

Capitolo 3. Diritto amministrativo e diritto europeo

La ricostruzione dell'evoluzione del sistema amministrativo deve affrontare per completezza, il tema del suo condizionamento da parte del diritto europeo.

Da tre decenni si è assistito ad una forte **uropeizzazione del sistema amministrativo** che discende dal processo di adesione e di conformazione dell'ordinamento nazionale di quelle che sono le regole formulate dalle istituzioni europee. Tutto ciò ha un effetto principale → progressivo avvicinamento dei sistemi nazionali, avvicinamento non solo per quanto riguarda le discipline comuni, ma anche dal punto di vista dei principi, un progressivo trasferimento di principi da un ordinamento a un altro tramite la disciplina del diritto europeo. Si avvicinano progressivamente ordinamento nazionale e ordinamento europeo.

Questa azione è caratterizzata innanzitutto dal passaggio da un modello di Stato interventista e imprenditore legato all'idea del welfare state a un modello di Stato che rinuncia a dirigere e gestire direttamente attività economiche e sociali per assumere il ruolo di regolatore pubblico dell'attività svolte dai privati per garantirne condizioni di funzionamento efficiente (c.d. Stato regolatore). Per questo aspetto sono configurabili due diverse forme di regolazione pubblica:

- la prima preordinata a promuovere finalità sociali e garantire che l'attività privata, svolta in regime di concorrenza non pregiudichi gli interessi pubblici ritenuti rilevanti (es. tutela dell'ambiente e quella della salute)
- la seconda finalizzata a massimizzare l'efficienza economica del mercato e a soddisfare le esigenze dei soggetti privati nella loro veste di "consumatori" ma non sempre anche di cittadini.

La disciplina europea ha, da sempre, una forte **impronta mercantilistica**. Essa esprime valori che non sono estranei alla Costituzione, basti pensare alla **libertà d'impresa**.

L'*art. 41 Cost.* contiene una chiara affermazione del principio di libertà d'impresa e della concorrenza mercantile. L'affermazione a livello europeo della concorrenza e del mercato non rompe il disegno costituzionale: il *co. 1* infatti è l'affermazione più limpida della libertà d'impresa, dunque della concorrenza. L'*art. 41 Cost.* tuttavia contiene anche un **co. 3** ove è affermato che la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali: quindi prevede una presenza attiva dello Stato nel processo economico, una presenza che si è tradotta, in una certa stagione politica, in un'idea di programmazione economica in cui lo sviluppo e la crescita economica sono stati legati ad un ruolo di governo dell'economia da parte dello Stato.

Sotto questo profilo il processo di europeizzazione ha percorso due strade:

- la prima è l'affermazione del primato delle libertà individuali (prima tra tutte quella di libera circolazione dei lavoratori) e della loro necessaria coesistenza e armonizzazione quale mezzo per la creazione del mercato unico.
- la seconda è costituita dal rafforzamento di taluni valori già presenti nell'ordinamento nel bilanciamento teso alle scelte da farsi a livello normativo amministrativo. È così che l'*art. 41 co.1 Cost.* ha assunto una specifica centralità nell'ordinamento che ha condotto al dissolvimento di una gran parte di quelle misure di monopolio e di riserva nell'attività economica a favore dello Stato.

Pensiamo all'*art. 43 Cost.*: questa norma è stata per lungo tempo il presupposto attraverso cui tutta una serie di attività economiche hanno finito per costruire oggetto di monopolio pubblico. Ai fini di utilità generale, la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie d'impresе, che si

riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.

C'è stato infatti un periodo in cui l'energia elettrica era prodotta da una pluralità di operatori: all'inizio degli anni '60, l'epoca del boom economico, per garantire uno sviluppo omogeneo del paese e per sopperire alla richiesta di energia elettrica che veniva dalla società, lo Stato procedette alla nazionalizzazione dell'energia elettrica → quella che in precedenza era un'attività privata divenne, così, un'attività pubblica gestita da un ente pubblico economico il cui acronimo sopravvive ancora oggi: Enel (ente nazionale energia elettrica). Fino a quando non è stato avviato il processo di liberalizzazione dell'attività economica, accompagnato dalla privatizzazione degli enti pubblici economici, questa attività è stata prodotta dallo Stato in regime di monopolio ex art. 43 Cost.

All'inizio degli anni 60, Nel bilanciamento degli interessi che presiedeva alle decisioni in materia economica e al ruolo della c.d. "mano pubblica", ha preso il sopravvento una certa lettura del testo costituzionale che poi è divenuta recessiva man mano che il diritto dell'unione europea ha sempre più condizionato la disciplina interna.

Questa conclusione non significa che il diritto europeo non contempra ipotesi di promozione e di tutela di altri interessi (economici ed extra economici): è il trattato stesso a prevedere che, per rimuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'unione, questa sviluppi e prosegua la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economico sociale e territoriale (artt. 174 e segg. TFUE).

Ancora, in tema di servizi pubblici è disposto che, al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati.

Infine, possono essere richiamati quegli interventi preordinati a conseguire uno sviluppo economico sostenibile, coerente con un uso e una gestione prudente delle risorse naturali: ad esempio per controllare le emissioni industriali e ridurre la quantità, l'Unione ha previsto un sistema di autorizzazioni integrate e il rilascio dell'autorizzazione da parte all'autorità competente deve tener conto di tutte le prestazioni ambientali per evitare che l'inquinamento sia spostato da un elemento (acqua, suolo) ad un altro (direttiva UE 75/2010 sulle immissioni industriali).

I valori e i modelli che l'ordinamento europeo persegue e che impone agli Stati membri penetrano attraverso canali variegati. Innanzitutto, sono le singole amministrazioni nazionali che devono conformare la propria azione alla normativa europea (specie ai regolamenti e alle direttive) nella cura dell'interesse pubblico. Un *esempio* tipico è la materia dei **contratti pubblici**, la cui disciplina è interamente di derivazione europea, caratterizzata da una finalità principale, quella di aprire il mercato. Poi è il diritto europeo a prevedere delle vere e proprie politiche pubbliche da attuare attraverso le amministrazioni nazionali.

L'esistenza dell'UE pone il problema della configurazione di un'amministrazione nazionale che fornisca applicazione al diritto europeo: è il **c.d. fenomeno dell'amministrazione europea indiretta**. In queste ipotesi l'UE affida ai singoli Stati membri il compito di sviluppare la disciplina europea attraverso i propri apparati amministrativi interni e secondo le proprie regole, la cui attività è configurata come funzione doverosa che deve necessariamente essere svolta per raggiungere gli obiettivi prestabiliti in sede europea. Ne è un esempio tipico il settore dell'agricoltura ed, in particolare la disciplina del mercato agricolo, oggi in gran parte di competenza del diritto europeo.

Questa ultima modalità dà luogo ai maggiori problemi perché in queste ipotesi le amministrazioni nazionali devono esercitare i propri poteri applicando il diritto europeo e in una qualche misura, variabile in relazione alle differenti fattispecie, anche il diritto nazionale. Talché deve distinguersi il caso in cui l'amministrazione nazionale sia tenuta a rispettare i regolamenti europei, da quella in cui sia chiamata a fare attuazione alle direttive → ma entrambe pongono il problema della **uniformità dell'applicazione delle regole**.

L'applicazione uniforme del diritto dell'UE e dunque la certezza giuridica viene garantita attraverso il **c.d. rinvio pregiudiziale** nei casi in cui l'esercizio dei poteri amministrativi in applicazione di norme comunitarie (ovvero di una disciplina interna di recepimento della normativa europea) abbia dato luogo a controversie dinanzi al giudice nazionale concernenti la legittimità dei singoli provvedimenti adottati. Mediante il rinvio pregiudiziale un giudice nazionale può così interrogare la **Corte di giustizia dell'UE** sull'interpretazione o sulla vicenda giuridica oggetto della sua decisione.

Quest'ultimo aspetto richiama il **principale canale di propagazione del processo di europeizzazione** ossia la relazione tra le fonti normative europee e quelle interne.

I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo hanno costituito l'oggetto, nel corso degli anni, di un lungo processo evolutivo scandito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale (esigenza di rendere sempre più compatibili i due ordinamenti). L'opera della **Corte costituzionale** è stata per questo decisiva → anzitutto perché si è trattato di definire le relazioni tra l'ordinamento intero e l'ordinamento dell'UE, nuovo e diverso dalle comuni organizzazioni internazionali. Pertanto il tradizionale approccio dualistico, improntato alla separazione degli ordinamenti giuridici appariva inadeguato.

Oggi, il punto di approdo è costituito dal riconoscimento di un rapporto di reciproca integrazione e coordinamento regolato dal **principio di sussidiarietà e proporzionalità** nell'esercizio delle rispettive competenze e dal **primato del diritto europeo**, primato che ha un significato ben preciso → qualsiasi norma interna contrastante con il diritto europeo direttamente applicabile deve essere disapplicata sia dal giudice naturale che dalla p.a. A questo risultato interpretativo si è arrivati attraverso un'evoluzione che si sviluppa in **4 fasi**:

1. nella **prima fase** la Corte Costituzionale ha escluso la prevalenza del diritto europeo sul diritto nazionale ritenendo che il rapporto tra norme europee e norme interne fosse **equiordinazione**. Con la *sent. 14/1964* (caso Costa c. Enel) la Corte costituzionale ritenne che l'art.11 Cost. non conferisse alla legge esecutiva dei trattati alcuna efficacia superiore a quella delle altre leggi in quanto gli atti comunitari immessi con legge ordinaria nel nostro ordinamento dovevano essere valutati in base al **criterio cronologico** e quindi considerati abrogabili da leggi interne posteriori;
2. la **seconda fase** vede protagonista la *sent. 183/1973* (caso Frontini) e quella 232/1975 (Industrie chimiche farmaceutiche Italia centrale s.p.a. c. Ministro del commercio con l'estero) dove si assiste ad un **primo riconoscimento del primato del diritto europeo** su quello interno. La Corte costituzionale chiarisce che i rapporti tra i due ordinamenti sono fondati sui seguenti principi:
 - l'attribuzione di potestà normativa agli organi delle Comunità europee, con la corrispondente limitazione di quella propria dei singoli Stati membri ha fondamento nell'**art 11 Cost**, che legittima le limitazioni dei poteri dello Stato a favore delle Comunità in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale;
 - i regolamenti emanati dai competenti organi delle Comunità europee appartengono all'ordinamento proprio delle Comunità: il diritto di queste e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come **sistemi giuridici autonomi e distinti**, ancorché **coordinati** secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato;
 - le esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie debbano avere **piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri**, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come aventi forza e valore di legge, in modo tale da conseguire applicazione uguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari;
 - i regolamenti delle Comunità, quali **fonte immediata** di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti della Comunità, non devono essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possano comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarvi o abrogarli, anche parzialmente.

La violazione dei regolamenti comunitari da parte di leggi ordinarie costituisce una violazione mediata dell'art. 11 Cost e pertanto tali leggi possono essere impugnate davanti alla Corte costituzionale per un vaglio di legittimità.

3. la **terza fase** dell'evoluzione dei rapporti tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale è inaugurata dalla *sent. 170/1984* (caso Granital). Le impostazioni della *Corte di giustizia* e della *Corte costituzionale* restano tuttavia **divergenti**. Mentre per la Corte di giustizia i due ordinamenti (europeo e nazionale) sarebbero legati da un rapporto di integrazione (nel senso che nonostante le differenze confluiscono nell'ambito di un ordinamento unitario), la Corte costituzionale continua a professare la loro autonomia e separatezza anche se tra loro coordinati (nel senso che le norme europee fanno parte di un ordinamento esterno al quale si coordina quello nazionale). Secondo questa ricostruzione per effetto dell'art. 11 Cost. e della legge di esecuzione del Trattato, l'ordinamento nazionale si ritirerebbe lasciando uno spazio libero alla produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento europeo. La norma interna incompatibile non sarebbe tuttavia né abrogata né affetta da invalidità, resterebbe quiescente (temporaneamente incapace di trovare applicazione in forza di una norma europea, con al conseguenza che il giudice deve considerarla *tamquam non esset*). La Corte costituzionale conferma quindi la **natura dualistica dei due ordinamenti autonomi e distinti** e il giudice ha il compito di garantire la prevalenza delle norme comunitarie disapplicando quelle norme interne che sono in contrasto senza sollevare la questione di costituzionalità. Al **giudizio di costituzionalità** rimangono assoggettate sia le leggi di esecuzione del Trattato di Roma in caso di violazione del c.d. "controlimiti" sia le leggi interne che impediscono o pregiudicano la perdurante osservanza dei Trattati. La Corte ha definito inoltre che sono direttamente applicabili sia le sentenze interpretative e di inadempimento della Corte di giustizia che le c.d. "direttive dettagliate" quando è scaduto il termine di recepimento e queste risultino precise. Inoltre non spetta al giudice disapplicare la normativa interna incompatibile, ma anche alla pubblica amministrazione;
4. la **quarta fase** di questo processo è rappresentato dalle aperture della giurisprudenza costituzionale alla tesi monistica patrocinata dalla Corte di giustizia. Con la *sent. 384/1994* la Corte ha ritenuto ammissibile giudicare della legittimità costituzionale di leggi statali o regionali impuginate per violazione di norme comunitarie direttamente applicabili e quindi per violazione dell'art. 11 Cost. Tale sentenza ha per la prima volta affermato l'esigenza di depurare l'ordinamento nazionale da norme incompatibili con quelle comunitarie mediante una dichiarazione di illegittimità costituzionale (pag. 33 parole Corte). Sono i principi di certezza giuridica e di conformità dell'ordinamento interno a quello comunitario che impongono alla Corte di giudicare della compatibilità comunitaria delle leggi statali e regionali. La tesi dell'integrazione tra i due ordinamenti potrebbe trovare conferma dopo la riforma del Titolo V → il riferimento è ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo sull'esercizio della potestà legislativa statale e regionale previsti dall'**art. 117 Cost.** L'efficacia delle norme europee non sarebbe più il frutto di una scelta contingente, ma diviene una situazione compiuta nella quale lo Stato italiano ha deciso di integrarsi in modo permanente in sede europea. L'impostazione monista trova la sua definitiva affermazione nella *sent. 28/2010* dove per la prima volta **la Corte dichiara l'incostituzionalità di una norma interna confliggente con una norma comunitaria non direttamente applicabile, stante l'impossibilità di operarne la disapplicazione o di correggerla.** La Corte afferma che le norme europee "sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie dell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117 co.1 Cost." mostrando una **apertura alla tesi monista.**

Una tappa importante nell'evoluzione dei rapporti tra diritto interno e diritto europeo è rappresentata dall'ord. 15 Aprile 2008 n. 103 e dall'ord. 18 Luglio 2013 n. 207, con la quale la Corte costituzionale ha, per la prima volta ammesso nel giudizio di costituzionalità delle leggi la **possibilità di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia** ai sensi dell'art. 267 TFUE (leggere ordinanza pag. 33).

Affrontiamo 6 tematiche che si sviluppano su 3 fronti:

- **principi,**
- **organizzazione,**
- **funzione.**

• **PRINCIPI**

Esistono due categorie di principi:

- **principi direttamente enunciati o desumibili dalla normativa europea,**
- **principi generali comuni ai diritti degli Stati membri**

I principi fondamentali sono diversi: pluralismo, non discriminazione, tolleranza, giustizia solidarietà, parità tra uomini e donne, dignità umana, libertà, democrazia, uguaglianza, rispetto dei diritti umani (generalissimi), poi ancora sussidiarietà, adeguatezza, proporzionalità, buona amministrazione (principalmente del diritto amministrativo).

Ciascuno di questi principi è già desumibile dal nostro ordinamento, ciò che interessa è che in questi casi non si può parlare esattamente di azione del diritto europeo nel diritto nazionale, perché questi principi sono già esistenti nel nostro ordinamento, nel diritto nazionale.

Facendo un passo indietro possiamo concentrare l'attenzione sulla prima categoria di questi principi direttamente enunciati o desumibili dalla normativa europea, che sono quelli non presenti originariamente nel nostro ordinamento e non sono neanche enunciati in maniera chiara nell'ordinamento dell'UE (TUE), ma sono desumibili da questo.

Tra tutti i principi ce n'è uno importante che è il **principio di precauzione**, di origine etica, ed è l'esempio emblematico di principio **desumibile** dall'UE, proprio perché neppure l'UE ha avuto il coraggio di definirlo, ma semplicemente lo richiama e per effetto di questo richiamo il principio di precauzione entra nel nostro ordinamento per effetto del richiamo viene richiamato nel TFUE (**art. 191** → *si dice che la politica dell'UE in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela (ambientale) tenendo conto delle varie diversità delle varie regioni dell'Unione, essa (quella tutela) è fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva*).

Il principio di precauzione è quel principio che consente, in materia ambientale, ma anche in materia di salute, all'amministrazione di adottare scelte di tipo precauzionale **indipendentemente dall'esistenza di una certezza** scientifica su un pericolo.

Es. nel caso in cui ci sia un farmaco di cui non si hanno certezze sugli effetti collaterali negativi, il principio di precauzione permette all'amministrazione di non adottare quel tipo di farmaco nel proprio mercato. Lo stesso vale per l'ambiente → solo l'esistenza del dubbio che una determinata sostanza possa produrre un rischio per una determinata specie può consentire all'amministrazione di impedire a quella determinata industria di scaricare quelle sostanze). Il mero dubbio porta alla non adozione di un'attività o all'adozione di atti che impongono ad un operatore economico di cessare l'attività (atti limitativi dell'attività, pubblica o privata).

Il **mero dubbio sulla certezza** di un rischio dà tale potere all'amministrazione. Il problema che pone questo principio è che l'ordinamento giuridico possa essere investito da un approccio di carattere etico è enorme, cioè il **rischio** di questo principio è che attraverso la sua applicazione si possa **bloccare l'attività economica** quindi è stato necessario un processo di **giuridicizzazione**, si è intervenuti giuridicamente ponendo dei limiti all'applicazione di tale principio. L'impatto che questo principio ha sul nostro ordinamento è enorme perché ha consentito non soltanto all'amministrazione, ma anche ai giudici nazionali di condannare certi comportamenti rischiosi → sulla base di questo principio ci sono stati casi in cui il giudice amministrativo ha condannato l'amministrazione ad adottare dei provvedimenti sulla sola base del rischio che una certa

pratica producesse dei danni, ad es. per la salute umana. È il caso di ciò che è avvenuto in Puglia, quando il giudice italiano pur dicendosi consapevole che fosse impossibile di determinare con certezza l'esistenza di un rischio a causa della natura insufficiente dei risultati degli studi condotti ha riconosciuto a dei cittadini un diritto al risarcimento del danno biologico in considerazione delle conseguenze che si vedranno costretti a subire o presumibili in futuro. In particolare modo questa sentenza è particolarmente criticabile perché non regge secondo l'*art. 2043*, non c'è ancora il danno (sentenza giuridicamente poco fondata). Il diritto dell'UE entra anche in questo modo e consente ai giudici nazionali di condannare l'amministrazione in forza di un principio che è meramente enunciato nel TFUE.

Tale principio non è solo uno strumento nelle mani del giudice, ma ha finito per conformare le attività dell'amministrazione e i principi semplicemente enunciati dall'UE finiscono per condizionare anche il modo di essere dell'amministrazione nazionale. È in forza del principio di precauzione che tutta una serie di procedimenti dell'amministrazione nazionale sono stati rivisti in forza dei principi desumibili dall'Unione. L'amministrazione prima di decidere deve acquisire l'insieme delle conoscenze e ciò rende l'attività amministrativa sempre più complessa. Il principio di precauzione lascia immaginare la presenza di interessi non ancora radicati perché si tratta di un **dubbio sulla possibilità di un rischio**: cui può andare in contro un determinato soggetto o una determinata collettività, tale principio viene inventato a livello europeo senza essere in quella sede specificato dal legislatore, ma che attraverso l'uso che ne fanno le Corti di giustizia e i giudici nazionali (la giurisprudenza) finisce per incidere profondamente sull'ordinamento.

• ORGANIZZAZIONE

Il secondo aspetto di questo percorso è il profilo dell'**organizzazione**, perché i principi condizionano l'organizzazione. In primo luogo definiamo p.a., in secondo luogo parliamo dell'impatto sulle relazioni organizzative.

Non esiste una definizione generalmente condivisibile di p.a. perché in base all'ambito in cui ci si trova c'è una definizione di amministrazione diversa. Nella legislazione vigente esistono tante definizioni di p.a. quante sono le discipline a essa applicabili (una definizione di p.a. funzionale all'applicazione sulle gare, sulle leggi di stato, in materia finanziaria, al pubblico impiego ecc...)

Una definizione particolarmente interessante di pubblica amministrazione è la definizione finanziaria di pubblica amministrazione dal p.d.v. contabilità pubblica → il diritto dell'UE in seguito alle vicissitudini di crisi economica (2008-2009) ha imposto agli Stati membri e in particolare all'Italia di inserire nell'ordinamento a livello costituzionale il **principio del pareggio di bilancio**, infatti se prendiamo l'*art. 97 Cost.* è cambiato, è stato aggiunto il primo comma che dice che le pubbliche amministrazioni in coerenza con l'ordinamento dell'UE assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.

Come fa l'Italia prima e l'UE poi, a verificare che siano assicurate l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico?

Dobbiamo individuare il confine in maniera precisa tra tutti quei soggetti identificabili come p.a. che contribuiscono a formare il bilancio pubblico e di conseguenza anche il debito. Per questa ragione nasce il **Sistema europeo dei conti nazionali** e in forza di questa disciplina, l'INSTAT deve formare l'elenco delle amministrazioni pubbliche (ogni anno), il *regolamento UE 549/2013* si preoccupa di dire che cosa è l'amministrazione dal p.d.v. della contabilità pubblica e sulla base di questo regolamento l'INSTAT forma ogni anno questo elenco. Per questo regolamento sono da considerare amministrazioni pubbliche quelle unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi, non destinati alla vendita, la cui produzione di beni e servizi è destinata a consumi collettivi e individuali e che sono finanziate dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del Paese. Esiste una definizione di p.a. i cui caratteri essenziali sono: la produzione di beni e servizi non destinati alla vendita, ma destinati a consumi collettivi la cui la produzione non è recuperata dalla provento della vendita di questi beni (se non in parte) → sono soggetti che producono beni e servizi al di fuori del mercato, che non sono

destinati ad uno scambio sul mercato, ma la loro produzione è destinata alla collettività o al singolo individuo, e il cui costo per la produzione è sopportato dal fruitore finale attraverso il pagamento di un costo che tuttavia non copre l'insieme dei costi sopportati dal produttore. Questi insiemi di attività sono svolte sulla base di risorse che non sono acquisite sul mercato, ma che sono attribuite dal soggetto erogatore dietro un riconoscimento economico, ma il punto è che quel pagamento/contributo che viene chiesto al beneficiario non è sufficiente a coprire l'insieme dei costi sopportati dal soggetto produttore (es. il ticket di 50 euro che si paga per l'analisi del sangue all'ASL non copre il costo dell'analisi, infatti se si va in una clinica privata si spende molto di più, lo stesso vale per il costo pagato per il rilascio della Carta d'identità) La definizione di p.a. viene dal diritto europeo. La disciplina del diritto europeo permea per intero la disciplina di diritto amministrativo.

C'è una particolare categoria di amministrazione che si chiama **Istituzione senza scopo di lucro** la cui caratteristica è quella di essere controllata dall'amministrazione pubblica: questo soggetto non sarebbe in prima battuta un'amministrazione, ma è controllata dalla p.a. e per il solo fatto di essere controllata dall'amministrazione pubblica, ai fini del pareggio di bilancio, anche essa deve essere considerata amministrazione. Vi è **controllo** se ricorre uno o più di questi **5 parametri**/indicatori:

- nomina dei funzionari da parte dell'ente pubblico controllante,
- disposizioni nello statuto imposte dall'ente controllante,
- accordi contrattuali con l'ente controllante,
- grado di finanziamento dell'ente controllante,
- esposizione al rischio d'impresa dell'Istituzione senza scopo di lucro (al fine del pareggio di bilancio se l'ente controllato rischia il default, interviene l'ente controllante per salvarlo? Se interviene l'ente controllante per salvarlo, questo ha un impatto sulla finanza pubblica quindi il livello di indebitamento del controllato deve essere monitorato)

C'è anche il **caso delle federazioni sportive nazionali**. Ci si chiede se si possano considerare le federazioni sportive nazionali, amministrazioni pubbliche ai fini dell'elenco INSTAT. Esiste una l. 242/1999 poi modificata nel 2004 che espressamente afferma che le federazioni sportive nazionali sono associazioni di diritto privato. Nonostante questo l'INSTAT aveva inserito due federazioni sportive nell'elenco delle amministrazioni pubbliche, la Corte dei conti è contraria a questo inserimento (anche se poi sono state disinserite essendo che erano soggetti privati). L'INSTAT riteneva che queste federazioni sportive potessero essere ricondotte a quell'elenco in base a due elementi:

1. il fatto che alle federazioni arriva, tramite il CONI, una certa quota di **contributo pubblico**,
2. perché se si vuole seguire una determinata disciplina in Italia è necessaria l'iscrizione alla federazione sportiva nazionale di quella disciplina, di conseguenza si crea una sorta di monopolio, quindi la **quota d'iscrizione** può essere interpretata come tassa.

Siccome il contributo da parte del conti e la somma delle quote di iscrizione annuale superano il 50% delle entrate del bilancio della Federazione italiana golf, ciò significa che tale federazione, per l'INSTAT è un'amministrazione pubblica. Tale questione è stata portata davanti alla Corte di giustizia europea e alla fine sono state disinserite le federazioni sportive, che sono soggetti privati. La Federazione italiana golf fa ricorso al giudice amministrativo contro l'elenco INSTAT, il giudice nazionale non si prende la briga di definire se la Federazione italiana golf è amministrazione o meno, allora si porta la questione dinanzi alla Corte di giustizia europea e il governo italiano ha scelto di non prendere posizione, la vicenda viene rimessa totalmente all'Europa (ecco l'europeizzazione del diritto che permea totalmente: è un processo di globalizzazione inconsapevole in quanto il governo non interviene rilasciando tutto all'Europa).

Non si possono definire in maniera oggettiva e assoluta i confini dell'amministrazione pubblica, è più semplice definire dal punto di vista funzionale cos'è la p.a., ma una volta raggiunto questo obiettivo (cioè la definizione funzionale di p.a.), definire quali sono i soggetti che compongono questo insieme è estremamente complicato perché dipende dalla prospettiva che si assume nella qualificazione del soggetto la determinazione dei confini → poi tocca al giudice, caso per caso, andare ad individuare se quel soggetto è

p.a. o meno, non è che il legislatore non vuole legiferare, qui non c'è la possibilità di individuare in termini generali e astratti, tramite la legge, i soggetti, lo fa l'INSTAT ma con tutte le problematiche che si porta dietro quell'elenco. Casisticamente si riescono ad individuare i soggetti, ma ancora non abbiamo una definizione generale che riesca a confinare l'insieme.

Sul fronte dell'organizzazione, vi è un altro aspetto che subisce il condizionamento del diritto europeo, sono le **4 relazioni organizzative** che sono:

- **gerarchia** superiore e sottordinato,
- **direzione** quando l'organo sovraordinato condiziona e orienta l'attività dell'organo sottordinato,
- **controllo**,
- **coordinamento**, quando due soggetti coordinano la loro attività.

Il diritto UE introduce una variante del modello organizzativo del coordinamento che è la c.d. "**coamministrazione**" che si affianca ai due modelli dell'amministrazione diretta ed indiretta. A questo proposito nell'attuale fase di espansione dell'UE uno spazio non marginale è occupato dalle forme di esercizio congiunto delle funzioni tra amministrazione nazionale e amministrazione europea, si tratta di modelli di azione che richiedono la cooperazione di diversi soggetti per realizzare le finalità dell'UE.

In particolare modo la **coamministrazione** presenta 4 caratteristiche:

- la prima è che il potere di indirizzo è riservato alla Commissione europea,
- il potere di attuazione è riservato all'amministrazione nazionale,
- lo scopo di quella funzione è comune, la funzione è predeterminata normativamente,
- la natura di quella funzione è duplice (nazionale ed europea).

Se analizziamo la formula organizzativa più nel dettaglio, si ha l'impressione che questa formula si ponga a cavallo tra tre formule che già conosciamo che sono → quella del **decentramento amministrativo** che determina uno spostamento di funzioni dal centro alla periferia, quella dell'**abbalimento** (?) che designa una relazione tra due organizzazioni in forza della quale la prima utilizza strutture della seconda e quella della **delegazione**, in base al quale l'esercizio di una funzione viene trasferita per un tempo determinato dal soggetto delegante al soggetto delegato sulla base dei criteri direttivi.

La coamministrazione, in realtà, si distingue da ciascuna di queste tre formule perché in realtà la coamministrazione dà vita ad un procedimento unico, nazionale ed europeo che implica la ripartizione delle competenze tra autorità nazionali e autorità europee per uno scopo comune, una funzione di cui sono titolari entrambi (amministrazione europea e nazionale) per uno scopo comune nazionale ed europeo dove i compiti sono ripartiti secondo questo schema: potere di direzione da parte dell'amministrazione europea e potere di attuazione da parte dell'amministrazione nazionale.

Es. → la *direttiva europea 18/2001* si occupa della procedura di autorizzazione all'immissione nel commercio di prodotti geneticamente modificati, l'autorità nazionale deve svolgere un'istruttoria preliminare sulla domanda di autorizzazione, superata positivamente questa fase il fascicolo è notificato alla Commissione europea, in caso di valutazione positiva, l'autorità nazionale è tenuta a rilasciare l'autorizzazione in conformità alla decisione adottata a livello europeo (amministrazione nazionale - istruttoria - amministrazione europea - esito - ritorno all'amministrazione europea per l'attuazione).

Ciò consente di capire la coamministrazione; il potere di indirizzo è radicato a livello di Unione europea, mentre il potere di attuazione è radicato a livello nazionale, tutto ciò per uno scopo comune, la tutela della salute. Tutto ciò segue un procedimento predeterminato normativamente (principio di legalità, che è l'invariante del diritto amministrativo). La quarta caratteristica è che la funzione è comune.

• FUNZIONE

Qual è il ruolo dell'amministrazione nazionale nell'attuazione di quei diritti soggettivi che trovano una particolare tutela a livello europeo? Qual è il ruolo dell'amministrazione nel percorso di unificazione

dell'UE? (unificazione). Qual è l'integrazione mancante dal p.d.v. dell'amministrazione? (integrazione mancante). Ci concentreremo sulla risposta alla **prima domanda** (sul ruolo dell'amministrazione nel processo di integrazione europea) qui non si può non pensare al diritto alla salute e al diritto all'istruzione. A questo riguardo è stato rilevato che grazie ad una monumentale opera giurisprudenziale, è stata riconosciuta ai cittadini europei la possibilità di istruirsi e curarsi ovunque in Unione Europea. Qual è la conseguenza di questi fattori? Si è finito per creare un'internal market ed una soft competition, non solo tra le istituzioni, ma anche tra i diversi sistemi presenti negli stati membri e si crea anche una sorta di competizione, concorrenza. Si parla di **portabilità dei diritti sociali**.

Perché a livello europeo non c'è un procedimento amministrativo? A livello europeo, il diritto amministrativo si costruisce attorno a due pilastri che hanno 2 concezioni esattamente opposte del diritto amministrativo e in particolare del procedimento amministrativo:

- *diritto amministrativo tedesco*, in Germania si trova una legge sul procedimento amministrativo che definisce le forme e le modalità per l'assunzione della decisione, quindi l'attività amministrativa è fortemente procedimentalizzata, dettagliata;
- *diritto amministrativo francese*, che non conosce una legge generale sul procedimento amministrativo, ma conosce pezzi di legislazione che riguardano aspetti specifici di modalità di assunzione della decisione, nell'ordinamento francese è il giudice amministrativo che definisce in forma casistica le modalità di assunzione della decisione.

Per questo in *Europa* si riproduce questa **dualità**: se il signore del procedimento amministrativo sia la legge o sia il giudice—> si confrontano due dogmatiche-giuridiche forti e l'incertezza determina l'incapacità di formulare a livello europeo una legge generale sul procedimento amministrativo di cui probabilmente i principali fautori sono gli italiani. Il tema di una legge generale sul procedimento amministrativo è ricorrente in Italia perché noi abbiamo conosciuto la legge sul procedimento amministrativo solo nel 1990 (80?) e vorremmo riproporre in sede europea quelle stesse modalità (questo resta un nodo irrisolto).

15-10-18

Gli effetti dell'Unione europea sul diritto amministrativo riguardano l'organizzazione e la conformazione del diritto europeo: gli effetti del diritto europeo sul diritto amministrativo si sono prodotti nel corso del tempo e non in un momento unico ed isolato anche perché gli effetti dell'Unione sono gli effetti che discendono dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. L'influenza del diritto europeo sul diritto amministrativo ha subito una forte evoluzione nel corso del tempo, è maggiore oggi rispetto a quanto non era nei suoi inizi. Più di recente il nostro ordinamento si è aperto ai principi dell'UE, questa *apertura* è sintetizzata sia nell'*art. 117 Cost. che nell'art.1 della l. 241/1990*. I mutamenti che si producono d'ora in avanti non sono unicamente dei mutamenti endogeni, ma sono dei mutamenti che subiscono il condizionamento di fattori esterni.

Dagli anni '60/'70 sono avvenuti molti cambiamenti per l'amministrazione, quella amministrazione parastatale o per enti finisce per assumere una dimensione molto consistente e proprio nel momento della sua maggiore espansione l'amministrazione entra in *crisi* per una serie di vicende. Con la fine degli anni '70 e nel corso degli anni '80 si affermano nuove ideologie che coinvolgono anche il ruolo dello Stato nella società e la posizione che lo Stato e i poteri pubblici devono assumere in relazione a 2 aspetti:

- **la costituzione della società,**
- **lo sviluppo della persona.**

Nel corso degli anni '80 si afferma un'ideologia per cui **la società non esiste, esistono gli individui** ciò ha un riflesso sullo stesso diritto amministrativo, sul ruolo dello Stato e sul sistema amministrativo. Questo processo parte con **lentezza**: le forme di funzionamento del sistema amministrativo non erano indenni da critiche, vi erano aspetti del funzionamento del sistema amministrativo particolarmente critici, che presentavano dei difetti che nel corso del tempo si erano ingigantiti e uno di questi era l'efficienza dell'azione amministrativa.

Il primo passaggio in questa rivisitazione del sistema amministrativo infatti riguarda una serie di **riforme** preordinate a restituire efficienza ed efficacia all'organizzazione amministrativa. Il profilo più **emblematico** di questo passaggio è rappresentato dal passaggio da una formula organizzativa che è quella dell'azienda-organo a favore di un modello conosciuto, quello dell'ente pubblico economico. La vicenda è sintetizzata dalla modalità organizzative delle ferrovie dello Stato. A metà degli anni '80 le ferrovie dello Stato che erano un'azienda-organo al cui vertice trovavamo il ministro dei trasporti con una legge del 1985 tale azienda viene trasformata in ente pubblico economico separandola nella gestione dal ministero dei trasporti: al vertice non si trova più il ministro dei trasporti, ma il Presidente del nuovo ente pubblico, l'ente ferrovie dello Stato (appare il primo segno di un mutamento—> passaggio **dall'azienda-organo all'ente pubblico economico**).

La vera svolta la abbiamo all'inizio degli anni '90 —> le nuove ideologie si sono già affermate e le nuove ideologie si affiancano ad un processo storico caratterizzato da una grande crisi finanziaria dello Stato (viene messo in discussione il "welfare state"). L'insieme di queste ragioni dà il via a quello che viene individuato come il momento iniziale di quel processo di **privatizzazione**, si tratta di un processo che è ancora in corso di privatizzazione degli enti pubblici economici. Anche l'ente pubblico economico, che aveva soppiantato le vecchie aziende (ferrovie dello stato, dei monopoli) finisce per subire un **giudizio negativo** —> dall'ente pubblico economico a **società per azioni**, che è il primo passaggio del processo di privatizzazione. Si passa da una forma pubblicistica a una forma privatistica ossia dall'ente pubblico economico alla società per azioni e si tratta di una privatizzazione di carattere sostanziale, una **dismissione** (smettere, abbandonare parte della propria attività) dell'attività da parte del soggetto pubblico.

Come si realizza questo processo? Il primo passaggio è la trasformazione di questi soggetti, in soggetti privati. Un ente pubblico economico è ad *esempio* l'ENI (ente nazionale idrocarburi) si costituisce negli anni '50-'60 si occupa di idrocarburi e costituisce sotto la spinta di Enrico Mattei con lo scopo della coltivazione dei giacimenti petroliferi in Italia per la ricerca del petrolio nei paesi medio-orientali. Si tratta di un ente pubblico, che svolge un'attività economica-imprenditoriale, è quell'attività pubblica che fa impresa: è **l'imprenditore pubblico dietro il quale c'è lo Stato**. Questo modello dell'ente pubblico economico regge per un quarantennio (anche se in realtà nasce con l'IRI nel '32 e regge 60 anni) nel 1992 la forma dell'ente pubblico economico implode per una serie di vicende politico-giuridiche. Lo Stato, che è presente in una molteplicità di settori economici, attraverso l'ente pubblico economico avverte la necessità di dismettere parte di questa sua attività e ciò avviene tramite un processo di mutamento della forma organizzativa (dall'ente pubblico economico alla società per azioni) attraverso il quale il soggetto gestisce quelle attività (muta la forma ma resta in mano al soggetto pubblico).

Dal p.d.v. tecnico potremo riassumerlo così—> la forma del capitale che caratterizza l'ente pubblico economico si chiama fondo di dotazione e la trasformazione dell'ente in società per azioni comporta una **suddivisione del capitale di dotazione** in un certo **quantitativo di azioni**. Il capitale di quel soggetto non è più un capitale di dotazione ma diventa un capitale formato da un certo numero di azioni e queste azioni possono continuare ad essere detenute dallo Stato (Società per azioni in mano pubblica) oppure la società per azioni in mano pubblica può essere quotata sul mercato e le azioni vendute in tutto o in parte la vendita delle azioni determina la progressiva privatizzazione sostanziale di questo soggetto perché lo Stato a questo punto può vendere tutte le azioni, venderle in parte (o la quota maggioritaria del capitale e quindi diventa un azionista di minoranza oppure può riguardare una piccola parte del capitale e allora lo Stato resta l'azionista di maggioranza).

Es. Telecom - Tim rappresenta la vicenda in cui lo Stato dismette interamente il capitale azionario di quella società che precedentemente deteneva.

Per quanto riguarda l'**Eni** lo Stato ha venduto una quota delle azioni, ma quelle che ancora detiene fanno sì che lo Stato sia l'azionista di maggioranza

Le **Ferrovie dello stato** sono ancora totalmente in mano allo stato, quindi siamo di fronte ad una società per azioni a totale partecipazione pubblica.

Tutto ciò rivoluziona il panorama: questo muta il ruolo dello Stato, che dismette le vesti di operatore economico e la sua qualità di imprenditore e quindi di un soggetto che produce beni e servizi preordinati a soddisfare i bisogni e le esigenze dei propri cittadini, dismette questo ruolo e ne assume contestualmente uno diverso —> **dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore** (lo Stato assume sempre più le vesti di regolatore e regola il mercato perché i bisogni e le esigenze dei soggetti devono essere soddisfatte attraverso il mercato). Questo passaggio non è neutro e c'è una formula che ce lo ricorda: **“di fronte allo Stato il soggetto privato è cittadino, di fronte al mercato il soggetto privato è consumatore”**. Ciò ci dice come probabilmente la soddisfazione dei bisogni e delle esigenze di questo soggetto non siano soddisfatti in maniera identica da queste due diverse forme. Il passaggio dallo Stato-imprenditore allo Stato-regolatore comporta una trasformazione anche dei contenuti che caratterizzano il destinatario dell'attività, che non è più il cittadino, ma è nelle migliori delle ipotesi l'utente, nella peggiore il consumatore.

Gli *anni '90* per il sistema amministrativo italiano sono gli anni del mutamento, gli anni '90, '92, '97 e 2001 sono le tappe di un profondo mutamento che sconvolge totalmente il sistema amministrativo e anche il diritto amministrativo che per tanto tempo era stato insegnato sui manuali tradizionali degli anni '80, che non sono più idonei a rappresentare il nuovo sistema.

Le **principali riforme** sono:

- quelle che riguardano le autonomie locali (*l.142/1990*),
- quelle che riguardano il procedimento amministrativo (*l.241/1990*),
- decreto legislativo *29/1993* che riguarda il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

Queste tre riforme unitamente a quei decreti legge che avviano il processo di privatizzazione sono e rappresentano i cardini su cui si avvia il mutamento del sistema amministrativo. **Quali sono i principi che caratterizzano questo mutamento?**

1. innanzitutto vi è il tentativo di procedere ad una semplificazione amministrativa,
2. una razionalizzazione dell'organizzazione e del funzionamento dell'attività amministrativa,
3. distinzione delle funzioni di indirizzo e di controllo da quelle di gestione, operative.

Le due **attività di indirizzo e attività di gestione** sono legate da un legame di strumentalità per cui una volta individuati gli obiettivi spetta all'amministrazione dare attuazione nel concreto a quegli obiettivi secondo procedure specifiche.

Infine, il **momento più alto** di questo processo di trasformazione è rappresentato da due *leggi 59/1997 e la l. 127/1997* che avviano l'ultimo grande processo riformatore quello del cosiddetto **“federalismo amministrativo”** attraverso il quale le autonomie locali diventano il vero e proprio baricentro dell'amministrazione pubblica.

Ce lo dice l'**art.118 co.1 Cost** “ *le funzioni amministrative sono attribuite ai comuni*”, se questo art. finisse qui tutta l'amministrazione sarebbe destinata a diventare comunale, ma continua “*salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*” è la seconda parte che consente la riattribuzione di funzioni amministrative a soggetti diversi da quelli comunali, ma l'**obiettivo primario** è quello di ricostruire il sistema amministrativo incardinandolo sull'amministrazione locale, che è quella più vicina al cittadino e più in grado di soddisfare i suoi bisogni (dalla centralità dello Stato alla centralità del territorio).

Questa fase di trasformazione è talmente profonda che si rende necessario prevedere una copertura costituzionale che arriverà con la **riforma del titolo V nel 2001** che oltre a ribadire quel processo di contaminazione tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo, consolida quel modello di

amministrazione costruito attorno alle autonomie locali, ma è anche il tentativo di consolidare il nuovo modello in cui l'organizzazione amministrativa parrebbe assumere un ruolo di supplenza rispetto all'attività privata e tutto questo in forza della costituzionalizzazione di quel principio di sussidiarietà che secondo una certa lettura fonderebbe l'idea di un ruolo politicamente sussidiario dello Stato nella soddisfazione dei bisogni e delle esigenze dei propri cittadini. È una riforma costituzionale profonda, che senza smontare i vari titoli, vorrebbe ridefinire, secondo una certa lettura, il ruolo della stessa amministrazione.

Oggi questo processo di riforma continua e ha coinvolto successivamente altri pezzi e altre parti dell'organizzazione dell'attività amministrativa. L'elemento caratterizzante degli ultimi 25/30 anni è sicuramente quello della progressiva fuga dal pubblico e dalla pubblica amministrazione. Dagli anni '90 in poi si assiste ad un arretramento dello Stato dall'attività economica a tutto vantaggio del mercato. Il sistema amministrativo che ne residua è un sistema amministrativo profondamente **variegato**, che ha progressivamente mutato le forme della propria attività (es. massiccia sostituzione dell'atto autorizzatorio con le dichiarazioni di inizio attività oppure all'affermazione del principio del silenzio-assenso). Muta la funzione e contestualmente l'organizzazione perché il soggetto che autorizza deve avere delle competenze e delle modalità di funzionamento diverse rispetto a quelle che sono le competenze e le modalità di organizzazione del soggetto che controlla. Quindi mutano anche le stesse relazioni con i privati (cittadini), anziché dal procedimento, dalle forme di tutela. Il mutamento delle forme di tutela garantite dal giudice amministrativo segnalano la nuova relazione che esiste tra amministrazione e soggetto privato.

Nel **1999 cade il muro della irrisarcibilità dell'interesse legittimo**. L'interesse legittimo diventa risarcibile e allora ci si chiede ma se anche l'interesse legittimo è risarcibile come diritto soggettivo probabilmente queste due vicende (queste due situazioni giuridiche soggettive) sono meno diverse di quanto si immagini, sono addirittura simili e la distinzione non ha più ragion d'essere.

Poi ci sono **riforme e mutamenti** specifici che si inseriscono all'interno della cornice: iniziano a comparire dei *testi unici* (l'esistenza di scientificità del diritto amministrazione viene messa in dubbio dall'inesistenza di un vero codice per cui vengono ad esistere forme primitive di codici, i testi unici appunto), inoltre si avviano processi di valutazione per capire se l'utente è soddisfatto.

Poi si rimette mano nella lotta alla corruzione insieme alla lotta all'evasione fiscale, la trasparenza. Le ultime due riforme: **L.150/2009** (legge Brunetta) la **L.124/2015** (legge Badia). Tali leggi avviano dei processi riformatori che muovono da leggi-deleghe (entrambe le leggi sono leggi-deleghe), tali leggi hanno un obiettivo riformatore, ma sono per lo più caratterizzate da una **frammentarietà di disciplina**, da una volontà regolatoria, che più che disegnare il quadro complessivo il più delle volte ha l'obiettivo semplicemente di correggere le discipline precedenti il che fa sì che il sistema amministrativo dell'ultimo quindicennio sia raffigurabile come un **vasto territorio oggetto di frequenti terremoti** (instabile - perché caratterizzato da un eccesso legislativo).

La dismissione dell'attività coincide con la perdita di pubblicità dell'interesse oppure no? La dismissione dell'attività non determina la perdita di pubblicità degli interessi cui quella attività è preordinata, quell'attività dismessa non è tendenzialmente rimessa alla totale autonomia del soggetto perché lo Stato si riserva un'attività di regolazione, garantire che il mercato sia comunque in grado di soddisfare l'interesse pubblico, la capacità di soddisfare il bisogno è legato alla sua disponibilità economica.