

StuDocu.com

Diritto amministrativo Marco d'Alberti

Giurisprudenza (Università di Bologna)

Capitolo I

Il diritto amministrativo dal XVIII al XXI secolo

Il diritto amministrativo viene inteso come insieme di regole che disciplinano l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni. Il diritto amministrativo ha caratteristiche proprie che lo separano dal diritto privato. Secondo alcune ricostruzioni storiche il diritto amministrativo era presente nel diritto romano. In esso vi era la distinzione tra *jus publicum* e *jus privatum*. Ulpiano collegava il *jus publicum* al perseguimento di interessi della *res-publica*, della collettività.

Se si fa riferimento alla terminologia del diritto romano troviamo altri termini quali *imperium*, *potestas*, *auctoritas* che fanno pensare al potere pubblico. Alcune tesi fanno risalire il diritto amministrativo all'XI sec. Questi studiosi sostenevano che esistevano regole amministrative che disciplinavano i servizi pubblici. Service public sta ad indicare tutte quelle attività in cui si ha una pubblica amministrazione che svolge funzioni di polizia e presta servizi. L'attività di servizio pubblico ha per destinatari cittadini che sono consumatori. La parola service public la si ritrova nel diritto francese da moltissimi anni. Si fa l'esempio del mulino per far capire che il servizio pubblico ha come scopo principale l'alimentazione delle persone. Nel diritto francese si trovano altri esempi di regole amministrative: vi è la disciplina dei fiumi, dei torrenti, dei laghi. Essi sono beni pubblici che servono a vari fini e hanno molti impieghi economici. Il mulino e la posta sono esempi di servizi pubblici; l'acqua invece è un bene pubblico che consente di esercitare attività pubbliche o private. Secondo queste tesi il diritto amministrativo nasce nel XVIII secolo e si consolida nel XIX. Tocqueville nella prima parte dell'*Ancien régime* sottolinea il potere degli intendenti e di altri funzionari amministrativi. L'intendente è il funzionario che conta di più in provincia, è un organo periferico dell'amministrazione centrale. Tocqueville sottolinea che il potere degli intendenti, borghesi con estrazione sociale mediocre surclassa gradualmente il potere dell'aristocrazia locale. Con la rivoluzione francese si apre la distinzione tra i vari poteri e quello amministrativo. Questa distinzione si colloca nel potere esecutivo. L'amministrazione diventa quel corpo di funzionari che adottano misure, atti e provvedimenti in attuazione della legge. Solo dopo la Rivoluzione francese cominciano ad essere istituite le prime cattedre universitarie di diritto amministrativo. La Francia è stata la madrepatria del diritto amministrativo in quanto in essa vi era un sistema molto centralizzato che ha favorito la crescita di regole amministrative uniformi. In Germania invece si è fatto riferimento sempre alle fonti e agli autori francesi. Il principale esponente della scuola tedesca classica, Otto Mayer, ha affermato che il diritto francese è stato la pietra miliare del diritto amministrativo. L'Italia non ha mai conosciuto una centralizzazione dello Stato paragonabile a quella francese: la creazione dei comuni ha portato a una frammentazione delle regole. In Italia il diritto amministrativo si consolida quando nasceranno le cattedre universitarie e la giurisprudenza del consiglio di stato. Negli Stati Uniti d'America solo alla fine dell'Ottocento nasce la professionalizzazione degli impiegati pubblici e dei funzionari amministrativi. La legislation avrà un ruolo fondamentale nell'avvio del diritto amministrativo. Mentre nel continente europeo il significato principale del diritto amministrativo è consistito a lungo nelle garanzie della libertà privata nei confronti del potere pubblico, negli Stati Uniti l'administrative law nasce attorno alla garanzia del pubblico nei confronti del potere privato.

I caratteri iniziali del diritto amministrativo

Il diritto amministrativo delle origini presenta alcuni tratti caratteristici che subiranno

modifiche nel tempo.

Un primo carattere è la connessione tra diritto amministrativo e Stato-Nazione. Il diritto amministrativo è il diritto dello stato e quindi il diritto del governo centrale.

Un secondo carattere tradizionale è l'incomunicabilità dei diritti amministrativi dei diversi stati. Ogni stato ha il suo diritto amministrativo e i diritti amministrativi nazionali non dialogano tra loro. Il diritto privato invece comunica fra stati diversi.

Un terzo carattere originario risiede appunto nella lontananza dal diritto privato. Il fatto è di immediata evidenza in Francia, dove il diritto amministrativo nasce come insieme di regole che attribuiscono poteri unilaterali e autoritativi alle amministrazioni pubbliche periferiche e centrali.

Vi è infine un quarto carattere: il diritto amministrativo nasce in Francia come diritto della *puissance publique*, della potestà autoritativa che l'amministrazione esprime in attività volte alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza.

Analogie si riscontrano anche in Italia e in Germania. Agli inizi del Novecento il diritto amministrativo diviene anche diritto del *service public*, e riguarda settori quali: istruzione, previdenza, servizio postale, ecc. Sia la *puissance publique* che il *service public* possono avere a che fare con l'economia: un prefetto che ordina di chiudere uno stabilimento industriale per motivi di igiene esercita una *puissance publique* che incide pesantemente sull'andamento di un'attività imprenditoriale.

L'economia e i mercati sono stati sempre regolati dai poteri pubblici. La tradizione borghese e liberale ha sempre voluto che i mercati siano lasciati il più possibile alla spontanea autoregolazione.

I caratteri iniziali e tradizionali del diritto amministrativo subiscono nel tempo stravolgimenti: si attenua il legame con lo stato-nazione, emergono convergenze fra i diritti amministrativi nazionali, si avvicinano diritto amministrativo e diritto privato, il diritto amministrativo si occupa sempre più della regolazione dei mercati.

Il diritto della Comunità europea viene a condizionare ampiamente i diritti amministrativi nazionali, specialmente a seguito del riconoscimento del primato comunitario sui diritti interni degli stati membri. Se i diritti nazionali non si conformano alla disciplina comunitaria, possono trovare applicazione diverse misure: es. procedure di infrazione nei confronti degli stati, l'annullamento giurisdizionale di atti o contratti, ecc.

Anche le discipline internazionali incidono sui diritti amministrativi nazionali (es. accordi internazionali sul commercio mondiale che impongono requisiti sulle autorizzazioni amministrative per il commercio internazionale).

L'avvicinamento al diritto privato

Con l'avvento del diritto amministrativo si ha la grande pubblicizzazione di tutti i rapporti amministrativi: il provvedimento unilaterale e autoritativo prende il posto del contratto. Verso la fine del XIX sec le pubbliche amministrazioni utilizzano sempre di più i contratti al posto degli atti unilaterali. Questo accade non soltanto negli atti pubblici, ma anche per la regolazione di varie operazioni economiche di grande entità (es concessioni amministrative per la realizzazione di infrastrutture complesse, urbanistica convenzionata, gestione di servizi di pubblica utilità). Il fenomeno dell'espansione della contrattualità amministrativa proseguirà fino ad oggi, ne è testimonianza il nuovo codice dei contratti pubblici, del 2006 di derivazione comunitaria.

La centralità della regolazione dei mercati

Il diritto amministrativo è sempre più coinvolto nella regolazione dell'economia e dei mercati. Le liberalizzazioni di vari settori economici che riducono alcune misure pubbliche incidenti sulle imprese (es concessioni) ed erodono posizioni di monopolio non comportano la fine

della regolazione pubblica. Le privatizzazioni consentono il passaggio di imprese pubbliche alla mano di quelle private, ma convivono con poteri pubblicistici rilevanti che vengono attribuiti ad apposite autorità (es golden share, che consente al governo di vietare certe acquisizioni di pacchetti azionari). La recente crisi finanziaria ed economica globale ha accentuato la necessità di forti interventi pubblici e di misure amministrative: nazionalizzazioni, ricapitalizzazioni di istituti finanziari, ecc.

Capitolo II

I principi del diritto amministrativo

In Italia si è tentato a più riprese di contare i provvedimenti legislativi. La globalizzazione giuridica fa sì che alle norme nazionali e subnazionali si siano aggiunte quelle dell'ordinamento comunitario e delle varie discipline internazionali. Si può dire che viviamo in un sistema giuridico a più livelli. In una simile situazione i principi giuridici assumono un ruolo molto importante.

I principi operano come vere e proprie norme giuridiche. I principi hanno un posto importante nel diritto amministrativo, anche a causa dell'assenza di una codificazione.

Negli altri rami del diritto, da quello civile a quello penale, alle procedure, persino a quello costituzionale, le norme più importanti sono raccolte in modo organico in codici (o nella Costituzione). Ciò non accade nel diritto amministrativo, dove vi è, quindi, maggiore necessità dell'azione ordinatrice svolta dai principi, che reggono i diversi istituti positivi.

Tipi di principi

Nel diritto amministrativo si possono distinguere principi tipici e propri dell'amministrazione pubblica, da un lato, e principi generali del diritto applicabili anche alle pubbliche amministrazioni, dall'altro.

1) I principi tipici e propri dell'amministrazione pubblica trovano il loro significato essenziale nella regolazione di attività amministrative, pur potendo essere applicati anche all'attività di altri pubblici poteri e in limitati casi all'attività di soggetti privati.

- Il principio di legalità

L'attività amministrativa deve trovare una base nella legge; questa è la definizione più ampia del principio di legalità. Vi sono norme della costituzione che si riferiscono ad esso come quella contenuta nell'art. 23 secondo cui nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Il legislatore ha previsto una versione limitata di tale principio stabilendo che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge. Il principio di legalità si pone come argine a protezione del cittadino nei confronti dell'attività autoritativa della pubblica amministrazione. L'art. 23 Cost richiede una base di legge nei casi di prestazioni che siano imposte dal pubblico potere (è un contrappeso all'autorità amministrativa).

Così la pubblica amministrazione deve rispettare non solo le leggi, ma anche i principi di diritto (es la ragionevolezza) e soprattutto le regole comunitarie.

- Il principio di imparzialità

Il principio di imparzialità trova il suo fondamento normativo espresso nella costituzione: i pubblici uffici sono organizzati in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione (art. 97). Esso ha un contenuto negativo ed uno positivo per la pubblica amministrazione, in quanto comporta non solo il divieto di favoritismi, preferenze e discriminazioni, ma anche "l'obbligo di determinare criteri e modalità prima di

procedere" (art. 12 della l. n. 241/1990), quello di esaminare in modo accurato, completo e imparziale tutti gli elementi rilevanti della fattispecie, quello di compiere in modo oggettivo un esame comparativo degli interessi da valutare e di tenere conto dei relativi risultati e quello di astensione quando vi sia un interesse alla decisione, per assicurare la terzietà dell'azione amministrativa.

- Il principio di buon andamento

Il buon andamento sta accanto all'imparzialità nell'art. 97 Cost. è un concetto che fa quasi pensare al comportamento del buon padre di famiglia. Può trovare applicazione tanto all'attività pubblicistica e autoritativa della pubblica amministrazione quanto all'attività consensuale o contrattuale. Il principio di buon andamento è connesso ai criteri di economicità e di efficacia, al diritto ad una buona amministrazione ed al principio della buona gestione finanziaria. La portata del principio di buon andamento sancito dall'art. 97 cost. è molto vasta: vi si fanno rientrare l'obbligo della pubblica amministrazione di perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico, in modo che vi siano coerenza e congruità tra l'azione amministrativa e il fine che essa deve perseguire; ovvero la tempestività dell'azione amministrativa; ovvero ancora l'economicità (minor costo), l'efficacia (che misura il rapporto tra risultati ottenuti e obiettivi prestabiliti) e l'efficienza (minore dispendio di risorse per ottenere i risultati) dell'attività amministrativa. Ad esso si connettono sia i criteri di economicità e di efficacia stabiliti dall'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, sia "il diritto a una buona amministrazione"; riconosciuto dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sia il principio della "buona gestione finanziaria" disposto dall'art. 274 tr. Ce a carico della Commissione europea, per l'esecuzione del bilancio.

- Il principio di ragionevolezza e il principio di proporzionalità

I principi di ragionevolezza e di proporzionalità, sebbene siano diversi, vengono spesso applicati congiuntamente. Il primo è inteso in tre modi: come congruità tra disciplina normativa e decisione amministrativa, come coerenza tra valutazione compiuta e decisione presa e come coerenza tra decisioni comparabili. Il principio di ragionevolezza è un principio sans texte, formato nel tempo dall'opera della giurisprudenza indipendentemente da formulazioni legislative sia in paesi di common law che di civil law. Il secondo comporta un giudizio di adeguatezza del mezzo adoperato rispetto all'obiettivo da perseguire e una valutazione della portata restrittiva delle misure che si possono prendere, per cui gli atti amministrativi non debbono andare oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato: se si presenta una scelta tra più opzioni, occorre ricorrere a quella meno restrittiva, perché non si possono imporre obblighi e restrizioni alla libertà del cittadino in misura superiore a quella strettamente necessaria a raggiungere gli scopi che l'amministrazione deve realizzare. In altri termini il sacrificio delle situazioni giuridiche soggettive che il provvedimento dell'amministrazione comporta deve essere proporzionato rispetto al beneficio ottenuto. È chiaro che la valutazione del giudice sul proporzionato o non proporzionato equilibrio fra benefici ottenuti e sacrifici imposti può comportare un controllo sostanzialmente di merito sull'azione amministrativa, che non è consentito al giudice se non nei casi previsti espressamente dal legislatore. Quindi si cerca di vedere il proporzionato come qualcosa di ragionevole da raggiungere.

- Il principio di partecipazione

Il principio di partecipazione confina con il principio del contraddittorio, che nasce e si sviluppa nel diritto processuale. L'elemento comune è la garanzia data alla voce dell'amministrato. La partecipazione riguarda essenzialmente la facoltà degli amministrati di

manifestare propri interessi all'interno del procedimento amministrativo preliminare all'adozione della decisione finale. Il contraddittorio invece individua quelle vicende nelle quali i destinatari dell'azione amministrativa sono legittimati ad interloquire su tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini della decisione dell'amministrazione. Esso interviene in procedimenti amministrativi di tipo processuale che coinvolgono l'amministrazione e un privato (es. procedimento disciplinare). La legge n. 241/90 esclude l'applicabilità delle garanzie partecipatorie da essa previste ai procedimenti con contenuti ed effetti generali per i quali valgono le relative norme speciali; si tratta di procedimenti che sono rivolti ad un insieme indeterminato di destinatari (es. piani urbanistici). Il mancato rispetto del principio di partecipazione dovrebbe viziare il provvedimento finale rendendolo annullabile ma una norma controversa del nostro ordinamento prevede che il provvedimento vincolato, non discrezionale, adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti non è annullabile se sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Il provvedimento anche discrezionale non è 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. La comunicazione rappresenta il punto di avvio per le garanzie di partecipazione.

- **L'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo**

Fra le misure adottate da autorità pubbliche quelle soggette a obbligo di motivazione sono i provvedimenti giurisdizionali. La nostra costituzione lo prevede all'art. 111. L'obbligo di motivazione si è esteso anche ai provvedimenti amministrativi. La legge sul procedimento amministrativo ha incluso tra i principi la motivazione del provvedimento. La motivazione deve ricomprendere i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Essa riguarda dunque gli elementi di fatto e di diritto sui quali si basa il provvedimento. La l. n. 241/1990 non prevede l'obbligo di motivazione per i provvedimenti con contenuti ed effetti generali. La mancanza di motivazione o la motivazione insufficiente o irragionevole, producono un vizio ascrivibile alla violazione di legge, che si può tradurre in invalidità del provvedimento finale.

- **Il diritto di accesso ai documenti amministrativi**

Il diritto di accesso ai documenti è appunto la principale conseguenza di tale principio. Esso è assicurato non solo nei confronti delle amministrazioni pubbliche, ma anche dei gestori di servizi pubblici. Riguarda i documenti amministrativi, e cioè rappresentazioni grafiche, cinematografiche, elettromagnetiche e di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni, formati dalle pubbliche amministrazioni, o, comunque, utilizzati ai fini dell'attività amministrativa. È escluso solo quando necessario per salvaguardare sicurezza nazionale, difesa, relazioni internazionali, politica monetaria e valutaria, ordine pubblico, prevenzione e repressione della criminalità, riservatezza di terzi.

2) Principi comuni a soggetti pubblici e privati

Si tratta di principi generali del diritto applicabili non soltanto alla pubblica amministrazione ma anche ai privati.

- **Il principio di buona fede**

Il concetto di buona fede lo ritroviamo nel codice civile a proposito dell'attività contrattuale e precontrattuale. L'art. 1337 c.c. dispone che le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede. L'art. 1375 c.c. dispone che il contratto deve essere eseguito secondo buona fede. In diritto amministrativo il principio di buona fede si applica tanto all'attività privatistica (es. esecuzione dei contratti

pubblici) tanto all'attività pubblicistica.

- Il principio di correttezza

La materia è quella delle obbligazioni. L'art. 1175 dispone che il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza. La correttezza vale per le parti di un rapporto obbligatorio. Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, e da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle, in conformità dell'ordinamento giuridico; quindi le obbligazioni possono derivare anche da procedimento e da provvedimento amministrativo. Il principio di correttezza si applica alla materia dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ma anche al procedimento e al provvedimento. La giurisprudenza ha sottolineato che nel procedimento si viene a creare un contatto tra pubblica amministrazione e privato, che è simile ad un rapporto obbligatorio.

La violazione della correttezza può comportare una responsabilità da contratto della pubblica amministrazione che in ragione della somiglianza con il rapporto obbligatorio, comporta l'inversione dell'onere della prova ponendolo a carico dell'amministrazione.

- Il principio di libera concorrenza

Il principio e le regole di libera concorrenza sono nate nel diritto commerciale e si applicano in particolar modo alle imprese. Il principio che assicura uguali chances alle imprese efficienti che vogliono entrare o permanere in un mercato, si compone di varie regole. Abbiamo norme comunitarie (art. 101 e 102 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea) e norme nazionali (l. 287/90) che vietano le intese tra imprese che restringono la concorrenza, gli abusi di posizione dominante.

Il principio di libera concorrenza si applica non soltanto alle imprese di mano pubblica, ma anche ai poteri pubblici come i legislatori e le pubbliche amministrazioni.

La norma più rilevante su trova nell'art. 119 TFUE, che obbliga le istituzioni dell'unione europea e gli stati membri a conformarsi al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza. Il principio di libera concorrenza vale per le amministrazioni pubbliche anche al di fuori della loro attività imprenditoriale. Si è ritenuto per esempio che l'attività amministrativa che si concreta in provvedimenti di pianificazione e di autorizzazione a favore di privati debba essere rispettosa della concorrenza; così il giudice amministrativo ha annullato provvedimenti di tale natura che, in materia di coltivazione di cave, recavano vantaggio a imprese già operanti sul mercato.

- La trasparenza come principio generale

Il principio di trasparenza ha trovato grande sviluppo nel diritto commerciale e nel diritto dell'economia. Le imprese che operano nel settore bancario, immobiliare, sono tenute a rispettare un obbligo di trasparenza a favore di risparmiatori, di investitori, ecc. La trasparenza è divenuta un principio operante anche per le attività delle pubbliche amministrazioni. La giurisprudenza riconduce a questo principio giuridico vicende come l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo, il diritto di accesso ai documenti, ecc.

La diversa portata dei principi in diritto amministrativo

Si è evidenziata la differenza tra principi propri e tipici dell'amministrazione pubblica (imparzialità e proporzionalità) e principi generali che operano anche in diritto amministrativo (correttezza e buona fede). I principi propri dell'amministrazione pubblica si applicano solo a quella parte dell'attività amministrativa che ha natura autoritativa e pubblicistica (eccezione è fatta per il buon andamento e il diritto di accesso ai documenti amministrativi che invece hanno portata generale). I principi generali e comuni a soggetti privati e pubblici hanno acquisito portata generale: si applicano a tutte le attività amministrative, sia privatistiche che pubblicistiche. I principi comuni hanno in diritto

amministrativo un ruolo preminente: sono canoni generali dell'azione amministrativa.

Le funzioni dei principi

Tre sono le funzioni principali dei principi giuridici: la funzione interpretativa delle disposizioni, la funzione integrativa delle norme, la funzione limitativa del potere.

L'interprete legge le norme alla luce dei principi. Se vi sono delle lacune e queste non si possono colmare facendo ricorso all'analogia, si fa ricorso ai principi.

L'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile stabilisce che si impiegano i principi generali dell'ordinamento dello Stato. Tale articolo va letto nel modo più ampio includendo anche i principi comunitari. Infatti la legge sul procedimento amministrativo richiama esplicitamente i principi generali dell'attività amministrativa (art. 1 l. 287/90); e la legge sulla concorrenza stabilisce che le norme sulle infrazioni antitrust vanno interpretate ed applicate in base ai principi del diritto comunitario (art. 1 comma 4 l. 287/90).

Il diritto dell'Unione europea promuove la connessione tra principi e tutela dei diritti: L'art 6 TUE stabilisce che i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali fanno parte del diritto dell'Unione europea in quanto principi generali. La tendenza che si è sottolineata presenta alcuni limiti. Le libertà economiche (di libero scambio, d'impresa) sono mediamente più tutelate nei confronti dei poteri amministrativi rispetto ai diritti sociali.

Capitolo III

L'organizzazione amministrativa

Il diritto amministrativo nasce e si sviluppa attorno alla problematica dell'attività amministrativa. Si parte dall'attività *d'imperium*, autoritativa e si passa all'attività di prestazione, al *service public*. Le questioni giuridiche più rilevanti riguardano il concetto di pubblica amministrazione come apparato, il rapporto tra politica e amministrazione; le figure soggettive che fanno parte della pubblica amministrazione; i rapporti organizzativi tra tali strutture.

Pubblica amministrazione. Concetto e ambito

Pubblica amministrazione può significare tanto l'attività amministrativa quanto l'insieme degli apparati che la svolgono. Per inquadrare il concetto di pubblica amministrazione bisogna guardare al diritto positivo.

L'art. 97 Cost. dispone che i pubblici uffici sono organizzati secondo le disposizioni di legge. La legge regola anche i privati e i loro rapporti ma assume un ruolo più importante in relazione alle pubbliche amministrazioni. L'art. 97 prosegue affermando che alle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso.

Il legislatore ordinario non offre una definizione generale di pubblica amministrazione, ma indica figure soggettive che usualmente chiama pubbliche amministrazioni.

L'art. 1 d.lgs. n. 165/2001 dispone che per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello stato, quindi istituti di ogni ordine e grado, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane, istituti autonomi case popolari, l'ARAN e gli istituti del d.lgs. n.300/99. Tale elenco non comprende al suo interno le autorità amministrative indipendenti, alle quali si applica pur sempre un regime di pubblico impiego.

La legge n. 241/90 menziona le pubbliche amministrazioni che sono tenute ad applicare i principi e le regole da essa dettate. Le amministrazioni statali e gli enti pubblici nazionali sono tenuti a conformarsi a tutte le norme della l. 241, mentre le società con totale o prevalente capitale pubblico sono tenuto ad applicare la legge solo se svolgono funzioni amministrative.

Alcune norme della l.241 si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche (norme sul danno da ritardo, sugli accordi, ecc).

L'art. 22 l. 241/90 stabilisce che per pubblica amministrazione si intendono tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario.

Le autorità indipendenti sono tenute al rispetto delle norme sul procedimento amministrativo, con alcune flessibilità riconosciute dal legislatore. A livello comunitario non sussiste una nozione condivisa di amministrazione pubblica. L'art. 45 TFUE stabilisce una deroga alla libertà di circolazione dei lavoratori per impieghi nella pubblica amministrazione.

Si considerano pubbliche amministrazioni solo quelle strutture che svolgono funzioni pubbliche di particolare rilievo (ministeri giustizia e interno), per le quali siano da garantire gli interessi nazionali e la loro impermeabilità rispetto all'ingresso di funzionari di altri stati. Il regolamento CE n. 2223/96 ha per oggetto l'istituzione del sistema europeo dei conti 1995 dispone che sono comprese nel settore delle amministrazioni pubbliche: gli organismi pubblici che gestiscono e finanziano un insieme di attività principalmente consistenti nel fornire alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita; le istituzioni senza scopo di lucro dotate di personalità giuridica; i fondi pensione. Il codice del processo amministrativo include nelle pubbliche amministrazioni anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo. In tal caso vengono ad essere affiancati a pubbliche amministrazioni soggetti che possono avere natura sia pubblica che privata.

Tipologia delle figure soggettive

La pubblica amministrazione si articola in diverse figure soggettive. Alcune sono dotate di personalità giuridica come le agenzie amministrative o gli enti pubblici; altre invece sono prive di personalità come i ministeri e le autorità indipendenti.

Il ministero non è una persona

giuridica ma ha una legittimazione propria: tramite i suoi organi adotta provvedimenti, conclude contratti, sta in giudizio. Nell'ambito di tali figure operano strutture che assumono la

configurazione di uffici od organi a seconda che la loro azione sia interna o esterna.

I ministeri

Le leggi cavourriane configurarono il ministero come una struttura uniforme e gerarchico piramidale. Tutti i poteri spettavano al ministro che stava al vertice del suo dicastero. Vi era spazio soltanto per deleghe specifiche ai singoli funzionari dei gradi amministrativi più elevati. Dalla fine del XIX sec. Le funzioni attribuite alle amministrazioni pubbliche sono aumentate. Negli anni 70 del Novecento è stata varata una riforma della dirigenza amministrativa che ha attribuito ai dirigenti specifiche competenze proprie. In tali casi le strutture amministrative da loro dirette venivano a mutare natura e operavano come organi chiamati ad adottare atti aventi rilevanza esterna. Con il d.lgs. n. 29/93 art. 3 gli uffici dirigenziali divengono organi a legittimazione generale.

Alla fine degli anni 90 del XX secolo si conferma la distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, e si viene a stabilire un numero contenuto di ministeri (12) legge n. 59/1997 e d.lgs. 300/99.

Vi sono 2 modelli ministeriali: i ministeri articolati in dipartimenti e i ministeri articolati in direzioni generali.

I dipartimenti sono strutture chiamate a svolgere funzioni concernenti grandi aree di materie omogenee (dipartimento del tesoro che svolge compiti di coordinamento, direzione e controllo degli uffici dirigenziali generali). Il capo dipartimento determina i programmi per

dare attuazione a tali indirizzi. Le direzioni generali sono strutture cui vengono affidati ambiti di materie più ridotti rispetto a quelli propri dei dipartimenti (es. direzione generale per la mondializzazione e le questioni globali del ministero degli affari esteri che si occupa dello sviluppo della cooperazione economica e commerciale, delle questioni finanziarie globali, ecc.

Soltanto nei ministeri con direzioni generali è prevista la figura del segretario generale; esso opera alle dipendenze dirette del ministro, è il filtro tra politica e amministrazione. I ministri nello svolgimento delle loro funzioni si avvalgono anche dei viceministri, dei sottosegretari e degli uffici di diretta collaborazione.

Le agenzie amministrative

Agenzia è un termine di derivazione anglosassone. In Italia il termine è stato utilizzato nella legislazione per denominare amministrazioni pubbliche dotate di funzioni tecnico-operative. Alla fine degli anni 90 è sopravvenuta la prima normativa organica sulle agenzie amministrative. Il d.lgs. 300/99 si applica solo alle agenzie di interesse nazionale. Si distinguono un modello generale e un modello speciale di agenzie.

Le agenzie del modello generale godono di autonomia ma sono sottoposte ai poteri di indirizzo e di vigilanza di un ministro (es. agenzia per la protezione dell'ambiente).

Le agenzie del modello generale appaiono come più autonome dalla politica rispetto agli uffici dei ministeri; basti notare la disposizione che prevede una convenzione tra ministro e agenzia per la determinazione degli obiettivi da attribuire all'agenzia medesima. In base a questa disposizione l'agenzia potrebbe assumere un ruolo di co-definizione con il ministro degli obiettivi.

Le agenzie del modello speciale ricevono una regolazione derogatoria rispetto a quella relativa al modello generale. Vi rientrano le agenzie fiscali (entrate, dogane, territorio e demanio). A tali agenzie del modello speciale viene riconosciuta autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria, autonomia statutaria effettiva. Queste agenzie hanno la facoltà di co-determinare obiettivi, direttive, strategie, modalità di vigilanza.

Enti pubblici

L'art. 114 Cost. stabilisce che la repubblica è costituita dai comuni, dalle province, dalle città metropolitane, dalle regioni e dallo stato. Gli enti pubblici territoriali diversi dallo stato sono dunque ad esso equiparati come elementi costitutivi della repubblica. Sono indipendenti e ciò si traduce in autonomia politica. Parlando di tipologie degli enti pubblici, possiamo distinguere tra: enti pubblici Territoriali, per i quali il territorio è un elemento essenziale affinché l'ente esista come tale (esempi sono lo Stato, del quale si discute come "ente pubblico territoriale a fini generali", le Regioni, le Province, i Comuni, le Camere di Commercio); enti pubblici non territoriali, per i quali l'elemento territoriale non è discriminante; questi operano solo limitatamente a determinati aspetti (come l'INPS, che opera per tutta l'Italia, ma ha competenza per la previdenza sociale o l'Agenzia delle Entrate che ha competenza per l'imposizione fiscale). In relazione al territorio rispetto al quale svolgono le loro attività possono anche distinguersi in: enti pubblici Nazionali; enti pubblici locali; Infine possono distinguersi anche in: enti pubblici Economici ed enti pubblici non economici.

L'ente pubblico economico è un ente che è dotato di propria personalità giuridica, di proprio patrimonio e di proprio personale dipendente, il quale è sottoposto al rapporto d'impiego di diritto privato. Essendo separato dall'apparato burocratico della Pubblica Amministrazione può adattarsi più facilmente ai cambiamenti del mercato, anche perché ha ad oggetto esclusivo o principale l'esercizio di un'impresa commerciale. Inoltre, un E.P.E.

deve essere iscritto nel registro delle imprese. Rimane tuttavia il legame con la Pubblica Amministrazione, perchè gli organi di vertice sono nominati in tutto o in parte dai Ministeri competenti per il settore in cui opera l'ente; ai detti Ministeri spetta un potere di indirizzo generale e di vigilanza. Spesso sono il passaggio intermedio nella trasformazione di un'azienda autonoma in società per azioni.

E poi abbiamo gli enti pubblici non economici, quando l'oggetto principale della loro attività non è quindi la produzione di beni e servizi.

Gli enti pubblici, in quanto persone giuridiche, perseguono i fini stabiliti dal proprio statuto e tale discorso vale anche per l'ente pubblico principale, lo Stato, perchè anche lo Stato persegue i fini degli associati che ne fanno parte. I fini sono previsti dai poteri dello stato in rappresentanza all'intera comunità. Per perseguire i determinati fini, gli enti pubblici sono soggetti ad **ATTRIBUZIONI**, cioè ad insiemi di poteri amministrativi che non esauriscono ciò che l'ente possa fare, ma ne delimitano solo i poteri amministrativi. Le attribuzioni vengono poi distribuite all'interno dell'ente fra i suoi vari organi secondo varie **COMPETENZE**. L'ente pubblico, inoltre, ha i poteri che scaturiscono dal diritto privato per il semplice fatto che è comunque una persona giuridica.

La giurisprudenza ha elaborato una serie di indici di riconoscimento dell'ente pubblico.

Abbiamo: 1) il perseguimento di fini pubblici, 2) titolarità di poteri autoritativi, 3) istituzione da parte dello stato o di altro ente pubblico, 4) percezione di contributi pubblici, 5) l'assoggettamento al controllo di poteri pubblici.

In assenza di indicazioni normative esplicite dovrebbero propendersi per la natura privata. Dagli anni 70 al XX secolo vi sono state numerosi leggi che hanno cercato di modificare, ridimensionare o sopprimere gli enti considerati inutili (es. la legge sugli enti parastatali; le leggi di decentramento regionale, ecc).

Le società in partecipazione pubblica

La figura della società in partecipazione pubblica ha avuto uno sviluppo importante grazie alle vicende istituzionali dell'IRI. La crisi del 1929 in America si ripercosse in Europa e provocò gravi difficoltà per le banche che detenevano azioni delle imprese in crisi. Nel 1933 è stato istituito l'istituto per la ricostruzione industriale come struttura pubblica transitoria, per procedere all'acquisto delle azioni detenute dalle banche e al risanamento delle società di cui era divenuto azionista. Nel 1937 l'IRI ha costituito holdings che hanno acquisito azioni di imprese operanti in vari settori economici. Questo è stato l'avvio del sistema delle partecipazioni statali. Nel 1956 il sistema si è consolidato con l'istituzione dell'apposito Ministero delle partecipazioni statali (l. 1589/1956). L'IRI è stato poi posto in liquidazione con la legge 133/2008.

La società in partecipazione pubblica è persona giuridica di diritto privato e regolata essenzialmente dalle norme del codice civile. Vi sono però delle deroghe al regime civilistico (come la nomina di amministratori e sindaci art. 2449 c.c.). Nelle società che gestiscono servizi pubblici, lo statuto può prevedere la golden share, un'azione che ha come titolare il ministro di riferimento, che spetta indipendentemente dalla portata della partecipazione pubblica e comporta poteri rilevanti, come il diritto di veto del ministro su acquisizioni azionarie inopportune. Secondo La corte di giustizia europea la golden share consente un controllo pubblico sproporzionato rispetto alla partecipazione azionaria del governo nella società.

La giurisprudenza della corte costituzionale ha chiarito che finchè la partecipazione pubblica è prevalente, vale il controllo della corte dei conti sulla gestione finanziaria, in applicazione dell'art. 100 Cost e della legge n. 259/1958 relativa al controllo sugli enti sovvenzionati dallo stato.

Quando la partecipazione pubblica è totalitaria il rapporto tra politica e amministrazione può equipararsi a quello che si riscontra negli enti pubblici (quindi il potere di indirizzo spetta alla società, la vigilanza al ministro).

Quando la partecipazione pubblica è maggioritaria l'autonomia si espande.

Le autorità indipendenti

Due sono i principali tratti caratterizzanti delle amministrazioni pubbliche dette autorità indipendenti: l'elevata expertise tecnica e l'estraneità sostanziale rispetto all'indirizzo politico e al controllo dell'esecutivo. Le agenzie svolgono funzioni tecniche e necessitano delle relative competenze professionali.

Per le autorità indipendenti le conoscenze tecniche devono essere elevate perché hanno compiti quasi giudiziari. L'estraneità dall'indirizzo politico giustifica l'aggettivo indipendenti.

L'Europa continentale ha conosciuto tardi la figura dell'autorità indipendenti. La Francia prevedeva ancora una forte dipendenza dell'amministrazione pubblica dal governo.

Il diritto comunitario ha dato un contributo rilevante allo sviluppo delle autorità indipendenti.

Il sistema europeo delle banche centrali (SEBC) prevedeva che le banche centrali nazionali fossero indipendenti dai rispettivi governi, ciò per lo svolgimento delle funzioni di politica monetaria. Non esiste nell'ordinamento comunitario un principio di regolazione indipendente, ma le materie in cui si è affermata (banche, comunicazioni elettroniche, energia e concorrenza, sono di grande rilevanza in quanto riguardano tutte le attività imprenditoriali.

Le autorità indipendenti in Europa continentale e nel nostro paese non hanno avuto un'esistenza facile. Tali difficoltà derivano soprattutto da una mancanza di previsione costituzionale. Va ribadito comunque che il fondamento comunitario e internazionale della regolazione indipendente si sta sempre più consolidando.

Organi e uffici

Gli uffici costituiscono le unità strutturali elementari di ogni organizzazione, di tipo burocratico o imprenditoriale, pubblica o privata. Gli uffici si distinguono in a) meri uffici e b) uffici organi.

a) I primi svolgono attività che hanno una rilevanza solo interna alle figure soggettive;

b) i secondi compiono atti idonei a manifestare verso l'esterno la volontà delle figure soggettive. Di regola gli uffici-organi sono gli strumenti attraverso i quali agiscono le persone giuridiche, vi sono però delle eccezioni (si pensi ad un ministero che adotta provvedimenti tramite il ministro che è organo). Agli uffici-organi sono preposti titolari di diversa natura (persone fisiche, collegi, titolari professionali o onorari). Se il preposto è una persona fisica singola si è in presenza di un organo monocratico (presidente ente pubblico); se il preposto è un collegio si ha un organo collegiale (consiglio di amministrazione di un ente pubblico). Il titolare professionale presta un'opera retribuita e continuativa presso la figura soggettiva di appartenenza; il titolare onorario svolge le sue funzioni a titolo gratuito. Il titolare dell'ufficio è legato alla figura soggettiva di appartenenza da 2 rapporti giuridici diversi: 1) il rapporto di servizio e 2) il rapporto di ufficio. 1) Il primo è un rapporto patrimoniale e riguarda la remunerazione per le prestazioni fornite dal titolare dell'ufficio. 2) Il rapporto di ufficio è un rapporto di tipo funzionale: ha a che fare con l'esercizio delle competenze affidate all'ufficio. Gli organi collegiali seguono procedimenti molto formalizzati per l'adozione delle loro decisioni. Le norme procedurali essenziali riguardano: la convocazione e la fissazione dell'ordine del giorno; il numero legale; le maggioranze richieste per la validità delle deliberazioni. La regola del numero legale non si applica ai collegi perfetti, che richiedono la presenza di tutti i componenti.

Rapporti organizzativi: gerarchia, direzione, controllo e coordinamento

Tra le figure soggettive e tra i loro uffici corrono rapporti organizzativi di diverso tipo. La **gerarchia** è un rapporto che corre tra un ufficio sopraordinato e un ufficio sottordinato e tra i rispettivi titolari. La gerarchia è caratterizzata da un insieme di poteri che spettano all'ufficio sopraordinato nei confronti dell'ufficio sottordinato, che è in posizione di soggezione. L'ufficio sottordinato ha l'obbligo di conformarsi. L'ordine è vincolante. L'ordinamento prevede diversi limiti. Se il titolare dell'ufficio sottordinato ritiene palesemente illegittimo l'ordine impartito dal titolare dell'ufficio sopraordinato deve farne rimostranza allo stesso superiore dichiarandone le ragioni.

La gerarchia comporta il potere di annullamento d'ufficio, il potere di decisione dei ricorsi gerarchici, il potere di controllo, il potere di sostituzione e di avocazione.

Il rapporto organizzativo di direzione è caratterizzato da una sopraordinazione attenuata rispetto alla gerarchia. L'ufficio sopraordinato ha un potere non di ordine, ma di direttiva, nei confronti dell'ufficio sottordinato. La direttiva comunque lascia sempre un margine di decisione all'ufficio sottordinato. Quest'ultimo può discostarsi dalla direttiva dandone adeguata motivazione.

Nei rapporti di direzione non vale il potere di avocazione e il potere di sostituzione. Valgono i poteri di controllo. Poteri di controllo sono attribuiti agli uffici sopraordinati nei confronti degli uffici sottordinati, sia nella gerarchia che nella direzione. I rapporti di controllo sono caratterizzati da un giudizio che viene formulato in applicazione di un parametro e da una misura finale che può consistere nel riconoscere o negare validità o efficacia all'atto sottoposto a controllo, a seconda che il giudizio sia positivo o negativo.

Il d.lgs. n. 286/1999 distingue diversi tipi di controllo. 1) Il controllo di regolarità amministrativa e contabile è finalizzato a garantire la legittimità, la regolarità e la correttezza dell'azione amministrativa; 2) il controllo di gestione tende a verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare il rapporto tra costi e risultati; 3) il controllo strategico valuta l'adeguatezza delle scelte compiute e quindi la congruenza tra risultati conseguiti e obiettivi predefiniti.

Il coordinamento è una relazione tra organi equordinati svolgenti attività distinte, ma destinate ad essere ordinate secondo un disegno unitario.

Caratteristica del coordinamento è il potere spettante ad un organo ad hoc, oppure ad uno di quelli che vi siano interessati (cd. Coordinatore) di impartire disposizioni idonee alla realizzazione del disegno unitario e di vigilare sulla loro osservanza ed attuazione. Si pensi ad es. ai comitati interministeriali, al CIPE o alla conferenza di servizi.

Capitolo IV

Il personale delle pubbliche amministrazioni

Il rapporto di lavoro degli impiegati delle pubbliche amministrazioni si è configurato diversamente nel tempo; fino alla fine dell'Ottocento il rapporto era di natura privatistica: l'atto costitutivo del rapporto era qualificato come contratto, gli atti successivi (promozioni, trasferimenti, licenziamenti) erano considerati atti negoziali della pubblica amministrazione datore di lavoro. Tutto è cambiato tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento. Vi è stata una progressiva pubblicizzazione del rapporto di impiego presso le amministrazioni. La natura privatistica si è trasformata in pubblicistica. Gli atti fondamentali del rapporto venivano considerati come provvedimenti amministrativi unilaterali. La competenza giurisdizionale è affidata al giudice amministrativo. Il testo unico del 1957 sugli impiegati civili dello stato ha reso le norme esistenti ancora più speciali. Dalla seconda metà degli anni

70 del XX sec. si è avuto di nuovo una privatizzazione. Le organizzazioni sindacali si sono occupate sempre più del lavoro dei pubblici dipendenti portando allo sviluppo della contrattazione collettiva nei settori pubblici. Intorno al 1980 la legge quadro sul pubblico impiego ha formalizzato la regolazione dei contratti collettivi assegnando loro una portata limitata. La vera e propria svolta si è avuta negli anni 90 con il d.lgs. n. 29/1993: la contrattazione collettiva è divenuta la fonte principale di regolazione del rapporto di impiego presso le amministrazioni pubbliche; la gran parte delle controversie è passata alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, come giudice del lavoro.

La normativa attuale sugli impiegati

Gli atti principali del rapporto di pubblico impiego sono tutti stati privatizzati. Vi è solo la fase preliminare all'instaurazione del rapporto, quella del concorso pubblico per il reclutamento che ha natura pubblicistica. Mantengono natura pubblicistica anche i rapporti di impiego di alcune categorie di personale: magistrati, amministrativi e contabili, avvocati, ecc.

Con la privatizzazione il giudice ordinario ha la pienezza di poteri nei confronti degli atti negoziali dell'amministrazione. Il giudice ordinario può annullare o anche modificare dell'amministrazione datore di lavoro che sono equiparati ad atti privatistici, non aventi natura di provvedimenti amministrativi: la legge stabilisce che il giudice adotta nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti richiesti dalla natura dei diritti tutelati (art. 63 d.lgs. 165/2001). Il giudice ordinario si limita alla disapplicazione quando si tratta di provvedimenti amministrativi che incidono direttamente sul rapporto di lavoro, poiché opera il divieto di annullamento stabilito dall'allegato E della legge del 1865. Al giudice ordinario sono anche devolute le controversie relative ai comportamenti antisindacali dell'amministrazione e le controversie sulle procedure di contrattazione collettiva promosse dalle organizzazioni sindacali, dall'ARAN o da pubbliche amministrazioni.

I dirigenti. L'evoluzione delle formule normative

La prima formula è stata introdotta dalla legislazione cavouriana sui ministeri. Tutte le funzioni decisionali erano concentrate nel ministro. Il ministro poteva delegare in via eccezionale ai dirigenti l'emanazione di singoli e specifici provvedimenti. Vi era quindi un rapporto di stretta gerarchia. Fino all'età crispiana i dirigenti sono stati oscurati dai ministri. La seconda formula normativa è intervenuta con la riforma della dirigenza del 1970. Alcune competenze sono state per legge affidate ai dirigenti. Si è trattato di competenze funzionali proprie dei dirigenti. In questo quadro i ministri non hanno più poteri di ordine, ma di direttiva, ha comunque la potestà di avocare a sé le competenze. Vi è quindi ancora gerarchia.

La disciplina attuale della dirigenza pubblica

La terza formula si basa sulla distinzione tra indirizzo politico e controllo sulla sua attuazione,

da un lato e gestione amministrativa dall'altro. L'indirizzo politico e la verifica della sua attuazione sono affidati al ministro, la gestione amministrativa invece al dirigente. L'art. 4 d.lgs. n. 165/2001 dispone: gli organi di governo esercitano le funzioni di indirizzo politico-amministrativo, definendo gli obiettivi e i programmi da attuare e adottando altri atti rientranti nello svolgimento di tali funzioni, verificando la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa e della gestione agli indirizzi impartiti. Agli organi di governo spettano: le decisioni in materia di atti normativi, la definizione degli obiettivi, priorità, piani, l'individuazione delle risorse umane, economiche; le nomine, designazioni e atti analoghi. A tutela delle attribuzioni dei dirigenti il decreto legislativo stabilisce che esse possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative. Per le amministrazioni pubbliche i cui organi di vertice non siano espressione di rappresentanza

politica, si prescrive che esse adeguano i propri ordinamenti al principio della distinzione tra indirizzo e controllo da un lato e attuazione e gestione dall'altro (vengono esclusi però i poteri di avocazione del ministro; permane invece il potere di annullamento ministeriale per motivi di legittimità).

Le qualifiche dirigenziali da 3 diventano 2: 1) la qualifica iniziale è quella di dirigente; 2) la qualifica superiore è quella di dirigente generale. Assumono rilievo le funzioni conferite al personale dirigente o ad esterni con particolari requisiti mediante apposito incarico. Bisogna distinguere 3 tipi di funzioni dirigenziali a seconda dell'importanza degli uffici cui gli incaricati vengono preposti. Abbiamo:

- incarichi di segretariato generale e di direzione di strutture articolate in più uffici dirigenziali generali (capo dipartimento di un ministero);
- incarichi di direzione di uffici di livello dirigenziale generale, che sono conferiti con decreto del presidente del consiglio dei ministri su proposta del ministro competente, a funzionari con qualifica di dirigente o ad esterni con determinate qualifiche;
- incarichi di direzione di altri uffici dirigenziali che sono conferiti dal dirigente dell'ufficio di livello dirigenziale generale a funzionari con qualifica di dirigente assegnati al suo ufficio.

Tutti questi incarichi in base al d.lgs. 165/2001 sono a tempo determinato: la durata doveva essere non inferiore a 2 anni e non superiore a 7 anni.

Per ogni contratto si dovevano stabilire l'oggetto, gli obiettivi, la durata dell'incarico e il trattamento economico.

La legge 145/2002 ha apportato modifiche: la durata massima per gli incarichi apicali e per gli incarichi di direzione di uffici dirigenziali di livello generale è di 3 anni. Per gli altri casi la durata massima stabilita è di 5 anni. Tale legge ha previsto per gli incarichi dirigenziali apicali, e per gli incarichi ad esterni, la cessazione decorsi 90 giorni dal voto sulla fiducia al governo; per gli incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali allora in essere la cessazione al settantesimo giorno dalla data di entrata in vigore di tale legge.

Essi sono meccanismi di spoils system, in base ai quali alcuni incarichi dirigenziali terminano al mutare dei governi. La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità di questi sistemi in quanto violano il principio di continuità e di buon andamento dell'azione amministrativa (art.97).

Tali sistemi sono legittimi solo per i dirigenti che sono stati nominati *intuitu personae* dall'organo politico in virtù di un rapporto di fiducia.

Il d.l. n.138/2011 prevede che con decisione largamente discrezionale legata a motivate esigenze organizzative, si possa disporre il passaggio dei dirigenti, di qualunque qualifica, ad altro incarico prima della scadenza dell'incarico in corso.

Capitolo V

I Beni Pubblici

Introduzione. Beni pubblici e proprietà

Le amministrazioni pubbliche dispongono di beni che appartengono ad esse a titolo proprietario e li utilizzano come strumenti materiali per il proprio funzionamento (sedi di uffici pubblici) o a proprio uso esclusivo (es. demanio militare); o li destinano a fruizione di un'intera collettività (es. spiagge o strade) o alla gestione di un servizio pubblico. Sono dunque beni pubblici.

Le amministrazioni possono inoltre utilizzare, per il proprio funzionamento, beni privati (es. prendendo in locazione immobili per i loro uffici) ed esercitano poteri pubblici su proprietà private (dall'imposizione di limitazioni amministrative a conformazioni di facoltà del

proprietario privato).

Le forme di uso e di disciplina dei beni privati sono studiate dalla dottrina privatistica che da tempo indaga sui diversi contenuti del diritto di proprietà privata in relazione alla diversa incidenza esercitata su di esso dai poteri pubblici; o rientrano nella materia dell'attività amministrativa.

La materia dei beni pubblici è stata sempre influenzata dal diritto privato. La tradizione romanistica ha ricondotto gli istituti di proprietà pubblica nelle qualificazioni privatistiche. In epoca moderna i beni pubblici negli ordinamenti giuridici di civil law hanno trovato la disciplina essenziale nei codici civili mentre nei paesi di common law sono stati regolati dal diritto comune con alcune deroghe.

La dottrina si è occupata di qualificare i diritti spettanti ai soggetti pubblici sui beni loro appartenenti, compresi quelli legati all'uso pubblico o collettivo come le strade, e di stabilire se si tratta di autentici diritti di proprietà (anche qui è emersa l'importanza di concetti e istituti di origine privatistica).

In Francia, nell'*Ancien Régime* il dominio della Corona che apparteneva al Re era considerato un tutt'uno (regole d'inalienabilità). Nel XIX sec., i commentatori del codice civile hanno distinto:

- dominio pubblico: costituito da beni pubblici caratterizzati da "assegnazione d'utilità pubblica" quindi destinati all'uso pubblico o a servizi pubblici;
 - dominio privato: categoria residuale che comprende tutti gli altri beni di pubblici poteri.
- Inizialmente i poteri pubblici era visti come distinti dalla proprietà, più vicini ai poteri di sovranità.

In seguito è emersa la tesi che anche sui beni di dominio pubblico, le persone pubbliche sono titolari di un diritto di proprietà (che ha stessa natura giuridica della proprietà privata) il regime del dominio pubblico ruota intorno a inalienabilità e imprescrittibilità ma la natura è quella della proprietà privata.

Il recente codice francese ha confermato la natura proprietaria dei diritti della PA sui propri beni. La dottrina italiana ha seguito una via analoga: è partita dall'iniziale opinione della Francia (secondo cui non vi è proprietà dei pubblici poteri sui loro beni ma sussiste su essi sovranità e amministrazione) e ha poi sostenuto che anche il diritto dei pubblici poteri sul demanio pubblico ha natura del diritto di proprietà. Santi Romani a inizio 900 sosteneva: la proprietà pubblica appare parallela a quella privata non come una modificazione di quest'ultima nè come suo contrapposto: sono entrambe modificazioni di una nozione comune necessaria quando si vuole designare un diritto che investe una cosa nella sua totalità.

In Italia nel XX sec. si era infatti avviata la pubblicizzazione del diritto amministrativo e aveva cominciato a dominare l'idea dell'autoritatività dell'atto amministrativo tal punto che si è dubitato dell'utilizzabilità del contratto nei casi in cui vi fosse una più forte inerente del pubblico interesse nello svolgimento dell'attività amministrativa.

Non è stato così per la proprietà poiché venne considerata come concetto generale che poteva valere anche per spiegare i poteri delle autorità pubbliche sui beni demaniali legati all'autorità pubblica. Sempre Santi Romani affermava che la proprietà dei frutti di un bene demaniale, del tesoro che vi si rinviene, spetta a chi possiede il bene medesimo; i mezzi che egli ha disposto per difendere il suo diritto, inalienabilità e imprescrittibilità dei beni, sono tutti principi ed istituti che la semplicesovranità non può spiegare le cose demaniali soggiacciono a un vero e proprio diritto di proprietà.

Ciò non escludeva che il regime di alcuni beni dei soggetti pubblici si componesse di norme pubblicistiche. Dunque il diritto dello Stato e degli altri pubblici poteri sui beni di loro

appartenenza è un vero e proprio diritto di proprietà che in alcuni casi può essere regolato da norme derogatorie rispetto alla disciplina privatistica.

Quadro normativo

In Italia le norme generali sui beni pubblici sono state dettate dal codice civile, sia quello del 1865 che quello del 1942. Quest'ultimo definisce i beni come cose che possono formare oggetto di diritto (art. 810) e regola i beni appartenenti allo Stato agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici. Inoltre distingue i beni in: beni demaniali, patrimoniali, disponibili e indisponibili e ne detta la relativa disciplina.

Oggi sono stati apportati molti cambiamenti. La Cost. ha stabilito che la proprietà è pubblica e privata; hanno inoltre assunto importanza i beni immateriali (come frequenze radiotelevisive) e le "reti" (necessarie a svolgere servizi pubblici essenziali come il trasporto ferroviario); alcune risorse naturali sono state e sono soggette a fenomeni di scarsità e depauperamento (come le acque e le foreste); i beni culturali soffrono di scarsa tutela e valorizzazione.

Questi cambiamenti hanno portato la necessità di nuove regolazioni giuridiche. Alcune sono intervenute in apposite leggi speciali (es. codice dei beni culturali, norme in materia ambientale, ecc.)

Oggi dunque la regolazione è assai variegata si compone di tanti corpi normativi diversi.

Disciplina del codice civile

Il codice civile non definisce i beni pubblici si limita a elencarne alcune categorie e a dettare il relativo regime giuridico. Le due categorie principali sono:

- beni demaniali: sono esclusivamente in titolarità di enti territoriali e sono elencati dal codice. Appartengono comunque allo Stato e fanno parte del demanio pubblico mare, spiaggia, fiumi, ecc.

I beni demaniali sono eventuali, solo se appartengono allo Stato o ad altri enti territoriali, lasciando intendere che la loro appartenenza può anche essere privata ad es. le strade, le autostrade, ecc.

I beni demaniali sono inalienabili e imprescrittibili non possono formare oggetti di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge che li riguardano (art. 823). Inoltre l'autorità amministrativa è titolare di una potestà pubblicistica di esecuzione coattiva nei confronti delle turbative e delle pretese dei terzi (es. sgombero di un bene immobile occupato abusivamente).

Secondo alcuni questa norma conferisce potere di esecuzione coattiva alla PA, secondo altri è solo ricognitiva e necessita di specifica disposizione per ottenere tale potere. Infatti la l. 241/1990 ha stabilito che tutti i poteri di esecuzione coattiva richiedono specifica base di legge e vanno esercitati con determinate modalità procedurali richiedendosi una diffida e un termine per adempiere.

I beni patrimoniali: sono una categoria residuale che comprende i beni appartenenti allo Stato e ad altri enti pubblici che non sono riconducibili ai beni demaniali. Si dividono in:
• **indisponibili:** elencati non tassativamente dall'art. 826; vi rientrano foreste, miniere, cave, cose d'interesse storico, caserme, armamenti, ecc. Non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalla legge, la quale può prevedere procedimenti che rimuovono il vincolo di destinazione. Purchè tale destinazione si mantenga, può ritenersi che l'alienazione sia possibile anche mediante negozi traslativi di diritto privato.

• **disponibili:** tutti gli altri beni appartenenti a poteri pubblici. Sono soggetti a regole civilistiche

generali: seguono la disciplina giuridica della proprietà privata, non valendo limiti all'alienabilità e all'acquisizione di diritti da parte dei terzi, né sussistendo una potestà di

esecuzione coattiva in capo all'autorità amministrativa.

Il codice civile disciplina il passaggio dei beni dal demanio al patrimonio, stabilendo che tale passaggio dev'essere dichiarato dall'autorità amministrativa. La giurisprudenza ha ritenuto che l'atto dell'amministrazione abbia natura dichiarativa: perché il passaggio sia operante è necessario un concreto mutamento di fatto.

La regolazione dei beni pubblici contenuta nel codice civile è quindi formale: elenca i beni senza preoccuparsi della loro utilità. Stesso regime demaniale è previsto sia per beni aventi utilità o fruizione collettiva (es. lido) sia per beni ad uso esclusivo dello Stato (es. opere destinate alla difesa nazionale).

Regimi speciali rispetto al codice civile: i beni culturali e ambientali

Oltre al codice civile sussistono discipline giuridiche speciali relative ad alcuni beni pubblici; possono individuarsi almeno tre corpi normativi particolarmente rilevanti:

- 1) tutela rafforzata di beni legati a interessi pubblici qualificati (es. beni culturali e ambientali);
- 2) discipline speciali per la regolazione delle "reti" destinate a servizi pubblici nazionali e locali;
- 3) regole finalizzate al trasferimento di alcuni beni pubblici dello Stato ad altri enti territoriali e norme per le dismissioni di beni pubblici.

Nel secondo 900 si sono rafforzati gli ammonimenti a decisioni politiche per evitare o attenuare fenomeni di distruzione della natura, del paesaggio, del patrimonio culturale, derivanti da uno sviluppo industriale, edilizio e tecnologico spesso disattento all'ambiente e ai suoi beni.

Due leggi del 1939 avevano dettato regole per la salvaguardia delle cose d'arte e bellezze naturali; in seguito la Cost. ha affidato alla Repubblica la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione confermando la stretta connessione tra protezione di alcuni beni ambientali di rilevanza paesaggistica e dei beni aventi valore storico e artistico.

Negli anni 70 del 900 con la Commissione d'indagine per la tutela e la valorizzazione delle cose d'interesse storico, archeologico, artistico e del paesaggio, presieduta da Franceschini, si ribadiva il nesso tra cultura e paesaggio e si definiva "bene culturale" il bene che costituisce testimonianza materiale avente valore di civiltà rispetto alle leggi del 1939 prospettava la necessità di estendere la tutela anche ai beni di minor pregio artistico, ma pur sempre rappresentativi di momenti della civiltà nella sua evoluzione storica.

Sono beni culturali le cose mobili e immobili che presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico, e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge. Possono appartenere sia a soggetti pubblici sia privati purchè valorizzino e tutelino il bene. Se il titolare è il privato, non qualificabile come persona giuridica senza fine di lucro, il bene è da considerarsi culturale solo se sia intervenuta una dichiarazione ministeriale che accerti l'esistenza dell'interesse culturale.

La disciplina di questi beni è tutelata dal Ministero dei beni e delle attività culturali finalizzati a garantire la loro protezione e conservazione a questi poteri corrispondono doveri e obblighi in capo ai titolari, pubblici o privati dei beni medesimi.

Tra i vari poteri vi sono quelli di vigilanza (possono concretarsi in ispezioni); quelli autorizzatori che presuppongono interventi sui beni (dallo spostamento, allo smembramento); attività di prestito (mostre o esposizioni); ecc.

I beni culturali non possono essere alienati se non nei limiti e nei modi previsti dalle leggi speciali cioè dal codice dei beni culturali (art. 53) il quale elenca i beni inalienabili e quelli

alienabili con autorizzazione del Ministero. L'autorizzazione ad alienare comporta la sdemanializzazione del bene che resta però soggetto ai poteri amministrativi di vigilanza e autorizzazione. Per i beni ad appartenenza privata, il Ministero, le regioni, o gli altri enti pubblici territoriali interessati hanno la facoltà di acquistare in via di prelazione i beni alienati a titolo oneroso, al prezzo stabilito nell'atto di alienazione. Eccetto che previa autorizzazione, è vietata in ambito internazionale l'uscita dal territorio della Repubblica dei beni culturali ad appartenenza pubblica e privata.

I soggetti pubblici cui appartengono gli istituti e i luoghi della cultura (es. musei) devono assicurare la fruizione collettiva dei beni presenti in tali luoghi garantendo l'accesso a questi (gratuito o a pagamento). La valorizzazione è finalizzata a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale, assicurare le migliori condizioni di fruizione collettiva, e sostenere gli interventi di conservazione.

Strategie e obiettivi della valorizzazione di beni pubblici sono accordati da Stato e Regioni; in caso di beni privati l'iniziativa è dei privati ma l'accordo avviene tra privati proprietari e soggetti pubblici.

Sono infine previste forme di sponsorizzazione di beni culturali che consistono in contributi erogati per iniziative di tutela o di valorizzazione di beni d'appartenenza pubblica e privata. I beni paesaggistici fanno parte del patrimonio culturale e anch'essi sono disciplinati dal codice dei beni culturali e del paesaggio e sono stati talora definiti "beni culturali ambientali". Sono beni paesaggistici se dichiarati d'interesse pubblico con provvedimento della Regione o del Ministero: le cose immobili aventi caratteri di bellezza naturale, singolarità geologica o memoria storica; ville, parchi e giardini di non comune bellezza; cose immobili di valore estetico e tradizionale; bellezze panoramiche; territori costieri; fiumi, torrenti, montagne, ghiacciai, vulcani, ecc.

Possono appartenere sia a pubblici che a privati ma hanno analogo regime di tutela e valorizzazione perseguiti mediante vigilanza, programmazione e autorizzazioni attribuite a Stato e regioni.

Importante è la pianificazione paesaggistica; mentre a parchi e riserve naturali sono applicate le disposizioni della legge quadro sulle aree protette (l. 394/1991) e importante è la programmazione.

Possono considerarsi beni ambientali anche quelli regolati dall'apposita normativa dedicata all'ambiente (d.lgs 152/2006): alcuni come i fiumi rientrano nei beni paesaggistici; strumento essenziale per raggiungere queste finalità è anche qui la programmazione.

Rilevano inoltre le norme sulla tutela delle acque, finalizzate a prevenire e ridurre l'inquinamento; a risanare i corpi idrici inquinati in particolare fiumi e laghi; a migliorare lo stato delle acque; a perseguire usi durevoli delle risorse idriche. Vanno considerate le norme sulla gestione delle risorse idriche che ricomprendono le disposizioni sui servizi idrici integrati, intesi come insiemi di servizi pubblici di captazione, adduzione, distribuzione dell'acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue. Inoltre vale il principio di precauzione che legittima il Ministro dell'ambiente ad adottare misure di prevenzione in caso di pericoli, anche solo potenziali di danni all'ambiente.

Vale dunque regime analogo per beni culturali e ambientali ma non identico per i beni di appartenenza pubblica e privata (con regime più stringato per i primi). Anche i beni privati comunque sono sottoposti a poteri amministrativi penetranti di vigilanza, autorizzazione, pianificazione, ablazione; tra i beni culturali in particolare, alcune proprietà private sono costantemente accompagnate dal potere discrezionale delle pubbliche amministrazioni.

1) Le reti dei servizi pubblici

Ne sono esempi di "reti" il servizio di trasporto ferroviario, la distribuzione dell'energia

elettrica e del gas, i servizi di telecomunicazioni; importanti sono le infrastrutture che gestiscono questi servizi come le strade ferrate, le stazioni elettriche, la rete telefonica possono appartenere a soggetti pubblici; a SPA a capitale misto pubblico e privato; a imprese private.

- Le reti ad appartenenza pubblica sono beni pubblici; sono regolate dal codice civile secondo il quale il loro regime varia, e da leggi speciali che hanno qualificato diversamente questi beni pubblici. Ad es. la legge che istituì le Ferrovie dello Stato ha stabilito che i beni mobili e immobili trasferiti dall'ente o acquistati nell'esercizio delle proprie attività, costituiscono patrimonio giuridicamente e amministrativamente distinto dai restanti beni delle PA e di essi l'ente ha piena disponibilità.

Altre norme, hanno confermato la titolarità delle reti in capo a poteri pubblici e hanno limitato le possibilità di cessione solo a favore di società in partecipazione pubblica totalitaria le quali sono state legittimate ad affidarne la gestione a soggetti terzi avvenuto per le reti destinate allo svolgimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (come l'illuminazione comunale)

- Le reti ad appartenenza privata sono beni privati assoggettati a poteri di vigilanza o di regolazione spettanti ad amministrazioni pubbliche (ad es. le reti telefoniche). In base al diritto antitrust, le reti anche se di appartenenza privata sono infrastrutture essenziali e quindi non facilmente duplicabili, utilizzate per lo svolgimento dell'attività economica ad esse connessa.

La disciplina speciale delle reti di appartenenza pubblica strumentali all'esercizio dei servizi pubblici ha talora oscillato tra qualificazioni normative più aperte alla piena disponibilità dei beni e ricostruzioni giurisprudenziali maggiormente aderenti alla logica fondata sulle garanzie della demanialità o del vincolo di destinazione. Altre volte si è tenuta ferma la proprietà pubblica delle infrastrutture prevedendone il possibile trasferimento a società a capitale interamente pubblico nonché l'eventuale affidamento in gestione a soggetti terzi, anche privati.

2) Le alienazioni di beni pubblici

Dagli anni 90 del 900 ha assunto rilievo il processo di privatizzazione dei beni pubblici tramite dismissioni e cessioni a soggetti privati (le cui norme sono oscure).

Il legislatore ha affidato all'Agenzia del demanio il compito di individuare, con appositi decreti, i beni demaniali e patrimoniali, disponibili e indisponibili, facenti parte del patrimonio immobiliare dello Stato e degli enti pubblici non territoriali ha previsto che questi beni possano essere alienati.

Per la cessione sono state previste due diverse procedure:

- il trasferimento a titolo oneroso dei beni pubblici a società in partecipazione pubblica chiamate a pagare un prezzo iniziale per i beni ad esse trasferiti, a realizzare operazioni di cartolarizzazione per finanziare il pagamento del prezzo, a gestire i beni trasferiti, a valorizzarli e a rivenderli a privati
- il conferimento dei beni pubblici a fondi comuni di investimento immobiliare con l'utilizzo di società di gestione per la valorizzazione e l'alienazione dei beni.

Parallelamente il legislatore ha previsto un trasferimento di beni pubblici dello Stato alle Regioni e agli enti locali con norme ispirate al federalismo demaniale. Gli enti territoriali destinatari del trasferimento di beni statali debbano favorire la massima valorizzazione funzionale del bene ad essi attribuito e possano procedere ad alienazione e dismissione.

I beni soggetti ad alienazione quando ne è disposto il trasferimento, entrano a far parte del patrimonio disponibile dello Stato o delle Regioni e degli enti locali; con alcuni limiti stabiliti dalla legge.

In generale i beni soggetti a trasferimento e ad alienazione dovrebbero essere valorizzati sia prima che dopo la cessazione; si trasformano in beni patrimoniali disponibili quindi soggetti alle regole di diritto comune; alcuni beni demaniali o patrimoniali indisponibili restano soggetti al regime tipico stabilito dal codice civile per tali beni anche se passano nelle mani di società in partecipazione pubblica; lo status dei beni interessati dalle dismissioni e dalle alienazioni è sottoposto a continue modifiche normative che ne rendono incerta l'esatta determinazione.

Nuove problematiche e necessità di una riforma

Di recente è sorta la problematica dei "beni comuni". Il diritto romano li considerava cose insuscettibili di proprietà individuale e quindi oggetto di fruizione comune (es. aria, mare, acqua).

La dottrina ha parlato di beni comuni come beni "adespoti" privi di un proprietario specifico, estranei al problema dell'appartenenza. Spesso si è avuta diversa considerazione di questi beni comprendendo in essi risorse naturali o la sanità e la giustizia; per il linguaggio giuridico "bene" rimanda alla definizione di codice civile: le cose che possono formare oggetto di diritto (non comprende funzioni, né servizi pubblici).

Oggi non risulta quindi facile definire beni comuni e distinguerli da quelli pubblici. La Commissione Rodotà nel 2007 ha affermato che beni pubblici esprimono utilità funzionali all'esercizio di diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona e sono informati al principio della salvaguardia.

Si è proposto che siano soggetti a un regime garantistico idoneo ad assicurarne la fruizione collettiva, o comune, da parte di tutti i consociati, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro conservazione a vantaggio delle generazioni future.

Sono questi indici da cui emerge la necessità di una disciplina adeguata e coerente e di varare un codice dei beni pubblici che detti una disciplina generale (come il codice Francese del 2006).

Sotto il profilo teorico, può conservarsi la definizione di beni pubblici come beni appartenenti a soggetti pubblici i quali hanno un diritto riconducibile alla proprietà. Alcuni di essi, come i beni demaniali e patrimoniali indisponibili, sono sottoposti a una disciplina derogatoria rispetto al diritto comune della proprietà: sono dunque pubblici in senso soggettivo (quanto all'appartenenza) e oggettivo (quanto al regime giuridico applicabile). Altri, come i beni patrimoniali disponibili, sono quasi integralmente sottoposti al diritto comune: sono "pubblici" solo in senso soggettivo.

Dunque alcuni dei beni di appartenenza privata possono considerarsi beni privati d'interesse pubblico, in quanto sottoposti a regimi non identici ma analoghi a quelli propri dei beni ad appartenenza pubblica.

Capitolo VI

Tipologia delle attività e situazioni soggettive

Due sono i tipi principali di attività amministrativa: 1) l'attività pubblicistica e 2) l'attività privatistica e consensuale.

1) La prima è l'attività tipica delle pubbliche amministrazioni. Essa si esprime attraverso l'adozione dei provvedimenti amministrativi. Gli effetti giuridici di questi provvedimenti si producono indipendentemente dal consenso degli amministrati. Si tratta di atti unilaterali della pubblica amministrazione conclusivi di procedimenti e costitutivi di situazioni giuridiche di diritto soggettivo o di interesse legittimo. Tale attività è soggetta anche ai principi giuridici generali che trovano le loro radici nel diritto privato e nel diritto comune.

2) L'attività privatistica e consensuale delle pubbliche amministrazioni si pone in essere tramite l'adozione di strumenti pattizi (stipulazione contratti, convenzioni, ecc). Essa è regolata dal diritto privato seppur con deroghe al diritto amministrativo.

Funzioni pubbliche e servizi pubblici

Funzione sta ad indicare un'attività che è giuridicamente rilevante nel suo complesso.

Procedimenti possono aversi sia in diritto privato che in diritto pubblico, ma è in quest'ultimo che essi trovano il terreno d'elezione. Tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento la funzione pubblica ha preso ad indicare le attività della pubblica amministrazione finalizzate a dettare prescrizioni; mentre il concetto di servizio pubblico ha individuato quelle attività svolte o controllate da pubbliche amministrazioni finalizzate a fornire prestazioni ai cittadini. In quanto finalizzate alla prescrizione, le funzioni pubbliche coincidono con le attività che possono essere svolte da pubbliche amministrazioni e sono manifestazioni della sovranità dello stato (attività militari, di polizia). Il concetto di funzione pubblica ha anche una rilevanza penalistica. Chi esercita una pubblica funzione è pubblico ufficiale, coperto da una particolare tutela penale e sottoposto a una particolare responsabilità penalistica. L'attività di servizio pubblico consta di prestazioni, a differenza della funzione pubblica che consta di prescrizioni.

Il termine *service public* si affermò in Francia agli esordi del XX secolo. La dottrina francese introdusse una distinzione tra:

- servizio pubblico amministrativo, erogato da una pubblica amministrazione e soggetto a norme pubblicistiche;

- servizio pubblico economico, gestito da un'impresa privata o pubblica, in partecipazione totale o parziale dello Stato o di enti locali, soggetto a norme privatistiche

Tutti i tipi di servizi pubblici sono sottoposti ad alcune regole e principi pubblicistici: principio di continuità, eguaglianza, adeguamento alle esigenze degli utenti. Negli ultimi anni i servizi imprenditoriali nazionali hanno sviluppato un modello basato sulla gestione di operatori privati, su regole di mercato e di concorrenza e regolate dal diritto privato. Gli operatori economici sono divenuti più efficienti in quanto sospinti dalle regole di libera circolazione e di concorrenza. Diverso invece è il caso dei servizi imprenditoriali nazionali affidati a soggetti legati alla sfera pubblica (servizi di trasporto ferroviario). Alcuni servizi imprenditoriali locali soffrono per l'eccessiva incidenza politica degli enti locali sulle imprese pubbliche di gestione.

Il d.l. n. 112/2008 ha limitato gli affidamenti diretti, considerandoli eccezionali e soggetti a motivazione rafforzata da parte degli enti locali. Tale norma è stata abrogata con referendum del 2011. La legge 148/2011 dà una maggiore apertura alla concorrenza in quanto gli enti locali sono tenuti a giustificare l'istituzione di un regime di esclusiva, nell'ambito di una procedura nella quale interviene il parere dell'autorità garante della concorrenza e del mercato. Se il regime di esclusiva viene considerato giustificato, gli affidamenti avverranno con gara, salve ipotesi di affidamento in house. La direttiva n. 123/2006 dispone che i servizi amministrativi o sociali restino al di fuori delle logiche e delle regole di mercato. Bisogna distinguere una nozione soggettiva e una oggettiva di servizio pubblico.

In base alla nozione soggettiva diviene servizio pubblico un'attività di prestazione che abbia titolarità soggettiva.

In base alla nozione oggettiva è servizio pubblico un'attività che presenta determinate caratteristiche oggettive, a prescindere dalla titolarità soggettiva, può essere gestita da soggetti privati o pubblici purchè sia sottoposta a una regolazione pubblica dominante.

La concezione oggettiva ha trovato alimento in Italia sulla base dell'art.43 Cost, secondo cui possono essere assunte in mano pubblica attività che si riferiscano a servizi pubblici

essenziali.

L'art. 345 TFUE lascia impregiudicata la scelta degli stati sulla gestione privata o pubblica, ma nel complesso il diritto comunitario mostra maggiore interesse per l'impresa privata e circoscrive gli obblighi di servizio pubblico che gravano sulle imprese private (l'Unione europea ha una maggiore attenzione per la concezione soggettiva di servizio pubblico). È da dire che al giorno d'oggi tutte le attività imprenditoriali sono sottoposte a forme di regolazione pubblica a prescindere dalla loro qualificazione come servizi pubblici. Quel che caratterizza la regolazione dei servizi pubblici è che essa condiziona fortemente le scelte dell'imprenditore imponendogli obblighi che mai si assumerebbe qualora considerasse il proprio interesse commerciale.

Sono obblighi che incidono sul prezzo, sulle tariffe, sulla regolarità del servizio (es. servizi per i pendolari a costi contenuti).

Attività di impresa pubblica

Le pubbliche amministrazioni possono svolgere direttamente attività di impresa. Diversi sono stati gli strumenti impiegati dalle amministrazioni per gestire imprese:

- amministrazione autonoma posta alle dipendenze di un ministro;
- ente pubblico economico;
- società in partecipazione pubblica totale o parziale.

Si ha attività di mera impresa quando prevale l'aspetto della produzione e della vendita (es l'Alfa Romeo è stata acquisita dalla FIAT). Si ha servizio pubblico di tipo economico quando prevale l'aspetto delle prestazioni rese agli utenti (es. l'energia fornita da società locali in partecipazione pubblica > ACEA). Il diritto privato domina il regime dell'impresa pubblica soprattutto per le società in partecipazione di pubblici poteri.

L'impresa pubblica è sottoposta alle regole di concorrenza. Se l'impresa pubblica dà luogo a servizio pubblico economico, le regole di concorrenza incontrano un limite: non trova applicazione tutto ciò che riguarda l'adempimento, e più in particolare della specifica missione loro affidata (si pensi alle Poste italiane che devono garantire il servizio universale, cioè rendere prestazioni in tutto il territorio nazionale a prezzi ragionevoli). I servizi a valore aggiunto invece sono soggetti alla disciplina della concorrenza. Intorno al 1980 si è avuta in diversi paesi una tendenza alla privatizzazione di imprese pubbliche. Bisogna distinguere una privatizzazione formale che ha portato ad una trasformazione da ente pubblico economico a società in partecipazione pubblica (il capitale resta in mano pubblica); e una privatizzazione sostanziale nella quale assistiamo al passaggio del capitale da mani pubbliche a private (si pensi alla privatizzazione graduale degli assets azionari dell'ENEL S.P.A). Oggi la tendenza alla privatizzazione ha subito in molti paesi una battuta d'arresto.

Regolazione pubblica dei mercati

L'attività di regolazione dei mercati include anche la gestione di imprese pubbliche che rientrano nel concetto di public property e rappresenta la forma di più ingerenza dei pubblici poteri nell'economia. L'OCSE definisce la regolazione come l'insieme degli strumenti con i quali i pubblici poteri disciplinano imprese e soggetti privati. Tutto quello che compone il diritto pubblico dell'economia vi può rientrare. Nella regolazione pubblica dei mercati si possono distinguere interventi giuridicamente differenti.

Da un lato abbiamo interventi diretti a disciplinare diversi settori economici (regolazione settoriale) si pensi alle discipline riguardanti i mercati finanziari, le telecomunicazioni, ecc.

Dall'altro lato abbiamo interventi antitrust che applicano a tutti i settori economici la medesima disciplina comune a tutela della concorrenza (quella che vieta le intese restrittive, gli abusi di posizione dominante).

Numerosi sono i soggetti pubblici che adottano e applicano misure di regolazione pubblica

dei mercati.

Fra i soggetti pubblici nazionali che adottano o applicano misure di regolazione dei mercati, si possono annoverare organi sia politici, sia giurisdizionali e sia amministrativi. Governi e parlamenti conservano un ruolo dominante nel dettare discipline che hanno un impatto distributivo o redistributivo.

Le caratteristiche proprie dell'attività di regolazione dei mercati (giustificazione delle regole, discrezionalità amministrativa attenuata, ecc) si stanno diffondendo anche nell'ambito delle altre attività delle pubbliche amministrazioni ad esempio le analisi di impatto riguardano anche l'urbanistica.

Il potere discrezionale della pubblica amministrazione e la discrezionalità tecnica

Un'altra caratteristica del potere amministrativo è la discrezionalità, le cui premesse teoriche sono state individuate sin dall' antichità: scriveva, infatti, Platone (nel Politico) che una legge non potrà mai ordinare con precisione, e per tutti, la cosa più buona e più giusta, indicando contemporaneamente anche ciò che è assolutamente valido. Ancora più preciso Aristotele quando parlava della convivenza come di una forma particolare di giustizia: la legge è sempre una norma universale, mentre di alcuni casi singoli non è possibile trattare correttamente. [...]

Quando la legge parla in universale, allora è legittimo, laddove il legislatore ha trascurato qualcosa, correggere l'omissione.

Oggi, quest'opera di completamento della legge è affidata, nel nostro ordinamento, all'amministrazione e ai giudici; ovviamente tale operazione conosce determinati confini, fissati dalla Costituzione, la quale, con riferimento alla P.A., stabilisce che il Parlamento non può fare della P.A. un legislatore delegato, perché tale delega è ammessa solo nei riguardi del Governo; la Costituzione, però, presuppone comunque questa operazione, perché se la legge pretendesse di regolare in anticipo tutto verrebbe pregiudicata quell'esigenza di flessibilità e di aderenza alle circostanze concrete (esigenza che risulta incorporata nel principio del buon andamento dell'amministrazione, ex art. 97 Cost.).

Detto ciò, le norme che conferiscono poteri all'amministrazione hanno la seguente struttura: se si verifica A (che può essere un fatto da accertare o un fatto da valutare), allora l'autorità può e deve fare B (che può essere un atto vincolato o discrezionale).

Facciamo qualche esempio: se una cosa immobile ha cospicui caratteri di bellezza naturale, la regione emette la dichiarazione di notevole pubblico interesse (in questo caso, il fatto è da valutare: è richiesto, cioè, un giudizio, non solo di fatto, ma anche di valore); se un pubblico esercizio viene chiuso per più di otto giorni, senza che sia dato avviso all'autorità locale di p.s., la licenza viene revocata (in questo secondo caso, il fatto è da accertare: occorre, cioè, accertare se l'esercizio è stato chiuso per più di otto giorni).

In entrambi gli esempi avanzati la decisione della P.A. sarebbe obbligata: al riconoscimento di bellezza naturale consegue la dichiarazione di notevole pubblico interesse; accertata la chiusura del pubblico esercizio per più di otto giorni, senza che il titolare ne abbia dato comunicazione all'autorità di p.s., la licenza va revocata.

In realtà, però, le cose stanno in modo diverso: nel primo caso, potrebbe, infatti, accadere che l'area dichiarata di notevole interesse pubblico sia più ristretta di quella proposta per il vincolo (sicché, per una parte la proposta non viene accolta); può anche accadere che la proposta venga rigettata del tutto (perché sull'immobile grava un altro vincolo, ad es. a parco, idoneo a garantire comunque la salvaguardia dei caratteri di bellezza naturale).

Neppure nel secondo caso la decisione è obbligata: sarebbe, infatti, illegittima la revoca della licenza di esercizio, motivata con la chiusura dei locali per più di otto giorni, senza darne comunicazione all'autorità di p.s., se il titolare dimostrasse di essere stato nell'

impossibilità di comunicare, perché trattenuto da uno sciopero in un'isola lontana, non collegata da alcun mezzo di comunicazione alla città in cui l'esercizio era ubicato.

a) L'accertamento dei presupposti e la discrezionalità.

Dagli esempi fatti, si intuisce, quindi, che l'accertamento dei presupposti consiste quasi sempre in un fatto da valutare e non in un fatto puramente da accertare, e che la stessa complessità presenta la conseguenza, ossia la decisione da prendere. Per comprendere quanto detto facciamo un altro esempio: le opere eseguite in parziale difformità dalla concessione sono demolite a cura e spese del responsabile dell'abuso e, in difetto, dal comune (a spese del responsabile); se la difformità è totale, e il responsabile non demolisce, il comune adotta la diversa misura dell'acquisizione dell'immobile al patrimonio del comune. Ora, accertare che una difformità è parziale può essere un'operazione complicata, perché occorre anche accertare che la demolizione della parte di costruzione difforme dalla concessione non pregiudichi la parte conforme: se, infatti, c'è tale pregiudizio, in alternativa alla demolizione va applicata una sanzione pecuniaria. Ciò non solo conferma la funzione cruciale dell'accertamento dei presupposti di fatto, ma spiega anche perché il discorso sulla discrezionalità investa entrambi i momenti (della premessa normativa e della conseguenza decisionale).

b) la discrezionalità come potere di scelta

All'accertamento dei presupposti indicati dalla legge segue la decisione dell'amministrazione, cioè, la scelta. Questa, ovviamente, non può esserci nei casi in cui le risultanze dell'istruttoria conducano ad una soluzione obbligata (si pensi, ad es., all'ipotesi dell'autorizzazione, il cui rilascio dipende esclusivamente dall'accertamento dei presupposti e dei requisiti di legge).

Nella maggioranza dei casi, però, l'istruttoria conclusa lascia aperta una scelta ed è questa scelta che qualifica la discrezionalità (discrezionalità amministrativa significa, appunto, facoltà di scelta nell'esercizio di un potere amministrativo). La scelta, secondo la dottrina dominante in Italia, è collegata alla pluralità degli interessi in gioco, pubblici e privati, di cui l'amministrazione è tenuta a tener conto; proprio per tal motivo la discrezionalità viene identificata con una valutazione comparativa di interessi (ad es., il piano regolatore comunale tocca tutti gli interessi che hanno un rapporto con il territorio: interessi dominicali, interessi produttivi, interessi culturali, interessi turistici; pertanto, il consiglio comunale articolerà la sua scelta a seconda che voglia tutelare l'uno più dell'altro interesse). La dottrina, concordando sostanzialmente sull'idea della discrezionalità come scelta, ha individuato l'oggetto di questa scelta nei seguenti elementi: l'an (se adottare o no il provvedimento), il quando (quando adottarlo), il quomodo (con quali modalità, condizioni o clausole accessorie) e il quid (con quale contenuto).

Tale costruzione presenta, però, determinati limiti.

Per quanto riguarda l'an, infatti, occorre sottolineare che non è frequente che l'amministrazione sia libera di scegliere se adottare o non il provvedimento (no lo è quando il procedimento sia ad iniziativa di parte e l'amministrazione abbia l'obbligo di avviarlo: si pensi, ad es., alla richiesta di autorizzazione); l'alternativa è, invece, prospettabile nei procedimenti sanzionatori o in quelli di annullamento d'ufficio (ma si tratta di casi sporadici). Anche la discrezionalità sul quando non riveste molta rilevanza, dal momento che la legge, di norma, impone all'autorità di concludere il procedimento entro un termine prefissato [tra l'altro, occorre considerare che anche i giorni che precedono il termine finale, tra i quali l'amministrazione potrebbe scegliere per provvedere (esercitando, quindi, una discrezionalità sul quando), servono, in realtà, per l'istruttoria, ossia per l'accertamento dei presupposti dell'atto).

Per quanto riguarda, invece, il quid (con quale contenuto adottare il provvedimento), va detto che l' autorità incontra, innanzitutto, il limite della tipicità del provvedimento (ad es., essa non può revocare la licenza di pubblico esercizio per sanzionare il rifiuto del titolare di dare informazioni alla polizia). La discrezionalità consente, però, l' alternativa tra il rifiuto o il rilascio (quando è il privato a chiedere il provvedimento); in realtà, è bene precisare che il margine di scelta è molto più ampio, perché in questi casi l' autorità può rilasciare il provvedimento, ma a determinate condizioni (si pensi, ad es., all' eliminazione di un' elevazione dal progetto di costruzione, per il quale il proprietario abbia chiesto il permesso di costruire).

Giungiamo così, infine, alla discrezionalità nel quomodo (cioè, con quali modalità, condizioni o clausole accessorie adottare il provvedimento): infatti, come già detto in precedenza, il provvedimento è suscettibile di clausole accessorie, purché, ovviamente, non ne venga intaccata la tipicità (si pensi, ad es., ad una concessione edilizia che venga rilasciata a condizione che il proprietario provveda alla manutenzione ordinaria e straordinaria della strada pubblica antistante).

c) la questione della discrezionalità tecnica

Soltanto se si accetta l' idea che la discrezionalità attiene non soltanto al momento della decisione, ma anche a quello della valutazione del fatto, ha un senso la categoria della discrezionalità tecnica: questa ricorre quando il giudizio che è richiesto all' autorità amministrativa deve essere espresso sulla base di conoscenze specialistiche non giuridiche, ma scientifiche, proprie della fisica, della chimica, dell' estetica, dell' archeologia, etc. (si pensi, ad es., all' individuazione dei giacimenti di gas a marginalità economica ovvero all' individuazione degli spartiti musicali di pregio artistico o storico da sottoporre alla disciplina dei beni culturali).

Ciò che unifica le ipotesi su citate non è solo la natura del criterio che informa il giudizio (criterio mutuato da una disciplina scientifica), ma è anche il margine di opinabilità che qualifica il giudizio; ed è proprio in virtù di tale opinabilità che parte della dottrina ritiene che il giudice (ordinario e amministrativo) non possa sindacare l' atto di esercizio della discrezionalità tecnica: si dice, cioè, che il giudice non può sostituire il suo giudizio a quello che l' amministrazione ha espresso sulla base di una scienza o di una tecnica diversa dal diritto. In realtà, i due criteri su menzionati non valgono ad inibire il controllo del giudice: non l' opinabilità, che può, tutt' al più, obbligare il giudice a far salva la valutazione dell' amministrazione che si mantenga nei limiti di quel margine (di opinabilità); non il carattere scientifico del giudizio, dal momento che il giudice, grazie alla consulenza tecnica, è in grado di controllare quel giudizio.

d) il sindacato sulla discrezionalità

Secondo la concezione originaria (risalente alla dottrina francese della prima metà del XIX sec.), atto discrezionale era sinonimo di atto insindacabile da parte del giudice. Oggi, invece, le cose stanno in modo diverso, perché contro gli atti della P.A. è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi (art. 113 Cost.): ciò significa non solo che l' atto discrezionale è sindacabile, ma che esso è comunque suscettibile di ledere un diritto o un interesse legittimo. Ora, poiché la discrezionalità si risolve in una scelta dell' amministrazione, occorre stabilire come possa conciliarsi questa (relativa) libertà di scelta con la tutela di una situazione giuridica soggettiva (diritto o interesse), che il titolare pretende lesa. In realtà, partendo dal presupposto che il provvedimento è quello concretamente adottato, ma avrebbe potuto essere diverso, il giudice (amministrativo) ha focalizzato la sua attenzione non sul contenuto dell' atto, ma sul modo in cui l' autorità è pervenuta alla sua adozione: da qui è stata enucleata una serie di regole e di principi sull' elaborazione dei

provvedimenti discrezionali (che hanno finito per condizionare l'intera attività amministrativa). In questa prospettiva, va detto che l'esigenza di contemperamento tra la libertà di azione dell'amministrazione e la tutela del privato viene soddisfatta, innanzitutto, con il procedimento amministrativo e con la partecipazione del privato al procedimento. L'accertamento dei fatti e dei presupposti (che la legge richiede per l'esercizio del potere amministrativo) è rimesso all'istruttoria, che rappresenta una fase necessaria del procedimento amministrativo e le cui risultanze orientano la decisione dell'autorità. Quest'ultima deve essere preceduta da una valutazione comparativa degli interessi in gioco; e l'esame di questi interessi è formalizzato nell'istituto della conferenza di servizi.

Trova, poi, applicazione un principio di particolare importanza, vale a dire: il principio di ragionevolezza. Ragionevole deve essere non solo la disposizione di legge, ma anche il provvedimento che vi dà attuazione; e la ragionevolezza di questo va valutata in relazione alle circostanze di fatto, ai precedenti e al contesto complessivo: ad es., che un maresciallo dei carabinieri si appropri del cellulare di una persona coinvolta in un incidente stradale e trasportata in ospedale è certamente grave; tuttavia, che per quest'unico episodio il maresciallo venga privato del grado, senza che vi sia a suo carico un solo precedente disciplinare in una carriera che dura da decenni, è certamente irragionevole.

L'interesse legittimo e il diritto soggettivo

In Italia dopo l'unificazione nazionale la l. n. 2248/1865 allegato E stabilì di devolvere alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione di un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la pubblica amministrazione. In tal modo si riconosceva che di fronte al potere amministrativo potessero sussistere diritti soggettivi del privato e che ad essi fosse garantita la tutela giurisdizionale dinanzi ai giudici ordinari. Ma vi potevano essere affari non compresi affidati però all'autorità amministrative. Era riconosciuta quindi una tutela giurisdizionale per i diritti soggettivi nei confronti della pubblica amministrazione e una tutela meramente amministrativa per le situazioni non qualificabili come diritti soggettivi. Nel 1889 il legislatore intervenne per assicurare una tutela più adeguata alle situazioni soggettive non qualificabili come diritti. Fu istituita la quarta sezione del consiglio di stato per la giustizia amministrativa affidando ad essa la competenza a decidere i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante. La quarta sezione del consiglio di stato non era qualificata dalla legge come autorità giurisdizionale, ma aveva un prestigio analogo a quello del giudice civile.

È stato Oreste Ranelletti ad elaborare per prima la teoria dell'interesse legittimo. Il suo pensiero era questo: di fronte ai poteri d'*imperium* della pubblica amministrazione l'amministrato è titolare di un interesse privato che per la sua realizzazione è strettamente condizionato al perseguimento dell'interesse pubblico. Si tratta di un interesse occasionalmente protetto e tutelato solo indirettamente rispetto ai fini pubblici che l'amministrazione è chiamata a realizzare. Ad es. se viene bandito un concorso per l'accesso al pubblico impiego, il partecipante che aspira all'assunzione non ha un diritto soggettivo ad essere incluso fra i vincitori, ma ha un interesse a che la procedura di concorso di svolga nel rispetto della legge.

Se viene escluso illegittimamente il partecipante ha titolo ad impugnare la graduatoria e a chiedere l'annullamento dinanzi alla quarta sezione. Ranelletti ritiene che la forza del pubblico interesse è tale che il diritto si affievolisce, e quindi non è più un diritto soggettivo pieno (espropriazione per pubblica utilità). Nella seconda metà del Novecento l'interesse legittimo non viene visto solo come situazione soggettiva meramente processuale, ma come

situazione sostanziale che riceve tutela ancor prima dell'adozione del provvedimento. L'interesse legittimo non è munito del potere decisionale di fondo che caratterizza il diritto soggettivo.

Tale potere di fondo spetta alla pubblica amministrazione che deve valutare tutte le possibili ragioni del diritto privato. Il diritto soggettivo ha di fronte a sé una situazione passiva dell'amministrazione, di dovere o di obbligo; o un provvedimento che non produce alcun effetto o un mero potere amministrativo vincolato che si limita all'accertamento della sussistenza di determinati requisiti (riconoscimento del diritto di accesso ai documenti amministrativi). Di fronte al potere discrezionale della pubblica amministrazione non può esservi diritto soggettivo (sent. N. 140/2007). La distinzione tra interesse legittimo e diritto soggettivo era nata per via dell'individuazione del giudice competente. L'introduzione della giurisdizione amministrativa esclusiva ha ridotto l'importanza della distinzione tra interessi e diritti. Affinchè sussista la giurisdizione amministrativa esclusiva non basta più il solo criterio della materia attribuita dalla legge a tale giurisdizione, occorre che l'amministrazione pubblica agisca in veste di autorità. L'altro effetto concreto rilevante della distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi era il risarcimento del danno ingiusto causato dalla pubblica amministrazione. Per giustificare la tutela risarcitoria di un interesse legittimo oppositivo era necessario che preesistesse un diritto soggettivo. Il risarcimento era sempre legato alla lesione di un diritto. Il pieno riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi si è avuto quando la tutela risarcitoria è stata ammessa anche in assenza di un diritto soggettivo preesistente. Ciò si verifica quando vengono lesi gli interessi legittimi pretensivi (es. di un privato che chiede un'autorizzazione e subisce un provvedimento di diniego; la Cass. n. 500/1999 ha ritenuto la risarcibilità se il provvedimento negativo dell'amministrazione sia illecito). Nell'impostazione seguita dalla Cassazione la risarcibilità presuppone la lesione dell'interesse legittimo e dell'interesse al bene della vita, cioè l'utilità finale cui l'interesse legittimo è collegato.

Capitolo VII

Il procedimento amministrativo

Definizione e principi generali del procedimento

Il procedimento amministrativo può definirsi come sequenza di atti che sfociano in un provvedimento amministrativo o in una misura consensuale ascrivibile alla categoria degli accordi amministrativi. La l. 241/90 detta le regole generali sui procedimenti che si concludono con un provvedimento amministrativo unilaterale o con un accordo sostitutivo di provvedimento. Il procedimento amministrativo deve seguire un particolare ordine nella successione degli atti e delle operazioni che lo compongono. In esso si possono individuare 3 fasi prefissate in linea di massima dalla legge e cioè:

- 1) la cd. fase preparatoria in cui vengono emanati gli atti che svolgono una funzione preparatoria rispetto all'emanazione del provvedimento finale;
- 2) la cd. fase decisoria in cui viene emanato l'atto o gli atti aventi efficacia costitutiva dell'effetto finale;
- 3) la cd. fase integrativa dell'efficacia, che però è solo eventuale essendovi casi in cui essa manca ed il provvedimento diviene efficace dopo la fase decisoria.

Il procedimento si avvia con l'iniziativa e si conclude con l'emanazione del provvedimento finale o con l'integrazione della sua efficacia. Tra i due estremi del procedimento, e cioè l'iniziativa da un lato e l'emanazione del provvedimento finale o l'integrazione della sua efficacia dall'altro, vi sono i cd. atti endoprocedimentali, i quali, oltre a far progredire il

procedimento, contribuiscono anche a condizionarne la scelta discrezionale finale o la produzione dell'effetto. Si pensi ad es. ai pareri, alle osservazioni, alle memorie e alle valutazioni tecniche. La conoscenza delle fasi del procedimento è importante dato che l'eventuale illegittimità di uno dei suoi atti determina l'illegittimità del provvedimento finale. L'art. 1 della legge 241/90 afferma che l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità. L'azione è economica quando il raggiungimento degli obiettivi avviene con il minor impiego possibile di mezzi personali, finanziari e procedurali. L'economicità dell'azione amministrativa si traduce in pratica nella necessità di evitare che la P.A. aggravi il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria, per cui sarebbero di conseguenza illegittimi gli atti superflui come ad es. le duplicazioni ingiustificate di pareri. L'efficacia è il rapporto tra gli obiettivi prefissati e quelli conseguiti ed esprime la necessità che la P.A., oltre al rispetto formale della legge, persegua nel miglior modo possibile le finalità ad essa affidate. La pubblicità è una conseguenza diretta della natura pubblica dell'amministrazione ed implica sia la necessaria preordinazione dell'attività al soddisfacimento d'interessi pubblici, sia la necessaria trasparenza della stessa e della sua azione agli occhi del pubblico. Applicazioni concrete del principio di pubblicità sono ad es. il diritto di accesso ai documenti, la partecipazione al procedimento, l'obbligo della motivazione del provvedimento etc. è chiaro che l'elenco dei principi non si esaurisce in quello contenuto nella legge n. 241.

Trovano applicazione all'attività amministrativa anche i principi elaborati grazie all'opera della giurisprudenza, dalla ragionevolezza alla buona fede, alla correttezza.

Il termine di conclusione del procedimento e il silenzio

Ai sensi dell'art 2 della legge 241, la P.A. ha il dovere di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso nel termine fissato dalla legge o dai regolamenti o in mancanza in quello di 30 giorni decorrente dall'inizio d'ufficio del procedimento o dal ricevimento della domanda se si tratta di procedimento ad iniziativa di parte. Una volta che sia decorso tale termine senza che la P.A. abbia emanato il provvedimento, il cittadino dispone di una serie di rimedi giuridici, dato che il ritardo può causare anzitutto una responsabilità dell'amministrazione per la lesione d'interessi meritevoli di tutela. In caso di inerzia, il cittadino può inoltre utilizzare lo specifico strumento del ricorso avverso il cd. silenzio inadempimento, che è rivolto ad ottenere un provvedimento espresso anche tramite la nomina giudiziale di un commissario ad acta ed in alcuni casi l'ordinamento prevede ad attribuire poteri sostitutivi in capo ad amministrazioni diverse da quelle competenti che siano restate inerti. Il ritardo nell'emanazione dell'atto amministrativo può altresì integrare un'ipotesi di illecito disciplinare a carico del dipendente che risponde anche civilmente dei danni cagionati al privato. A tal fine l'interessato, decorsi 60 giorni dalla presentazione dell'istanza, deve notificare all'amministrazione e all'impiegato una diffida a di ufficiale giudiziario e solo dopo che siano decorsi inutilmente 30 giorni dalla diffida è possibile proporre l'azione di risarcimento. La stessa procedura è prevista dalla legge anche in caso di omissione o ritardo di atti endoprocedimentali da compiersi d'ufficio. Per concludere occorre precisare che, a parte la responsabilità civile e disciplinare, i Pubblici Uffici (P.U.) e gli incaricati di pubblico servizio sono responsabili anche penalmente ai sensi dell'art. 328 c.p., che vi sono casi previsti dalla stessa legge 241 in cui il termine max supera i 30 giorni ed infine che nel nostro ordinamento vige il principio *tempus regit actum*, per cui i vari atti ed anche i provvedimenti finali devono essere disciplinati dalla normativa vigente al momento della loro emanazione.

Le autorità indipendenti di vigilanza e di garanzia (Banca d'Italia, Consob, ecc) sono sottratte

alle regole sui termini dettati dalla legge 241; questa prevede che tali autorità disciplinino i termini in conformità ai propri ordinamenti, fatto salvo da specifiche disposizioni normative. Se il procedimento è iniziato d'ufficio e deve concludersi con un provvedimento restrittivo della sfera giuridica del privato, la legge in diversi casi stabilisce che nell'ipotesi di mancato rispetto del termine di conclusione del procedimento, l'amministrazione non possa provvedere e debba riattivare la procedura (es decorso infruttuoso del tempo per un'espropriazione comporta l'inefficacia della dichiarazione di pubblica utilità). Se invece il procedimento è a istanza di parte ed è finalizzato all'adozione di un provvedimento favorevole al privato che l'ha richiesto vi sono diverse ipotesi da considerare. In alcuni casi vale il silenzio assenso: l'inerzia dell'amministrazione che perdura dopo la scadenza del termine di conclusione del procedimento equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, salve le ipotesi in cui l'amministrazione indica una conferenza di servizi. Per i casi di silenzio inadempimento è previsto il ricorso al giudice amministrativo avverso l'inerzia dell'amministrazione che può essere proposto anche senza necessità di diffida fino a che perdura l'inadempimento e non oltre un anno dalla scadenza del termine. Il giudice può ordinare che l'amministrazione rimasta inerte provveda entro un termine, lasciando ad essa la scelta sui contenuti del provvedimento. La mancata emanazione del provvedimento nei termini costituisce elemento di valutazione della responsabilità del dirigente amministrativo. È prevista inoltre un'azione di risarcimento per il danno ingiusto nei casi di inosservanza dolosa o colposa del termine: la competenza è del giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva.

L'inosservanza del termine secondo la giurisprudenza amministrativa configura un mancato esercizio del potere amministrativo e comporta lesione di un interesse legittimo.

Obbligo di motivazione del provvedimento: rinvio

Anche l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo rientra fra i principi del procedimento. La legge generale sul procedimento prevede dei limiti all'obbligo di motivazione: essa non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. Quindi atti come le ordinanze di necessità e urgenza non vanno motivati. Vi sono comunque delle eccezioni (ad es. per i provvedimenti adottati dalle amministrazioni indipendenti con compiti di vigilanza su banche e assicurazioni). La legge infine prevede che le pubbliche amministrazioni incentivino l'uso della telematica sia nei rapporti interni che in quelli con i privati.

Gli altri istituti del procedimento amministrativo: metodo d'analisi

La partecipazione e la semplificazione sono i due momenti essenziali della disciplina del procedimento. Esse tagliano trasversalmente le fasi del procedimento. Prima di analizzarle però dobbiamo fare alcune osservazioni sul responsabile del procedimento.

Il responsabile del procedimento

L'art. 5 della legge 241/90 disciplina la figura del responsabile del procedimento il quale svolge importanti compiti sia nella fase di avvio dell'azione amministrativa sia nel procedimento nel suo complesso. Le P.A. devono infatti 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. Dopo aver determinato con regolamento le singole unità organizzative competenti, viene individuato, all'interno di ciascuna di essa, il responsabile del procedimento, cioè la persona fisica che agirà in concreto.

Il dirigente di ciascuna unità organizzativa provvede ad assegnare a sé o ad altri addetti all'unità la responsabilità dell'istruttoria, di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento ed eventualmente anche dell'adozione del provvedimento finale; fino a

quando non vi sia stata tale assegnazione è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa determinata (art. 4 l. 241/90). Le funzioni del responsabile del procedimento sono indicate dall'art 6 dal quale emerge che egli svolge il ruolo di guida del procedimento, di coordinatore dell'istruttoria e di organo d'impulso. In pratica il responsabile del procedimento funge da punto di riferimento per i privati, per l'amministrazione procedente e per gli organi delle altre amministrazioni, facendo così venir meno il tradizionale limite dell'impersonalità degli pubblici uffici. Si tratta, in particolare, del soggetto pubblico che instaura il dialogo con gli interessati al procedimento, tramite la comunicazione dell'avvio del procedimento, e che lo prosegue anche nella fase della partecipazione e dopo l'emanazione del provvedimento finale, tramite le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalla legge.

Occorre rilevare che poiché l'art. 6 prevede espressamente che il responsabile del procedimento adotti il provvedimento finale solo ove ne abbia la competenza, si verificherà la coincidenza tra costui e l'organo competente ad emanare il provvedimento finale solo ove non vi sia stata l'individuazione dell'unità organizzativa da parte dell'amministrazione.

Per quanto riguarda infine i rapporti tra il responsabile del procedimento e i soggetti competenti ad emanare gli atti endoprocedimentali, va detto che, poiché questi svolge le funzioni di impulso, di stimolo e d'informazione, non vi è l'automatica attrazione della responsabilità civile, penale e disciplinare in capo alla sua persona.

Le garanzie di partecipazione al procedimento: la voce

La garanzia riconosciuta all'amministrato di partecipare al procedimento potendo far valere la propria voce prima che la decisione sia presa, costituisce il fine che si vuole raggiungere con il procedimento amministrativo.

La comunicazione di avvio del procedimento.

Nel nostro ordinamento la garanzia della voce prende corpo immediatamente nell'ambito del procedimento. La comunicazione di avvio è la premessa necessaria per l'esercizio delle garanzie di partecipazione.

La legge specifica che la comunicazione deve essere personale; qualora ciò non è possibile o è troppo gravoso, si può ricorrere a forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione (es pubblicazione su giornali di ampia diffusione).

Gli elementi che devono essere contenuti nella comunicazione sono: l'oggetto del procedimento, l'ufficio e la persona responsabile del medesimo, il termine di conclusione, l'ufficio presso il quale si può prendere visione dei documenti (art. 8).

Tutti i soggetti portatori di interessi pubblici, privati, collettivi, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento possono intervenire (art.9).

La facoltà di presentare memorie e l'obbligo dell'amministrazione di valutarle

I destinatari della comunicazione di avvio e gli altri interventori possono prendere visione dei documenti e possono far valere le proprie ragioni presentando memorie scritte e documenti (art.10). La "voce" si fa sentire per iscritto anche se vi sono procedimenti speciali nei quali sono previste audizioni orali. Nei confronti delle prove scritte presentate dagli interessati la pubblica amministrazione ha l'obbligo di valutarle ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento. La mancata osservanza dell'obbligo di adeguata considerazione può rendere il provvedimento finale viziato da eccesso di potere per incompleta istruttoria. Lascia di stucco la norma che prevede la non annullabilità del provvedimento per mancata comunicazione di avvio del procedimento, purchè l'amministrazione dimostri nel successivo giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto esser diverso da quello adottato (art. 21 octies). È necessario comunque che vi sia stata un'istruttoria completa che abbia valutato tutti gli interessi rilevanti ai fini del decidere. Un'integrazione delle garanzie di

partecipazione procedimentale si ha nell'ipotesi di comunicazione anticipata dei motivi del diniego nei procedimenti a istanza di parte (es procedimenti autorizzatori). L'autorità competente prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostacolano l'accoglimento della domanda. Entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione, gli istanti possono presentare osservazioni. I termini del procedimento si interrompono fino alla presentazione delle osservazioni o alla scadenza dei 10 giorni. Se l'amministrazione non accoglie le osservazioni, deve dare adeguata motivazione nel provvedimento finale.

I limiti delle garanzie di partecipazione e gli atti amministrativi generali

Le essenziali garanzie di partecipazione al procedimento amministrativo non si applicano nei confronti delle attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione, per i quali valgono le regole che ne regolano la loro formazione (art. 13) es. ordinanze di necessità e di urgenza. Per questi procedimenti valgono le disposizioni speciali che li disciplinano. Il rinvio a norme speciali può condurre a esiti molto diversi, per via della carenza di garanzie partecipatorie (es trasporti).

Le garanzie di partecipazione al procedimento: la visione

La garanzia della voce risale nei procedimenti amministrativi in Inghilterra al XVII sec; la garanzia della visione è stata riconosciuta in molti ordinamenti giuridici alla fine del 1970. Il nostro ordinamento con la l. 241/90 ha introdotto insieme la garanzia della voce e quella della visione.

Il diritto di accesso ai documenti amministrativi nella legge sul procedimento

Poiché la partecipazione offre ai soggetti legittimati la possibilità di prendere visione dei relativi atti e di presentare memorie scritte e documenti, viene in rilievo l'istituto del diritto di accesso ai documenti amministrativi, il quale, essendo collegato con il principio di trasparenza, ha una sua autonomia rispetto al procedimento e può essere esercitato anche dopo la conclusione dello stesso.

La legittimazione all'esercizio del diritto di accesso spetta, in primo luogo, a tutti quelli che hanno titolo per partecipare al procedimento e quindi non solo ai titolari di diritti soggettivi o interessi legittimi, ma anche ai titolari di meri interessi procedimentale ed in secondo luogo, ai sensi dell'art. 22 legge 241, anche ai titolari di interessi per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, come ad es. i titolari di interessi diffusi e collettivi.

Il diritto di accesso si esercita nei confronti delle pubbliche amministrazioni, delle aziende autonome e speciali, degli enti pubblici e dei gestori di pubblici servizi, e riguarda tutti i documenti amministrativi e cioè, ai sensi dell'art. 22, non solo quelli che sono scritti su supporto cartaceo, ma anche quelli rappresentati graficamente, fotocinematograficamente, elettromagneticamente o in altro modo, che siano stati formati dalle P.A. o comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa.

L'accoglimento della richiesta di accesso a un documento comporta anche la facoltà di accedere agli altri documenti richiamati nello stesso e appartenenti al medesimo procedimento, fatte salve le eccezioni previste dalla legge o dai regolamenti. Anche se di regola la richiesta di accesso ai documenti deve essere motivata, deve indicarne gli estremi o gli elementi che ne consentano l'individuazione e deve far constatare l'identità del richiedente, non è esclusa tuttavia anche la possibilità di una richiesta informale verbale fatta all'ufficio dell'amministrazione centrale o periferica competente.

La legge 241/90 e il d.p.r. n. 184/2006 disciplinano il procedimento formale ed informale. Il procedimento per l'accesso può essere informale se non vi sono dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sussistenza dell'interesse diretto, sull'accessibilità del documento: la richiesta è esaminata immediatamente e senza formalità; è accolta mediante esibizione del

documento, estrazione di copie o altra modalità. La richiesta formale invece va fatta con atto scritto, va accolta con un atto particolare previsto dalla legge e può essere prescelta dal richiedente, ovvero imposta dall'amministrazione in alcuni casi tassativamente indicati. Occorre precisare che l'eventuale richiesta formale presentata ad amministrazione diversa da quella competente comporta il dovere di quest'ultima di trasmetterla a quella competente e che, mentre l'eventuale assenza di motivazione comporta il rifiuto dell'accesso, la semplice irregolarità o incompletezza della domanda comporta invece all'obbligo della P.A. di darne comunicazione al richiedente entro 10 giorni, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o con altro mezzo idoneo.

In seguito al ricevimento della richiesta di accesso l'amministrazione può:

- 1) invitare il richiedente a presentare istanza formale al posto di quella informale;
- 2) rifiutare o limitare l'accesso con adeguata motivazione;
- 3) differire l'accesso ai documenti, se la loro conoscenza impedisca o ostacoli gravemente lo svolgimento dell'azione amministrativa;
- 4) non pronunciarsi sulla richiesta ed in tal caso, decorsi 30 giorni la stessa s'intende respinta;
- 5) accogliere l'istanza

In caso di accoglimento dell'istanza, il richiedente o persona da lui incaricata esercitano il diritto di accesso presso l'ufficio indicato nell'atto di accoglimento tramite l'esame gratuito del documento ed estrazione della relativa copia previo rimborso dei costi e dei diritti di segreteria, ma non è esclusa anche una possibile trasmissione via telefax domicilio degli stessi.

Occorre precisare che l'art 24 della legge 241 sottrae al diritto di accesso alcune categorie di documenti come ad es. i documenti coperti da segreto di Stato, quelli relativi agli atti preparatori dei provvedimenti, quelli connessi alla tutela di alcuni interessi particolari espressamente indicati e quelli connessi alla tutela della riservatezza dei terzi. (cd. Privacy). In particolare, quando vi siano esigenze di riservatezza, la legge 241 impone all'amministrazione procedente una ponderazione tra interessi contrapposti (trasparenza e riservatezza) precisando che va comunque garantita agli interessati la visione degli atti procedurali necessari per curare o difendere i loro interessi. Benché la legge 675 del 96 sulla tutela della privacy disciplini poi compiutamente i rapporti tra le due normative non vi è comunque molta chiarezza per ciò che concerne i cd. dati sensibili, cioè quelli idonei a rivelare l'origine etnica e razziale, le convinzioni religiose e filosofiche, le opinioni politiche, dato che di regola si richiede, per la loro diffusione e comunicazione, il consenso scritto dell'interessato, l'autorizzazione del garante e, se si tratta di enti pubblici, anche una specifica autorizzazione prevista dalla legge.

Per concludere, va ricordato che l'art 25 della legge 241 prevede una particolare tutela giurisdizionale del G.A. contro le determinazioni concernenti il diritto di accesso. Nei casi di rifiuto-differimento si può richiedere di riesaminare la determinazione negata, entro 30 giorni, al difensore civico (se si agisce contro enti locali o regionali) o ad una speciale Commissione di vigilanza per l'accesso ai documenti (c.d. Cada, se si agisce contro amministrazioni statali). Se la pronuncia del difensore civico o della commissione ritiene illegittimo il non accoglimento della richiesta di accesso, ne vengono informati l'istante e l'autorità che ha adottato la decisione negativa. La via della tutela amministrativa sospende i termini per il ricorso giurisdizionale. Quest'ultimo segue un procedimento speciale abbreviato: il Tar decide in camera di consiglio entro 30 giorni; il giudice amministrativo qualora sussistano i presupposti ingiunge all'amministrazione competente di esibire i documenti richiesti.

La semplificazione del procedimento

La legge 241/90 ha avviato una intensa politica di semplificazione amministrativa con lo scopo di riduzione della spesa e miglioramento dei servizi resi al cittadino. La conferenza di servizi e gli accordi tra amministrazioni sono istituti di semplificazione amministrativa, al pari della disciplina dei pareri e delle valutazioni tecniche, dell'autocertificazione, della denuncia di inizio di attività e del silenzio-assenso. A partire dal 1997, quello di semplificazione è divenuto un processo permanente, alimentato annualmente da una legge di semplificazione approvata su iniziativa del governo. Quest'ultima introduce varie misure di semplificazione, tra le quali la riduzione del numero delle fasi procedurali, la riduzione dei termini dei procedimenti, la riduzione del numero dei procedimenti e il loro accorpamento.

I pareri

I pareri sono atti strumentali del procedimento che intervengono nella fase dell'istruttoria. Sono dichiarazioni di giudizio delle quali l'amministrazione si avvale per raggiungere una decisione che tenga in adeguata considerazione gli interessi (es l'autorità garante della concorrenza e del mercato nell'ipotesi di posizione dominante nelle settore delle telecomunicazioni deve acquisire il parere dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni). Il parere può essere obbligatorio o facoltativo. Esso non vincola l'autorità decidente, ma l'autorità deve motivare nel caso in cui la misura che adotta si discosti dal parere ricevuto. Vi sono pareri comunque vincolanti (es. parere conforme reso dal consiglio di facoltà che vincola la delibera del rettore per l'attribuzione di qualifiche di livello superiore al personale docente che opera presso cliniche, ecc). I pareri obbligatori vanno resi entro 20 giorni dal ricevimento della richiesta. Se si è richiesto un parere facoltativo l'organo consultivo deve comunicare immediatamente il termine entro il quale il sarà reso, termine che non può superare i 20 giorni dal ricevimento della richiesta. Se il parere non è reso nei tempi previsti, l'autorità richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere. L'organo consultivo può chiedere precisazioni o informazioni ulteriori. Tali forme di semplificazione non si applicano se i pareri debbono essere resi da amministrazioni pubbliche preposte alla tutela ambientale e della salute dei cittadini.

Valutazioni tecniche

Le valutazioni tecniche si concretano in accertamenti tecnici complessi di fatti o situazioni materiali svolti da organismi dotati di elevata competenza specialistica. Il parere interviene su uno schema di decisione, la valutazione tecnica ha a che fare con un presupposto del decidere.

Per questo hanno maggiore influenza nei confronti del provvedimento finale. Le disposizioni legislative che prevedono la valutazione tecnica possono stabilire un termine entro il quale l'accertamento deve essere effettuato, in mancanza vale il termine di 90 giorni dal ricevimento della richiesta di valutazione tecnica. Se l'organismo apposito non provvede alla valutazione entro i termini, il responsabile del procedimento deve chiedere le suddette valutazioni tecniche ad altri organi dell'amministrazione pubblica o ad enti pubblici di capacità tecnica equipollente.

Vanno distinte dalle valutazioni tecniche effettuate in sede istruttoria da organismi diversi dall'amministrazione decidente le valutazioni tecniche poste in essere dalla stessa amministrazione che adotta il provvedimento finale. Questa ipotesi ricorre quando si tratta di amministrazioni dotate di particolare expertise tecnica (es. in un procedimento antitrust per abuso di posizione dominante l'autorità garante della concorrenza e del mercato deve accertare effettivamente se vi sia la posizione di dominanza).

Autocertificazioni

Con le certificazioni un pubblico ufficiale attesta un determinato fatto, un atto, uno stato, una qualifica personale. Il certificato è il documento che contiene la certificazione e ha funzione

di ricognizione, riproduzione, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri. Esso ha l'efficacia dell'atto pubblico; fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento fornito dal pubblico ufficiale. In diversi procedimenti amministrativi l'amministrazione procedente richiede al privato l'esibizione di certificati (conseguimento laurea e altri titoli). La l. 241/90 nell'intento di semplificare consente all'interessato di poter provare determinati atti, fatti e qualità personali senza esibire i relativi certificati. Vi sono 2 tipi di certificazioni sostitutive:

- la dichiarazione sostitutiva di certificazione che è un atto privato sottoscritto dall'interessato prodotto in sostituzione del certificato;
- la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà che è un certificato sottoscritto dall'interessato (in presenza di un dipendente pubblico) concernente stati, qualità personali e fatti che siano di sua diretta conoscenza non compresi in pubblici registri, albi e non suscettibili di essere comprovati con dichiarazione sostitutiva di certificazione.

Le dichiarazioni sostitutive non hanno piena funzione certificatoria, ma attenuano l'onere di documentazione del privato. Resta comunque ferma la facoltà di verificare la veridicità e l'autenticità delle attestazioni prodotte. Il legislatore ha stabilito che sono accertati d'ufficio i fatti, gli stati e le qualità che l'amministrazione procedente o altra amministrazione pubblica sono tenute a certificare.

La conferenza di servizi

L'intervento di un'amministrazione nel corso di un procedimento è previsto di regola al fine di subordinare la scelta finale alla compatibilità dell'interesse di cui essa è portatrice e che non può dunque essere sacrificato. La legge, pur ritenendo necessario il consenso di più amministrazioni, ai fini della definizione del procedimento consente che gli atti determinativi o condizionanti il contenuto della decisione finale possano essere sostituiti dalla determinazione assunta in seno alla conferenza di servizi, disciplinata dall'art. 14 della legge 241/90 (cd. conferenza decisoria) e circoscritta ai casi in cui sia necessario acquisire intese, concerti, nullaosta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche che, sebbene formalmente richiesti, non siano stati ottenuti entro quindici giorni dall'inizio del procedimento. Il provvedimento finale conforme alla determinazione conclusiva favorevole della conferenza sostituisce a tutti gli effetti ogni autorizzazione, concessione, nulla osta o atto di assenso comunque denominato, di competenza delle amministrazioni partecipanti o invitate a partecipare. La conferenza di servizi, che viene indetta dal responsabile del procedimento e tende ad un accordo tra amministrazioni, non dà luogo ad un organo collegiale, sia perché ha una struttura variabile, sia perché i rappresentanti delle amministrazioni vi partecipano nell'esercizio delle funzioni amministrative dell'ente di competenza, sia infine perché gli effetti sono imputati alle singole amministrazioni e non già alla conferenza. Va, comunque, precisato che l'art. 14-quater della legge 241 consente che la determinazione conclusiva del procedimento possa essere comunque assunta dall'amministrazione procedente sulla base della maggioranza delle posizioni espresse in sede di conferenza di servizi e che vi sono dei casi in cui la determinazione finale può essere assunta dalla sola amministrazione procedente se i lavori della conferenza non siano conclusi nel termine stabilito.

La conferenza decisoria di cui abbiamo parlato viene definita interna essendovi anche un modello di conferenza di servizi decisoria esterna, convocabile dall'amministrazione competente per l'adozione del provvedimento finale anche su richiesta dell'interessato, quando l'attività del privato sia subordinata ad atti di consenso denominati di competenza di più amministrazioni pubbliche. Con tale conferenza quindi è possibile acquisire atti esterni rispetto al singolo procedimento.

L'art. 14 ter disciplina il procedimento della conferenza di servizi, prevedendo regole che mirano a garantire la celere e positiva conclusione del sub-procedimento caratterizzato anche dalla presenza di una vera e propria fase istruttoria. In particolare esso stabilisce:

- 1) che la conferenza assuma le determinazioni relative all'organizzazione dei propri lavori a maggioranza dei presenti;
- 2) che la convocazione alla prima riunione pervenga anche per via telematica o informatica almeno dieci giorni prima della relativa data, per consentire alle amministrazioni impossibilitate di chiederne il differimento;
- 3) che le amministrazioni stabiliscano il termine per l'adozione della decisione conclusiva che non può superare i 90 giorni;
- 4) che ogni amministrazione partecipi, con un unico rappresentante legittimato dall'organo competente, ad esprimere in modo vincolante la volontà su tutte le decisioni di competenza della stessa;
- 5) che, in sede di conferenza, è possibile chiedere una sola volta chiarimenti o ulteriore documentazione ai proponenti dell'istanza o ai progettisti i quali dovranno poi essere forniti entro 30 trenta giorni.

La legge prevede meccanismi volti a garantire la conclusione del procedimento ed a superare l'inerzia o l'assenza dei soggetti pubblici coinvolti. In particolare:

- a) si considera acquisito l'assenso dell'amministrazione il cui rappresentante non abbia espresso definitivamente la volontà dell'amministrazione rappresentata e non abbia notificato all'amministrazione procedente il proprio motivato dissenso entro 30 giorni dalla ricezione della determinazione conclusiva del procedimento, ovvero impugnato la stessa in egual termine (cd. assenza-assenso);
- b) in caso di inerzia, o meglio di mancato rispetto dei termine stabilito per la conclusione dei lavori, l'amministrazione assume la determinazione di conclusione del procedimento sulla base della maggioranza delle posizioni espresse in sede di conferenza;
- c) in caso di dissenso, l'amministrazione assume la determinazione di conclusione del procedimento sulla base della maggioranza delle posizioni espresse in sede di conferenza. La determinazione è immediatamente esecutiva.

Occorre precisare che il dissenso deve essere manifestato nella conferenza, deve essere congruamente motivato, deve recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso e non può riferirsi a questioni connesse che non costituiscono oggetto della conferenza. Per concludere va precisato che è prevista una disciplina particolare per i casi di dissenso manifestato da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e che vi sono altresì dei casi in cui la conferenza di servizi è obbligatoria (ad es. in ipotesi di mancato ottenimento degli atti di assenso formalmente richiesti).

Accordi fra pubbliche amministrazioni

Gli accordi fra pubbliche amministrazioni e privati intervengono nel procedimento ad integrazione o in sostituzione del procedimento finale, come strumento di rafforzamento delle garanzie di partecipazione degli interessati. Gli accordi fra pubbliche amministrazioni rientrano fra gli strumenti di semplificazione del procedimento. A tali accordi si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili. Le amministrazioni pubbliche possono concludere fra sé accordi di diverse tipologie (vi rientrano anche gli accordi di programma).

Segnalazione certificata di inizio attività

L'art. 49, comma 3 bis, del D.L. n. 78 del 31 maggio 2010, ha innovato l'art. 19 della Legge sul procedimento amministrativo sostituendo la dichiarazione di inizio attività con la

segnalazione certificata di inizio attività - SCIA. Il principale elemento differenziale attiene al meccanismo attraverso cui si legittima il privato ad intraprendere l'attività che forma oggetto della segnalazione. In precedenza, si prevedeva, infatti, che il privato dovesse dichiarare l'inizio dell'attività, attendere il decorso di trenta giorni, comunicare l'inizio dell'attività decorsi i trenta giorni e che, la PA, per trenta giorni decorrenti dalla seconda comunicazione, potesse adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività intrapresa e di rimozione dei suoi effetti in caso di accertata carenza dei presupposti. La SCIA consente invece l'immediato inizio dell'attività denunciata, con un più significativo onere di documentazione a carico del privato che dovrà corredare la segnalazione con le dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà per quanto riguarda tutti gli stati, le qualità personali, con le attestazioni e asseverazioni di tecnici abilitati corredate dagli elaborati tecnici, o con le dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese di cui all'articolo 38, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112. Nei sessanta giorni dalla SCIA la PA potrà intervenire vietando la prosecuzione dell'attività e rimuovendone gli effetti salva la possibilità di accordare al privato un termine non inferiore a trenta giorni per conformare l'attività ai requisiti imposti dalla legge. Tale facoltà dell'amministrazione è, peraltro, esercitabile sine die in caso di dichiarazioni mendaci. Si mantiene, anche per la SCIA la possibilità per l'amministrazione di intervenire in autotutela ex art. 21 quinquies e nonies della L. n. 241 del 1990, decorso il termine di sessanta giorni. Dovrebbe essere conservata la giurisdizione esclusiva posto che, da una parte, l'art. 49 citato impone il riferimento alla SCIA in vece della DIA ovunque sia previsto dell'ordinamento previgente il ricorso al meccanismo della DIA e, dall'altro, l'art. 133 del codice del processo amministrativo fa riferimento alla DIA come materia di competenza esclusiva del GA. Sotto il profilo della tutela del terzo, la SCIA sembrerebbe, ancor più marcatamente che la DIA, costituire atto privato a valenza non provvedimentale, sicché il terzo sarà chiamato a sollecitare l'intervento in autotutela della PA e ad agire davanti al GA in reazione all'eventuale silenzio inadempimento serbato dalla PA o al provvedimento di diniego.

Silenzio assenso

Il silenzio è l'inerzia dell'amministrazione. Il nostro ordinamento conosce varie forme di silenzio:

- 1) Il silenzio-inadempimento (silenzio-rifiuto) è un mero fatto che si realizza quando l'amministrazione avente il dovere giuridico di emanare l'atto amministrativo ometta di provvedervi senza che vi sia una particolare attribuzione legislativa di significato a tale inerzia. Il silenzio può ritenersi formato alla scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento, dalla cui data può proporsi il ricorso giurisdizionale, volto ad ottenere una pronuncia con cui il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine di regola non superiore a 30 giorni. Occorre precisare che, poiché non vi è stato esercizio del potere, l'amministrazione può provvedere anche successivamente alla formazione del silenzio.
- 2) Il silenzio-rigetto si forma quando l'amministrazione alla quale sia stato indirizzato un ricorso amministrativo rimanga inerte. In tal caso il ricorso si ritiene respinto trascorsi novanta giorni dalla presentazione del ricorso gerarchico
- 3) Il silenzio-significativo si forma quando, a seguito di istanza del privato titolare di un interesse pretensivo, l'ordinamento collega al decorso del termine la produzione di un effetto equivalente all'emanazione di un provvedimento favorevole (silenzio-assenso) o di diniego (silenzio diniego). Come è facile notare, a differenza dei primi due casi, qui l'ordinamento collega all'inerzia un determinato valore provvedimentale.

Mentre i casi di silenzio-diniego sono pochi (si pensi ad es. al diniego conseguente all'inutile

decorso del termine di 60 giorni dalla richiesta della concessione o dell'autorizzazione in sanatoria), i casi di silenzio-assenso sono abbastanza numerosi.

Il silenzio-assenso è disciplinato in via generale dall'art. 20 della legge 241/90, il quale dispone che esso può formarsi solo nei casi tassativamente indicati dalla normativa introdotta successivamente tramite regolamento.

La norma dispone che nei provvedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione decidente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda se la stessa amministrazione non comunica all'istante, nei termini di conclusione del procedimento, il provvedimento negativo o non indice entro 30 giorni dalla presentazione dell'istanza, una conferenza di servizi. Nei casi di silenzio assenso la legge prevede che l'amministrazione possa assumere decisioni in via di autotutela, adottando provvedimenti di revoca o di annullamento d'ufficio.

Ambito di applicazione della legge n. 241/1990

Tale legge si applica integralmente alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali. Alcune sue norme valgono per tutte le amministrazioni pubbliche: es norme sul riconoscimento del danno per inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento. La legge si applica anche alle società a capitale pubblico totale o prevalente, limitatamente all'esercizio delle funzioni amministrative. Regioni ed enti locali, in via generale sono tenuti al rispetto dei principi ricavabili dalla l. 241. Ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative, che svolgono funzioni pubbliche o servizi pubblici, si applicano i principi generali indicati dall'art. 1: legalità, economicità, efficacia, pubblicità, trasparenza e i principi dell'ordinamento comunitario. Diversi procedimenti amministrativi sono soggetti a normative speciali (es espropriazione o procedure per l'aggiudicazione dei contratti di appalto pubblico di lavori e forniture).

Capitolo VIII

Provvedimenti amministrativi

Per una buona parte dell'Ottocento l'atto d'imperio della pubblica amministrazione ha assunto un ruolo primario, mentre i contratti, le convenzioni hanno avuto un ruolo residuale. L'imperatività va intesa come forza dell'atto di imperio di costituire, modificare, estinguere situazioni giuridiche soggettive dei privati unilateralmente e a prescindere dal loro consenso; l'esecutorietà viene definita come potestà di esecuzione amministrativa forzata, indipendente dall'intervento del giudice, per rimuovere inadempimenti dei privati che ostacolano la produzione di effetti concreti dell'atto. Col passare del tempo il provvedimento è stato inserito all'interno di un procedimento amministrativo.

Il provvedimento è l'atto più importante, l'atto conclusivo del procedimento (anche se può essere soggetto a controllo). La teoria, la giurisprudenza e la legislazione hanno elaborato teorie e stabilito regole peculiari in tema di efficacia e di esecuzione del provvedimento amministrativo: regole che prevedono l'esecuzione coattiva da parte dell'amministrazione senza necessità dell'intervento giudiziale.

Il provvedimento amministrativo è stato costruito come atto avente natura fortemente pubblicistica.

Tipi di provvedimenti amministrativi

Perché il potere amministrativo sia esercitato in modo che i cittadini lo possano prevedere, la legge prevede vari tipi di provvedimenti amministrativi (l'amministrazione non può "inventarne" di nuovi, in base al principio di tipicità dei provvedimenti che è una conseguenza di quello di legalità). Solitamente, per comodità, i provvedimenti si classificano

in due categorie, a seconda che favoriscano i privati, espandendo la loro sfera giuridica (provvedimenti espansivi) o che li penalizzino, restringendo la sfera giuridica e limitando alcune libertà (provvedimenti restrittivi); resta inteso fin da subito che determinate libertà garantite dalla Costituzione (a partire dalla libertà personale, come quella di domicilio e di corrispondenza) non possono essere limitate da provvedimenti amministrativi, ma solo dall'autorità giudiziaria.

Provvedimenti espansivi

Concessioni: l'amministrazione attribuisce a un privato un potere o un diritto che prima egli non aveva (es. lo sfruttamento di una miniera o un altro bene demaniale, per poter svolgere determinate attività)

Autorizzazioni: l'amministrazione permette a un privato di esercitare un diritto che la legge già gli attribuiva ma che, per il suo esercizio, necessita appunto di un "permesso": si vuole che l'attività connessa a quel diritto sia sottoposta a un minimo di controlli preventivi, circa i requisiti necessari per il suo svolgimento (es. licenza di caccia, porto d'armi, licenze per la ristorazione, rilascio della patente, abilitazione per insegnamento)

Sovvenzioni: lo Stato attribuisce somme di denaro a persone, associazioni o imprese per determinati scopi che rientrano tra le finalità pubbliche

Ordini: l'amministrazione impone/proibisce un comportamento a un privato, tramite un funzionario (scioglimento di un corteo, demolizione di un edificio, divieto di circolazione)

Provvedimenti ablativi: l'amministrazione toglie a un privato il diritto di proprietà o il possesso su una cosa (ablativo = sottrattivo). La sottrazione può essere definitiva (espropriazione, requisizione in proprietà) oppure temporanea, quando ricorrano gravi e urgenti necessità pubbliche, militari o civili (requisizione in uso, occupazione di territorio). Il tutto, in ogni caso, viene attuato a fronte del pagamento di un'indennità

Provvedimenti sanzionatori: l'amministrazione sanziona chi viola una norma amministrativa (e compie un illecito); classico esempio sono le "multe" (sanzioni pecuniarie) o altre sanzioni (rimozione del veicolo, ritiro della patente). Oggi può dirsi sempre più che l'ordinamento pone l'accento sul regime giuridico più che sul provvedimento amministrativo o sul procedimento.

Oggi si parla di regime sanzionatorio e di regime concessorio. Il primo si fonda su una discrezionalità molto limitata per quel che riguarda il conferimento dell'autorizzazione amministrativa. Si moltiplicano le ipotesi di autorizzazione obiettivate in cui l'amministrazione si limita ad accertare l'esistenza di requisiti e di presupposti previsti dalla legge. Il regime concessorio origina da contratto (nei casi più rilevanti) e non da provvedimento amministrativo. Esso si caratterizza per via di una regolazione molto dettagliata da parte dell'amministrazione concedente sull'attività svolta dal concessionario (sono previsti oltre ai poteri di vigilanza anche poteri di direzione e di sostituzione).

Efficacia ed esecuzione del provvedimento

Sulla base dell'evoluzione giurisprudenziale sono da distinguere l'efficacia, l'esecutività e l'esecutorietà del provvedimento amministrativo. L'efficacia è l'astratta idoneità a produrre effetti (es. l'espropriazione è idonea ad estinguere il diritto reale del destinatario).

L'esecutività assume molti significati. Essa è equiparata all'efficacia come avviene quando si prevede che un contratto sia reso esecutivo da un atto di approvazione. Altre volte indica l'eseguibilità del provvedimento. L'esecutorietà consiste nel potere dell'amministrazione di procedere all'esecuzione coattiva del provvedimento quando l'amministrato non ottemperi ad un obbligo posto a suo carico, ostacolando il raggiungimento del risultato. Quanto all'efficacia il provvedimento può essere immediatamente idoneo a produrre effetti, ma esistono sempre dei limiti. Il provvedimento amministrativo può contenere elementi

accidentali che incidono sull'efficacia: vi possono essere clausole che prevedono una condizione, un termine, un modo.

Il provvedimento limitativo acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili. Esso se non ha carattere sanzionatorio, può contenere una clausola di immediata efficacia, purchè motivata; l'amministrazione la deve prevedere esplicitamente e la deve giustificare. I provvedimenti limitativi sono immediatamente efficaci se hanno carattere cautelare ed urgente. L'esecutività del provvedimento efficace è immediata. L'efficacia e l'esecuzione possono essere sospese, per gravi ragioni e per il tempo necessario, dallo stesso organo che ha adottato il provvedimento. Il giudice amministrativo può adottare la misura cautelare della sospensione.

Il provvedimento costitutivo di obblighi deve indicare il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Se l'interessato non ottempera, la pubblica amministrazione è tenuta ad adottare una previa diffida; così facendo può provvedere all'esecuzione coattiva (sempre nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge).

L'invalidità del provvedimento: i casi di annullabilità. Le ipotesi di illegittimità non invalidante

In relazione all'atto amministrativo sono previsti tre vizi, ossia tre forme di invalidità: incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere (ma unico è il regime che le accomuna: quello dell'annullabilità).

L'atto annullabile è l'atto che, pur essendo invalido, produce i suoi effetti sino a quando non venga annullato (dal giudice amministrativo); ciò significa, quindi, che l'atto invalido (o illegittimo) produce i suoi effetti come se fosse valido (o legittimo) sino a quando non viene eliminato. È in tal senso che si parla del cd. modo di equiparazione degli effetti dell'atto invalido agli effetti dell'atto valido; in tal modo, il legislatore (optando per l'annullabilità) ha inteso contemperare le ragioni del cittadino con quelle dell'amministrazione: conferendo al primo (il cittadino) il potere di impugnare l'atto illegittimo, ma mantenendo nel contempo l'efficacia di quest'ultimo sino a quando il giudice (eventualmente adito) non abbia accertato l'invalidità e disposto l'annullamento.

Se, invece, il legislatore avesse optato per il regime della nullità (atto privo di effetti), il soggetto privato avrebbe potuto sottrarsi ai comandi derivanti dall'atto o avrebbe potuto disapplicarlo o considerarlo inesistente (come accade oggi, ad es., nell'ordinamento americano, ove, infatti, esistono atti amministrativi nulli). In realtà, è bene precisare che anche nel nostro ordinamento esistono provvedimenti amministrativi nulli; lo ha stabilito la Corte di Cassazione alcuni decenni fa: il Supremo Collegio ha stabilito, in particolare, che la nullità si manifesta quando l'atto è stato emesso in carenza di potere, ossia quando l'autorità amministrativa non si è limitata ad esercitare malamente un potere che la legge le attribuisce (atto annullabile), ma ha preteso di esercitare un potere di cui essa è carente (atto nullo) Come è stato detto, i vizi che rendono il provvedimento amministrativo annullabile sono: l'incompetenza, la violazione di legge e l'eccesso di potere.

Si potrebbe dire, tuttavia, che le cause di annullabilità sono riconducibili ad una sola, che è la violazione di legge, essendo le altre due (incompetenza ed eccesso di potere) delle semplici specificazioni della prima: l'attività amministrativa, infatti, è sottoposta alla legge (principio di legalità) e la legge disciplina la competenza, i presupposti, le forme, il procedimento, il tipo di misura, gli effetti e il fine dell'attività; sicché ogni deviazione dalla legge (cioè, ogni violazione di legge) si traduce nell'invalidità dell'atto finale. Due forme specifiche di invalidità-illegittimità sono l'invalidità parziale e l'invalidità derivata. L'invalidità parziale colpisce soltanto una parte dell'atto e non l'atto nella sua integrità; tale fenomeno

ricorre, in particolare, negli atti che hanno una pluralità di contenuti e di destinatari [così, ad es., un piano regolatore comunale può essere illegittimo, e per questo può essere annullato dal giudice amministrativo, limitatamente alle previsioni che riguardano la zona di espansione dell'abitato; allo stesso modo, una graduatoria di concorso può essere illegittima nella parte in cui in essa risulta inserito un candidato anziché un altro (il ricorrente), mentre rimane valida per gli altri dieci concorrenti in essa inclusi].

L'invalidità derivata è, invece, una conseguenza del collegamento tra più atti o del fatto che il provvedimento amministrativo è preceduto da un procedimento: in tal modo, può accadere che il vizio di un atto preparatorio del procedimento si ripercuota sul provvedimento (così, ad es., anche se in sé ineccepibile, il provvedimento può essere viziato dal fatto che il parere obbligatorio che lo ha preceduto è stato reso da un organo in composizione irregolare, perché qualcuno dei suoi membri non era stato debitamente convocato). Più controverso è, infine, il concetto di invalidità successiva: controverso, perché la legittimità o l'illegittimità di un atto deve essere valutata in relazione al quadro normativo in vigore nel momento in cui l'atto viene adottato; se così non fosse, l'autore dell'atto sarebbe tenuto, infatti, a tener conto delle modifiche che quel quadro potrà subire in un momento successivo.

Nonostante ciò, dottrina e giurisprudenza hanno individuato alcune ipotesi nelle quali una invalidazione successiva di un atto, originariamente valido, è possibile (si pensi, ad es., alla legge retroattiva che modifica i presupposti o i requisiti dell'atto; ovvero alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma in base alla quale l'atto era stato posto in essere). L'incompetenza è una forma di invalidità tipica del regime giuridico delle organizzazioni impersonali, nelle quali il potere di agire è diviso tra una pluralità di organi: in questa prospettiva, l'incompetenza si verifica qualora un organo usurpi le competenze dell'organo preposto. Sotto un certo profilo, l'incompetenza, come detto in precedenza, è solo una specie di violazione di legge: quest'ultima, prima di stabilire i presupposti, le forme e gli effetti dell'azione amministrativa, individua l'autorità competente e le assegna un fine, che spesso è desumibile proprio dalla competenza (ad es., il Ministro della Sanità deve perseguire il fine della salute pubblica, il Ministro delle Attività produttive quello della promozione dello sviluppo industriale, etc.).

Sotto altro profilo, invece, l'incompetenza ha una sua autonomia rispetto agli altri vizi dell'azione amministrativa; partendo, infatti, dal presupposto che l'autorità, prima di agire (e, quindi, prima di porre in essere l'atto) deve accertare la sua competenza, l'atto posto in essere può essere perfetto dal punto di vista del contenuto, della forma e dei fini, ma se è stato adottato da un organo incompetente è illegittimo e per tal motivo va annullato dal giudice, qualora il ricorrente ne faccia richiesta (in altri termini, non è illegittimo ciò che l'autorità ha disposto, ma lo è il fatto che sia stata essa a disporlo).

Una volta annullato l'atto, il giudice deve rimettere l'affare all'autorità competente (e quest'ultima deciderà se non agire ovvero se agire diversamente da come ha agito l'organo incompetente o se agire allo stesso modo); da ciò si intuisce che il giudice non può decidere di non annullare l'atto, ritenendo che l'autorità competente non possa agire diversamente da come ha agito l'organo incompetente, perché così facendo egli finirebbe con il sostituirsi all'autorità competente. In ogni caso, è necessario sottolineare che, perché vi sia incompetenza, il potere esercitato indebitamente deve essere previsto dalla legge come potere di altro organo dello stesso ente (si pensi, ad es., al sindaco che si sostituisce al consiglio comunale) o di altro ente (si pensi, ad es., al sindaco che adotta un provvedimento di competenza del prefetto).

Esorbita, invece, dall'area dell'incompetenza l'esercizio di un potere che la legge non

attribuisce ad alcuna autorità amministrativa (in questo caso, infatti, vi è carenza di potere, che dà luogo alla nullità dell' atto).

La violazione di legge è il vizio tipico dell' azione amministrativa. L' accertamento di tale violazione è molto semplice: il giudice (o l' organo di controllo di legittimità o la stessa autorità amministrativa in sede di riesame) confronta la fattispecie concreta del provvedimento con la fattispecie normativa; in conseguenza di tale confronto, ogni difformità (dalla fattispecie legale) darà luogo ad un vizio di legittimità.

Appare utile sottolineare comunque che, nella prassi del procedimento amministrativo, il ricorrente suole dedurre, insieme al vizio di violazione di legge, anche il vizio di falsa applicazione della legge: questa consiste nell' applicazione della norma ad un destinatario diverso da quello che essa contempla [si pensi, ad es., all' applicazione ad ex combattenti,

dipendenti da imprese private, di una legge (L. 336/70) che, invece, è rivolta a beneficio dei soli ex combattenti che sono impiegati pubblici].

Il terzo dei tre vizi di legittimità del provvedimento amministrativo è l' eccesso di potere. Esso equivale allo sviamento di potere, cioè all' uso del potere amministrativo per una finalità diversa da quella stabilita dalla legge (incorre, ad es., in eccesso di potere il sindaco che ordina la demolizione di un manufatto edilizio vicino alla propria abitazione, non perché sia stato realizzato in violazione della normativa edilizia, ma semplicemente per godere, dal proprio appartamento, di una veduta più ampia: in questo caso, il potere amministrativo affidato dalla legge al sindaco viene utilizzato a fini privati).

Ma lo sviamento di potere ricorre anche quando la finalità perseguita dall' autorità sia anch' essa una finalità pubblica, ma diversa da quella per la quale il potere le è stato attribuito (riproponendo l' esempio avanzato in precedenza, l' ordine di demolizione è illegittimo anche nel caso in cui il sindaco intenda, con esso, dare attuazione alla disciplina posta dal nuovo piano regolatore, che prevede in quella zona l' inedificabilità totale; in questo modo, infatti, il sindaco cerca di ottenere con l' ordine di demolizione un risultato che può essere perseguito solo mediante un provvedimento espropriativo e relativo indennizzo).

Impostata così la questione, si capisce che l' eccesso di potere è un vizio tipico dei poteri vincolati nel fine; di conseguenza, l' accertamento di tale vizio implica un confronto tra il fine concretamente perseguito e il fine che la legge ha imposto all' autorità di perseguire, attribuendole quel potere. Questo confronto, tuttavia, non è agevole, perché esso comporta un' indagine sulle intenzioni dell' agente; indagine che, tra l' altro, è ammessa soltanto quando il vero scopo dell' agente risulti con chiarezza dall' atto impugnato o da qualcuno degli atti preparatori ovvero da dichiarazioni rese in altra sede. È proprio per questo motivo, allora, che (in presenza di tali difficoltà) il Consiglio di Stato ha formulato la figura sintomatica dell' eccesso di potere, in virtù della quale è stato affermato che, anche se l' eccesso non risulta con chiarezza dalla documentazione, è comunque possibile che da quest' ultima emergano sintomi del vizio, che lasciano presumere la sua esistenza (a meno che l' amministrazione non dimostri il contrario).

Sintomi dell' eccesso di potere sono oggi considerati: la disparità di trattamento, la manifesta ingiustizia, la contraddizione con precedenti provvedimenti, nonché il difetto, l' insufficienza e la contraddittorietà della motivazione. Analizziamoli singolarmente.

L' amministrazione incorre nella disparità di trattamento quando applica misure diverse in situazioni uguali, senza alcuna giustificazione: ad es., due impiegati incorrono nella stessa infrazione (furto di francobolli): ad uno viene inflitta la sanzione disciplinare della censura (la più lieve), mentre all' altro la destituzione (la più grave). Allo stesso genere appartiene l' ingiustizia manifesta, che però (a differenza della disparità di trattamento), non richiede un

confronto tra due fattispecie ed i rispettivi trattamenti: riproponendo l' esempio di prima, sarebbe manifestamente ingiusta la destituzione di un impiegato sorpreso mentre si appropria di alcuni francobolli (vi è sproporzione, cioè, tra il fatto e la misura applicata). Si ha, invece, contraddittorietà con precedenti provvedimenti quando l' autorità, discostandosi da una prassi, senza alcun motivo, applica in un caso una misura diversa da quelle in precedenza applicate: ad es., un sindaco rifiuta l' autorizzazione ad un mutamento di destinazione d' uso (poniamo: da residenza ad ufficio), quando, nella stessa zona, richieste di identico contenuto erano state, in precedenza, tutte accolte. Il travisamento dei fatti ricorre quando l' autorità suppone l' esistenza di un fatto inesistente o, viceversa, suppone l' inesistenza di un fatto esistente: ad es., il sindaco rifiuta un' autorizzazione all' esercizio del commercio perché convinto erroneamente che la zona sia satura di esercizi del genere. Si ha omesso o insufficiente accertamento o omessa o insufficiente istruttoria quando i presupposti richiesti dalla legge per l' adozione del provvedimento non sono stati acclarati (comprovati) o lo sono stati in modo insufficiente: ad es., il sindaco emette un provvedimento di urgenza, intimando la demolizione di un edificio pericolante, avvalendosi del suo potere di ordinanza in materia di edilizia, sanità ed incolumità pubblica, sulla sola scorta della denuncia di un vicino (senza che l' ufficio tecnico comunale o i vigili urbani abbiano proceduto alla necessaria verifica).

Si ha illogicità manifesta quando vi è incongruenza tra la motivazione ed il dispositivo ovvero quando vi sono due motivazioni in conflitto tra di loro ovvero ancora quando risulta violata una regola logica: è illogica, ad es., la previsione di un piano regolatore che, sulla premessa di un forte incremento demografico del comune, riduca il perimetro dell' area destinata a residenze. L' eccesso di potere può anche consistere nella omessa valutazione comparativa degli interessi in gioco: ad es., l' amministrazione dei beni culturali e ambientali nega l' autorizzazione ad aprire una cava, sul presupposto che la zona contenga beni archeologici non ancora portati alla luce, impedendo in tal modo la realizzazione di una diga capace di portare acqua potabile ad una zona che ne ha bisogno (in questo caso, un interesse pubblico ipotetico viene privilegiato rispetto ad un interesse collettivo di immediata evidenza).

Una classica ipotesi di eccesso di potere è, poi, il vizio di motivazione (omessa o insufficiente motivazione): si pensi, ad es., ad un atto di annullamento d' ufficio di un precedente atto che non faccia menzione dell' interesse pubblico che giustifica il ritiro. Di recente introduzione è, infine, il vizio derivante dalla violazione del principio di proporzionalità (si tratta di una figura mutuata dalla giurisprudenza amministrativa tedesca): esempio classico è quello di una dichiarazione di pubblica utilità che investa un' area di gran lunga più vasta di quella necessaria per la realizzazione dell' opera pubblica (vi è, cioè, una sproporzione tra il sacrificio inflitto al privato e le richieste dell' interesse pubblico).

L'invalidità del provvedimento: i casi di nullità

Vi sono state non poche incertezze in dottrina e in giurisprudenza sul concetto di nullità del provvedimento amministrativo. Da un lato il Consiglio di Stato ha assunto un orientamento riluttante nei confronti della nullità. La nullità comporta l'inefficacia ab initio di un atto e ciò, secondo la giurisprudenza del giudice amministrativo non si addice alle caratteristiche dell'azione delle pubbliche amministrazioni. Dall'altra parte la dottrina sosteneva che per aversi nullità del provvedimento vi dovessero esserci vizi radicali (es. un provvedimento non imputabile all'amministrazione pubblica). La Corte di Cassazione, da alcuni decenni, ha individuato uno spazio, non ampio, per la nullità del provvedimento amministrativo.

Ad avviso del Supremo collegio, infatti, il principio di legalità richiede che il potere esercitato dall' autorità amministrativa venga attribuito dalla legge, non solo in termini astratti, ma

anche in concreto: per fare un esempio, il potere di espropriare un immobile di proprietà privata può essere esercitato soltanto qualora detto immobile sia stato in precedenza dichiarato di pubblica utilità (in base alla legge fondamentale del 1865); ne consegue, pertanto, che se la dichiarazione di pubblica utilità manca, manca l'attribuzione in concreto del potere espropriativo; ed il decreto di espropriazione è nullo per carenza di potere (Cass. S.u. 36/01).

Ma carenza di potere, nel nostro caso, può esservi anche per un'altra ragione: in virtù di una regola antichissima (che risale alla citata legge del 1865), l'atto che contiene la dichiarazione di pubblica utilità deve stabilire i termini entro i quali le espropriazioni ed i lavori devono essere compiuti: sicché un decreto di espropriazione che sopravvenga dopo la scadenza del termine finale previsto per l'espropriazione (stabilito in sede di dichiarazione di pubblica utilità) è nullo per carenza di potere (Cass. S.u. 355/99).

È bene precisare, però, che le decisioni giurisprudenziali, in questo campo, non sono state, nel tempo, uniformi; volendo essere più chiari: in base all'esempio citato (dell'espropriazione disposta dopo la scadenza del termine stabilito nella dichiarazione di pubblica utilità) si potrebbe essere indotti a credere che, ogni qual volta l'esercizio del potere amministrativo sia sottoposto ad un termine, il provvedimento adottato a termine scaduto sia nullo per carenza di potere.

Senonché, in tanti casi del genere, la giurisprudenza ha ritenuto l'atto annullabile (e non nullo): si pensi, ad es., al caso dell'annullamento, da parte del comitato regionale di controllo, di una delibera di un consiglio comunale dopo il termine di 20 gg. dal ricevimento di quest'ultima; o al caso dell'autorizzazione amministrativa, sottoposta al regime del silenzio-assenso, negata dopo la scadenza del termine previsto per la formazione del silenzio.

Dagli esempi avanzati si capisce, pertanto, che la nozione di carenza di potere non consente di stabilire in modo certo i confini della nullità del provvedimento amministrativo, perché le soluzioni escogitate dalla giurisprudenza sono specifiche (applicabili caso per caso e non suscettibili di generalizzazione). Degli sviluppi della giurisprudenza ha preso di recente atto il legislatore, il quale ha introdotto nella L. 241/90 una disposizione generale sulla nullità del provvedimento. L'art. 21 septies (introdotto con L. 15/05) stabilisce, infatti, che è nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.

Come si può notare, la disposizione in esame disciplina quattro casi di nullità:

1° caso: la mancanza degli elementi essenziali corrisponde alla mancanza dei requisiti che rende nullo il contratto (artt. 1418 e 1325 c.c.); a differenza del contratto, però, per il provvedimento amministrativo non v'è alcuna norma che preveda i suoi requisiti o i suoi elementi; e non è, quindi, agevole stabilire quando l'atto è nullo per mancanza di un elemento essenziale. Ciò non toglie, però, che il provvedimento amministrativo possa essere scomposto in elementi più semplici (oggetto, forma, etc.); sicché l'attenzione deve spostarsi sulla identificazione di questi ultimi [per intenderci: il provvedimento amministrativo ha un oggetto (l'oggetto del decreto di espropriazione è un bene altrui, dell'autorizzazione un'attività altrui, della sovvenzione una somma di denaro, etc.); sicché è nullo, ad es., il decreto di espropriazione emesso tardivamente dopo che l'amministrazione ha acquistato la proprietà del bene per effetto di occupazione acquisitiva (nullo perché avrebbe ad oggetto un proprio bene)].

Allo stesso modo, un difetto radicale di forma (ad es., la mancanza della sottoscrizione) dà luogo sicuramente a nullità (per l'impossibilità di imputare il provvedimento al suo

autore).

2° caso: il difetto assoluto di attribuzione viene ricondotto dalla dottrina (Cerulli Irelli) alla categoria della carenza di potere in astratto, di cui parla la Cassazione (si tratta delle ipotesi nelle quali non sussiste il potere in capo all' amministrazione che lo ha esercitato). Di conseguenza, verrebbe a ricadere nell' ambito dell' annullabilità la carenza di potere in concreto: quella cioè che deriva dalla mancanza di un presupposto essenziale per la fondazione del potere (ad es., la dichiarazione di pubblica utilità rispetto all' espropriazione). Al riguardo, tuttavia, è necessario sottolineare che la nuova disciplina della fattispecie (art. 43 D.P.R. 327/01: per diventare proprietario di un bene espropriato, in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, l' amministrazione deve adottare un nuovo atto di acquisizione) sembra, in realtà, confermare l' orientamento della Cassazione: ciò vuol dire, quindi, che (almeno in questo caso) il provvedimento emesso in carenza di potere in concreto (il decreto di espropriazione) continua ad essere nullo.

3° caso: la nullità dell' atto posto in essere in violazione o elusione del giudicato è stata riconosciuta dal giudice amministrativo da oltre un decennio; la nullità, in tal caso, consiste nel fatto che l' attività di esecuzione del giudicato non è solo attività amministrativa (e, in quanto tale, rivolta alla cura di un interesse pubblico), ma è anche attività di adempimento degli obblighi, che nascono dal giudicato, a carico dell' amministrazione.

4° caso: l' ultima categoria di atti nulli abbraccia, infine, i casi espressamente previsti dalla legge (si pensi, ad es., alla nullità delle assunzioni agli impieghi senza concorso, ex art. 3 D.P.R. 3/57, ovvero agli atti posti in essere dopo la scadenza del periodo di prorogatio della carica, di cui alla L. 444/94).

I provvedimenti amministrativi di secondo grado

La P.A., come sappiamo, deve perseguire l' interesse pubblico affidato alla sua cura e, nel far ciò, deve agire legittimamente; da quanto detto si intuisce, quindi, che (nel momento in cui la P.A. provvede) i due vincoli sono strettamente connessi, nel senso che l' autorità non può perseguire l' interesse pubblico adottando un provvedimento illegittimo (non può, ad es., negare una concessione edilizia perché il nuovo piano regolatore, in fase di elaborazione, ma non ancora adottato dal consiglio, destina la zona a servizi pubblici), né può prendere una decisione legittima (conforme alla legge), ma in contrasto con l' interesse pubblico.

Se, viceversa, la vicenda amministrativa viene presa in considerazione in maniera retrospettiva i due aspetti possono anche essere scissi: a distanza di tempo, infatti, il provvedimento può apparire legittimo, ma in contrasto con l' interesse pubblico attuale o, al contrario, apparire illegittimo, ma non in contrasto con l' interesse pubblico attuale. In questi casi, per risolvere il problema, la giurisprudenza ha adottato una soluzione fondata sul criterio dell' attualità dell' interesse pubblico: in virtù di tale principio, l' atto illegittimo potrà essere eliminato quando l' interesse pubblico attuale lo consiglia (cd. annullamento d' ufficio); e l' atto a suo tempo legittimo potrà (anzi: dovrà) essere eliminato qualora la sua permanenza contrasti con l' interesse pubblico (cd. revoca).

Per spiegare questa vicenda, dottrina e giurisprudenza hanno fatto ricorso alla categoria giuridica dell' autotutela; più precisamente, in base a questa teoria l' amministrazione può farsi ragione da sé: può, cioè, ottenere, con una nuova determinazione (sua propria), quel risultato di rimozione, modifica o sostituzione dell' atto precedente (che il privato, invece, ai sensi dell' art. 1372 c.c., può conseguire soltanto dal giudice, a meno che l' altra parte del rapporto non sia d' accordo).

Detto ciò, però, è necessario sottolineare che la nozione di autotutela non appare oggi convincente: in primo luogo, perché la possibilità di rimuovere o modificare un proprio atto non è esclusiva della P.A.; tale possibilità, infatti, dipende dal fatto che l' atto amministrativo

è unilaterale e non dal fatto che è un atto amministrativo. In secondo luogo, l' autorità amministrativa, quando annulla o revoca un proprio atto, non tutela se stessa, né si fa giustizia da sé; ma tutela, o dovrebbe tutelare, l' interesse pubblico (così come era tenuta a curarlo).

Ora, dal momento che l' interesse pubblico è caratterizzato dall' attualità, la P.A. ha il potere ed il dovere di rimuovere l' atto adottato in precedenza, qualora lo stesso sia in contrasto con l' interesse pubblico attuale; e questo potere-dovere non può avere altro fondamento se non nella legge (come, infatti, la legge conferisce all' autorità amministrativa la possibilità di provvedere in una certa direzione, adottando un determinato atto, allo stesso modo deve essere la stessa legge, in un momento successivo, ad attribuire all' autorità la possibilità di provvedere in direzione diversa).

Ovviamente, perché tale meccanismo possa operare è necessario che il potere amministrativo sia esercitabile in tempi diversi e in direzioni diverse (cd. inesauribilità del potere amministrativo); da tale inesauribilità deriva, come logica conseguenza, la prevalenza dell' atto successivo su quello precedente (cioè, l' annullamento o la revoca del provvedimento amministrativo precedente). Questo potere amministrativo che ritorna sui suoi passi deve, però, fare i conti con il rapporto giuridico che il provvedimento amministrativo ha costituito con i privati interessati, i quali vantano determinati diritti ed interessi (creati dal provvedimento stesso): in questa prospettiva, la giurisprudenza ha escluso, ad es., che il sindaco possa revocare un' autorizzazione all' esercizio del commercio in base ad una nuova valutazione dell' interesse pubblico, perché in questo caso il sacrificio dell' interesse privato si concretizzerebbe, in realtà, in un sacrificio dell' interesse pubblico attuale.

Gli istituti dell' annullamento e della revoca (che inizialmente erano disciplinati in virtù di una prassi giurisprudenziale) hanno trovato una conferma normativa con la modifica apportata dalla L. 15/05 alla legge sul procedimento amministrativo (L. 241/90): ciò significa, quindi, che, d' ora in poi, il regime dell' annullamento e della revoca è quello che risulta dalla legge. È necessario sottolineare, inoltre, che, accanto all' annullamento e alla revoca, la L. 15/05 (sempre rifacendosi alla prassi giurisprudenziale) ha introdotto altre due figure riguardanti il provvedimento amministrativo: è stabilito, infatti, che l' autorità amministrativa può ritornare sui suoi atti per annullarli, revocarli, sospenderli o convalidarli. Il presupposto comune di tutti questi atti è che il potere amministrativo, una volta esercitato, non si esaurisce; pertanto, in presenza di determinate circostanze, esso può essere nuovamente esercitato in senso contrario (annullamento e revoca) o per paralizzare temporaneamente gli effetti dell' atto precedente (sospensione) o per depurare l' atto precedente da un vizio che lo inficia (convalida). Soltanto quando ricorre tale presupposto comune l' atto di secondo grado (o di riesame) potrà essere adottato.

Affinché l' autorità amministrativa possa disporre l' annullamento d' ufficio devono ricorrere quattro importanti condizioni:

- innanzitutto, il provvedimento originario deve essere illegittimo (deve essere, cioè, viziato da una violazione di legge o di incompetenza o di eccesso di potere);
- in secondo luogo, affinché il provvedimento possa essere annullato, debbono sussistere particolari ragioni di pubblico interesse (il pubblico interesse che qui viene in rilievo è, ovviamente, lo specifico interesse pubblico che è affidato alla cura dell' organo amministrativo: ad es., sanitario, ambientale, etc.);
- questo interesse, a sua volta (e arriviamo alla terza condizione) va temperato e bilanciato con gli interessi privati dei destinatari e dei controinteressati (ossia di coloro che sono interessati alla conservazione dell' atto originario o alla sua rimozione); in particolare,

se il provvedimento che si intende annullare favorisce il destinatario questi avrà interesse a conservarlo in vita; se, invece, lo danneggia egli avrà interesse a che sia eliminato. Opposta è la posizione dei controinteressati, ossia di coloro che hanno un interesse antagonista a quello del destinatario (interesse a che l'atto sia annullato, nel primo caso; interesse a che l'atto sia conservato, nel secondo caso).

Nella comparazione di tutti questi interessi, l'amministrazione è tenuta ad accertare quale sia l'interesse prevalente; tra l'altro, è importante specificare che è proprio questa valutazione comparativa di interessi che ci permette di qualificare l'annullamento d'ufficio come un provvedimento amministrativo discrezionale (a differenza dell'annullamento giurisdizionale).

Sempre con riferimento al bilanciamento degli interessi in gioco, prima della riforma del 2005 si è sempre ritenuto che l'annullamento d'ufficio avesse efficacia retroattiva e che, per tal motivo, eliminasse tutti gli effetti prodotti medio tempore dall'atto annullato (efficacia *ex tunc*). Una tale convinzione, però, è stata messa in discussione di recente e, in particolare, dopo l'entrata in vigore della L. 15/05: si è osservato, infatti, che il contemperamento degli interessi in gioco può richiedere all'amministrazione di graduare quegli effetti e di farli decorrere dal momento in cui l'atto viene annullato (efficacia *ex nunc*);

- la quarta condizione (richiesta perché il provvedimento possa essere annullato) riguarda la distanza temporale tra l'atto che si intende annullare e la determinazione di annullarlo: tale determinazione, infatti, deve essere presa entro un termine ragionevole (da ciò si intuisce, quindi, che il termine non è prestabilito); è bene precisare, comunque, che la ragionevolezza del termine dipenderà dalle circostanze concrete e dalla valutazione degli interessi in gioco. A differenza dell'annullamento d'ufficio (che viene disposto per ragioni di legittimità), la revoca viene disposta per ragioni di opportunità; ciò lo si desume dalla formulazione dell'art. 21 quinquies L. 241/90 (così come modificato dalla riforma del 2005), il quale, infatti, stabilisce che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato. Come si può notare, ai fini della revoca, la legge distingue i sopravvenuti motivi di interesse pubblico dal mutamento della situazione di fatto: la prima ipotesi ricorre, ad es., quando una destinazione urbanistica a verde agricolo viene modificata a seguito della prospettiva di un grosso insediamento industriale, per il quale non v'è disponibilità di un'altra area. Il mutamento della situazione di fatto, invece, ricorre, ad es., quando il beneficiario di un finanziamento pubblico, finalizzato alla realizzazione di un certo investimento per una determinata produzione, distoglie le somme dalla destinazione prevista. In terzo luogo, come detto, la revoca può essere disposta in conseguenza di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario; questa ipotesi, in realtà, sembra ridare vigore ad una tesi che appariva screditata: la tesi, cioè che, con la revoca, l'amministrazione eserciti uno *ius poenitendi* (cd. diritto di pentirsi).

È bene precisare, però, che il pentimento dell'amministrazione (che conduce alla revoca) non deve contrastare, in maniera assoluta, con l'interesse del destinatario del provvedimento (o del controinteressato), ma deve trovare il suo fondamento in un nuovo accertamento che consigli quella nuova valutazione dell'interesse pubblico originario: così, ad es., un permesso di costruire può essere revocato se un'indagine successiva al rilascio accerti una condizione di instabilità geologica dell'area interessata.

Una remora contro il mero pentimento dell'amministrazione è costituita, in ogni caso, dall'obbligo (sempre previsto dall'art. 21 quinquies L. 241/90) di indennizzare i soggetti interessati per il danno subito per effetto della revoca. È necessario sottolineare, infine, che

(come per l' annullamento) anche per la revoca la L. 15/05 stabilisce che il provvedimento revocato non può produrre effetti ulteriori (efficacia ex nunc). Con la sospensione, l' amministrazione non elimina l' atto esistente (come nell' annullamento o nella revoca), ma ne paralizza temporaneamente gli effetti:

- in vista del suo riesame (si pensi, ad es., alla sospensione del permesso di costruire e al contemporaneo avvio di un procedimento di annullamento d' ufficio);
- ovvero sul presupposto di un abuso da parte del beneficiario dell' atto, in attesa di un accertamento più approfondito [si pensi, ad es., alla sospensione dei lavori qualora gli uffici comunali competenti constatino l' inosservanza delle modalità esecutive fissate nel permesso di costruire, in attesa che nei 45 gg. successivi venga adottato il provvedimento definitivo (che può consistere in una sanzione edilizia ovvero nel ripristino degli effetti del provvedimento sospeso)];
- ovvero in funzione sanzionatoria (si pensi, ad es., alla sospensione della patente di guida prevista dal codice della strada).

È bene precisare, in ogni caso, che con la L. 15/05, che ha introdotto, nella L. 241/90, l' art. 21 quater, la sospensione è divenuta un istituto di carattere generale: stabilisce, infatti, questa disposizione che l' esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato.

L' art. 21 nonies L. 241/90 prevede la possibilità che il provvedimento amministrativo annullabile possa essere convalidato entro un termine ragionevole e sempre che sussistano ragioni di pubblico interesse. Da ciò si intuisce che la convalida è un' alternativa all' annullamento d' ufficio; in altri termini, anziché eliminare l' atto, l' autorità elimina il vizio che lo inficia e in questo modo ne stabilizza gli effetti: così, ad es., se la delibera collegiale è stata adottata senza che l' argomento fosse all' ordine del giorno, la convalida viene realizzata con una nuova delibera che sia preceduta da un avviso di convocazione che faccia menzione dell' argomento.

Tutto questo, però, è possibile soltanto se contro l' atto originario non sia pendente un ricorso giurisdizionale: se, infatti, c'è un giudizio in corso dinanzi al giudice amministrativo la convalida non è ammessa (salvo il caso del vizio di incompetenza, il quale può essere rimosso dall' organo competente che si appropria del contenuto dell' atto impugnato).

La prassi e la giurisprudenza conoscono altre forme di conservazione dell' atto viziato; esse sono: la conferma, la ratifica e la sanatoria.

La conferma si sostanzia nel rifiuto dell' amministrazione di procedere all' annullamento d' ufficio richiesto da chi vi abbia interesse (rifiuto che viene formalizzato con la predisposizione di un nuovo atto).

La ratifica opera, invece, in presenza di provvedimenti amministrativi d' urgenza presi eccezionalmente da un organo diverso da quello competente (questo schema ricorre, in particolare, negli enti pubblici, il cui statuto prevede una competenza in via d' urgenza del presidente, il cui atto va ratificato dal consiglio di amministrazione nella prima riunione successiva).

La sanatoria, infine, è un istituto che opera nell' ipotesi in cui il provvedimento amministrativo sia viziato dall' omissione di un atto intermedio del procedimento (ad es., un' autorizzazione o un nulla osta); è bene precisare, però, che la sanatoria non è ammessa qualora tra l' atto omesso ed il provvedimento conclusivo del procedimento vi sia una relazione giuridico-temporale: è il caso, ad es., del parere che deve, infatti, necessariamente precedere l' atto di amministrazione attiva.

Capitolo IX

Moduli consensuali: contratti, convenzioni, accordi

Nella tradizione dottrinale di fine Ottocento il provvedimento unilaterale era al centro dell'azione amministrativa.

Oggi contratti, convenzioni, accordi hanno progressivamente ampliato il loro campo di operatività e hanno dignità pari e forse rilevanza superiore a quella dei provvedimenti amministrativi unilaterali.

I contratti delle pubbliche amministrazioni

Vi sono strumenti che possono essere ricondotti alla figura giuridica del contratto. I contratti di appalto pubblico hanno assunto estensione e complessità sempre maggiori (si pensi agli appalti per la fornitura di grandi sistemi informativi). La gestione di beni pubblici e di servizi pubblici è affidata a concessioni di tipo contrattuale. La gestione del territorio è dominata dall'urbanistica negoziata e dai programmi integrati di intervento. Le convenzioni urbanistiche sono nate come moduli riconducibili al contratto. Oggi la giurisprudenza italiana tende a farle rientrare fra gli accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo, che hanno un'indole più pubblicistica. La materia della sanità conosce un largo uso di convenzioni sanitarie riconducibili al modello contrattuale (convenzioni tra Asl e cliniche private). Le forme di sovvenzionamento o finanziamento pubblico sono su base contrattuale. I contratti di programma, cioè rapporti tra imprese di gestione di servizi pubblici e ministeri vigilanti, hanno realizzato un'ampia apertura al diritto privato. Qualunque sia la denominazione (quindi o contratto o convenzione) si è davanti a moduli contrattuali. In alcuni casi questi moduli possono avere un oggetto pubblico, come avviene nel caso delle concessioni di beni pubblici o di servizi pubblici. L'oggetto è pubblico perché è indisponibile per i privati, ma la disciplina del contratto è fatta delle regole privatistiche del codice civile con alcune deroghe (es. per gli appalti pubblici è prevista una facoltà di recesso unilaterale). I rapporti contrattuali di concessione amministrativa sono sottoposti al potere di revoca dell'amministrazione concedente per motivi di pubblico interesse. La revoca ha natura di provvedimento amministrativo.

Le procedure ad evidenza pubblica

La procedura dell'evidenza pubblica regola quel particolare procedimento amministrativo volto a limitare e a conformare secondo parametri oggettivi l'autonomia contrattuale della pubblica amministrazione nella fase di scelta del contraente e di determinazione del contenuto contrattuale. Si è in presenza di un procedimento parallelo che si affianca al modello privatistico di stipulazione, approvazione ed esecuzione del contratto.

Sono tenuti all'evidenza pubblica, oltre allo Stato ed agli enti pubblici, i concessionari di pubblico servizio e le società risultanti dalla privatizzazione per il carattere pubblico degli interessi tutelati.

L'evidenza pubblica è un procedimento caratterizzato da una sequenza di fasi volte, da una parte, a garantire la legittima e corretta formazione della volontà contrattuale pubblica e, dall'altra, attraverso la trasparenza delle fasi (e in particolare di quella relativa alla scelta del contraente) ad assicurare la concorrenzialità della procedura. La prima delle fasi che caratterizzano la procedura dell'evidenza pubblica, è la deliberazione a contrarre nella quale l'autorità procedente deve evidenziare le ragioni che la inducono a contrattare e l'interesse pubblico che viene perseguito e realizzato con lo strumento negoziale; le altre fasi sono quella dell'aggiudicazione e della conclusione del contratto, quella dell'approvazione del contratto e quella della sua esecuzione. Con riferimento alla prima delle fasi indicate, l'autorità procedente sottopone all'autorità di controllo uno schema di contratto-tipo. Tale

schema può essere redatto in accordo con l'altro contraente ma, il più delle volte, è atto unilaterale dell'autorità procedente. Lo schema di contratto tipo deve, peraltro, inserire le clausole dei capitoli generali e speciali relativi al contratto da concludere.

I capitoli generali sono atti della PA che recano la disciplina generale dei contratti a appartenenti ad un determinato tipo.

I capitoli speciali, invece, sono atti che recano la disciplina relativa ad un singolo rapporto contrattuale. I primi, secondo la giurisprudenza, hanno carattere normativo mentre i secondi hanno carattere negoziale. Ne consegue che non sono soggette all'onere della specifica approvazione ex art. 1341 cc, le clausole eventualmente vessatorie dei contratti ad evidenza pubblica che trovano la loro fonte nei capitoli generali mentre, al contrario, sono assoggettate all'obbligo della preventiva specifica approvazione le clausole che trovano la loro fonte nei capitoli speciali.

Più in generale, con riferimento all'applicabilità degli artt. 1341 e 1342 cc ai contratti ad evidenza pubblica, stante l'unilaterale predisposizione del contratto da parte dell'amministrazione procedente e la loro conclusione mediante adesione e salvo quanto sopra detto in ordine alle clausole che trasfondono nel singolo contratto le condizioni imposte dai capitoli generali, la giurisprudenza più recente ha concluso per la tesi favorevole alla loro applicabilità. Determinato il contenuto del contratto e conseguita l'autorizzazione a contrarre, la procedura dell'evidenza pubblica prevede particolari modalità di scelta del contraente, funzionalizzate al perseguimento dell'obiettivo della trasparenza, l'individuazione della modalità selettiva è effettuata con il bando che costituisce la lex specialis della procedura (le più rilevanti forme selettive contemplate dal codice dei contratti pubblici sono le procedure aperte, le procedure ristrette - entrambe utilizzabili in via generale - le procedure negoziate e il dialogo competitivo).

Costituisce una procedura aperta il pubblico incanto (o asta pubblica) caratterizzato dalla pubblicazione dell'avviso d'asta, dall'ammissione dei concorrenti all'incanto sulla base della verifica dei presupposti e dei requisiti di legge, dallo svolgimento dell'asta e dall'aggiudicazione (procedura aperta secondo la dizione del codice dei contratti pubblici).

Costituisce, invece, una procedura ristretta la licitazione privata che si distingue dal pubblico incanto in quanto la partecipazione non è aperta a tutti ma solo a quei soggetti che siano stati preventivamente invitati ad offrire (procedura ristretta secondo la dizione del codice dei contratti pubblici). La trattativa privata è la tipica procedura negoziata che si svolge attraverso la scelta del contraente da parte dell'amministrazione procedente dopo contatto privato e riservato (procedura negoziata secondo la dizione del codice dei contratti pubblici).

L'appalto concorso è una procedura di scelta caratterizzata dal fatto che i ritenuti idonei sono

invitati a presentare progetti tecnici di lavori e forniture. In relazione alla procedura di scelta del contraente, deve, poi, segnalarsi l'art. 1 comma 7 della Direttiva 2004/18/CE recepito dal codice degli appalti pubblici, a mente del quale la PA può fare ricorso, nella scelta del contraente, all'asta elettronica che si caratterizza per un sistema elettronico di presentazione di nuovi prezzi e di modificazione di taluni valori delle offerte già presentate. Tale modalità di scelta del contraente ha ricevuto nuovo impulso ad opera della L. n. 296/2006 che prescrive il ricorso al mercato elettronico per l'acquisto di beni e servizi sotto la soglia di rilievo comunitario.

La fase della scelta del contraente si conclude con l'aggiudicazione; il codice dei contratti pubblici prevede due sistemi generali di aggiudicazione, quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'aggiudicazione è sottoposta ad

approvazione e, a mente dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, non equivale ad accettazione dell'offerta; all'aggiudicazione, nel termine di sessanta giorni, deve seguire la stipulazione del contratto altrimenti l'aggiudicatario potrà sciogliersi da ogni vincolo (o recedere dal contratto ove questo sia stato stipulato e non ancora approvato). La stipula non potrà avvenire, peraltro, prima che siano decorsi trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati dell'intervenuta aggiudicazione (il termine è stato elevato a trentacinque giorni dal d.Lgs. n. 53/10). Sotto il profilo della giurisdizione sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva del GA tutte le questioni che vertono sulla procedura pubblicistica anteriore alla conclusione del contratto mentre sono demandate al GO le questioni inerenti l'esecuzione del rapporto contrattuale e la sua patologia; particolari problematiche in materia di riparto si pongono allorchè la patologia del contratto consegua a vicende (come l'annullamento o la revoca dell'aggiudicazione) inerenti la prodromica procedura d'evidenza pubblica (sul punto si rimanda allo specifico articolo d'approfondimento). A mente del d.Lgs. n. 53/10 attuativo della seconda direttiva ricorsi, ogni questione inerente la eventuale privazione degli effetti del contratto a seguito dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione compete al GA in quanto giudice competente in via esclusiva alla valutazione della patologia dell'atto; il decreto prevede, peraltro, un meccanismo di automatica sospensione della stipula ancorata alla proposizione del ricorso giurisdizionale che, nella normalità dei casi, dovrà essere notificato, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quindi prima che la stazione appaltante abbia potuto stipulare il contratto (il decreto, infatti, ha al riguardo preveduto che il contratto non possa stipularsi se non decorsi trentacinque giorni dall'aggiudicazione definitiva).

Gli accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento. Altri accordi

La Legge n. 241/1990, all'art. 11, prevede e disciplina le fattispecie degli accordi integrativi e degli accordi sostitutivi di provvedimento amministrativo. Gli accordi integrativi e sostitutivi sono strumenti ai quali, a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 15 del 2005, la PA può ricorrere in via generale e non, così come era precedentemente previsto con riferimento ai contratti sostitutivi, solo nei casi previsti dalla legge. L'art. 11 si pone, così, in correlazione con l'art. 15 relativo agli accordi di programma tra PP.AA., nel solco tracciato dall'art. 1, comma 1 bis della Legge n. 241/1990 laddove si prevede che la Pubblica Amministrazione, allorchè agisca in via non autoritativa, debba ricorrere agli strumenti del diritto privato. Ove l'accordo sia volto esclusivamente alla definizione consensuale del contenuto (o di una parte del contenuto) del provvedimento amministrativo, ci si troverà di fronte ad un accordo integrativo del provvedimento amministrativo, ove invece esso sia concluso in sostituzione del provvedimento, ci si troverà di fronte alla fattispecie dell'accordo sostitutivo. Con riferimento al regime giuridico, l'art. 11 della L. n. 241/1990 prevede che gli accordi sostitutivi e integrativi debbano essere stipulati per atto scritto, che debbano essere preceduti da una determinazione preliminare dell'organo deputato ad adottare il provvedimento sostituito o condizionato dall'accordo, che siano disciplinati dai principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, che le questioni relative alla loro formazione, conclusione ed esecuzione siano devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A., che, quanto agli accordi sostitutivi, siano sottoposti ai medesimi controlli amministrativi relativi al provvedimento sostituito. L'art. 11 prevede, altresì, che, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, la PA possa recedere dall'accordo salvo indennizzo.

Anche le controversie in materia di indennizzo debbono reputarsi devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A. in quanto questioni patrimoniali consequenziali ai sensi dell'art. 7 della L. n. 205/2000. Si ritiene, peraltro, ammissibile anche una revoca della determinazione preliminare con effetto caducante sull'accordo sostitutivo od integrativo conseguente, purchè

la stessa non sia elusiva dell'obbligo di corrispondere l'indennizzo in ipotesi di recesso. Gli accordi sostitutivi e integrativi non possono incidere sulla sfera giuridica dei terzi. Con riferimento alle posizioni soggettive dei terzi incise dagli accordi sostitutivi e integrativi, si discute se essi vantino posizioni di diritto soggettivo o di interesse legittimo in quanto l'accordo sostitutivo o il provvedimento di recepimento di un accordo integrativo illegittimamente incisivo della sfera giuridica dei terzi è, secondo parte della dottrina, illegittimo e soggetto ad impugnativa nel termine decadenziale, con la conseguente qualificazione della situazione soggettiva del terzo in termini di interesse legittimo, mentre, secondo altra parte della dottrina, tali accordi sarebbero inefficaci ovvero determinerebbero la nullità del provvedimento di recepimento per carenza di potere o difetto di attribuzione ex art. 21 septies L. n. 241 del 1990, con la conseguente qualificazione della posizione del terzo in termini di diritto soggettivo.

Invero, la ricostruzione della situazione giuridica soggettiva del terzo risente del più generale inquadramento degli accordi nell'alveo dei provvedimenti amministrativi concordati ovvero nell'alveo dell'autonomia negoziale. Ove, infatti, gli accordi siano interpretati come mera espressione di autonomia negoziale, essi non saranno idonei ad incidere sulla sfera dei terzi preservata dall'art. 1372 cc risultando relativamente inefficaci. La problematica inerente l'inquadramento in termini di nullità o di annullabilità dell'accordo, invece, si correla con l'interpretazione dello stesso come espressione di potere autoritativo. Un importante riferimento per la soluzione del preliminare problema dell'inquadramento dogmatico degli accordi proviene dalla notissima pronuncia della Corte Costituzionale n. 204/2004 laddove, a titolo esemplificativo, la Consulta menziona gli accordi di cui all'art. 11 come ipotesi nella quale sussiste una commistione tra situazioni di diritto soggettivo ed interesse legittimo che legittima la generale devoluzione delle materie, per via legislativa, alla giurisdizione esclusiva del GA. Sotto il profilo dell'inquadramento giuridico degli accordi sostitutivi e integrativi, si fronteggiano due tesi, la prima asserisce la natura privatistica di tali accordi i quali, pur avendo un oggetto pubblico, sarebbero, tuttavia, sottratti al regime pubblicistico; confermerebbero tale tesi il rinvio espresso ai principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti, nonché il legame tra tale tipologia di accordi e la previsione generale contenuta nell'art. 1 bis della L. n. 241 del 1990 secondo cui la PA, allorché non agisca in forma autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato. Secondo altra tesi, invece, gli accordi conserverebbero la natura pubblicistica ed il relativo regime, salvo l'applicazione dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti per aspetti non incompatibili con la generale disciplina pubblicistica. A sostegno di tale diversa impostazione ermeneutica, deporrebbe il fatto che gli accordi sostitutivi rimangono soggetti ai medesimi controlli cui sono assoggettati i provvedimenti sostituiti, ex art. 11 comma 3 della L. n. 241 del 1990 e la considerazione generale che, trattandosi di accordi che integrano o sostituiscono un provvedimento amministrativo e che si inseriscono nell'ambito dell'esercizio di un potere, essi non potrebbero essere regolati da una disciplina ed un regime giuridico diversi da quelli tipici del potere sostituito o condizionato e delle sue tipiche manifestazioni d'esercizio (i provvedimenti amministrativi).

Anche l'uso del termine accordi anziché contratti deporrebbe per la riconduzione degli stessi nell'alveo del regime pubblicistico. Diverse sono le conseguenze giuridiche dell'adesione alla tesi privatistica o a quella pubblicistica; per la tesi privatistica, infatti, la sola forma di autotutela per gli accordi in esame (salvi i provvedimenti di secondo grado sulla determinazione preliminare) sarebbe il recesso siccome disciplinato dal medesimo art. 11, mentre, per la teoria pubblicistica, sarebbe ammesso l'annullamento d'ufficio, sia dell'accordo sostitutivo, sia di quello integrativo. Con riferimento alla patologia degli accordi,

per la tesi privatistica, sarebbero ammesse, con riferimento agli accordi sostitutivi e integrativi, azioni di nullità per violazioni di norme imperative (c.d. nullità virtuale) mentre, per la tesi pubblicistica, in tali ipotesi, gli accordi sarebbero solo annullabili ed oggetto di impugnativa nel termine di decadenza di sessanta giorni. Naturalmente, diversa è l'estensione della normativa civilistica applicabile nel caso di adesione all'una o all'altra tesi; per la tesi pubblicistica si applicano le norme sulla formazione del consenso, quelle sull'interpretazione e sull'esecuzione del contratto, quelle relative agli elementi accidentali nonché quelle in tema di risoluzione per inadempimento e di autotutela privata (artt. 1460 e 1461 cc); per la tesi privatistica, oltre a quelle menzionate, si applicano, tra le altre, le norme sulla patologia del contratto. In caso di inesatto o mancato adempimento all'obbligo di provvedere in conformità all'accordo integrativo o alla determinazione preliminare, per la tesi privatistica, oltre all'azione di risoluzione del contratto, sarebbe ammissibile un'azione di esatto adempimento mentre, per la tesi pubblicistica, sarebbe solo ammesso l'annullamento del provvedimento infedele per eccesso di potere o, in caso di inerzia, l'attivazione della procedura del silenzio inadempimento di cui all'art. 21 bis della Legge Tar ex art. 2 della L. n. 241 del 1990. Peraltro, in quest'ultimo caso, ove s'ammetta la natura vincolata del provvedimento di recepimento dell'accordo, il privato potrebbe, con la mentovata azione, conseguire una pronuncia sulla fondatezza della propria pretesa. Con riferimento al caso in cui la determinazione preliminare sia annullata o manchi, per la tesi privatistica, vi sarebbe motivo d'annullamento dell'accordo per vizio della volontà mentre, per la tesi pubblicistica, vi sarebbe nullità per difetto d'attribuzione. Sotto il profilo risarcitorio, le differenze s'assottigliano considerata la generale risarcibilità del danno anche con riferimento alle posizioni di interesse legittimo.

Tra le più ricorrenti ipotesi, legislativamente previste e disciplinate, di esercizio consensuale della potestà amministrativa riconducibile nell'ambito degli schemi di cui all'art. 11 della L. n. 241 del 1990, debbono menzionarsi: la cessione volontaria in materia espropriativa di cui all'art. 20 del D.P.R. n. 327 del 8 giugno 2001; gli accordi quadro in materia di contratti pubblici di cui all'art. 3 comma 13 del D.Lgs. n. 163 del 2006; la convenzione di lottizzazione di cui all'art. 28 della L. n. 765 del 1967 in materia di esecuzione dei piani regolatori generali e dei programmi di fabbricazione; e l'accordo bonario di cui all'art. 240 del D.Lgs. n. 163 del 2006 in materia di definizione transattiva delle controversie economiche che possono insorgere nell'esecuzione dei contratti pubblici.

Con specifico riguardo agli accordi integrativi, peraltro, deve sottolinearsi come gli stessi non siano immediatamente impugnabili ma solo congiuntamente al provvedimento amministrativo cui accedono.

Brevi conclusioni

Vi è stato un ampliamento enorme degli strumenti di attività amministrativa consensuale rispetto alla fine dell'Ottocento. I contratti delle pubbliche amministrazioni non sono solo finalizzati a realizzare opere pubbliche o a commissionare forniture, ma anche per regolare vicende legate al perseguimento di vari interessi pubblici (es. concessioni contrattuali per il funzionamento di grandi aeroporti internazionali).

Capitolo X

La responsabilità della pubblica amministrazione e dei dipendenti: storia e tipi.

La regola della responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti per danni causati a terzi si è affermata in molti ordinamenti giuridici. In Francia la responsabilità delle pubbliche amministrazioni era ammessa per danni derivanti dalla gestione di beni pubblici

non rientranti nel demanio dello stato e per danni causati dalle collettività locali che non erano considerate come enti sovrani. La responsabilità dello stato fu ammessa parzialmente dal noto arret Blanco, in cui il giudice affermò: la responsabilità che può gravare sullo stato per danni arrecati a soggetti privati dai dipendenti impiegati nel servizio pubblico non è né generale e né assoluta, è sottoposta a regole speciali (diritto amministrativo anziché comune).

Il caso si riferiva a danni causati a un privato da una vettura della pubblica amministrazione. La responsabilità dei dipendenti e dei funzionari delle pubbliche amministrazioni era anch'essa limitata. Valeva il meccanismo della garanzia amministrativa (art. 75 cost. francese).

Tale articolo subordinava l'esercizio dell'azione per risarcimento dei danni dinanzi al giudice ordinario a un'autorizzazione data dal Consiglio di Stato. Dopo la caduta di Napoleone III, l'art. 75 venne abrogato e con esso tutte le norme che ostacolavano le azioni contro i funzionari pubblici. Con l'arret Pelletier si distingue tra colpa personale del funzionario e colpa di servizio (quindi responsabilità della pubblica amministrazione). In Italia uno dei primi casi riguardava danni provocati su un paziente da una trasfusione di sangue effettuata in un ospedale pubblico senza adottare le cautele preventive comunemente seguite. I giudici di cassazione sottolinearono che vi era responsabilità diretta della pubblica amministrazione, la quale non poteva spingersi oltre il comune modo di agire, non essendo consentito ai poteri pubblici di violare ogni regola di comune prudenza. Dopo l'approvazione del codice civile del 1942 la giurisprudenza sottolineò che la pubblica amministrazione era soggetta all'art. 2043 (responsabilità extracontrattuale generale e per fattispecie particolari).

La disciplina attuale nell'ordinamento italiano: responsabilità civile della pubblica amministrazione

L'art. 113 cost. prevede un sistema di tutela generalizzata, dinanzi al giudice, contro ogni e qualsiasi atto dell'amministrazione. Si prevede che tutti gli atti sono ricorribili ed è sempre ammessa la tutela dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela, quindi, non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. L'art. 28 cost. è incorporabile in due proposizioni fondamentali. Da un lato, il funzionario e il dipendente dello Stato e dell'ente pubblico è direttamente responsabile per gli atti compiuti in violazione di diritti, ma la concreta definizione della disciplina è rimessa alle leggi penali, civili e amministrative (responsabilità solidale). Dall'altro, solo la responsabilità civile si estende in via solidale alla persona giuridica del singolo ente pubblico, in ragione delle sue più ampie risorse (rispetto a quelle personali del dipendente) che garantiscono meglio il ristoro e la riparazione del danno.

La legge ha poi chiarito il rapporto tra responsabilità dell'amministrazione e responsabilità dell'impiegato. Quest'ultimo risponde solo per dolo o colpa grave, mentre l'amministrazione risponde anche di colpa lieve. Il privato può agire direttamente in giudizio contro la pubblica amministrazione o dinanzi al giudice ordinario o dinanzi al giudice amministrativo, secondo i criteri di riparto delle giurisdizioni. L'amministrazione può rivalersi nei confronti del dipendente, nei casi di dolo o colpa grave, e il giudizio si instaura dinanzi alla corte dei conti. Nel caso in cui il dipendente abbia agito per un fine privato, estraneo all'amministrazione, vi è responsabilità del solo dipendente.

Responsabilità per lesione di interessi legittimi

Dalle considerazioni precedenti emerge, quindi, l'importanza che per il tema in esame riveste la questione degli interessi legittimi; interessi nei confronti dei quali, prima della fondamentale sent. 500/99 della Corte di Cassazione, era sconosciuto qualsiasi tipo di

risarcibilità. La situazione, più precisamente, era posta in questi termini:

- è risarcibile il diritto soggettivo che viene leso da un fatto illecito che l'amministrazione ha posto in essere nella sua capacità di diritto privato o comunque al di fuori dell'esercizio di una potestà amministrativa;
- non è risarcibile il diritto soggettivo che viene degradato ad interesse legittimo dal provvedimento amministrativo (lo diventa solo quando il provvedimento viene annullato dal giudice amministrativo con una sentenza che restituisce alla situazione soggettiva del privato consistenza di diritto soggettivo).

Da queste considerazioni si deduceva, pertanto, che non era risarcibile, di per sé, l'interesse legittimo: sia che esso fosse nato dalla compressione del diritto soggettivo, sia che esso ab origine si fosse configurato come interesse legittimo (soprattutto come interesse all'adozione di un provvedimento favorevole). Questo dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi ha, tuttavia, cominciato ad essere riconsiderato con il d.lgs. 80/98; difatti, la legge delega (art. 11, co. 4, L. 59/97) aveva stabilito che, nelle materie dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici, al giudice amministrativo venivano devolute le controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno.

Interpretando in modo estensivo la delega, il Governo attribuì alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le materie dell'edilizia, dell'urbanistica e dei servizi pubblici (artt. 33 e 34 d.lgs. 80/98), stabilendo, all'art. 35, che in queste (materie) il giudice dispone il risarcimento del danno ingiusto, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica (questa lettura, però, come spiegherà la Consulta nella sent. 292/00, si risolve in un eccesso di delega).

In ogni caso, nel solco di questa indicazione (fornita dalla legislazione del 1997/98), la Corte di Cassazione, attraverso una sentenza divenuta celeberrima (sent. 500/99), ha optato per una completa rivisitazione della posizione tradizionale della irrisarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi. La Corte, in particolare, muovendo dalla premessa che l'art. 2043 c.c. collega l'obbligo di risarcimento al fatto di aver colpevolmente cagionato un danno ingiusto, senza far menzione della situazione soggettiva incisa (diritto soggettivo o interesse legittimo), è giunta alla conclusione che qualunque pregiudizio (danno), arrecato alla sfera altrui senza giustificazione, obbliga colui che lo ha cagionato a risarcirlo, anche quando soggetto danneggiante è una pubblica amministrazione e il danno è arrecato ad un interesse legittimo. Dopo aver enunciato quest'importante principio, però, la Suprema Corte ha ritenuto opportuno fissare dei paletti, perché consapevole delle difficoltà alle quali sarebbe stata esposta la finanza pubblica (e, in ultimo, il contribuente) nel caso di un risarcimento generalizzato. Il primo limite posto dalla Corte riguarda l'elemento soggettivo dell'illecito posto in essere dall'amministrazione, che sia lesivo di un interesse legittimo: con la sentenza 500/99, la Corte (a differenza dei precedenti orientamenti giurisprudenziali) segnala che non basta la sola illegittimità dell'atto per desumere la colpevolezza dell'agente, ma è necessaria la sussistenza di altri due presupposti e cioè:

- che siano violati i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost.);
- e che tali violazioni siano imputabili non alla persona fisica che ha posto in essere l'atto, ma all'amministrazione, cui essa appartiene.

È bene precisare, però, che la giurisprudenza amministrativa (in particolare, il Consiglio di Stato), consapevole della fragilità dell'argomentazione del Supremo Collegio in tema di elemento soggettivo, tende oggi a valorizzare una nozione oggettiva di colpa (molto vicina a quella tradizionale, che fa della colpevolezza un elemento della illegittimità dell'atto). Il secondo limite posto dalla Corte di Cassazione riguarda, invece, la nozione di danno

ingiusto, in quanto conseguenza dell' esercizio del potere amministrativo: tale nozione, ad avviso del Supremo Collegio, ha una diversa consistenza, a seconda che la lesione concerna un interesse oppositivo o pretensivo. Nel primo caso il danno è prospettabile, perché l' interesse oppositivo (l' interesse, cioè, a che non venga adottato un provvedimento restrittivo: si pensi, ad es., all' interesse del proprietario a fronte del potere espropriativo) presuppone l' esistenza di un bene che già rientra nella sfera giuridica del titolare (nel nostro esempio: la proprietà); sicché il provvedimento lesivo (l' esproprio) toglie quel bene. Nel secondo caso (interesse pretensivo) il bene, invece, non appartiene ancora al privato, ma costituisce l' oggetto del suo desiderio (desiderio che può essere appagato con l' adozione del provvedimento: si pensi, ad es., al caso in cui il privato chieda il rilascio di un' autorizzazione); in tale ipotesi, l' atto lesivo (ad es., l' atto che nega l' autorizzazione) impedisce all' interessato di conseguire quel bene desiderato (cosa che è ben diversa dal togliergli un bene già suo). A giustificazione di quest' orientamento, la Cassazione ha tenuto a precisare che ciò che risulta decisivo, ai fini del risarcimento del danno, è che l' interessato possa far valere un bene della vita, ossia un bene che forma oggetto di un interesse materiale, rispetto al quale l' interesse legittimo svolge una funzione strumentale; in tale logica, pertanto (prosegue la Corte) l' interesse pretensivo non è risarcibile, perché la sua soddisfazione dipende da una scelta discrezionale dell' amministrazione (che deve decidere, ad es., se concedere o meno l' autorizzazione); nella stessa direzione il Consiglio di Stato, il quale ha affermato che, qualora accordasse il risarcimento, il giudice si sostituirebbe all' amministrazione con una indebita ingerenza nella sua discrezionalità. Sempre in relazione all' interesse pretensivo, lo stesso Consiglio di Stato ha, però, sottolineato che, qualora la soddisfazione della pretesa dell' interessato sia collegata ad un' attività vincolata della pubblica amministrazione, il risarcimento è dovuto nel caso in cui il giudice, attraverso un giudizio prognostico, accerti che, in assenza dell' illecito, il provvedimento richiesto avrebbe dovuto essere rilasciato.

Proprio in questa alternativa (risarcibilità-irrisarcibilità dell' interesse pretensivo) si colloca il discorso sulla cd. perdita di chance: infatti, il Consiglio di Stato, partendo dal presupposto che la chance rappresenta la concreta possibilità di conseguire un risultato utile, di cui non è, però, dimostrabile la futura realizzazione, per via di un fatto che ha interrotto una serie di eventi idonei ad assicurare un vantaggio, ha stabilito che tale perdita di chance è risarcibile qualora, in assenza dell' illecito, vi era una possibilità superiore al 50% che l' evento favorevole si verificasse: così, per fare un esempio, se il concorrente secondo classificato in una gara d' appalto di lavori pubblici aveva la concreta possibilità di aggiudicarsi l' appalto (ove, ad es., non fosse stato ammesso il primo classificato, sfornito dei requisiti prescritti dal bando), la sua perdita di chance deve essere risarcita.

Detto questo, è importante sottolineare, in conclusione, che il disegno volto ad introdurre nel nostro ordinamento la risarcibilità degli interessi legittimi è stato completato con la L. 205/00, la quale invero ha ripreso le disposizioni contenute nel citato d.lgs. 80/98: tali norme, che (come sappiamo) avevano attribuito al giudice amministrativo il potere di risarcire il danno ingiusto cagionato dall' amministrazione nelle materie dell' edilizia, dell' urbanistica e dei servizi pubblici, sono state travolte per eccesso di delega dalla sent. 292/00 della Corte cost. Nonostante ciò, il Parlamento pochi giorni dopo questa pronuncia ha convalidato le disposizioni di quel decreto: ed infatti, l' art. 7 L. 205/00 stabilisce espressamente che il giudice amministrativo, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto. Ma la vera rivoluzione è realizzata attraverso un' altra disposizione della stessa legge, nella quale si legge che il Tribunale amministrativo regionale, nell' ambito della sua giurisdizione,

conosce anche di tutte le questioni relative all' eventuale risarcimento del danno, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, e agli altri diritti patrimoniali consequenziali. In tal modo, il legislatore del 2000 ha compiuto una duplice operazione: da un lato, ha riconosciuto espressamente la risarcibilità degli interessi legittimi; dall' altro, ha attribuito al giudice amministrativo sia la tutela di annullamento che quella risarcitoria (sottraendo quest' ultima al giudice ordinario).

La cosiddetta responsabilità amministrativa

Un' ultima considerazione occorre dedicarla all' importante tema della responsabilità amministrativa, vale a dire della responsabilità degli amministratori, dei funzionari e dei dipendenti per aver posto in essere determinate condotte che hanno provocato ai terzi un danno ingiusto (che l' amministrazione è tenuta a risarcire), nonché per aver arrecato all' amministrazione un danno ingiusto nell' esercizio dei loro compiti. I tratti essenziali del regime giuridico che concerne questo tipo di responsabilità, contenuti nella L. 20/94 (modificata nel 1996), sono i seguenti:

- nella responsabilità amministrativa possono incorrere non solo gli amministratori e i pubblici dipendenti, ma anche tutti coloro che, a qualunque titolo (ad es., contratto d' opera), svolgono compiti per conto di un' amministrazione pubblica (si pensi, ad es., al direttore dei lavori nel contratto d' appalto di opera pubblica);
- la responsabilità amministrativa è stata sempre considerata una responsabilità contrattuale, trovando essa fondamento in un contratto;
- mentre, però, nella responsabilità contrattuale il debitore è tenuto al risarcimento del danno se non prova che l' inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione a lui non imputabile (art. 1218 c.c.), nella responsabilità amministrativa, invece, è l' ente (in particolare, la procura regionale della Corte dei Conti) che deve fornire la prova della responsabilità, non l' amministratore o il dipendente;
- la responsabilità amministrativa è limitata ai fatti e alle omissioni commesse con dolo o colpa grave (anche questa, come la precedente, rappresenta una deroga al regime della responsabilità contrattuale: a questa, infatti, soggiace il debitore se non ha eseguito esattamente la prestazione dovuta; e, quindi, anche in caso di colpa lieve);
- un altro temperamento del rigore della responsabilità amministrativa è costituito dal fatto che le scelte discrezionali non possono essere sindacate nel merito; e ciò allo scopo di evitare che l' amministratore (o il dirigente) possa essere chiamato a rispondere per una scelta che attiene al merito (ad es., per avere il consiglio comunale optato per una forma di gestione di un servizio pubblico locale, anziché per un' altra);
- quando gli atti rientrano nella competenza degli uffici tecnici o amministrativi la responsabilità è limitata ai dipendenti (essa, quindi, non si estende agli amministratori, perché si presume che questi abbiano agito in buona fede, facendo affidamento sulla competenza degli uffici tecnici);
- nel regime della responsabilità amministrativa è centrale l' elemento del danno (danno ingiusto): non è sufficiente, cioè, la violazione del dovere d' ufficio (o l' adozione di un atto illegittimo), ma occorre che da tale violazione (o da tale atto) sia derivato un danno ingiusto;
- per quanto riguarda la quantificazione del danno, il giudice deve tener conto dei vantaggi comunque conseguiti dall' amministrazione o dalla comunità amministrata, in relazione al comportamento degli amministratori o dei dipendenti soggetti al giudizio di responsabilità [si pensi, ad es., al caso in cui degli amministratori comunali assumano dipendenti a titolo precario in assenza dei relativi posti di organico: in questo caso, le casse del comune subiscono un danno (pari alle retribuzioni che sono state corrisposte e non potevano esserlo); ma l' amministrazione ne ha ricevuto un vantaggio (commisurato alla utilitas fornita

dalle prestazioni di lavoro); e un vantaggio ne ha ricevuto anche la comunità, dal momento che è stata lenita la disoccupazione];

- la Corte dei Conti, valutate le singole responsabilità, può porre a carico dei responsabili tutto o anche solo parte del danno accertato o del valore perduto (cd. potere riduttivo dell' addebito); simile (per quanto riguarda gli effetti) al potere riduttivo è l' esercizio della facoltà, riconosciuta al dipendente o amministratore condannato in primo grado, di chiedere alla sezione di appello, in sede di impugnazione, che il procedimento venga definito mediante il pagamento di una somma non inferiore al 10% e non superiore al 20% del danno quantificato nella sentenza (cd. patteggiamento nel processo contabile);
- la responsabilità amministrativa è una responsabilità individuale: ciò significa, quindi, che qualora il fatto dannoso sia stato causato da più persone, la Corte dei Conti, valutate le singole responsabilità, condanna ciascuno per la parte che vi ha preso (a meno che i concorrenti non abbiano conseguito un illecito arricchimento o abbiano agito con dolo, perché, in questo caso, la responsabilità sarà solidale, nel senso che ciascun condebitore può essere costretto all' adempimento per la totalità e l' adempimento di uno libera gli altri);
- un' altra deroga al regime civilistico è, poi, prevista per la successione mortis causa dell' obbligazione risarcitoria: infatti, secondo i principi civilistici, l' erede subentra sempre nelle obbligazioni del defunto; viceversa, il debito derivante da responsabilità amministrativa viene trasmesso soltanto se il defunto (dipendente o amministratore) si è illecitamente arricchito (e, di conseguenza, anche l' erede si è arricchito in modo illecito per aver ricevuto, illecitamente, un bene dal de cuius);
- sul presupposto che la responsabilità amministrativa avesse natura contrattuale, la Corte dei Conti aveva sempre ritenuto che il termine di prescrizione per l' azione fosse quello ordinario di 10 anni (art. 2946 c.c.) e non quello quinquennale previsto per il diritto al risarcimento del danno da illecito extracontrattuale (art. 2947 c.c.); la novella del '96 ha ridotto, invece, a 5 anni il termine di prescrizione: questa decorre dalla data in cui si è verificato il fatto dannoso ovvero, in caso di occultamento doloso del danno, dalla data della sua scoperta;
- il soggetto danneggiato è l' amministrazione o l' ente dei quali la persona responsabile sia dipendente o amministratore; la novella del '96 ha, però, esteso la giurisdizione della Corte dei Conti (e, quindi, la responsabilità dell' agente) anche all' ipotesi che il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o ad enti diversi da quelli di appartenenza (ciò significa, pertanto, che nella prospettiva del danno, viene presa in considerazione l' intera area pubblica);
- è necessario sottolineare, infine, che il titolare dell' azione di danni non è l' amministrazione danneggiata, ma (come detto) la procura regionale della Corte dei Conti (ciò si spiega in virtù del fatto che sussiste una seria presunzione che l' amministrazione danneggiata, invece di far valere le sue ragioni contro l' amministratore o il dipendente, sia portata a coprirne la responsabilità, ossia a colludere con lui).

L' art. 27 Cost. stabilisce che la responsabilità penale è personale: ciò significa che del reato rispondono solo i suoi autori che, a seguito di un giusto processo (art. 111 Cost.), vengono condannati ad una pena (detentiva o pecuniaria); tale responsabilità non si estende, invece, né ai loro eredi e aventi causa, né alle persone giuridiche (enti pubblici, s.p.a., associazioni, etc.), delle quali facciano parte i rei. La persona giuridica, infatti, si risolve in una fictio iuris: è un centro di imputazione di rapporti giuridici attivi e passivi, ma perché possa concretamente agire deve avvalersi di persone munite del potere di compiere atti, giuridici e materiali, i cui effetti civili vengono imputati direttamente nella sfera giuridica e materiale dell' ente rappresentato [ad es., l' ordinanza sottoscritta dal sindaco è un atto che si imputa alla sfera

dell'ente (il comune); e chi vuole contestarla deve agire contro l'ente (facendo ricorso al TAR contro il comune)]; gli effetti penali, invece, in virtù dell'antico brocardo *societas delinquere non potest*, si imputano alla persona fisica (al sindaco, nel nostro esempio, dal momento che il comune non può essere corrotto, ma il suo amministratore sì). Nonostante la validità del brocardo citato, il legislatore ha ritenuto comunque opportuno introdurre una nuova forma di responsabilità: la cd. responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 231/01): si tratta, in particolare, di una responsabilità che il pubblico ministero (p.m.) fa valere nei confronti dell'ente come conseguenza dei reati commessi dai suoi dipendenti e amministratori, dinanzi al giudice penale competente a conoscere il reato; qualora il giudice accerti che il dipendente o l'amministratore ha commesso un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente del quale fa parte, su richiesta del p.m., applica all'ente una sanzione amministrativa, che può essere di natura pecuniaria o interdittiva (ad es., la sospensione delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito) o può consistere nella confisca o nella pubblicazione della sentenza. È bene precisare, in ogni caso, che le norme sulla responsabilità amministrativa dell'ente si applicano soltanto nei confronti degli enti pubblici non economici e delle s.p.a. in mano pubblica (non si applicano, invece, allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici e agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale).

Capitolo XI

Le disfunzioni

Lo studio del diritto amministrativo non può limitarsi all'analisi delle norme e della giurisprudenza. Si rende necessaria anche l'individuazione di quel che non funziona nel sistema del diritto amministrativo e dei rimedi che possano riparare alle disfunzioni. Per prima cosa bisogna individuare le disfunzioni di fondo cioè quelle che minano l'intero sistema amministrativo.

Diritto amministrativo e diritto comune: tendenze e controtendenze

Oggi il diritto amministrativo in vari ordinamenti giuridici combina elementi pubblicistici e privatistici. Il diritto dell'Unione Europea incide sul diritto amministrativo. Il diritto amministrativo italiano si è conformato sia alle tendenze dei mondi del common law e sia al riconoscimento di maggiore spazio del diritto privato (si pensi ai principi della correttezza e della buona fede).

Il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie

Il diritto amministrativo ha tentato di raggiungere un equilibrio tra esigenze dell'efficienza, dell'efficacia, del risultato dell'azione amministrativa, da un lato, e ragioni garantistiche degli amministrati dall'altro. A tal fine ha scelto di sottomettere l'amministrazione pubblica a regole che sanno tener conto delle necessità del potere pubblico e della protezione dei destinatari di quel potere: regole che ammettono l'imperatività dei provvedimenti amministrativi, ma sono anche un rafforzamento del potere di controllo del giudice sull'eccesso di potere.

La turbativa politica

La pubblica amministrazione si è emancipata dal potere governativo: i dipendenti pubblici hanno guadagnato garanzie di stabilità: i dirigenti che prima erano subordinati agli organi politici sono divenuti titolari di competenze funzionali proprie. Alcune amministrazioni si sono caratterizzate per spiccata autonomia rispetto al governo. Mentre le amministrazioni pubbliche dotate autonomia sono titolari di poteri decisionali di controllo, le autorità amministrative indipendenti tendono a svincolarsi dalla politica e non sono sottoposte così a direttive governative.

Incompiutezze della partecipazione e della semplificazione

La legge 241/90 ha portato a progressi per quanto riguarda la partecipazione del cittadino ai procedimenti amministrativi e di semplificazione delle pubbliche amministrazioni. Alcuni procedimenti amministrativi generali (quelli urbanistici) restano privi di garanzie partecipatorie. Esistono però norme speciali che assicurano adeguate garanzie partecipatorie in procedimenti amministrativi generali posti in essere in alcuni settori come le telecomunicazioni, le assicurazioni, le banche. La semplificazione normativa è arrivata con la codificazione (si pensi all'ordine che hanno portato il codice del processo amministrativo, il codice dei contratti pubblici, ecc).

Le controtendenze nei confronti della concorrenza e del mercato

Il principio e le regole di concorrenza si sono sviluppati in tutti i continenti. Nell'Unione europea il principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza condiziona tutti gli stati membri. Vi sono comunque controtendenze. Alle leggi pre-concorrenziali si affiancano leggi di tipo protezionistico che ostacolano la competizione tra imprese (si pensi a servizi pubblici affidati senza gara di appalto). La legge n. 27/2012 ha potenziato le misure di liberalizzazione e di promozione della concorrenza.

I confini delle giurisdizioni

Il codice del processo amministrativo stabilisce che sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e di diritti soggettivi concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti atti posti in essere da pubbliche amministrazioni (art. 7 d.lgs. n. 104/2010). Il criterio fondante della giurisdizione amministrativa è l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo. L'esercizio del potere ricorre quando l'amministrazione adotta un provvedimento o un atto amministrativo. Problemi sorgono in tema di nullità: infatti il provvedimento nullo non è espressione di cattivo esercizio del potere amministrativo. In base a vari orientamenti della giurisprudenza vi sono problemi di attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo o al giudice ordinario. L'incertezza del criterio di riparto tra le giurisdizioni costituisce una disfunzione grave del nostro sistema.

Osservazioni finali

Il diritto amministrativo tenta di mantenere un equilibrio tra potere pubblico e posizioni dei privati. Esso da un lato garantisce alle libertà e ai diritti degli amministrati mezzi di tutela procedimentale e processuale; dall'altro il diritto amministrativo ha fornito al potere pubblico strumenti per controllare il potere privato dei soggetti più forti. Bisogna superare le disfunzioni per poter preservare l'equilibrio del sistema.