

ELEMENTI DI AMMINISTRATIVO

PARTE PRIMA - LE FONTI

I.

IL DIRITTO AMMINISTRATIVO E IL RUOLO DELLE FONTI DEL DIRITTO SOVRANAZIONALE ED INTERNAZIONALE

1. Il diritto amministrativo: nozione e quadro delle fonti.

La formazione del diritto amministrativo è avvenuta a seguito di una lunga evoluzione si inserisce all'interno del processo di emersione degli Stati moderni. Nell'attuale assetto ordinamentale, l'attività e l'organizzazione della Pubblica amministrazione sono sottoposte alla disciplina sancita dalle norme di diritto interno a cui si aggiungono le regole provenienti dal diritto dell'Unione europea e l'influenza esercitata da talune fonti di diritto internazionale. Alla luce di queste considerazioni, pertanto, le fonti del diritto amministrativo, comprendono:

1. le **fonti del diritto sovrnazionale** (diritto dell'Unione europea);
2. le **fonti del diritto internazionale** (CEDU);
3. le **fonti dell'ordinamento nazionale**.

II.
LE FONTI DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

1. Classificazioni.

Quanto alla classificazione delle fonti interne all'ordinamento nazionale, vale quanto già precisato dai primi paragrafi della materia del diritto pubblico prima esaminata. Per quanto strettamente attinente al diritto amministrativo, si ricordano:

I REGOLAMENTI: I regolamenti sono atti formalmente amministrativi, in quanto promananti da organi del potere esecutivo, ma sostanzialmente normativi; gli stessi, infatti, risultano idonei ad innovare, con prescrizioni generali ed astratte, l'ordinamento giuridico. Secondo l'orientamento prevalente (RESCIGNO), il **fondamento** del potere regolamentare va sempre rinvenuto nella **legge** in ossequio al **principio di legalità in senso formale**, desumibile dall'art. 70 Cost., secondo il quale il potere di porre norme spetta, in linea generale, al Parlamento. Di conseguenza le funzioni normative esercitate da altri soggetti devono trovare nella legge la determinazione dell'oggetto su cui intervenire. Ne deriva che il regolamento adottato dalla PA, in mancanza di copertura legislativa, risulta invalido in quanto emanato in carenza di potere. La principale **norma attributiva del potere regolamentare** è costituita dall'**art. 17 della l. 23 agosto 1988, n. 400**. La **Costituzione** non dedicava, prima della riforma del Titolo V, esplicite previsioni alla fonte regolamentare, eccezion fatta per l'art. 87, co. 5, in materia di regolamenti statali, riconoscendo al **Capo dello Stato** la competenza ad emanarli. Un esplicito riferimento alla **potestà regolamentare** è ora, invece, contenuta nel novellato art. 117, co. 6, Cost. Quanto ai **limiti** che incontra la potestà regolamentare, tali atti **non possono**:

1. **derogare o contrastare con la Costituzione** e ai principi in essa contenuti (c.d. **principio di costituzionalità**);
2. **derogare o contrastare con le leggi ordinarie** (tranne che ciò non sia previsto dalla legge nelle ipotesi specifiche di c.d. delegificazione della materia, **c.d. principio di legalità**);
3. **porsi in contrasto** con le **fonti del diritto comunitario (c.d. principio di primauté)**;
4. **regolare** materie che la Costituzione **riserva alla legge costituzionale o ordinaria** (ciò non è consentito neppure ove sia una legge ordinaria ad attribuire tale potere, ponendosi altrimenti essa stessa in contrasto con la Costituzione);
5. prevedere **fattispecie o sanzioni penali**, stante il principio di riserva tendenzialmente assoluta di legge in ambito penale *ex art. 25, co. 2, Cost.*;
6. **derogare al principio di irretroattività della legge** fissato dall'art.

II. LE FONTI DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

- 11 delle disp. prel. al c.c.
7. i **regolamenti emanati da autorità inferiori non possono mai contrastare** con i regolamenti emanati da **autorità gerarchicamente superiori** (sicché ai regolamenti ministeriali ed interministeriali non è consentito introdurre disposizioni contrastanti con quelli governativi *ex art. 17, co. 3, l. n. 400/88*).
8. non possono **disciplinare istituti fondamentali dell'ordinamento**.

Acclarata la **natura “ibrida” dei regolamenti**, in quanto formalmente amministrativi e sostanzialmente normativi, resta da verificare come la stessa incida sulle **forme di tutela giurisdizionale** da assicurare a chi intenda impugnarli. In proposito, si possono distinguere **due posizioni**, succedutesi nel tempo.

1. **La tesi favorevole all’impugnazione** considera i regolamenti atti soggettivamente amministrativi, soggetti al **regime impugnatorio ordinario**.
2. **La tesi favorevole alla disapplicazione** (che affonda le sue origini nella nota pronuncia *Cons. St., sez. IV, 26 febbraio 1992, n.154*) sostiene che il regolamento, pure non ritualmente impugnato, può essere **disapplicato** dal G.A.

Il Giudice ordinario, invece, **può sempre conoscere del regolamento in via incidentale ex art. 5 L.A.C.** che gli consente la disapplicazione dello stesso con effetti limitati al giudizio.

LE ORDINANZE: Nell’ambito del diritto amministrativo per ordinanze si intendono quegli atti che creano obblighi o divieti e, in linea generale, impongono ordini. Le ordinanze contingibili e urgenti sono atti a contenuto **atipico** che l’amministrazione, sulla base di specifiche previsioni legislative, è abilitata ad adottare per fronteggiare **situazioni eccezionali**, anche derogando alla disciplina normativa di rango primario, ma pur sempre nel rispetto della Costituzione e dei principi generali dell’ordinamento. Esse vanno, peraltro, distinte dagli **atti necessitati**, cui vanno ricondotte quelle tipologie di provvedimenti la cui adozione è subordinata dal legislatore al riscontro, in sede amministrativa, di talune situazioni di pericolo già peraltro predeterminate dalla norma attributiva del potere: è il caso delle occupazioni di urgenza. Viceversa, le ordinanze di necessità e di urgenza segnano una **deroga ai principi di tipicità e nominatività**: si connotano per un’atipicità contenutistica, necessaria per assicurare una elasticità di manovra all’amministrazione al fine di fronteggiare situazioni eccezionali, spettando all’amministrazione determinare le misure adeguate ad affrontarle, dando corpo al provvedimento da adottare. Quanto ai **presupposti** per l’adozione, le ordinanze in questione possono essere emanate in presenza di un **pericolo di danno grave** e della **indifferibilità dell’intervento urgente**.

GLI STATUTI: sono atti normativi contenenti le disposizioni fondamentali sull'organizzazione e sull'attività di un ente. Nel nostro ordinamento, si distinguono gli **statuti delle regioni** da quelli **degli enti locali e degli altri enti pubblici**. Lo statuto è espressione di una potestà organizzatoria di tipo normativo che può riguardare lo stesso ente che emana le norme statutarie (c.d. autonomia statutaria) o un organo diverso (c.d. etero-statuti). Non esiste un modello unico di fonte statutaria. Gli etero-statuti rivestono la forma della fonte statale o regionale con la quale vengono adottati, mentre quelli espressione di autonomia possono essere, talvolta, sottoposti ad approvazione da parte di altro ente al fine di acquisire efficacia giuridica.

In tema di **statuti regionali** occorre avere riguardo al diverso **rango normativo** ricoperto, a seconda che siano adottati da regioni a statuto ordinario o da regioni a statuto speciale:

- lo **statuto delle regioni ad autonomia differenziata** è, infatti, una legge costituzionale, adottata dal Parlamento con le maggioranze di cui all'art. 138 Cost.; assume, quindi, una posizione di preminenza sulle altre fonti ordinarie;
- lo **statuto delle regioni ordinarie ex art. 123 Cost.**, invece, a seguito della riforma costituzionale del 1999, è una legge autonomamente adottata dalla Regione, non più assoggettata a controllo preventivo del Parlamento. Si tratta dunque di una legge regionale rinforzata stante l'*iter* di approvazione aggravato.

TESTI UNICI E CODICI: Vi sono, poi, due peculiari tipologie di atti regolamentari: i **testi unici** e i **codici** che rispondono ad un'esigenza di **sempificazione normativa**, cui si è cercato di dare avvio con la prima Legge Bassanini (art. 20, l. 59/1997), la quale prevedeva che il Governo presentasse ogni anno un disegno di legge relativo ai procedimenti da semplificare (c.d. legge annuale di semplificazione) tramite regolamenti di delegificazione.

Successivamente, con la l. 8 marzo 1999, n. 50, si è tentato di coniugare l'esigenza di delegificazione con quella di riordino normativo tramite l'introduzione dello strumento del **testo unico** (art. 7). Occorre distinguere tra:

- **testi unici normativi** (innovativi, delegati o di coordinamento) che modificano o abrogano le disposizioni legislative esistenti;
- **testi unici compilativi** (non innovativi o di mera compilazione), che si limitano al raccoglimento in un unico atto delle norme già esistenti, non incidendo sulla legislazione esistente.

Vi sono, poi, i **testi unici misti** che raccolgono e coordinano disposizioni di **fonti primarie e secondarie**. Tale strumento è considerato in dottrina un **atto di natura mista**, adottato contestualmente nell'esercizio di **potestà legislativa delegata** (laddove coordina disposizioni contenute in fonti primarie) e di **potestà governativa delegificante** (ove invece interviene su fonti secondarie). L'istituto è stato abrogato dalla l. 29 luglio 2003, n. 229 (c.d. legge di semplificazione per il 2001), che ha introdotto uno schema fondato

II. LE FONTI DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

su un disegno di legge annuale per la semplificazione ed il riassetto normativo, che attribuisce deleghe ad emanare i cc.dd. **codici di settore**.

LE CIRCOLARI: Le circolari sono **mezzi** con cui le **amministrazioni comunicalo ogni sorta di atto giuridico** che può essere portato a conoscenza degli altri uffici mediante circolare.

L'orientamento tradizionale considera le circolari un tipo di **atto amministrativo autonomo**, appartenente al *genus* degli **atti interni tipici** espressione di autoregolamentazione. Per contrapposta opzione (GIANNINI e, in giurisprudenza, da ultimo, *Tar Lazio, Roma, 30 agosto 2012, n.7395*), le circolari sono invece del tutto prive di autonomia, trattandosi di **meri strumenti di comunicazione** di atti dal contenuto più disparato. Per quanto riguarda gli **aspetti processuali**, vengono in rilievo alcuni problemi attinenti al **regime impugnatorio**: in particolare, la questione dell'impugnabilità autonoma delle circolari e, in secondo luogo, della possibilità di impugnare, in uno all'atto attuativo, la circolare applicata. Muovendo dal ritenuto carattere solo interno delle stesse, in giurisprudenza se ne esclude l'autonoma impugnabilità, mancando, in assenza del provvedimento attuativo, un attuale interesse a ricorrere.

LA PRASSI AMMINISTRATIVA: elementi tipizzanti la consuetudine consentono di tenere distinta tale fonte di produzione del diritto dalla **prassi**, che si avrebbe, invece, in presenza di un comportamento, pure generalizzato e reiterato nel tempo, ma non accompagnato dalla consapevolezza della sua doverosità ed obbligatorietà, costituente, piuttosto, una **regola di buona amministrazione**, la cui violazione potrebbe dar vita ad un vizio sintomatico della funzione amministrativa nella forma dell'eccesso di potere.

III.
LA FUNZIONE AMMINISTRATIVA

1. La nozione di pubblica amministrazione e il modello prefigurato in costituzione.

Mancando una definizione legislativa generale di Pubblica amministrazione, questa deve essere desunta dalle indicazioni tratte dall'ordinamento giuridico nel suo complesso. Ciò rende la configurazione del concetto di pubblica amministrazione operazione di particolare complessità. In tale prospettiva, la PA può essere intesa:

- **in senso soggettivo**, come insieme delle strutture burocratiche costituite per lo svolgimento di pubbliche funzioni (**c.d. amministrazione-apparato o organizzazione amministrativa o amministrazione in senso formale**);
- **in senso oggettivo**, invece, in relazione all'amministrazione-attività ovvero alla cura degli interessi pubblici (**c.d. amministrazione in senso sostanziale**).

2. Gli atti politici.

Gli **atti politici** sono espressione di **un'attività completamente libera nel fine** riconosciuta dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato e, come tale, **non sindacabile** in sede giurisdizionale. Essi sono volti alla formulazione di scelte politiche mediante le quali si individuano i fini che lo Stato, in ossequio alla Costituzione, intende perseguire in un dato momento storico. L'atto politico si contraddistingue per **due elementi**:

- quello **soggettivo**, dovendo lo stesso provenire da organo preposto all'indirizzo e alla direzione al massimo livello della cosa pubblica (Governo, Parlamento; Presidente della Repubblica e Regioni);
- quello **oggettivo**, dovendo riguardare la costituzione, la salvaguardia e il funzionamento dei pubblici poteri nella loro organica struttura e nella loro coordinata applicazione.

Come anticipato, gli atti politici sono **sottratti alla giurisdizione del G.A.**, ai sensi dell'art. 7, co. 1, c.p.a., il quale esclude espressamente il ricorso al giudice amministrativo contro gli atti o i provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico. Invero, la **ratio dell'insindacabilità** degli atti politici può essere spiegata dal fatto che, in ragione della loro natura e della loro funzione, gli stessi sono **assoggettabili al solo controllo dell'autorità politica**, competente ad individuare i fini dell'attività di governo. Pertanto, il fatto che gli atti politici siano sottratti al controllo giurisdizionale non esclude che gli stessi siano assoggettati ad un **controllo di tipo politico**, del corpo elettorale, del Parlamento (ove essi siano stati emanati dall'esecutivo,

si pensi al voto di sfiducia) o della Corte Costituzionale ove si tratti di atti legislativi. Inoltre, se nell’emanazione di un atto, un potere dello Stato invade la sfera di altro potere dello Stato, è percorribile la strada del **conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte Costituzionale**. Peraltra, tali atti normalmente contengono direttive di carattere generale, volte all’individuazione dei fini dell’attività pubblica, in quanto tali **inidonei ad incidere in via diretta e immediata su situazioni soggettive individuali**, la cui effettiva lesione va quindi al più imputata agli atti successivi.

3. Gli atti di alta amministrazione.

Gli **atti di alta amministrazione** si configurano come una speciale categoria di atti amministrativi la cui caratteristica risiede nell’essere elementi di raccordo tra indirizzo politico ed attività amministrativa. Essi si collocano dunque in una posizione intermedia tra gli atti politici ed i provvedimenti amministrativi veri e propri. Vi rientrano ad es. i provvedimenti di nomina dei direttori generali delle aziende ospedaliere. Gli atti di alta amministrazione sono atti connotati da una **forte discrezionalità**, quasi parificabile a quella degli atti politici, ma **non altrettanto liberi nei fini**, essendo soggetti al **sindacato del giudice**.

4. Le leggi provvedimento.

Con l’espressione leggi-provvedimento si fa riferimento ad **atti formalmente legislativi** che, tuttavia, tengono luogo di provvedimenti amministrativi, in quanto **provvedono concretamente su casi e rapporti specifici**. Differiscono dalla legge generale in relazione: ai **destinatari**, la legge-provvedimento è personale, mentre la legge generale si rivolge alla generalità dei consociati; al **contenuto**, poiché la legge-provvedimento ha contenuto astratto, mentre quella generale ha portata astratta; agli **effetti**, visto che la legge-provvedimento ha portata eccezionale, mentre quella generale ha carattere ordinario.

PARTE SECONDA - I SOGGETTI

IV. I SOGGETTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

1. L'organizzazione della pubblica amministrazione nella cornice costituzionale.

La nozione di P.A. non è più quella che fa unicamente perno attorno allo Stato-apparato, essendo stato accolto nella Costituzione ed invalso nella prassi il principio del **pluralismo istituzionale**. Accanto allo **Stato**, che è l'ente pubblico per eccellenza, operano infatti **altri soggetti dotati di capacità giuridica di diritto pubblico**, volti al perseguimento di finalità di pubblico interesse. L'organizzazione della P.A. è retta da una serie di ineludibili principi costituzionali. L'**art. 8, comma 1, l. 7 agosto 2015, n. 124** meglio nota come *Legge Madia*, aveva delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per la riforma dell'Amministrazione centrale dello Stato. La delega non ha trovato attuazione.

L'**art. 1 Cost. sancisce il principio democratico** secondo il quale la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti sanciti dalla Costituzione, eleggendo, fra l'altro, i propri rappresentanti destinati a comporre le istituzioni rappresentative dello Stato e non solo. Ai pubblici uffici si accede mediante concorso in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità della P.A. (c.d. *merit system*, art. 97 Cost.).

I **principi di autonomia e decentramento**, rinvengono espressa menzione nell'art. 5 Cost. che riconosce e promuove le autonomie territoriali. Il decentramento può avere natura:

- *burocratica*, che riguarda il trasferimento di competenze da organi centrali ad organi burocratici di un medesimo ente con assunzione di responsabilità per gli atti posti in essere;
- *autarchica*, che prevede il trasferimento di compiti pubblici ad enti diversi dallo Stato;
- *funzionale*, che comporta l'attribuzione di talune funzioni a strutture compiute che pur facenti parte dell'organizzazione complessiva dell'ente di riferimento, sono dotate di un certo grado di autonomia sul piano operativo, contabile e finanziario.

Il principio di responsabilità è sancito dall'art. 28 Cost. secondo il quale i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono responsabili, a norma delle leggi penali, civili ed amministrative degli atti compiuti in violazione di diritti.

I **principi di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza e leale cooperazione** sono espressamente formulati negli artt. 118 e 120 Cost. e fungono da criterio di ripartizione delle funzioni amministrative tra differenti centri di potere ed operano come segue.

- Si predilige l'azione del Comune in quanto ente più prossimo al cittadino sino a giungere, secondo un moto ascendente, allo Stato laddove l'intervento dello stesso sia richiesto dalla necessità di salvaguardare esigenze unitarie (cd. **sussidiarietà verticale**)
- L'azione del soggetto sussidiante deve tenere sempre conto dei **principi di differenziazione**, con riguardo alle peculiarità organizzative, demografiche e territoriali dei livelli di governo coinvolti e di **adeguatezza** che suffraga l'intensità quali-quantitativa dell'intervento posto in essere, *adeguando* la capacità di governo degli stessi enti alle funzioni ed ai compiti ad essi attribuiti (art. 118, co. 1, Cost.).
- I pubblici poteri si impegnano, poi, a favorire l'autonomia iniziativa dei cittadini singoli o associati funzionale alla creazione di una cittadinanza societaria (**sussidiarietà orizzontale**), art. 118, ult. co., Cost. (per una recente concreta applicazione a livello normativo v. art.189 d.lgs 50/2016).
- Il **principio di leale collaborazione** (120 Cost.) regge le dinamiche di esercizio del potere sostitutivo del Governo nei confronti degli enti territoriali resisi inadempienti di precisi obblighi loro imposti, stante il dovere primario dello Stato di garantire i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art.117, co. 2, lett. m).

Il **principio di legalità nell'organizzazione dei pubblici uffici** è contenuto negli artt. 95, co. 3, e 97, co. 2, Cost. che sanciscono come spetti alla legge provvedere all'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri e al numero e alle attribuzioni dei ministeri e che i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge al fine di assicurare il buon andamento e l'imparzialità della P.A. L'opinione prevalente in dottrina tende a considerare le due riserve di legge in termini relativi, nonostante non manchino opinioni contrarie in dottrina.

2. Il “pluralismo” della pubblica amministrazione: modelli a confronto.

L'organizzazione amministrativa italiana si presenta complessa sotto il profilo delle strutture e dei modelli organizzativi che vengono utilizzati, resi diversi e differenziati dal mutare della realtà socio-economica esterna. I modelli organizzativi attualmente prevalenti sono:

- quello *ministeriale*,
- quello dell'*ente pubblico*,
- quello dell'*autorità amministrativa indipendente*,

- quello del *soggetto privato controllato* (società *in house*, società miste).

3. Lo Stato.

Col termine Stato si esprime un concetto giuridico complesso e polisemico. Infatti, oltre che nell'accezione dello *Stato-comunità*, si fa spesso riferimento al concetto di *Stato-governo* comprensivo degli organi costituzionali che agiscono nell'interesse della Comunità e con un ruolo *super partes*. A tale figura si associa quella dello *Stato-amministrazione* ossia lo Stato inteso quale amministrazione pubblica che non agisce *super partes*, ma *inter partes*. Lo Stato possiede i seguenti caratteri, è un soggetto:

- **sovrano**, al suo interno nei rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento e indipendente nei rapporti con i Paesi terzi;
- **politico**, poiché persegue finalità di interesse generale attraverso i circuiti forniti dagli istituti di democrazia rappresentativa;
- **necessario** e ad **appartenenza necessaria**, poiché è l'unico soggetto in grado di perseguire finalità di tipo pubblicistico e, d'altro canto, tutti i cittadini fanno parte di esso.

4. Gli enti pubblici.

Gli enti pubblici nazionali fanno parte del concetto di amministrazione pubblica, ma **non rientrano nell'amministrazione dello Stato**, tanto che sono stati anche denominati 'amministrazioni parallele' o 'amministrazione indiretta'. Hanno strutture eterogenee, sono dotati di personalità giuridica di diritto pubblico o di diritto privato ed esercitano funzioni amministrative. Possiedono organi propri (di regola, presidente e consiglio di amministrazione), nominati dal governo, che dettano gli obiettivi e le direttive ai loro uffici. I poteri di vigilanza spettano, in genere, all'autorità di governo che, talora, è titolare di poteri di direttiva. Una maggiore autonomia organizzativa e funzionale è riconosciuta agli enti pubblici che sono espressione di comunità di settore, come le camere di commercio, o svolgono attività assistite da garanzie costituzionali, come le università e le istituzioni scolastiche. Si tratta di categoria complessa, il cui tratto comune può essere individuato nel possesso della personalità giuridica che li rende titolari di poteri amministrativi.

I criteri per la classificazione degli enti pubblici si rinvengono nella l. 20 marzo 1975, n. 70, recante il **cd. statuto del parastato** ossia di quegli enti necessari, attratti **nell'area di influenza dello Stato**, cui sono legati da rapporti di **ausiliarietà** e **strumentalità**. Particolare rilievo va ascritto all'art. 4 di tale legge. Ne consegue che sono pubbliche le persone giuridiche che un **atto legislativo** qualifica come tali. Il criterio della qualificazione legislativa non sempre è decisivo, infatti, il principio di cui all'art. 4, l. n. 70 del 1975 opera solo rispetto agli enti c.d. "parastatali" e non assume rilievo rispetto

agli enti costituiti prima della sua entrata in vigore. In dottrina e in giurisprudenza ci si è a lungo impegnati nel tentativo di elaborare alcuni **indici di riconoscimento della natura pubblica dell'ente** (cfr. da ultimo *Cons. St., sez. VI, 1 giugno 2016, n. 2326*), rappresentati:

- dalla *titolarità di poteri di imperio*;
- dall'*istituzione da parte dello Stato o di altro ente pubblico* (cd. costituzione ad **iniziativa pubblica**);
- dall'*assoggettamento ad un sistema di controlli pubblici*;
- dall'*ingerenza dello Stato o di altra P.A. nella nomina e nella revoca dei dirigenti dell'ente e/o nella sua amministrazione*;
- dalla partecipazione dello Stato o della diversa P.A. alle *spese di gestione* dell'ente;
- dall'*esercizio, da parte dello Stato o della diversa P.A., di un potere di direttiva* sugli organi dell'ente, ai fini del perseguimento di determinati obiettivi;
- dalla corresponsione di *finanziamenti pubblici* (fruizione di agevolazioni o di privilegi tipici delle amministrazioni statali);
- dal riconoscimento della cd. *operatività necessaria* (impossibilità che i compiti attribuiti siano espletati da altro soggetto ovvero impossibilità di fallimento o di estinzione volontaria).

5. I caratteri degli enti pubblici: autarchia, autotutela, autonomia, auto-governo.

Gli enti pubblici funzionali che agiscono in regime di diritto amministrativo si caratterizzano per un **regime giuridico peculiare** rispetto agli enti privati, tradizionalmente riassunto in **quattro caratteristiche**:

1. **Autarchia** che consiste nel **potere degli enti pubblici di amministrare i propri interessi** attraverso un'attività avente gli stessi caratteri e la stessa efficacia dell'attività amministrativa dello Stato. Per altra impostazione, invece, l'autarchia indica la capacità degli enti diversi dallo Stato di disporre di potestà pubbliche, esercitando pubblici poteri in specie con **l'emanazione di atti equiparati agli atti amministrativi dello Stato**
2. **Autotutela** che indica il potere della P.A. di **risolvere autonomamente i conflitti**, attuali o potenziali, relativi ai suoi provvedimenti o alle sue pretese. Resta comunque salvo il sindacato giurisdizionale. L'autotutela può essere:
 - **decisoria** che si attua attraverso l'emanazione di una decisione amministrativa incidente su **atti amministrativi precedentemente emanati** dalla stessa P.A. o su **rapporti giuridici** di diritto amministrativo. L'autotutela su *atti* può essere, a sua volta, **diretta (o non contenziosa)**, se la P.A. esercita il potere spontaneamente, **indiretta (o contenziosa)** se la P.A. agisce

su impulso dell'interessato che abbia proposto un ricorso amministrativo.

- **esecutiva** consistente, invece, nell'attività rivolta all'attuazione di decisioni già adottate dall'amministrazione.

3. Autonomia intesa quale **libertà di determinazione** nella cura dei propri interessi e nell'**indipendenza** nell'esercizio di determinate attività giuridiche. Si distingue tradizionalmente tra:

- l'*autonomia politica* che è la libertà di cui l'ente gode nel compimento delle **scelte politiche** e nell'individuazione dei **fini** da perseguire e che è riconosciuta allo **Stato** e alle **regioni**;
- l'*autonomia giuridica* che è, invece, la capacità dell'ente di **autodeterminarsi per il raggiungimento dei fini** che è chiamato a perseguire e che, a sua volta, assume la configurazione di autonomia **normativa**, quale capacità dell'ente di porre in essere norme giuridiche vincolanti per una generalità di soggetti, sotto forma di leggi, regolamenti o statuti.
- l'*autonomia organizzatoria e amministrativa* che indica, invece, la capacità dell'ente di definire o concorrere alla definizione della propria struttura organizzatoria, in genere mediante l'emanazione di propri **regolamenti**.
- l'*autonomia finanziaria* che consiste nella capacità dell'ente di imporre **tributi propri**: tale facoltà è riconosciuta dall'art. 119 Cost., a seguito della riforma costituzionale del 2001, a regioni, province, città metropolitane e comuni;
- l'*autonomia di gestione* che consiste nella capacità dell'ente di avere un **bilancio proprio**, diverso da quello dello Stato.

4. Autogoverno che si realizza quando gli organi di governo dell'ente sono composti da **soggetti scelti dagli stessi governati**. In una differente accezione, l'autogoverno ricorre quando l'ente è diretto o governato da persone che fanno parte della compagine sociale di cui l'ente è esponenziale, come accade nel caso dei comuni o dei collegi professionali. Dall'autogoverno occorre distinguere l'**autodichia**, che consiste nella possibilità, riconosciuta ad alcuni organi costituzionali, di **sottrarsi alla giurisdizione comune**, esercitando essi stessi la funzione giurisdizionale rispetto alle controversie con i propri dipendenti.

6. La struttura interna degli enti pubblici.

Come tutte le persone giuridiche, anche lo Stato e gli enti pubblici possiedono una propria struttura organizzativa interna, composta di beni e persone fisiche che agiscono per conto dell'ente. Si distinguono, a tal fine, gli **organi** e gli **uffici**. In sostanza i poteri di attribuzione vengono conferiti dall'ordinamento solo all'ente munito di personalità giuridica; mentre gli organi di cui

IV. I SOGGETTI DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

esso si avvale esercitano una porzione di quei poteri nota come competenza che consente di riferire all'ente atti ed attività. Elementi essenziali dell'organo sono dunque:

- il **titolare dell'organo** (c.d. funzionario), di norma una persona fisica legata all'ente da un particolare rapporto giuridico, detto rapporto di servizio.
- l'**esercizio di una pubblica potestà**. Si definisce **competenza** l'insieme dei poteri e delle funzioni che ciascun organo può esercitare.

Per organo deve, quindi, intendersi la **partizione organizzativa della persona giuridica** che, in virtù di una norma, è **idonea ed esprimerne la volontà**, consentendone l'imputazione dell'atto e degli effetti. Per una più compiuta definizione della natura dell'organo è necessario soffermarsi sulla relazione che lega l'organo all'ente, il c.d. **rapporto organico**. Nei primi tentativi teorici, si è fatto ricorso all'istituto della **rappresentanza**.

Nell'ambito dell'organo si distingue tra:

- il **titolare** che è la persona fisica che manifesta la volontà dell'organo all'esterno;
- i **preposti** collocati, invece, in posizione subordinata.

Il rapporto organico è ipotizzabile solo per il titolare e comporta **l'imputazione degli atti compiuti direttamente all'ente**. A lungo dibattuta è stata la possibilità di **imputare alla persona giuridica anche meri fatti**, in particolare i fatti illeciti. Ad una prima impostazione negativa, se ne contrappone un'altra più accreditata secondo la quale all'ente vanno imputati **tutti i comportamenti giuridicamente rilevanti**.

Quando il titolare dell'organo resta nell'esercizio delle funzioni anche **dopo la cessazione dalla carica**, finché non subentri il successore, si parla di **prorogatio**.

Molteplici le **classificazioni** tra organi amministrativi. Si distingue tra: organi **individuali e collegiali**; organi **rappresentativi e non rappresentativi**, a seconda che siano eletti o meno dai cittadini; organi **attivi** ovvero di amministrazione attiva, **consultivi** o di **controllo**; organi **permanenti** e organi **temporanei**; organi **ordinari e straordinari**: i primi fanno parte in modo stabile della struttura, i secondi sono nominati solo in casi eccezionali (es. commissario *ad acta*). Quanto agli **organi collegiali**, per il loro funzionamento è necessario che vi sia:

- un **quorum strutturale** (numero minimo di partecipanti necessario per l'attività);
- un **quorum funzionale** (numero minimo di voti favorevoli per l'approvazione della delibera).

Il rapporto organico va, poi, distinto (come visto *supra*) dalla **legale rappresentanza**, intesa quale **legittimazione ad esprimere la volontà dell'ente** nei rapporti di diritto comune con i terzi, a rappresentare l'ente nei rapporti processuali, etc. Anche se di solito la rappresentanza è attribuita al titolare dell'organo, la stessa consiste solo nella legittimazione a

manifestare la volontà all'esterno **non già ad adottare atti** che impegnino l'amministrazione. Dal rapporto organico va distinto il **rapporto di servizio**.

7. Gli uffici e il c.d. rapporto di servizio.

Nell'organizzazione amministrativa accanto agli organi sono individuabili gli uffici intesi come **insieme di mezzi materiali e personali** destinati ad **un'attività strumentale e preparatoria** alla realizzazione dei fini istituzionali dell'ente. Il titolare dell'ufficio, di regola una **persona fisica**, è detto **preposto** ed è posto in posizione di primarietà rispetto agli altri addetti. Eccezionalmente, può anche essere una **persona giuridica** (c.d. organo-ente o organizzazione-persona giuridica):

Tra l'ente e i soggetti addetti all'ufficio si instaura una particolare relazione, detta **"rapporto di servizio"**, che ha come contenuto il dovere di agire in favore dell'ente, svolgendo una determinata attività (c.d. **dovere d'ufficio**) cui corrisponde una serie di diritti in favore del dipendente. Il rapporto di servizio si instaura con **l'atto di assunzione** ed è di solito **di tipo professionale**, legato alla stipulazione di un contratto di lavoro subordinato od autonomo ed alla formale nomina, cui segue l'inserimento nella struttura dell'ente. La regola, comunque, è quella del rapporto di servizio di diritto *ex art. 97, co. 4, Cost.* che, a sua volta, può essere **volontario o coattivo**, a seconda che per il suo insorgere sia necessario o meno il **consenso** del soggetto interessato.

- Il **rapporto di servizio coattivo** costituisce ipotesi di **carattere eccezionale**, soggetta alle limitazioni di cui all'art. 23 Cost.
- Il **rapporto di servizio volontario**, invece, può essere: **impiegatizio**, quando si concretizza in un vero e proprio rapporto di impiego od **onorario**, quando sorge per effetto del conferimento di un incarico elettivo od onorifico, di regola temporaneo.

8. Competenza ed attribuzione: nozioni e modalità di riparto.

La **competenza**, in generale, ove riferita ad un organo, indica il **complesso di poteri e di funzioni** che lo stesso per legge può esercitare. Dalla nozione di competenza occorre preliminarmente **distinguere** quella di **attribuzione** che indica **l'ambito degli interessi pubblici** affidati ad un'intera amministrazione; sicché, il concetto di attribuzione va riferito all'intera amministrazione, quello di competenza individua la **misura delle attribuzioni proprie di ciascun organo** dell'amministrazione. Si distingue, inoltre, tra: competenza **esterna** che riguarda i poteri e le funzioni che l'organo può esercitare con effetti nei confronti dei terzi destinatari; competenza **interna** che concerne, invece, l'insieme dei compiti svolti dall'organo all'interno della P.A. di appar-

tenenza, con efficacia esclusivamente nei confronti di quest'ultima. La competenza in senso tecnico è, tuttavia, quella **esterna**. Quanto alla **riserva di legge** posta dall'art. 97 Cost. in materia di organizzazione dei pubblici uffici, se ne ritiene la **natura relativa**. Le sfere di competenza possono essere determinate:

1. per **materia** in relazione **all'oggetto** su cui insiste l'esercizio del potere o della funzione;
2. per **territorio** tra **organi ugualmente competenti per materia** e comporta una ripartizione di attribuzioni sotto il profilo territoriale;
3. per **grado** che presuppone l'**identità di competenza per materia e per territorio** e l'esistenza di un **rapporto gerarchico** tra organi operanti nel medesimo ramo di amministrazione;
4. per **valore** fissata, a volte, dalla legge per taluni organi amministrativi, almeno in relazione a determinati effetti.

La competenza amministrativa è **tendenzialmente inderogabile**, attesa la **riserva di legge** ex art. 97 Cost. Non può quindi essere operato alcun trasferimento della stessa da un organo all'altro con semplice provvedimento amministrativo. Al contrario, può ammettersi che l'autorità amministrativa competente **trasferisca** l'esercizio di competenze proprie ad un altro organo, affinché ne eserciti i relativi poteri, senza però divenirne titolare. L'ordinamento conosce, infatti, istituti che, senza incidere sulla titolarità delle competenze, determinano uno **spostamento nell'esercizio** delle stesse. Si tratta dell'**avocazione**, della **sostituzione** e della **delega**.

- La **delega** comporta il **trasferimento dell'esercizio di un potere** da un organo all'altro. Il potere oggetto di delega **resta nella titolarità dell'organo delegante**, ma può essere **esercitato dall'organo delegato** che acquisisce una **competenza derivata** da quella del delegante, come tale **sempre revocabile** da quest'ultimo.
- L'**avocazione** presuppone, invece, l'esistenza di un **rapporto di gerarchia** tra avocante e avocato e comporta **l'attribuzione a sé**, da parte dell'organo avocante, della competenza a compiere un determinato atto spettante all'organo avocato. Essa prescinde dall'inadempimento o dal ritardo dell'organo inferiore, differenziandosi per tale motivo dalla sostituzione. L'avocazione comporta, poi, **l'impossibilità per l'organo inferiore di esercitare in futuro la competenza avocata**, salvo che intervenga un atto di "restituzione" della stessa da parte dell'organo avocante. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che il potere di avocazione è legittimamente esercitato solo se attribuito da una **norma di legge**.
- La **sostituzione** sottende un **rapporto di gerarchia** tra sostituto e sostituito; a differenza dell'avocazione, tuttavia, può avere luogo soltanto in presenza di un'**inerzia** o di un **inadempimento** del sostituito e solo in presenza di un'**espressa previsione di legge** che attribuisca

il potere all'organo superiore. Essa presuppone anche l'ulteriore inerzia a seguito di formale diffida ad adempiere.

9. Il funzionario di fatto.

Una delle ipotesi più tipiche di difetto di competenza e, precisamente, di **acompetenza**, è quella del funzionario di fatto. In assenza di una previsione normativa che ne fornisca la **nozione**, tale figura è genericamente individuata in giurisprudenza nel **soggetto che esercita potestà pubbliche in assenza di una valida investitura all'ufficio** cui appartengono le funzioni "di fatto" esercitate.

Circa il **regime di imputabilità degli atti** compiuti dal funzionario di fatto, le posizioni emerse hanno considerato **l'esigenza di salvaguardare la validità degli atti** posti in essere:

- a. una prima tesi muove dal principio di **necessità ed indefettibilità dell'esercizio dei pubblici poteri**, che legittima lo svolgimento, da parte del funzionario, delle attività afferenti alla sua sfera di competenza, con conseguente **conservazione del "fatto compiuto"**;
- b. una seconda, maggioritaria, impostazione ritiene imputabili alla P.A. gli atti posti in essere dal funzionario di fatto valorizzando **un'esigenza di tutela dell'affidamento dei terzi**, destinatari dell'attività provvedimentale svolta.

V.
GLI ENTI PUBBLICI ECONOMICI E I SOGGETTI DI ISPIRAZIONE EUROPEA

1. Premessa.

Moduli organizzativi sempre più di frequente utilizzati per **l'esercizio di attività pubbliche, primo fra tutti quello societario, si sono fatti spazio nell'ambito del nuovo diritto amministrativo**. Il fenomeno viene in rilievo sia a *livello centrale* (si pensi alle società risultanti dalla privatizzazione dei precedenti enti pubblici economici), sia a *livello locale* (è il caso delle società a partecipazione mista o totalmente pubbliche per lo svolgimento dei servizi pubblici locali). Occorre allora verificare se alla forma societaria corrisponda una **natura giuridica privata** o una **natura pubblistica**. Numerose sono le **implicazioni applicative** scaturenti dal riconoscimento di una natura pubblica a strutture societarie. Ne può derivare la qualificazione dei relativi atti come **atti soggettivamente amministrativi** e l'assoggettamento degli stessi al corrispondente **regime giuridico**, tanto *sostanziale* (*ex artt. 22 e ss., l. 7 agosto 1990, n. 241*) quanto *processuale* (il riferimento è al regime di **impugnabilità**). La tematica deve essere esaminata tenendo conto anche dell'impatto che sulla nozione nazionale di amministrazione ha determinato il **diritto comunitario** che nell'ambito dei confini interni ha trapiantato **figure soggettive pubbliche** quali quelle:

- dell'**organismo di diritto pubblico**;
- dell'**impresa pubblica**;
- del **soggetto c.d. in house**.

2. Gli enti pubblici economici.

A) L'INTERVENTO PUBBLICO IN ECONOMIA: Preliminarmente occorre considerare la cornice costituzionale (art.43) nella quale si inserisce l'intervento pubblico in materia economica. Nel rispetto di quanto stabilito da tale disposizione, l'intervento può realizzarsi nelle seguenti forme:

- gli **enti pubblici economici**, persone giuridiche a carattere ibrido che, se da un lato, hanno carattere pubblico, in quanto costituite dallo Stato o da altro ente pubblico, dall'altro, operano in veste imprenditoriale con gli strumenti del diritto privato.
- le **holdings pubbliche**, caratterizzate dalla partecipazione della mano pubblica in società di diritto privato, sottoposte in tutto o in parte al regime del diritto comune;
- le **società cc.dd. anomale** o **"di diritto speciale"**, ossia società partecipate dalla mano pubblica e sottoposte ad un regime giuridico peculiare;

- le **associazioni** e le **fondazioni** derivate dal processo di privatizzazione.

B) LE PRIVATIZZAZIONI: Occorre rilevare, infatti, che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha preso il via un imponente **fenomeno di privatizzazione** degli enti e delle *holdings* pubbliche.

C) LA CONFIGURABILITÀ DI ENTI PUBBLICI IN FORMA SOCIETARIA: Il problema della natura giuridica, pubblica o privata, si pone con riferimento ad una serie di enti che, pur rivestendo una **forma tipicamente privatistica**, sono sottoposti ad una disciplina per larga parte derogatoria rispetto a quella del codice civile.

Con il **d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175** (cd. decreto sulle società partecipate), il legislatore ha raccolto in un unico testo la disciplina organica di un fenomeno, come quello delle partecipazioni pubbliche in ambito societario, caratterizzato fino a quel momento da una abbondante stratificazione normativa. Obbiettivo dell'intervento riformatore è stata la riduzione del numero delle società partecipate e, al contempo, la razionalizzazione del quadro delle regole vigenti. A norma dell'art. 1 del d.lgs. n. 175/2016, le disposizioni in esso contenute si applicano "alla **costituzione di società** da parte di P.A., nonché **all'acquisto e alla gestione di partecipazioni**, da parte di tali amministrazioni, in società a totale o parziale partecipazione pubblica diretta o indiretta".

Quanto al **regime giuridico** e ai rapporti tra la disciplina speciale del d.lgs 175/2016 e la disciplina comune, l'art. 1, co. 3, dispone che sia le società partecipate che le società controllate sono disciplinate secondo le norme sulle società contenute nel codice civile e le norme generali di diritto privato, salve le espresse deroghe previste dal decreto. Si tratta di una decisiva spinta verso il modello privatistico. L'esigenza di assicurare che la costituzione di società e/o la partecipazione sociale siano effettivamente preordinate alla realizzazione del pubblico interesse ha spinto il legislatore della riforma a richiedere il rispetto di uno stringente onere **motivazionale** dell'atto deliberativo della costituzione/partecipazione.

3. Le fondazioni.

Il fenomeno delle fondazioni (bancarie, universitarie, assistenziali) ha, di recente, trovato ampia affermazione. Tali enti derivano:

- dalla **trasformazione di preesistenti enti pubblici**
- in altri casi, si tratta di fondazioni **istituite ex novo da apposite previsioni di legge**

Si è posto anche per questi enti il problema della **natura giuridica**. Se in alcuni casi è la stessa legge a riconoscere espressamente natura pubblica, in altri casi è stata la giurisprudenza a qualificare talune fondazioni in termini pubblicistici, non già tuttavia alla stregua delle regole proprie del diritto interno, bensì per