati “sono ammesse unicamente quando sono previste da una norma di legge o di regolamento”, identificabili nella l. 241/90 , nelle leggi eventualmente in materia adottate dalle regioni e nei regolamenti attuativi di cui si sono dotati i diversi enti pubblici.

La disciplina dell’accesso in tali casi è nuovamente costituita dalla l. 241/90.

L’art. 59 della codice della privacy precisa che “i presupposti , le modalità, i limiti per l’esercizio del diritto d’accesso ai documenti amministrativi contenenti i dati personali e la relativa tutela giurisdizionale restano disciplinati dalla l. 241/90 e succ. modif. e integ. E dalle altre disposizioni di legge in materia, nonché dai relativi documenti di attuazione anche per ciò che concerne i tipi di dati sensibili e giudiziari e le operazioni di trattamento eseguibili in esecuzione di una richiesta di accesso e considera di “rilevante interesse pubblico”le attività finalizzate all’applicazione di tale disciplina.

Per quanto concerne i rapporti tra diritto d’accesso e riservatezza il problema sorge in quanto le amministrazioni che debbono rispondere ad una istanza d’accesso si trovano normalmente a dover prendere in considerazione le esigenze di tutela dei terzi. La legge non prevede espressamente alcuna partecipazione del controinteressato al procedimento che si instaura al momento della presentazione dell’istanza di accesso ai documenti amministrativi .

In ogni caso è molto importante la disciplina posta dalla l. 241/90 posto che quando l’accesso ai documenti la cui conoscenza potrebbe configgere con le esigenze della riservatezza di dati personali di soggetti terzi, il codice della privacy fa espressamente rinvio ai principi e alle regole contenuti in tale legge (art. 59 cit.) che in sostanza richiede all’amministrazione di effettuare una ponderazione di interessi contrapposti (trasparenza e riservatezza).

La l. 241/90 dispone al riguardo che deve comunque essere garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici, spettando dunque all’amministrazione la relativa valutazione. Si ricorda che l’art. 24 rinvia ad un regolamento governativo per la individuazione tra gli altri, dei documenti sottratti all’accesso in quanto riguardanti la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, intese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, di cui siano in concreto titolari, allorchè i relativi dati siano forniti all’amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”.

L’art. 24, 7 c. l. 241/90 prevede poi che, in caso di documenti contenenti dati sensibili (idonei a rivelare l’origine razziale, etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, nonché lo stato di salute, politico o sindacale) e giudiziari (es. qualità di imputato o di indagato), l’accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente **indispensabile**.

L’art. 59 codice della privacy rinvia alla l. 241/90 anche per ciò che concerne l’accesso a documenti contenenti dati sensibili e giudiziari : l’amministrazione cui è rimesso il giudizio sull’indispensabilità , deve dunque in tal caso applicare l’art. 24, c. 7 l. 241/90. Ove poi si tratti di dati idonei a rivelare lo stato di salute

e la vita sessuale l'accesso è consentito soltanto nei termini previsti dall'art. 60 del d.lgs. 196/03 (art. 24, 7 c.): il trattamento dei c.d. dati "supersensibili" è dunque consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile. Spetterà ancora all'amministrazione decidere in ordine al conflitto tra trasparenza e riservatezza. Assolutamente escluso è l'accesso ai documenti concernenti "procedimenti selettivicontenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi".

La disciplina del diritto d'accesso è contemplata dalla previsione di particolari forme di tutela. La l. 241/90 assegna al giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, la tutela giurisdizionale "contro le determinazioni concernenti il diritto d'accesso" e nei casi di rifiuto, espresso o tacito, o di differimento. La legge prevede un processo abbreviato e l'art. 21 l. tar e 25 della l. 241/90 dispongono che l'azione può essere proposta in pendenza di un ricorso. Tale tutela si estende anche ai casi di accesso disciplinati da norme diverse da quelle poste dalla legge sul procedimento.

L'art. 25, c. 4 l. 241/90 con specifico riferimento ai casi di rifiuto, espresso o tacito, e di differimento, consente altresì al richiedente di chiedere di riesaminare la determinazione negativa nel termine di 30 gg. al difensore civico (se agisce contro enti locali o regionali) o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi di cui all'art. 27 (se agisce contro le amministrazioni statali). Scaduto infruttuosamente tale termine il ricorso si intende respinto. Ove invece tali organi ritengano illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente e, ove questa non emani il "provvedimento confermativo motivato" entro 30 gg. dal ricevimento della comunicazione, l'accesso è consentito. L'inerzia che, se relativa alla richiesta di accesso iniziale equivale a diniego, ha dunque il significato di assenso. Nell'ipotesi in cui si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il richiedente potrà adire il giudice amministrativo entro 30 gg. dal ricevimento dell'esito dell'istanza. La legge vuole dunque favorire l'impiego di questo strumento di tutela non giurisdizionale assicurando il privato che il suo impiego non preclude l'azione davanti al G.A.

Il codice della privacy affida invece la tutela del diritto d'accesso volto ad ottenere la comunicazione in forma intelligibile dei propri dati personali al Garante del trattamento dei dati personali o al giudice ordinario (art. 145 del codice). Il Giudice ordinario dispone di pieni poteri di cognizione e di condanna, anche al risarcimento del danno.

La l. 241/90 istituisce presso la presidenza del Consiglio una Commissione per l'accesso ai documenti, nominata con D.P.R., su proposta del Presidente del Consiglio di ministri, sentito il Consiglio dei ministri e presieduta dal sottosegretario di Stato alla presidenza del Consiglio.

La Commissione vigila affinché venga attuato il principio di piena conoscibilità dell'azione amministrativa, redige una relazione annuale sulla trasparenza dell'amministrazione e propone al Governo le modificazioni normative necessarie per realizzare la garanzia del diritto d'accesso.

10.8 Procedimento, atti dichiarativi e valutazioni

Affinché i fatti diventino rilevanti nel procedimento, essi debbono essere accertati dall'amministrazione procedente o da altra amministrazione.

La p.a. pone in tal caso in essere **atti dichiarativi** che sono dichiarazioni di scienza che conducono ad un procedimento costituito da un insieme di atti ed operazioni .

Es. gli accertamenti che sono dichiarazioni relative a fatti semplici meramente constatati . taluni atti dichiarativi hanno la funzione di attribuire certezze legali che valgono erga omnes (si tratta di atti di certazione), in altri casi il riconoscimento formale di un certo modo di essere di una situazione ha rilievo ai fini dell'esercizio di un potere amministrativo.

Pure la valutazioni tecniche vengono poste in essere a seguito di un'attività volta ad intraprendere la sussistenza del fatto. Esse, a differenza degli accertamenti, riguardano fatti complessi, ed occorre operare una valutazione complessa, che, non implicando la considerazione dell'interesse pubblico, esula dalla "discrezionalità pura." Tale valutazione è frutto di una "discrezionalità tecnica".

Con riferimento al tema del procedimento vengono in primo luogo in evidenza gli atti di accertamento della sussistenza dei fatti che costituiscono il presupposto per l'emanazione del provvedimento.

Gli atti in questione costituiscono esercizio di poteri strumentali che riguardano fatti costituenti i presupposti dell'azione pubblica. Tali atti producono soltanto effetti endoprocedimentali che attengono cioè al procedere dell'azione verso la sua conclusione. Poiché gli atti dichiarativi non modificano la situazione preesistente la posizione giuridica del privato interessato dal comportamento complessivo della p.a. non muta: atteso che tali atti costituiscono un momento di un procedimento che sfocia in un provvedimento il cittadino sarà titolare di un interesse legittimo.

Al fine di operare la qualificazione di un fatto complesso, talora non è sufficiente porre in essere una semplice attività di apprendimento e una consequenziale dichiarazione di scienza, ma è richiesta un'attività di valutazione e cioè, la formulazione di un giudizio estimativo, frutto di esercizio di discrezionalità tecnica.

L'art. 17 l. 241/90 si riferisce alle valutazioni tecniche occupandosi del caso in cui esse siano richieste ad enti o organi appositi e questi non provvedano entro 90 gg. dal ricevimento della richiesta o in quello previsto specificamente dalla legge. In queste ipotesi la legge prevede che il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad altri enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecniche equipollenti, ovvero ad istituti universitari. Tale disciplina non si applica in caso di valutazioni che debbono essere prodotte da amministrazioni proposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini. La legge riconosce questi interessi pubblici come assolutamente rilevanti, sicché non si può prescindere dalla valutazione espressa dai soggetti proposti alla loro tutela.

L'art. 17, c.3 l. 241/90 si occupa anche del caso in cui l'ente o l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie all'amministrazione procedente; il termine può essere interrotto una sola volta e la valutazione deve essere prodotta entro 15 gg. dalla ricezione degli elementi istruttori da parte dell'amministrazione interessata.

L'art. 17 va però coordinato con la disciplina di cui all'art. 2, c. 4 l. 241/90 il quale dispone che nei casi in cui le leggi o regolamenti prevedono per l'adozione di un provvedimento l'acquisizione di valutazioni tecniche di organi o enti appositi, i termini procedurali sono sospesi fino all'acquisizione di valutazioni tecniche. La sospensione può operare per un periodo massimo di 90 gg., al termine del quale il procedimento deve comunque procedere verso la conclusione, a prescindere dal fatto che la valutazione sia stata acquisita o richiesta ad organi dell'amministrazione pubblica o ad altri enti pubblici che siano dotati di qualificazione e capacità tecnica equipollenti ovvero ad istituti universitari.

11. Le attività istruttorie dirette all'accertamento dei fatti

La fase istruttoria è governata dal responsabile del procedimento che è chiamato ad accertare i fatti, compiendo gli atti all'uopo necessari. (art. 6 l.241/90). Molto spesso il responsabile utilizza uffici o servizi tecnici di altre amministrazioni.

Controversa è la soluzione al problema della natura dei poteri istruttori: si tratta cioè di comprendere se essi siano necessariamente implicati dalla titolarità del potere di provvedere ovvero richiedano una norma di legge che li attribuisca in modo separato.

In tema vige infatti sempre il principio di tipicità e nominatività dei poteri amministrativi. Di conseguenza i poteri il cui esercizio potrebbe comportare una incisione nella sfera giuridica del terzo debbono essere espressamente conferiti dalla legge.

Per acquisire la conoscenza della realtà e degli interessi l'amministrazione si avvale di numerosi strumenti. Alcuni atti istruttori sono previsti come obbligatori dalla legge, altri sono posti indipendentemente dall'attribuzione di specifici poteri da parte dell'ordinamento. Il soggetto pubblico ha così la facoltà di disporre la rinnovazione o il completamento di una istruttoria non soddisfacente o lacunosa.

Il principio inquisitorio è applicabile anche alla scelta dei mezzi istruttori che l'amministrazione può utilizzare per acquisire la conoscenza di fatti rilevanti ai fini della determinazione finale. L'ampia possibilità di decisione in ordine alla natura e all'estensione dei mezzi istruttori incontra il limite costituito dal principio di non aggravamento del procedimento.

I fatti semplici sono spesso rappresentati nel procedimento mediante le seguenti attività delle parti:

- **esibizione** di documenti di identità o di riconoscimento in corso di validità;
- **acquisizione diretta di documenti:** l'amministrazione e i gestori di pubblici servizi, in luogo degli atti e certificati già in loro possesso o che siano tenuti a certificare, debbono acquisire d'ufficio le relative informazioni previa indicazione, da parte dell'interessato, dell'amministrazione competente e degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti : v. art. 43, t.u. in materia di documentazione amministrativa, ove si precisa che , in alternativa, l'amministrazione può accettare la dichiarazione sostitutiva . si richiama l'art. 18 della l. 241/90 il quale prevede il dovere di acquisizione d'ufficio dei documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti da altre pubbliche amministrazioni.

- Produzione di **certificati**, di **documenti** (in luogo degli originali di atti o documenti possono essere validamente prodotte le copie autentiche ai sensi dell'art. 18 t.u. in materia di documentazione amministrativa. La distinzione tra dichiarazioni sostitutive di certificati e autocertificazioni sta nel fatto che le prime, sostituendo appunto un certificato , riguardano dati contenuti in pubblici registri , mentre le seconde attengono a situazioni non consacrate in atti di certazione. Spesso l'amministrazione si trova a dover accertare la completezza e regolarità delle dichiarazioni, tra i procedimenti volti ad accertare i fatti possono ricordarsi le inchieste e le ispezioni, le quali hanno normalmente ad oggetto accadimenti e comportamenti ovvero ancora beni di pertinenza di soggetti terzi. Tali operazioni sono destinate a raccogliere informazioni e dati di fatto necessari per provvedere e danno luogo ad atti di accertamento, i quali sono acquisiti all'istruttoria del procedimento.

L'inchiesta amministrativa è un istituto che mira ad una acquisizione di scienza relativa ad un evento straordinario che non può essere conosciuto ricorrendo alla normale attività ispettiva e si conclude di norma con una relazione.

L'inchiesta viene svolta da un organo istituito ad hoc , di solito collegiale, il quale dovrà porre in essere l'attività conoscitiva in ordine ad un particolare oggetto entro un certo termine. Occorre dunque l'emanazione di un provvedimento che disponga l'inchiesta e attribuisca l'incarico. L'inchiesta è normalmente servente nei confronti di un procedimento principale.

- **L'ispezione** è un insieme di atti, di operazioni o di procedimenti mirati ad acquisizioni di scienza che ha ad oggetto il comportamento di persone. Strutturalmente l'ispezione consiste in un atto, spesso meramente interno, che l'amministrazione rivolge all'organo o all'ufficio competente, e non istituito ad hoc, che dovrà compiere l'ispezione stessa e che attribuisce dunque la legittimazione all'organo o all'ufficio a procedere all'ispezione nel caso concreto. L'atto ha però come vero destinatario il soggetto terzo che è sottoposto all'ispezione. Segue una serie di operazioni volte ad acquisire la conoscenza dei fatti. Il procedimento si chiude solitamente con una relazione , un rapporto o un verbale.

a. La fase consultiva

Una volta acquisiti tutti gli interessi coinvolti nella scelta finale e verificati i fatti rilevanti l'amministrazione deve procedere ad una valutazione di siffatto materiale istruttorio.

In alcune ipotesi questa valutazione viene effettuata mediante atti emanati da appositi uffici o organi che confluiscono in un ulteriore momento della fase istruttoria, costituita dal subprocedimento consultivo. Si tratta di uffici ed organi , di norma collegiali , distinti rispetto a quelli che svolgono attività di amministrazione attiva e dotati di particolari preparazione e competenza tecnica. Tale attività è rivolta non già a decidere per la cura di un interesse pubblico, ma a fornire valutazioni e giudizi su varie questioni in vista delle scelte finali adottate da altri.

Gli atti mediante i quali viene esercitata questa forma di attività, detta appunto consultiva, ed aventi un contenuto di giudizio, sono i pareri.

I pareri si distinguono in :

- **pareri obbligatori**, se la loro acquisizione è prescritta dalla legge; l'obbligatorietà non attiene al fatto che l'organo consultivo sia tenuto a rendere il parere: ciò accade in ogni caso.
- **Pareri facoltativi** : essi sono previsti dalla legge; l'amministrazione può di propria iniziativa richiederli purchè ciò non comporti un ingiustificato aggravamento del procedimento;
- **Pareri conformi** : si tratta di pareri che lasciano all'amministrazione attiva la possibilità di decidere se provvedere o no.
- **Pareri semivincolanti** : tali pareri possono essere disattesi soltanto mediante l'adozione del provvedimento da parte di un organo diverso da quello che di norma dovrebbe emanarlo, impegnandone la responsabilità amministrativa o politica.
- **Pareri vincolanti**: si tratta di pareri obbligatori che non possono essere disattesi dall'amministrazione , salvo che non li ritenga illegittimi.

Il subprocedimento consultivo inizia con la richiesta di parere, la quale consiste nella formulazione di un quesito, prosegue con lo studio del problema , con la discussione , con la determinazione, con la redazione e si conclude con la comunicazione all'autorità richiedente. Il parere va ad arricchire il quadro istruttorio di cui quest'ultima dispone. Ciò spiega perchè l'amministrazione procedente debba adeguatamente motivare nel caso in cui decida di disattendere il parere: l'art. 3 l. 241/90 offre espresso fondamento a tale dovere, affermando che l'atto deve essere motivato in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Il procedimento consultivo è disciplinato espressamente dall'art. 16 l. 241/90 e succ. modif. norma che si occupa dei pareri in senso stretto. Il parere obbligatorio deve essere reso entro 45 gg. Nell'ipotesi di pareri facoltativi gli organi sono tenuti a dare immediata comunicazione alle amministrazioni richiedenti del termine entro il quale il parere sarà reso. Decorso il termine previsto senza che sia stato comunicato il parere e senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie è in facoltà dell'amministrazione richiedente di procedere indipendentemente dall'acquisizione del parere. La ratio della scelta legislativa di consentire comunque la prosecuzione del procedimento anche in mancanza del parere pare potersi rinvenire nel principio di non aggravamento del procedimento, anche perchè volta ad impedire il superamento dei termini fissati per la conclusione del procedimento. Questa disciplina non si applica però nei casi in cui il parere debba essere reso da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini.

Non sempre è facile distinguere tra pareri, valutazioni tecniche e nulla osta.

Il **parere** è espressione della funzione consultiva e comporta di norma un consiglio in ordine agli interessi che l'amministrazione procedente deve tutelare, tenuto conto della situazione di fatto così come accertata nell'istruttoria.

Le **valutazioni tecniche** attengono invece ad uno o più presupposti dell'agire che debbono essere appunto valutati nel corso dell'istruttoria.

Il **nullaosta** è un atto di amministrazione attiva che viene emanato in vista di un interesse differente da quello curato dall'amministrazione procedente.

12. La fase decisoria

Completata l'istruttoria il procedimento è maturo per addivenire all'emanazione del provvedimento. Il procedimento può anche concludersi con atti differenti ovvero con il silenzio. Quando l'amministrazione procedente deve acquisire intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche, il procedimento deve seguire regole ben precise: l'amministrazione deve richiedere tali atti e, ove non li ottenga entro 30 gg. dalla ricezione, da parte dell'amministrazione competente, della relativa richiesta, deve obbligatoriamente indire una conferenza di servizi decisoria.

13. La fase integrativa dell'efficacia

La produzione dell'efficacia del provvedimento conclusivo del procedimento è spesso subordinata al compimento di determinate operazioni, al verificarsi di certi fatti o all'emanazione di ulteriori atti. Solo a quel punto si perfeziona la fattispecie nel senso che risultano integrate tutte le circostanze che l'ordinamento ha previsto non già per l'esistenza del provvedimento, bensì affinché possa prodursi l'effetto sul piano dell'ordinamento generale.

Il provvedimento può dunque essere **perfetto**, cioè completo di tutti gli elementi prescritti per la sua esistenza, ma non ancora efficace.

Ai sensi dell'art. 21 quater i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo. L'efficacia del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonchè ridotto per sopravvenute esigenze.

L'efficacia va distinta dall'esecutorietà, attitudine dell'atto ad essere portato ad esecuzione.

Diversa ancora è la validità che dipende dalla conformità al paradigma normativo dell'atto e dell'attività amministrativa posta in essere al fine della sua adozione. Un atto può dunque essere illegittimo, cioè invalido, ma efficace, ovvero legittimo ma inefficace.

Occorre osservare che, per gli atti non recettizi, e non condizionati da ulteriori operazioni, adesioni e controlli, l'efficacia si produce immediatamente al momento in cui l'atto è posto in essere.

Gli atti recettizi sono quelli che diventano efficaci soltanto al momento in cui pervengono nella sfera di conoscibilità del destinatario. Es. gli atti normativi.

Ai sensi dell'art. 21 bis l. 241/90 poi sono recettizi tutti i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati. La norma dispone infatti che essi acquistano efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione personale; essa può essere effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreparabili nei casi previsti dal c.p.c.

Tuttavia il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati può contenere una motivata clausola di immediata efficacia e ciò a prescindere per definizione dalla conoscenza che ne abbiano i privati; questa regola non vale però per i provvedimenti a carattere sanzionatorio sicchè per essi il principio della comunicazione ai fini dell'efficacia non può essere derogato.

I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci.

Le misure di partecipazione che condizionano l'efficacia del provvedimento sono elementi costitutivi dell'effetto e della relativa fattispecie : l'effetto non si produce finchè esse non si siano completate , ma decorre dal momento in cui la situazione di conoscibilità è avvenuta e non già da quello in cui il provvedimento è stato emanato.

I vizi o le irregolarità delle operazioni di partecipazione non si trasmettono all'atto recettizio : l'atto però non produrrà i suoi effetti salva la possibilità di rinnovare la fase della comunicazione.

I mezzi più comuni di partecipazione sono: la pubblicazione es. nella gazzetta ufficiale, la pubblicità , la comunicazione individuale , anche attraverso racc a/r, la convocazione . talune di queste operazioni sono effettuate secondo procedure formali e ad opera di particolari soggetti: le notificazioni .

Le comunicazioni , le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti , con riferimento a tutti gli atti per i quali debbano essere disposte, siano essi recettizi o non recettizi, sono curate dal responsabile del procedimento.

L'art. 3 , c. 4 l. 241/90 stabilisce l'obbligo per l'amministrazione di indicare in ogni atto notificato al destinatario "il termine e l'Autorità cui è possibile ricorrere".

14. La semplificazione procedimentale

La l. 127/97 reca misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo mentre la l. 59/97 contiene la delega al governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni e agli enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa.

Il compito di attuare il disegno di semplificazione procedimentale è affidato ai decreti legislativi e alle fonti regolamentari di delegificazioni ex art. 17, c. 2 l. 400/88 evidenziando una certa tendenza a riconoscere alla fonte soggettivamente amministrativa buona parte della disciplina dell'azione posta in essere dall'amministrazione.

L'art. 20 l. 59/97 consente di affermare che la semplificazione comporta la riduzione delle fasi procedurali , l'adeguamento alle nuove tecnologie informatiche, la riduzione dei termini .

Domande:

- Quali sono i principi enunciati dalla legge 241/90?
- Quali sono le fasi del procedimento amministrativo?
- Quali sono gli atti di iniziativa del procedimento?
- Quale principio è espresso nell'art. 2 della l. 241/90?
- Quali compiti ha il responsabile del procedimento?
- Quali conseguenze comporta la mancanza della comunicazione dell'avvio del procedimento?
- Qual è l'oggetto dell'attività istruttoria?
- Cos'è la conferenza dei servizi istruttoria ?

- Quali sono gli istituti di partecipazione procedimentale?
- Il diritto d'accesso ai documenti amministrativi.
- Rapporti tra accesso e riservatezza.
- Fase consultiva: i pareri. Distinzioni.
- La fase integrativa dell'efficacia.

CAPITOLO VII

LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: IL PROVVEDIMENTO E GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI

1. Gli atti determinativi del contenuto del provvedimento, l'atto complesso, il concerto e l'intesa.

L'amministrazione conclude il procedimento emanando una decisione, che si identifica nel provvedimento amministrativo.

La fase decisoria può essere costituita da una serie di atti, da un atto proveniente da un unico organo, da un fatto, ovvero da un accordo.

Allorché la fase decisoria consista nell'emanazione di atti (monocratici) o deliberazioni (collegiali) preliminari determinativi del contenuto del provvedimento finale, si assiste all'adozione, da parte di un organo, di un atto che, per produrre effetti, deve essere esternato ad opera di un altro organo.

L'atto del primo organo è quindi determinativo del contenuto del provvedimento finale, ma non costitutivo degli effetti.

Un altro modello è quello della decisione su proposta, atto di impulso procedimentale, necessario perché il provvedimento finale possa essere emanato e indicativo del contenuto dello stesso. L'organo, spesso collegiale, al quale la proposta è rivolta ha sempre il potere di rifiutare l'adozione dell'atto finale, ma non può modificare il contenuto della proposta.

In dottrina viene poi ricordato il modello dell'atto complesso, in cui le manifestazioni di volontà tutte attinenti alla fase decisoria e convergenti verso un unico fine, si fondono in un medesimo atto. L'interdipendenza tra le parti dell'atto complesso comporta che sia sufficiente l'illegittimità di una di esse per determinarne l'annullabilità. L'atto complesso in senso proprio comprende gli accordi tra le amministrazioni. Simili a quello appena descritto sono i modelli del concerto e dell'intesa.

Il **concerto** è un istituto che si riscontra di norma nelle relazioni tra organi dello stesso ente: l'autorità concertante elabora uno schema di provvedimento e lo trasmette all'autorità concertata, che si trova in posizione di parità rispetto alla prima, fatto salvo il fatto che solo l'autorità concertante ha il potere d'iniziativa. Il consenso dell'autorità concertate condiziona l'emanazione del provvedimento: tale consenso è espresso con atto che, a differenza del modello dell'atto complesso non si fonde con quello dell'amministrazione procedente, che è l'unica ad adottare l'atto finale.

L'**intesa** viene di norma raggiunta tra enti differenti (ad. Es. tra Stato e regione) ai quali tutti si imputa l'effetto. Analogamente a quanto accade per il concerto, un'amministrazione deve chiedere l'intesa ad altra autorità, il cui consenso condiziona l'atto finale.

Esistono numerosi altri casi in cui la legge dà evidenza a momenti endoprocedimentali che sono intimamente collegati con la decisione finale, influenzandola quanto meno sotto il profilo del dovere di motivazione.

L'art. 11 l. 241/90 prevede che gli accordi che l'amministrazione conclude con i privati siano preceduti da una "determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento", evidentemente al fine di giustificare l'adozione dell'accordo medesimo. L'art. 10 bis, nel caso di procedimenti ad istanza di parte, impone di comunicare agli istanti i "motivi che ostano all'accoglimento della domanda"; tale

comunicazione mira a sollecitare gli istanti medesimi affinché presentino osservazioni, del cui eventuale mancato accoglimento occorre dare ragione della motivazione del provvedimento finale, se di rifiuto.

2. La conferenza dei servizi c. d. “decisoria”

La legge, pur ritenendo necessario il consenso di più amministrazioni ai fini della definizione del procedimento, ammette oggi che gli atti determinativi o condizionanti il contenuto della decisione finale possano essere sostituiti dalla determinazione assunta in seno alla conferenza di servizi.

Disciplinata dalla legge n. 241/90 nel capo relativo alla semplificazione procedimentale, è inoltre prevista e disciplinata in altre leggi.

Il modello di conferenza di servizi introdotto dall’art. 14, 2 co. L. 241/90 differisce dalla conferenza istruttoria anche se la disciplina è in alcune parti identica: si tratta della c.d. **conferenza decisoria**, circoscritta ai casi in cui sia necessario acquisire “intese, concerti, nullaosta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche” e ricorrano due evenienze:

- avendo formalmente richiesto questi atti, l’amministrazione non li ottenga entro 30 gg dalla ricezione, da parte dell’amministrazione competente, della relativa richiesta; in questo caso l’indizione è obbligatorio;
- nello stesso termine sia intervenuto il dissenso di una o più amministrazioni interpellate: l’indizione è facoltativa.

La legge fissa non solo il termine di indizione della conferenza, ma anche quello della convocazione della medesima.

Diversa e più ampia è comunque la formula impiegata dal successivo art. 14 ter, ai sensi del quale il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva della conferenza “sostituisce, a tutti gli effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza”. La conferenza può essere altresì impiegata per acquisire atti di consenso cui sia subordinata l’attività del privato. E’ incerto se la conferenza sostituisca i pareri non contemplati nell’art. 14, l. 241/90. L’opinione negativa si basa sul fatto che i pareri sono espressione della funzione consultiva e sono preparatori rispetto alle determinazioni e, dunque, non possono partecipare di quell’effetto sostitutivo previsto solo per esse.

La conferenza dei servizi, (sia quella istruttoria che decisoria: in entrambi i casi l’indizione spetta al responsabile del procedimento), tende ad un accordo tra amministrazioni, il quale, non elimina la necessità dell’emanazione del successivo provvedimento. La conferenza non dà luogo ad un organo collegiale, atteso che ogni rappresentante delle amministrazioni “vi partecipa nell’esercizio delle funzioni amministrative dell’ente di competenza” e gli effetti sono imputati alle singole amministrazioni e non già alla conferenza, mancando il conferimento ad essa di una competenza unitaria; la sua struttura è inoltre variabile, a differenza di ciò che accade per gli organi collegiali.

Ai sensi dell'art. 14 ter, l. 241/90 anche in caso di dissenso espresso da un soggetto convocato alla conferenza, l'amministrazione procedente adotta una determinazione conclusiva di procedimento alla quale può conformarsi il provvedimento finale. La conferenza consente di giungere alla determinazione finale pur in assenza dell'accordo anche in contrasto con gli avvisi espressi dai rappresentanti degli enti competenti in via ordinaria. Analoga disciplina si applica nel caso di inutile decorso del termine per l'adozione della decisione conclusiva.

Nella conferenza c.d. istruttoria la determinazione conclusiva sostituisce manifestazioni di interesse con cui le amministrazioni rappresentano il proprio punto di vista. Alla determinazione conclusiva della conferenza decisoria, invece si può conformare il provvedimento finale, così sostituendolo, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto d'assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti, o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti, alla predetta conferenza.

La sopra descritta conferenza decisoria (indetta quando, avendo formalmente richiesto gli atti d'assenso, l'amministrazione non li abbia ottenuti entro 15 gg. dall'inizio del procedimento, ovvero abbia riscontrato un dissenso di una o più amministrazioni interpellato) può essere definita interna.

La legge (art. 14, c. 4 l. 241/90) disciplina altresì un modello di conferenza di servizi decisoria esterna, la quale, anche su richiesta dell'interessato, può essere convocata dall'amministrazione competente per l'adozione del provvedimento finale " quando l'attività del privato sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di più amministrazioni pubbliche".

Ricorrendo a tale figura, è dunque possibile acquisire atti esterni rispetto al singolo procedimento.

Assai rilevante è poi la facoltà conferita al privato di richiedere l'indizione della conferenza, consentendogli così di assumere un' importante iniziativa per "indurre" le amministrazioni ad esercitare in un'unica soluzione i differenti poteri permissivi.

La conferenza poi può essere convocata per l'esame contestuale d' interessi coinvolti in più procedimenti connessi, riguardanti medesime attività o risultati (art. 14 , 3 co l.241/90); in tal caso, su richiesta di una qualsiasi delle amministrazioni coinvolte, essa è indetta "dall'amministrazione o, previa informale intesa, da una delle amministrazioni che curano l'interesse pubblico prevalente". L'indizione può essere richiesta da qualsiasi altra amministrazione.

La legge prevede ulteriori ipotesi di conferenza : quella che può essere convocata dal concedente ovvero, con il consenso di quest'ultimo, dal concessionario in caso di affidamento di concessione di lavori pubblici.

L'art. 14 ter disciplina il procedimento della conferenza di servizi prevedendo regole che mirano a garantire la celere e positiva conclusione del subprocedimento, caratterizzato anche della presenza di una vera e propria fase istruttoria.

In particolare, esso stabilisce che:

- previo accordo tra le amministrazioni coinvolte, la conferenza dei servizi è convocata e svolta avvalendosi degli strumenti informatici disponibili, secondo i tempi e le modalità stabiliti dalle medesime amministrazioni (art.14,c.5-bis);
- la prima riunione della conferenza dei servizi è convocata entro 15 giorni, ovvero, in caso di particolare complessità dell'istruttoria entro 30 giorni dalla data di indizione;

- la conferenza assume le determinazioni relative alla organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti;
- la convocazione alla prima riunione deve pervenire anche per via telematica o informatica, almeno 5 giorni prima della relativa data;
- le amministrazioni stabiliscono il termine per l'adozione della decisione conclusiva, rispettando la regola secondo cui i lavori non possono superare i 90 giorni;
- ogni amministrazione partecipa ad essa con un unico rappresentante, legittimato dall'organo competente ad esprimere in modo vincolante la volontà su tutte le decisioni di competenza della stessa; ciò presuppone che la convocazione indichi esattamente l'oggetto della determinazione;
- in sede di conferenza possono essere richiesti per una sola volta ai componenti della istanza o ai progettisti chiarimenti o ulteriore documentazione, che debbono essere forniti entro 30 giorni.

La legge introduce meccanismi volti a garantire la conclusione del procedimento, anche ammettendo la possibilità di apportare modificazioni al progetto iniziale sulla base delle indicazioni fornite in conferenza, e a superare l'inerzia di soggetti pubblici coinvolti. Una volta convocata la conferenza decisoria interna, si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione il cui rappresentante non abbia "espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata" (art.14 ter comma 7: superamento della presenza non collaborativa).

Ai sensi del c. 9, il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva della conferenza sostituisce, a tutti gli effetti, ogni atto di assenso o di consenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti a comunque invitati a partecipare ma risultate assenti.

Per quanto attiene all'inerzia o, meglio, al mancato rispetto del termine stabilito per la conclusione dei lavori, l'art. 14 ter c.3, prevede che l'amministrazione precedente adotti la determinazione motivata di conclusione del procedimento, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse in quella sede; l'amministrazione potrà poi adottare il provvedimento finale conforme a tale determinazione, dotato dei già richiamati effetti sostitutivi.

Questa disciplina si applica anche al caso del dissenso (il quale deve essere manifestato nella conferenza e congruamente motivato). L'amministrazione precedente non adotta la determinazione motivata di conclusione del procedimento sulla base del mero criterio della maggioranza, ma deve tenere conto delle posizioni prevalenti espresse in conferenza e dunque della loro qualità. Non è escluso che l'amministrazione precedente segua la posizione minoritaria ove la ritenga più convincente.

Il provvedimento finale solo se conforme alla determinazione conclusiva sostituisce a tutti gli effetti, ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato di competenza delle amministrazioni partecipanti o comunque invitate a partecipare ma risultate assenti alla predetta conferenza (art.14-ter c. 9).

Non sembra quindi consentito all'amministrazione precedente che intenda giovare di questo effetto sostitutivo discostarsi dalla determinazione conclusiva.

Il c.3 dell'art.14-quater introduce poi una disciplina derogatoria a questi meccanismi di semplificazione occupandosi dei casi di dissenso manifestato da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico territoriale, del patrimonio storico artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità. Il dissenso espresso da soggetti preposti alla cura di interessi critici apre la via alla decisione finale raggiunta in sede politica e dunque in un contesto di concertazione.

La decisione infatti è rimessa dall'amministrazione precedente entro 10 giorni:

- a) al Consiglio dei ministri in caso di dissenso tra amministrazioni statali
- b) alla Conferenza permanente per i rapporti tra lo stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, in caso di dissenso tra un'amministrazione statale e un regionale o tra più amministrazioni regionali.
- c) alla Conferenza unificata in caso di dissenso tra un'amministrazione statale o regionale e un ente locale o tra più enti locali

Verificata la completezza della documentazione inviata ai fini istruttori, la decisione è assunta entro 30 giorni, salvo che il presidente del consiglio dei ministri, della conferenza stato regioni o della conferenza unificata, valutata la complessità dell'istruttoria, decida di prorogare tale termine per un ulteriore periodo non superiore a 60 giorni.

Una ulteriore deroga, evidentemente fondata sull'esigenza di rispettare l'autonomia costituzionalmente garantita agli enti territoriali, è introdotta con riferimento al caso di motivato dissenso espressi da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria competenza. Se entro i termini sopra indicati la Conferenza stato regioni o la Conferenza unificata non provvede la decisione, su iniziativa del ministro degli affari regionali, è rimessa al consiglio dei ministri che assume la determinazione sostitutiva dei successivi 30 giorni.

Una disciplina peculiare è infine dettata con riferimento al caso in cui sia prevista la valutazione di impatto ambientale (v.i.a.), procedura volta a verificare in via preventiva la compatibilità ambientale di alcune opere e di alcuni progetti.

La v.i.a. deve essere acquisita dalla conferenza di servizi la quale, ancorché già indetta, deve attendere l'adozione del provvedimento di v.i.a.; il termine resta sospeso, per un massimo di 90 giorni, fino all'acquisizione della pronuncia della compatibilità ambientale: ove la v.i.a. non intervenne nel termine fissato per l'adozione del relativo provvedimento, l'amministrazione competente si esprime in sede di conferenza.

3. Il silenzio significativo, silenzio inadempimento, silenzio rigetto e silenzio devolutivo.

Il silenzio è l'inerzia dell'amministrazione. Il nostro ordinamento conosce varie forme di silenzio: silenzio-rigetto, silenzio significativo, silenzio-inadempimento, silenzio-devolutivo. La regola, salvo disposizione contraria quando l'amministrazione rimane inerte, è quella del silenzio-assenso, che è una delle tipologie del silenzio significativo.

La figura del silenzio è nata nell'ambito della giustizia amministrativa per ovviare all'inerzia dell'amministrazione a seguito del ricorso presentato dal privato.

In particolare ci si preoccupò di prevedere rimedi nelle ipotesi di inerzia dell'amministrazione a fronte di una istanza volta ad ottenere non già una decisione su ricorso, bensì il rilascio di un provvedimento favorevole.

In un primo tempo la giurisprudenza, applicando in via analogica l'art. 25, t.u. impieg. civ. dello Stato n. 3/57, relativo alla responsabilità dei dipendenti, ha ritenuto che tale silenzio inadempimento si formasse nel modo seguente:

- istanza del privato; inutile decorso di 60 gg; notifica della diffida a provvedere- ulteriore decorso di 30 gg. a questo punto il privato poteva impugnare il silenzio nei termini di decadenza (60 gg.).

Come si nota, tutta l'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale in tema di silenzio – inadempimento non è che un tentativo di individuare un meccanismo per consentire l'accesso alla tutela in un sistema in cui occorre impugnare un atto. il legislatore è oggi intervenuto disciplinando uno specifico **ricorso avverso il silenzio dell'amministrazione**, il quale sembra riferibile all'ipotesi di silenzio-inadempimento.

Nell'ipotesi di silenzio-significativo , l'ordinamento collega al decorso del termine la produzione di un effetto equipollente all'emanazione di un provvedimento favorevole(**silenzio-assenso**) o di diniego (**silenzio- diniego**) a seguito di istanza del privato titolare di un interesse pretensivo. In questi casi l'ordinamento collega all'inerzia un determinato valore provvedimentale. Dato che i casi più importanti di silenzio-significativo sono costituiti da ipotesi di silenzio–assenso, l'istituto rappresenta un rimedio all'inerzia dell'amministrazione che si risolve in un vantaggio per il privato che ha presentato istanza: si tratta di un risultato direttamente favorevole sul piano sostanziale mentre negli altri casi di silenzio il vantaggio è unicamente quello di potere adire il giudice amministrativo.

Pochi sono i casi di silenzio-diniego che vanno espressamente previsti dalla legge: un es. è costituito dalla fattispecie disciplinata dall'art. 25 l. 241/90 in materia di accesso ai documenti amministrativi.

Più rilevante è il campo di applicazione del silenzio-assenso che a seguito della modifica introdotta dal d.l. 35/2005 , convertito in l. 80/05 , costituisce oggi la regola nel nostro ordinamento per i procedimenti ad istanza di parte , pur se temperata da una serie di importanti eccezioni.

Il presupposto del silenzio-assenso è quello secondo cui , fatta salva l'applicazione dell'art. 19(che attiene alla d.i.a.) , nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio dei provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze e diffide , se la medesima amministrazione non comunica all'interessato , nel termine di cui all'art. 2, il provvedimento di diniego , ovvero non indice una conferenza di servizi. Il campo d'applicazione dell'istituto in pratica coincide con i procedimenti ad istanza di parte.

Il c. 4 tipizza una serie di eccezioni in ordine alle quali il silenzio non può valere come assenso ma va qualificato come silenzio-inadempimento: la deroga opera con riferimento ai casi di procedimenti "riguardanti"il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, i casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza. L'art. 20 ha comunque cura di precisare che il silenzio opera fatta salva l'applicazione dell'art. 19 .

Al fine di evitare la formazione del silenzio, l'amministrazione competente può operare in tre modi, due dei quali sono previsti dall'art. 20:

- a) può provvedere espressamente, atteso che rimane fermo il principio di cui all'art. 2 in forza del quale l'amministrazione ha il potere/dovere di provvedere con atto espresso.
- b) Ai sensi dell'art. 20, 1 c., poi, può comunicare all'interessato il provvedimento di diniego nel termine di cui all'art. 2 (in assenza di diversa determinazione esso è di 90 gg.)
- c) L'amministrazione può infine adire, entro 30 gg. dalla presentazione dell'istanza di cui al 1 co. una conferenza di servizi, anche tenendo conto delle situazioni giuridiche dei controinteressati.

Successivamente alla formazione del silenzio, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, che è considerato un potere discrezionale, ai sensi degli art. 21 quinquies(revoca) e 21 nonies.(annullamento d'ufficio e convalida). Il richiamo a questi poteri sembra confermare l'opinione secondo cui, a seguito del silenzio-assenso, l'amministrazione non potrà più provvedere tardivamente in modo espresso(anche se sul punto la giurisprudenza è oscillante).

In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni il dichiarante è punito con la sanzione di cui all'art. 483 c.p.

Restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi dell'art. 19 e 20.

Si ribadisce che in virtù dell'art. 20 l. 241/90 il silenzio è equiparato al provvedimento favorevole. La circostanza che l'amministrazione disponga di un potere amministrativo , ancorché non lo eserciti emanando un provvedimento, ha come conseguenza che il privato, autorizzato a svolgere una certa attività a seguito del formarsi del silenzio , trova il titolo legittimante dell'attività stessa non già direttamente nella legge , bensì negli effetti collegati al silenzio.

Il silenzio-inadempimento o silenzio **rifiuto** è un mero fatto.

Il suo campo d'applicazione si ricava dalla lettura dell'art. 2 in combinato disposto con l'art. 20 . Siffatto ambito è quello in cui operano le eccezioni al silenzio- assenso e concerne le ipotesi in cui l'amministrazione , sulla quale grava il dovere giuridico di agire emanando un atto amministrativo a seguito dell'istanza , ometta di provvedere a conclusione di "procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale", nei casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali....

Si tratta di ipotesi molto rilevanti, che attengono in gran parte a interessi critici : il silenzio –inadempimento continua ad essere un istituto centrale nel diritto amministrativo . la disciplina dell'istituto si ricava dall'art. 2 l. 241/90 : trascorso il termine fissato per la conclusione del procedimento, il silenzio può ritenersi formato.

A partire da tale momento, senza necessità di ulteriore diffida, decorre il termine per proporre ricorso giurisdizionale, volto ad ottenere una pronuncia con cui il giudice ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a 30 gg. , potendosi spingere a conoscere della fondatezza dell'istanza.

In passato parte della giurisprudenza richiedeva un'ulteriore diffida e l'inutile decorso del termine di 30 gg. ai sensi dell'art. 25 , d.p.r. 3/57.

Il ricorso può essere proposto fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre un anno dalla scadenza dei termini per provvedere. Sembrano ammessi provvedimenti tardivi, anche perché non c'è stato alcun esercizio del potere salvi ovviamente i profili di eventuale responsabilità dell'amministrazione.

L'art. 21-bis l. tar dispone che il commissario, nominato nel caso in cui l'amministrazione non abbia provveduto nel termine fissato dal giudice, prima di emanare il provvedimento in via sostitutiva, accerti se l'amministrazione abbia adottato l'atto, "ancorché in data successiva al termine assegnato dal giudice". L'atto, illegittimo per violazione della disciplina del termine del procedimento, è qualificato dunque come legittimo direttamente dalla legge.

Il **silenzio-rigetto** si forma nei casi in cui l'amministrazione, alla quale sia stato indirizzato un ricorso amministrativo, rimanga inerte. Oggi la disciplina è stabilita dal d.p.r. 1199/71 il quale dispone che il ricorso si ritiene respinto decorsi 90 gg dalla presentazione del ricorso gerarchico.

Una tipologia differente di silenzio è quella disciplinata dagli artt. 16 e 17 l. 241/90 : l'inutile decorso del termine consente al soggetto pubblico procedente di completare il procedimento pur in assenza di un parere obbligatorio(art. 16), ovvero di rivolgersi ad un'altra amministrazione al fine di ottenere una valutazione tecnica non resa dall'amministrazione alla quale è stata inizialmente richiesta.

4. La dichiarazione di inizio attività (d.i.a.)

L'**istituto della dichiarazione di inizio attività (d.i.a.)** era disciplinato dall'art. 19 l. 241/90 nella sua versione iniziale, e faceva riferimento alla denuncia.

Con tale dichiarazione veniva ad essere eliminata l'intermediazione di un potere amministrativo in ordine all'esplicazione di un'attività privata , con la conseguenza che lo svolgimento di siffatta attività trovava il proprio diretto titolo di legittimazione nella legge , chiamata a fissare direttamente il regime , onde essa può essere definita in senso proprio come "liberalizzata". A differenza del silenzio-assenso, la dichiarazione di inizio attività non costituiva una forma di conclusione del procedimento amministrativo, appunto mancante , in assenza di un potere abilitativo.

Oggi invece l'art. 19 come sostituito dal d.l 35/05, convertito nella l. 80/05, introducendo poteri qualificati come di autotutela ha delineato un regime analogo a quello che si avrebbe ove il potere autorizzatorio fosse stato mantenuto , anche se rimane ferma la natura privata della "dichiarazione".

Esso prevede un meccanismo di "sostituzione" con una "dichiarazione " cui segue una "comunicazione" dell'interessato. La prima va corredata anche per mezzo di autocertificazioni , delle certificazioni e delle attestazioni normativamente richieste di un ampio spettro di provvedimenti: si tratta di "ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale , commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento dei requisiti e presupposti di legge o di atti amministrativi a contenuto generale e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi".

Pure con riferimento alla d.i.a sono previste eccezioni (art. 19, 1 c.). Si tratta degli atti rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza, all'immigrazione,

all'amministrazione della giustizia, ecc. Eccezioni molto numerose e delineate avendo riguardo alla provenienza soggettiva dell'atto.

In ogni modo, in luogo della necessità di ottenere un provvedimento di consenso che abbia i caratteri indicati dal 1 c., il privato può limitarsi a presentare una dichiarazione (all'amministrazione competente alla quale si preannuncia che si inizierà l'attività) e una comunicazione contestuale all'inizio dell'attività.(ai sensi della quale l'attività oggetto della dichiarazione può essere iniziata decorsi 30 gg dalla data di presentazione della dichiarazione all'amministrazione competente .

Contestualmente all'inizio dell'attività, che quindi non può avvenire al momento della prima dichiarazione, l'interessato ne dà comunicazione all'amministrazione competente. Questi sono gli unici oneri del privato che non deve più avanzare una domanda, ma deve porre in essere una attività informativa cui è subordinato l'esercizio del diritto.

Il ruolo dell'amministrazione sembra mutare rispetto a quello rivestito nei procedimenti autorizzatori: essa non esercita infatti il tradizionale e preventivo potere permissivo, ma è chiamata a svolgere una funzione(di amministrazione attiva) di controllo successivo , ossia in un momento in cui l'attività comunque già si svolge lecitamente. Nel termine di 30 gg. successivi alla comunicazione, l'amministrazione competente , in caso di accertata carenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività e i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a 30 gg.”.

L'amministrazione dunque dispone di un potere d'ufficio di verifica e di controllo che si esercita a seguito e sul presupposto della d.i.a e della successiva comunicazione.

Il potere di verifica può sfociare nell'invito a conformare l'attività ovvero nel divieto di prosecuzione dell'attività cui segue la rimozione dei suoi effetti. In ogni caso i poteri incidono sull'attività.

Dove però la prospettiva di una effettiva liberalizzazione dell'attività del privato risulta frustrata è nella previsione di un potere di autotutela che l'amministrazione può esercitare ai sensi dell'art. 21-quinquies e 21 nonies. L'autotutela è tradizionalmente configurata come un provvedimento di secondo grado, che incide sugli atti amministrativi. Qui invece ricorre solo un atto del privato, la cui condizione, agendo in base a una d.i.a. , non è molto dissimile da quella del cittadino che abbia ottenuto un'autorizzazione esposta all'esercizio di poteri discrezionali di autotutela.

Il cittadino è così esposto al possibile esercizio del potere di autotutela con il risultato che viene attenuata di molto la stabilità dell'operazione economica iniziata mediante dichiarazione.

La legge precisa poi che, nei casi in cui sia prevista l'acquisizione di pareri di organi o enti appositi, il termine per l'adozione dei provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione dei suoi effetti sono sospesi , in attesa dell'acquisizione dei pareri, fino ad un massimo di 30 gg. , scaduti i quali l'amministrazione può adottare i propri provvedimenti indipendentemente dall'acquisizione del parere. Della sospensione è data comunicazione all'interessato.

L'art. 21, 2 co. 1. 241/90 stabilisce che “ le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di

coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli artt. 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o comunque in contrasto con la normativa vigente”.

5. L'atto amministrativo e il provvedimento amministrativo: osservazioni generali

Tradizionalmente l'**atto amministrativo** è definito come qualsiasi manifestazione di volontà, giudizio o conoscenza proveniente da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa.

Nell'ambito degli atti amministrativi riveste però peculiare importanza il provvedimento, atto con cui si chiude il procedimento amministrativo.

Il provvedimento è emanato dall'organo competente; ove esso sia collegiale si parla frequentemente di atto collegiale il quale, partecipa degli stessi caratteri del provvedimento emanato da organo monocratico e se ne differenzia, sostanzialmente, soltanto perché è preceduto da un procedimento più complesso, in cui gli interessi rilevanti sono rappresentati non già attraverso la partecipazione al procedimento, ma introdotti dai componenti il collegio all'atto della decisione.

Gli atti amministrativi diversi dai provvedimenti, quali pareri, proposte, valutazioni tecniche, non sono suscettibili di incidere su situazioni giuridiche di terzi, riconosciute dall'ordinamento protette in primo luogo nei confronti dell'amministrazione. Tali atti hanno funzione strumentale e accessoria rispetto ai provvedimenti. Va altresì aggiunto che la p.a pone in essere dei comportamenti giuridicamente rilevanti che non sono atti amministrativi in senso proprio, atteso che in essi non si ravvisano manifestazioni, dichiarazioni o pronunce di volontà, di desiderio o di rappresentazione: si tratta in particolare di **operazioni materiali e misure di partecipazione** volte a portare atti nella sfera di conoscibilità dei terzi.

Posto che il provvedimento ripete i medesimi caratteri del potere, esso è tipico e nominato, e promana da un'autorità pubblica. (La nozione di pubblica amministrazione comprende anche l'attività posta in essere da soggetti privati che esercitano in vario modo funzioni pubbliche nell'ambito di un rapporto con la p.a.).

Il provvedimento è composto da una **intestazione**, nella quale è indicata l'autorità emanante, da un **preambolo**, in cui sono enunciate le circostanze di fatto e quelle di diritto, delineando così il quadro normativo e fattuale nel cui contesto l'atto è emanato, dalla **motivazione**, la quale indica le ragioni giuridiche e i presupposti di fatto del provvedere; talora essa non si distingue dal preambolo, e dal **dispositivo**, il quale rappresenta la parte precettiva del provvedimento e contiene la concreta statuizione posta in essere dall'amministrazione. Il provvedimento è poi datato e sottoscritto, indicando anche il luogo della sua emanazione.

Si applicano comunque agli atti amministrativi alcune tra le norme poste dal codice civile, per l'interpretazione del contratto: es. l'art. 1362, 1363, 1364, ecc. e' esclusa l'interpretazione autentica.

6 . Provvedimento amministrativo e incisione sulle situazioni soggettive

Componente fondamentale del provvedimento è la volontà intesa come volontà provvedimentale. La legge assegna il provvedimento ad una figura soggettiva ai fini dell'imputazione formale dello stesso, e di regola

tale imputazione è fatta dalla legge ad una persona giuridica (ente pubblico) diversa dalla persona fisica dal cui comportamento innegabilmente il provvedimento è prodotto .

Il provvedimento è un atto di disposizione in ordine all'interesse pubblico che l'amministrazione deve perseguire e che si correla con l'incisione di altrui situazioni soggettive.

L'**autoritatività** è una connotazione del potere rivolto alla cura degli interessi pubblici e preordinato alla produzione di effetti giuridici in capo ai terzi ed è propria di ogni provvedimento amministrativo con cui tale potere si esercita , indipendentemente dalla natura favorevole o sfavorevole degli effetti: così intesa essa ricorre pure nelle ipotesi in cui la produzione dell'effetto sia subordinata ad un consenso del destinatario dell'atto.

7 . Unilateralità , tipicità e nominatività del potere

Il provvedimento è sempre caratterizzato dal perseguimento unilaterale di interessi pubblici e dalla produzione unilaterale di vicende giuridiche sul piano dell'ordinamento generale in ordine a situazioni giuridiche dei privati.

La tipicità del provvedimento , diretta espressione del principio di legalità, pare dunque in primo luogo correlata agli effetti di modificazione delle situazioni giuridiche soggettive dei terzi.

La p.a. , per conseguire gli effetti tipici, può inoltre ricorrere soltanto agli schemi individuati in generale dalla legge. E' questo il c.d. principio di **nominatività**, il quale sembra dover essere riferito al provvedimento e al potere.

La distinzione tra nominatività e tipicità non è stata approfondita dalla dottrina e spesso i due termini vengono utilizzati come sinonimi, in quanto il tipo di effetto è legato strettamente al profilo funzionale del potere e dell'atto, e cioè alla prevalenza dell'interesse pubblico su quello privato, richiedendo la predefinizione dei limiti mediante la quale detta prevalenza si manifesta.

L'ordinamento generale appresta in ogni caso due tipi di limiti a garanzia dei privati: da un lato la predefinizione dei tipi di vicende giuridiche che possono essere prodotte dall'amministrazione (tipicità) dall'altro la predeterminazione degli elementi del potere che possa essere esercitato per conseguire quegli effetti (nominatività).

Gli atti amministrativi non provvedimentali presentano talora un certo tasso di atipicità. Dubbi sorgono in dottrina in merito alla natura giuridica degli atti di natura non autoritativa di cui al c. 1-bis della l. 241/90, secondo alcuni di indole privatistica, secondo altri consensuali. Tali atti sono quelli che non costituiscono espressione di un potere amministrativo.

8. Gli elementi essenziali del provvedimento e le clausole accessorie

ai sensi dell'art. 21 septies. L. 241/90 è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, ovvero di quegli elementi la cui assenza impedisce al provvedimento di venire in vita e che costituiscono i limiti del potere attribuito all'amministrazione di cui il provvedimento è espressione.

Ove l'amministrazione non rispetti la norma attributiva del potere nella parte in cui ne individua un limite , il potere stesso non può ritenersi esistente in capo ad essa e il provvedimento è emanato in condizioni di

carenza di potere. Difettando il potere manca la possibilità di produrre l'effetto e la vicenda giuridica non si verifica.

Gli elementi essenziali sono : **il soggetto, il contenuto dispositivo, l'oggetto, la finalità e la forma.**

Il potere è conferito ad un soggetto pubblico dotato di personalità giuridica. La violazione della norma relativa ai limiti soggettivi del potere determina la nullità del provvedimento.(in alcuni casi anche gli atti emanati da soggetti privati esercenti una pubblica funzione sono amministrativi). Lo svolgimento da parte di un'autorità di una potestà spettante ad altro ente dà luogo ad un atto che non produce effetti: parte della dottrina parla di straripamento di potere o di incompetenza assoluta .

Il potere consiste nella possibilità di produrre una determinata vicenda giuridica: è questo il contenuto dispositivo del potere.

La dottrina distingue tra contenuto necessario, contenuto accidentale e contenuto implicito o naturale del provvedimento.

Gli **elementi accidentali** costituiscono il contenuto eventuale del provvedimento e sono il **termine, la condizione e il modo** .

In particolare sono opponibili ai provvedimenti le condizioni essendo possibile subordinare la produzione (condizione sospensiva) o la cessazione dell'effetto (condizione risolutiva) al verificarsi di un avvenimento futuro e incerto.

In ordine al termine va notato che spesso la limitazione temporale dell'efficacia di un atto deriva direttamente dalla legge, ed in questo caso non si può parlare di contenuto accidentale, e per quanto riguarda il modo, l'opinione negativa in ordine alla sua apponibilità ai provvedimenti si giustifica in quanto esso è proprio dei soli atti di liberalità.

L'oggetto, il termine passivo della vicenda che verrà a prodursi a seguito dell'azione amministrativa, deve essere lecito, possibile, determinato o determinabile, e può essere o il bene, la situazione giuridica o l'attività destinati a subire gli effetti giuridici prodotti dal provvedimento.

Il potere e il corrispondente provvedimento sono infine caratterizzati dalla preordinazione alla cura dell'interesse pubblico che è risultato vincente nel giudizio di bilanciamento tra valori diversi risolto dalla norma di relazione(finalità o causa del potere).La legge attributiva del potere può inoltre prevedere che l'atto debba rivestire una certa forma a pena di nullità, di norma la forma è scritta anche se non mancano esempi di esternazioni dell'atto in forma orale o comunque non scritte.

In materia si afferma il principio della libertà delle forme. Il provvedimento può talora risultare per implicito da un altro provvedimento o da un comportamento ; in tali casi l'atto viene pur sempre esteriorizzato anche se soltanto in forma indiretta .

L'art. 3 l. 39/93 stabilisce che gli atti amministrativi vengono di norma predisposti tramite sistemi informativi automatizzati: si tratta del c.d. atto amministrativo informatico. La disciplina del documento informatico è contenuta nell'art. 22 e ss. del d.lgs. 82/05(codice dell'amministrazione digitale) il quale dispone che con d.p.c.m. o del ministro delegato per l'innovazione e le tecnologie sono fissate le regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la duplicazione, la riproduzione e la validazione dei documenti informatici. Il documento informatico, la registrazione su supporto informatico e

la trasmissione con strumenti telematici “sono validi e rilevanti a tutti gli effetti di legge” se conformi alle disposizioni del codice dell’amministrazione digitale. Qualora sottoscritto con firma digitale o con altro tipo di firma elettronica qualificata, il documento informatico fa inoltre piena prova fino a querela di falso della provenienza della dichiarazione da chi l’ha sottoscritto.

Per la formazione, gestione e sottoscrizione di documenti informatici aventi rilevanza esclusivamente interna, ciascuna amministrazione può adottare nella propria autonomia organizzativa, regole diverse da quelle stabilite in generale dal codice. La legge prevede due tipologie di firme: la firma elettronica che attribuisce al documento la validità dell’atto autografo, e la firma digitale, che è un particolare tipo di firma elettronica qualificata, ottenuta attraverso una procedura informatica che garantisce la connessione univoca al firmatario e la sua univoca autenticazione informatica: è basata su un sistema di chiavi crittografiche ed è il risultato di una procedura informatica che consente al sottoscrittore e al destinatario, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l’integrità del documento informatico o di un insieme di documenti informatici.

L’interessato è titolare di una coppia di chiavi crittografiche asimmetriche il cui impiego consente di rendere manifeste e di verificare provenienza e integrità del documento. La chiave, costituita da codici informatici, è dunque l’elemento che consente di criptare un documento. Nel caso di coppie asimmetriche, per la cifratura e decifratura dei documenti sono necessarie due chiavi diverse tra loro: una prima chiave è privata perché è destinata ad essere conosciuta ed utilizzata soltanto dal soggetto titolare; l’altra è pubblica in quanto destinata ad essere divulgata e viene inserita in apposito elenco. Ogni documento cifrato con una delle due chiavi può essere decifrato solo con l’altra. Colui che appone la firma digitale utilizza la chiave privata il destinatario verifica la firma digitale utilizzando la chiave pubblica del sottoscrittore, a lui nota. Per quanto più specificamente attiene ai documenti informatici delle p.a., ai sensi dell’art. 22, codice dell’amministrazione digitale, nelle operazioni riguardanti le attività di produzione, immissione, conservazione di dati, documenti ed atti amministrativi con sistemi informatici e telematici, devono essere indicati e resi facilmente individuabili sia i dati relativi alle amministrazioni interessate sia il soggetto che ha effettuato l’operazione. I documenti trasmessi da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico, ivi compreso il fax, idoneo ad accertarne la fonte di provenienza, soddisfano il requisito della forma scritta e la loro trasmissione non deve essere seguita da quella del documento originale.

In tema di forma dei provvedimenti un cenno meritano le determinazioni, ovvero a ciò che nella prassi sono definiti gli atti dirigenziali, soprattutto quelle che importano un impegno di spesa. La determinazione chiude la fase amministrativa che genera l’obbligazione e, comportando appunto l’impegno, apre quella contabile di attuazione del suo contenuto. Essa costituisce quindi il momento iniziale del procedimento contabile destinato a sfociare nel pagamento della spesa da parte della tesoreria.

9. **Difformità del provvedimento dal paradigma normativo : la nullità e illiceità del provvedimento amministrativo.**

Qualora il provvedimento amministrativo non rispetti il paradigma normativo , l'ordinamento prevede delle diverse conseguenze a seconda se ad essere violata sia stata una norma di azione(che comporta annullabilità) o attributiva del potere.(che comporta nullità).

La dottrina amministrativistica riconduce nullità e annullabilità nell'ambito della categoria della invalidità, consistente nella difformità dell'atto dalla normativa che lo disciplina. Di invalidità parla oggi anche la rubrica del capo IV bis della l. 241/90 che disciplina nullità e annullabilità.

L'art. 21 – septies l. 241/90 si occupa della nullità.

La prima categoria di nullità presa in considerazione dalla norma è quella “strutturale”, essendo nullo il provvedimento amministrativo che menca degli **elementi essenziali**. La seconda riguarda l'atto emanato in **difetto assoluto di attribuzione**.(Il potere amministrativo non esiste e l'effetto non si produce quando l'amministrazione agisce violando una norma attributiva del potere.)

La carenza di potere può presentarsi sia come carenza di potere “**in astratto**” sia come carenza “**in concreto**”. In quest'ultimo caso il potere non manca completamente, sussistendo in astratto, (in quanto le norme attributive del potere sono state rispettate), perchè ad essere violate sono state le norme ulteriori ed aggiuntive che, pur non attenendo alla esistenza del potere , pongono limiti all'esercizio di esso a protezione dell'interesse del singolo .

Altra ipotesi di nullità sussiste con riferimento al provvedimento adottato in **violazione o elusione del giudicato** , con giurisdizione esclusiva in capo al g.a.

L'atto è pure nullo **negli altri casi espressamente previsti dalla legge**.

10. **L'illegittimità del provvedimento amministrativo**

L'atto emanato nel rispetto delle norme attributive del potere ma in difformità di quelle di azione è affetto da **illegittimità** ed è sottoposto al regime dell'**annullabilità**. L'atto annullabile produce gli stessi effetti dell'atto legittimo, ma sono effetti precari nel senso che l'ordinamento prevede strumenti giurisdizionali per eliminarli contestualmente all'atto che li pone in essere .

L'atto illegittimo è inoltre annullabile da parte della stessa amministrazione in via di autotutela ovvero in sede di controllo o di decisione dei ricorsi amministrativi, esso può inoltre essere disapplicato dal giudice ordinario o incidentalmente sia chiamato a verificarne la legittimità al fine di decidere una controversia che attiene alla lesione di diritti soggettivi. Il provvedimento illegittimo può essere convalidato.

Il regime dell'atto annullabile si ricava dall'art. 21 octies l. 241/90, ai sensi del quale è “annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza”. L'art 21 nonies si occupa dell'annullamento d'ufficio dell'atto illegittimo e della sua convalida.

L'illegittimità può essere di quattro tipi: **originaria, sopravvenuta, derivata, parziale**.

Originaria : l'illegittimità si determina con riferimento alla normativa in vigore al momento della perfezione dell'atto.

Sopravvenuta : invece la normativa sopravvenuta successivamente all'emanazione del provvedimento in generale non incide sulla validità dello stesso. Il mutato quadro normativo può aprire piuttosto la via all'adozione di provvedimenti di riesame.

L'ipotesi di annullamento dell'atto che costituisce il presupposto di altro atto dà luogo altresì ad un caso di illegittimità **derivata**.

L'illegittimità **parziale** si riscontra allorché solo una parte del contenuto sia illegittimo sicché soltanto essa sarà oggetto di annullamento salvo che eliminandola non sarà più possibile configurare come tale l'atto amministrativo: la restante parte resta in vigore determinando un cambiamento del contenuto originario dell'atto. (**modificazione**).

Non è annullabile, ai sensi dell'art. 21-octies della l. 241/90 :

- Quando l'atto sia stato adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti ma , per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato;
- Per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Per il principio del conseguimento dello scopo.

11. I vizi di legittimità del provvedimento amministrativo

Le concrete cause della illegittimità degli atti amministrativi sono: l'**incompetenza**, **violazione di legge** e **l'eccesso di potere**.

Essi conseguono alla violazione delle norme di azione e delle disposizioni che attengono alla modalità di esercizio di un potere.

Si suole denominare **incompetenza** il vizio che consegue alla violazione della norma di azione che definisce la competenza dell'organo e cioè, il quantum di funzioni spettante all'organo. A tale vizio non si applica l'art. 21-octies l. 241/90.

Non dà pertanto luogo al vizio di incompetenza la violazione di una di relazione attinente all'elemento soggettivo: in tal caso, definito in dottrina come "incompetenza assoluta", contrapponendola alla "incompetenza relativa" che consegue alla violazione di norme di azione, l'atto sarà addirittura nullo per carenza di potere.

L'incompetenza può aversi per materia, per valore, per grado o per territorio.

Quella per territorio si ha nell'ipotesi in cui un organo eserciti una competenza di un altro organo dello stesso ente che disponga però di una diversa competenza territoriale(es. un prefetto che invade la competenza di un altro prefetto.).

Il vizio di **violazione di legge** sussiste allorché si violi una qualsiasi altra norma di azione generale e astratta che non attenga alla competenza e sempre che, in caso di attività vincolata, non trovi applicazione l'art. 21-octies l. 241/90.

Dal punto di vista contenutistico la violazione di legge abbraccia moltissime situazioni: in particolare sono assai importanti le violazioni procedurali, i vizi di forma, la carenza di presupposti fissati dalla legge.

La violazione di legge può ricorrere sia nel caso di mancata applicazione della norma, sia nell'ipotesi di falsa applicazione della stessa.

Il **vizio di eccesso di potere** è il risvolto patologico della discrezionalità.

Esso sussiste dunque quando la facoltà di scelta spettante all'amministrazione non è correttamente esercitata. L'eccesso di potere nasce dalla violazione di quelle prescrizioni che presiedono allo svolgimento della funzione che non ravvisabili in via preventiva e astratta. Tali regole si sostanziano nel principio di logicità – congruità applicato al caso concreto e la loro violazione è evidenziata dal g.a. in occasione del sindacato dell'eccesso di potere. Il giudizio di logicità-congruità va effettuato tenendo conto dell'interesse primario da perseguire, degli interessi secondari coinvolti e della situazione di fatto. Il principio di **logicità-congruità** racchiude altresì quello di **proporzionalità**. Classica forma dell'eccesso di potere è lo sviamento, che ricorre allorché l'amministrazione persegue un fine differente da quello per il quale il potere le era stato conferito.

La giurisprudenza ha poi elaborato una serie di figure dette **sintomatiche**, le quali sono appunto il sintomo del non corretto esercizio del potere in vista del suo fine. Esse forniscono una sorta di catalogo delle situazioni in cui l'atto può risultare viziato per eccesso di potere. Esempio di figure sintomatiche: **manifesta ingiustizia** (sproporzione tra sanzione e illecito), contraddittorietà tra più parti dello stesso atto(tra dispositivo e preambolo o motivazione); **disparità di trattamento** tra situazioni simili; **travisamento dei fatti**, incompletezza e difetto dell'istruttoria.

Ricorre eccesso di potere allorché la motivazione sia insufficiente, incongrua, contraddittoria, illogica. si parla in tali casi di **difetto di motivazione**.

L'assenza di motivazione (c.d. **carezza di motivazione**) dà invece luogo al vizio di violazione di legge, atteso che la motivazione è obbligatoria ex art. 3 l. 241/90.

Costituiscono figure di eccesso di potere anche le violazioni di circolari, di ordini e di istruzioni di servizio e il mancato rispetto della prassi amministrativa.

La **circolare** è un atto non avente carattere normativo mediante la quale l'amministrazione fornisce indicazioni in via generale ed astratta in ordine alle modalità con cui dovranno comportarsi in futuro i propri dipendenti e i propri uffici.

Esistono anche le circolari intersoggettive indirizzate a enti diversi dall'autorità emanante, spesso in funzione di coordinamento.

La **prassi amministrativa** è il comportamento costantemente tenuto da un'amministrazione nell'esercizio di un potere. Non si tratta di una fonte del diritto, (e in questo si differenzia dalla consuetudine) la sua inosservanza non dà luogo a violazione di legge, ma può essere sintomo, se non sorretta da adeguata motivazione, di eccesso di potere.

12. La motivazione dei provvedimenti amministrativi

Un importante requisito di validità comune ad una serie di atti è la **motivazione**, disciplinata normativamente all'art. 3 della l. 241/90, a tenore del quale "ogni provvedimento amministrativo, compresi

quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale , deve essere motivato". Fanno eccezione gli atti normativi e gli atti a contenuto generale .

La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione amministrativa , in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

Ai sensi dell'art. 3 l. 241/90 il dovere di motivare è soddisfatto se il provvedimento richiama altro atto che contenga esplicita motivazione e questo sia reso disponibile (motivazione **per relationem**).

Anche gli atti amministrativi non provvedimentali devono essere motivati per garantire il rispetto del principio della trasparenza dell'attività amministrativa.

La motivazione di questi atti esplicita all'esterno la congruità di scelte , valutazioni o determinazioni che non coinvolgono direttamente situazioni giuridiche, (come invece avviene nei provvedimenti) avendo un esclusivo rilievo endoprocedimentale.

13. I vizi di merito

Dai vizi di legittimità si distinguono i vizi di merito che attengono alla opportunità dell'atto.

Il merito amministrativo consiste nell'insieme delle soluzioni compatibili con il canone della congruità – logicità che regola l'azione discrezionale , distinguibili soltanto utilizzando i criteri di opportunità e convenienza.

L'illegittimità per vizi di merito si verifica nei casi in cui la scelta discrezionale configge con tali criteri non giuridici .

L'inopportunità dell'atto assume allora rilevanza perché l'ordinamento prevede la sua sindacabilità , attraverso il controllo di merito, l'annullamento in via di autotutela, i ricorsi amministrativi e i ricorsi giurisdizionali nell'ambito della giurisdizione di merito. Il regime dell'atto viziato per vizi di merito è l'annullabilità nei soli casi previsti dalla legge.

14. Procedimenti di riesame dell'atto illegittimo: conferma, annullamento, riforma , convalida.

I provvedimenti c.d. di "secondo grado" sono caratterizzati dal fatto di essere espressione di autotutela e di avere ad oggetto altri e precedenti provvedimenti amministrativi o fatti equipollenti. Si distinguono :

- **poteri di riesame** , sotto il profilo della validità , di precedenti provvedimenti o di fatti equipollenti(silenzio significativo)
- **poteri di revisione** , relativi all'efficacia di precedenti atti.

Il procedimento di riesame può avere esiti differenti : conferma della legittimità, riscontro dell'illegittimità (ma sanabile) dell'atto, riscontro dell'illegittimità non sanabile dello stesso.

Indipendentemente dalla misura adottata , l'amministrazione deve comunque dare conto in ogni caso della sussistenza di un interesse pubblico specifico che la giustifichi: l'autotutela è infatti pur sempre esercizio di amministrazione attiva , e rivolta alla tutela di un interesse pubblico.

Il provvedimento che viene adottato allorché l'amministrazione verifichi l'insussistenza dei vizi nell'atto sottoposto a riesame viene tradizionalmente definito come conferma o atto confermativo.

All'atto confermativo in senso proprio può essere accostato il rifiuto preliminare, che consiste nel rifiuto di porre in essere un procedimento che costituisca esercizio della funzione; tale atto, non impugnabile, consegue ad un'attività preliminare volta alla verifica dell'esistenza dei presupposti dell'esercizio del potere. Un caso di provvedimento apparentemente confermativo espressamente disciplinato dalla legge è quello dell'art. 25 l. 241/90.

L'annullamento d'ufficio (o annullamento in sede di autotutela) è il provvedimento mediante il quale si elimina un atto invalido e vengono rimossi ex tunc ossia retroattivamente, a partire dal momento dell'emanazione, gli effetti prodotti, ancorché questi consistano nella costituzione di un diritto soggettivo in capo al destinatario.

Ai sensi dell'art. 21-bis, c. 1 l. 241/90 il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

A differenza dell'annullamento posto in essere dal giudice amministrativo, che è previsto in vista della tutela delle situazioni giuridiche dei privati, l'annullamento d'ufficio ha la funzione di tutelare l'interesse pubblico: il rilievo concorre a spiegare perché, accanto alla illegittimità dell'atto, occorra anche la sussistenza di un interesse pubblico che giustifichi l'eliminazione dell'atto medesimo e dei suoi effetti.

I presupposti per esercitare il potere di annullamento d'ufficio sono costituiti dall'illegittimità del provvedimento e dalla sussistenza, come in ogni esercizio della potestà di autotutela, di ragioni di interesse pubblico. Pertanto l'amministrazione deve valutare se l'eliminazione del provvedimento invalido sia conforme con l'interesse pubblico, anche tenendo conto degli interessi nel frattempo sorti sia in capo ai privati che sul provvedimento abbiano fatto affidamento, sia in capo ai controinteressati. L'annullamento va posto in essere entro un termine ragionevole, decorso il quale i suoi effetti vanno comunque considerati consolidati.

Vanno poi individuate alcune situazioni in cui l'annullamento sarebbe doveroso, quindi non discrezionale, ed indipendente dalla valutazione di interessi pubblici e privati, assumendo caratteri assai prossimi all'esercizio della funzione di controllo.

Con riferimento all'ipotesi di atto amministrativo conforme a norme nazionali in contrasto con la disciplina comunitaria, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che l'eliminazione del contrasto normativo (disapplicazione) e le connesse conseguenze amministrative, costituiscono adempimento di un obbligo internazionale dello stato la cui legittimità è stata ampiamente riconosciuta e di fronte al quale non può non recedere ogni altro interesse pubblico o privato.

Si noti che la produzione degli effetti retroattivi dell'annullamento potrebbe essere impedita dall'esistenza di situazioni già consolidate non suscettibili di rimozione o la cui rimozione configgerebbe con il principio di buona fede o di affidamento ingenerato in capo a chi, sul presupposto della legittimità dell'atto, vi abbia dato esecuzione.

L'affermazione tradizionale secondo cui l'annullamento comporta sempre l'eliminazione dell'atto con efficacia ex tunc va oggi rivisitata, atteso che l'annullamento è ammesso anche nei confronti del silenzio-assenso, figura in cui un provvedimento non ricorre.

Discussa è la sorte degli atti che seguono il provvedimento annullato e di cui lo stesso costituisce il presupposto: sicuramente essi sono affetti da illegittimità derivata. Secondo un indirizzo giurisprudenziale e dottrinale la caducazione dell'atto presupposto determinerebbe l'automatica caducazione degli atti consequenziali.

Un effetto caducante automatico potrebbe ravvisarsi nell'ipotesi in cui l'atto annullato costituisca non solo un presupposto di validità dell'atto successivo, ma addirittura un suo presupposto di esistenza.

Il potere di annullamento può essere dunque esercitato entro un termine ragionevole. L'eccessivo decorso del tempo, rapportato all'affidamento ingenerato nei terzi, può dunque causare l'illegittimità del relativo atto.

In questa ipotesi ricorre la figura della **convalescenza** dell'atto per decorso del tempo la quale impedisce appunto l'annullamento d'ufficio di atti illegittimi qualora essi abbiano prodotto i loro effetti per un periodo adeguatamente lungo.

Il potere di annullamento spetta all'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

Ove la parte annullata sia sostituita da altro contenuto si ha la figura della **riforma**, avente efficacia ex nunc. Questa è la riforma "sostitutiva", perché esiste anche la riforma "aggiuntiva" che consiste nell'introduzione di ulteriori contenuti a quello originario. Ai sensi dell'art. 14 t.u.p.i. il ministro non può riformare i provvedimenti dei dirigenti.

La **convalida** è un provvedimento di riesame a contenuto conservativo: ai sensi dell'art. 21 nonies l. 241/90 l'amministrazione ha la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendo le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. Il relativo potere è applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici. L'amministrazione rimuove il vizio che inficia il provvedimento di primo grado e pone in essere una dichiarazione che espressamente riconosce il vizio ed esprime la volontà di eliminarlo, sempreché tale vizio sia suscettibile di essere rimosso. Gli effetti della convalida retroagiscono al momento dell'emanazione dell'atto convalidato.

Dalla convalida si distingue la sanatoria in senso stretto, la quale ricorre allorché il vizio dipende dalla mancanza, nel corso del procedimento, di un atto endoprocedimentale la cui adozione spetta a soggetto diverso dall'amministrazione competente ad emanare il provvedimento finale. L'atto può essere sanato da un provvedimento tardivo che dà luogo ad una sostanziale inversione dell'ordine procedimentale.

15. Conversione, inoppugnabilità, acquiescenza, ratifica, rettifica e rinnovazione.

La **conversione** è istituto che riguarda gli atti nulli: in luogo dell'atto nullo è da considerare esistente un differente atto, perché sussistono tutti i requisiti di questo e risulti che l'agente avrebbe voluto il secondo atto ove fosse stato a conoscenza del mancato venire in essere del primo. Essa opera ex tunc in base al principio della conservazione dei valori giuridici. Si ammette talora in dottrina e in giurisprudenza la possibilità della conversione anche in atti annullabili.

In tali casi si verifica in realtà un fenomeno più complesso, costituito dall'annullamento dell'atto originario e dalla conseguente caducazione dei suoi effetti e dalla sostituzione con altro atto di cui sussistono nel primo tutti i requisiti.

L'**inoppugnabilità** è la condizione in cui l'atto viene a trovarsi ove siano decorsi i termini per impugnarlo. L'inoppugnabilità comporta l'inattaccabilità dell'atto, ma la figura opera sul piano giustiziale .

L'**acquiescenza** è l'accettazione spontanea e volontaria da parte di chi potrebbe impugnarlo, delle conseguenze dell'atto e, quindi, della situazione da esso determinata. Il comportamento acquiescente deve desumersi da fatti univoci, chiari e concordanti; esso presuppone la conoscenza del provvedimento e, pur in presenza di alcune decisioni giurisprudenziali in senso contrario, l'avvenuta sua emanazione. L'acquiescenza non produce effetti erga omnes: essa osta alla proposizione del ricorso amministrativo o giurisdizionale da parte del solo soggetto che l'ha prestata.

Ancora differente è l'istituto della **ratifica** che ricorre allorché sussista una legittimazione straordinaria di un organo ad emanare a titolo provvisorio e in una situazione d'urgenza un provvedimento che rientra nella competenza di un altro organo, il quale, ratificando, fa proprio quel provvedimento originariamente legittimo. Diversa è la **rinnovazione** del provvedimento annullato, che consiste nell'emanazione di un nuovo atto, avente dunque effetti ex nunc, con la ripetizione della procedura a partire dall'atto endoprocedimentale viziato.

16.L'efficacia del provvedimento amministrativo: limiti spaziali e temporali

La produzione degli effetti sul piano dell'ordinamento generale è subordinata alla sussistenza di tutti gli elementi rilevanti per tale produzione.

L'efficacia incontra limiti territoriali : essi corrispondono di norma a quelli di competenza dell'autorità . L'efficacia del provvedimento può essere subordinata al compimento di determinate operazioni , al verificarsi di alcune circostanze o all'emanazione di ulteriori atti rispetto all'adozione del provvedimento in sé . solo a quel punto la fattispecie si completa nel senso che risultano integrate tutte le circostanze che l'ordinamento ha previsto allorché possa prodursi l'effetto sul piano dell'ordinamento generale.

L'atto può essere perfetto ma non efficace, efficace ma annullabile, in quanto, pur ricorrendo tutti i requisiti e gli elementi di efficacia, l'atto o il procedimento che lo precede non è conforme al paradigma normativo.

L'efficacia del provvedimento incontra non solo limiti spaziali, ma anche temporali, nel senso che, pur sussistendo il principio secondo cui gli atti di norma producono effetti al momento in cui sono venuti in essere, non mancano esempi di atti ad efficacia differita o ad efficacia retroattiva.

I primi sono quelli la cui operatività è subordinata al completarsi della fattispecie operativa.

L'efficacia può essere sospesa così come sussistono altre circostanze che del pari condizionano lo spiegarsi dell'efficacia.

L'atto amministrativo è di regola irretroattivo, tuttavia si riconosce l'efficacia di alcuni atti prima del perfezionarsi della fattispecie. Esistono atti, come quelli che incidono sulla fattispecie, retroattivi per natura. Al di fuori di queste ipotesi, la retroattività , in quanto mira a soddisfare un interesse del singolo, è ammessa solo se l'atto produce effetti favorevoli per il destinatario e non sussistono controinteressati, ovvero se vi è il consenso dell'interessato.

Sempre in tema di limiti temporali dell'efficacia, occorre poi distinguere tra atti ad efficacia istantanea e atti ad efficacia durevole o prolungata.

17. I procedimenti di revisione: sospensione, proroga, revoca e ritiro del provvedimento amministrativo.

L'efficacia durevole o prolungata può essere condizionata anche dall'adozione di provvedimenti amministrativi post in essere a conclusione di procedimenti, detti procedimenti di revisione, di 2° grado, ossia aventi ad oggetto altri provvedimenti, o meglio, la loro efficacia.

La **eseguibilità** consiste nella effettiva attitudine del provvedimento ad essere eseguito. Il provvedimento è poi eseguito mediante "l'**esecuzione**". Ai sensi dell'art. 21-quater l. 241/90 i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalle legge o dal provvedimento medesimo.

Tipico atto che incide sull'eseguibilità e sull'efficacia è la **sospensione amministrativa**. La sospensione è il provvedimento con il quale, nel corso di una procedura principale di riesame o di revisione ed a fini cautelari, viene temporaneamente paralizzata l'eseguibilità e l'efficacia di un provvedimento efficace.

L'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze.

La **proroga** è il provvedimento con cui si protrae ad un momento successivo il termine finale di efficacia di un provvedimento durevole.

La proroga in senso proprio va adottata prima della scadenza del provvedimento di primo grado.

La **revoca** è il provvedimento che fa venir meno la vigenza degli atti ad efficacia durevole, a conclusione di un procedimento volto a verificare se i risultati cui si è pervenuti attraverso il precedente provvedimento meritino di essere conservati.

Ai sensi dell'art. 21-quinquies l. 241/90 per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento delle situazioni di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato.

Alla radice dell'istituto della revoca in senso proprio si profilano dunque più situazioni: può accadere che siano sopravvenuti motivi di interesse pubblico o siano mutate le circostanze di fatto esistenti al momento dell'adozione del provvedimento di primo grado sicché non appare conforme all'interesse pubblico il perdurare della sua vigenza, ovvero che l'amministrazione valuti nuovamente la stessa situazione già oggetto di ponderazione al momento dell'adozione dell'atto di primo grado.

Ai sensi dell'art. 21 quinquies la revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti.

Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

La competenza a disporre la revoca spetta all'organo che ha emanato l'atto, ovvero ad altro previsto dalla legge.

Nella prassi amministrativa si parla di revoca anche per indicare la diversa ipotesi (definita dalla dottrina abrogazione) in cui con un provvedimento vincolato viene fatta cessare la permanenza della vigenza di atti

legittimi ad efficacia prolungata allorché venga meno uno dei presupposti specifici sul fondamento dei quali tali atti erano stati emanati. La rimozione, che non esclude la revoca, ha efficacia a partire dal momento in cui si realizza la contrarietà al diritto della perdurante vigenza dell'atto di primo grado.

Vi è infine l'atto di ritiro del provvedimento amministrativo (regolamentari o generali) con efficacia ex nunc. (per es. a seguito di referendum ex art. 123 cost.).

18. Esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo.

L'idoneità del provvedimento, legittimo o illegittimo, a produrre automaticamente ed immediatamente i propri effetti allorché l'atto sia divenuto efficace è detta **esecutività**.

La l. 241/90 all'art. 21-quater indica con il termine esecutività il carattere dell'eseguibilità e, cioè, la sua idoneità non a produrre effetti, ma ad essere eseguito.

La norma disciplina poi la "esecuzione" del provvedimento, stabilendo che, se efficace, esso va eseguito immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento stesso.

Con il termine esecutorietà del provvedimento si indica allora la possibilità che essa sia compiuta, in quanto espressione di autotutela, direttamente dalla p.a., senza dover ricorrere previamente ad un giudice.

La problematica della esecutorietà concerne soltanto i provvedimenti che richiedono un'attività esecutiva alla quale deve prestare la propria collaborazione il privato. L'art. 21 ter l. 241/90 dispone al riguardo che nei casi e nei modi stabiliti dalla legge, le p.a. possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti.

Qualora l'interessato non ottemperi, le p.a., previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge.

Molteplici sono i mezzi attraverso i quali l'esecutorietà si manifesta nel nostro ordinamento.

Nell'ipotesi in cui il provvedimento costituisca obblighi di fare infungibili, l'amministrazione può procedere alla coercizione diretta se ammessa dalla legge e se compatibile con i valori costituzionali.

Nei casi di obblighi di dare relativi a somme di denaro, la legge contempla due ipotesi: l'esecuzione forzata territoriale tramite ruoli e, per quanto riguarda le entrate patrimoniali, il procedimento caratterizzato dall'ingiunzione.

19. Gli accordi amministrativi: osservazioni generali

L'attuale normativa, ed in particolare la l. 241/90, consente che le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune (art. 15 l. 241/90).

Inoltre la legge sul procedimento amministrativo, dispone all'art. 11 che "in accoglimento di osservazioni o proposte presentate a norma dell'art. 10, l'amministrazione procedente può concludere senza pregiudizio dei diritti dei terzi e, in ogni caso, nel perseguimento del pubblico interesse, accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo".

L'accordo si caratterizza per il necessario coinvolgimento di profili diversi da quelli patrimoniali, in particolare dell'esercizio di potere amministrativo che, con formula descrittiva, viene qualificato come bene sottratto alla comune circolazione giuridica.

20. Gli accordi tra amministrazione e privati ex art. 11, l. 241/90

Due sono le tipologie di accordi tra amministrazione e privati: gli accordi sostitutivi di provvedimento e gli accordi integrativi del provvedimento (determinativi del contenuto discrezionale del provvedimento stesso).

Le differenze essenziali in ordine alla disciplina tra i due modelli sono le seguenti: mentre l'accordo sostitutivo tiene luogo del provvedimento, l'accordo determinativo del contenuto non elimina la necessità del provvedimento nel quale confluisce, sicché il procedimento si conclude pur sempre con un classico provvedimento unilaterale produttivo di effetti, onde l'accordo ha effetti solo interinali; soltanto gli accordi sostitutivi sono soggetti ai medesimi controlli previsti per i provvedimenti, mentre nel caso di accordi determinativi del contenuto discrezionale, il controllo, ove previsto, avrà ad oggetto il provvedimento finale.

Quanto alla possibile qualificazione di tali accordi come contratti, le maggiori perplessità in ordine a tale soluzione, pur sostenuta da alcuni autori, nascono non tanto dalla circostanza che i negozi in esame hanno ad oggetto l'esercizio del potere, quanto dall'incompatibilità del regime cui sono assoggettati con il modello civilistico di contratto.

A differenza di quanto accade nelle fattispecie contrattuali, l'interesse affidato alla cura di una delle due parti, il soggetto pubblico, assume all'interno dell'accordo un ruolo del tutto differente rispetto a quello del privato: l'accordo deve essere stipulato "in ogni caso nel perseguimento dell'interesse pubblico" e "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse l'amministrazione recede unilateralmente dall'accordo, corrispondendo un indennizzo".

La validità dell'accordo e la sua vincolatività sono subordinate alla compatibilità con l'interesse pubblico, il quale ne diviene così elemento definitorio.

La rilevanza dell'interesse pubblico consente di qualificare l'accordo come atto appartenente al diritto pubblico, la cui stipulazione è preceduta da un'attività pubblica dell'amministrazione e da un'attività del cittadino che rimane privata. Dall'esame dell'art. 11 l. 241/90 la dottrina ha tratto numerosi ulteriori spunti a favore della tesi della natura pubblica dell'accordo. L'accordo sostitutivo risulta assoggettato agli stessi controlli ai quali sarebbe sottoposto il provvedimento.

Dal punto di vista processuale la norma stabilisce la giurisdizione esclusiva del g.a. in ordine alle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi. L'accordo si differenzia nettamente anche dai contratti stipulati dalle p.a.

Gli accordi debbono essere stipulati, a pena di nullità, per atto scritto, salvo che la legge disponga diversamente. Agli accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Le regole sull'annullabilità del contratto sono applicabili alla formazione del consenso del cittadino, mentre appaiono incompatibili con l'esercizio del potere amministrativo retto dalla disciplina pubblicistica. Sembra invece ammissibile il rinvio ai principi che impongono alle parti di comportarsi secondo buona fede e, con riferimento alle situazioni in cui vi sia un

inadempimento degli obblighi assunti, a quelli in tema di risoluzione per inadempimento e per sopravvenuta impossibilità della prestazione, sempre facendo salvo il criterio della compatibilità.

L'accordo è strettamente legato al tema della partecipazione: esso può infatti essere concluso "in accoglimento di osservazioni e proposte".

Ai sensi dell'art.11, 4 c. bis, a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, in tutti i casi in cui una pubblica amministrazione conclude accordi, la stipulazione è preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento.

Il recesso dall'accordo invece corrisponde alla revoca del provvedimento, e si configura come un mezzo autoritativo di risoluzione del rapporto, espressione del potere a fronte del quale la posizione del privato si atteggia ad interesse legittimo, incidendo sui rapporti, sciogliendoli, piuttosto che sugli atti.

L'**accordo integrativo** è un accordo endoprocedimentale destinato a riversarsi nel provvedimento finale. Esso, ammissibile soltanto nelle ipotesi in cui il provvedimento sia discrezionale, fa sorgere un vincolo fra le parti: in particolare la p.a. è tenuta ad emanare un provvedimento corrispondente al tenore dell'accordo.

In caso contrario il g.a. potrà dichiarare l'obbligo di provvedere. L'effetto finale è da rapportare solo al provvedimento, soggetto al consueto regime pubblicistico, e unico atto impugnabile. Il provvedimento non è revocabile, almeno per quella parte che corrisponde all'accordo, in ordine alla quale si può esercitare il potere di recesso.

Per quanto riguarda l'accordo sostitutivo, in seguito alle riforme del 2005, non è più necessaria la previsione di legge delle ipotesi in cui era possibile concluderlo.

L'accordo sostitutivo del provvedimento è soggetto ai medesimi controlli previsti per quest'ultimo, pertanto ha l'efficacia del provvedimento che sostituisce. È strumento che non elimina la possibilità che il provvedimento sia emanato nel caso in cui l'accordo non venga stipulato.

In conclusione si ribadisce che la indubbia accresciuta considerazione degli interessi dei privati, realizzata dalla recente normativa sul procedimento amministrativo, non pare in grado di eliminare il carattere di necessaria preordinazione alla cura degli interessi pubblici dell'azione amministrativa e la unilateralità della disposizione in ordine agli stessi.

21. I contratti di programma e gli accordi tra amministrazioni

Con il termine "**contratto di programma**" si suole indicare gli atti mediante i quali soggetti pubblici e privati raggiungono intese mirate al conseguimento di obiettivi comuni. In questo senso il contratto di programma si contrappone all'accordo di programma che essendo un tipo di accordo tra amministrazioni, coinvolge soltanto soggetti pubblici.

Spesso il termine indica però il disciplinare relativo ad alcuni servizi.

Alla prima forma di contratti stipulati con privati, si accostano altre figure introdotte dalla recente normativa. Ad. Es. la l.662/96 recante la disciplina delle attività di **programmazione negoziata** che coinvolgono una molteplicità di soggetti pubblici e privati: essa individua, quali strumenti specifici, le **intese istituzionali di programma**, gli **accordi di programma quadro**, i **patti territoriali**, i **contratti di programma** e i **contratti d'area**.

La distinzione con gli accordi sostitutivi va rinvenuta nel fatto che, con riferimento alle figure di programmazione negoziata, non è possibile individuare un provvedimento che venga sostituito mediante accordo.

La differenza tra le due figure è tuttavia più netta sul piano sostanziale: a differenza di quanto accade per gli accordi sostitutivi, legati alla partecipazione procedimentale di un privato in situazione di soggezione, gli altri strumenti servono per concordare azioni comuni tra soggetti sostanzialmente collocati sullo stesso piano e particolarmente qualificati. Si tratta di strumenti aventi finalità di coordinamento tra più centri di potere tendenzialmente paritari e tra differenti processi decisionali.

Gli **accordi tra amministrazioni** sono impiegati come strumenti per concordare lo svolgimento di attività in comune in un contesto in cui la frammentazione dei poteri richiede costantemente misure di raccordo e di semplificazione. Infatti la norma che stabilisce il potere di concludere accordi tra le amministrazioni è inserita nel capo relativo alla semplificazione procedimentale, mentre l'art. 11 l. 241/90 si occupa della partecipazione al procedimento.

L'art. 15 l. 241/90 prevede in generale che le amministrazioni pubbliche possano sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. Si osservano in quanto applicabili le disposizioni dell'art. 11, comi 2,3 e 5 l. 241/90.

Un primo esempio di accordi è costituito dalle conferenze dei servizi le quali sono previste come accordo sostitutivo di parti del procedimento caratterizzate dalla sussistenza di un interesse pubblico rilevante.

Uno dei problemi principali che riguardano tali modelli negoziali attiene alle conseguenze del dissenso espresso da una delle parti interessate. L'ordinamento prevede talora strumenti per superare siffatto dissenso affidando in particolare allo stato poteri sostitutivi da esercitarsi secondo modalità garantistiche in caso di mancato raggiungimento dell'accordo.

Va poi operata una distinzione tra gli accordi che si inseriscono all'interno di un procedimento amministrativo che sfocia nell'adozione di un formale atto finale e quelli che invece hanno una rilevanza autonoma: nella prima tipologia di accordi l'ordinamento si preoccupa di prevedere strumenti per superare il mancato raggiungimento dell'intesa, atteso che esiste un'amministrazione procedente titolare di un interesse primario, laddove nel secondo caso, allorché manchi un'amministrazione titolare di un interesse primario, lo stallo va superato sul piano dei rapporti politici tra i due soggetti. L'accordo qui sintetizza l'atto tra soggetti pariorinati producendo effetti e regolamentando gli interessi.

22. Gli accordi di programma

Particolari accordi tra amministrazioni, destinati ad essere approvati da un provvedimento amministrativo formale, sono gli accordi di programma, dai quali derivano obblighi reciproci alle parti interessate e coinvolge nella realizzazione di complessi interventi.

La figura è prevista da molteplici normative, alcune delle quali ammettono tra l'altro il coinvolgimento dei privati, ma trova un importante esempio di disciplina nell'art. 34 T.U.E.L. "Per la definizione e l'attuazione di opere, interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'adozione integrata e coordinata di comuni, province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti

pubblici, e comunque di due o più soggetti predetti, il presidente della regione o il presidente della provincia o il sindaco, in relazione alla competenza primaria o prevalente sull'opera o sugli interventi e programmi di intervento, promuove la conclusione di un accordo di programma, anche su richiesta di uno o più soggetti interessati, per assicurare il coordinamento delle azioni e per determinare i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso adempimento.”

Rispetto alla norma base di cui all'art. 15 l. 241/90 gli accordi di programma di cui al t.u.e.l. si caratterizzano per la specificità dell'oggetto, per il carattere fortemente discrezionale che li permea, e per il loro contenuto di regolamentazione dell'esercizio dei poteri delle amministrazioni interessate, nonché per un notevole dettaglio della disciplina cui sono assoggettati.

In particolare l'art. 34 t.u.e.l. prevede la fase obbligatoria della conferenza dei servizi, convocata per verificare la possibilità di raggiungere l'accordo, e si occupa dell'approvazione dell'accordo stesso, della possibilità che l'accordo preveda procedimenti arbitrari e interventi surrogatori in caso di inadempienze, degli effetti dell'accordo, nonché della vigilanza sulla sua esecuzione.

Domande:

- nozione di atto amministrativo
- categorie degli atti amministrativi e loro definizioni
- differenza tra atto e provvedimento amministrativo
- requisiti di legittimità del provvedimento
- elementi essenziali del provvedimento
- che cosa si intende per discrezionalità amministrativa?
- I limiti alla discrezionalità
- Che cosa è la motivazione del provvedimento?
- Quali sono i principali poteri della pubblica amministrazione
- Differenze tra autorizzazione e concessione
- Che cosa è la d.i.a.? dove è disciplinata?
- Quali diversi significati possono essere attribuiti al silenzio?
- E' impugnabile il silenzio di fronte al giudice? E come?
- Diritti soggettivi e interessi legittimi: differenze
- Quali sono i tre vizi del provvedimento amministrativo?
- Differenze tra annullabilità e nullità
- Quali sono le manifestazioni di autotutela della pubblica amministrazione?
- Gli atti di convalida della p.a.
- Quali sono gli atti di ritiro?
- Che cosa sono gli accordi tra privati e pubblica amministrazione? Dove sono disciplinati?
- Cosa sono gli accordi di programma?
- Che cosa si intende per efficacia dell'atto? e per esecutorietà?
- Cosa si intende per conservazione dell'atto?
- Procedimento sanzionatorio

CAPITOLO VIII

OBBLIGAZIONI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E DIRITTO COMUNE

1. Il regime delle obbligazioni pubbliche tra diritto comune e deviazioni pubblicistiche

Contratto, fatto illecito, legge e altri fatti o atti di cui all'art. 1173 c.c. sono fonti di obbligazioni anche per la p.a. che si trova nella stessa situazione in cui si colloca ogni altro soggetto dell'ordinamento.

Con riferimento alle obbligazioni a carico dell'amministrazione si parla talora in dottrina di **obbligazioni pubbliche**.

Tale accezione appare però ambigua atteso che le obbligazioni comunque sorte sono sottoposte alla disciplina privatistica.

Il termine obbligazioni pubbliche può dunque essere impiegato soltanto per indicare la natura pubblica del soggetto alle quali si riferisce: esse gravano infatti sugli enti pubblici. Esiste un ampio ventaglio di obbligazioni facenti capo all'amministrazione in forza di leggi, di contratti e di provvedimenti, volte a fornire prestazioni o beni a favore del cittadino o della collettività.

2. I contratti della pubblica amministrazione

Gli enti pubblici godono della capacità giuridica di diritto privato e possono utilizzare gli strumenti di diritto comune, come il contratto, per svolgere la propria azione e per conseguire i propri fini.

L'amministrazione ha la capacità giuridica di stipulare contratti di diritto privato, fatte salve le eccezioni stabilite dalla legge; essa, però, può agire utilizzando gli strumenti privatistici soltanto nei casi in cui vi sia attinenza con le finalità pubbliche.

L'attività contrattuale è disciplinata in primo luogo dal diritto privato ma è altresì sottoposta a regole di diritto amministrativo.

Il contratto si differenzia nettamente dall'accordo in quanto è caratterizzato dall'irrelevanza dell'interesse pubblico in ordine al regime di validità del negozio e dall'insensibilità del rapporto contrattuale nei confronti delle variazioni dell'interesse dell'amministrazione parte contraente.

L'interesse pubblico rileva però con una serie di importanti conseguenze sul piano del procedimento che segna la formazione della volontà dell'amministrazione: l'espressione "**evidenza pubblica**", utilizzata per descrivere il procedimento amministrativo che accompagna la conclusione dei contratti della pubblica amministrazione, indica appunto il fatto che questa fase deve svolgersi in modo da esternare l'iter seguito dall'amministrazione, anche al fine di consentire il sindacato alla luce del criterio della cura dell'interesse pubblico.

Tale procedura è caratterizzata dalla presenza di atti amministrativi mediante i quali l'amministrazione rende note le ragioni di pubblico interesse che giustificano in particolare l'intenzione di contrattare, la scelta della controparte e la formazione del consenso.

La normativa fondamentale in materia di contratti dei soggetti pubblici è costituita dalla l. di contabilità dello Stato (r.d. 2240/1923) e del relativo regolamento (r.d. 827/1924), salve poi alcune normative di derivazione comunitaria es. l. 109/94 in materia di appalti di lavori pubblici.

Con riferimento ai riflessi sul bilancio dell'ente si opera la distinzione tra **contratti attivi** (se mediante essi l'amministrazione si procura entrate: vendite , locazioni,) e **contratti passivi** (attraverso i quali l'amministrazione si procura beni e servizi: tali contratti comportano dunque l'erogazione di spese).

2.1 Le principali scansioni del procedimento ad evidenza pubblica: la deliberazione di contrattare e il progetto di contratto

Il procedimento ad evidenza pubblica, volto ad assicurare l'imparzialità e la trasparenza nella scelta del miglior contraente, si apre con la **determinazione di contrattare** (o **determinazione a contrattare**), ovvero con la predisposizione di un **progetto di contratto**; tali atti predeterminano il contenuto del contratto e la spesa prevista ed individuano altresì la modalità di scelta del contraente.

Il progetto di contratto deve essere corredato dai capitoli d'onori. I **capitolati generali** definiscono le condizioni che possono applicarsi indistintamente ad un determinato genere di lavoro, appalto o contratto e le forme da seguirsi per le gare. La giurisprudenza riconosce loro carattere non normativo, sicchè la fonte della loro efficacia risiede nell'adesione ad essi prestata dalle parti e non discende quindi direttamente da essi; la loro violazione non dà luogo al vizio di violazione di legge. Anche ai **capitolati speciali** la dottrina e la giurisprudenza riconoscono carattere non normativo. Essi riguardano le "condizioni che si riferiscono più particolarmente all'oggetto proprio del contratto" e quindi, pongono parte della regolamentazione del rapporto contrattuale, contenendo le condiz. gen. di contr.ai sensi dell'art. 1341 c.c.

La determinazione a contrattare e il progetto possono essere soggetti a controlli e a pareri. Essi inoltre sono considerati tradizionalmente atti amministrativi interni, non rilevanti per i terzi, e come tali, non impugnabili e non revocabili dall'amministrazione. Il parere obbligatorio del Consiglio di stato è previsto soltanto "sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri", (non più sui singoli progetti di contratto predisposti dai ministri).

Una funzione consultiva in ordine alla stesura di schemi di capitolati e nelle questioni relative alla progettazione e all'esecuzione delle opere pubbliche è svolta sia dall'avvocatura dello stato, sia dal consiglio superiore dei lavori pubblici il cui parere obbligatorio è richiesto per tutti i progetti di opere pubbliche di importo superiore a 100 milioni di euro. Non è più richiesto il controllo della Corte dei Conti sul progetto di contratto.

2.2 La scelta del contraente e l'aggiudicazione

La seconda fase del procedimento ad evidenza pubblica è costituita dalla **scelta del contraente**. Le modalità con cui tale scelta può essere effettuata sono l'**asta pubblica, la licitazione privata, la trattativa privata e l'appalto concorso**.

Ai sensi dell'art. 3, r.d. 2240/1923 , l'asta è obbligatoria per i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato (contratti attivi), salvo che per circostanze e ragioni particolari non sia opportuno far ricorso alla licitazione.

I contratti passivi sono preceduti da gara mediante pubblico incanto o mediante licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione.

La trattativa privata è utilizzabile solo in casi eccezionali. L' **asta pubblica** è il pubblico incanto aperto a tutti gli interessati che posseggano i requisiti fissati nel bando, mentre la **licitazione privata** è la gara caratterizzata dal fatto che ad essa sono invitate a partecipare soltanto le ditte che, in base ad una valutazione preliminare, sono ritenute idonee a concludere il contratto.

Nell'asta pubblica e nella licitazione privata l'amministrazione predefinisce compiutamente lo schema negoziale, lasciando in bianco solo il nome del contraente ed il prezzo, senza che il privato possa negoziare i contenuti del contratto.

Si tratta di due modelli di gara analoghi, fatto salvo il profilo della individuazione dei partecipanti alla gara. La procedura è infatti ristretta nella gara privata e aperta in quella pubblica: è al riguardo significativo che a livello comunitario si parli di procedure "aperte" e di procedure "ristrette" per indicare le gare che, nel nostro ordinamento, rispettivamente corrispondono all'asta e alla licitazione.

La struttura della gara è caratterizzata dalla presenza del bando di gara o avviso d'asta, nell'asta pubblica e dall'invito, indirizzato solo agli interessi, nella licitazione.

Tali atti debbono indicare le caratteristiche del contratto, il tipo di procedura seguita per l'aggiudicazione, i requisiti per essere ammessi, i termini e le modalità da seguire per la presentazione delle offerte.

Con riferimento ai contratti più rilevanti va osservato che, ai fini di limitare la discrezionalità nella scelta della rosa dei possibili concorrenti e di superare i limiti di conoscenza del mercato da parte dell'amministrazione, la legge, sul modello delle procedure ristrette disciplinate dal diritto comunitario, ha introdotto una fase di preselezione nella licitazione privata: l'amministrazione non procede direttamente all'invito, ma pubblica un bando indicando i "requisiti di qualificazione"; le imprese interessate, purchè in possesso dei requisiti, possono far richiesta di essere invitate alla licitazione; soltanto a questo punto, l'amministrazione procede con l'invito. E' chiaro che in tal modo si attenuano le differenze rispetto all'asta pubblica, salvo il fatto che l'amministrazione conosce in anticipo le ditte che parteciperanno alla gara, trattandosi di quelle che ne hanno fatto richiesta; nella licitazione la verifica dei requisiti soggettivi viene effettuata al momento della pre-qualifica.

Il procedimento di gara si articola dunque nelle fasi della pubblicazione del bando e della presentazione delle offerte ove si tratti di asta, mentre la licitazione si svolge di norma con le seguenti scansioni: avviso o bando-richiesta di invito da parte degli interessati-invito a partecipare rivolto dalla stazione appaltante agli interessati-valutazione delle offerte-scelta di quella migliore e aggiudicazione.

I soggetti ammessi alle gare per l'affidamento di appalti sono non solo imprese e società ma anche consorzi tra società cooperative e tra imprese artigiane, le associazioni temporanee d'impresa.

Secondo quanto disposto dalla normativa sulla contabilità di stato, nell'asta pubblica le offerte possono essere presentate, spesso subordinatamente al deposito di una somma a titolo di cauzione, in modi differenti, in relazione a quello con cui l'asta viene tenuta. I sistemi d'asta sono il metodo delle candele vergini, quello delle offerte segrete in busta chiusa da confrontarsi con un parametro stabilito dall'amministrazione, il mezzo del pubblico banditore.

Per quanto riguarda la licitazione, si può procedere con una lettera invito ovvero con un'offerta-contratto. Nel primo caso, per mezzo di appositi avvisi, i soggetti idonei sono invitati a comparire in luogo, ora e

giorno determinati per presentare la propria offerta; nella seconda ipotesi viene invitato uno schema di atto ai soggetti ritenuti idonei con invito a restituirlo firmato e con l'offerta del prezzo.

Problemi particolarmente delicati si profilano allorché il bando di gara sia in contrasto con la legge: sul piano processuale, infatti, è discusso se il privato debba impugnare immediatamente il bando ovvero attendere l'emanazione dell'atto applicativo di esso che lo pregiudica (esclusione dalla gara), potendo in questo momento impugnare atto applicativo e bando. La tesi accolta da Adun. Plen. N. 1/03 è quella secondo cui il concorrente può attendere l'atto applicativo, salvo che il bando contenga disposizioni immediatamente lesive, nel qual caso dovrà impugnarle, a pena di inammissibilità: in particolare, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara deve, normalmente, essere riferito alle clausole riguardanti requisiti soggettivi di partecipazione. Vanno però immediatamente impugnate anche altre clausole in quei limitati casi in cui gli oneri imposti all'interessato ai fini della partecipazione risultino manifestamente incomprensibili o implicanti oneri per la partecipazione del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della gara o della procedura concorsuale. Va comunque notato che parte della giurisprudenza ammette la disapplicabilità di ufficio del bando ancorché non impugnato dal privato che abbia proposto ricorso soltanto avverso l'atto di esclusione sul presupposto che tale atto abbia natura normativa. Siffatta impostazione è stata comunque respinta dal Consiglio di Stato. Discussa è la sorte del bando in contrasto con la legge. Secondo una prima tesi, l'amministrazione non può disapplicare il bando, avendo soltanto a disposizione il potere di annullarlo in via di autotutela, unico mezzo con cui l'atto illegittimo può essere rimosso dall'amministrazione. Ove non vengano esercitati poteri di autotutela, prevale il bando sulla legge, con il rischio che l'eventuale impugnativa del soggetto pregiudicato, il quale censura l'illegittimità del bando, vada a buon fine, determinando la caducazione della gara nel suo complesso. Diverso è l'orientamento ad avviso del quale l'amministrazione può interpretare le clausole del bando in senso estensivo, addirittura riconoscendo ad essa un potere discrezionale nel momento dell'emanazione dell'atto applicativo del bando. Per quanto attiene al bando in contrasto con il diritto comunitario, nel caso in cui il bando non sia stato impugnato tempestivamente e il ricorso, che ne invochi la incompatibilità con il diritto comunitario, investa solo l'atto di esclusione, la Corte di Giustizia ha statuito che la normativa comunitaria sugli appalti va interpretata nel senso che impone ai giudici l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi del ricorso basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, anche ricorrendo alla possibilità di disapplicare le norme nazionali processuali di decadenza.

Le operazioni di gara volte a prendere cognizione delle offerte ed a compararle sono verbalizzate dall'ufficiale rogante e si concludono con l'aggiudicazione.

L'aggiudicazione è l'atto amministrativo con cui viene accertato e proclamato il vincitore da parte del soggetto che presiede la celebrazione dell'asta o la commissione di valutazione delle offerte in sede di licitazione privata.

Ai sensi dell'art. 16 r.d. 2240/1923 i processi verbali di aggiudicazione definitiva, equivalgono per ogni legale effetto al contratto: di conseguenza, la stipulazione, talora prevista, ha solo valore riproduttivo del contratto.

Ove disposto che l'aggiudicazione sia soggetta ad offerte in aumento o in diminuzione, essa ha carattere provvisorio e sarà seguita dalla definitiva dopo "l'esperimento di miglioria".

2.3. Appalto-concorso, trattativa privata e servizi in economia

Può accadere che l'amministrazione, non essendo in grado di predefinire unilateralmente lo schema del contratto, richieda la collaborazione dei privati anche al fine di redigere il progetto dell'opera che intende realizzare; in altri casi, la formazione del contratto non può che avvenire sulla base di una trattativa con la controparte. Il privato non è dunque chiamato semplicemente ad offrire il prezzo, unico elemento del contratto, insieme al nome della controparte, non predefinito nei metodi di scelta meccanici, ma a concorrere alla determinazione del contenuto del contratto.

L'**appalto concorso** viene utilizzato nei casi tassativamente indicati dalla legge, quando l'amministrazione, in base a prestabilite norme di massima, richiede ai privati di presentare progetti tecnici e le condizioni alle quali essi siano disposti ad eseguirli: esso consta dunque di una gara relativa al progetto, cui segue una sorta di trattativa privata con il soggetto di cui sia stato prescelto il progetto tecnico.

Quest'ultima circostanza è confermata dal fatto che il vincolo contrattuale sorge solo con la stipulazione.

Nell'ipotesi in cui il concorso abbia solo ad oggetto la presentazione dei progetti, si rientra nel metodo del "concorso di idee", sistema affermatosi nella prassi e ora espressamente disciplinato.

Nell'appalto -concorso il privato, sulla base di un progetto di massima predefinito dall'amministrazione, indica dunque non solo l'importo ma anche la modalità di esecuzione del contratto. A differenza di ciò che accade nella licitazione privata e nell'asta pubblica, qui l'offerta contiene il progetto particolareggiato e normalmente la procedura di scelta è caratterizzata dalla presenza di una commissione che procede alla valutazione tecnica delle offerte. Alla prima fase volta alla scelta del progetto migliore segue quella della contrattazione con il concorrente prescelto nel corso della quale possono concordarsi aggiunte e miglioramenti rispetto all'ipotesi originaria.

La partecipazione al concorso può essere aperta o ristretta sulla base di inviti. Nella disciplina comunitaria e in quella italiana di recepimento sugli appalti dei lavori dei servizi e forniture, l'appalto-concorso è qualificato però come procedura ristretta onde sono ammessi a partecipare solo i candidati invitati dall'ente.

Nella **trattativa privata**, impiegabile in situazioni tassativamente indicate (asta deserta, urgenza) l'amministrazione dispone di una maggiore discrezionalità nella scelta del privato contraente, il procedimento amministrativo risulta molto più snello rispetto alle altre figure, vi è una fase di negoziazione diretta tra amministrazione e privato e manca l'aggiudicazione.

Nella trattativa dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse." Il privato negozia con la parte pubblica i singoli elementi del contratto, alla stessa stregua di quanto accade negli ordinari rapporti interprivati. Dopo aver eventualmente proceduto a effettuare raccolte di informazione e analisi dei costi, la pubblica amministrazione sceglie dunque i soggetti con i quali iniziare le trattative e tratta con essi senza essere vincolata a regole predeterminate.

Nelle ipotesi in cui le amministrazioni abbiano indetto una gara informale esse, talora, non procedono ad una trattativa ulteriore con il soggetto individuato attraverso la suddetta gara, ma concludono senz'altro con esso

il contratto, ancorché nulla vieti all'amministrazione di procedere, prima della stipulazione, ad un'ulteriore fase di negoziazione. In altri casi, le amministrazioni trattano con più soggetti, individuati a seguito di gara ufficiosa. A differenza del pubblico incanto e della licitazione privata, la trattativa non si chiude con un formale processo di aggiudicazione: il vincolo sorge solo con la stipulazione del contratto. Ai sensi dell'art. 17, r.d. 2240/1923 soltanto nelle ipotesi di trattativa il contratto può essere stipulato con la forma della scrittura privata. La legge prevede la possibilità che alcuni servizi siano fatti "in economia", nel rispetto di specifici regolamenti, ovvero che, quando ricorrano speciali circostanze, siano eseguiti in economia servizi non previsti dai regolamenti.

2.4. Stipulazione, approvazione, controllo ed esecuzione del contratto

Le altre fasi della procedura ad evidenza pubblica, successive alla deliberazione a contrattare e alla scelta del contraente, sono costituite dalla stipulazione, dall'approvazione e dal controllo.

In relazione alla stipulazione si osserva che i contratti della p.a. debbono essere sempre conclusi per scritto, anche se non attengono a beni immobili.

La stipulazione non è necessaria nell'ipotesi in cui vi sia stata l'aggiudicazione che tiene luogo del contratto: essa può comunque seguire a fini riproduttivi ed è comunque obbligatoria, oltre che in ipotesi di trattativa privata, allorché siano necessarie ulteriori precisazioni, ovvero quando essa sia stata prevista nell'avvio di gara o dalla legge. Il vincolo sorge soltanto con la stipula del contratto.

La stipulazione, a seguito della quale sorge tra l'altro l'impegno di spesa, può avvenire con forma pubblica, con forma pubblico-amministrativa, ad opera cioè di un ufficiale rogante dell'amministrazione.

L'esecuzione del contratto così concluso può essere subordinata ad approvazione da parte della competente autorità. Si tratta di una condicio iuris di efficacia del contratto, la quale è estranea rispetto alla fase formativa del contratto in sé considerato: una volta intervenuta, il contratto produce effetti dal momento della stipulazione o dell'aggiudicazione che tiene luogo del contratto stesso.

L'amministrazione si trova in una posizione di preminenza, che dà luogo ad una situazione in cui all'obbligo del privato, scaturente dalla conclusione del contratto, non si contrappone un analogo vincolo per l'amministrazione, la quale anzi dispone di alcuni poteri come quello di approvazione del contratto, il cui esercizio potrebbe impedire l'eseguibilità del contratto stesso. Si parla in dottrina del contratto claudicante, proprio per indicare la supremazia dell'amministrazione nella fase successiva alla espressione del consenso, ma antecedente all'approvazione del contratto già concluso. Il rifiuto di approvazione del contratto concluso è riconosciuto legittimo dalla giurisprudenza quando sia giustificato dalla presenza di vizi di legittimità presenti nella procedura o dalla inesistenza della copertura finanziaria, ovvero dalla sussistenza di gravi motivi di interesse pubblico. Con riferimento al rifiuto di approvazione del contratto, un parziale riequilibrio a favore del privato è poi costituito dal potere dello stesso di mettere in mora l'autorità amministrativa affinché provveda entro un congruo termine. Talora il capitolato prevede un termine per l'approvazione, decorso il quale il contraente privato può recedere dal contratto stesso. Successivamente alla conclusione ed al perfezionamento degli eventuali procedimenti di approvazione e di controllo, il contratto è efficace e viene eseguito dai contraenti nel rispetto delle norme civilistiche, fatte salve alcune prescrizioni relative al potere

di assistenza, vigilanza e direzione dell'amministrazione, nonché al potere di disporre l'esecuzione d'urgenza ed anche in economia dei contratti di lavoro o somministrazione allorché penda il giudizio. Importanti poteri di autotutela sono riconosciuti in capo all'amministrazione nell'ipotesi di lavori pubblici.

2.5. Interessi legittimi, vizi del procedimento amministrativo e riflessi sulla validità del contratto

Gli atti compiuti dall'amministrazione in vista della conclusione del contratto sono sempre finalizzati al perseguimento di interessi pubblici e, di conseguenza, non sono riconducibili agli atti di autonomia dei privati. E' dunque la funzionalizzazione immanente all'attività della p.a. che impone di qualificare in modo diverso l'attività contrattuale dell'amministrazione rispetto a quella dei privati: questi sono normalmente liberi di perseguire i propri fini, la prima deve sempre avere come parametro la cura degli interessi pubblici.

Gli atti del c. d. procedimento ad evidenza pubblica non producono direttamente modificazioni giuridiche unilaterali, almeno nel senso che sono destinati ad essere integrati dal consenso privato e che la disciplina giuridica del rapporto deriva non già da essi bensì dal contratto.

Problematica si presenta la questione della configurabilità di interessi legittimi a fronte dell'emanazione degli atti del procedimento ad evidenza pubblica, posto che gli interessi legittimi sono correlati normalmente all'esercizio di tradizionali poteri amministrativi destinati ad incidere sulle posizioni giuridiche dei privati in modo unilaterale. L'effetto dell'atto deve peraltro essere valutato nel caso concreto: un atto del procedimento ad evidenza pubblica può incidere direttamente sulle situazioni giuridiche degli amministrati, sicché, da questo punto di vista, la questione deve essere impostata e risolta alla stessa stregua dell'agire provvedimentoale.

La delibera a concludere un contratto a trattativa privata o l'aggiudicazione o l'approvazione del contratto possono essere lesivi di interessi legittimi e di conseguenza venire autonomamente impugnati. Il risultato dell'attività negoziale posta in essere dalla parte pubblica e dal privato è riconosciuto dall'ordinamento generale in quanto siano rispettate le comuni condizioni di validità poste dall'ordinamento stesso.

Le peculiarità dell'amministrazione e della sua azione rilevano allorché si contesti davanti al g.a. o in sede di ricorso amministrativo la legittimità della serie procedurale che ha condotto all'atto di adesione allo schema contrattuale.

A seguito dell'annullamento dei relativi atti amministrativi, in particolare, dell'aggiudicazione, e dei loro effetti si producono conseguenze che si riverberano sulla validità del contratto. Non vi è unanimità di vedute circa l'individuazione di queste conseguenze. Secondo la giurisprudenza più tradizionale del g.o., l'annullamento con effetto ex tunc degli atti amministrativi emanati in vista della conclusione del contratto, deliberazione di trattare, bando, aggiudicazione, incide sulla sua validità in quanto priva l'amministrazione della legittimazione e della capacità stessa a trattare, determinando l'annullabilità del contratto. Siffatto annullamento può però essere pronunciato solo su richiesta dell'amministrazione, la quale sarebbe l'unica parte interessata ai sensi dell'art. 1441 c.c. il soggetto privato il quale ritenga illegittimo il comportamento dell'amministrazione, potrà impugnare gli atti della serie pubblicistica ma, una volta ottenutone l'annullamento, non otterrà l'automatico travolgimento del contratto, la cui caducazione può essere pronunciata solo dal giudice ordinario a seguito di azione esperita dall'amministrazione.

Altra tesi è quella secondo cui il contratto che viene stipulato a seguito di un'aggiudicazione illegittima sarebbe nullo per violazione di norme imperative, mentre la prevalente giurisprudenza utilizza la figura della caducazione automatica del contratto, come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, considerata atto presupposto e richiamando l'istituto privatistico del collegamento negoziale.

Va ancora ricordata la posizione giurisprudenziale secondo cui il contratto risulterebbe affetto da inefficacia sopravvenuta relativa: il contratto non perderebbe efficacia in modo automatico, richiedendosi invece una ulteriore azione da parte del contraente pretermesso.

Il Consiglio di stato ha invece sposato la tesi della nullità, osservando come l'aggiudicazione abbia la duplice natura di atto amministrativo conclusivo della procedura ad evidenza pubblica e di accettazione della proposta, con la conseguenza che la sua demolizione priva il contratto dell'elemento essenziale dell'accordo. Corollario di questa tesi è che, in difetto di una tempestiva impugnazione dell'aggiudicazione nel prescritto termine di decadenza, l'azione di nullità risulta non proponibile.

La tutela del terzo risulta accentuata dalle più recenti modifiche legislative. Nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'art. 35 d.lgs. 80/98 e succ. mod., attribuisce al g.a. il potere di disporre "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica", il risarcimento del danno ingiusto. Tra le controversie cui fa cenno l'art. 35 rientrano pure quelle relative ai procedimenti di scelta del contraente assoggettati alla disciplina comunitaria o a quella statale o regionale sull'evidenza pubblica. Il g.a. chiamato a sindacare la legittimità di una procedura di affidamento di un appalto pubblico, su richiesta della parte lesa, previa verifica della sussistenza della fondatezza della pretesa del ricorrente all'aggiudicazione, potrebbe, secondo taluno, potersi sostituire all'amministrazione nell'aggiudicazione dell'appalto stesso "disponendo la reintegrazione in forma specifica". La maggioranza della giurisprudenza ritiene comunque che il potere di disporre la reintegrazione in forma specifica non possa essere impiegato dal giudice nelle ipotesi in cui sia stato già stipulato il contratto con un altro contraente. In tal caso al ricorrente non resterebbe che il risarcimento per equivalente.

2.6. Cenni alla normativa sui lavori pubblici: appalti e concessioni.

Una disciplina peculiare dell'esecuzione del contratto è stabilita nella materia dei lavori pubblici. Oggi l'art. 2, co.1 l. 109/94 definisce i lavori pubblici come le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere e impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica.

Ai sensi della l. 109/94 i lavori pubblici disciplinati dalla legge medesima possono essere realizzati esclusivamente mediante contratto di appalto o di concessione di lavori pubblici, fatto salvo il caso dei lavori in economia, ammessi sino all'importo di 200.000 Euro e di alcuni lavori del ministero della difesa. Con riferimento ai contratti relativi all'esecuzione dei lavori pubblici, ora menzionati, una particolare importanza assume **l'appalto**. L'appalto di lavori pubblici si distingue dal corrispondente contratto privatistico per la natura pubblica di uno dei due contraenti e perché ha ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche.

Rispetto alla figura privatistica l'appalto di lavori pubblici è tradizionalmente assoggettato ad una disciplina derogatoria relativa ai seguenti aspetti:

- presenza di un direttore dei lavori, funzionario tecnico dell'amministrazione svolgente funzioni di controllo e di vigilanza;
- peculiari regole di contabilità, attinenti all'accertamento e alla registrazione di tutti i fatti che producono spesa;
- regime delle riserve: l'appaltatore deve far valere qualsiasi pretesa di maggiori compensi o indennizzi, relativamente a tutti i fatti idonei a produrre spese;
- sussistenza della possibilità dell'amministrazione di apportare varianti al progetto originario, oggi limitata dall'art. 109/1994 a pochi casi tassativi ecc.

La l. 2248/1865 all. f, accanto a poteri analoghi a quelli esercitabili nel rapporto scaturente dall'ordinario contratto di appalto, riconosce alla parte pubblica che abbia stipulato contratti relativi all'esecuzione dei lavori pubblici una serie di poteri peculiari. Per. Es. l'art. 340 prevede che l'amministrazione ha il "diritto" di rescindere il contratto di appalto quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate, o di risolvere in qualunque tempo i contratti di appalto di opere, verso la corresponsione del pagamento dei lavori eseguiti.

Secondo la giurisprudenza l'atto con il quale l'amministrazione esercita tali facoltà non ha natura provvedimento e non è idoneo ad incidere autoritativamente sulle posizioni soggettive del contraente, sicché la giurisdizione sulle relative controversie spetta al g.o. al riguardo va ricordato che l'art. 21-sexies l. 241/90, il recesso unilaterale dai contratti della p.a. è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto.

L'appalto pubblico di lavori è disciplinato non solo dalla l. 2248/1865, all. F. ma in modo determinante dalla normativa di ispirazione comunitaria che si applica ai contratti di importo superiore ad una determinata soglia.

La l. 109/94 pone la disciplina fondamentale in materia dettando principi applicabili a tutti gli appalti di lavori. In ambito comunitario gli appalti pubblici di lavori sono stati oggetto di varie direttive.

Incisive modificazioni della l. 109/94 sono state introdotte dalla l. 166/2002 recante "Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti". La disciplina della materia è dunque in continua evoluzione.

Secondo l'art. 19 della l. 109/94 ai fini dell'applicazione della legge stessa l'appalto è il contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta tra un imprenditore e un soggetto di cui all'art. 2, 2 comma (trattasi di pubbliche amministrazioni o di soggetti formalmente privati ad esse equiparati), avente per oggetto la sola esecuzione dei lavori pubblici, ovvero, in alcuni casi la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici.

La **concessione** è utilizzabile soltanto quando abbia ad oggetto, oltre alla esecuzione, anche la gestione delle opere. Gli appalti sono affidati mediante pubblico incanto o licitazione privata: per quanto attiene ai criteri di scelta, soltanto limitatamente ad alcuni casi la disciplina italiana prevede l'impiego del criterio della offerta economicamente più vantaggiosa, mentre la regola risulta quella dell'uso del metodo del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato variamente a seconda che i contratti siano stipulati a corpo o a misura.

La Corte di Giustizia ha tuttavia statuito che la normativa comunitaria in materia di lavori pubblici osta a che una disciplina nazionale imponga, in termini generali e astratti, di ricorrere unicamente al criterio del prezzo

più basso. Oggi, dunque, con riferimento alle procedure aperte e ristrette, le stazioni appaltanti potranno scegliere, in relazione alle caratteristiche degli appalti, se utilizzare l'uno o l'altro dei due metodi. Le concessioni sono affidate mediante licitazione con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale metodo, oltre che al prezzo, prende in considerazione una serie di elementi variabili in relazione all'opera.

La normativa prevede:

- un'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici,
- la disciplina della conferenza dei servizi
- l'introduzione del principio dell'obbligatorietà della programmazione dei lavori pubblici;
- la disciplina minuziosa della progettazione, della direzione dei lavori;
- l'introduzione della figura del responsabile unico del procedimento;
- la possibilità di devolvere ad arbitri la soluzione delle controversie;
- la previsione del **performance bond**, ovvero di una garanzia integrale e globale di esecuzione per far fronte ad eventuali inadempimenti dell'impresa aggiudicatrice;
- la disciplina del subappalto.

Un cenno merita la disciplina delle offerte anomale, in quanto la l. 109/94 con riferimento agli appalti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria prevede che l'amministrazione proceda all'esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso superiore al valore individuabile sulla base di un complesso calcolo matematico.

La concessione di costruzione e la concessione di costruzione ed esercizio ha dovuto confrontarsi con la normativa comunitaria, preoccupata di evitare che uno strumento nato per consentire ai privati di sostituirsi all'amministrazione nella realizzazione complessiva di opere di sua competenza, si trasformasse in mezzo per eludere la più rigida disciplina sugli appalti.

L'art. 19 della l. 109/94 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici affidino in concessione i lavori pubblici esclusivamente nel caso in cui la concessione abbia ad oggetto, oltre alla progettazione esecutiva e alla esecuzione, anche la gestione delle opere. In tal caso la controprestazione a favore del concessionario consiste solo nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente le opere. La durata della concessione può essere superiore a 30 anni quando sia necessario assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti.

Ai sensi dell'art. 20, l. 109/94 l'affidamento dei lavori in concessione può avvenire soltanto con il metodo della licitazione privata.

La Merloni-ter (l. 415/98) ha disciplinato lo strumento del **project financing** che consiste in una tecnica di finanziamento per l'esecuzione di opere pubbliche caratterizzato dal ricorso al finanziamento dei privati. L'istituto trova applicazione con riferimento a quelle opere e attività in grado di produrre flussi di cassa a compensazione delle somme ottenute per finanziare l'operazione complessiva; qui il finanziamento attinge al progetto piuttosto che al soggetto che lo realizza, sicché tale progetto deve essere particolarmente "appetibile" per i finanziatori privati; infine l'iniziativa è assunta dal soggetto promotore privato. I lavori pubblici sono realizzati con lo strumento della concessione di costruzione e gestione.

La proposta di realizzazione dei lavori finanziabili con capitali privati, corredata da tutti gli elementi che ne consentono la complessiva valutazione, deve essere presentata alle amministrazioni aggiudicatrici da un "promotore", che deve avere particolari requisiti. La proposta deve pervenire dopo che l'amministrazione ha pubblicato un avviso in cui rende nota la possibilità di proporre interventi realizzabili con capitali privati. L'amministrazione procede a valutare proposte al fine di individuare quelle di pubblico interesse. Qualora non vi siano offerte nella gara, la proposta del promotore è vincolante per lo stesso. Nella procedura negoziata "il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso il promotore risulterà aggiudicatario della concessione. Nel caso in cui la negoziazione non si concluda in senso favorevole al promotore, questi ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione del progetto che è posto a base della gara. Al fine di garantire la separazione finanziaria e giuridica dell'iniziativa, la legge disciplina la figura della società di progetto, una società di scopo che riceve il finanziamento, lo destina alla realizzazione delle opere, incassa i ricavi di gestione e rimborsa i finanziatori.

2.7. Cenni agli appalti di forniture, agli appalti di servizi e agli appalti nei c.d. settori esclusi

L'intervento comunitario, mediante l'emanazione di direttive che disciplinano i contratti di importo superiore ad una determinata soglia, ha investito non solo la materia di lavori pubblici, ma anche il settore degli appalti di forniture, degli appalti di servizi e degli appalti nei c.d. settori esclusi.

L'**appalto di forniture** è disciplinato da una direttiva comunitaria e riguarda il compimento di una fornitura. Le pubbliche forniture sono "contratti a titolo oneroso aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione, l'acquisto a riscatto con o senza opzioni per l'acquisto, conclusi per iscritto tra un fornitore e una delle amministrazioni o enti aggiudicatori. Il contraente è scelto con le forme del pubblico incanto, della licitazione privata, dell'appalto-concorso e della trattativa privata. Le forniture sono aggiudicate con il criterio del prezzo più basso o con quello della offerta economicamente più vantaggiosa.

Gli **appalti di servizi** sono i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amm.ne aggiudicatrice, aventi ad oggetto vari servizi.

La differenza tra un appalto di lavori ed un appalto di servizi è indicata nel fatto che soltanto nel primo caso vi è la trasformazione fisica della res oggetto del contratto.

La differenza tra un appalto di servizi ed un appalto di forniture risiede invece nella circostanza che l'attività oggetto del primo consiste in un *facere* o in un *dare*. Nell'ambito del concetto di servizi vanno esclusi quelli pubblici.

Per lungo tempo la normativa comunitaria ha escluso dal proprio ambito di applicazione gli appalti relativi ai settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni. (c.d. settori esclusi). Si tratta di mercati "naturalmente chiusi", che offrono resistenze ad essere assoggettati alla stessa disciplina cui sono sottoposti gli appalti pubblici.

La normativa in esame individua il proprio ambito soggettivo di applicazione anche con riferimento alle imprese pubbliche ed a peculiari soggetti privati che operano nei settori sopra indicati.

3. Gestione d'affari, arricchimento senza causa e pagamento di indebito

Tra le fonti dell'obbligazione si ricorda:

La **gestione d'affari** disciplinata dall'art. 2028-2032 c.c. ove è previsto l'obbligo in capo a chi, scientemente e "senza esservi obbligato, assume la gestione di un affare altrui", di continuare la gestione stessa e di condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da sé. Questi, qualora la gestione "sia utilmente iniziata", ha l'obbligo di adempiere le obbligazioni che il gestore abbia assunto in suo nome e deve tenerlo indenne di quelle da lui assunte in nome proprio, rimborsandogli altresì le spese necessarie o utili.

L'istituto può applicarsi all'amministrazione nell'ipotesi in cui un terzo gestisca affari di spettanza del soggetto pubblico, purché non si tratti di pubbliche potestà. Tali fattispecie dovrebbero essere integralmente disciplinate dalla normativa privatistica: tuttavia la giurisprudenza ha introdotto la regola secondo cui l'utilità della gestione deve essere accertata con un atto di riconoscimento da parte dell'amministrazione, a differenza di quanto accade nell'ipotesi in cui l'azione sia esperita tra privati.

Le limitazioni introdotte all'istituto ora richiamato contribuiscono a spiegare la maggiore diffusione che ha conosciuto quello dell'**arricchimento senza causa**, o actio in rem verso, disciplinato dal c.c. agli art. 2041 e 2042 c.c. prescrivendosi in particolare che "chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale". L'arricchimento consiste nel vantaggio che può essere rappresentato da un incremento del patrimonio, da un risparmio di spesa o dalla mancata perdita di beni.

Le ipotesi che qui interessano riguardano il caso in cui il soggetto arricchito è l'amministrazione, mentre risultano assoggettati alla disciplina comune i casi di arricchimento del privato determinati da un'azione amministrativa.

Si pensi alla situazione in cui un professionista svolga prestazioni a favore di un ente pubblico in assenza di formale incarico, all'esecuzione di attività continuative al servizio di un ente senza investitura, all'esecuzione di un contratto non ancora approvato ovvero nullo: in tutte queste ipotesi manca un fondamento giuridico che giustifichi lo spostamento patrimoniale e l'arricchimento dell'amministrazione, e dunque può farsi questione di indennizzo a favore di terzo.

L'istituto dell'arricchimento senza causa trova anche applicazione nell'ipotesi di cui all'art. 194 T.U.E.L., ai sensi del quale gli enti locali hanno la possibilità di riconoscere i debiti fuori bilancio (quelli maturati senza che sia stato adottato l'atto contabile di impegno) derivanti da acquisizione di beni e servizi senza delibera autorizzata o impegno contabile, purché siano accertati e dimostrati l'utilità e l'arricchimento per l'ente nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza. L'obbligazione assunta dal dipendente è imputabile all'ente, almeno per la parte riconoscibile come debito fuori bilancio.

La giurisprudenza individua un ulteriore presupposto per l'esercizio dell'actio in rem verso nei confronti dell'amministrazione, costituito dal riconoscimento esplicito o implicito dell'utilità dell'opera da parte del soggetto pubblico, riconoscimento che può derivare anche dall'utilizzazione concreta dell'attività e dell'opera.

In tal modo la fattispecie muta rispetto a quella disciplinata dal c.c. con riferimento ai consueti rapporti interprivati, la quale non prevede affatto siffatto presupposto, ritenuto dalla giurisprudenza ora una condizione dell'azione, ora un elemento integrativo della fattispecie.

Infine occorre accennare al pagamento di indebito (indebito oggettivo), che trova applicazione nelle ipotesi in cui l'amministrazione abbia disposto a favore dei propri dipendenti il pagamento di somme in eccedenza rispetto a quelle che avrebbe dovuto versare. L'art. 2033 c.c. prescrive che "chi eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato".

La giurisprudenza ha progressivamente introdotto il principio della tutela dell'affidamento nel privato in buona fede: più precisamente la legittimità della scelta dell'amministrazione di agire per la ripetizione dell'indebito viene valutata anche alla stregua di questo affidamento; per altro verso, la ripetizione delle somme pagate indebitamente da alcune amministrazioni trova una propria peculiare disciplina, la quale rende rilevante l'elemento psicologico del beneficiario.

Nella prassi amministrativa si è imposto un peculiare istituto, denominato **riconoscimento di debito**. Esso viene utilizzato allorché, a seguito della realizzazione di opere o dell'effettuazione di servizi da parte di un'impresa al di fuori del contesto contrattuale, derivi un vantaggio per l'amministrazione. L'atto di riconoscimento di debito è ritenuto legittimo dalla giurisprudenza contabile, quando a fronte della esecuzione dei lavori o all'effettuazione di prestazioni, dimostrata l'impossibilità di ricorrere ai normali schemi contrattuali, l'amministrazione valuti autonomamente l'utilità dell'opera o del servizio effettuati dal privato e motivi congruamente al riguardo. Il riconoscimento di debito consente il legittimo impegno di spesa.

4. La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti: l'art. 28 Cost. e la responsabilità extracontrattuale

Il problema della responsabilità della pubblica amministrazione, da quando è stata ammessa nei confronti del cittadino anche per l'attività di diritto pubblico da essa posta in essere, si è sempre e ovunque rivelato di difficile soluzione. Si tratta infatti di conciliare la necessità di tutelare i cittadini di fronte agli illeciti dannosi perpetrati dai pubblici poteri, secondo i principi dello stato di diritto, con quella di salvaguardare le pubbliche finanze da risarcimenti insostenibili, causati da interventi capaci di recare pregiudizio a collettività talvolta assai vaste. Se poi si considera che quegli illeciti sono di fatto opera delle persone fisiche inserite a vario titolo nella organizzazione degli enti pubblici, ci si trova di fronte ad un'ulteriore difficoltà: quella di evitare preoccupazioni paralizzanti dovute a rischi eccessivi.

La Cost. del 48 pone per la prima volta disposizioni concernenti la responsabilità dell'amministrazione e dei suoi agenti.

L'art. 28 cost. recita "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 dei diritti" e aggiunge "In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici".

Affinché l'obbligo di risarcimento sorga in capo alla pubblica amministrazione, occorre, oltre alla presenza degli elementi di cui all'art. 2043 c.c. e cioè, condotta dolosa o colposa- danno ingiusto- nesso di causalità tra condotta e danno, anche che tra la p.a. e l'agente intercorra un rapporto di servizio.

In tema di natura giuridica di tale tipo di responsabilità due teorie si contendono il campo, principalmente, essendo secondo alcuni quella della p.a. una responsabilità diretta, in considerazione dell'immedesimazione organica tra organo e ente, secondo altri una responsabilità indiretta o per fatto altrui (del funzionario) ex art. 2049 c.c.

5. La disciplina posta dal legislatore ordinario: il t.u. impiegati civili dello Stato

Il legislatore ordinario ha incluso un intero capo dedicato alla responsabilità nel t.u. imp. Civ. dello Stato d.p.r. 3/57 le cui disposizioni sono state successivamente estese a tutti i soggetti contemplati nell'art. 28 Cost. e non sono state modificate in punto di responsabilità dal d.lgs. 165/01.

Sotto la rubrica "responsabilità verso terzi" l'art. 22 sancisce la personale responsabilità dell'impiegato che cagioni ad altri un danno ingiusto definendo ingiusto il danno "derivante da ogni violazione dei diritti dei terzi commessa con dolo o colpa grave".

Appare chiaro che questa disciplina è rivolta ad alleggerire in genere la responsabilità civile dei funzionari e dipendenti pubblici, discostandosi da quella comune attraverso la sostituzione del requisito della colpa, di cui all'art. 2043 c.c. con quello della colpa grave, di assai più difficile prova da parte del terzo danneggiato.

6.I riflessi di tale disciplina su dottrina e giurisprudenza: la responsabilità diretta della pubblica amministrazione e la responsabilità dei suoi funzionari e dipendenti.

In tema di responsabilità della p.a. era diffusa in passato una tesi, che favoriva l'applicazione dell'art. 2043 c.c. che annovera tra gli elementi quello soggettivo della colpa, quella dell'uomo medio che è un grado più attenuato di colpa. E questa veniva richiesta soltanto ove si trattasse di attività c.d. materiale dell'ente pubblico, non invece, sulle orme di un precedente indirizzo non soltanto giurisprudenziale, quando il danno immediatamente derivasse da un atto amministrativo o dalla sua esecuzione.

Siffatto orientamento è stato abbandonato con la importante sentenza n. 500/99 delle S.U. della Corte di cassazione ove è chiaramente affermato che, in tema di responsabilità della p.a., il giudice deve effettuare una indagine estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente, ma alla p.a. intesa come apparato, che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario, può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità.

Ove l'ente pubblico sia stato ritenuto responsabile ex art. 2043 c.c. del danno arrecato al terzo, il funzionario o il dipendente, ai sensi dell'art. 18 del d.p.r. 3/57, dovrà a sua volta ristorare il danno subito dall'ente (c.d. azione di rivalsa), in quanto da lui cagionato in violazione degli obblighi di servizio, salvo che egli abbia agito per ordine che era obbligato a eseguire.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, risulta assai più conveniente per il terzo danneggiato rivolgersi direttamente all'ente pubblico per essere risarcito ex art. 2043 c.c. sia sotto il profilo probatorio e quindi della probabilità di esito favorevole del giudizio, sia sotto il profilo della solvibilità del debitore. inoltre, una volta risarcito il terzo, la p.a. agirà contro il dipendente.

Mentre la responsabilità dell'amministrazione per i danni cagionati da attività provvedimentoale è giudicata dal g.a. , quella del dipendente spetta alla giurisdizione del g.o.

In altri termini, riguardo al medesimo illecito civile esistono, in relazione alla posizione della p.a. e a quella dell'agente, due discipline alternative assai diverse dal lato sostanziale e dal lato processuale, la cui applicazione è rimessa all'arbitrio del terzo danneggiato e tali da condurre a esiti dei relativi giudizi profondamente difformi.

7. I recenti indirizzi ampliativi della responsabilità della p.a. La responsabilità precontrattuale

Negli anni recenti, pur rimanendo immutati i lineamenti fondamentali della responsabilità della p.a. sopra descritti, si sono potuti riscontrare in giurisprudenza alcuni ripensamenti rivolti in parte ad una più razionale applicazione dei principi ormai consolidati, e in parte ad una revisione di posizioni da sempre oggetto di critiche in dottrina.

La giurisprudenza per es. estende agli enti pubblici alcune norme del c.c. che presentano particolari ipotesi di illecito, tra cui l'art. 2051 c.c. (resp. Per danni da cose in custodia), l'art. 2052, 2053, 2054, 2055 ecc.

Un importante segnale è costituito dall'ammissione, nei confronti degli enti pubblici, dell'istituto della **responsabilità precontrattuale** per violazione dell'art. 1337 c.c. (dovere di **buona fede** nelle trattative e nella formazione del contratto) e dell'art. 1338 c.c. (sul dovere di comunicazione dell'invalidità del contratto).

Avverso questa estensione veniva affermato in giurisprudenza che il sindacato sulle modalità di conduzione delle trattative e sulla condotta della p.a. fino al momento dell'approvazione , ove prevista, del contratto da parte dell'organo di controllo, necessaria ai fini del sorgere dell'obbligazione , avrebbe costituito una indebita ingerenza nell'esercizio dei poteri discrezionali ad essa attribuiti, senza considerare che dove esiste mala fede si è al di fuori di qualsiasi legittima scelta di soluzioni possibili e dunque di esercizio di discrezionalità.

Tuttavia tale responsabilità viene esclusa nell'ipotesi in cui il privato abbia dato esecuzione non richiesta ad un negozio con l'amministrazione invalido in base a disposizioni generali da presumersi note all'interessato , e quindi non a seguito di formale stipulazione, dall'altro, con riguardo al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente. A seguito dell'entrata in vigore della l. 205/00, la giurisprudenza amministrativa, in base alla teoria del "contatto amministrativo qualificato" ammette in tali casi la responsabilità, spesso definita come contrattuale.

8. Il problema del risarcimento degli interessi legittimi

Assai controverso è il tema del risarcimento degli **interessi legittimi**.

In passato la giurisprudenza da sempre aveva negato tale tipo di risarcimento, sia sulla base dell'interpretazione letterale dell'art. 28 Cost. che dell'art. 2043 c.c.

Dal punto di vista legislativo invece, la l. 142/92, recependo una direttiva comunitaria, che imponeva agli stati membri di dotarsi di strumenti di tutela idonei ad accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione delle norme sugli appalti , ha per primo introdotto tale principio.

Oggi, l'art. 35, 5 co. D.lgs. 80/98 come sostituito dalla l. 205/00, abroga l'art. 13 della l. 142/92 e ogni altra disposizione che prevede la devoluzione al g.o. delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi.

Fino al recente passato, in tema di risarcibilità del danno derivante da lesione di interesse legittimo, operava la distinzione di alcune ipotesi.

L'annullamento giurisdizionale di atto amministrativo che comprimesse illegittimamente un diritto consolidato, eliminando la causa di compressione del diritto, apriva la via, in presenza di altri elementi dell'illecito, al risarcimento del danno patito dal privato per il periodo di indebita limitazione della sua situazione di diritto soggettivo. Il risarcimento derivava tuttavia, in tal caso dalla lesione non già dell'interesse legittimo, bensì del diritto.

Analogo discorso valeva nel caso in cui un diritto si fosse costituito o ne fosse stato reso possibile l'esercizio in capo ad un privato mediante un provvedimento amministrativo, poi annullato, facendolo così illegittimamente venire meno.

Nell'ipotesi di lesione di diritti in "attesa di espansione", nonostante il precedente orientamento negativo della giurisprudenza, non sussistevano ostacoli insormontabili ad ammettere il risarcimento del danno patito dal privato anche in tal caso: il pregiudizio del privato a seguito del ritardato rilascio del provvedimento che già in precedenza l'amministrazione avrebbe dovuto e potuto rilasciare è pur sempre correlato alla violazione di un diritto, seppure in attesa di espansione, e non già dell'interesse legittimo, la cui lesione di per sé non è sufficiente ai fini del risarcimento.

Occorre considerare che l'ordinamento risolve i conflitti intersoggettivi fornendo tutela ad interessi (diritti soggettivi) dei privati, la cui lesione integra la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., ma non è affatto escluso che altri interessi meritevoli di tutela, correlati a beni della vita particolarmente importanti, possano essere individuati come protetti e che la loro lesione apra la via al risarcimento.

Tali interessi vivono sul piano dell'ordinamento generale, indipendentemente dall'azione amministrativa e sono protetti da norme diverse da quelle che disciplinano l'attività amministrativa: essi sono risarcibili, come tali, ex art. 2043 c.c.

Finalmente, la Corte di Cassazione, con la sent. 500/99, ha riconosciuto la risarcibilità del danno derivante da lesione di interesse legittimo, affermando che "potrà pervenirsi al risarcimento soltanto se l'attività illegittima della p.a. abbia determinato la lesione di un bene della vita al quale l'interesse legittimo, secondo il concreto atteggiarsi del suo contenuto, effettivamente si collega e che risulti meritevole di protezione alla stregua dell'ordinamento" e precisa che "il diritto al risarcimento del danno è distinto dalla posizione giuridica soggettiva la cui lesione è fonte di danno ingiusto che può avere, indifferentemente, natura di diritto soggettivo o di interesse comunque rilevante per l'ordinamento", onde la relativa questione si presenta come questione di merito, perché la situazione soggettiva lesa non deve essere valutata ai fini della giurisdizione.

L'atto lesivo di interessi meritevoli di tutela risarcibili e collegati ad interessi legittimi, illecito perché causa di danno ingiusto, è tale soltanto se risulta anche illegittimo, sicché tale illegittimità diventa un presupposto dell'illiceità.

Ora l'art. 35, 4 co. Dlgs. 80/98, come mod. dalla l. 205/00 consente al g.a., nell'ambito della sua giurisdizione, di "conoscere anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli diritti patrimoniali consequenziali".

Pertanto è da ritenere che la pronuncia di annullamento, tanto nei casi di giurisdizione esclusiva che in quelli di giurisdizione di legittimità, sia pregiudiziale rispetto a quella di risarcimento del danno, non essendo possibile da parte del g.a. l'accertamento incidentale dell'atto non impugnato nei termini di decadenza (60 gg). tale indirizzo era stato recepito anche da giurisprudenza del g.o. con riferimento a questioni ancora rientranti nella sua giurisdizione, fermi restando tutti i requisiti dell'illecito civile.

Più in generale la recente riforma introdotta dalla legge 205/00 sembra aver eliminato la giurisdizione del g.o. anche con riferimento a situazioni di mancata impugnazione tempestiva dell'atto, e a prescindere dal carattere consequenziale della tutela risarcitoria.

Le sez.un., con specifico riferimento alle pretese risarcitorie azionate dinanzi al g.a., hanno affermato che spetta al g.a. conoscere delle questioni attinenti al risarcimento del danno derivante dall'emanazione dell'atto amministrativo.

La lettura che del sistema ha dato la corte cost. n. 204/04 conferma la concentrazione in capo al g.a. delle questioni risarcitorie connesse all'attività provvedimento dell'amministrazione.

Sembra sussistere un'agiurisdizione del g.a. anche in tema di risarcimento del danno derivante da silenzio della p.a. così come dal ritardo (che si qualifica come contrattuale). Inoltre un problema di situazione risarcibile a fronte di attività discrezionale si delinea anche con riferimento all'attività degli organi nazionali volta a recepire la normativa comunitaria.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia ammette infatti la responsabilità dello Stato per danni causati al singolo da violazione del diritto comunitario.

9. La responsabilità contrattuale della p.a.

La responsabilità civile concerne l'illecito collegato all'emanazione di un provvedimento, ed essa è stata tradizionalmente inquadrata nella c.d. responsabilità extracontrattuale, ossia in quella che ha come fonte un fatto illecito, costituito, secondo la tradizionale definizione, dalla violazione del generale obbligo del *neminem laedere*. Tuttavia oggi la tesi è sottoposta a critica.

Diversa è la responsabilità contrattuale, fondata sulla violazione di un rapporto obbligatorio già vincolante tra le parti, sorto in virtù di un contratto, *ex lege*.

Esiste un campo vastissimo peculiare della responsabilità contrattuale come quello dei servizi pubblici, in cui l'obbligazione sorge, oltre che ad opera della legge, ad opera di atti della p.a.

Se dunque l'inadempimento fa sorgere la responsabilità in capo alla sola amministrazione, unica obbligata, risulta irrilevante la distinzione tra responsabilità diretta e indiretta, propria della responsabilità extracontrattuale. Il funzionario rimane estraneo al rapporto tra p.a. e terzo contraente.

Tuttavia in giurisprudenza si è ammesso il concorso delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, che possono coesistere nell'ipotesi in cui, dopo attenta valutazione della reale portata degli obblighi contrattuali, la condotta produttiva del danno sia riconducibile all'esecuzione del contratto, ma, sia pure da

essa occasionata, la condotta stessa sia estranea all'adempimento e vada sussulta, per violazione del diritto assoluto, nella fattispecie dell'illecito extracontrattuale.

Per quanto riguarda invece il titolo di responsabilità da imputare alla p.a. in caso di emanazione di provvedimento amministrativo, si discute se si tratti di responsabilità precontrattuale, contrattuale e extracontrattuale. La soluzione seguita dalla sent. 500/99 della Cass. È quella di ritenere la resp. in esame di natura extracontrattuale, che in genere si riferisce alle situazioni in cui non preesiste un rapporto particolare tra danneggiato e danneggiante.

Di recente si prospetta un nuovo tipo di responsabilità definita da contatto amministrativo qualificato, derivante dalla lesione degli obblighi di protezione esistenti in capo all'amministrazione. La sussistenza di un contatto tra p.a. e privato comporta il sorgere di alcuni obblighi "senza protezione" in capo alla p.a., la cui violazione determina una responsabilità per alcuni versi assoggettata al regime di cui all'art. 12198 c.c. quanto al riparto dell'onere della prova relativo all'elemento psicologico e al termine di prescrizione.

10. La responsabilità amministrativa e responsabilità contabile

La responsabilità amministrativa dei dipendenti verso l'amministrazione si inquadra nel più vasto istituto della responsabilità e dell'illecito di cui è conseguenza.

Con la locuzione "responsabilità amministrativa" si suole però intendere soltanto quel tipo di responsabilità civile in cui incorre il soggetto persona fisica avente un rapporto di servizio con l'ente pubblico, il quale, in violazione di doveri da tale rapporto derivanti, abbia cagionato un danno alla sua pubblica amministrazione.

In proposito la dottrina più attenta qualifica questo tipo di responsabilità come civile-amministrativa.

Considerando gli aspetti sostanziali di questa responsabilità amministrativa, quale, in via generale si configura per gli impiegati dello Stato, essa ha le sue fonti negli art. 82,83, r.d. 2240/1923 recante disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato, nell'art. 52 del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, e negli art 18,19, e 20 del t.u. impiegati civili dello stato.

L'art. 82 prevede che "L'impiegato, che per azione o omissione, anche solo colposa, nell'esercizio delle sue funzioni, cagioni danno allo stato, è tenuto a risarcirlo. Quando l'azione o l'omissione è dovuta al fatto di più impiegati, ciascuno risponde per la parte che vi ha presa, tenuto conto delle attribuzioni e dei doveri d'ufficio, tranne che dimostri di aver agito per ordine superiore che era obbligato ad eseguire".

L'art. 83 assoggetta a sua volta i dipendenti alla giurisdizione della corte dei conti.

Il rapporto di servizio è alla radice della responsabilità di cui si tratta, anche se l'art. 1 l. 20/94 sembra estendere la giurisdizione della corte dei conti a controversie nelle quali un tale rapporto non sussiste con l'amministrazione danneggiata.

Ma esso non comporta soltanto l'esercizio di funzioni pubbliche, bensì postula che il soggetto sia inserito nell'apparato della p.a. per il conseguimento di un fine pubblico; non basta quindi l'esplicazione di una attività afferente agli scopi dell'amministrazione, ma occorre anche la partecipazione del rapporto allo svolgimento dei modi di azione propri di questa, estrinsecativo della potestà che ad essa compete, o comunque, allo svolgimento di attività ad essa imputabili, cosicché ne derivi una posizione di appartenenza latu sensu del soggetto stesso dell'amministrazione pubblica.

L'esistenza del rapporto di servizio non è l'unico elemento della fattispecie da cui scaturisce la responsabilità amministrativa : infatti, ve ne sono altri quali la violazione dei doveri od obblighi di servizio, che costituisce, nell'illecito, il comportamento, il fatto; l'elemento psicologico; il danno; il nesso di causalità tra il fatto e il danno.

Quanto all'elemento psicologico, ora è richiesta la colpa grave. In tal modo così si riducono le possibilità dell'amministrazione di ristoro del danno cagionato dal dipendente mediante la violazione di un dovere d'ufficio.

Quanto al danno, va ricordata l'estensione della nozione che affiora nella giurisprudenza della corte dei conti in rapporto ad un danno all'economia nazionale.

Essa, richiamato il concetto tradizionale di danno patrimoniale, individua le caratteristiche della nuova figura di danno "connessa alla violazione di norme di tutela aventi per oggetto, non già beni materiali che costituiscono il patrimonio in senso proprio del soggetto-persona (Stato o enti pubblici), ma l'interesse ad utilità non suscettibili di godimento ripartito e quindi riferibili a tutti i membri indifferenziati della collettività".

Quanto al nesso di causalità si tratta di appurare il rapporto di causazione che intercorre tra l'inadempimento, costituito dalla trasgressione, per azione o omissione, di uno o più obblighi, dovere e modalità di comportamento derivanti del rapporto di servizi e il danno subito dall'amministrazione.

La corte dei conti fa prevalente riferimento al principio di causalità adeguata, valutando perciò ex ante se la causa è stata idonea a produrre l'effetto, ma senza tenere conto degli effetti straordinari o atipici della condotta tenuta.

La più recente legislazione in materia di responsabilità amministrativa è caratterizzata dalla progressiva omogeneizzazione e unificazione nei riguardi di tutti i dipendenti ad essa soggetti, che in precedenza avevano un trattamento notevolmente diverso rispetto a quello dei dipendenti dello stato: segnatamente i dipendenti degli enti locali, originariamente soggetti alla giurisdizione del g.o.

Con la l. 20/94 e la l. 639/96 è stata introdotta una disciplina della responsabilità amministrativa uniforme per tutti i soggetti sottoposti alla giurisdizione della corte dei conti.

Rispetto al passato, le novità introdotte sono:

- a) il carattere personale della responsabilità stessa e la trasmissibilità del debito agli eredi secondo le leggi vigenti nei casi di illecito arricchimento del dante causa ed conseguente indebito arricchimento degli eredi stessi;
- b) la responsabilità imputata esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole, nel caso di deliberazioni di organi collegiali;
- c) la limitazione della responsabilità ai fatti ed alle omissioni commesse con dolo o colpa grave;
- d) la condanna a ciascuno per la parte che vi ha preso, valutate le singole responsabilità, da parte della corte dei conti, se il fatto dannoso è causato da più persone : i soli concorrenti che abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo sono però responsabili solidalmente;

- e) la circostanza che “la corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni ed enti diversi da quelli di appartenenza”;
- f) la prescrizione del diritto al risarcimento del danno, in ogni caso in 5 anni, decorrenti dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso, ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta.

Una particolare specie di responsabilità amministrativa è infine la responsabilità contabile, che riguarda solo gli agenti che maneggiano denaro e valori pubblici e che sono tenuti al rendiconto, cioè all’obbligo di documentare i risultati della gestione effettuata, e, quindi, di rendere conto dei beni e dei valori di cui abbiano disposto, dimostrando le diverse operazioni svolte nel corso della gestione.

I contabili, che hanno l’obbligo strumentale della custodia dei valori loro assegnati, si distinguono in contabili di diritto e i contabili di fatto. Gli agenti contabili si distinguono in agenti della riscossione, agenti pagatori di oggetti e beni pubblici.

Gli elementi della responsabilità contabile sono analoghi a quelli della responsabilità amministrativa, ai quali si aggiunge però la qualifica di agente contabile.

I conti degli agenti contabili, al compimento del procedimento di “rendimento del conto”, debbono essere presentati alla corte dei conti. Per quanto attiene all’amministrazione statale, entro due mesi successivi alla chiusura dell’esercizio finanziario, i conti sono trasmessi alla competente ragioneria dello Stato e sono trasmessi alla corte dei conti entro due mesi successivi.

Il giudizio di conto si instaura necessariamente con la presentazione del conto giudiziale, indipendentemente dall’esistenza di una controversia.

Ai sensi dell’art. 2 della l. 20/94, decorsi 5 anni dal deposito del conto senza che sia stata depositata presso la segreteria della corte dei conti, la relazione su di esso o siano state elevate eventuali contestazioni, il giudizio sul conto si estingue. La norma aggiunge che rimane ferma la responsabilità amministrativa e contabile a carico dell’agente.

11. Obbligazioni e servizi pubblici

All’amministrazione fanno capo rilevanti obbligazioni nell’ambito dei pubblici servizi: in tali ipotesi il rapporto obbligatorio, attinente alla concreta prestazione fornita al cittadino considerato come utente, si inserisce in un contesto più ampio, segnato dal dovere dell’amministrazione di assicurare prestazioni di servizi a favore della collettività.

L’evoluzione dei compiti e delle funzioni dello Stato, soprattutto a seguito dell’avvento dello Stato pluriclasse e del conseguente aumento delle esigenze alle quali occorreva dare risposta, ha progressivamente determinato una incisiva crescita delle dimensioni dell’intervento dello Stato nella società e nell’economia, in funzione di ausilio ai cittadini e di riequilibrio economico e sociale (Stato sociale).

La Cost. pur non occupandosi espressamente (ad eccezione dell’art. 43) di servizi pubblici, ha dato ulteriore impulso a questo processo, garantendo diritti in capo ai cittadini ed impegnando, con una serie di norme

molto importanti(artt. 3, 4, 32, 34,35,38), lo Stato legislatore e i soggetti istituzionali a svolgere attività pubbliche al fine di assicurare loro l'eguaglianza sostanziale.

L'intervento pubblico diviene così, oltre che doveroso, essenziale in settori determinanti della vita consociata: esso non elimina necessariamente la presenza privata che, anzi, proprio nell'ambito del servizio pubblico, può trovare un rilevante spazio d'azione. L'attività di prestazione dei servizi ai cittadini ha ormai acquisito un rilievo così importante da affiancarsi a pieno titolo alla tradizionale attività che si svolge mediante provvedimenti autoritativi, connotando il ruolo della moderna amministrazione. Il tema dei servizi pubblici si caratterizza così come un vero crocevia di problematiche amministrative. In dottrina si sottolineano:

- l'aspetto organizzativo, atteso che l'amministrazione deve garantire la soddisfazione di alcuni bisogni apprestando le strutture necessarie ed individuando le modalità di erogazione dei servizi più idonee;
- il punto di vista economico, nel senso che la scelta delle attività da elevare a servizio pubblico onde soddisfare alcuni bisogni, e, di conseguenza, la scelta in ordine al tipo di organizzazione del servizio, dipende dall'entità delle risorse economiche disponibili, reperite ora mediante prelievo tributario, ora facendo pagare un corrispettivo per il servizio reso;
- il problema delle posizioni giuridiche dei cittadini utenti;
- il tema delle autonomie territoriali, in quanto esse, sia per il loro carattere di enti a fini generali, sia per la forte vocazione verso il sociale che da sempre manifestano, sia per la vicinanza ai bisogni, sono coinvolte in modo assai rilevante nell'attività di erogazione dei servizi;
- il rapporto pubblico-privato.

Il servizio pubblico è la complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di prestazioni, rendendola doverosa ed utenti.

Tale relazione ha dunque ad oggetto le prestazioni di cui l'amministrazione, predefinendone i caratteri attraverso la individuazione del programma di servizio, garantisce, direttamente o indirettamente, l'erogazione, al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo al quale sorge di conseguenza una aspettativa giuridicamente rilevante.

Il servizio è dunque "pubblico" in quanto reso al pubblico e per la soddisfazione dei bisogni della collettività, nonché in ragione del fatto che un soggetto pubblico lo assume come doveroso. Non è invece servizio pubblico quello reso alla p.a., ovvero l'attività alla quale non corrisponda una specifica pretesa degli utenti (è il caso della gestione dell'opera pubblica).

Il servizio pubblico è assunto dal soggetto pubblico con legge o con atto generale, rendendo doverosa la conseguente attività. Questo momento non può che essere riservato all'autorità pubblica perché consegue ad una valutazione dei bisogni riservata al soggetto pubblico. Ai sensi dell'art. 42 T.U.E.L., l'assunzione dei pubblici servizi locali è di competenza del consiglio dell'ente locale; in ordine al servizio d'istruzione scolastica, l'assunzione dello stesso trova il proprio fondamento nella cost. e nella legge ordinaria, mentre la programmazione avviene anche mediante la definizione dei programmi scolastici.

Nel servizio pubblico sono dunque presenti anche momenti provvedimentali, sicché non è corretto ritenere che esso consista semplicemente in un'attività materiale: nella predefinizione e attuazione del rapporto tra

utente ed ente vengono cioè in evidenza atti e fatti di varia natura: legislativi, amministrativi autoritativi, operazioni materiali e pure contratti di diritto comune.(contratti di utenza).

Alla fase dell'assunzione del servizio segue quella della sua erogazione, e cioè, la concreta attività volta a fornire prestazioni ai cittadini. In proposito l'ordinamento prevede forme tipizzate di gestione, contemplando spesso anche l'intervento di soggetti privati. Tale intervento non elimina il carattere pubblico del servizio, che è tale in quanto oggetto di un atto di assunzione da parte di un soggetto pubblico(lo stato mediante legge o altro ente pubblico) , anche se, in ipotesi, l'unica forma di gestione prevista fosse l'affidamento ad un privato: d'altro canto il privato che eroga il servizio deve rispettare gli stessi limiti e gli stessi criteri predefiniti in sede di assunzione del servizio.

Di recente si è introdotto l'impiego del "contratto di servizio" quale strumento per disciplinare i rapporti tra amministrazione e soggetto esercente : il d.lgs. 422/97 dispone , ad es. che l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualunque forma affidati, è regolato "mediante contratti di servizio di durata non superiore a nove anni"; essi trovano applicazione pure nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Si è visto che le forme di gestione del servizio pubblico sono tipizzate dal legislatore: in alcuni casi l'amministrazione si avvale della propria organizzazione , in altre si rivolge all'esterno.

Per quanto riguarda i servizi pubblici locali che rientrano nella titolarità di comuni e province , aventi per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, gli art. 112 e ss. T.U.E.L. , distinguono nettamente tra i **servizi a rilevanza economica** e servizi privi di tale rilevanza(non è affatto semplice individuare un criterio distintivo). Tra i primi saranno probabilmente da annoverare i servizi dell'energia elettrica , del trasporto, della raccolta rifiuti e del ciclo delle acque.

L'erogazione del servizio avviene secondo le disciplina di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con "conferimento della titolarità del servizio":

- a) a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- b) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;
- c) a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Accanto all'affidamento mediante gara a società di capitali, la legge prevede l'affidamento a società pubbliche, secondo il modello dell'**in house providing** , compatibile con il diritto comunitario, e secondo lo schema della società mista ove l'assenza di concorrenza quanto alla scelta del gestore viene compensata con la gara per la scelta del socio privato.

In vista della piena realizzazione del principio di concorrenza per il mercato, la legge, che fa comunque salve le disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle direttive comunitarie,

prevede il principio generale della separazione tra proprietà della rete , gestione della stessa e erogazione del servizio, garantendo in ogni caso l'accesso alla rete dei soggetti legittimati all'erogazione del servizio. La Corte cost. con sent. N. 272/04 , inquadrando la disciplina statale in tema di servizi pubblici locali nell'ambito della materia "tutela della concorrenza", ha "salvato" le norme del T.U. che garantiscono la concorrenza in ordine ai rapporti relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi.

La Corte ha però censurato la legge per illegittima compressione dell'autonomia regionale , nella parte in cui stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa , i vari criteri di base ai quali la gara viene aggiudicata, introducendo prescrizioni "integrative della disciplina di settore".

Per quanto invece attiene ai servizi pubblici privi di rilevanza economica, la sent. citata, sottolineando che in questo ambito l'intervento della legge statale non può essere riferito ad esigenze di tutela della libertà di concorrenza, ha individuato una ulteriore illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale, dichiarando incostituzionale l'intera normativa di cui all'art. 113 – bis del T.U.E.L.(che accanto ad affidamenti diretti, contemplava la gestione in economia).

In sostanza , in questi ambiti, la disciplina è oggi rimessa alle fonti regionali e locali, anche se non pare radicalmente escluso uno spazio di intervento del legislatore statale fondato sull'art. 117, 2 co. Lett. m) in materia di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni". Una delle conseguenze di questo nuovo quadro sarà quello della differenziazione e ampliamento delle forme di gestione, potendosi immaginare il ricorso a consorzi , concessioni, fondazioni ecc.

Gli affidamenti diretti per i servizi privi di rilevanza economica, in passato(cioè prima della sent. n. 272/04) potevano avvenire a favore dei seguenti soggetti:

- **istituzione**, organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale;
- **aziende speciali** , ente pubblico strumentale dotato di personalità giuridica , di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto.
- **Società a capitale interamente pubblico.**

Molteplici sono la classificazioni che possono essere operate dei servizi pubblici.

La Cost. parla di servizi pubblici essenziali: l'art. 43 Cost. si occupa della riserva operata con legge allo Stato , ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti di determinate attività ed individua, quale oggetto della riserva stessa, le imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali.

Con riferimento agli enti locali la legge si riferisce ai servizi indispensabili e a quelli ritenuti necessari per lo sviluppo della comunità(art. 149 T.U.E.L.). essi sono finanziati dalle entrate fiscali, le quali integrano comunque la contribuzione erariale per l'erogazione dei servizi indispensabili. Allorché lo Stato e le regioni prevedano per legge casi di gratuità nei servizi di competenza dei comuni e delle province, ovvero fissino prezzi e tariffe inferiori al costo effettivo della prestazione , essi debbono garantire agli enti locali al costo effettivo della prestazione, essi debbono garantire agli enti locali risorse finanziarie compensative.

I servizi sociali sono caratterizzati dai seguenti: finalizzazione alla tutela e alla promozione del benessere della persona, doverosità della predisposizione degli apparati pubblici necessari per la loro gestione e assenza del divieto per i privati di svolgere siffatta attività.

La l. 328/00, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, pone ora una disciplina completa della materia, considerando unitariamente i differenti servizi oggetto delle discipline settoriali e precisando che per “interventi e servizi sociali” si intendono tutte le attività previste dall’art. 128 del d.lgs. 112/98.

Nella normativa più recente è comparsa la definizione di servizio universale, “insieme minimo definito di servizi di qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica, e a un prezzo accessibile.

Sulla scorta dell’influenza esercitata dal diritto comunitario si è avviato nel nostro paese il processo di liberalizzazione di alcuni mercati. Il fenomeno ha alcune connessioni con la tematica dei servizi pubblici, nel senso che le attività liberalizzate in passato erano gestite in situazioni di monopolio da concessionari di pubblico servizio, laddove la liberalizzazione comporta l’apertura alla concorrenza. Nel caso di servizi a rete il completamento della liberalizzazione impone l’uso comune della infrastruttura, separando gestione della rete da gestione del servizio.

Il tema della liberalizzazione si intreccia infine con la problematica della privatizzazione: la l. 474/94 stabilisce che le dismissioni delle partecipazioni azionarie dello stato e degli enti pubblici nelle società in mano pubblica operanti nel settore delle difese, trasporti, telecomunicazioni ecc. sono subordinate alla creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di rilevante interesse pubblico.

La dottrina è impegnata nella individuazione dei principi giuridici applicabili ai settori dei servizi pubblici: accanto a quelli della continuità, tipicità dei modelli di gestione e di eguaglianza sono stati indicati quello di economicità e della qualità.

Quanto al principio di **economicità** si è notato che l’art. 114 tuel afferma che anche i servizi sociali debbono essere erogati rispettando il criterio dell’economicità, principio che per i servizi organizzati in forma di impresa deriva direttamente dall’art. 43 cost.

In ordine ai principi di **qualità, tutela e partecipazione**, occorre ricordare che il decreto 286/1999 che ha introdotto il sistema dei controlli interni, impone l’erogazione di servizi pubblici secondo modalità che promuovano il miglioramento della qualità e assicurino la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione nelle forme, anche associative riconosciute dalla legge alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi.

In conclusione si ricorda che l’art. 35 del d.lgs. 80/98, così come modificato dall’art. 7 della l. 205/00, (alla luce della sent. Corte cost. n. 204/04) che devolve alla giurisdizione esclusiva del G. a. “le controversie in materia di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla p.a. o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241/90, ovvero ancora relative all’affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e

controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, assicurazione e del mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla l. 481/85” .

Tale nozione di pubblico servizio ricomprende anche attività di vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e mercato mobiliare) che non rientrano in quella sopra fornita.

Rispetto alla formulazione originaria della norma, l'intervento della Corte Cost. ha determinato un notevole ridimensionamento dell'ambito della sua applicazione.

12. Servizi pubblici e tutela delle situazioni soggettive

Mediante l'assunzione e la programmazione del servizio pubblico, inteso il termine in senso proprio, l'amministrazione assume il dovere di garantire il servizio.

Assunzione e programmazione sono atti preordinati a conferire diritti a singoli (utenti), aventi ad oggetto la prestazione che costituisce il servizio pubblico.

Spesso la determinazione degli utenti è rimessa alla scelta dell'amministrazione; in tali casi, invece, l'ordinamento già prefigura i soggetti ai quali dovrà essere attribuito il diritto di credito alla prestazione, impegnando in tale direzione legislatore e amministrazione.

Le prestazioni possono essere rese indistintamente a tutti gli interessati, ovvero ai singoli utenti che ne facciano richiesta. In questo secondo caso, l'erogazione dei servizi, a domanda individuale, presuppone l'instaurazione di contratti di utenza pubblica, i quali sono configurati sul modello del **contratto per adesione**.

Oggi con riferimento ai servizi di carattere imprenditoriale, si afferma la natura contrattuale. Dal punto di vista della situazione giuridica dell'utente, in caso di stipula del contratto, con "ammissione" dell'utente al servizio sorge un diritto soggettivo in capo al privato, con la conseguenza che l'eventuale inadempimento dell'amministrazione origina responsabilità contrattuale.

La questione riguarda invece l'aspirazione dell'utente ad ottenere prestazioni che la p.a. ha il dovere di erogare alla collettività precedentemente all'eventuale stipulazione di un contratto o all'atto di ammissione, e in relazione, alle scelte concrete di organizzazione del servizio. Si pensi alle prestazioni sanitarie: la giurisprudenza oscilla tra l'affermazione della sussistenza di un diritto soggettivo e il riconoscimento di un interesse legittimo al corretto esercizio del potere amministrativo di organizzazione del servizio.

Alcuni parlano di un diritto finanziariamente condizionato in quanto molte prestazioni, oggetto di servizi pubblici, sono condizionate dai limiti dell'organizzazione del servizio pubblico stesso. La protezione del cittadino è in tal caso realizzata attraverso il ricorso alla tutela propria dell'interesse legittimo, che si completa con la responsabilità contrattuale o extracontrattuale per lesione di interessi legittimi.

Riconoscendo la sussistenza di obblighi di servizio, l'ordinamento consente di configurare veri e propri diritti soggettivi aventi ad oggetto le prestazioni di servizio pubblico.

13. Adempimento delle obbligazioni pubbliche e responsabilità patrimoniale dell'amministrazione.

Si richiamano alcuni principi del diritto comune in tema di adempimento delle obbligazioni pubbliche e di responsabilità patrimoniale dell'amministrazione.

Talune obbligazioni non hanno ad oggetto una somma di denaro, mentre altre, le più importanti, hanno carattere patrimoniale. Queste ultime sono soggette non solo alla disciplina del diritto comune, ma anche a quella pubblicistica relativa al pagamento di somme di denaro da parte dell'amministrazione. Le disposizioni sulla contabilità pubblica, oltre a porre il principio secondo cui tutte le spese debbono trovare copertura, prevedono un minuzioso procedimento che inizia con la comunicazione agli uffici di ragioneria dell'atto dal quale deriva l'obbligo di pagare una somma di denaro, per la registrazione dell'impegno, e si chiude con il pagamento della somma.

Le più importanti deroghe alle regole civilistiche, che caratterizzano la disciplina delle obbligazioni pubbliche aventi ad oggetto somme di denaro, riguardano il luogo e il tempo dell'adempimento.

Dal punto di vista del luogo dell'adempimento, invero dottrina e giurisprudenza sono divise: secondo una opinione, i pagamenti debbono essere eseguiti secondo le regole civilistiche (domicilio del creditore al tempo della scadenza), mentre altra e prevalente tesi ritiene che il luogo dell'adempimento sia costituito dalla sede degli uffici di tesoreria.

In ordine al tempo dell'adempimento, ricordando che i crediti producono interessi dal momento in cui essi sono liquidi ed esigibili, va osservato che di recente la giurisprudenza, pur con alcune oscillazioni, ha abbandonato l'indirizzo, in precedenza seguito, secondo cui i debiti diventerebbero liquidi ed esigibili solo a conclusione del procedimento contabile, e quindi al momento dell'emissione del mandato di pagamento. Si è così affermato che l'esaurimento della procedura di erogazione della spesa non condiziona il sorgere degli interessi. (soprattutto per quelli moratori, attivabili a seguito di messa in mora).

La disciplina del procedimento contabile stabilisce ora che i pagamenti avvengano "nel tempo stabilito dalle leggi, dai regolamenti e dagli atti amministrativi generali": in ogni caso alla scadenza del termine per il pagamento, il credito liquido si deve quindi ritenere senz'altro esigibile. Il dlgs 231/02 stabilisce l'automatica decorrenza degli interessi moratori dal giorno successivo alla data di scadenza, salvo che il debitore non dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. Ai sensi di tale decreto (che definisce la misura degli interessi moratori e stabilisce il diritto del creditore di esigere un risarcimento ragionevole per i costi di recupero sostenuti a causa del ritardo), per transazione commerciale si intende qualunque contratto tra imprese o tra imprese e p.a. che comporti "la consegna di merci o la prestazione di servizi, contro pagamento di un prezzo". Le parti, nella propria libertà contrattuale, possono stabilire un termine superiore rispetto a quello legale a condizione che le diverse pattuizioni siano stabilite per iscritto e rispettino i limiti concordati nell'ambito di accordi sottoscritti, presso il ministero delle attività produttive, dalle organizzazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale della produzione, della trasformazione e della distribuzione per categorie di prodotti deteriorabili specifici.

Altra regola peculiare applicabile all'amministrazione è quella relativa alla possibilità, riconosciuta in favore dello Stato, ma non del privato, di operare compensazioni tra propri crediti e debiti: in virtù del principio dell'integrità del bilancio (che impone all'amministrazione l'acquisizione delle entrate per il loro ammontare complessivo), il privato non può infatti operare una compensazione di un proprio debito con un credito vantato nei confronti dello stato.

Si ritiene inapplicabile alla p.a. l'art. 1181 c.c. sicchè il creditore privato non può rifiutare un adempimento parziale della p.a. , il che può avvenire quando in bilancio non sia stanziata una somma sufficiente a pagare l'intero debito.

Un istituto peculiare del diritto pubblico è costituito dal c.d. fermo amministrativo, disciplinato dall'art. 69 l. cont. Stato: " qualora un'amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo, ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo". L'amministrazione creditrice verso un creditore di altra amministrazione chiede la sospensione provvisoria dei pagamenti dovuti dall'amministrazione debitrice , senza la necessità di utilizzare lo strumento del pignoramento o del sequestro.

Dopo l'accertamento dell'esistenza del debito nei confronti del terzo da parte dell'amministrazione statale, con provvedimento definitivo potrà avvenire l'effettivo incameramento delle somme dovute dallo Stato.

Domande:

- che cosa si intende per procedimento ad evidenza pubblica?
- quali sono i metodi di scelta dei contraenti?
- quali deroghe normative sono applicate ai contratti ad evidenza pubblica rispetto ai contratti di diritto privato?
- quale normativa è in vigore per gli appalti di opere pubbliche?
- Cosa è la certificazione S.O.A.?
 - cosa sancisce l'art. 28 cost.?
 - caratteri della responsabilità della pubblica amministrazione
 - quali sono gli elementi essenziali della responsabilità della pubblica amministrazione?
 - Risarcibilità interessi legittimi
 - Quali specie di responsabilità patrimoniale si distinguono in capo ai funzionari?
 - Qual'è il regime della responsabilità patrimoniale dei pubblici funzionari?

CAPITOLO IX

L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA ITALIANO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA E LA TUTELA INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO

1. Giustizia amministrativa : definizione

Con il termine “**giustizia amministrativa**” si indica nel nostro ordinamento un complesso di istituti assoggettati a differenti discipline. La giustizia amministrativa comprende infatti:

- le disposizioni che trovano applicazione ad opera del giudice amministrativo o di un giudice amministrativo speciale;
- parte delle disposizioni relative al giudizio che si svolge dinnanzi al giudice ordinario ;
- la normativa sui ricorsi amministrativi.

Di tali discipline alcune sono di natura processuale , altre di natura sostanziale. La giustizia amministrativa italiana si caratterizza così per la presenza di rimedi amministrativi. Le trattazioni di giustizia amministrativa si occupano in particolar modo di studiare le disposizioni processuali che trovano applicazione quando parte del rapporto processuale sia una pubblica amministrazione, e riguardano gli strumenti di cui può avvalersi il privato cittadino quando sia leso da un atto della pubblica amministrazione.

2. L'evoluzione del sistema italiano

Al fine di comprendere la situazione italiana è necessario ripercorrere le tappe principali che hanno condotto all'attuale sistema di giustizia amministrativa.

Nel regno di Sardegna , nel 1831 venne istituito da Carlo Alberto il **Consiglio di Stato** essenzialmente provvisto di funzioni consultive, e suddiviso in tre sezioni.

Attribuzioni contenziose erano invece riconosciute a livello periferico ai **Consigli d'intendenza**, giudici ordinari del contenzioso amministrativo, e in secondo grado alla **Camera dei Conti**, le cui decisioni potevano essere impugnate per incompetenza dinnanzi al Consiglio di Stato, il quale doveva pronunciarsi a sezioni unite. Nel 1859, a seguito della riforma Rattizzi, giudice supremo del contenzioso amministrativo venne riconosciuto il Consiglio di Stato, competente a conoscere di alcune controversie relative a diritti civili, di diritto pubblico e relative a contravvenzioni. Inoltre giudicava in unico grado sulle controversie relative al debito pubblico e alle pensioni. Questi organi costituivano nel loro complesso i Tribunali ordinari del contenzioso amministrativo. Il criterio di riparto tra la loro sfera di attribuzioni e la giurisdizione del giudice ordinario derivava dalle scelte concrete della legge. Altre controversie erano devolute alla cognizione della Corte dei conti che costituiva il più importante tra i giudici speciali del contenzioso.

Al Re era riservata la soluzione dei conflitti tra amministrazione e giudici ovvero tra tribunali ordinari e speciali, tutte le restanti questioni erano risolte in via amministrativa dalla pubblica amministrazione. Quindi tutte le controversie attinenti ai rapporti di diritto privato erano devolute al giudice ordinario , mentre molte di quelle riguardanti rapporti di diritto pubblico spettavano ai Tribunali del contenzioso.

Al momento dell'unità d'Italia, il nuovo Stato italiano dovette preoccuparsi di unificare il sistema di giustizia amministrativa e nel 1865 fu emanata la legge n. 224871865 composta da un solo articolo, e completata da

sei allegati, tra cui l'allegato E risulta tuttora in vigore, meglio conosciuta come legge abolitiva del contenzioso, di quel contenzioso che faceva capo ai tribunali del contenzioso finì ad allora esistenti. Essa aboliva il contenzioso amministrativo "ordinario" lasciando sopravvivere alcune giurisdizioni amministrative "speciali": es. le competenze della corte dei conti in materia contabile e pensionistica.

La legge devolveva al giudice ordinario non solo tutte le cause in materia penale per contravvenzioni ma anche le "materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque possa essere interessata una pubblica amministrazione, ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo e dell'autorità amministrativa": il criterio per individuare la giurisdizione era dunque quello della natura della situazione giuridica di cui si affermasse la lesione. Per quanto riguarda "le altre questioni non attinenti ai diritti", la tutela era lasciata alle amministrazioni.

Il potere del giudice ordinario era limitato alla conoscenza degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, escluso dunque quello di revocare o annullare l'atto stesso. Inoltre si sanciva l'obbligo del giudice ordinario di applicare solo gli atti amministrativi e i regolamenti conformi a legge.

La soppressione dei tribunali del contenzioso amministrativo mostrò ben presto come fosse grave la lacuna di tutela che si era aperta in relazione alle situazioni dei privati che non avessero dignità di diritti soggettivi. Venne quindi sottolineata l'insufficienza della tutela assicurata dalla l. 2248/1865 agli interessi non configurabili come diritti.

Consiglio di Stato l'approvazione della l. 5992/1889, istitutiva della IV sez. del Consiglio di Stato, la giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione risultò divisa tra due ordini giurisdizionali, caratterizzando il nostro sistema di giustizia come "dualistico".

La giurisdizione del giudice amministrativo era individuata facendo riferimento non già alla natura della situazione giuridica lesa, bensì all'illegittimità del provvedimento. Il giudice ordinario continuava a conoscere della lesione dei diritti soggettivi, mentre il giudice amministrativo si occupava della sola illegittimità degli atti amministrativi derivante dalla violazione di norme differenti che disciplinano l'azione della pubblica amministrazione. Nel 1907 fu istituita la V sez. del Consiglio di Stato alla quale fu attribuita unicamente la giurisdizione di merito. Nel 1924 fu introdotta la c.d. giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato.

3. La disciplina costituzionale

La Cost. si è inserita in un contesto caratterizzato dalla presenza di due giurisdizioni: quella del giudice ordinario, delineata dalla legge abol. cont. del 1865 in ragione della situazione giuridica lesa e quella del giudice amministrativo, nata nel 1889 e assestata quasi interamente nel senso della competenza a sindacare in generale la lesione di interessi legittimi, anche se la lettera della legge non faceva espressamente riferimento a situazioni giuridiche soggettive.

Tra le scelte possibili la Cost. ha accolto espressamente e meglio esplicitato il principio di ripartizione della giurisdizione tra i due ordini di giudici (ordinario e amministrativo), fondato sulla natura della situazione soggettiva lesa, demandando al giudice ordinario la tutela dei diritti e a quello amministrativo la tutela degli interessi legittimi. L'art. 24 cost. dispone infatti che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri

diritti e interessi legittimi”, sancendo in tal modo l’azionabilità delle situazioni soggettive dei privati nei confronti dell’amministrazione .

Il complesso giurisdizionale Consiglio di Stato e tribunali amministrativi regionali (questi ultimi istituiti Consiglio di Stato la l. 1034/1971) si profila come giurisdizione amministrativa generale , così qualificabile in quanto direttamente e in generale prevista dalla Cost. a tutela degli interessi legittimi lesi da un atto amministrativo, senza limitazione di particolari materie e senza necessità di una ulteriore espressa norma di attuazione. L’art. 103 cost. contempla le funzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, e costituzionalizza la preesistente attribuzione al giudice amministrativo “in particolari materie indicate dalla legge”, della cognizione anche di diritti soggettivi (c.d. giurisdizione esclusiva). Inoltre contro le sentenze del Consiglio di Stato è possibile il ricorso in cassazione solo per motivi attinenti la giurisdizione .

Nel senso dell’aumento dei casi di giurisdizione esclusiva si era spinto troppo il legislatore in relazione alle controversie che involgono le pubbliche amministrazioni .

La corte cost., Consiglio di Stato sent. 204/2004 ha ridimensionato questo ampliamento , statuendo che la giurisdizione esclusiva può essere introdotta soltanto nelle materie in cui l’amministrazione agisce come autorità.

Ai sensi dell’art. 113 cost. , che si occupa espressamente del sindacato degli atti della pubblica amministrazione indicando il tipo di tutela garantita nei confronti degli stessi, siffatta tutela è sempre ammessa e non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La determinazione degli organi che possono annullare gli atti della pubblica amministrazione spetta invece alla legge, che deve indicarne anche i “casi” e gli “effetti”. I limiti del potere del giudice ordinario fissati dalla l. abol. cont. non sono stati costituzionalizzati, sicchè non è preclusa alla legge l’attribuzione anche al giudice ordinario di poteri di annullamento di atti amministrativi.

Sono invece insindacabili gli atti politici, emanati dal governo, data la loro altissima discrezionalità e il carattere libero del loro fine, idoneo a ledere diritti soggettivi o interessi legittimi. La cost. sancisce poi l’indipendenza di ogni giudice e quindi anche di quello amministrativo. Proprio invocando tale principio la Corte ha provveduto ad eliminare molte giurisdizioni speciali. Inoltre , sempre la Cost. prevede, ma non impone, che “altri organi di giustizia amministrativa” vadano ad affiancare il Consiglio di Stato (tribunale delle acque pubbliche e Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana).

L’art. 103 cost. mantiene inoltre espressamente la giurisdizione della corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge.

La cost. vieta invece l’istituzione di nuovi giudici speciali, ammettendo soltanto che, presso gli organi giurisdizionali ordinari, vengano istituite “sezioni specializzate per determinate materie, Consiglio di Stato la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura”.(art. 102).

L’art. 111 cost., infine, stabilisce che contro le decisioni del Consiglio di Stato e della corte dei conti è ammesso il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione , mentre per quanto attiene alle sentenze pronunciate dagli “organi giurisdizionali speciali” è ammesso il ricorso in Cassazione anche per violazione di legge. La l. cost. 2/99 ha modificato l’art. in questione introducendo il principio del giusto

processo, in forza del quale “ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti , in condizioni di parità , davanti a d un giudice terzo”. La legge deve inoltre assicurarne la ragionevole durata.

In sintesi può osservarsi che la Cost. espressamente contempla , garantisce e disciplina la giurisdizione del giudice ordinario, quelle del giudice amministrativo e dei giudici speciali, mentre nulla dice del mezzo di tutela costituito dai ricorsi amministrativi proponibili davanti alla stessa pubblica amministrazione.

Un riferimento alla giustizia amministrativa è da ultimo contenuta nell’art. 117, 2c. lett. l) che ne attribuisce la disciplina alla potestà esclusiva dello Stato.

4. L’evoluzione successiva all’entrata in vigore della Cost.

Dopo la soppressione delle giunte provinciali amministrative , con la l. 1034/71 furono istituiti i **Tribunali amministrativi regionali** ai sensi dell’art. 125 cost. A seguito di tale riforma il Consiglio di Stato si configura oggi come giudice di 2 grado. Per quanto riguarda le modificazioni e le innovazioni successive si ricorda il d.p.r. 214/1973, contenente il regolamento di esecuzione della l. istitutiva dei tribunali amministrativi regionali e la l. 186/82, che ha disciplinato la composizione delle sezioni del Consiglio di Stato e dei tribunali amministrativi regionali e, soprattutto, ha integrato nell’unica “magistratura amministrativa” i magistrati dei tribunali amministrativi regionali e del Consiglio di Stato . Con il d.p.r. 426/1984 è stato istituito il tribunale amministrativo regionale della regione Trentino Alto Adige , che gode di un particolare ordinamento. Per quanto riguarda la Corte dei conti, con l. 19/94 ne sono state istituite le sezioni regionali.

Il d.lgs. 29/93, ora sostituito con il d.lgs. 165/01, ha sottratto all’ambito di giurisdizione esclusiva molte controversie in materia di pubblico impiego, mentre il d.lgs. 80/98 ha esteso la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo alle materie dei servizi pubblici, urbanistica ed edilizia. La l. 205/00 ha riprodotto le norme del d.lgs. 80/98 , alcune delle quali censurate dalla corte cost.(gli art. 33, 34 e 35) aggiungendo anche altri ambiti di giurisdizione esclusiva , e ha pure introdotto rilevanti modifiche relative al processo amministrativo. Da ultimo la sent. n. 204/2004 della corte cost. ha notevolmente ridimensionato l’area della giurisdizione esclusiva , individuando i limiti che incontra il legislatore nel delineare le relative materie.

5. La giurisdizione e i suoi limiti: in particolare, la ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo

La funzione giurisdizionale è l’unica funzione che appartiene esclusivamente allo Stato, che applica il diritto al caso concreto al fine di risolvere una controversia Consiglio di Stato una decisione idonea ad acquistare efficacia di giudicato.

La giurisdizione è attuazione della legge, estendendosi fin dove sussiste soggezione alla legge. La relativa questione può essere rilevata d’ufficio : la giurisdizione inoltre, fa parte dei presupposti processuali e cioè, di quei presupposti che devono essere delibati dal giudice amministrativo prima di poter esaminare la domanda.

La legge attribuisce la giurisdizione a soggetti dell’ordinamento, individuando contestualmente i limiti del relativo potere: trattasi di limiti esterni, ed interni, operanti questi ultimi nella sfera di giurisdizione spettante ai vari organi del medesimo ordinamento.

Il superamento dei limiti esterni determina un difetto assoluto di giurisdizione mentre il superamento dei limiti interni comporta un difetto relativo di giurisdizione, per es. conflitto tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Nell'ipotesi in cui il conflitto sorga all'interno del medesimo ordine giurisdizionale si profila una questione di "competenza".

Procedendo all'identificazione dell'azione concretamente esercitata nel processo, elementi di essa sono: il soggetto, la causa pretendi e il petitum.

Il petitum è l'oggetto dell'azione, e di solito, nel giudizio amministrativo consiste nella domanda di annullamento.

Il riferimento a tali elementi è rilevante in vista della identificazione del criterio di riparto tra le due giurisdizioni, ordinaria e amministrativa.

In passato, infatti, per distinguerle, era stato proposto il criterio del petitum, in forza del quale il giudice amministrativo avrebbe avuto la giurisdizione ove si fosse chiesto l'annullamento dell'atto, prescindendo dal tipo di norme violate, mentre il giudice ordinario avrebbe dovuto decidere le controversie allorché si fosse chiesta una sent. di condanna o dichiarativa.

In seguito venne invece riconosciuta la rilevanza della causa pretendi ai fini del riparto, contrapponendo la carenza di potere al cattivo esercizio del potere, al fine di distinguere nel primo caso la lesione del diritto soggettivo dalla lesione dell'interesse legittimo, presente laddove si lamenti un cattivo uso del potere.

Secondo la giurisprudenza si verifica carenza di potere in concreto allorché la pubblica amministrazione agisca in una situazione in cui difettino uno o più fatti stabiliti dalla legge (norma di relazione) come presupposti per l'esistenza in concreto del potere.

6. 7. Conflitti di attribuzione, conflitti di giurisdizione e verifica della giurisdizione .

Nel nostro ordinamento sussistono dunque due ordini giurisdizionali – ordinario e amministrativo-competenti a conoscere di controversie che riguardano la pubblica amministrazione. Tra questi diversi ordini giurisdizionali possono sorgere conflitti in ordine alla spettanza del potere di giudicare le controversie.

Nel nostro ordinamento i conflitti possono essere:

- **conflitti di attribuzione**, allorché sorgano tra soggetti dotati di una sfera di competenza costituzionalmente riservata, risolti dalla corte cost.
- **conflitti di giurisdizione**, se riguardano organi appartenenti a diversi ordini giurisdizionali.
- **Conflitti di competenza**, se sorgano tra organi appartenenti allo stesso soggetto o allo stesso complesso giurisdizionale

Va richiamata la difficoltà di operare una netta distinzione tra conflitti di attribuzione risolti dalla corte cost. e conflitti di giurisdizione risolti dalla corte di cassazione.

La linea distintiva verrebbe allora ricercata nel fatto che, nel caso di conflitto di attribuzione, il conflitto tra poteri non si esaurisce all'interno del singolo processo, ma si riferisce alla contestata possibilità per uno dei poteri di esercitare attribuzioni costituzionalmente riconosciute.

La situazione attuale è caratterizzata dalla presenza di molteplici strumenti di verifica della giurisdizione.

a) Il difetto di giurisdizione del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione o di giudici speciali può essere proposto in qualunque grado e stato del processo ed è rilevabile d'ufficio.

b) Intervenuta una pronuncia espressa sono poi proponibili le impugnazioni previste per quel tipo di sentenza, anche per motivi di giurisdizione.

Con riferimento al giudice amministrativo, ove la questione di giurisdizione rientri tra i motivi d'appello, il giudice d'appello, nell'ipotesi in cui riconosca il difetto di giurisdizione affermata dai tribunali amministrativi regionali, annulla la decisione senza rinvio, allorché affermi la giurisdizione negata dal giudice di 1 grado annullerà la decisione con rinvio al giudice di 1 grado.

c) È previsto inoltre il regolamento preventivo di giurisdizione, disciplinato dall'art. 41 c.p.c. per risolvere un conflitto virtuale di giurisdizione risolto dalle s.u. della corte di cass.

d) In ogni stato e grado del processo, la pubblica amministrazione che non sia parte in causa, può chiedere alle s.u. della cass. che sia dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario a causa dei poteri attribuiti dalla legge all'amministrazione, finché la giurisdizione non sia stata affermata dal Consiglio di Stato sentenza passata in giudicato.

e) È ammesso il ricorso per cassazione avverso le sent. pronunciate in grado d'appello o in unico grado dal giudice ordinario per motivi attinenti la giurisdizione, così come è previsto il ricorso per cassazione avverso le sent. di un giudice speciale in unico grado o in grado d'appello.

f) È infine ammesso il ricorso per cassazione "in ogni tempo" in caso di conflitti reali positivi e negativi tra giudici speciali, ovvero tra questi e il giudice ordinario.

8. Il giudice ordinario e la pubblica amministrazione : la disciplina di cui alla l. 2248/1865 , all. E

I giudici ordinari sono costituiti dal complesso giurisdizionale disciplinato dall'ordinamento giudiziario r.d. 12/1941, comprendente il giudice di pace, il tribunale, la corte d'appello.

L'art. 2 e 3 della l. 2248/1865, all. E individuano l'ambito di giurisdizione spettante al giudice ordinario in relazione alle controversie che coinvolgono una pubblica amministrazione, sia i poteri del giudice medesimo.

Sotto il primo profilo, ai sensi dell'art. 2, i giudici ordinari conoscono di tutte le controversie in cui "si faccia questione di un diritto civile o politico" nonché, in materia penale, di tutte le cause per contravvenzione.

Per quanto attiene ai poteri del giudice, l'art. 4, commi 1 e 2, l. 2248/1865, all. E, così dispone: "quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i Tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti Autorità amministrative, le quali si conformeranno al giudicato in quanto riguarda il caso deciso."

La norma di cui al 1 comma riguarda i poteri di cognizione del giudice ordinario mentre il secondo si occupa dei suoi poteri di decisione.

Con riferimento all'atto, la pronuncia del giudice non ha efficacia erga omnes, ma vale soltanto per il caso deciso inter partes, in quanto il giudice si limita a conoscere degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio.

Tali limitazioni del giudice ordinario si spiegano ricordando che il giudizio di cui tale norma si occupa concerne principalmente la lesione del diritto soggettivo e non la legittimità dell'atto amministrativo : nell'ipotesi di lesione del diritto la tutela è offerta a prescindere dell'impugnazione dell'atto e il giudice non si occupa della sua sorte fuori dal processo.

Dispone ancora l'art. 5 , l. 2248/1865 : "In questo , come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi a legge". Da questa norma è stato tratto l'istituto della **disapplicazione** del provvedimento amministrativo.

Infatti , mentre l'art. 4 si occupa espressamente degli effetti dell'atto, l'art. 5 dispone in ordine alla sorte dell'atto illegittimo che dovrà essere non applicato, e cioè disapplicato dal g.o. ciò significa che il giudice ordinario , una volta accertata l'illegittimità dell'atto, dovrà ricostruire il rapporto prescindendo dagli effetti da esso prodotti e quindi, giudicare come se questi non sussistessero .

Il potere di disapplicazione può però essere impiegato anche in altre situazioni(c.d. disapplicazione incidentale). Il potere incidentale di disapplicazione può essere impiegato nelle situazioni caratterizzate dal fatto che il privato invoca a fondamento del proprio comportamento o della propria pretesa un provvedimento amministrativo.

Il completamento dell'analisi dei due articoli merita ancora qualche precisazione.

- a) Ai sensi dell'art. 4, 2 co. le autorità amministrative hanno l'obbligo di conformarsi al giudicato dei tribunali in quanto riguarda il caso deciso. Il privato che abbia ottenuto una pronuncia favorevole può rivolgersi all'amministrazione al fine di ottenere la rimozione dell'atto. Con riferimento all'ipotesi in cui la pubblica amministrazione non osservi l'obbligo di cui all'art. 4 , 2 co, l.cont. amm., inizialmente sprovvisto di possibilità di esecuzione coattiva , la legge istitutiva della IV sez. Consiglio di Stato ha introdotto nel 1889 il rimedio del ricorso di ottemperanza, che consente alla parte che abbia ottenuto una pronuncia favorevole del giudice ordinario di rivolgersi al giudice amministrativo nel caso in cui l'amministrazione non si conformi al giudicato(istituto frequentemente usato nell'ipotesi di sent. di condanna al pagamento di una somma di denaro).
- b) L'atto è disapplicabile quando sia affetto da qualsiasi vizio di legittimità, atteso che la legge non pone alcuna limitazione . il sindacato non si estende al merito. Il potere di disapplicazione è esercitabile d'ufficio.
- c) Parte della dottrina e della giurisprudenza ritiene che il potere di disapplicazione sia esercitabile anche dal giudice penale. In realtà il giudice penale conosce degli atti amministrativi al fine di verificare la sussistenza di fattispecie descritte dalla legge penale caratterizzate dalla necessaria presenza di un atto legittimo. Es. art. 650 c.p. in cui la sanzione è applicabile dal giudice solo se il comportamento dell'imputato integri l'inosservanza di un provvedimento "legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene", sicchè, ove il provvedimento sia illegittimo, il giudice non disapplica l'atto, ma semplicemente

riscontra che l'illecito non si è integrato perché la condotta del privato non rientra nella descrizione della norma.

Il potere di disapplicazione è stato riconosciuto in capo al giudice amministrativo .

8.1 Le azioni ammissibili nei confronti della pubblica amministrazione

Muovendo dall'interpretazione degli art. 4 e 5 l. abol. cont. , All. E, dottrina e giurisprudenza hanno proceduto ad individuare la tipologia di azioni esperibili dinanzi al giudice civile da parte dei privati nei confronti della pubblica amministrazione.

Sulla base del divieto per il giudice di revocare o modificare l'atto amministrativo, si negava tradizionalmente la possibilità che detto giudice potesse pronunciare sentenze costitutive e le sentenze di condanna ad un dare infungibile, un fare o un sopportare nei confronti dell'amministrazione. Pacificamente ammesse, erano le sentenze dichiarative , così come nessun dubbio sussisteva circa l'ammissibilità di sentenze di condanna al pagamento di somme di denaro. Si impediva così al potere giurisdizionale di ingerirsi nella sfera dell'amministrazione , la cui attività, necessariamente finalizzata alla cura di interessi pubblici, non tollerava l'emanazione di ordini di fare o l'annullamento di atti da parte di un potere esterno che avrebbero finito con il sovrapporsi alle valutazioni del potere amministrativo nella emanazione di atti tipici e nominati.

Le sentenze dichiarative non incidono direttamente sull'atto né implicano svolgimento di attività esecutiva da parte dell'amministrazione.

Nel corso del tempo sono stati però individuati con maggiore precisione i limiti del divieto del giudice ordinario di emanare sentenze costitutive o di condanna.

La giurisprudenza e la dottrina hanno innanzitutto affermato che i limiti attengono soltanto agli atti posti dai soggetti pubblici nell'esercizio del potere amministrativo : le sentenze di condanna e quelle costitutive possono, invece, essere emanate anche nei confronti di un'amministrazione che abbia posto in essere atti di diritto civile.

Le limitazioni dei poteri del giudice non operano poi in linea di principio nei casi in cui l'amministrazione abbia agito in situazione di **carezza di potere**: l'attività così posta in essere dall'amministrazione, che si configura come mera condotta materiale, è dunque considerata dal giudice civile, alla stregua dell'attività di qualsiasi altro soggetto di diritto comune. In queste ipotesi non può verificarsi alcuna interferenza con l'esercizio delle potestà pubblicistiche spettanti all'amministrazione.

In tema di diritti c.d. non suscettibili di essere degradati dall'amministrazione, parte della giurisprudenza ha ammesso pure la condanna ad un fare specifico e fungibile al fine di eliminare il pregiudizio arrecato al privato con un comportamento che non può essere espressione di un potere, in quanto quest'ultimo è considerato incompatibile con l'esistenza di un tale diritto.

La mancanza di un atto amministrativo fa venir meno il divieto posto al giudice di emanare sentenze di condanna ad un fare, allorché l'amministrazione abbia tenuto un mero comportamento materiale. Altri orientamenti giurisprudenziali continuano a negare la possibilità di condannare l'amministrazione ad un

facere specifico, ancorché l'amministrazione abbia agito al di fuori dei limiti dei propri poteri, ossia anche qui in mancanza di un atto.

Per quanto concerne le **azioni possessorie**, le **azioni nunciatricie** di cui agli art. 1171 e 1172 c.c., nonché le azioni volte ad ottenere un provvedimento cautelare d'urgenza ex art. 700 c.p.c., tradizionalmente si nega che esse siano esperibile nei confronti della p.a. quando determinino la paralisi dell'efficacia di un atto amministrativo che si pone alla base del suo comportamento.

Allorché l'amministrazione agisca nell'esercizio della capacità di diritto privato o sine titolo, il limite ai poteri del giudice ordinario viene superato, atteso che non vi è pericolo che la decisione del giudice interferisca con atti amministrativi.

Si ritiene poi ammissibile la sentenza costitutiva pronunciata dal giudice ai sensi dell'art. 2932 c.c. ed avente gli stessi effetti del contratto non concluso: essa può essere emanata con riferimento all'ipotesi in cui una parte, obbligata a concludere un contratto in forza di un "preliminare", non adempia l'obbligazione assunta. Nel caso in cui la parte inadempiente sia la p.a., la possibilità di esercitare l'azione di cui all'art. 2932 è stata in particolare riconosciuta dalla giurisprudenza ad avviso della quale la sentenza del giudice non comporta alcuna interferenza nell'esercizio dei poteri amministrativi, atteso che la scelta discrezionale dell'amministrazione è stata effettuata nel momento in cui la stessa si è determinata a concludere il preliminare.

I limiti ai poteri del giudice ordinario sussistono soltanto allorché il soggetto pubblico abbia esercitato con atto formale poteri pubblicistici attribuiti dalla legge. Soltanto in questa ipotesi, si giustifica un regime differenziato per la p.a.

8.2. Le azioni ammissibili nei confronti della pubblica amministrazione

Il principio posto dall'art. 4, 2 comma, che vieta al giudice ordinario di intervenire sull'atto, non è stato costituzionalizzato. Sono pertanto legittime le norme che vi derogano.

La l. 689/1981, in tema di sanzioni amministrative pecuniarie, consente al giudice di pace, di annullare, in tutto o in parte, le ordinanze amministrative con cui vengono irrogate le sanzioni, nonché di modificare l'entità della sanzione stessa e di sospenderne l'esecuzione: secondo parte della dottrina le questioni relative all'ammontare della sanzione inerirebbero a interessi legittimi, eccezionalmente rimessi alla cognizione del giudice ordinario che, comunque, si spinge ad esaminare tutti gli aspetti del rapporto.

Il riconoscimento della possibilità di pronunciare tutti i tipi di sentenza nei confronti dei soggetti pubblici è stato poi operato dalla recente legislazione in tema di rapporto di impiego presso le pubbliche amministrazioni. In questo ambito, al cui interno peraltro l'amministrazione agisce in prevalenza con i poteri del privato datore di lavoro, sicché si tratta di una deroga solo parziale ai principi di cui all'art. 4, l. cont. Amm., è attribuita al giudice ordinario la giurisdizione in ordine a tutte le controversie, "ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione". Ai sensi dell'art. 63 t.u.p.i. "il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati".

Il giudice decide allorché vengano in questione atti amministrativi presupposti e quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi.

8.3. P.a. ed esecuzione forzata

Nei casi in cui siano ammissibili sentenze di condanna, si pone il problema della tutela che può essere offerta al privato ove l'amministrazione si rifiuti di eseguirle spontaneamente. Il c.p.c. prevede il rimedio dell'esecuzione in forma specifica (esecuzione forzata per consegna o rilascio, di obblighi di fare, dare) e quello dell'espropriazione, con il quale, previa vendita dei beni del debitore, si consente al creditore di soddisfare le proprie pretese sulla somma da essa derivante. L'espropriazione forzata è ammissibile sia nell'ipotesi in cui il credito avesse ad oggetto il pagamento di una somma di denaro, sia nei casi in cui risulti impossibile ricorrere all'esecuzione in forma specifica.

Un primo limite all'esecuzione forzata deriva dal regime sostanziale dei beni che costituiscono il patrimonio dell'amministrazione debitrice, ed in quanto beni demaniali o patrimoniali indisponibili non possono formare oggetto di esecuzione forzata.

Per quanto attiene alle somme di denaro presenti nelle casse degli enti e ai crediti monetari, nel bilancio sono previsti capitoli destinati al pagamento delle spese per liti giudiziarie. Mentre in passato si riteneva che i provvedimenti necessari per collocare in bilancio le spese dovessero essere assunti dall'amministrazione o dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza, in seguito si è negato che le destinazioni attribuite al denaro in sede di bilancio potessero impedire l'esecuzione forzata e la soddisfazione dei diritti dei terzi. A fronte dell'obbligo di adempiere l'amministrazione non dispone di alcuna discrezionalità, onde l'esecuzione forzata non ne implica l'incisione.

Per quanto attiene ai crediti della p.a. relativi al denaro depositato presso le tesorerie, parte della giurisprudenza ritiene inoltre ammissibile l'esecuzione forzata da parte del terzo, anche se trattasi di crediti liquidi e inesigibili in caso di mancata approvazione del bilancio. La giurisprudenza continua però a ritenere che denaro e crediti siano impignorabili qualora siano stati oggetto di una specifica destinazione univoca, precisa e concreta da parte del soggetto pubblico, anche se riconosce l'insufficienza, a tali fini, della iscrizione della somma a bilancio, richiedendo un provvedimento o una norma di legge che li vincoli alla destinazione a pubblico servizio. La legislazione speciale limita molto spesso l'espropriabilità delle somme delle amministrazioni in vista dell'esigenza di garantire che le funzioni pubblicistiche siano indefettibilmente esercitate.

Ai sensi dell'art. 514 c.p.c. sono impignorabili i beni mobili che il debitore ha l'obbligo di conservare per l'adempimento di un pubblico servizio.

8.4. Deroghe al diritto processuale comune

La presenza in causa dell'amministrazione comporta variazioni rispetto all'ordinario regime processuale. La difesa in giudizio dell'amministrazione statale spetta all'Avvocatura dello Stato, avente sede presso ciascun distretto di Corte d'appello, mentre nelle controversie di lavoro le pp.aa., limitatamente al giudizio di 1 grado, possono stare in giudizio avvalendosi direttamente di propri dipendenti. Nel caso in cui è parte una

p.a. la competenza spetta al giudice del luogo dove ha sede l'avvocatura dello Stato nel cui distretto si trova il giudice che sarebbe competente secondo le norme ordinarie(foro erariale ex art. 25 cpc).

Nelle cause proposte contro l'amministrazione statale, la capacità di stare in giudizio spetta al ministro in carica competente per materia . Gli atti introduttivi del giudizio vengono notificati all'amministrazione statale in persona del ministro competente presso l'ufficio dell'avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede il giudice adito. L'avvocatura dello Stato è dunque domiciliataria ex lege delle pp.aa.

Gli enti pubblici diversi dallo Stato stanno in giudizio in persona del legale rappresentante.

Nel giudizio relativo ai rapporti di lavoro è obbligatorio il tentativo di conciliazione .

Gli atti giudiziari nell'interesse della p.a. e degli enti parificati per legge, sono esenti da bollo.

Domande:

- cosa prevede la nostra costituzione in merito alla giustizia amministrativa?
- Quale criterio fonda il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo?
- Cosa prevedono gli artt. 34 e 5 della l. abolitiva del contenzioso 2248/1865?
- Quali azioni sono ammissibili contro la pubblica amministrazione ?
- Quali limitazioni ha il giudice ordinario in merito alla pubblica amministrazione?

CAPITOLO X

LA TUTELA INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

SEZ. I

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO

1. Premessa

L'ordinamento della giurisdizione amministrativa è composto dal tar- Consiglio di Stato e Consiglio di giustizia amministrativa.

La magistratura amministrativa è costituita dal presidente del Consiglio di Stato , dai presidenti di sezione del Consiglio di Stato e dai presidenti dei Tar , i quali hanno funzioni direttive , nonché dai consiglieri di stato , consiglieri, primi referendari e referendari di tar.

Il Consiglio di Stato consta di sei sezioni, tre con funzioni consultive e tre con funzioni giurisdizionali. Le sezioni giurisdizionali, la cui composizione è stabilita all'inizio di ogni anno dal Presidente del Consiglio di Stato sulla base dei criteri fissati dal consiglio di presidenza, pronunciano con l'intervento di un Presidente e di quattro consiglieri.

L'Adunanza generale, con funzioni consultive per questioni di particolare importanza , è composta da tutti i magistrati in servizio presso il Consiglio di Stato .

L'Adunanza plenaria ha funzioni giurisdizionali e si compone del Presidente del Consiglio di Stato che la presiede e a rotazione di 12 consiglieri.

L'adunanza plenaria può essere investita dal Presidente del Consiglio di Stato dei ricorsi nei quali si debbano affrontare questioni di particolare rilievo.

In ogni regione è istituito un Tribunale amministrativo regionale con sede nel capoluogo. I Tar sono 20. In alcune regioni vi sono sezioni distaccate in ragione della loro popolosità .

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la regione Sicilia in sede giurisdizionale(disciplinato dal d.lgs. 373/03) ha composizione mista , essendo i componenti per metà togati e per metà onorari.(nominati dal presidente della regione) Il collegio giudicante è formato dal Presidente , da due consiglieri di Stato e da due giudici di nomina regionale. Oggi è un organo giudiziario di 2 grado, che giudica in appello avverso tutte le decisioni pronunciate in 1 grado dal Tar Sicilia.

Oltre alle ordinarie cause di astensione e ricasazione di giudici, l'art. 43, 2 co. t.u. Consiglio di Stato ne individua una specifica prevedendo che non possono prendere parte alle decisioni del Consiglio di Stato i magistrati che abbiano concorso a dar parere , nella sezione consultiva del Consiglio di Stato , sull'affare oggetto del ricorso.

2. La competenza dei giudici amministrativi

A seguito della istituzione dei Tribunali amministrativi regionali (l. 1034/71) si è posto il problema di definire la misura di giurisdizione (competenza) spettante ai singoli tribunali amministrativi regionali.

Per quanto concerne la competenza per territorio, gli artt. 2 e 3 l. t.a.r. individua i seguenti principi:

- criterio della sede dell'organo o dell'ente;
- criterio dell'efficacia dell'atto ; il t.a.r. Lazio è competente per gli atti statali;

- criterio della sede di servizio del pubblico dipendente: in materia di pubblico impiego è competente il giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio presso il quale il dipendente si trova al momento dell'emissione dell'atto impugnato.

Il Consiglio di Stato ha statuito che in ordine alle vertenze risarcitorie, sussiste la competenza del t.a.r. che annulla il provvedimento illegittimo.

2.1. La derogabilità della competenza e le ipotesi di competenza funzionale

In tema di competenza per territorio vigono alcune regole:

- l'incompetenza territoriale non è rilevabile d'ufficio;
- essa può essere rilevata soltanto su eccezione della parte che vi abbia interesse che deve sollevarla entro un determinato termine di decadenza (attraverso lo strumento tipico del regolamento di competenza), mediante il quale la questione è rimessa al Consiglio di Stato;
- l'incompetenza per territorio non costituisce motivo di impugnazione della decisione emessa dal tribunale amministrativo regionale.

Emerge dunque il criterio della derogabilità della competenza territoriale, in quanto consente alla parte di scegliere a quale giudice proporre l'azione e la domanda cautelare.

Il processo, su iniziativa del ricorrente, può quindi svolgersi dinanzi ad un giudice diverso da quello indicato come competente dalla legge o, per altre parti, non eccepiscono l'incompetenza Consiglio di Stato il regolamento di competenza.

Le ipotesi di competenza funzionale non derogabile sono invece ricavabili dal sistema. Una di queste è costituita dal riparto di competenza territoriale in materia di ricorso per ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato. Ai sensi della l.t.a.r. il Consiglio di Stato dispone di competenza funzionale per materia in ordine ai giudizi di ottemperanza delle autorità amministrative che non esercitino la propria attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione territoriale di un t.a.r., mentre si avrà competenza funzionale del T.a.r. per quanto attiene ai ricorsi per l'ottemperanza del giudicato del tribunale stesso, o di un giudicato del giudice ordinario.

Controverso è il caso della sezione di Bolzano del T.a.r. Trentino Alto Adige, per alcuni considerato Consiglio di Stato competenza funzionale inderogabile.

Esistono altri due tipi di competenza funzionale:

- per grado e non per territorio, relativi alla distribuzione dei ricorsi tra t.a.r. in primo grado e Consiglio di Stato, il quale è giudice d'appello per le sentenze dei tribunali amministrativi regionali.
- per materie, per i ricorsi per l'ottemperanza o per le misure cautelari.

2.2. Modificazioni della competenza : connessione, litispendenza e continenza.

La legge non disciplina la **connessione** nel processo amministrativo, fatta salva la norma art. 21 l. t.a.r. secondo cui "tutti i provvedimenti adottati in pendenza di ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante la proposizione di motivi aggiunti: questa disposizione potrebbe determinare uno spostamento di competenza.

La legislazione in tema di processo amministrativo non solo tace sulla connessione, ma neppure contiene una disciplina specifica della **litispendenza** (la quale si verifica allorché la stessa azione venga proposta dinanzi a giudici diversi) e della **continenza** (che ricorre tra due azioni quando il petitum di una delle due sia più ampio, ricomprendendo in sé quello che costituisce oggetto dell'altra.)

Secondo una parte della dottrina , seguita dalla giurisprudenza prevalente, in tema di litispendenza troverebbe applicazione analogica l'art. 39 c.cp.c il quale afferma il **principio di prevenzione** : giudice competente a pronunciarsi è quello adito per primo in ordine di tempo, avendo riguardo alla data di deposito del ricorso(o per alcuni della notifica), mentre il giudice successivamente adito deve rilevare, anche d'ufficio, la litispendenza, dichiararla Consiglio di Stato sentenza e disporre Consiglio di Stato ordinanza la cancellazione della causa dal ruolo.

Per quanto riguarda la continenza di una causa rispetto all'altra, la dottrina è divisa.

3. La ripartizione tra giurisdizione di legittimità, giurisdizione esclusiva e di merito: in particolare la giurisdizione esclusiva.

Il termine giurisdizione è anche impiegato per indicare i poteri del giudice amministrativo.

Il giudice amministrativo giudica, in via generale , sulle controversie relative alla legittimità di atti amministrativi lesivi di interessi legittimi, Consiglio di Stato i poteri istruttori e decisorio che vanno dall'annullamento dell'atto alla condanna al risarcimento del danno. La **causa pretendi** è dunque l'interesse legittimo.

Caratteristiche di tale giurisdizione , definita **giurisdizione di legittimità**, sono quindi la generalità , la tutela degli interessi legittimi, il potere di annullamento spettante al giudice e quello di conoscere, anche "di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali"(art. 7, l. 205/00).

Il giudice amministrativo inoltre conosce , in determinate materie, anche di diritti soggettivi: in tal caso vi è una deroga al criterio di riparto basato sulla natura della situazione giuridica lesa e si dice che il giudice amministrativo ha **giurisdizione esclusiva**. Mentre, quando al giudice è concesso anche sindacare sul merito, superando così il suo limite esterno, si parla di **giurisdizione di merito**.

La giurisdizione esclusiva e di merito sono eccezionali, in quanto sussistono solo nei casi previsti dalla legge, in ciò differenziandosi da quella generale di legittimità.

La giurisdizione amministrativa esclusiva riguarda le materie in cui è "esclusa"la giurisdizione di un altro giudice , in particolare del giudice ordinario.

Si discute circa la ratio che giustifica l'introduzione di tale tipo di giurisdizione : secondo alcuni per la maggiore specializzazione del g.a. a conoscere alcune materie caratterizzate dall'applicazione di regole sostanziali previste da leggi amministrative, secondo altri per la particolare importanza che rivestono alcune materie per la vita stessa dello stato. Da ultimo, secondo quanto affermato dalla Corte cost. Consiglio di Stato sent. 204/2004 , la giurisdizione esclusiva attiene a materie "particolari"rispetto a quelle devolute alla giurisdizione di legittimità; esse partecipano della loro medesima natura , che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come "autorità".

4.L'ambito della giurisdizione esclusiva

L'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva è in primo luogo fornito dall'art. 7, co. 2 l. 1034/71. Le materie più importanti previste da tale normativa erano costituite dal pubblico impiego e dalle concessioni di beni e servizi pubblici. Altri casi di giurisdizione esclusiva sono stati aggiunti da disposizioni legislative successive alla l. t.a.r.

Con il decreto legislativo n. 80/98 , (gli art. 33 e 34 come sost. dalla l. 205/00) è stato ampliato notevolmente il novero delle materie devolute alla giurisdizione esclusiva, riconducendovi "tutte le controversie" attinenti ai **servizi pubblici**, compresi "quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato immobiliare , al servizio farmaceutico , ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla l. 481/95", **l'edilizia e l'urbanistica**. (considerando che Consiglio di Stato lo stesso dlgs. La materia del p.i. era stata sottratta al giudice amministrativo per devolverla al giudice ordinario a seguito della privatizzazione del p.i.).

La corte cost. aveva dichiarato l'illeg. cost. di tali articoli per eccesso di delega, poi comunque integralmente riprodotti nell'art. 7 della l. 205/00: senonchè la corte cost. con sent. 204/2004 ha nuovamente dichiarato incostituzionali gli art. 33 e 34 del d.lgs. 80/98 ritenendo che l'estensione della giurisdizione esclusiva , da tali norme operata, configgerebbe Consiglio di Stato i criteri ai quali, ai sensi dell'art. 103 cost., deve ispirarsi il legislatore quando voglia riservare una "particolare materia" alla giurisdizione esclusiva. Questo criterio di assegnare alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo blocchi di materie come quella inerenti i servizi pubblici, a fronte invece di particolari materie, è stata dichiarata incostituzionale. Pertanto la corte cost. ha ristretto il campo di giurisdizione esclusiva del g.a . ammettendola solo laddove la pubblica amministrazione in materia di servizi pubblici, urbanistica ed edilizia, abbia agito come autorità, emanando provvedimenti amministrativi, ed escludendola laddove la p.a . abbia adottato semplici comportamenti o agendo iure privatorum. Pertanto, alla luce di questo nuovo intervento della corte cost., possiamo rileggere l'art. 7 della l. 205/00 in questi termini: " spettano alla giurisdizione esclusiva le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241/90, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato immobiliare , al servizio farmaceutico , ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla l. 481/95".

La nuova formulazione della norma ricalca , per la parte relativa alla concessione di servizi, l'art. 5 l. 1034/1971, norma che devolve alla giurisdizione esclusiva le controversie in tema di concessioni di beni, prevede che resti salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni e corrispettivi, in ordine alle quali l'amministrazione non agisce in veste di autorità.

Sono inoltre devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti alle stesse equiparati in materia di **edilizia e urbanistica**.(la quale concerne gli aspetti dell'uso del territorio).

Alla luce dell'intervento della Consulta, che ha eliminato ogni riferimento ai comportamenti, viene oggi meno la giurisdizione esclusiva sulle controversie ad essi inerenti, ad es. a quello tenuto dall'amministrazione in ordine alle azioni possessorie.

Molto delicato è il tema della **occupazione usurpativa** (che ricorre quando il fatto ablativo è intervenuto in assenza di dichiarazione per p.u. o in caso di suo successivo annullamento) e **acquisitiva** (o appropriativi, detta anche accessione invertita, che sussiste quando una dichiarazione esiste ma ad essa non fa seguito il tempestivo e formale esproprio). In tali casi alcune sentenze della Cassazione a s.u. si sono pronunciate a favore della giurisdizione del giudice ordinario.

Un problema particolarmente delicato attiene alle controversie risarcitorie. L'art. 7, l. 205/00 dispone che il giudice amministrativo "conosce di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno...e gli altri diritti patrimoniali consequenziali."

Risulta così eliminata la riserva al giudice ordinario della cognizione delle controversie attinenti alle questioni patrimoniali consequenziali e non solo nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

La corte cost. Consiglio di Stato sent. 204/2004 ha chiarito che il potere di disporre il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una materia nuova devoluta alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio, da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione.

Non toccato dalla sent. 204/2004 è l'art. 6 della l. 205/00 che ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a "procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale e regionale". Sembrerebbe dunque che il soggetto sia un'autorità o eserciti un potere.

La materia tradizionalmente più importante tra quelle rientranti nella giurisdizione esclusiva era costituita dal pubblico impiego che ora a seguito della privatizzazione, risulta sottratta al giudice amministrativo. L'art. 63 del d.lgs. 165/01 ha disposto la devoluzione al giudice ordinario in funzione del giudice del lavoro di tutte le controversie riguardanti i pubblici dipendenti, ad esclusione delle categorie non privatizzate (magistrati, avvocati dello Stato, forze di polizia) e di quelle relative all'assunzione dei dipendenti.

Ancora in materia di diritto d'accesso l'art. 25 della l. 241/90 come modif. dalla l. 80/05 devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia.

3.2. La giurisdizione di merito

un ampliamento del limite esterno della giurisdizione del g.a., il cui superamento determina come regola il difetto assoluto di giurisdizione, è previsto dall'ordinamento nei casi in cui il giudice disponga di **giurisdizione di merito**: essa consente di sindacare non solo la legittimità bensì anche il merito (e cioè l'opportunità) dell'atto amministrativo, ingerendosi dunque in un ambito sottratto in via normale alla sua cognizione.

Nei casi di giurisdizione di merito, aventi carattere eccezionale perché sussistenti solo nelle materie tassativamente indicate dalla legge, il giudice conosce peraltro anche dei vizi di legittimità. Il merito attiene all'opportunità anche se in alcune materie non viene in rilievo nessuna valutazione di opportunità.

Il giudizio di ottemperanza oggi indiscutibilmente rappresenta il caso più importante di giurisdizione di merito: in quanto il giudice amministrativo, a mezzo di un commissario ad acta, può "sostituirsi" all'amministrazione inadempiente.

Di conseguenza l'elemento peculiare della giurisdizione di merito non consiste nei maggiori poteri di decisione e istruttori spettanti al giudice, bensì nella possibilità di valutare l'opportunità dell'attività amministrativa.

Quanto ai poteri, il giudice amministrativo ha il potere di annullare l'atto, anche per vizi di merito, nonché quello di riformare l'atto o sostituirlo e di adottare i consequenziali "ulteriori provvedimenti". Si ritiene che, ai sensi dell'art. 7 l. 205/00 il giudice possa conoscere anche dell'eventuale risarcimento del danno.

Inoltre, il giudice ha ampi strumenti istruttori: oltre a quelli propri della giurisdizione di legittimità, "può ordinare qualunque mezzo istruttorio, nei modi determinati dal regolamento di procedura", potendo utilizzare anche testimonianze, ispezioni, perizie, ad eccezione di mezzi incompatibili con i caratteri della giurisdizione amministrativa.

3.3. Le materie rientranti nella giurisdizione di merito

Quanto alle materie rientranti in tale tipo di giurisdizione, tra quelle più importanti si ricordano, oltre al ricorso volto ad ottenere l'adempimento dell'obbligo di conformarsi al giudicato, i ricorsi per la contestazione di confini di comuni e province, i ricorsi in materia di consorzi per strade che tocchino il territorio di più province, i consorzi per le opere idrauliche e per opere di bonifica, i ricorsi contro i provvedimenti con tingibili e urgenti di sicurezza pubblica del sindaco in materia di edilizia, di polizia locale e di igiene.

Domande:

- quali sono i giudici amministrativi?
- Che tipi di giurisdizione esistono in capo al giudice amministrativo?
- Quali materie rientrano nella giurisdizione esclusiva?
- Cosa ha previsto la sentenza della corte costituzionale n. 204/04?

IL PROCESSO AMMINISTRATIVO

4. Le fonti del processo amministrativo

Il processo amministrativo è retto da una molteplicità di norme, e non esiste al pari del processo civile o del processo penale, un codice che ne disciplini la procedura, che si ricava dunque da una serie di leggi, non sempre coordinate tra loro: la legge 1034/1971 (L. TAR) richiama la disciplina del rito che si svolge dinanzi al Consiglio di Stato, in quanto compatibile, e poi mutua le norme del codice di procedura civile con adattamenti che sono stati operati per la maggior parte dalla giurisprudenza.

4.1. I principi del processo amministrativo:

Il giudizio si istaura solo a seguito del ricorso della parte sicché il giudice non può procedere d'ufficio: principio della domanda: (art. 99 Cpc, artt. 23 comma 1 e 6 l. t.a.r.). Il processo ha inizio su iniziativa di parte (**ricorso**), il giudice non può procedere ex officio e oltre i limiti della domanda, non può annullare un atto per vizi diversi da quelli affermati dal ricorrente. Per venire incontro a quest'ultimo è stabilito che può integrare il ricorso con i cd. Motivi aggiunti, quando sia venuto a conoscenza dei vizi dell'atto impugnato successivamente alla sua impugnazione.

Principio dell'impulso processuale di parte. (art. 18 reg.proc. Consiglio di stato, artt. 23 e 25 L. 1034/71 come modificati dall'art. 1 e 9 l. 205/2000): sono le parti che, con le loro richieste, fanno progredire il processo. La loro inerzia, se perdura per almeno due anni, produce la perenzione del processo, oppure la decadenza, se non vi è riassunzione entro sei mesi dal verificarsi di una interruzione.

Principio del contraddittorio: (art. 101 Cpc, art. 20, 21, 23 comma 3 l. 1034/71 come modificati dalla l. 205/2000) viene attuato mediante notifica del ricorso a tutti i controinteressati: la mancata notifica rende il ricorso irricevibile.

Principio del libero convincimento del giudice: (art. 116 comma 1 c.p.c., 23 comma 5 l. tar, 28 reg. proc. Cons. st.). vige un sistema istruttorio che attribuisce al giudice ampia iniziativa nel delicato compito dell'acquisizione della prova;

principio della concentrazione: (artt. 23, commi 2 e 7, l. t.a.r. come integrato dalla l. 205/2000). La causa, per quanto possibile, va trattata in un'unica udienza.

Principio dell'oralità: (artt. 23 comma 1 l. t.a.r., 58-61 reg. proc. C.d.s.) la causa viene trattata oralmente in udienza (a meno che non venga trattata in camera di consiglio).

Principio della collegialità: nel processo amministrativo domina la figura del collegio, mentre il presidente dispone di limitati poteri ordinatori e istruttori.

4.2 I presupposti processuali e condizioni dell'azione

Le due categorie sono di elaborazione dottrinale, così non si trova menzione nel codice di tali espressioni.

I presupposti processuali devono esistere prima della domanda.

La dottrina sostiene che la presenza dei presupposti processuali è sufficiente perché un processo venga instaurato validamente, ma non da alcuna garanzia circa l'esito del medesimo, cioè non sarà sufficiente la sussistenza dei presupposti processuali per ottenere una sentenza favorevole.

L'esistenza di questi presupposti deve essere accertata dal giudice prima di poter valutare la fondatezza della domanda al fine di accoglierla o respingerla.

Primo fra tutti è che la domanda sia proprio rivolta al giudice. Gli altri presupposti processuali o di ricevibilità del ricorso, sono: la capacità ad essere parte nel processo, la capacità processuale e il rispetto del contraddittorio

Le condizioni dell'azione sono elementi intrinseci della domanda, quando sussistono sono utili ad ottenere una sentenza favorevole.

La dottrina dominante sostiene che le condizioni dell'azione devono sussistere, affinché il provvedimento possa essere favorevole, al momento dell'emanazione della sentenza (oltre che nel momento della proposizione della domanda), dottrina minoritaria sostiene invece che possano anche venire meno in un momento successivo senza che nulla muti sull'esito della sentenza. L'importante è che siano presenti e siano rispettate al momento della proposizione della domanda.

4.3. La capacità di essere parte: la legittimazione processuale

Deve esistere in capo al soggetto che propone l'azione. Legittimato processualmente sarà il soggetto che ha il potere di intraprendere e continuare il processo, in mancanza di questo pervenire ad una decisione nel merito, ma dovrà limitarsi a pronunciare sulla mancanza di tale requisito.

La legittimazione processuale è legata al concetto di parte e giusta parte.

PARTE dal punto di vista giuridico e processuale, è quel soggetto che dà vita al processo sotto il profilo dinamico e ne subisce gli effetti ed è destinatario dei provvedimenti che verranno emessi dal giudice nel corso del processo.

Parti sono "chi propone la domanda" "colui nei cui confronti la domanda è proposta".

Così parte sarebbe il soggetto che propone la domanda a prescindere dalla titolarità del diritto che fa valere; giusta parte colui che la propone alla luce del fatto che è titolare del diritto. Una volta che il procedimento viene instaurato anche da un soggetto che non è giusta parte, questo è sufficiente perché si possa pervenire ad una decisione che in questo caso sarà di rigetto, perché l'attore non era titolare del diritto che vantava. Ma tale determinazione sarà successiva alla proposizione della domanda che comunque sarà stata proposta da un soggetto che per il sol fatto stesso della proposizione (della domanda) è parte.

Questa operazione successiva che porta alla soccombenza per negazione della presenza dell'interesse che quella parte voleva far valere come proprio, oppure l'inesistenza dell'interesse non può essere confusa con la qualifica di parte processuale.

Se la parte ha la legittimazione processuale ha anche la legittimazione ad agire (titolarità dell'azione) si vuol dire che la parte è legittimata.

La legittimazione ad agire è invece una condizione dell'azione, viene fuori in un momento successivo alla proposizione della domanda.

La legittimazione processuale deve sussistere prima che la domanda venga proposta ed è il potere di proporre l'azione svincolato dal diritto.

Può darsi che vi siano soggetti che hanno la legittimazione processuale, ma non sono titolari del diritto fatto valere.

Alla legittimazione processuale si affianca la capacità processuale (art. 75c.p.c.) : per molti autori i due concetti coincidono, secondo altri è capace processualmente chi è capace di agire secondo il diritto privato. Comunque la legittimazione può mancare anche se il soggetto è capace processualmente, es. il fallito è legittimato processualmente nella sua causa di fallimento.

L'amministrazione statale è rappresentata in giudizio ex lege dall'avvocatura dello stato, che ha in via esclusiva e obbligatoria il patrocinio dello Stato.

4.4 condizioni dell'azione

Sono quelle necessarie per ottenere un provvedimento favorevole.

Le più rilevanti sono tre:

1. esistenza di una norma che garantisca il diritto che si vanta attraverso la proposizione della domanda
2. interesse ad agire
3. legittimazione ad agire

Potrebbe essere considerate tutte e tre come aspetti di un unico requisito della domanda e cioè la sua ipotetica accoglibilità. Se la domanda non contiene l'affermazione che esiste un diritto che è stato violato e che ha bisogno di essere tutelato allora è carente di quelle condizioni dell'azione necessarie per ottenere il provvedimento (sentenza) favorevole.

- esistenza... la parte deve fare riferimento ad una norma di diritto che astrattamente preveda l'ipotesi che rappresenta l'attore e per la quale vuole che venga riconosciuto il suo diritto.

- interesse ad agire (art.100) per affermare un diritto occorre affermare o narrare l'accadimento concreto di uno o più fatti che siano riconducibili alla norma di cui sopra e sottolineare che la medesima sia stata lesa. Da qui, l'interesse ad agire di quel soggetto e a veder riconosciuto il diritto tutelato dalla norma di cui al n.1 L'interesse ad agire si sostanzia:

- norma che garantisce il diritto che si vuole tutelare attraverso la proposizione della domanda
- il fatto che l'accadimento concreto dell'attore sia riconducibile alle situazioni astratte previste dalla norma
- obiettiva lesione del diritto e violazione della norma richiamata.

- Legittimazione ad agire c'è coincidenza tra il soggetto titolare del diritto violato e il soggetto che lo fa valere in giudizio. Sarà dunque legittimato ad agire colui che avrà la titolarità del diritto vantato. Questa valutazione è fatta in un momento successivo, mentre la valutazione della legittimazione processuale viene fatta in un momento anteriore. La legittimazione ad agire può essere attiva o passiva.

Legittimazione ad agire *attiva* - si ha una coincidenza tra soggetto che propone la domanda e colui che nella domanda stessa è affermato come titolare del diritto.

Legittimazione ad agire *passiva* - coincidenza tra colui contro il quale la domanda è proposta e colui che nella domanda è affermato come soggetto passivo del diritto vantato dall'attore.

5. Le parti nel processo amministrativo: le parti necessarie

Le parti sono i soggetti del processo diversi dal giudice. La parte processuale in senso formale è il soggetto che propone la domanda o quello nei confronti del quale la domanda è proposta.

Sono parti necessarie :

- **ricorrente**: ovvero colui il quale, come titolare dell'interesse all'annullamento o alla riforma di un atto amministrativo, propone il ricorso affermandosi appunto titolare dell'interesse legittimo oltre che interessato all'eliminazione dell'atto.

-**amministrazione resistente**: ovvero l'amministrazione autrice dell'atto impugnato, portatrice istituzionale dell'interesse che l'atto ha inteso soddisfare, che può acquistare la qualità di parte sempre che dal momento dell'adozione dell'atto a quello della proposizione del ricorso non vi sia stato un mutamento di competenza in merito a tale adozione. In questo caso parte resistente diventerà l'amministrazione che è subentrata nella competenza della prima, sempre che nelle more non elimini o riformi l'atto impugnato.

Eventuali **controinteressati**: ovvero le parti resistenti private, che si oppongono all'accoglimento del ricorso perché interessate al mantenimento dell'atto impugnato, chiedono quindi al giudice il rigetto del ricorso presentando a tal fine deduzioni e documenti.

Eventuali **cointeressati**: sono coloro che avrebbero potuto proporre ricorso principale in quanto portatori dello stesso interesse del ricorrente. La giurisprudenza nega che debbano essere chiamati in giudizio, ma consente che possano intervenire a determinate condizioni di cui si dirà oltre.

5.2 Le parti eventuali

Sono le parti accessorie del processo, cd. Intervenienti, coloro che sono interessati in modo riflesso dal lato attivo o passivo alle sorti del giudizio, il loro è un intervento adesivo, poiché è concessa loro la possibilità di intervento a sostegno delle ragioni del ricorrente o di chi si oppone all'annullamento dell'atto.

Avremo allora:

- litisconsorzio necessario dal lato passivo : amministrazione e controinteressati
- litisconsorzio facoltativo dal lato passivo: intervento del controinteressato
- litisconsorzio facoltativo dal lato attivo: intervento in causa di cointeressati nei limiti consentiti dalla giurisprudenza.

6. Le azioni esperibili nel processo amministrativo

Azione di impugnazione: mira ad ottenere una pronuncia di annullamento dell'atto amministrativo.

Azione cautelare: mira a scongiurare il rischio che la decisione con cui si dichiara fondata la domanda della parte giunga quando ormai il provvedimento è stato portato ad esecuzione.

Azioni costitutive: mirano ad ottenere dal giudice una sentenza, che accertati determinati elementi, costituisca, modifichi o estingua un determinato rapporto giuridico, purchè non incidano su poteri pubblici della pubblica amministrazione.

Azioni dichiarative o di accertamento: Sono dirette all'accertamento di uno stato di fatto o di diritto (dichiarazione dell'illegittimità o dell'illiceità di un atto o di un comportamento amministrativo) al fine di eliminare l'incertezza e di procurare una prova pubblica e inconfutabile sulla situazione accertata.

Azioni di condanna: Il ricorrente mira ad ottenere una sentenza che ordini all'amministrazione di pagare una somma di denaro. In passato ammessa solo nella giurisdizione esclusiva a seguito dell'art. 7 l. 205/2000 è sempre ammessa.

Azioni di ottemperanza: quando l'amministrazione non esegua il dictat della sentenza, cioè non ottempera, il ricorrente può chiedere al giudice di sostituirsi all'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti necessari a ripristinare lo status quo ante l'atto annullato.

7. Il ricorso

È l'atto introduttivo del giudizio, va redatto in forma scritta, sono esenti dal contributo unificato i ricorsi ancora esperibili in materia di pubblico impiego e quelli in materia elettorale, l'inosservanza delle norme sul contributo unificato non rende nullo l'atto, ma irregolare. Deve contenere:

- intestazione: Indicazione, a pena di nullità del giudice adito.
- Epigrafe: indicazione del nome, cognome, residenza e domicilio del ricorrente.
- Esposizione sommaria dei fatti e dei motivi su cui si fonda il ricorso, con l'indicazione delle norme che si assumono violate e le conclusioni. Si devono cioè narrare i fatti e le circostanze storico ambientali, per delineare la cosiddetta *causa petendi* e il *petitum*.
- Sottoscrizione dei ricorrenti e del difensore, con l'indicazione del mandato.

La *causa petendi* è costituita dall'interesse legittimo leso dall'atto illegittimo.

Il *petitum* (cioè l'oggetto dell'azione, e cioè il provvedimento richiesto dal giudice) di solito consiste nella richiesta di annullamento dell'atto, ma può trattarsi altresì di richiesta di modificazione dell'atto stesso. La parte può avanzare istanze cautelari, pregiudiziali o istruttorie.

Non tutte le prescrizioni relative al contenuto del ricorso sono rilevanti ai fini della sua validità: la nullità è prevista nelle sole ipotesi in cui dall'atto introduttivo non emergano gli elementi essenziali della controversia.

La comparizione dell'intimato sana la nullità e l'irregolarità del ricorso salvo i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione.

Se il ricorso contiene delle irregolarità il giudice può ordinare la rinnovazione entro un termine stabilito nell'ordinanza. In caso contrario, posto che comunque l'atto è idoneo al raggiungimento dello scopo suo proprio, l'irregolarità non ha rilievo.

Ove i ricorrenti siano più di uno, essi possono agire assieme proponendo un unico ricorso denominato ricorso collettivo, che realizza una ipotesi di litisconsorzio facoltativo dal lato attivo. Il cumulo soggettivo è giustificato da ragioni di economia processuale. Il ricorso proposto da più soggetti dà luogo ad una pluralità di azioni.

Il **ricorso cumulativo** realizza invece il cumulo oggettivo di azioni. Il ricorrente può impugnare più atti , purchè essi siano connessi.

Da ammettere è pure il cumulo tra azione di annullamento e quella di condanna.

8. **Motivi di ricorso:**

il giudice è vincolato alla deduzione dei motivi operata dal ricorrente , nel senso che, in virtù del principio dispositivo, egli non può scendere ad esaminare profili di illegittimità non rappresentati dalla parte. In forza del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il giudice dovrebbe pronunciarsi su ogni domanda.

Non è tuttavia infrequente la prassi giudiziale dell'assorbimento dei motivi: una volta accolto il ricorso per un motivo, il giudice rifiuta di scendere all'esame delle altre doglianze prospettate.

E' altresì possibile per il ricorrente presentare i c.d. motivi aggiunti, successivamente alla proposizione del ricorso iniziale. Tale possibilità è espressamente disciplinata nell'art. 21 l.tar , modificato dall'art.1 della l. 205/00 , che dispone che "tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante la proposizione di motivi aggiunti". La norma riconosce dunque come attraverso i motivi aggiunti si realizzi una modifica del petitum , e consente l'impugnazione per connessione oggettiva sopravvenuta di atti successivi e diversi da quello inizialmente impugnato, costituenti altri episodi della medesima lesione nei confronti dell'interesse della parte.

Altri esempi di variazione della domanda iniziale, che, in linea di massima dovrebbe restare fissa ed immutabile, sono costituiti:

- dalla rinuncia a qualcuno dei motivi proposti;
- dalla proposizione di motivi ulteriori successivamente alla notifica del ricorso, ma prima dello spirare dell'originario termine di decadenza;
- dal ricorso incidentale;
- dall'intervento litisconsortile del cointeressato che avvenga prima della consumazione del termine per impugnare.

9. **Il termine per ricorrere.**

La notifica dell'atto impugnabile è la forma di comunicazione del provvedimento effettuata mediante un procedimento formalizzato che garantisce la presunzione di conoscenza dell'atto da parte del destinatario, effettuata nei confronti dei soggetti considerati dal provvedimento, ancorché non direttamente nominati. La notificazione se ritualmente effettuata, produce effetti a prescindere dall'effettiva conoscenza dell'atto da parte del destinatario.

La notificazione può avvenire ad opera di un ufficiale giudiziario ma pure a mezzo posta e di altro agente notificatore incaricato . ove esistano destinatari determinati dell'atto, l'eventuale pubblicazione dell'atto stesso non fa decorrere per essi il termine di impugnazione. Tale termine decorre dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione del provvedimento solo quando sia relativo ad atti a fronte dei quali

non vi siano soggetti destinatari determinati e la pubblicazione stessa sia prevista dalla legge o da regolamento ed effettuata con le modalità di legge.

La pubblicazione vale dunque per i terzi interessati che non siano destinatari dell'atto. Essa può avvenire sulla gazzetta ufficiale, sul bollettino ufficiale della regione, sull'albo pretorio dei comuni e delle province.

Il momento iniziale del decorso del termine per l'impugnazione può anche coincidere con quello in cui si è avuta piena conoscenza del provvedimento allorché non sia prevista né la notificazione, né la pubblicazione, ovvero, pur essendo previste, esse non siano state effettuate.

La proposizione del ricorso deve avvenire mediante notificazione, a pena d'inammissibilità rilevabile d'ufficio, entro il termine di decadenza di 60 gg. ovvero entro il termine di prescrizione. Secondo Cons. di stato, ad. Plen. N.4/03 la pronuncia di annullamento è pregiudiziale rispetto a quella di risarcimento, sicché la parte ha l'onere di tempestivamente impugnare l'atto al fine di attivare la pretesa risarcitoria, senza che il giudice possa decidere disapplicando l'atto illegittimo.

Il computo dei termini deve essere effettuato secondo i criteri fissati dal codice di rito: il giorno iniziale non si computa, mentre si computa, salvo che si tratti di giorni liberi, quello finale. I termini sono sospesi nel periodo feriale.

10. La notifica del ricorso

La proposizione del ricorso avviene attraverso la sua notificazione effettuata dagli agenti notificatori, all'amministrazione resistente ed ad almeno uno dei cotrointeressati. L'instaurazione del rapporto processuale richiede comunque il deposito del ricorso notificato. Alle amministrazioni statali la notifica va effettuata in persona del ministro competente per materia e la consegna deve essere eseguita presso l'avvocatura dello Stato nel cui distretto ha sede il giudice adito.

Per quanto riguarda gli altri enti, la notifica deve avere per destinatario l'organo che ha la rappresentanza legale dell'ente e non già l'organo che ha emanato l'atto.

Nella notifica mediante servizio postale la data di notifica del ricorso si identifica con quella di consegna dello stesso ufficiale giudiziario (sent. 477/02). L'ufficiale giudiziario può notificare per posta gli atti relativi ad affari di competenza dell'autorità giudiziaria della sede alla quale esso è addetto. La notifica può avvenire anche a mezzo del messo comunale. Altra particolarità del giudizio amministrativo è la notifica per pubblici proclami, quando i destinatari sono molti.

La nullità della notifica comporta inammissibilità del ricorso, ma la comparizione dell'intimato sana la nullità e irregolarità dell'atto, salvi i diritti acquisiti anteriormente alla comparizione.

11. La costituzione delle parti in giudizio: il deposito del ricorso notificato.

Il contatto tra organo giudicante e parti avviene attraverso la costituzione. Per quanto riguarda il ricorrente essa ha luogo con il deposito del ricorso notificato. In tale momento il processo amministrativo si intende instaurato sicché per individuare la litispendenza deve farsi riferimento al deposito. L'originale del ricorso, con la prova dell'avvenuta notificazione va depositato a pena di irricevibilità entro 30 gg. dall'ultima notifica

presso la segreteria del giudice. Va pure eventualmente notificata la procura al difensore ove essa non sia contenuta nel ricorso stesso.

L'art. 21 l.t.a.r. afferma che entro 30 gg dall'ultima notifica, il ricorrente deve depositare anche la copia del provvedimento impugnato se sia in suo possesso.

La mancata produzione però non implica decadenza, la legge esclude che la parte debba produrre copia se non sia in suo possesso, ovvero se non gli è stato notificato o comunicato.

L'art. 21 dispone che il ricorrente deve depositare i documenti di cui intenda avvalersi nel giudizio (l'art. 23 da termine per produrli fino a venti gg liberi anteriori al giorno fissato per l'udienza).

L'amministrazione è chiamata a depositare il documento impugnato, gli atti e i documenti in base ai quali l'atto è stato emanato, quelli in esso citati e quelli che l'amministrazione ritiene utili al giudizio, il deposito di questi atti non avviene necessariamente al momento della costituzione in giudizio, ma entro 60 gg dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso. La legge non prevede alcuna sanzione in caso di inosservanza della disposizione che impone all'amministrazione di depositare il provvedimento e gli altri atti. Il presidente del tar o un magistrato da lui delegato può supplire alla mancata produzione dell'atto ordinandone all'amministrazione il deposito in giudizio.

11.1 La costituzione delle parti diverse dal ricorrente

Il giudizio è strutturato come dialogo tra ricorrente e giudice, in virtù del principio dell'unilateralità dell'azione: non è dunque necessaria la presenza di altre parti. Ove le altre parti intendano costituirsi in giudizio, nel termine di 20 gg successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso, è previsto che l'organo che ha emesso l'atto impugnato e le altre parti interessate possono presentare memorie, fare istanze e produrre documenti.

L'atto di costituzione non va quindi notificato al ricorrente. Il termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente non è perentorio, sicché esse possono costituirsi anche successivamente al suo spirare, fino al momento dell'udienza di discussione, depositando in tal caso il solo mandato.

11.2 Il ricorso incidentale

Si tratta di un ricorso con il quale le parti contro cui l'impugnazione è proposta denunciano i vizi dell'atto impugnato diversi da quelli denunciati dal ricorrente. E' strettamente dipendente da quello principale, sicché esso è inefficace quando quello principale sia stato rinunciato o dichiarato inammissibile perché proposto fuori termine. Entro il termine di 30 gg dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso principale, quello incidentale deve essere notificato alle altre parti nei modi prescritti per il ricorso principale e, per quanto riguarda il ricorrente, al legale nel domicilio eletto risultante dal ricorso principale. Nei dieci giorni successivi, esso deve essere depositato in segreteria con la prova delle eseguite notificazioni. Le parti alle quali il ricorso incidentale è notificato possono presentare istanze e memorie nel termine ordinario di 10 gg successivi a quello fissato per il deposito del ricorso incidentale notificato.

11.3. L'intervento in giudizio

Chi ha interesse alla contestazione in giudizio può intervenire. Nel giudizio amministrativo sono pacificamente ammessi soltanto l'intervento adesivo ad adiuvandum e l'intervento adesivo ad opponendum. L'intervento ad adiuvandum può essere posto in essere dal titolare di una posizione giuridica dipendente da quella dedotta in giudizio, mentre, ai fini dell'ammissibilità dell'intervento ad opponendum, è sufficiente la semplice titolarità dell'interesse di fatto. L'intervento ha luogo nello stato in cui si trova la controversia. L'interveniente si trova in una posizione accessoria rispetto a quella della parte con cui coopera, sicché non può ampliare l'oggetto della controversia, proponendo domande nuove o nuovi motivi di ricorso o nuove ragioni di difesa, e può compiere solo quelle attività che non pregiudichino la posizione della parte principale, restando comunque assoggettato agli effetti della sentenza. L'atto di intervento deve essere notificato alle altre parti e successivamente depositato presso la segreteria del giudice: il deposito dell'atto notificato alle parti costituite e all'amministrazione deve avvenire entro 20 gg dall'ultima notifica. Le altre parti possono presentare memorie, istanze e documenti nei 20 gg successivi al deposito della domanda d'intervento.

11.4. La domanda di fissazione di udienza e l'iscrizione a ruolo della causa

Oltre al deposito del ricorso, il ricorrente deve presentare al presidente del collegio la domanda di fissazione dell'udienza: con essa l'onere d'impulso processuale si sposta a carico del giudice. La mancata presentazione della domanda di fissazione d'udienza entro due anni dal deposito del ricorso determina l'estinzione del processo per perenzione. Fatti salvi alcuni casi particolari, non è stabilito alcun termine massimo entro il quale va fissata l'udienza di discussione. In generale comunque l'udienza viene comunque fissata non prima che siano decorsi alcuni anni dalla proposizione del ricorso. La determinazione del giorno di udienza ha luogo secondo l'ordine di iscrizione delle domande nel registro tenuto dal segretario. I ricorsi urgenti avranno la prevalenza sugli altri. La domanda di fissazione dell'udienza, che viene semplicemente depositata in cancelleria senza necessità di notificazioni alle controparti, va riproposta ogni qual volta l'udienza medesima si sia tenuta senza che la causa sia passata a decisione, ovvero allorché siano stati espletati mezzi istruttori.

La domanda di fissazione dell'udienza può essere revocata dalla parte che l'ha proposta. In tal caso il ricorso verrà cancellato dal ruolo stesso. Non è richiesta nei casi in cui sia prevista la trattazione in camera di consiglio.

12.I principi dell'istruzione probatoria

Il processo amministrativo è dominato dal principio dispositivo delle parti, nel senso che spetta a queste l'onere di affermare, attraverso gli atti di causa, come sussistenti o insussistenti i fatti su cui si fonda la pretesa e che esse intendono far valere nel processo; tali fatti dovranno poi essere provati al fine di verificare la fondatezza o l'infondatezza della pretesa attrice. Al riguardo va considerato come nel processo amministrativo vige il sistema dispositivo con metodo acquisitivo: spetta alle parti affermare nel processo i

fatti ritenuti rilevanti, dai quali si può ricavare la verità storica, ma rientra tra i poteri del giudice disporre l'acquisizione anche d'ufficio, e cioè, indipendentemente dalle istanze delle parti. In ordine alle valutazioni delle prove e dei risultati dell'istruttoria, nel processo amministrativo si applica il principio del libero convincimento del giudice, il quale non tollera la presenza di prove legali, in grado di vincolarlo cioè in modo assoluto.

13. La disciplina dell'istruzione probatoria

I mezzi istruttori di cui si avvale il giudice amministrativo sono:

- la consulenza tecnica, a seguito della riforma della l. 205/00, mezzo istruttorio affidato al prudente apprezzamento del giudice e utilizzabile per la risoluzione di questioni di fatto che richiedono cognizioni di ordine tecnico e non giuridico.

Nel giudizio di legittimità, oltre alla consulenza tecnica, sono consentiti:

- l'esibizione di atti e documenti, la richiesta di documenti e la verifica.

L'esibizione di atti e documenti può essere frutto dell'iniziativa spontanea delle parti, ovvero essere ordinata dal giudice.

La **richiesta di chiarimenti** è rivolta all'amministrazione interessata, la quale può fornire per iscritto una relazione esplicativa dei comportamenti tenuti e delle questioni tecniche affrontate, ovvero elementi di fatto integrativi di cui è a conoscenza, eventualmente accompagnati dalla produzione di documenti.

La verifica è un'attività ricognitiva che può consistere in un'accertamento tecnico o in un'indagine di fatto, compiuti dalla stessa amministrazione o da altri funzionari amministrativi in contraddittorio con le parti del processo.

La valutazione si distingue dalla perizia in quanto non comporta attività di valutazione.

Nel processo di merito sono ammessi, oltre ai mezzi di prova propri del giudizio di legittimità, anche testimonianze, ispezioni e perizie e "tutte le altre indagini che possono condurre alla scoperta della verità, nel senso che sono ammessi tutti i mezzi di prova ad eccezione delle prove legali (confessione e giuramento). Nell'ambito della giurisdizione esclusiva, a seguito della modifica apportata dalla l. 205/00 alla l. tar, sono stati valorizzati i poteri istruttori del presidente o del magistrato da lui delegato, esercitabili anche prima dell'udienza di discussione (istruttoria preliminare monocratica).

Oltre che dal presidente o da un suo delegato il potere istruttorio può in ogni caso essere esercitato dal collegio, il quale, procedendo ad una valutazione discrezionale della completezza dell'attività istruttoria compiuta fino a quel momento, provvede con ordinanza ritenuta non appellabile.

14. Le misure cautelari

Salvo alcuni casi eccezionali, l'impugnazione del provvedimento non sospende l'esecuzione dello stesso: vi è pertanto il rischio che, nel corso del giudizio, essa produca in modo irreversibile i propri effetti, sicché la decisione sul ricorso non assicurerebbe la tutela alla parte.

L'ordinamento prevede all'uopo lo strumento dell'azione volta ad ottenere misure cautelari.

Il giudizio cautelare istaurato a seguito dell'esercizio di tale azione è strumentalmente collegato a quello di merito: esso si conclude con una ordinanza di carattere provvisorio, proprio perché la tutela cautelare è volta a porre rimedio ai rischi che derivano dalla durata del processo.

L'efficacia dell'ordinanza è destinata a venir meno al momento dell'emanazione della decisione che definisce il giudizio di merito: la decisione finale, se di accoglimento, può confermare e assorbire l'ordinanza di accoglimento, ovvero privarla di efficacia ove si tratti di decisione di rigetto sul merito. L'ordinanza cautelare ha dunque carattere **interinale**, in quanto inidonea a stabilire una soluzione definitiva della controversia.

La decisione sull'istanza cautelare viene assunta in tempi normalmente brevi, mentre la pronuncia sul merito spesso è resa dopo anni. La tutela cautelare nel giudizio amministrativo è oggi compiutamente disciplinata dall'art. 21, l. Tar, come sostituito dall'art. 3, l. 205/00, il quale trova applicazione anche nei giudizi dinanzi al Consiglio di Stato. Tale normativa innesta sul procedimento cautelare possibili sviluppi del giudizio nel merito.

L'azione può essere proposta contestualmente al ricorso e, in tal caso, è notificata unitamente ad esso. La legge non prevede un termine per il deposito, il quale deve comunque avvenire affinché si abbia la discussione della questione, in quanto solo con tale adempimento essa viene portata a conoscenza del giudice.

L'istanza può inoltre essere proposta separatamente dal ricorso principale: in tale ipotesi essa deve essere notificata agli interessati e all'amministrazione con le stesse forme stabilite per la notificazione del ricorso principale e successivamente depositata presso la cancelleria del giudice. La domanda cautelare non può invece essere proposta indipendentemente dal ricorso principale.

La questione, che ha carattere d'urgenza, viene trattata nella prima camera di consiglio successiva al decorso di 10 gg dalla notifica. Il presidente può disporre con decreto, su richiesta del ricorrente, l'ulteriore riduzione dei termini e contestualmente ordinare alla parte ricorrente di curarne la notifica alle altre parti. L'art. 21 l. Tar così come modificato dalla l. 205/00 prevede che "prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al Presidente del Tar, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio". Il decreto è efficace fino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile". tale disciplina si applica anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso d'appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della esecuzione della sentenza appellata.

Il giudice pronuncia con ordinanza che motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio allegato, che indica i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole previsione sull'esito del ricorso.

L'ordinanza ha efficacia ex nunc e, dunque, non elimina gli effetti già prodotti, mentre impedisce di porre in essere atti e comportamenti esecutivi del provvedimento impugnato. L'ordinanza è sottoscritta e viene depositata in cancelleria: del deposito è data comunicazione alle parti costituite con avviso di segreteria. La

parte vittoriosa può notificare l'ordinanza alle parti soccombenti ai fini della decorrenza del termine di 60 gg per appellare e delle eventuali responsabilità dell'amministrazione soccombente in caso di inottemperanza.

Presupposti e contenuti delle misure cautelari sono indicati nell'art. 21 l. tar come succ. modif. : se il ricorrente , allegando un pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte della pubblica amministrazione , durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul ricorso chiede l'emanazione di misure cautelari compresa l'ingiunzione a pagare una somma , che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il tar si pronuncia sull'istanza con ordinanza emessa in camera di consiglio.

La legge disciplina così un modello di tutela cautelare atipica: in passato, invece, l'unica misura adottabile era la sospensione del provvedimento impugnato. La cognizione del giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi sull'istanza volta ad ottenere la misura cautelare investe i presupposti del **periculum in mora** e del **fumus boni iuris** .

Ai fini della sospensiva occorre cioè la sussistenza di “un pregiudizio grave e d irreparabile ...durante il tempo necessario a giungere ad una decisione sul rito” : deve trattarsi del pericolo particolarmente rilevante e di impossibile riparazione (periculum in mora). Il secondo presupposto (fumus boni iuris) è da ritenersi proprio di tutte le misure cautelari: esso ricorre allorché il ricorso non sia manifestamente inaccoglibile.

Circa il contenuto che avrà l'ordinanza , nel caso in cui dall'esecuzione del provvedimento cautelare derivino effetti irreversibili il giudice amministrativo ,ai sensi dell'art. 21 l. tar può disporre la prestazione di una cauzione , anche mediante fideiussione , cui subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare.

La concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata quando la richiesta attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute , alla integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale.

Il giudice può disporre tutte le misure cautelari , compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono , secondo le circostanze , più idonee ad assicurare gli effetti della decisione sul ricorso.

Contro le ordinanze dei tar di cui agli art. 21 e ss. l. tar è ammesso ricorso in appello, da proporre nel termine di 60 gg dalla notifica dell'ordinanza , ovvero di 120 gg dalla comunicazione del deposito dell'ordinanza stessa in segreteria.

L'art. 21 l. tar dispone inoltre che nel caso in cui la pubblica amministrazione non abbia prestato ottemperanza alle misure cautelari concesse, o vi abbia adempiuto solo parzialmente, la parte interessata può, con istanza motivata e notificata alle altre parti, chiedere al tar le opportune disposizioni attuative. Il tar esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato e dispone l'esecuzione dell'ordinanza cautelare indicandone le modalità e il soggetto che deve provvedere.

• 15. Le vicende e le modificazioni del processo

Lo svolgimento del rapporto processuale può subire una serie di vicende in grado di condizionarne il procedere verso la sua conclusione naturale, costituita dalla pronuncia che decide sul merito.

Alcuni incidenti impongono la sospensione del processo in attesa della rimozione della causa di sospensione. Costituiscono cause di sospensione la proposizione del regolamento di giurisdizione o di competenza, la questione di legittimità costituzionale della legge, ecc. sussistono ipotesi in cui la sospensione è facoltativa. Alcuni fatti determinano invece l'interruzione del processo (morte o perdita della capacità di stare in giudizio delle parti, morte, radiazione e sospensione dall'albo dell'avvocato costituito), mentre altri comportano l'estinzione del giudizio.

15.1 Le cause di sospensione : il regolamento preventivo di giurisdizione

Esso consente alle parti di rivolgersi immediatamente alle sezioni unite della corte di casazione al fine di ottenere una pronuncia risolutiva in punto di giurisdizione. determina la sospensione del giudizio in attesa della soluzione della questione di giurisdizione. la materia è disciplinata dall'art. 30 l. tar che ammette la proponibilità del regolamento a norma dell'art. 41 c.p.c. anche nei giudizi innanzi il giudice amministrativo. esso può essere proposto finché la causa non sia decisa nel merito in primo grado. La cassazione decide a sezioni unite senza ulteriore istruzione con ordinanza ai sensi dell'art. 375, c. 1 n. 5. La statuizione sulla giurisdizione diventa così incontestabile.

15.2 Il regolamento preventivo di competenza

Una seconda ipotesi in cui si determina la sospensione del rapporto processuale è costituita dalla proposizione del regolamento preventivo di competenza, disciplinato dalla l. tar. Mediante tale strumento, avente carattere preventivo, nel senso che non presuppone una precedente decisione sulla competenza, l'interessato chiama il Consiglio di Stato a decidere se sussiste la competenza del giudice adito.

La parte interessata può sollevare l'eccezione di incompetenza soltanto nelle forme del regolamento di competenza ed entro il termine di decadenza fissato dalla legge.

Legittimati attivi sono il resistente o qualsiasi interveniente: il regolamento non può quindi essere chiesto né dal ricorrente né dal giudice d'ufficio, mentre è proponibile da parte dell'amministrazione e dei controinteressati e da qualsiasi interveniente.

Il ricorso per regolamento di competenza deve contenere non solo le argomentazioni che dimostrano l'incompetenza del giudice adito, ma anche, a pena di inammissibilità, l'indicazione del giudice ritenuto competente. L'istanza deve essere proposta, a pena di decadenza, entro 20 gg dalla data di tempestiva costituzione in giudizio.

Si possono prospettare due alternative:

- il ricorrente aderisce alla eccezione di incompetenza, concordando circa il giudice indicato come competente nel ricorso per regolamento: in questo caso il presidente del tar cura la trasmissione degli atti del ricorso al Tribunale indicato come competente;

- il ricorrente non aderisce a tale eccezione, il presidente allora fissa la camera di consiglio per la sommaria deliberazione del regolamento di competenza proposto. Il collegio, sentiti i difensori delle parti, può rilevare con decisione semplificata, appellabile dinanzi al Consiglio di Stato.

15.2 Ulteriori casi di sospensione del processo; la sospensione ex art. 295 c.p.c.

Il giudizio rimane sospeso in attesa della decisione della corte cost. allorché davanti al giudice amministrativo sia sollevata, d'ufficio o su istanza delle parti, questione di legittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge.

Pure il deferimento della questione di interpretazione e di validità di norma comunitaria comporta la sospensione del processo amministrativo: il giudice sospende il processo e rimette la risoluzione della questione alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

Poiché le questioni concernenti lo stato e la capacità delle persone fisiche non possono essere risolte dal giudice amministrativo, qualora nel corso di un processo amministrativo sorga l'esigenza di risolvere una di queste questioni, il giudice amministrativo sospende il giudizio.

Un'altra ipotesi di sospensione del giudizio riguarda la proposizione della querela di falso al giudice competente.

15.3 L'interruzione del processo

L'art. 24 l. tar rinvia alla disciplina posta dal c.p.c. Gli eventi suscettibili di determinare l'interruzione del processo possono investire le parti, il loro rappresentante o l'avvocato costituito in giudizio.

Vengono in rilievo l'inabilitazione, l'interdizione, la dichiarazione di morte presunta, delle parti del giudizio. Per quanto riguarda le parti e i rappresentanti legali, la legge parla di morte e di perdita della capacità di stare in giudizio, nonché, per quanto attiene ai rappresentanti, di cessazione della rappresentanza legale.

L'evento che colpisce la parte costituita deve essere portato a conoscenza delle altre parti unicamente a cura dell'avvocato a mezzo di dichiarazione resa in udienza o di notifica alle parti costituite.

Sono eventi interruttivi del processo relativi all'avvocato della parte costituita la morte, la radiazione o la sospensione dall'albo. Il termine per la riassunzione decorre dal momento della dichiarazione o dalla notifica, ovvero da quello della conoscibilità

dell'evento interruttivo che colpisce l'avvocato. Il processo deve essere riassunto dalla parte più diligente entro 6 mesi dalla conoscenza legale dell'evento interruttivo, acquisita mediante dichiarazione, notificazione o certificazione.

15.4. Altre vicende del rapporto processuale

Il processo può subire ulteriori modifiche nel corso del suo svolgimento.

La riunione dei ricorsi si verifica nelle ipotesi in cui il giudice, dinanzi al quale pendano più ricorsi, ritenga che sussista tra di essi una connessione soggettiva od oggettiva che renda opportuna la loro riunione.

Di segno contrario rispetto alla riunione è la separazione dei ricorsi, la quale si verifica ad esempio ove il giudice, nel caso di impugnazione di più atti connessi, stabilisca di decidere immediatamente soltanto una o più delle cause mature. In tal modo il giudice estingue soltanto una parte del giudizio, che prosegue autonomamente per la restante.

15.5 La successione e l'estinzione del processo

La successione nel processo può essere inter vivos o mortis causa ed è disciplinata dagli art. 110 e 111 c.p.c. : tuttavia, nel giudizio amministrativo, essa ha un campo di applicazione più limitato rispetto al processo civile.

La conclusione naturale del processo è la sentenza che si pronuncia sul merito. Si possono però verificare alcune situazioni direttamente disciplinate dalla legge processuale per eliminare lo stato di incertezza nei rapporti giuridici, che, impedendone la normale conclusione, determinano l'estinzione del processo, ossia del rapporto processuale.

Le cause di estinzione sono tradizionalmente considerate la perenzione , la mancata riassunzione e la rinuncia.

Per quanto riguarda la perenzione essa è contenuta negli artt. 23 e 25 l. tar. L'art. 23 prevede che la discussione innanzi ad esso deve essere richiesta con apposita istanza da presentarsi entro il termine di due anni dal deposito del ricorso. L'art. 25 dispone che i ricorsi si intendono abbandonati se nel corso di 2 anni non sia compiuto alcun atto processuale. Davanti al consiglio di stato i ricorsi si hanno per abbandonati se nel corso di 2 anni non si è fatto alcun atto di procedura.

La rinuncia al ricorso può verificarsi in ogni stadio della controversia mediante dichiarazione sottoscritta dalla parte o dall'avvocato munito di mandato speciale, notificata e depositata nella cancelleria o mediante dichiarazione verbale di cui è steso processo. La rinuncia deve essere notificata alla controparte nel domicilio eletto per il giudizio, eccetto il caso in cui sia fatta oralmente all'udienza.

Il rinuziante deve pagare le spese degli atti di procedura compiuti, salvo che le altre parti acconsentano alla compensazione. La mancata riassunzione è disciplinata in modo espresso soltanto con riferimento all'istituto dell'interruzione. Altri casi di riassunzione, la cui mancanza determina l'estinzione del processo, sono collegati alle ipotesi di sospensione necessaria del processo.

16. La discussione e la decisione del ricorso

L'udienza si svolge dinanzi al collegio ed è pubblica, ad eccezione dei casi stabiliti dalla legge: il ricorso viene chiamato dal presidente, il relatore dovrebbe esporre i termini della controversia e i difensori presenti possono svolgere succintamente le proprie difese, anche se spesso, essi richiamano gli atti scritti.

Terminata la discussione, il ricorso è assegnato in decisione. Le decisioni del giudice amministrativo sono assunte a maggioranza assoluta.

La decisione /sentenza è pronunciata dai giudici del collegio formato per la trattazione della causa. Essa è deliberata nella camera di consiglio dopo la discussione , salvo che non sia differita ad una delle successive udienze.

In alcuni casi la trattazione avviene in camera di consiglio, senza cioè la fissazione dell'udienza in cui si tenga il pubblico dibattimento: la procedura si svolge in tempi più rapidi. L'art. 26 l. tar prevede due ipotesi in cui nella sede camerale possono essere adottate decisioni in forma semplificata, la prima delle quali riguarda l'ipotesi in cui la soluzione della questione appaia manifesta. Trattasi di un procedimento a cognizione sommaria, che si innesta d'ufficio su di un rito ordinario e si chiude con una sentenza succintamente motivata.

17. L'ordine di esame delle questioni e le questioni pregiudiziali

Ai sensi della disciplina del c.p.c. il giudice decide le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio e quindi il merito della causa. Nel processo amministrativo le questioni processuali (irricevibilità, inammissibilità, improponibilità, nullità, decadenza, difetto di giurisdizione) sono rilevabili d'ufficio, fatta salva l'eccezione di incompetenza territoriale. L'esame delle questioni relative alla procedibilità e alla ricevibilità del ricorso debbono avere la precedenza sulle altre. Segue poi l'esame delle questioni relative alla giurisdizione ed alla competenza, alle condizioni dell'azione e alle cause di estinzione del processo.

17.1 Forma e contenuto della decisione. Pubblicazione e notificazione della decisione. La correzione degli errori materiali

La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano e contiene: l'indicazione dell'autorità giudiziaria; la menzione delle parti, dei difensori e del giudice relatore; l'indicazione delle conclusioni delle parti; la motivazione del diritto; il dispositivo; la condanna alle spese; l'ordine di esecuzione all'amministrazione; la indicazione dei giudici componenti il collegio, con specificazione del presidente e dell'estensore; la data in cui è adottata e il luogo della pronuncia. Dovrebbe essere redatta dall'estensore entro 45 gg. da quello della decisione della causa, ed è firmata dal presidente del collegio e dall'estensore ed è pubblicata mediante il deposito in segreteria: il segretario dà atto del deposito in calce alla sentenza e appone data e firma sull'originale. Dell'avvenuto deposito deve essere data comunicazione ai difensori delle parti presso il domicilio eletto entro 5 gg, mediante biglietto di segreteria. Dalla pubblicazione della sentenza decorre il termine di 1 anno oltre al quale va computata la sospensione feriale dei termini per proporre l'impugnazione al Cons.di Stato. Segue la comunicazione all'autorità che ha emanato l'atto. La decisione contiene la condanna alle spese delle parti soccombenti, relative anche alla fase cautelare. È ammessa la correzione degli errori materiali da cui sia affetta la sentenza che non implicino un vizio della formazione della volontà del giudice.

17.2. I vari tipi di decisione

Le decisioni del giudice amministrativo si distinguono in non definitive e definitive.

Le **sentenze non definitive** sono quelle che non pongono fine al rapporto processuale, che è destinato a proseguire, in quanto esse risolvono soltanto uno o più punti della causa. Le sentenze non definitive vengono anche denominate "interlocutorie".

Le **sentenze definitive** sono quelle con cui il giudice si spoglia della causa. Esse si distinguono in sentenze processuali e sentenze che pronunciano sulla domanda.

Le sentenze processuali riguardano lo svolgimento del processo e accertano la sussistenza di una causa che impedisce al giudice di giungere all'esame del merito. Esse giudicano cioè soltanto sulla legittimità del processo e comprendono, le sentenze dichiarative dell'irricevibilità e inammissibilità del ricorso, quelle dichiarative della nullità o della improcedibilità del ricorso e le pronunce dichiarative dell'estinzione del giudizio. Le decisioni processuali, se rese dal tar, sono impugnabili. E' controverso se siano idonee a passare in giudicato.

Le sentenze che pronunziano sulla domanda sono emanate quando il giudice giunge all'esame del contenuto della domanda del ricorrente. Esse possono accogliere o rigettare la pretesa del ricorrente.

Le sentenze di accoglimento affermano la fondatezza della domanda nei limiti della domanda stessa. Occorre distinguere le sentenze d'accoglimento a seconda che siano costitutive, d'accertamento e di condanna.

Le sentenze costitutive di annullamento, ammissibili nella giurisdizione di legittimità, di merito ed esclusiva, sono caratterizzate dai seguenti effetti:

- **eliminatorio** e cioè di rimozione dell'atto e dei suoi effetti;
- **ripristinatore**: la sentenza ricostruisce automaticamente la situazione giuridica come si sarebbe realizzata se l'atto non fosse mai stato posto in essere;
- **conformativo**, consistente in un condizionamento dell'attività amministrativa successiva all'annullamento dell'atto: il soggetto pubblico nell'esercizio doveroso della propria funzione, dovrà rispettare i limiti nascenti dalla statuizione concreta del giudice e cioè la regola di diritto affermata nella sentenza.

Le sentenze di accertamento, pacificamente ammesse nella giurisdizione esclusiva, risolvono uno stato di incertezza relativa alla sussistenza o alla spettanza di una situazione giuridica soggettiva. Le sentenze di condanna accertano la sussistenza del diritto fatto valere e obbligano l'amministrazione a corrispondere la somma di cui sia debitrice, o a tenere un determinato comportamento. Esse sono ammesse nei casi di giurisdizione esclusiva, mentre in altre ipotesi il legislatore evita di fare riferimento a tale potere.

17.3. Esecutività ed esecuzione delle decisioni

Le sentenze dei tar sono esecutive. La proposizione del ricorso in appello non ne sospende l'esecuzione, su istanza di parte è però possibile chiedere al consiglio di stato, con ordinanza motivata, pronuncii la sospensione qualora da essa possa derivare un danno grave e irreparabile. Per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal consiglio di stato il tar esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato. La situazione alla quale l'amministrazione deve fare riferimento per l'esecuzione della sentenza è quella sussistente nel momento in cui viene notificata la sentenza da eseguire: da quell'istante l'amministrazione è tenuta a conformarsi alla decisione senza poter più prendere in considerazione i mutamenti sopravvenuti.

18. I mezzi di gravame: premessa

Il sistema processuale amministrativo prevede un articolato sistema di impugnazioni, composto dall'appello, della revocazione, dal ricorso per cassazione e dall'opposizione di terzo. Non sono impugnazioni, in quanto non sono rivolti a censurare una precedente sentenza, il regolamento preventivo di giurisdizione, il regolamento preventivo di competenza.

18.1. L'appello

Contro le sentenze dei tar è ammesso ricorso al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, da proporsi nel termine di 60 gg dalla ricevuta notificazione. Si tratta dell'appello contro le sentenze dei tar.

Nei casi nei quali i tribunali hanno competenza di merito e esclusiva, anche il Consiglio di Stato, nel decidere in secondo grado, ha competenza di merito ed esclusiva. Il Consiglio di Stato in sede d'appello esercita gli stessi poteri giurisdizionali di cognizione e di decisione del giudice di 1 grado.

Le sentenze dei tar Sicilia sono appellabili dinanzi al C.G.A. per la regione siciliana.

Sono appellabili tutte le sentenze anche quelle parziali ed alcune di quelle adottate dal tar a conclusione del giudizio di ottemperanza.

18.2. Effetto devolutivo, ius novorum, effetto sospensivo ed effetto traslativo dell'appello.

L'appello è caratterizzato dall'**effetto devolutivo**: nel giudizio di 2 grado riemerge automaticamente tutto il materiale di cognizione introdotto in 1 grado, nel senso che il giudice d'appello può riesaminare pienamente domande, eccezioni, deduzioni e difese in relazione alle quali ha pronunciato il tribunale amministrativo. Nell'appello vige il principio dispositivo, sicché le parti, con il loro comportamento acquiescente, possono sottrarre alla cognizione del giudice d'appello uno o più punti della controversia.

Il giudice d'appello può comunque rilevare d'ufficio il difetto di giurisdizione e il difetto di contraddittorio.

Per quanto riguarda l'appellante già ricorrente in primo grado, l'effetto devolutivo opera in modo ristretto: tale soggetto deve riproporre al giudice le questioni già giudicate in 1 grado su cui richiede una nuova pronuncia e può proporre ragioni di doglianza aventi ad oggetto la sentenza impugnata.

L'appellante già resistente in 1 grado può formulare nei confronti della decisione di 1 grado tutte le censure che ritenga utili e può proporre tutte le deduzioni prospettate in 1 grado.

L'appellato già ricorrente vittorioso in 1 grado vede rivivere tutti i motivi di ricorso accolti in 1 grado. Egli deve però riproporre domande ed eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado.

L'appellato già resistente vittorioso in 1 grado può proporre in appello tutte le deduzioni proposte o proponibili in primo grado.

L'appello attribuisce al giudice di 2 grado la cognizione dello stesso rapporto conosciuto dal giudice di 1 grado, investito dal riesame critico: l'oggetto originario del giudizio non può di conseguenza essere mutato. Ciò spiega il divieto della proposizione di domande nuove (divieto del *ius novorum*) in appello. L'unica eccezione è costituita dalla proposizione dei motivi aggiunti. Circa il regime probatorio, la giurisprudenza più recente applica al processo amministrativo di appello il divieto di proporre nel giudizio di 2 grado nuovi

mezzi di prova : il divieto è derogato soltanto per le prove dirette alla dimostrazione di nuovi fatti allegati per la prima volta in appello per causa ad essa non imputabile .

L'appello **non ha effetto sospensivo** anche se su istanza di parte è possibile chiedere la sospensione dell'esecuzione qualora da questa possa derivare un danno grave ed irreparabile.

18.3. La legittimazione ad appellare e le altre parti del giudizio

L'appello è proposto in primo luogo dalla parte soccombente , dal soggetto nei cui confronti si è prodotto un effetto sfavorevole come conseguenza della sentenza: tale situazione può essere causata dal mancato accoglimento della domanda, ovvero dall'accoglimento di una domanda dell'avversario.

L'interveniente nel giudizio di 1 grado, il quale aveva una posizione dipendente, non può di norma impugnare la sentenza , salvo il caso in cui abbia un interesse proprio legittimamente tutelabile.

Per quanto riguarda l'amministrazione statale soccombente , l'avvocatura dello stato può proporre appello senza necessità che l'amministrazione esprima , con atto distinto rispetto a quello adottato per resistere in 1 grado, la volontà di proseguire il giudizio.

Parti del giudizio d'appello sono le stesse parti del giudizio di primo grado.

Si è pure riconosciuto che la legittimazione ad appellare spetta al controinteressato non presente nel giudizio di primo grado in quanto non parte necessaria.

Non è invece ammesso l'appello di chi sia titolare di un interesse che avrebbe dovuto far valere con un ricorso in 1 grado, ovvero con l'appello principale.

In appello è ammesso l'intervento adesivo, non sussistendo un esplicito divieto normativo come invece accade nel processo civile.

18.4. L'instaurazione del giudizio

Il processo di appello si introduce con la notificazione del ricorso. A tale atto si applica la stessa disciplina prevista per il ricorso di 1 grado: il petitum è però costituito dalla richiesta di annullamento della sentenza di 1 grado; in luogo dell'indicazione dell'atto impugnato occorre specificare la sentenza oggetto di appello.

Il ricorso va notificato alle controparti nel termine perentorio di 60 gg dalla notificazione della sentenza di 1 grado, termine breve, ovvero secondo la giurisprudenza entro un anno, termine lungo, oltre al quale va computata la sospensione dei termini per il periodo feriale , decorrente dal deposito della sentenza in segreteria, nei casi in cui la sentenza non sia stata notificata.

E' sufficiente la notificazione ad una sola parte principale vittoriosa in 1 grado: il giudice dispone in seguito l'integrazione del contraddittorio.

Il ricorso notificato deve essere depositato , entro il termine perentorio di 30 gg. dalla notifica, presso la segreteria del Consiglio di stato. Le parti intimite possono costituirsi entro 30 gg successivi a quello assegnato per il deposito. Il termine è peraltro ordinario, sicché la costituzione può avvenire fino a 10 gg. liberi prima dell'udienza ovvero fino all'udienza.

Anche in appello è obbligatorio il patrocinio di un legale: l'avvocato deve essere abilitato al patrocinio presso le giurisdizioni superiori e il domicilio va eletto nella città in cui ha sede il giudice d'appello.

E' sufficiente la procura, non richiesta però per l'avvocatura dello stato, rilasciata in 1 grado , comprensiva della possibilità di interporre appello.

18.5 L'appello incidentale

E' una controimpugnazione con la quale una parte, con l'intento di conservare il risultato raggiunto con la sentenza , fa valere in via subordinata censure differenti rispetto a quelle proposte dall'appellante principale avverso la stessa sentenza.

Si distingue l'appello incidentale proprio, ammissibile allorché riguardi lo stesso capo della sentenza impugnato con l'appello principale, ovvero un capo connesso o dipendente. Si parla invece di appello incidentale improprio per indicare l'impugnativa che deve essere proposta nel giudizio di appello pendente ai soli fini della concentrazione delle impugnazioni. Dopo la proposizione dell'appello principale , tutte le altre impugnazioni relative alla stessa sentenza debbono essere effettuate con le forme dell'appello incidentale , a prescindere dal fatto che la parte sia soccombente soltanto in modo formale. L'appello incidentale deve essere proposto anche dalla parte che versi in una situazione di soccombenza sostanziale, ossia dal soggetto la cui situazione sfavorevole deriva direttamente dalla sentenza di 1 grado. L'appello incidentale deve essere notificato alle altre parti presso il domicilio eletto, entro 30 gg da quello stabilito per il deposito del ricorso. L'atto di appello notificato deve poi essere depositato in segreteria, con la prova dell'avvenuta notifica, entro 10 gg dalla notifica stessa.

18.6 Lo svolgimento e la conclusione del giudizio di 2 grado

Al giudizio di appello si applicano le norme che regolano il processo dinnanzi al Consiglio di stato, e si applica anche la disciplina dell'interruzione e della riassunzione del processo.

Il giudizio d'appello, dopo la fase introduttiva, prosegue come nel giudizio di 1 grado: il giudice dispone eventualmente l'integrazione del contraddittorio; occorre la presentazione della domanda di fissazione di udienza; infine possono essere presentati memorie e documenti. Quanto agli incidenti processuali essi sono in linea di massima i medesimi che si possono verificare nel giudizio di 1 grado.

Ove la sentenza investita del ricorso rilevi che un punto di diritto sottoposto al suo esame abbia dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali , essa, con ordinanza emanata d'ufficio o su richiesta delle parti, può rimettere il ricorso **all'Adunanza plenaria**. Prima della decisione il presidente di sezione, su richiesta delle parti o d'ufficio, può definire all'Adunanza plenaria qualunque ricorso che renda necessaria la risoluzione di questioni di particolare importanza.

Le decisioni adottate in 2 grado dal Consiglio di stato possono essere classificate secondo criteri analoghi a quelli adottati per le sentenze del tar: decisioni definitive e non definitive, sulla domanda o processuali , d'accoglimento o di rigetto.

Sono decisioni di accoglimento o di rigetto nel merito le pronunce che meglio corrispondono al carattere rinnovatorio dell'appello. Il giudice riesamina la lite e conferma o annulla la decisione di 1 grado.

Ove la decisione di 1 grado sia esatta sotto il profilo del dispositivo, ma erronea quanto alla motivazione, il consiglio di stato può modificare la motivazione stessa senza procedere all'annullamento della sentenza.

Il consiglio di stato, qualora riconosca il difetto di giurisdizione, il difetto di competenza, la nullità del ricorso introduttivo, l'esistenza di cause impeditive o estintive del giudizio, annulla senza rinvio la sentenza di 1 grado. Il giudice di 2 grado, in queste ipotesi, esercita una funzione meramente cassatoria.

Quando invece il Consiglio di stato accoglie l'appello per difetto di procedura o vizio di forma, ovvero quando riconosca che il tar abbia erroneamente dichiarato la propria competenza, il consiglio di stato emette una **decisione di annullamento con rinvio**.

Il giudizio prosegue innanzi al tar, con fissazione d'ufficio dell'udienza pubblica, da tenersi entro 30 gg dalla comunicazione al tar della sentenza con la quale si dispone il rinvio.

Nel giudizio di rinvio, il giudice è vincolato dalle statuizioni contenute nella decisione del Consiglio di stato. Rimangono salve le attività compiute in primo grado antecedenti all'atto o alla fase colpita da vizio. La decisione del Consiglio di stato è soggetta a revocazione e a ricorso per cassazione.

19. La revocazione

Contro le sentenze dei tar è proponibile il ricorso per revocazione nei modi e nei termini previsti dagli artt. 395 e 396 c.p.c. si tratta di una impugnativa a critica limitata, volta ad ottenere in via non immediata la rinnovazione del giudizio, che avverrà solo nella fase rescissoria: in via diretta essa è finalizzata all'eliminazione della sentenza. (profilo rescindente)

La revocazione va proposta allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza che si intende rimuovere. Le varie ipotesi di revocazione sono contemplate dall'art. 395 c.p.c. ai sensi del quale le sentenze sono impugnabili per revocazione nei seguenti casi:

- se sono l'effetto del dolo di una delle due parti a danno dell'altra;
- se il giudice ha giudicato in base a prove riconosciute o dichiarate false dopo la sentenza...ecc.

L'art. 396 c.p.c. si occupa della revocazione delle sentenze per le quali sia scaduto il termine per appellare, limitandola però ai soli disciplinati dai n. 1,2,3 e 6 dell'art. 395 c.p.c. (revocazione straordinaria: il vizio revocatorio non è in tali ipotesi rilevabili direttamente dalla sentenza).

Il ricorso per revocazione deve essere proposto entro 60 gg. dalla notificazione della sentenza ovvero, in caso di omessa notificazione, entro un anno dalla pubblicazione. Il ricorso deve essere depositato in cancelleria entro 20 gg dalla sua notificazione.

Nell'ipotesi di revocazione straordinaria, il termine decorre dalla scoperta del dolo delle due parti o del giudice, della falsità delle prove o dal recupero del documento decisivo. Entro il termine indicato, il ricorso, che può essere proposto dai soggetti che erano parti necessarie nel precedente giudizio, deve essere notificato alle parti alle quali fu o doveva essere notificato il ricorso introduttivo ed a tutti i soggetti controinteressati. Il giudice accerta la sussistenza dei presupposti di ammissibilità della revocazione e, solo ove questa fase rescindente abbia avuto esito positivo, passa al giudizio rescissorio, il quale attiene al riesame del ricorso nel merito. Il ricorso deve contenere sia la domanda volta ad eliminare la sentenza, sia quella relativa alla rinnovazione del giudizio sulla controversia.

Qualora lo stato della controversia lo consenta, il giudice decide con un'unica sentenza sulla domanda di revocazione e sul merito della controversia. Le decisioni rese in sede di revocazione non possono a loro

volta essere impugnate per revocazione. Anche la decisione resa in appello dal Consiglio di stato è impugnabile con ricorso per revocazione.

Il ricorso va proposto entro 60 gg dalla scoperta del motivo di revocazione per i casi indicati ai nn. 1,,2,3, e 6 , art. 395 c.p.c. oppure dalla data del passaggio in giudicato della sentenza penale per il dolo processuale e dalla data della notifica della sentenza nei casi di cui ai nn. 4 e 5 del medesimo articolo.

20. Il ricorso per Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione

Il ricorso alle Sezioni unite della Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione avverso la decisione del consiglio di stato è previsto dagli artt. 111. Esso va proposto entro 60 gg dalla notificazione della sentenza impugnata ovvero, secondo la giurisprudenza, entro un anno dalla sua pubblicazione. La procedura è disciplinata dal c.p.c.(art. 325 e ss. e 365). La Cassazione , ove accolga il ricorso:

- cassa la decisione impugnata senza rinvio se nega la sussistenza della giurisdizione ;
- cassa con rinvio se afferma la giurisdizione negata dal giudice amministrativo.

in ogni caso di rinvio , il giudizio prosegue dinnanzi al tar con fissazione d'ufficio dell'udienza pubblica , da tenersi entro 30 gg dalla comunicazione della sentenza con la quale si dispone il rinvio. Le parti possono depositare atti, documenti e memorie sino a tre giorni prima dell'udienza.

21. L'opposizione di terzo.

L'opposizione di terzo ordinaria è disciplinata nel codice di rito dal 1 comma dell'art. 404 : si tratta di un mezzo esperibile contro la sentenza passata in giudicato anche se sono pure opponibili le sentenze esecutive. La legittimazione attiva spetta al soggetto terzo che, rimasto estraneo al giudizio, subisce pur tuttavia gli effetti della sentenza , la quale pregiudica i suoi diritti. La dottrina configura questo istituto come una sorta di intervento tardivo. Nel processo amministrativo si discute in ordine all'individuazione delle sentenze opponibili, la giurisprudenza amministrativa ammette l'opponibilità anche delle sentenze non passate in giudicato .

Quanto al giudice da adire secondo un orientamento giurisprudenziale e dottrinale sarebbe il consiglio di stato, secondo altro orientamento l'opposizione di terzo dovrebbe essere proposta davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza lesiva , negando in sostanza che tale mezzo si risolva in un appello.

La legittimazione spetta ai controinteressati pretermessi ed a quelli sopravvenuti.

La sentenza che pronuncia sull'opposizione di terzo , se resa dal tar, è appellabile.

22. Il giudicato amministrativo e la sua decisione

Il **giudicato** è la decisione contenuta in una sentenza divenuta immutabile.

Anche le sentenze del tar e quelle del Consiglio di Stato, a seguito dell'esaurimento dei mezzi di gravame ordinari, ovvero della decadenza degli stessi, acquistano efficacia di cosa giudicata. La dottrina distingue tra giudicato in senso sostanziale e giudicato in senso formale.

Il **giudicato in senso sostanziale** indica il valore del giudicato come regolamento del rapporto sostanziale: secondo il disposto dell'art. 2909 c.c. , l'accertamento che regola il rapporto sostanziale fa stato tra le parti e i loro aventi causa, nel senso che rende la realtà giuridica sostanziale conforme alla statuizione processuale.

Il giudicato in senso formale (art. 324 c.p.c.) invece, esprime il valore del giudicato consistente nella chiusura del giudizio. Il giudicato sostanziale presuppone quello formale.

In linea di massima tra le pronunce del giudice amministrativo solo le sentenze possono passare in giudicato e neppure tutte: sono infatti suscettibili di acquistare l'autorità di cosa giudicata soltanto le sentenze di merito.

Non coperti da giudicato sono poi i motivi assorbiti, i quali non sono investiti dalla decisione.

Il giudicato non si estende alle pronunce e alle argomentazioni del giudice contenute nella sentenza, ma estranee alla materia del contendere. Anche le sentenze processuali, le quali esauriscono il loro effetto nell'ambito del processo, non sono suscettibili di acquistare autorità di giudicato.

Non passano infine in giudicato le sentenze sulle questioni, estranee all'oggetto del processo, pregiudiziali di rito e sulle altre questioni pregiudiziali decise incidenter tantum.

22.1 Oggetto e limiti del giudicato amministrativo

In tema di **limiti oggettivi del giudicato**, va osservato che gli effetti della sentenza non possono che riguardare l'atto oggetto di impugnativa: si tende a ritenere ammissibile che l'annullamento di un atto presupposto determini l'automatica caducazione degli atti consequenziali.

Quanto ai limiti soggettivi del giudicato, la sentenza ha valore di giudicato solo per le parti (art. 2909 c.c.). La pubblica amministrazione ha però la facoltà di estendere il giudicato agli estranei al giudizio che si trovino in una posizione analoga a quella del ricorrente, scelta questa che può comportare anche in alcuni casi conseguenze economiche assai onerose per le casse pubbliche.

Si riconosce poi generalmente che la sentenza produca effetti anche nei confronti dei destinatari dell'atto impugnato che non abbiano partecipato al processo allorché si tratti di atti indivisibili, ovvero di atti amministrativi generali e di regolamenti.

22.2. Il giudizio di ottemperanza

La pubblica amministrazione ha l'obbligo di conformarsi al giudicato.

Qualora la stessa non ottemperi al giudicato, è data la possibilità per l'interessato di utilizzare il rimedio del ricorso diretto ad ottenere l'adempimento dell'obbligo di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato. (si parla di ricorso per l'ottemperanza).

L'azione per l'ottemperanza è così esercitabile sia per ottenere la rimozione dell'atto dichiarato illegittimo dal giudice civile, sia per ottenere coattivamente l'attuazione del comando contenuto nella sentenza di condanna al pagamento di somme o all'adempimento di obblighi specifici, nonché per l'esecuzione delle sentenze del g.a. passate in giudicato e non sospese.

Per quanto attiene alle sentenze amministrative, il ricorso può essere impiegato non solo nei casi di sentenza di annullamento e di condanna ma anche nell'ipotesi di sentenze dichiarative.

22.3 Natura e presupposti del giudizio di ottemperanza.

L'obbligo di eseguire le decisioni sorge direttamente dalle medesime, secondo quanto stabilisce la legge.

Il ricorso di ottemperanza costituisce l'ipotesi più importante di giurisdizione di merito: il giudice può infatti sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio dei poteri amministrativi.

I presupposti del giudizio di ottemperanza sono:

- **sussistenza di una sentenza passata in giudicato**; il rimedio è ora esperibile anche per le sentenze di 1 grado non sospese dal consiglio di stato.

- **Inadempimento della pronuncia**. L'art. 21-septies l. 241/90 dispone oggi che le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. L'atto in violazione di giudicato è nullo e apre la via al giudizio di ottemperanza, secondo il rito ad esso proprio; l'atto elusivo del giudicato è nullo, e apre la via all'ottemperanza.

La competenza è distribuita tra Tar e Consiglio di Stato.

Il Tar è competente a conoscere dei ricorsi per l'esecuzione delle proprie sentenze non sospese dal Consiglio di Stato, nonché del giudicato formatosi sulle proprie sentenze per decorrenza dei termini per impugnare, ovvero nei casi in cui la propria decisione sia stata confermata in appello dal Consiglio di Stato. Il Tar conosce poi dei ricorsi per l'esecuzione dei giudicati del giudice ordinario allorché l'autorità che deve adempiere abbia sede nell'ambito della circoscrizione del Tar stesso.

La competenza spetta invece al Consiglio di Stato per l'esecuzione delle proprie decisioni che abbiano annullato o riformato la sentenza di 1 grado, ovvero l'abbiano confermata, correggendone però la motivazione. Il Consiglio di Stato è anche competente per i ricorsi per l'esecuzione del giudicato delle altre giurisdizioni, e del giudice ordinario allorché l'autorità che deve adempiere svolga un'attività che trascende l'ambito della circoscrizione di un Tar.

22.4. Lo svolgimento del giudizio e i poteri del giudice

Il ricorso può essere proposto da coloro che furono parti nel giudizio concluso con la sentenza da ottemperare. La parte deve previamente notificare un atto di messa in mora all'amministrazione (diffida ad adempiere), avvertendo che in mancanza di esecuzione, si procederà alla proposizione del ricorso di ottemperanza.

Una volta trascorso il termine di 30 gg dall'atto di messa in mora, il ricorso deve essere proposto entro il termine decennale di prescrizione ordinaria.

Il ricorso si propone con domanda indirizzata al presidente del Tar o del Consiglio di Stato. La segreteria, dopo il deposito del ricorso, ha l'onere di comunicare la proposizione della domanda al ministro competente, il quale entro 20 gg dalla ricevuta comunicazione, può trasmettere osservazioni alla segreteria.

La giurisprudenza ha da ultimo riconosciuto la necessità del rispetto del principio del contraddittorio anche nella fase dell'ottemperanza mediante la notificazione del ricorso all'amministrazione intimata e al soggetto che originariamente rivestiva la qualità di controinteressato. In questo modo l'amministrazione risulta, prima, destinataria dell'atto di messa in mora, poi della notificazione del ricorso, e infine, della comunicazione dell'avvenuto deposito da parte della segreteria del giudice amministrativo.

Nel silenzio della legge, si ritiene che il giudice, previo accertamento dell'inadempimento, nel caso in cui accolga il ricorso possa volta a volta annullare o revocare gli atti posti in violazione della statuizione, ordinare di porre in essere gli adempimenti necessari per dare esecuzione, ordinare interventi sostitutivi, ovvero addirittura direttamente sostituirsi all'amministrazione.

Spesso il giudice, allo scopo di far adottare in via sostitutiva l'atto, procede, contestualmente o meno alla fissazione all'autorità di un termine per ottemperare, alla nomina di un **commissario ad acta**.

Si discute se trattisi di organo straordinario dell'amministrazione, di organo ausiliario del giudice, oppure ancora di organo misto, in parte ausiliario del giudice, e in parte organo dell'amministrazione.

23. Le peculiarità del giudizio nella giurisdizione esclusiva; in particolare: i poteri del giudice

Nell'ambito della giurisdizione esclusiva il giudice amministrativo dispone di peculiari poteri: sommari, istruttori, decisorii, di disapplicazione.

Occorre distinguere i poteri sommari da quelli cautelari. Essi hanno diversi presupposti di esercizio e sfociano in atti di natura differente. I poteri cautelari servono ad evitare che, in attesa della decisione di merito, la situazione dell'attore non venga irrimediabilmente compromessa ed il loro esercizio è subordinato alla presenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*: essi hanno dunque funzione strumentale rispetto alla decisione di merito, assicurando provvisoriamente gli effetti attraverso una destinata ad essere assorbita nella pronuncia finale.

I **poteri sommari** sfociano nell'adozione di una pronuncia che detta una disciplina tendenzialmente definitiva della questione. Essi mirano ad ottenere in modo rapido un titolo esecutivo giusta l'idoneità del provvedimento sommario a divenire stabile ove non sia proposta opposizione, la quale mira ad instaurare un processo ordinario a cognizione piena.

In materia si ricorda l'art. 3 e l'art. 8, 1 comma della l. 205/00. Il primo articolo riguarda i poteri cautelari del giudice amministrativo, mentre il secondo introduce la tutela a cognizione sommaria nel processo amministrativo, ammettendo la pronuncia di ingiunzioni di pagamento di somme liquide ed esigibili, emanate inaudita altera parte. Si tratta di una innovazione importante, conseguente all'estensione della giurisdizione esclusiva, che tende a garantire dinanzi al giudice amministrativo forme di tutela del diritto soggettivo di natura patrimoniale corrispondenti a quelle che sarebbero assicurate al giudice ordinario.

L'ambito di impiego dei nuovi strumenti è tuttavia strettamente connesso alla esatta individuazione dei casi di giurisdizione esclusiva: la sent. 204/04 della Corte Cost., nel ridurre i confini, pare determinare una corrispondente limitazione, assai notevole, del campo di applicazione di questi nuovi strumenti.

Ai sensi dell'art. 8, 1 c. della l. 205/00, nelle controversie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, si applica il capo I, titolo I del libro IV del c.p.c. Le norme richiamate consentono in particolare all'interessato di attivare un procedimento alternativo rispetto a quello a cognizione piena, al fine di ottenere una ingiunzione, se del diritto fatto valere si dà prova scritta. L'art. 8 l. 205/00, 2.c. introduce poi la figura dell'ordinanza provvisoriamente esecutiva con cui, su istanza di parte, il collegio dispone la condanna al pagamento di somme di denaro ove si tratti di somme non contestate o del credito sia fornita prova scritta.

Anche in ordine ai poteri istruttori, il legislatore ha inteso attribuire al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva strumenti analoghi a quelli spettanti al giudice ordinario. L'art. 35, c. 3, d.lgs. 80/98, come sostituito dall'art. 7, l. 205/00, in ordine alle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ha ora introdotto la possibilità di assumere i mezzi di prova previsti dal c.p.c., nonché di disporre la consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento. Sempre in tema di giurisdizione esclusiva la l. 10/77 prevede la possibilità di eseguire perizie nelle controversie relative alla materia edilizia. Le perizie sono affidate ad un soggetto terzo ed implicano una valutazione da parte del perito. Sotto il profilo dei poteri di decisione il giudice può emanare sentenze di annullamento, di accertamento, nonché di condanna dell'amministrazione.

La l. tar, nell'attribuire al giudice il potere di condanna, si riferisce alla competenza "esclusiva e di merito". La formula implicherebbe una limitazione della possibilità di emanare sentenze di condanna ai soli casi in cui la giurisdizione esclusiva sia estesa anche al merito: essa è stata però intesa nel senso che ogni qual volta il giudice abbia competenza in materia di diritti sia ammessa una sentenza di condanna al pagamento delle somme di cui l'amministrazione risulti debitrice.

L'art. 35 d.lgs. 80/98, con riferimento alla giurisdizione esclusiva, consente ora al giudice di disporre, "anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto": da un lato è dunque ammesso che il giudice amministrativo conosca le controversie risarcitorie, dall'altro si prevede il potere di disporre non solo il pagamento di una somma di denaro, ma anche di ordinare un fare.

L'art. 35, c. 2 d.lgs. 80/98, come succ. modif., prevede, accanto al meccanismo della reintegrazione in forma specifica, quello del risarcimento per equivalente, peraltro caratterizzato da un procedimento che mira a favorire una soluzione transattiva tra le parti.

Sotto il profilo del potere di disapplicazione, secondo un recente orientamento, il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva può disapplicare anche d'ufficio atti amministrativi a contenuto normativo contrastanti con norme di rango superiore, ancorché non impugnati.

Il potere di disapplicazione è legislativamente previsto soltanto a favore del giudice ordinario: nella l. del 1865 l'attribuzione del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo costituiva la risultante del tentativo di mantenere un accettabile punto di equilibrio tra potere giurisdizionale, cui era negata la possibilità di annullare l'atto amministrativo illegittimo ma al quale non ne poteva essere imposta l'applicazione, e potere esecutivo. La tendenza muove dunque verso una equiparazione tra diritti soggettivi sindacabili dinanzi al giudice amministrativo e al giudice ordinario.

Infine ai sensi dell'art. 6, c. 1, l. 205/00 le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto. Resta il dubbio circa l'individuazione del giudice dinanzi al quale agire per fare dichiarare l'esecutività del lodo e per impugnare la sentenza arbitrale: nel silenzio della legge competente sembra essere il consiglio di stato.

24. I riti speciali

Essi sono caratterizzati dalla presenza di termini processuali ridotti, dalla previsione di semplificazioni procedurali, dalla possibilità di adottare decisioni peculiari.

Il rito avverso il silenzio è disciplinato dall'art. 2, l. 205/00 che ha introdotto l'art. 21-bis, l. tar. Tale norma dispone che "i ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione sono decisi in camera di consiglio, con sentenza succintamente motivata, entro 30 gg dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta". Nel caso in cui il collegio abbia disposto un'istruttoria, il ricorso è deciso in camera di consiglio entro 30 gg dalla data fissata per gli adempimenti istruttori. La decisione è appellabile entro 30 gg dalla notificazione o, in mancanza, entro 90 gg dalla comunicazione della pubblicazione. Nel giudizio di appello si seguono le stesse regole. Trattasi di un rito camerale in cui vengono rispettate le regole del contraddittorio e del doppio grado del giudizio.

Il 2 comma prevede che in totale o parziale accoglimento del ricorso di 1 grado, il giudice amministrativo ordina all'amministrazione di provvedere di norma entro un termine non superiore a 30 gg. qualora l'amministrazione resti inadempiente oltre il detto termine, il giudice amministrativo, su richiesta di parte, nomina un commissario che provvede in luogo della stessa; tale soggetto si configura come sostituto dell'amministrazione. Non è necessario un atto di messa in mora o diffida: così dispone l'art. 2, c. 3 l. 241/90, che pure specifica che l'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e comunque non oltre 1 anno dalla scadenza dei termini. Il rito si occupa soltanto del silenzio inadempimento. Ai sensi dell'art. 2, c. 3, l. 241/90, il giudice amministrativo dispone di poteri che si avvicinano per certi versi a quelli della giurisdizione di merito, può conoscere della fondatezza dell'istanza. La norma, introdotta dalla l. 80/05 ha inteso superare l'orientamento fatto proprio del consiglio di stato che aveva negato al giudice la possibilità di stabilire in quale modo dovesse pronunciarsi l'amministrazione.

Ove possa accertare la fondatezza dell'istanza, il giudice ordina di provvedere in modo positivo o se l'istanza è giudicata infondata, negativo; in caso contrario, esso ordinerà semplicemente di provvedere.

Il 3 c. riconosce espressamente la possibilità di un provvedimento tardivo della pubblica amministrazione, ad ulteriore conferma che la scadenza dei termini procedurali non determina l'estinzione del potere.

Gli altri riti speciali sono.

- i procedimenti speciali in tema di giurisdizione esclusiva;
- riti speciali caratterizzati dalla scelta del legislatore di abbreviare i termini per la proposizione del ricorso;
- riti speciali camerale;
- rito speciale accelerato, che si innesta sul procedimento cautelare, con decisione differita del giudizio di merito in caso di ricorso che evidenzia l'illegittimità dell'atto e la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile, disciplinato dall'art. 4, l. 205/00: esso costituisce il possibile sviluppo di un procedimento cautelare e si caratterizza per l'abbreviazione dei termini processuali e per

l'esercitabilità d'ufficio dei relativi poteri del giudice. La legge prevede un meccanismo di accelerazione del giudizio principale.

Il rito, alternativo rispetto a quello previsto in generale, si caratterizza:

- per l'abbreviazione dei termini processuali,
- per la previsione di una decisione nel merito in forma abbreviata, ma nel rispetto delle garanzie di difesa delle parti, del principio del contraddittorio e adottabile a prescindere dall'istanza di parte;
- per la previsione di speciali modalità di pubblicazione e di impugnazione mediante appello.

Altro giudizio speciale, da svolgersi con il rito camerale, riguarda il diritto d'accesso.

Ai sensi dell'art. 25, l. 241/90, che qualifica la giurisdizione del giudice amministrativo come esclusiva) contro le determinazioni amministrative concernenti il diritto d'accesso e contro il silenzio serbato per trenta giorni successivi alla richiesta, è dato ricorso, nel termine di 30 gg, al tar, il quale decide in camera di consiglio entro 30 gg dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne abbiano fatto richiesta. La decisione del tar è appellabile, entro e non oltre 30 gg dalla notifica della stessa, al Consiglio di Stato, il quale decide con le medesime modalità e negli stessi termini. Dispone, inoltre, il 6 c. che in caso di totale e parziale accoglimento del ricorso, il giudice amministrativo, sussistendone i presupposti, ordini l'esibizione dei documenti richiesti.

Ai sensi dell'art. 21 l. tar, in pendenza del ricorso, il ricorso in tema di accesso può essere proposto con istanza presentata al presidente e depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso, previa notifica all'amministrazione ed i controinteressati, e viene decisa con ordinanza istruttoria adottata in camera di consiglio. Il rito si configura dunque in tale ipotesi come incidentale rispetto a quello ordinario e si caratterizza per la modalità di presentazione della domanda e per la natura del provvedimento decisorio.

Si tratta dunque di un'azione che può portare all'adozione di una sentenza con cui si ordina un facere.

25. Il contenzioso elettorale

Si distingue in attivo e passivo. Le controversie che rientrano nel contenzioso elettorale attivo sono devolute al giudice ordinario. Il contenzioso elettorale passivo raggruppa due diversi tipi di tutela: la prima relativa alle questioni di eleggibilità, incompatibilità e decadenza dall'ufficio, è affidata al giudice ordinario; la tutela in tema di regolarità delle operazioni elettorali, invece, è devoluta al giudice amministrativo sul presupposto che in tal caso siano coinvolti interessi legittimi.

I giudizi in materia di contenzioso elettorale sono caratterizzati dalla presenza di azioni popolari di tipo correttivo.

Il contenzioso elettorale attivo si occupa delle controversie che concernono le elezioni politiche, quelle amministrative e quelle europee. La legittimazione attiva è attribuita a tutti i cittadini, ancorché non elettori, ed al Procuratore della Repubblica presso il tribunale competente per territorio.

Giudice competente è la Corte d'Appello in unico grado.

L'azione è rivolta contro le decisioni della commissione elettorale mandamentale stessa in materia di iscrizione nelle liste elettorali.

L'azione si propone con ricorso , esente da tasse, in calce al quale viene steso il decreto con cui il presidente della Corte d'appello fissa in via d'urgenza l'udienza di trattazione della causa.

La pronuncia della corte , ricorribile in cassazione, decide in ordine alla titolarità dello status di elettore .

Per quanto concerne il contenzioso elettorale passivo , la legittimazione attiva nelle controversie devolute al giudice ordinario è riconosciuta in capo a qualsiasi cittadino elettore del comune, della provincia o della regione, a chiunque vi abbia interesse, nonché al prefetto rispettivamente competente. La competenza spetta in 1 grado al tribunale nella cui circoscrizione è compreso l'ente della cui elezione si tratta.

Il giudizio nasce dall'impugnazione delle delibere adottate dalle assemblee elettive in materia di eleggibilità.

Il tribunale, la corte d'appello e la corte di cassazione , ove accolgano il ricorso, possono correggere i risultati delle elezioni e sostituire ai candidati proclamanti gli aventi diritto.

Ai sensi dell'art. 6 della l. Tar , le controversie in materia di operazioni elettorali spettano alla giurisdizione amministrativa . la competenza dei tar è inderogabile.

Ove accolga il ricorso il giudice può annullare in tutto o in parte le operazioni elettorali e i risultati dello scrutinio , e può sostituire ai candidati illegittimamente proclamati gli aventi diritto. L'appello al consiglio di stato può essere proposto entro 20 gg decorrenti dalla notifica della decisione , ovvero dall'ultimo giorno di pubblicazione della sentenza nell'albo pretorio. Tutti i termini processuali sono ridotti a metà.

Domande:

- cosa deve contenere un ricorso amministrativo?
- Cosa sono i motivi aggiunti?
- A chi deve essere notificato e quando?
- Come si costituiscono le parti in giudizio?
- Chi è il controinteressato?
- E' prevista la fase istruttoria?
- Quanti tipi di sentenze ci sono?
- A chi è rivolto l'appello contro le sentenze dei tar?
- Cosa può disporre il giudice su istanza cautelare?
- Cosa è il giudizio di ottemperanza?
- Che natura giuridica ha il commissario ad acta?
-

CAPITOLO XI

LA TUTELA INNANZI AI GIUDICI AMMINISTRATIVI SPECIALI E I RICORSI AMMINISTRATIVI

SEZ. I

I GIUDICI AMMINISTRATIVI SPECIALI

1. Premessa

Nella giustizia amministrativa sono comprese non solo la disciplina del processo che si svolge dinnanzi al complesso T.A.R. – Consiglio di Stato e parte di quella relativa al giudizio dinnanzi al giudice ordinario , ma altresì la disciplina del processo che si svolge davanti alle giurisdizioni amministrative speciali, e cioè, alle giurisdizioni non appartenenti all'ordine che fa capo al Consiglio di Stato e la normativa sui ricorsi amministrativi. Tra le giurisdizioni speciali assume un posto di grande rilievo la Corte dei conti. Altra giurisdizione di notevole importanza è costituita dal tribunale superiore delle acque pubbliche nell'esercizio delle funzioni di giudice di unico grado. Sussistono poi numerose altre giurisdizioni speciali che si occupano di materie amministrative.

2. La Corte dei Conti

La Corte dei conti esercita la giurisdizione “nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge”(art. 103 cost.). Essa giudica delle controversie che possono insorgere, in determinate materie, con la pubblica amministrazione , sicchè è annoverata tra i giudici amministrativi che non fanno capo al complesso T.a.r.- Consiglio di stato. In particolare la Corte dei conti è titolare della **giurisdizione contabile**, nella quale sono tradizionalmente compresi i giudizi in materia di responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici funzionari(**contenzioso contabile**), di pensioni civili e militari e di pensioni di guerra(**contenzioso pensionistico**).

I giudizi che si svolgono nell'ambito di tale giurisdizione sono disciplinati dal t.u. 1054/1924, dal relativo regolamento 1038/1933, così come modificati dalle leggi 19/94 e 20/94. In base all'oggetto del giudizio si possono distinguere i seguenti tipi di processo: giudizio di conto, giudizio di responsabilità amministrativa , giudizio per resa di conto, giudizio pensionistico e giudizio ad istanza di parte.

La giurisdizione contabile è:

- **piena** , in quanto la Corte conosce del fatto e del diritto: si tratta comunque di un carattere inteso variamente in dottrina , parte della quale ritiene che la pienezza consisterebbe nella possibilità di sindacare il merito;
- **esclusiva** , nel senso che la Corte conosce sia di interessi legittimi sia di diritti soggettivi (diritto al risarcimento del danno nei giudizi di responsabilità , diritto al trattamento di quiescenza nei giudizi pensionistici).

- **Sindacatoria:** la Corte non è infatti legata alle richieste delle parti o del procuratore generale o regionale per quanto attiene ai poteri istruttori, ed essa può estendere il giudizio anche a soggetti originariamente non citati.

La Corte dei conti conosce anche di tutte le questioni sollevate in via pregiudiziale e incidentale, con l'eccezione della questione di falso. La Corte dei conti non può annullare, modificare o revocare atti amministrativi potendo però disapplicarli alla stessa stregua del giudice ordinario.

Con le l. 19/94 e 20/94, modif. dalla l. 639/96 il legislatore ha proceduto ad attuare il decentramento della giurisdizione contabile ed ad istituire il doppio grado di giurisdizione. A livello centrale, l'attività giurisdizionale della Corte dei conti è esercitata dalle prime tre sezioni e dalle sezioni riunite.

Le sezioni centrali svolgono funzioni di giudice d'appello e giudicano con la presenza di cinque magistrati. Esiste pure una sezione d'appello per la sola regione siciliana.

Le funzioni di pubblico ministero presso le sezioni riunite e le sezioni centrali della corte sono esercitate dal procuratore generale o da un vice procuratore generale.

La procura agisce a tutela del corretto funzionamento dell'amministrazione pubblica. L'esercizio dell'azione pubblica di responsabilità, d'ufficio o su domanda, è obbligatoria e irretrattabile.

Le funzioni di pubblico ministero presso le sezioni regionali sono esercitate dal procuratore regionale e dai suoi sostituti. La l. 19/94 ha abrogato le disposizioni che prevedevano le conclusioni e l'intervento del procuratore nei giudizi in materia pensionistica. La competenza territoriale è distribuita secondo i seguenti criteri:

- a) criterio della "residenza anagrafica" del ricorrente per quanto attiene ai giudizi pensionistici;
- b) criterio del luogo dove sono siti i beni o di quello in cui si è verificato il fatto produttivo del danno per i giudizi di responsabilità.

I conflitti di competenza fra le varie sezioni regionali sono risolti dalle sezioni riunite della Corte dei conti.

2.1. Il giudizio di responsabilità amministrativa

La responsabilità amministrativa viene fatta valere dal procuratore regionale della Corte dei conti, il quale ha notizia dell'evento produttivo di danno a seguito di autonoma iniziativa, ovvero di denuncia o di rapporto.

L'obbligo di denuncia immediata è posto in capo all'organo di vertice dell'amministrazione.

Il giudizio si instaura con la notifica al convenuto della citazione a comparire avanti la sezione giurisdizionale competente.

Il procuratore è titolare di notevoli poteri istruttori, potendo richiedere comunicazione di atti e documenti in possesso di autorità amministrative e giudiziarie, nonché disporre accertamenti diretti. Esso può disporre, a mezzo della guardia di finanza, ispezioni e accertamenti presso le pubbliche amministrazioni e presso terzi contraenti o beneficiari di provvidenze finanziarie a destinazione vincolata. Il procuratore regionale può altresì disporre l'esibizione o il sequestro di documenti, audizioni personali, perizie e consulenze.

Sulla domanda di sequestro il presidente provvede con decreto motivato, fissando l'udienza di comparizione delle parti innanzi al giudice designato, entro un termine non superiore a 45 gg. con il medesimo decreto il presidente assegna altresì al procuratore un termine non superiore a 30 gg per la notificazione della domanda

e del decreto. All'udienza, il giudice designato, con ordinanza motivata, conferma modifica o revoca i provvedimenti emanati con decreto. Avverso l'ordinanza è possibile proporre reclamo al collegio.

Prima di procedere alla notifica della citazione il procuratore è obbligato ad inviare al presunto responsabile un invito a dedurre, consentendo così a tale soggetto di poter presentare, entro un termine non inferiore a 30 gg. dal ricevimento dell'invito, le proprie deduzioni ed eventualmente dei documenti. Nello stesso termine, il presunto responsabile può chiedere di essere sentito personalmente.

L'istruttoria può terminare con la proposta di archiviazione. Nel caso in cui abbia invece ritenuto non sufficienti o inattendibili le giustificazioni addotte dal presunto responsabile, il procuratore promuove l'azione mediante atto di citazione.

La citazione deve essere notificata entro 120 gg dalla scadenza del termine per le presentazioni di deduzioni. Nel processo per responsabilità amministrativa è ammesso l'intervento volontario, nonché l'intervento per ordine della sezione. Ampi poteri istruttori sono riconosciuti non solo al procuratore ma anche al collegio.

La sezione, composta da tre magistrati, decide in camera di consiglio. Il collegio decide con sentenza. La sezione, valutate le circostanze, può porre a carico del funzionario responsabile solo una parte del danno arrecato o del valore perduto (cd potere riduttivo). La Corte dei conti deve tenere conto dei vantaggi conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata in relazione al comportamento degli amministratori o dipendenti pubblici soggetti al giudizio di responsabilità".

2.2. Il giudizio di conto

La presentazione del conto giustiziale "costituisce l'agente in giudizio". Il giudizio di conto, avente ad oggetto l'accertamento della responsabilità contabile e della regolarità delle partite del conto, costituisce dunque un esempio di processo avente il carattere della necessarietà, atteso che il rendiconto è imposto dalla legge e il giudizio si instaura a prescindere dalla sussistenza di una controversia, per effetto della sola trasmissione del conto.

Dopo che il conto è stato depositato spontaneamente, ovvero a conclusione del giudizio per la resa del conto, prende avvio il giudizio di conto in senso proprio.

Se il relatore designato dal presidente della competente sezione accerta la regolarità del conto, il conto viene approvato dal presidente della sezione competente con decreto di discarico.

Nel caso in cui invece la relazione concluda con la condanna o per l'adozione di altri provvedimenti definitivi, su istanza del procuratore viene fissata l'udienza di discussione dal presidente della sezione con decreto notificato alle parti.

La sezione composta da tre giudici, emette la decisione, o di discarico o di condanna dell'agente, previa liquidazione del debito. La decisione di condanna viene trasmessa in forma esecutiva al procuratore regionale, il quale comunica all'amministrazione interessata affinché questa provveda alla riscossione delle somme dovute dall'agente.

Entro 30 gg dalla notifica della decisione l'agente interessato può presentare opposizione contabile, depositando un ricorso presso la segreteria della sezione giurisdizionale che ha emanato la decisione.

Il d.p.r. 260/98 contiene le norme per l'esecuzione delle decisioni di condanna pronunciate dalla Corte a carico di responsabili per danno erariale. Il recupero delle somme eventualmente dovute ai responsabili.

2.3. I giudizi ad istanza di parte

La legge prevede in alcuni casi che il giudizio dinanzi alla Corte dei conti abbia inizio ad istanza di parte. Il processo è dunque instaurato con ricorso notificato all'amministrazione e depositato in segreteria.

Ciò accade quando il privato debba impugnare una decisione amministrativa.

2.4. Il giudizio pensionistico

La Corte dei conti ha giurisdizione in materia di pensioni civili, di pensioni militari e di pensioni di guerra: si tratta del giudizio pensionistico.

La materia previdenziale, sotto il profilo sostanziale, è oggi disciplinata in materia analoga nei settori pubblico e privato. Differenti sono invece gli istituti previdenziali (Inpdap per quello pubblico e Inps per quello privato) e il riparto di giurisdizione. Soltanto nell'ambito privato il contenzioso è devoluto alla cognizione del giudice ordinario. Nel settore pubblico, il contenzioso attinente al rapporto di lavoro è stato in gran parte privatizzato, mentre permane, per tutti i dipendenti pubblici, l'unico contenzioso previdenziale devoluto alla Corte dei conti.

La Corte dei conti giudica in composizione monocratica, attraverso un magistrato assegnato dalla sezione regionale competente per territorio, in funzione di giudice unico. Il processo si instaura su ricorso dell'interessato, notificato all'amministrazione o all'ente competente per l'erogazione della pensione e depositato presso la segreteria del giudice: tale giudizio ha ad oggetto la titolarità del diritto al trattamento in quiescenza o l'entità della pensione, e non è soggetto a termini di decadenza.

Dopo la trattazione orale della causa, il g.u. pronuncia sentenza provvisoriamente esecutiva, con cui definisce il giudizio, dando lettura del dispositivo.

Ove l'amministrazione non provveda al pagamento delle somme cui è tenuta, per l'ottemperanza della decisione si può esperire ricorso di esecuzione.

2.5. I mezzi di impugnazione contro le decisioni della Corte dei conti

Avverso le decisioni della Corte dei conti sono ammessi i seguenti gravami: l'appello, la revocazione, il ricorso per cassazione, l'opposizione contumaciale e l'opposizione di terzo.

Avverso tutte le sentenze delle sezioni regionali è ammesso appello alle prime tre sezioni centrali entro 60 gg. dalla notificazione della decisione o, nel caso di mancata notificazione, entro 1 anno dalla pubblicazione. Nei giudizi in materia di pensioni l'appello è consentito solo per motivi di diritto, mentre sono escluse le questioni di fatto.

Il gravame ha effetto sospensivo dell'esecutività della sentenza di 1 grado esecutiva.

Il ricorso per revocazione contro le decisioni definitive rese dalla Corte dei conti può essere proposto dalle parti e dal p.m.: esso è rivolto al medesimo giudice che ha emesso la decisione. Le decisioni della Corte dei

conti sono poi ricorribili dalle parti e dal p.m. entro 90 gg. dalla notifica della sentenza impugnata alle sezioni unite della Corte di cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

3. Le giurisdizioni amministrative speciali: il Tribunale superiore delle acque pubbliche

La legge prevede numerose ipotesi di organi aventi poteri giurisdizionali nelle materie amministrative: il Tribunale superiore delle acque pubbliche ha sede a Roma ed è composto da un presidente, il quale è un magistrato ordinario avente qualifica corrispondente a procuratore generale della cassazione, 4 consiglieri di cassazione, 4 consiglieri di stato e 3 tecnici membri effettivi del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tutti nominati per 5 anni. Il Tribunale giudica in unico grado. Le sue competenze attengono in linea di massima agli interessi legittimi, anche se il criterio di individuazione della sua giurisdizione è quello della materia: pronuncia sentenze di annullamento, mentre non sono ammesse sentenze dichiarative e di condanna.

La sentenza è soggetta ad impugnazione attraverso i mezzi della revocazione e del ricorso per cassazione.

3.1. Le altre giurisdizioni amministrative speciali

- **Commissione per i ricorsi in materia di brevetti:** essi decidono i ricorsi avverso i provvedimenti con i quali l'ufficio centrale dei brevetti abbia respinto le domande volte ad ottenere la concessione del brevetto.
- **I Commissari regionali per la liquidazione degli usi civici:** sono competenti a decidere le controversie circa l'esistenza, la natura, e l'estensione dei diritti di godimento spettanti alle collettività su beni demaniali e privati che possono sorgere nel corso delle procedure di accertamento, valutazione e liquidazione degli usi civici, nonché delle procedure di scioglimento delle promiscuità.

I RICORSI AMMINISTRATIVI

1. I ricorsi amministrativi (nozioni generali)

I ricorsi amministrativi sono istanze rivolte dai soggetti interessati ad una pubblica amministrazione per ottenere la tutela di una situazione giuridica soggettiva che si assume essere lesa da un provvedimento o da un comportamento amministrativo.

Si tratta di rimedi giuridici offerti per la soluzione di una controversia che può sorgere dall'emanazione di un atto (ricorsi impugnatori), ovvero, in via eccezionale, indipendentemente da esso (ricorsi non impugnatori), relativi a diritti soggettivi.

I ricorsi amministrativi non hanno natura giurisdizionale: essi non sono infatti rivolti a un giudice, ma ad un soggetto, l'amministrazione, che non si trova in posizione di estraneità rispetto alle parti in causa ed agli interessi coinvolti; il procedimento che si instaura al seguito del ricorso, ha carattere amministrativo, così come l'atto con cui l'autorità si pronuncia è un atto amministrativo espressione di autotutela, che la dottrina definisce tradizionalmente come "decisione amministrativa", in suscettibile di passare in giudicato e soggetto a regime degli atti amministrativi.

I ricorsi amministrativi hanno carattere "giustiziale": essi traggono origine da una controversia, sono strumenti di tutela e situazioni giuridiche, sono instaurati su istanze di parte, sono retti dal principio della domanda e si svolgono in contraddittorio tra le parti.

La disciplina generale dei ricorsi amministrativi è contenuta nel dpl 1199/1971: esso regola il procedimento per la decisione del ricorso e l'istituto del silenzio-rigetto. Alcune disposizioni sui ricorsi sono contenute nell'art. 20 della l. 1034/1971 (l. tar), nella l. 241/90.

Strettamente collegato al tema dei ricorsi è il concetto di atto definitivo. La definitività si acquisisce con la decisione su ricorso gerarchico o su ricorso gerarchico improprio, ovvero, in caso di mancata decisione dell'autorità data entro il termine di 90 giorni dalla proposizione del ricorso.

Sono definitivi anche gli atti espressamente dichiarati tali dalla legge (definitività esplicita). La definitività è altresì riferibile agli atti emanati dalle autorità di vertice dell'amministrazione (definitività soggettiva).

Oggi i ricorsi amministrativi costituiscono di norma un rimedio facoltativo e aggiuntivo rispetto ai ricorsi giurisdizionali. I ricorsi amministrativi offrono alla parte la possibilità di ottenere un'ulteriore pronuncia da parte dell'amministrazione in tempi rapidi e con una spesa inferiore rispetto a quella che il ricorrente dovrebbe sopportare in caso di ricorso giurisdizionale. Il ricorso amministrativo a pena di nullità deve essere redatto in forma scritta. Esso deve contenere l'indicazione dell'autorità adita, le generalità del ricorrente, gli estremi del provvedimento impugnato, i motivi di impugnazione, la data, la sottoscrizione del ricorrente. Non è necessario il patrocinio di un avvocato, sicché la parte può redigere e presentare il ricorso personalmente. La disciplina contenuta nel capo primo d.p.r. 1099/71 relativo al ricorso gerarchico, si considera applicabile anche agli altri ricorsi amministrativi ordinari. Le decisioni sui ricorsi possono configurarsi come pronunce di accoglimento o di rigetto della domanda proposta dal ricorrente.

4.1 La classificazione dei ricorsi amministrativi

I ricorsi si distinguono come segue:

- **ricorsi di carattere generale**, che possono essere esperiti anche in assenza di una specifica norma che li ammetta.
- **ricorsi di carattere eccezionale**, ammissibili solo se espressamente previsti dalla legge
- **ricorsi impugnatori**, che traggono origine dall'impugnazione di un atto e **ricorsi non impugnatori** i quali non comportano l'impugnazione di un provvedimento amministrativo e mirano ad ottenere ad ottenere non già la eliminazione dell'atto bensì la soluzione della controversia;
- **ricorsi ordinari**: esperibili nei confronti degli atti (ricorso gerarchico, gerarchico improprio e in opposizione);
- **ricorsi straordinari**: ammessi nei confronti dei provvedimenti definitivi
- **ricorsi eliminatori**, con cui l'amministrazione annulla l'atto;
- **ricorsi rinnovatori**: con cui l'amministrazione riesamina l'amministrazione al fine di modificare o sostituire l'atto.

5. Il ricorso gerarchico, il ricorso gerarchico improprio e il ricorso in opposizione.

Il ricorso gerarchico è un ricorso ordinario, a carattere rinnovatorio e generale, proponibile all'autorità gerarchicamente superiore a quella che ha emanato l'atto impugnato. Esso consente di far valere vizi sia di legittimità, sia di merito e di tutelare diritti soggettivi e interessi legittimi. Il carattere di rimedio generale del ricorso gerarchico significa che esso è sempre ammesso ove ne esistano i presupposti, salvo il caso in cui la legge dichiara definitivo l'atto. Il ricorso gerarchico è ammesso in unico grado. Il rapporto di gerarchia che qui rileva è quella esterna e cioè tra organi aventi rilevanza esterna. La tendenziale riduzione della gerarchia del nostro ordinamento determina un decisivo ridimensionamento della rilevanza del ricorso gerarchico. Quest'ultimo è un rimedio facoltativo: pertanto nei confronti dello stesso atto potrebbero essere proposti due ricorsi, uno giurisdizionale e l'altro gerarchico. Vale in proposito il principio della prevalenza del primo sul secondo. Nell'ipotesi in cui il ricorso giurisdizionale sia stato proposto dallo stesso soggetto in via gerarchica, il ricorso gerarchico si intende implicitamente rinunciato; ove il ricorso giurisdizionale sia stato proposto da altro cointeressato, il ricorso gerarchico diventa improcedibile e ricorrente in via gerarchica ha l'onere di riproporre le proprie doglianze in sede giurisdizionale entro 30 giorni dalla comunicazione che l'amministrazione è tenuta ad effettuare al fine di informare gli interessati dell'avvenuta presentazione del ricorso giurisdizionale. Il termine per la presentazione del ricorso gerarchico è di 30 giorni a pena di decadenza e decorre dal giorno in cui l'interessato ha avuto notificazione o comunicazione in via amministrativa dell'atto impugnato o acquisito piena conoscenza del medesimo. Il ricorso deve contenere il nome e cognome del ricorrente, l'indicazione dell'autorità competente ad esaminare il ricorso, del provvedimento impugnato, dei motivi e deve essere sottoscritto dalla parte. Esso può essere proposto all'autorità competente a deciderlo ovvero all'organo che emanato l'atto impugnato, mediante consegna, mediante notificazione o a mezzo di lettera di raccomandata con avviso di ricevimento. Entro 20 giorni dalla

pubblicazione del ricorso, gli interessati possono presentare all'autorità decidente deduzioni e documenti. La p.a. può disporre tutti gli adempimenti utili ai fini della decisione.

La proposizione del ricorso non comporta l'automatica sospensione degli effetti dell'atto impugnato, che tuttavia può essere disposta per gravi motivi, d'ufficio o su domanda delle parti. Il procedimento si conclude con decisione motivata che deve rivestire la forma scritta: può trattarsi di una decisione di rito, con cui si dichiara di non potere scendere nel merito del ricorso;

- decisione di merito, con cui la pubblica amministrazione. O accoglie o respinge la domanda del ricorrente.

La decisione di accoglimento che riformi anche l'atto assorbe e sostituisce l'atto stesso.

L'autorità adita ha il dovere giuridico di pronunciarsi ai sensi dell'art. 6 d.p.r. 1199/71 il ricorso si intende respinto a tutti gli effetti se la decisione non sia stata comunicata entro 90 gg dalla sua presentazione: contro il provvedimento originariamente impugnato è esperibile il ricorso giurisdizionale o quello straordinario al presidente della repubblica.

Lo spirare del termine di 90 gg. dalla presentazione del ricorso non fa venire meno il potere di decisione dell'autorità adita col ricorso amministrativo ordinario. La decisione tardiva è dunque legittima: il ricorrente ha tuttavia la possibilità di scegliere se avvalersi del silenzio-rigetto per proporre tempestivamente la propria azione dinnanzi al giudice amministrativo, ovvero se attendere la decisione sul ricorso gerarchico.

Contro la decisione è ammessa la revocazione.

Il **ricorso gerarchico improprio** è un rimedio ordinario, ammesso nei casi tassativamente previsti dalla legge, proponibile ad un'autorità che, pur non essendo quella gerarchicamente superiore rispetto all'autorità che ha emanato l'atto, è investita di un potere di generica vigilanza; di norma la parte può far valere solo vizi di legittimità. Si applicano le disposizioni generali in tema di ricorso gerarchico.

Il **ricorso in opposizione** è un ricorso ordinario ed a carattere rinnovatorio, proponibile, nei casi tassativamente previsti dalla legge, alla stessa autorità che ha emanato il provvedimento impugnato, la quale agisce esercitando un potere diverso da quello utilizzato al momento dell'emanazione dell'atto, allorché aveva operato come amministrazione attiva. Il ricorrente può far valere vizi sia di legittimità sia di merito. Al ricorso in opposizione si applicano, per tutti i profili che non siano disciplinati dalla legge che li prevede, le norme dettate per il ricorso gerarchico.

5. Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica

Il **ricorso straordinario al Presidente della Repubblica** è un rimedio di carattere generale, esperibile contro i provvedimenti amministrativi definitivi di qualsiasi autorità, ancorché si tratti di autorità amministrativa indipendente, per la tutela sia di diritti soggettivi che di interessi legittimi.

Il ricorrente, a differenza di quanto accade nei ricorsi gerarchici, può fare valere soltanto vizi di legittimità dell'atto. Si definisce straordinario in quanto può proporsi solo avverso atti definitivi e si caratterizza per l'alternatività nei confronti del ricorso giurisdizionale amministrativo, per le maggiori garanzie del principio del contraddittorio rispetto a quanto accade negli altri ricorsi amministrativi, obbligatorietà del parere del

Consiglio di stato , presenza di un termine di impugnazione più ampio superiore a quello stabilito per il ricorso giurisdizionale amministrativo.

Il principio di alternatività comporta dunque che il ricorso straordinario non sia più ammesso quando lo stesso provvedimento amministrativo definitivo sia stato impugnato con ricorso giurisdizionale, mentre non è più ammesso il ricorso giurisdizionale amministrativo quando sia stato proposto ricorso straordinario da parte del medesimo ricorrente. I controinteressati, ai quali sia stato notificato il ricorso straordinario, possono chiedere che questo sia trasferito alla sede giurisdizionale(opposizione dei controinteressati), la quale si propone con atto da notificarsi alle altre parti entro 60 gg dalla data in cui il controinteressato che la promuove ha ricevuto la notificazione del ricorso straordinario. L'opposizione rende improcedibile il ricorso stesso. Il ricorrente ha a sua volta 60 gg , decorrenti dal ricevimento dell'atto di opposizione, per depositare nella segreteria del T.a.r. l'atto di costituzione in giudizio, dandone avviso mediante notificazione alle altre parti , e il giudizio segue in sede giurisdizionale. Entro il termine di 120 gg il ricorso non solo deve essere notificato nei modi e con le forme prescritte per i ricorsi giurisdizionali ad almeno uno dei controinteressati, ma a differenza di quanto accade per i ricorsi giurisdizionali, anche presentato con la prova dell'eseguita notificazione. Tale presentazione può avvenire secondo tre modalità: mediante consegna diretta, mediante notificazione o mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento. La legge non richiede la notifica del ricorso nei confronti dell'autorità che ha emanato l'atto. I controinteressati entro 60 gg dalla notificazione del ricorso, possono presentare memorie e documenti al Ministero che istruisce la pratica, nonché proporre ricorso incidentale. Il ricorrente può prendere visione di tali atti esercitando il diritto di accesso previsto dalla l. 241/90. Trascorso il termine di 60 gg , inizia a decorrere un altro di 120 gg entro il quale il ministero competente deve effettuare l'istruttoria e trasmettere il ricorso istruito, insieme con gli atti e i documenti che vi si riferiscono, al Consiglio di stato per il parere previsto dalla legge. Conclusa l'istruttoria il ministero competente deve trasmettere gli atti e i documenti, unitamente alla propria relazione, al Consiglio di stato affinché emetta il suo parere, salva la possibilità per il Consiglio di stato di chiedere un supplemento di istruttoria o l'integrazione del contraddittorio. Il ricorso straordinario viene deciso con d.p.r. , su proposta del ministro competente in base al parere del Consiglio di stato. Il parere del Consiglio di stato è obbligatorio e semivincolante, nel senso che il ministro competente non può proporre una decisione che da esso si discosti, salvo investire della questione il consiglio dei ministri, il quale deve assumere la responsabilità giuridica e politica di discostarsi dal parere. L'intervento del Consiglio di stato vale a garantire la terzietà dell'organo decidente , anche se non in via assoluta , atteso che la decisione può discostarsi dal parere, richiedendosi la deliberazione del Consiglio dei ministri.

Il decreto presidenziale con cui viene deciso il ricorso, di norma motivato richiamando il parere del Consiglio di stato , è sottoposto al visto della Corte dei conti ove sia emanato a seguito della deliberazione del Consiglio dei ministri.

La decisione del ricorso straordinario è formalmente un atto amministrativo, ed è assoggettabile all'istituto della disapplicazione da parte dell'autorità giurisdizionale ordinaria ed è impugnabile dinnanzi al giudice amministrativo, ma per soli vizi di forma e di procedimento propri della decisione. E' previsto altresì il

rimedio della revocazione nei casi previsti ex art. 395 c p.c. il ricorso , diretto allo stesso Presidente della Repubblica, deve essere presentato nell'osservanza delle forme previste per il ricorso straordinario.

L'amministrazione è tenuta a dare esecuzione alla decisione: il Consiglio di stato ha ammesso l'esperibilità del giudizio di ottemperanza in caso di inottemperanza di decisione del Presidente della Repubblica.

Domande:

- quali sono i giudici speciali ?
- che competenze ha la corte dei conti?
- Quali giudizi si svolgono dinnanzi alla Corte dei conti?
- Che competenze ha il Tribunale delle acque pubbliche?
- Quali sono i ricorsi amministrativi?
- A chi si propone il ricorso gerarchico?
- Cosa si intende per ricorso gerarchico improprio?
- Cosa significa il principio di alternatività tra ricorso straordinario al Presidente della repubblica e ricorso giurisdizionale?
- Entro quanto si presenta il ricorso straordinario al presidente della repubblica?
- Cosa succede se un controinteressato a cui è stato notificato il ricorso straordinario, si rivolge al G.a. ?