

## **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.

- 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 **semplificazione 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

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 comunali** ognuna **sua** **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**. Peraltro, 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'autonoma 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. Posseggono 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 perseguitamento 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

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 **organì 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: **impiegazione**, 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 **a competenza**, 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 pubblicistica**. 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

effetto della ritenuta riconduzione delle stesse nella nozione, di fonte comunitaria, di **organismo di diritto pubblico**. Proprio con riguardo a tale aspetto, in giurisprudenza si è sostenuto che la fondazione di diritto privato non può ritenersi - per il sol fatto di svolgere, sulla base di intese ed accordi attuativi con la Regione e l'ASL competente, attività riconducibili al SSN un 'ente' del SSN, poiché a tal fine è necessaria una previsione di legge che qualifichi l'ente nel quadro del S.S.N. sottoponendolo alle regole pubblicistiche (v. *Cons. St., Sez. III, 16 settembre 2016, n. 3892*).

#### **4. Attività pubbliche svolte da soggetti estranei all'amministrazione.**

Sono frequenti le ipotesi in cui compiti di rilievo pubblicistico sono svolti, in forza di norme di legge, di atti autoritativi o di fattispecie contrattuali, da **soggetti estranei all'organizzazione amministrativa**: il riferimento è ai **privati esercenti pubbliche funzioni**, ai **concessionari di opere e servizi** (a lungo considerati in giurisprudenza organi indiretti della P.A.), alle differenti ipotesi di **esternalizzazione**. Viene in rilievo, al riguardo:

- a. la **nozione di organo indiretto**, una figura elaborata in giurisprudenza per configurare come **atti soggettivamente ed oggettivamente amministrativi** quelli posti in essere dal **concessionario di opera pubblica** nell'ambito della procedura per l'assegnazione di appalti a terzi.
- b. il fenomeno dell' "**esternalizzazione**" che vede l'esercizio di attività pubbliche affidato a soggetti diversi dalla P.A. L'esternalizzazione può essere: **totale**, se ha ad oggetto singoli servizi o specifiche aree di attività di supporto interno; **parziale**, se invece attiene a specifiche fasi di attività complesse. Può essere realizzata mediante: *contratti sinallagmatici* (ad es. l'appalto); *contratti atipici* (ad es. il *global service*); *contratti di tipo associativo*

#### **5. L'organismo di diritto pubblico.**

Come rilevato, la natura pubblica di una struttura societaria può anche conseguire alla riconduzione della stessa in talune **figure soggettive pubbliche di derivazione comunitaria**, ormai da tempo entrate a far parte della disciplina nazionale, nonostante manchi una definizione a livello europeo della figura di soggetto pubblico, si tratta: dell'**organismo di diritto pubblico**; dell'**impresa pubblica**; dei **soggetti in house**.

Riproducendo il contenuto delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE del 26 febbraio 2014 l'art. 3, comma 1, lett. d) del **d.lgs. n. 50 del 2016** individua le caratteristiche del c.d. "organismo di diritto pubblico", quale soggetto incluso nella categoria delle c.d. "Amministrazioni aggiudicatrici". In particolare, gli organismi di diritto pubblico:

- a.** sono istituiti per soddisfare specificatamente *esigenze di interesse generale*, aventi carattere *non industriale o commerciale*;
- b.** sono *dotati di personalità giuridica*;
- c.** sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico.

L'obiettivo primario perseguito dalla normativa sugli appalti è quello di garantire l'attuazione del **principio di concorrenza** tra le imprese di tutti gli Stati membri dell'Unione europea.

Gli **elementi strutturali** dell'organismo di diritto pubblico sono tre:

1. **il possesso della personalità giuridica**;
2. **il fine perseguito**, costituito dal soddisfacimento di **bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale**;
3. **la sottoposizione ad una influenza pubblica**.

Tali elementi devono essere **necessariamente compresenti**.

## 6. L'impresa pubblica.

L'impresa pubblica viene in rilievo in relazione all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina comunitaria e nazionale relativa agli **appalti nei c.d. settori speciali** (acqua, trasporti, energia, telecomunicazioni, cui sono state aggiunte da ultimo le poste), originariamente esclusi dalla disciplina comunitaria degli appalti pubblici. In tali settori, accanto allo Stato, agli enti territoriali, agli organismi di diritto pubblico e alle associazioni costituite da tali enti, compresi tra le "autorità pubbliche", la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e lo stesso **d. Lgs. n. 50 del 2016** – confermando l'impianto originario contenuto nell'ormai abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 – collocano anche le **"imprese pubbliche"**.

A differenza di quanto previsto per l'organismo di diritto pubblico, si prescinde in questo caso dal fine perseguito (che può anche essere lucrativo), riconoscendosi valenza decisiva al **legame tra l'impresa e la Pubblica amministrazione "dominante"**. Secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lett. t) del d.lgs. n. 50 del 2016, la c.d. "impresa pubblica" è definita come qualsiasi impresa su cui le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante perché ne sono proprietarie, vi hanno una partecipazione finanziaria, o in virtù di norme che disciplinano le imprese in questione.

La categoria comprende non solo le **aziende autonome** e gli **enti pubblici economici**, ma anche le **società di capitali a prevalente partecipazione pubblica** o comunque a dominanza pubblica. Pertanto, l'applicazione della

disciplina "speciale" comporta che l'**assoggettamento alle procedure pubblicistiche** è subordinata alla **sola qualificazione dell'ente affidante in termini di impresa pubblica**, senza che sia necessario chiarire la sussistenza della sua istituzionale preordinazione al soddisfacimento di bisogni generali a carattere non commerciale o industriale. Questione controversa è quella relativa all'applicabilità del Codice dei contratti pubblici, allorché soggetti qualificabili come **imprese pubbliche** debbano affidare **appalti al di fuori dell'ambito dei c.d. settori speciali**.

- Sul *versante soggettivo*, giova considerare che le **imprese pubbliche** rientrano tra gli "enti aggiudicatori" tenuti all'osservanza della disciplina degli appalti nei settori speciali (art. 3, comma 1, lett. e), t) e art. 114 d.lgs. n. 50/16), mentre **non** sono in quanto tali contemplate tra le "amministrazioni aggiudicatrici e altri soggetti aggiudicatori" tenuti all'osservanza della disciplina degli **appalti nei settori ordinari**.
- Sul *versante oggettivo*, l'art. 14 d.lgs. 50/16 prescrive che la disciplina dei settori speciali **non** si applica agli **appalti** che gli enti aggiudicatori aggiudicano **per scopi diversi** dall'esercizio delle loro attività. Deve quindi **escludersi** l'applicabilità della disciplina di evidenza pubblica dettata per i settori speciali. Ci si è chiesti, tuttavia, se questi stessi appalti finiscano per ricadere nell'ambito di applicazione di **altra disciplina pubblicistica** (giurisdizione del **G.A.**) o se, viceversa, rimangano assoggettati al **diritto privato** (giurisdizione del **G.O.**).

## 7. Le società *in house*.

L'affidamento *in house* rappresenta un modello organizzatorio per mezzo del quale la P.A. reperisce prestazioni a contenuto negoziale **al proprio interno**, servendosi di un **ente strumentale**, distinto sul piano formale, ma non su quello sostanziale, per cui l'ente può essere considerato **parte integrante e prolungamento organizzativo della P.A.** L'istituto nasce nella giurisprudenza comunitaria (*CGCE 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal*) come figura da contrapporre all'**esternalizzazione** la quale comprende:

1. il **contratto di appalto**, che si ha quando la P.A. affida al terzo la produzione di beni o di servizi necessari perché la P.A. possa svolgere le sue funzioni istituzionali e lo fa dietro corrispettivo di un prezzo;
2. il **contratto di concessione**, che si ha quando l'amministrazione affida al concessionario l'espletamento di attività da svolgere in favore del pubblico; il concessionario non è tuttavia remunerato sotto forma di prezzo versatogli dall'amministrazione, ma è abilitato a percepire dagli utenti del servizio il prezzo della prestazione.

L'amministrazione, in virtù del **principio di autorganizzazione**, anziché esternalizzare la realizzazione di ciò di cui ha bisogno, può farlo in proprio, preponendo a tale scopo un ufficio, un servizio tecnico, una struttura organicamente inserita all'interno dell'ente stesso o ancora un soggetto societario

formalmente distinto dall'ente e, ciò nonostante, **controllato** dallo stesso in maniera così penetrante da potersi dire che si tratta di una sua parte integrante. In quest'ultima ipotesi, non ricorrendo l'amministrazione al mercato e non ponendosi quindi esigenze di tutela della concorrenza, è legittimo **l'affidamento diretto senza gara** attraverso l'istituto dell'*in house*. Ciò accade quando:

1. l'amministrazione aggiudicatrice eserciti sul soggetto aggiudicatario un **"controllo analogo"** a quello esercitato sui propri servizi (**elemento strutturale**) : il requisito è inteso quale controllo di tipo strutturale, che consenta un potere di ingerenza nella organizzazione della produzione del bene o del servizio. La giurisprudenza comunitaria e nazionale ha individuato alcuni criteri, in particolare : che l'ente pubblico deve poter esercitare **maggiori poteri** rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; che l'impresa **non deve aver acquistato una vocazione commerciale** che rende precario il controllo da parte dell'ente pubblico; che le **decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo** dell'ente affidante; il controllo analogo si ritiene escluso dalla semplice previsione nello statuto della cedibilità delle quote a privati.
2. il soggetto aggiudicatario svolga la **maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico** di appartenenza (**elemento funzionale**): è oggi espressamente previsto dall'art. 5, co. 2, del nuovo Codice dei contratti pubblici a tenore del quale è necessario che il soggetto affidatario svolga almeno l'80% delle proprie attività in esecuzione di compiti ad esso affidati dall'Amministrazione aggiudicatrice controllante o da altri soggetti a propria volta controllati dal medesimo soggetto pubblico.
3. la **partecipazione pubblica** sia **totalitaria** : la lett. c) dell'art. 5 del nuovo Codice dei contratti richiede infine che nella persona giuridica controllata non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati previste dalla legislazione nazionale, in conformità dei trattati, che non esercitino un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

In senso innovativo, l'art. 5, comma 2, del **d.lgs. n. 50 del 2016** risolve i residui dubbi in tema di ammissibilità del cd. **controllo analogo "a cascata"**, espressamente confermando l'esperibilità di tale modulo operativo anche nel caso in cui il controllo strutturale sia esercitato dall'Amministrazione aggiudicatrice in via indiretta, ossia per il tramite di un terzo soggetto, a propria volta controllato dall'Amministrazione aggiudicatrice. Con l'art. 5, co. 4 e 5, **d.lgs. n. 50 del 2016**, il legislatore nazionale ha altresì codificato il modello del cd. **in house "frazionario"**, così definitivamente confermando la legittimità dell'affidamento diretto disposto dall'Amministrazione appaltante a favore di un soggetto controllato congiuntamente con altre Amministrazioni pubbliche; Non è stata *a priori* esclusa,, dalla Corte di Giustizia, l'ammissibilità dell'***in house orizzontale***, vale a dire di una situazione in cui la stessa

amministrazione aggiudicatrice eserciti un "controllo analogo" su due operatori economici distinti di cui uno affida un appalto all'altro, ma ha ritenuto che le circostanze concrete della fattispecie in questione non fossero riconducibili a tale categoria. La figura dell'*in house* orizzontale è oggi espressamente contemplata dal citato art. 5, co. 3, norma che ha dato ingresso nel nostro ordinamento anche alla figura dell'***in house inverso***. L'***in house inverso*** si caratterizza per il fatto che l'affidamento diretto non interviene nella direzione ordinaria, ossia dall'Amministrazione controllante in favore dell'organismo controllato, bensì in direzione esattamente speculare, ossia da parte dell'organismo controllato in favore della propria autorità controllante. Ciò a testimonianza dell'estrema duttilità dell'istituto.

## PARTE TERZA - L'ORGANIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

### VI.

#### I PROFILI ORGANIZZATIVI DELL'AMMINISTRAZIONE

##### **1. L'organizzazione della pubblica amministrazione.**

Le formule organizzatorie della Pubblica Amministrazione sono riconducibili a due modelli generali costituiti:

- dall'**accentramento**, che comporta l'attribuzione dei poteri decisionali agli uffici od organi centrali, nei confronti dei quali gli uffici periferici si pongono in posizione di subordinazione gerarchica;
- dal **decentramento**, che comporta l'attribuzione di poteri decisionali anche agli uffici periferici

L'organizzazione amministrativa diretta si struttura in:

- a. **centrale ordinaria** che, secondo il sistema dell'accentramento burocratico, comprende organi quali i Ministeri (con ruoli attivi); il Consiglio di Stato (con ruolo consultivo); la Corte dei Conti (con ruolo di controllo);
- b. **centrale speciale**, secondo il modello del decentramento funzionale. Basti pensare al ruolo delle aziende autonome che operano su scala nazionale;
- c. **locale o periferica**, secondo il modello del decentramento organico, che consente l'attribuzione di funzioni proprie degli organi centrali a sedi distaccate a livello periferico.

Tra gli organi centrali dotati di un ruolo di particolare rilievo e di primo piano rientra il **Governo**.

##### **2. L'organizzazione territoriale del potere nella repubblica.**

Le **Regioni**, le **Province**, le **Città Metropolitane** ed i **Comuni** "sono collocati al fianco dello Stato come elementi costitutivi della Repubblica" dall'art. 114 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 3 del 2001. L'art. 5 Cost. stabilisce che la Repubblica riconosce e promuove le autonomie locali. La norma costituzionale stabilisce il principio del "**decentramento amministrativo**".

## VII. LE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INIDIPENDENTI

### **1. Le autorità amministrative indipendenti.**

Le Autorità indipendenti sono state definite come enti od organi **pubblici** dotati di sostanziale indipendenza dal Governo, espressione di un fenomeno complesso ed eterogeneo. Sono caratterizzate da:

- **autonomia organizzatoria, finanziaria e contabile;**
- **mancanza di controlli** e di **soggezione** al potere di **direttiva** dell'**esecutivo**;
- **funzione tutoria** di **interessi costituzionali** in campi socialmente rilevanti (AMATO);
- **indipendenza** rispetto al potere politico governativo e ai relativi indirizzi;
- tendenziale equidistanza e **neutralità** rispetto agli interessi su cui la loro attività incide;
- alto tasso di **competenza tecnica** richiesta nell'esercizio delle competenze loro assegnate.

Tra esse è possibile distinguere:

- **Autorità di settore**, preposte, in via esclusiva, ad uno specifico settore economico (es. CONSOB, Ivass, Autorità garante per l'energia elettrica e il gas, Autorità per le garanzie delle comunicazioni);
- **Autorità trasversali**, dotate, invece, di competenze non limitate a singoli comparti, in quanto riconosciute a tutela di specifici interessi pubblici di portata generale (es. Autorità garante della concorrenza e del mercato, Garante per la protezione dei dati personali, Commissione di garanzia per l'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali).

Particolare importanza riveste, nell'ambito delle recenti riforme, l'**Autorità nazionale anticorruzione (A.N.A.C.)**, frutto dalla trasformazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici ad opera del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, i cui compiti sono stati moltiplicati dal d.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo codice dei contratti pubblici) e modificati dal d.lgs. 19 aprile 2017 n.56 e dal d.l. 24 aprile 2017 n. 50.

Le **funzioni** attribuite alle Autorità indipendenti non sono sussuibili all'interno di un'unica categoria. Le Autorità infatti sono titolari: di **poteri: ispettivi** e di **indagine; sanzionatori** e di **sollecitazione; decisori; regolamentari**.

### **2. La tutela avverso gli atti delle autorità indipendenti.**

L'ammissibilità di un **sindacato giurisdizionale** sugli atti delle Autorità indipendenti è giustificata, innanzitutto, dalla natura amministrativa delle stesse.

La sottrazione delle Autorità indipendenti al circuito del controllo politico-parlamentare impone che sia assicurato, in attuazione dell'art.113 Cost., il sindacato giurisdizionale, pena l'assoluta irresponsabilità delle stesse. In merito alle forme di tutela sperimentabili avverso le Autorità, è necessario esaminare distintamente alcuni profili. Circa l'ambito del **riparto di giurisdizione**, il legislatore ha, con le stesse leggi istitutive delle singole Autorità, provveduto a devolvere alla giurisdizione esclusiva del **G.A.** le relative controversie. Il **Codice del processo amministrativo**, nella cd. norma catalogo relativa ai casi di **giurisdizione esclusiva** del G.A. (art. 133, al co. 1, lett. I), ha esteso per la prima volta la giurisdizione esclusiva a **tutti i provvedimenti sanzionatori adottati dalle Autorità di garanzia**. Inoltre, il medesimo disposto introduce la previsione della **giurisdizione di merito** del giudice amministrativo – che si affianca a quella esclusiva *ex art.* 133 c.p.a. – nelle controversie aventi ad oggetto le **sanzioni pecuniarie** applicate dalle Autorità amministrative indipendenti (art. 135, co. 1, lett. c), c.p.a.). Le **azioni risarcitorie** proposte nei confronti delle Autorità **per omessa vigilanza** restano affidate alla **giurisdizione ordinaria** (*Cass. civ., S.U., 29 luglio 2005, n.15916*). Occorre, poi, rilevare che l'impugnazione degli atti adottati dalle Autorità indipendenti è soggetta allo **speciale rito** disciplinato dall'art. 119 c.p.a., che, recependo quanto già disposto dall'art. 23 *bis*, l. n. 1034 del 1971, introdotto dall'art. 4, l. n. 205 del 2000, prevede una **procedura giudiziale accelerata** per una serie di ricorsi. **Cons. St., sez. VI, 26 marzo 2015, n. 1596**, ha però chiarito che la giurisdizione resta del giudice amministrativo nel caso in cui l'oggetto della contestazione sia un atto, adottato nell'esercizio di un potere discrezionale, che si colloca a monte del procedimento sanzionatorio.

**VIII.****LA DISCIPLINA DEL RAPPORTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA P.A.****1. Il rapporto di impiego pubblico: cornice costituzionale ed evoluzione.**

Il rapporto di pubblico impiego si configura come: *volontario* (tale requisito attiene al momento costitutivo, allo svolgimento e alla estinzione del rapporto di lavoro); di natura *personale*, essendo un rapporto costituito *intuitu personae; bilaterale*, poiché fondato sulla presenza di diritti ed obblighi reciproci; di *subordinazione*, poiché fondato sulla dipendenza dalla struttura pubblica. Occorre considerare che il rapporto di pubblico impiego, in virtù del regime delineato dal **d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165**, è oggi quasi interamente disciplinato per mezzo del rinvio alla **disciplina privatistica**, con devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione del giudice ordinario. Vi fanno **eccezione** alcune categorie, individuate dall'art. 3 che rimangono **disciplinate dai rispettivi ordinamenti**.

Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. è stato oggetto di un **processo di riforma** che ha profondamente inciso sulla sua natura giuridica e sulla disciplina applicabile. Queste, le principali tappe evolutive:

- La **prima fase di privatizzazione** viene inaugurata con il **d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993** che delinea una netta distinzione tra **organizzazione amministrativa** strettamente intesa e **regolazione e gestione dei rapporti di lavoro del personale**.
- Con la **c.d. riforma Brunetta** (d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150) ha trovato compimento il procedimento di attuazione della delega per la riforma del lavoro pubblico approvata con la l. 4 marzo 2009, n. 15. Al fine di incentivare l'efficienza e la produttività nella P.A., il d.lgs. n. 150/2009 ha introdotto un **nuovo sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti**, così da assicurare elevati *standard* qualitativi ed economici del servizio tramite la valorizzazione dei risultati e della *performance* organizzativa ed individuale. In attuazione delle deleghe contenute nella Legge del 2015 sono stati da ultimo adottati due decreti (**d.lgs. n. 74 e d.lgs. 75 del 25 maggio 2017**), pubblicati nella Gazzetta Ufficiale del 7 giugno 2017, recanti, il primo, modifiche e integrazioni al decreto Brunetta del 2009 in tema di valutazione delle performance e, il secondo, modifiche ed integrazioni al testo unico sul pubblico impiego.

**2. Gli effetti della privatizzazione sulla disciplina degli atti adottati dalla P.A.**

La nuova linea di demarcazione tra **regime pubblicistico** e **regime privatistico** degli atti di organizzazione passa per la contrapposizione tra: l'organizzazione "alta" (o **macro-organizzazione**); l'organizzazione "bassa" (o **micro-**

**organizzazione**) nonché la regolazione-gestione dei rapporti di lavoro. Solo per i primi è conservato il regime pubblicistico. Ne deriva che:

- gli *atti a regime pubblicistico* sono quelli emanati dalla PA *ex art. 2, co. 1, d.lgs. n. 165/01*, diretti alla definizione delle **linee fondamentali di organizzazione dei pubblici uffici**, all'individuazione degli **uffici di maggiore rilevanza** e dei modi di conferimento della titolarità degli stessi, alla determinazione delle **dotazioni organiche complesse** (c.d. **atti di macro-organizzazione**);
- gli *atti a regime privatistico* sono quelli emanati dall'amministrazione **in veste di datrice di lavoro**, relativi all'**organizzazione minore degli uffici** ed alla **gestione diretta del rapporto di lavoro**, aventi ora natura paritetica, espressione di capacità e di poteri analoghi a quelli di qualsiasi datore di lavoro privato (c.d. **atti di micro-organizzazione**).

### 3. L'accesso al lavoro nelle P.A.

L'art. 35, co. 1, d.lgs. n. 165/2001, prevede che l'assunzione nelle PP.AA. possa avvenire mediante **procedure selettive**. In particolare, il co. 3 dell'articolo citato elenca specificamente i **principi** cui devono conformarsi le procedure di reclutamento del personale:

1. **adeguata pubblicità** della selezione;
2. **adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti**;
3. **rispetto delle pari opportunità** tra lavoratrici e lavoratori;
4. **decentramento** delle procedure di reclutamento;
5. **composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata esperienza**.

Il legislatore ha affidato alla **disciplina del diritto pubblico** la **scelta del contraente** e a quella di diritto privato il momento genetico della costituzione del rapporto in ossequio all'art. 97 Cost. Tradizionalmente il **concorso**, oltre a possedere i caratteri della neutralità, è caratterizzato dal ricorso al **metodo comparativo**, cui fa da corollario il fatto che il candidato selezionato dimostri in ogni caso una sufficiente attitudine professionale rispetto al posto messo a concorso

### 4. Tipologie di concorsi.

Occorre, a questo punto, dar conto di alcune **ipotesi problematiche** emerse in riferimento al riparto di giurisdizione in tema di concorsi:

- a) **CONCORSI INTERNI:** L'espressione concorsi interni è utilizzata per indicare i concorsi indetti dalla P.A. per **soggetti che siano già dipendenti pubblici** e finalizzati alla loro **progressione orizzontale o verticale**. Il problema si pone perché il citato art. 63, co. 4, riconosce la **giurisdizione amministrativa** con esclusivo riferimento alle controversie riguardanti le

**procedure concorsuali per l'assunzione.**

- b) **CONCORSI MISTI:** Con l'espressione concorsi misti si indicano, invece, i concorsi aperti alla partecipazione sia dei **soggetti estranei alla P.A.** che dei **pubblici dipendenti**.
- c) **CONCORSI INTERNI MISTI:** I concorsi interni misti sono solitamente riservati a **dipendenti appartenenti alla stessa area**, rispetto ai quali la procedura selettiva costituisce un'ipotesi di *progressione orizzontale*, ed a **dipendenti appartenenti ad un'area inferiore**, per i quali la procedura selettiva rappresenta una vera e propria *progressione verticale*.

## 5. La tutela risarcitoria.

A seguito dell'**annullamento della procedura concorsuale**, spetta al **giudice amministrativo** pronunciare sull'**istanza di risarcimento danni** del concorrente risultato tardivamente vincitore a norma dell'art. 30 c.p.a. mentre spetta al giudice ordinario conoscere delle controversie relative ai danni conseguenti alla tardiva assunzione (*Cass. civ., S.U., 4 aprile 2017, n.8687*).

## 6. I diritti, i doveri e le responsabilità del lavoratore pubblico.

Il più importante dei diritti patrimoniali è quello alla **retribuzione** costituente una prestazione periodica in denaro cui è tenuta la P.A. nei riguardi dei propri dipendenti. La retribuzione consta di un: *trattamento economico fondamentale* costituito da voci fisse; *trattamento economico accessorio* legato alla *performance* individuale, organizzativa ed ai rischi dell'attività svolta. Tra questi figurano: il *diritto all'ufficio*; il *diritto allo svolgimento delle mansioni*; il *diritto alla progressione di carriera*; il *diritto al riposo*; il *diritto alla riservatezza*; il *diritto alle pari opportunità* tra uomini e donne sul luogo di lavoro. La responsabilità dell'impiegato per violazione di norme giuridiche può assumere natura: *penale* per il compimento di reati, in particolare contro la P.A.; *civile* di tipo risarcitorio per i danni patrimoniali arrecati alla P.A.; *amministrativa* per inosservanza dolosa o colposa degli obblighi di servizio; *contabile* per violazione delle norme sui procedimenti di spesa; *dirigenziale* quale figura specifica di responsabilità.

## 7. La disciplina del rapporto di lavoro.

Il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A. è un rapporto di lunga durata destinato a subire modificazioni oggettive (con riguardo alla prestazione lavorativa) o soggettive (con riguardo alla P.A. datrice di lavoro). Vi sono casi che conducono alla sospensione dell'obbligo della prestazione lavorativa, quali:

- l'*aspettativa* (per servizio militare; comprovati motivi di famiglia o per-

sonali; mandato parlamentare, amministrativo o sindacale; svolgimento di attività presso organismi pubblici o privati anche internazionali);

- il *comando*, il *distacco*, il *collocamento fuori ruolo* e *temporaneo servizio all'estero*;
- l'*assenza per malattia* con corresponsione della retribuzione: intera per i primi nove mesi; al 90% per i successivi tre mesi; al 50% per gli ulteriori sei mesi del periodo di conservazione del posto.

Il regime giuridico attuale, così come delineato dal d.lgs. n. 165/01, si caratterizza per l'estensione al pubblico impiego della **disciplina privatistica**, comprensiva delle disposizioni contenute nel codice civile e di quelle contenute nelle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa. In relazione ai **poteri del pubblico datore di lavoro**, è indubbio che essi non rappresentino più l'espressione di una discrezionalità amministrativa, bensì di un'autonomia della P.A. che si esplica con **atti unilaterali privatistici** espressione di un **potere di direzione e organizzazione** (anche tecnica) delle attività lavorative, con efficacia vincolante per i prestatori di lavoro. L'applicazione del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa non può comunque definirsi incondizionata: il legislatore ha infatti sottoposto il processo di privatizzazione al rispetto di alcuni **limiti** espressamente contenuti nello stesso decreto, vincolando le eventuali **specialità del pubblico impiego** a specifiche previsioni. Per risolvere le controversie tra amministrazione datrice di lavoro e pubblico dipendente il d.lgs. n. 80 del 1998 aveva introdotto il **tentativo obbligatorio di conciliazione**, modificando il testo dell'art. 410 c.p.c. In virtù delle introdotte modifiche, il tentativo di conciliazione, da facoltativo, era divenuto vero e proprio **presupposto di procedibilità** della domanda giudiziale. Si deve, però, rilevare che l'intervento normativo avutosi con l. n. 183 del 4 novembre 2010, c.d. **Collegato Lavoro**, ha ridisegnato, all'art 31, la sezione del codice di procedura civile in materia di controversie individuali di lavoro, trasformando il tentativo di conciliazione, prima obbligatorio, in **facoltativo**. Il d.lgs. n. 80 del 1998, introducendo due nuovi articoli nel c.p.c. (artt. 412 *tertio quater*), ha introdotto la possibilità, per le parti che abbiano esperito **senza successo il tentativo di conciliazione**, di deferire concordemente ad **arbitri** la controversia, a patto che la **contrattazione collettiva** preveda tale facoltà e le relative modalità di applicazione.

Il rapporto di lavoro è soggetto a vicende che ne determinano **l'estinzione**, previste **in tre fonti** di disciplina differenti. In tal caso la cessazione del rapporto di lavoro ha luogo per effetto di: licenziamento disciplinare; raggiungimento dei limiti di età; dimissioni; decesso del dipendente; superamento del periodo di comporto in caso di malattia.

## **8. La dirigenza.**

La dirigenza pubblica è stata oggetto di profonde **riforme**:

- A) **PRIMA PRIVATIZZAZIONE:** Con la generale privatizzazione dell'impiego pubblico introdotta con il d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, la dirigenza era stata suddivisa in **due "fasce"**, con limitazione della contrattualizzazione del rapporto d'impiego ai soli **dirigenti sottordinati** e conservazione, invece, del rapporto di tipo pubblicistico per i **dirigenti generali**.
- B) **LEGGE BASSANINI :** Successivamente, il legislatore ha abbandonato l'originaria opzione tornando, con la l. 15 marzo 1997, n. 59 (c.d. "legge Bassanini") e il conseguente decreto attuativo (d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), al **regime unitario**; è stata difatti estesa anche ai dirigenti generali l'applicabilità della **generale disciplina civilistica**.
- C) **LEGGE FRATTINI:** La l. n. 145 del 2002 interviene in senso profondamente innovativo sulle **modalità di determinazione dell'oggetto, degli obiettivi e della durata dell'incarico**. Assume un rilievo centrale la nuova disciplina del **conferimento degli incarichi dirigenziali** di cui all'art. 19 del t.u. n. 165 del 2001 che, nella versione tuttora in vigore, stabilisce che i predetti incarichi siano conferiti con un "**provvedimento**", al quale "*accede un contratto individuale*".
- D) **LA LEGGE BRUNETTA:** Il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150), ha, da un lato, **responsabilizzato** i dirigenti, con l'introduzione di specifiche ipotesi di responsabilità, e, dall'altra, ne ha **ampliato le prerogative**, mediante l'attribuzione di poteri effettivi e concreti nel controllo della quantità e della qualità del lavoro svolto dal personale assegnato ai loro uffici. Con la riforma sono stati anche introdotti nuovi **meccanismi meritocratici**, nella selezione della classe dirigente e nella sua remunerazione
- E) **LA LEGGE ANTICORRUZIONE:** L'art. 1, co. 49 e 50, della **legge 6 novembre 2012, n. 190** ha delegato il Governo a disciplinare i casi di **non conferibilità** e di **incompatibilità degli incarichi dirigenziali**, al fine di prevenire i fenomeni di corruzione e cattiva amministrazione.
- F) **LA RIFORMA DELLA PA:** L'**art. 11** della **legge n. 124 del 2015** ha delegato il Governo ad adottare, entro dodici mesi dalla sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi disciplinanti la riforma della dirigenza sulla base di specifici principi e criteri direttivi. La delega ha trovato attuazione solo nella parte relativa alla riforma della dirigenza sanitaria (**d.lgs 4 agosto 2016, n.171**). Il decreto correttivo (**d.lgs 26 luglio 2017, n. 126**) ha posto rimedio ai profili di illegittimità riscontrati dalla sentenza 251/2016 attraverso l'inserimento, nelle premesse del d.lgs n. 171/2016, del richiamo all'intesa in sede di Conferenza permanente raggiunta nella seduta del 6 aprile 2017.

La **responsabilità dirigenziale** si atteggi come una **responsabilità specifica ed aggiuntiva**, riferibile solo ai dirigenti della PA e destinata ad affiancarsi alle **altre forme di responsabilità previste per tutti i pubblici dipendenti** (penale, civile, disciplinare, amministrativo-contabile). Si tratta di responsabilità che **non presuppone specifiche condotte illecite e colpose**

**del dipendente**, ricollegandosi direttamente ai **risultati conseguiti** dal dirigente nell'espletamento del proprio incarico, conducendo alla sua tempestiva **rimozione** in quanto non in grado di raggiungere i risultati prefissati. La cd. riforma Brunetta ha introdotto **nuove fattispecie di responsabilità dirigenziale** in materia di gestione e di controllo del personale. Ipotesi di responsabilità sono funzionalmente collegate al **ciclo di gestione della performance**.

Il procedimento di qualificazione della categoria dirigenziale si basa sulla ricorrenza di **presupposti formali**, non assumendo alcun rilievo l'esercizio delle mansioni effettivamente svolte, sicché nel settore pubblico esiste una **scissione**, ignota al diritto privato, fra **l'acquisto della qualifica di dirigente** (con rapporto di lavoro a tempo indeterminato) ed il successivo **conferimento delle funzioni dirigenziali** a tempo. La modifica legislativa operata dalla l. n. 145 del 2002 all'**art. 19, d.lgs. n. 165/2001** (oggetto di modifiche ad opera del d.l. n. 90 del 2014, conv. in l. n. 114 del 2014) prevede l'emana-

zione di:

1. un **atto di conferimento** da parte della P.A., con cui vengono definiti l'oggetto, gli obiettivi e la durata dell'incarico;
2. la successiva stipulazione di un **contratto**, con cui si provvede alla definizione del trattamento economico. La previsione di due distinti momenti ha dato luogo ad un dibattito concernente la **natura dell'atto di conferimento** e, dunque, il **riparto di giurisdizione** per le controversie ad esso inerenti.

Al riguardo, va premesso che, ex art. 63, d.lgs. n. 165 del 2001, rientrano nella giurisdizione del G.O. anche **le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento, la revoca di incarichi dirigenziali**. Sussiste, invece, la giurisdizione amministrativa nelle controversie relative al conferimento di incarichi dirigenziali qualora la contestazione investa in via diretta i presupposti **atti di macro-organizzazione** (mediante i quali le amministrazioni pubbliche definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici e i modi di conferimento della titolarità degli stessi), come recentemente confermato da **Cass., S.U., 27 febbraio 2017, n. 4881**: la situazione giuridica dedotta in giudizio risulta, infatti, correlata esclusivamente all'illegittimo esercizio di un potere autoritativo organizzativo.

## 9. La decadenza automatica dall'incarico: il c.d. *spoils system*.

Il meccanismo del c.d. *spoils system* è stato oggetto di numerosi interventi normativi. Da ultimo, il **meccanismo di decadenza permanente (a regime)** introdotto nel 2006 (anch'esso, peraltro, censurato da *Corte cost. 11 aprile 2011, n. 124* e da *Corte cost. 25 luglio 2011, n. 246*) è stato successivamente abrogato dal legislatore, che, con l'art. 40, d.lgs. n. 150 del 2009, ha ripristinato **l'originario ambito di applicazione dell'art. 19, co. 8, d.lgs. n. 165**

**del 2001**, attualmente applicabile ai soli **incarichi dirigenziali di vertice**. La Corte costituzionale, nelle numerose pronunce di illegittimità costituzionale richiamate, ha ritenuto **costituzionalmente legittimo lo spoils system quando riferito a posizioni apicali**, del cui supporto l'organo di governo si avvale per svolgere l'attività di indirizzo politico amministrativo (v. *Corte cost., 28 ottobre 2010, n. 304*). Occorre ricordare, infine, che la Corte costituzionale ha anche affrontato il problema della previsione, in alcune **leggi regionali**, della **decadenza automatica dei dirigenti in concomitanza con la caduta della compagine governativa**. Ebbene, i Giudici costituzionali, estendendo i principi più volte ribaditi in relazione al meccanismo dello *spoils system* previsto dalla normativa statale, hanno annullato le relative disposizioni per violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione.

## 10. La tutela giurisdizionale.

Le controversie relative ai rapporti di lavoro privatizzato dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono devolute alla giurisdizione del **G.O., in funzione di giudice del lavoro**. Fanno **eccezione** le controversie di cui all'art. 63, co. 4, d.lgs. n. 165/2001, per le quali permane la **giurisdizione amministrativa**:

- i **rapporti cc.dd. non privatizzati**, esclusi appunto dal processo di privatizzazione ed indicati dall'art. 3, d.lgs. n. 165/01;
- gli atti antecedenti alla costituzione del rapporto di lavoro, cioè relativi alle **procedure concorsuali** per l'assunzione dei dipendenti delle PP.AA.

Giova osservare che, a differenza della giurisdizione in materia di procedure concorsuali, rientrante in quella generale di legittimità, quella riguardante il contenzioso relativo ai rapporti non privatizzati è espressamente definita dal legislatore come "**esclusiva**" (art. 133, co. 1, c.p.a.)

Giova, poi, considerare che al giudice amministrativo **sono comunque espressamente sottratte** una serie di controversie pure riguardanti il personale non privatizzato che, pertanto, rimangono di competenza del **Giudice ordinario**.

Una delle principali conseguenze derivanti dal processo di privatizzazione del pubblico impiego riguarda la **devoluzione al giudice ordinario**, nella persona del giudice del lavoro, del contenzioso relativo al rapporto di lavoro tra la P.A. e i dipendenti pubblici, in precedenza riservato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In base alla nuova disciplina, vengono però sottratti alla cognizione del giudice ordinario due ambiti in cui permane la **giurisdizione del giudice amministrativo**: quelle delle cc.dd. **categorie di pubblico impiego non privatizzato**, espressamente individuate dalla legge; le **procedure concorsuali per l'assunzione dei pubblici dipendenti**, ossia

la fase dell'accesso al pubblico impiego. In disparte la categoria residuale dell'impiego non privatizzato, la ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo nella materia del pubblico impiego ruota, dunque, intorno alla **distinzione tra atto di organizzazione ed atto di gestione**. In riferimento agli **atti amministrativi di organizzazione** che assumono il ruolo di **"atti presupposti"** rispetto agli atti di gestione e di bassa organizzazione, la giurisprudenza ha più volte ribadito che la **giurisdizione amministrativa** non può escludersi per il solo fatto che questi incidono sulla gestione del rapporto di lavoro. Pertanto, resta ferma la giurisdizione del G.A. sui c.d. **atti di macro-organizzazione**. Ne deriva che è possibile la **contemporanea pendenza del giudizio amministrativo sull'atto presupposto e del giudizio ordinario sugli atti di gestione**: al riguardo, l'art. 63, co. 1, d.lgs. n. 165/01 prevede espressamente che **non è necessaria la sospensione** del processo innanzi al G.O. in caso di pendenza del giudizio amministrativo. In tal caso, in cui vengono in considerazione atti amministrativi presupposti nell'ambito di un giudizio involgente posizioni di diritto soggettivo in materia di lavoro pubblico, al G.O. è senza dubbio **negata la possibilità di annullare l'atto provvidenziale presupposto**, il quale però, può essere dallo stesso **disapplicato**. Ne consegue che la legittimità degli atti aventi natura provvidenziale può essere valutata dal G.O. esclusivamente **in via incidentale**, ove sia necessaria per la risoluzione di una controversia avente ad oggetto diritti soggettivi.

La **giurisdizione ordinaria** comprende ora tutte le controversie relative ai **rapporti di lavoro alle dipendenze delle PA**, ivi incluse le controversie concernenti le **assunzioni al lavoro**, il conferimento e la revoca degli **incarichi dirigenziali** e la **responsabilità dirigenziale**, nonché le controversie concernenti le **indennità di fine rapporto**, comunque denominate e corrisposte (art. 63, co. 1, d.lgs. n. 165/2001). Si **esclude** che si tratti di una **giurisdizione esclusiva**. Infatti, l'ormai acquisita **natura privatistica degli atti di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali** consente di ravvisare una perfetta compatibilità dell'art. 63 con il criterio di riparto fondato sulla *causa pentendi*.

## **11. La giurisdizione in materia di concorsi.**

Uno degli ambiti ancora riservato alla giurisdizione amministrativa, ai sensi dell'art. 63, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001, è quello delle *"controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle Pubbliche amministrazioni"*. La giurisprudenza è pacifica nell'affermare che, dal punto di vista procedurale, il **concorso** comprende la **fase che va dall'emissione del bando all'approvazione della graduatoria**. Si tratta quindi di una procedura diretta alla valutazione dei candidati ed alla compilazione di una graduatoria finale. Rientrano, pertanto, nella nozione di procedure concorsuali tutte le sequenze procedurali, aperte a soggetti in possesso di predeter-

minati **requisiti soggettivi**, caratterizzate da concorrenzialità tra i partecipanti alla selezione, da effettuarsi in base al possesso di **titoli** predeterminati dal bando o a mezzo di **prove** rivelatrici del livello di preparazione culturale o di idoneità ed esperienza professionale dei candidati. Peraltro, le procedure concorsuali, che radicano la giurisdizione del G.A., sono quelle volte al reclutamento del dipendente, senza che abbia rilevanza a questo fine la natura della procedura concorsuale. Al contrario, non danno luogo a procedure concorsuali le assunzioni che **non sono basate su una logica selettiva**: si pensi alle chiamate dirette. In tal senso è stato considerato procedura non concorsuale l'avviamento attraverso le **liste di collocamento**. Quanto alla **natura giuridica della giurisdizione amministrativa nel pubblico impiego**, Cass., S.U. ordinanza 26 maggio 2004, n. 10183, ha ricondotto alla **giurisdizione generale di legittimità** la giurisdizione relativa alle procedure concorsuali. Tre le principali argomentazioni si è fatto riferimento all'esplicito richiamo al **regime previgente**. Un secondo argomento è inoltre emerso dal raffronto fra prima e seconda parte del co. 4, stante la chiara attribuzione alla **giurisdizione esclusiva** del G.A. delle **controversie non privatizzate** in esso prevista. Infine, il giudice di legittimità ha richiamato i **principi costituzionali in materia di riparto di giurisdizione**, fondati sulla devoluzione al G.A. delle controversie inerenti alla tutela degli **interessi legittimi** ed al giudice ordinario di quelle concernenti la tutela dei **diritti soggettivi**. Facendo leva su questi dati la Suprema Corte ha affermato che, laddove si afferma la giurisdizione amministrativa **senza fare espresso riferimento alla giurisdizione esclusiva**, deve ritenersi che il giudice amministrativo conosca di tali controversie nell'ambito della **giurisdizione generale di legittimità**.

**PARTE QUARTA - L'ATTIVITÀ****IX.****I PRINCIPI DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA****1. L'attività amministrativa in generale.**

L'attività amministrativa può essere definita come l'attività con cui la P.A. provvede in concreto alla cura degli interessi ad essa affidati. Si distingue tra: **amministrazione attiva**, la quale comprende tutte le attività attraverso le quali la P.A. mira a realizzare i propri fini, in fase sia deliberativa che esecutiva; **attività di amministrazione consultiva**, che consiste, invece, nell'emana-zione di pareri, di consigli, direttive, in favore di organi o autorità chiamati a provvedere in ordine ad un determinato oggetto; **attività di controllo** effettuata secondo diritto (controllo di legittimità) o in applicazione delle regole della buona amministrazione (controllo di merito). L'azione amministrativa è assoggettata a **limiti** che si distinguono in:

- **negativi**, volti a garantire il rispetto della liceità dell'azione;
- **positivi**, diretti invece a mantenere tale attività nell'ambito dei fini pubblicistici che l'amministrazione è chiamata a realizzare. Questi ultimi, a loro volta, possono essere fissati **in modo rigoroso e puntuale** o **in modo elastico**, lasciando alla P.A. un ambito di valutazione più o meno vasto: nel primo caso l'attività amministrativa è **vincolata**, nel secondo è **discrezionale**.

**2. Attività di diritto pubblico e attività di diritto privato.**

I comportamenti della P.A. si distinguono in: *giuridicamente irrilevanti*, poiché privi di effetto giuridico; *giuridicamente rilevanti*, poiché muniti di efficacia giuridica.

Nell'esercizio della stessa la P.A. può agire mediante l'uso: di **atti di diritto pubblico** e dello **strumento negoziale**. Nella prima ipotesi, la P.A. adotta **provvedimenti unilaterali**, espressione di una **posizione di supremazia**, destinati a modificare la sfera giuridica del destinatario anche in assenza o contro la sua volontà. È proprio il carattere **autoritativo** di tali atti, che distingue il provvedimento amministrativo dal **negoziò**, che invece presup-pone una posizione di sostanziale **parità delle parti**. Alla P.A. è riconosciuta, altresì, una **capacità di diritto privato**, potendo la stessa ricorrere allo stru-mento negoziale nel rispetto delle ordinarie regole proprie del diritto civile, pur sempre nel perseguitamento di un **interesse pubblico**.

### 3. I principi costituzionali dell'azione amministrativa.

Numerosi sono i principi che la Costituzione riferisce all'attività amministrativa.

- A) Il **principio di legalità** si evince dall'art. 97, co. 2, Cost. che pone anzitutto una **riserva di legge** in materia di **organizzazione amministrativa**, da intendersi in senso **relativo**. Sebbene la norma sia riferita al solo profilo organizzativo, la si ritiene pacificamente estesa all'**attività** della **P.A.**, anch'essa **assoggettata alla legge**.
- B) Il **principio di imparzialità**, che rinvie il proprio referente normativo fondamentale nell'art. 97 Cost., risulta espressamente riferito all'organizzazione dei pubblici uffici ed è destinato a conformare in generale l'attività amministrativa.
- C) Il **principio di ragionevolezza** impone alla P.A. di seguire un canone di razionalità operativa nello svolgimento della propria azione, onde evitare decisioni arbitrarie e irrazionali. La ragionevolezza impone in particolare: la **corrispondenza** dell'**azione amministrativa** ai **fini** indicati dalla **legge**; la **coerenza** con i **presupposti di fatto** assunti a base della decisione amministrativa; la **logicità** della stessa e la **proporzionalità** dei **mezzi rispetto ai fini**.
- D) Il **principio di buon andamento** della **P.A.** ha imposto agli organi dell'amministrazione di uniformarsi, nell'espletamento della propria attività, ai parametri di: *economicità*, implicante l'ottimizzazione dei risultati in relazione ai mezzi disponibili; *efficacia* che inerisce al rapporto tra obiettivi e risultati; *efficienza* che afferisce al rapporto tra risorse impiegate e risultati conseguiti.
- E) Il **principio dell'equilibrio di bilancio**, introdotto dalla **Legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1**, ha modificato, innanzitutto, l'art. 81 Cost. in materia di finanza pubblica e di bilancio. Il **ricorso all'indebitamento** è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di **eventi eccezionali**.
- F) Il **principio di pubblicità** si tratta di un principio inherente al rapporto tra governanti e governati, che attribuisce a questi ultimi un potere di valutazione della legalità dell'azione amministrativa.
- G) Il **principio di sussidiarietà** (art. 118 Cost.) costituisce un **criterio di ripartizione delle funzioni amministrative**, che suggerisce l'allocazione delle stesse al livello di governo più vicino ai cittadini, salvo che l'adeguato esercizio non sia incompatibile con le dimensioni dell'ente locale o con le possibilità organizzative dell'ente (cd. **sussidiarietà verticale**).
- H) Il **principio del contraddittorio** impone alla P.A., prima dell'adozione di un provvedimento individuale sfavorevole, di **ascoltare l'interessato**, riconoscendogli la possibilità di far valere le proprie ragioni. Nel nostro ordinamento il principio del contraddittorio è sussunto nel più ampio

- principio del **giusto procedimento**
- I) **Il principio di responsabilità** dell'azione amministrativa rileva in particolare in ambito risarcitorio.

#### **4. I principi derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.**

I principi generali elaborati dalla giurisprudenza comunitaria possono diversi in due grandi categorie:

1. **principi generali**, quali quelli di legalità, di egualianza e di non discriminazione, della certezza del diritto, il diritto alla tutela giurisdizionale.
2. **principi** che presiedono ad uno **specifico settore**, definiti come principi generali amministrativi, quali quelli del legittimo affidamento, di proporzionalità, di non retroattività degli atti amministrativi e del diritto al contraddittorio.

Risultano, comunque, parzialmente **innovativi** rispetto a quelli nazionali, i principi di **proporzionalità** e di **legittimo affidamento** (*legitimate expectation*) e **tutela della concorrenza**.

#### **5. Principio di legalità e discrezionalità amministrativa.**

L'azione della P.A. si sostanzia nella **cura concreta degli interessi pubblici**, previsti dalla legge ed affidati da questa ad un prefissato centro di potere pubblico, tenuto ad agire **nel rispetto dei contenuti e dei confini stabiliti dalla legge** (c.d. **principio di legalità**), osservando i criteri di **adeguatezza, convenienza ed opportunità** (c.d. **merito amministrativo**). Il potere, che nella norma di legge deve avere la sua base giuridica deve essere esercitato nel rispetto di taluni **limiti**, di tipo **negativo**, tendenti ad assicurare che l'attività si mantenga nei confini della liceità e di tipo **positivo**, diretti, invece, a garantire che l'*agere* della P.A. persegua i **fini pubblici**. Al diverso **tasso di intensità dei limiti** positivi si ricollega la distinzione tra **attività vincolata** e **attività discrezionale**:

- l'attività è **vincolata** quando tutti gli elementi da acquisire nell'adozione della decisione amministrativa sono prefigurati dalla legge;
- diversamente, quando la legge lascia all'autorità amministrativa un certo margine di apprezzamento in ordine a taluni aspetti della decisione da assumere, la P.A. dispone di **discrezionalità amministrativa** che presuppone l'attribuzione di uno spazio decisionale, nel rispetto dei confini fissati dalla legge e dei criteri di buona amministrazione;
- infine, dalla discrezionalità amministrativa va nettamente distinta la c.d. **discrezionalità tecnica**, non implicante un potere di scelta dell'amministrazione, solo chiamata a verificare che ricorrono i presupposti di legge per l'adozione di una determinazione già definita in

via legislativa, facendo applicazione di regole tecniche e specialistiche.

Di discrezionalità tecnica l'amministrazione dispone quando è chiamata a valutare fatti alla stregua di **regole di carattere specialistico**. La P.A. non è chiamata, pertanto, a valutare comparativamente interessi, scegliendo le modalità che consentano il più efficace soddisfacimento dell'interesse pubblico primario, ma soltanto a verificare, in applicazione di regole specialistiche, la sussistenza di taluni presupposti richiesti dalla norma per l'adozione della determinazione amministrativa (es. abuso di posizione dominante). Nell'esercitare la discrezionalità tecnica, la P.A. applica perciò norme contenenti concetti giuridici indeterminati, utilizzando **nozioni e regole tecnico-scientifiche**, secondo il seguente schema logico: una prima fase di **accertamento dei fatti**; una seconda fase di **"contestualizzazione" della norma**; una terza fase in cui i fatti accertati vengono confrontati con il **parametro normativo**; un'ultima fase di **applicazione della norma** ai fini dell'adozione del provvedimento.

Ci si è a lungo chiesti se, nel sindacare la discrezionalità tecnica, al giudice amministrativo sia consentita la sola verifica dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione o se, viceversa, possa lo stesso spingersi fino a valutare la correttezza dei criteri tecnici e del metodo applicativo seguito, se del caso sostituendo a quello dell'amministrazione il proprio giudizio tecnico. Per l'impostazione dominante inaugurata da *Cons. St., sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601*, deve ammettersi un **controllo intrinseco** sulla valutazione tecnica operata dalla P.A. Sullo sfondo l'assunto secondo cui l'apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, semplici o complessi, attiene sempre alla **legittimità del provvedimento** e non può essere sottratto al giudice cui viene riconosciuto il potere di verificare direttamente l'**attendibilità** delle **operazioni tecniche** sotto il profilo della loro correttezza, quanto al criterio tecnico ed al procedimento applicativo.

## **6. Legittimità e merito dell'azione amministrativa.**

La **legittimità** dell'azione amministrativa presuppone la coerenza della condotta della P.A. rispetto alle **regole giuridiche che disciplinano l'esercizio del potere**; il **merito** indica la conformità della scelta amministrativa alle **regole non giuridiche di opportunità e convenienza amministrativa**. Pertanto:

- le *regole di legittimità* sono quelle poste dalla stessa norma che attribuisce il potere o ricavabili dai limiti opposti all'esercizio del potere, *in specie* discrezionale;
- le *regole di merito*, invece, sono quelle non giuridiche di **opportunità e convenienza**.

L'area riservata alle scelte di merito è quella affidata alla **libertà della P.A.**

una volta rispettati tutti i parametri legali che sovrintendono all'esercizio della discrezionalità. È l'area nella quale la P.A. è **sottratta ad un sindacato esterno del giudice amministrativo**, che non può sostituirsi alla P.A. Invero, il sindacato del giudice amministrativo non è di norma esteso al merito, salve le tassative ed eccezionali ipotesi determinate dalla legge (es. il giudizio di ottemperanza). Merito e legittimità sono entrambi **predicati della discrezionalità** (MORTATI): il merito costituisce, infatti, la parte libera della discrezionalità, in cui nel rispetto delle regole di legittimità, la P.A. effettua la scelta di opportunità amministrativa, normalmente non sindacabile in sede giurisdizionale, ma solo in via giustiziale, in specie in sede di definizione del ricorso gerarchico.

## X. IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

### **1. Funzione e nozione di procedimento amministrativo.**

Le Pubbliche amministrazioni, nel perseguire l'interesse pubblico loro affidato, operano solitamente mediante procedimenti amministrativi. Nella legislazione è maturato il passaggio da un modello in cui la P.A. assumeva le decisioni in via unilaterale ad un modello in cui ai privati è riconosciuto il più ampio diritto di partecipare all'attività amministrativa. Con la **I. n. 241/90** è stata introdotta una **disciplina generale sul procedimento**, contenente un'intera Sezione dedicata alla **"partecipazione" procedimentale** che soffre **eccezioni** nelle sole ipotesi dei procedimenti destinati a concludersi con provvedimenti di carattere generale, diretti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e programmazione.

### **2. Le fasi del procedimento amministrativo.**

In via descrittiva, può dirsi che il procedimento amministrativo si compone di **quattro fasi**: la fase dell'**iniziativa** (o dell'avvio); la fase **istruttoria**; la fase **decisoria**; la fase **integrativa** dell'**efficacia**.

**A) La fase dell'iniziativa** è quella propulsiva del procedimento. Il procedimento, come visto sopra al § 4, può essere instaurato:

- a. ad *iniziativa di parte*, il privato può sollecitare l'avvio del procedimento mediante un'**istanza** (domanda del privato) o un **ricorso** (teso a provocare un riesame della legittimità o del merito di un provvedimento) o una **denuncia** (dichiarazioni che vengono presentate dai privati ad un'autorità amministrativa al fine di sollecitare l'esercizio dei suoi poteri);
- b. ad *iniziativa d'ufficio*, quest'ultima è **autonoma** quando è l'organo competente all'emissione del provvedimento conclusivo che dà avvio al procedimento; **eteronoma** quando l'iniziativa promana da un organo diverso da quello competente ad emettere il provvedimento finale. In tal caso l'iniziativa può assumere la forma di **richiesta** o di **proposta**.

Dall'avvio del procedimento discende per l'amministrazione l'**obbligo di provvedere**, concludendo l'*iter* procedimentale con un provvedimento espresso. Il provvedimento espresso può essere redatto anche in **forma semplificata**, mediante il riferimento sintetico al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda presentata

**B) La fase istruttoria** è la fase centrale del procedimento nella quale la P.A. attende all'acquisizione dei fatti rilevanti e all'individuazione degli interessi

coinvolti. *Dominus* della fase istruttoria è il **responsabile del procedimento**. I principi che presiedono tale fase sono: il **principio inquisitorio**, sicché la P.A. detiene il più ampio potere di iniziativa per il compimento degli atti istruttori; il **principio di libera valutazione degli elementi di prova** prodotti; il **principio di non aggravamento del procedimento** sicché deve essere cura del responsabile evitare operazioni e atti che non risultino necessari e opportuni ai fini della decisione (art. 1, co. 2).

È proprio in questa fase che vengono in rilievo gli **istituti di partecipazione diretta** che consentono un apporto collaborativo ed integrativo da parte degli interessati.

**C) Al termine dell'istruttoria si apre la fase decisoria**, cui appartiene la **deliberazione del contenuto del provvedimento** e la formazione ed emanazione dello stesso. In questa fase l'autorità competente effettua una nuova ed ulteriore valutazione dei presupposti e degli elementi di fatto alla base dell'atto. La fase decisoria non segue uno schema unitario e univoco, potendo essere costituita da una **serie di atti**, da un **atto proveniente da un unico organo**, da un **comportamento** con valore legalmente tipizzato (silenzio) o da un **accordo**.

**D)** Il provvedimento, una volta emanato, è **perfetto**, cioè completo di tutti gli elementi richiesti per la sua esistenza, ma può non essere ancora efficace. La **produzione dell'efficacia** può essere, infatti, subordinata al compimento di operazioni specifiche, al verificarsi di certi fatti o all'emanazione di ulteriori atti (ad es. il **controllo** o la **pubblicità**).

### 3. Il responsabile del procedimento.

La disciplina posta dalla l. n. 241/90 in tema di responsabile del procedimento prevede **due passaggi necessari e consecutivi**: l'individuazione dell'**unità organizzativa responsabile**, ex art. 4, (atto che ha **natura normativa** e va adottato in forma di **regolamento**) e l'individuazione del **responsabile del procedimento**. Con l'attribuzione dei compiti di responsabile del procedimento si attende alla concreta **assegnazione di funzioni**, relative a particolari procedimenti. Si tratta quindi di **atto discrezionale**; il che non esclude certo che il dirigente dell'unità possa prevedere **meccanismi automatici di assegnazione**. In caso di **inerzia** nella designazione del responsabile, l'attribuzione del procedimento resta quindi **in capo al titolare dell'ufficio**, che si accolla anche le conseguenti responsabilità. Al responsabile del procedimento sono assegnati **compiti di impulso, direzione e coordinamento** dell'istruttoria procedimentale, e in via eventuale, di **decisione finale**.

### 4. La comunicazione di avvio del procedimento.

La comunicazione di avvio del procedimento (art. 7) costituisce lo **strumento**

**indispensabile per attivare la partecipazione**, consentendo al soggetto coinvolto dall'*agere* amministrativo di avere **conoscenza dell'avvio di un procedimento** destinato a sfociare nell'emanazione di un provvedimento che produrrà effetti nei suoi confronti, così esercitando i diritti che gli sono riconosciuti dalla stessa l. n. 241/90. La comunicazione di avvio del procedimento è, pertanto, **prescrizione generale**, che non riguarda soltanto i procedimenti complessi articolati in più fasi ma anche i procedimenti semplici che si esauriscono direttamente con l'adozione dell'atto finale, che comunque comportano una fase istruttoria. L'istituto della comunicazione risponde a due finalità: assicurare la **trasparenza** e la **pubblicità** dell'**azione amministrativa**; consentire la partecipazione non solo a fini difensivi, ma anche **colaborativi**, posto che l'apporto dei privati al procedimento risulta funzionale al miglior esercizio del potere amministrativo. Il legislatore si è preoccupato di fissare in modo tassativo anche il contenuto della comunicazione. Quanto alle implicazioni connesse all'inoltro di una **comunicazione di avvio contenutisticamente carente** (che va distinta da quella, ben più grave, in cui alla PA. non comunichi affatto l'avvio del procedimento), prevale in giurisprudenza la tesi secondo cui l'omissione di parte del contenuto della comunicazione **non comporta necessariamente illegittimità del provvedimento finale**, ben potendo verificarsi che l'interessato, **avuta comunque conoscenza** del procedimento, acquisisca altrimenti le informazioni necessarie. Si tratta di opzione interpretativa ispirata al **principio del raggiungimento dello scopo**.

## 5. Il preavviso di rigetto.

Il legislatore ha statuito all'art. 10-*bis* che la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza debba essere fatta **prima della formale adozione di un provvedimento negativo**, prima quindi della scadenza del termine di conclusione del procedimento. Risulta perciò evidente che il preavviso di rigetto si colloca tra la **fase istruttoria** e quella **decisoria**: per comunicare al soggetto che ha presentato l'istanza le ragioni che ne impediscono l'accoglimento, l'amministrazione deve infatti aver prima esaminato e valutato gli elementi di fatto e le ragioni giuridiche, acquisiti d'ufficio o rappresentati dagli stessi soggetti interessati. La delibazione successiva alla fase istruttoria non ha quindi carattere definitivo, ben potendo verificarsi che, a seguito del sollecitato intervento del privato interessato, la P.A. muti avviso e decida di accogliere l'istanza. Il preavviso di rigetto, dunque, **non chiude la fase delle valutazioni istruttorie, né** tuttavia, vale quale **decisione finale del procedimento**, esso ha pertanto **natura pre-decisoria**, e presuppone l'adozione di una **pre-decisione di segno negativo** da parte della P.A. Si tratta di **atto endoprocedimentale**, non ancora definitivo, essendo previsto il diritto degli istanti di **presentare per iscritto**, nel termine di **10 giorni** dal

ricevimento della comunicazione, le loro **osservazioni**, eventualmente corredate da documenti, al fine di far mutare avviso all'amministrazione medesima. Ne discende che la P.A. non può trasformare un preavviso di diniego in un provvedimento definitivo di diniego, ove il privato non presenti osservazioni; il preavviso di diniego **deve essere seguito dal provvedimento definitivo di rigetto dell'istanza**. La natura endoprocedimentale dell'atto ne determina la **non autonoma impugnabilità**, in quanto **atto non immediatamente lesivo**. Si tratta di un **atto privo di contenuto provvedimentale**. L'art. 10 *bis*, l. n. 241/90, non fornisce indicazioni precise in ordine al **contenuto** del preavviso di rigetto, limitandosi a disporre che devono essere indicati i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che ostano all'accoglimento dell'istanza.

## **6. Gli strumenti della semplificazione amministrativa a livello procedimentale.**

Come detto, il **principio di semplificazione** va senz'altro annoverato tra i principi fondamentali dell'azione amministrativa. Il Capo IV (artt. 14-21) della legge n. 241 del 1990 contiene una serie di disposizioni che mirano a dare attuazione a tale principio, snellendo i tempi di svolgimento dell'*actio* amministrativa. Tra questi figurano:

1. la **conferenza di servizi** (artt. 14 ss.);
2. gli **accordi fra amministrazioni pubbliche** (art. 15);
3. il **silenzio devolutivo** (art. 17)
4. il **silenzio tra amministrazioni** (art. 17-*bis*)
5. l'**autocertificazione** (art. 18)

## **7. La conferenza di servizi: natura e tipologie.**

La conferenza di servizi è stata concepita dal legislatore del 1990 quale generale **strumento di concentrazione**, in un unico contesto logico e temporale, delle valutazioni e delle posizioni delle diverse amministrazioni portatrici degli interessi pubblici rilevanti in un dato procedimento amministrativo. La conferenza di servizi, dunque, risponde al canone costituzionale del **buon andamento dell'amministrazione pubblica**. La disciplina della conferenza di servizi contenuta nella l. n. 241/1990 è stata oggetto, nel corso degli anni, di numerose e sostanziali modifiche. Da ultimo si segnala che l'**art. 2, co. 1, della l. 7 agosto 2015, n. 124**.

Tradizionalmente si distinguono, anche a seguito della recente novella, diverse tipologie di conferenza di servizi. **A) La conferenza di servizi istruttoria**, disciplinata dal comma 1 dell'art. 14, l. n. 241/ 1990, può essere indetta dall'Amministrazione procedente, anche su richiesta di altra Amministrazione coinvolta nel procedimento o del privato interessato, quando lo ritenga op-

portuno per effettuare **un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti** in un procedimento amministrativo ovvero in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati. **Pertanto, l'indizione della conferenza di servizi istruttoria è facoltativa.** Due le principali novità introdotte per tale tipologia di conferenza dal d.lgs. n. 127 del 2016. Da un lato, è espressamente previsto che l'indizione della conferenza possa derivare anche da una richiesta di altra Amministrazione ovvero del privato interessato, dall'altro lato lo svolgimento dei lavori della conferenza avviene in **forma semplificata e modalità asincrona** secondo quanto previsto dal novellato art. 14-*bis*, l. n. 241 del 1990. L'amministrazione precedente, peraltro, resta **libera nella determinazione del contenuto del provvedimento finale**. Lo svolgimento della conferenza di servizi istruttoria, quindi, **non richiede particolari formalismi**.

**B) Anche la conferenza di servizi di tipo decisoria** ha subito rilevanti modifiche. L'art. 14, comma 2, l. n. 241 del 1990 dispone che la conferenza di servizi decisoria è sempre indetta dall'Amministrazione precedente quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nulla osta o altri atti di assenso, comunque denominati resi da diverse Amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici. Con riguardo alle novità introdotte dal d.lgs. n. 127 del 2016, si è detto come uno dei principali obiettivi perseguiti dal legislatore del 2016 è la riduzione delle ipotesi di indizione obbligatoria. In tal senso, la conferenza di servizi: **è sempre indetta (solo)** quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di una serie di atti resi da altre Amministrazioni (convocazione obbligatoria); **può provenire** anche da una sollecitazione del privato qualora la sua attività sia subordinata a più atti di assenso da adottare in distinti procedimenti (convocazione facoltativa).

**C) Ulteriore ipotesi di conferenza di servizi, c.d. preliminare** (o preventiva), è disciplinata dall'art. 14, comma 3, l. 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'art. 1, d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127, e nasce dall'esigenza di sottoporre al vaglio preventivo delle P.A. progetti **di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi**, al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere, alla presentazione dell'istanza o del progetto definitivi, i necessari atti di consenso. Figura, quest'ultima, da taluni ritenuta **sui generis**, non trattandosi né di conferenza propriamente istruttoria, né di conferenza decisoria.

## 8. L'istituto dell'accesso: l'accesso classico, l'accesso civico e l'accesso libero universale.

Ai principi di pubblicità e trasparenza, è direttamente correlata la previsione di cui al successivo co. 3, a tenore del quale **tutti i documenti amministrativi sono accessibili**, salve le ipotesi di **esclusione**, stabilite dal successivo art. 24. A tale figura di accesso, si affianca **l'accesso civico**, introdotto dal

d.lgs. n. 33/2013, e l'**accesso “libero universale”** di cui al d.lgs. n. 97/2016. La **trasparenza** costituisce criterio generale dell'azione amministrativa ai sensi dell'art. 1, co. 1, della l. n. 241 del 1990 ed è destinato a disciplinare in chiave democratica i rapporti tra amministrazione ed amministrati. A tal fine, il **d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33** ha riunito in un *corpus* normativo unitario le svariate fattispecie di informazioni che le PP.AA. devono rendere disponibili ai cittadini (che trova ulteriore evoluzione nel **d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97**). Il nuovo intervento normativo risponde all'esigenza di ampliare gli ambiti di accessibilità del cittadino ai dati e alla documentazione. Tale intervento normativo definisce la trasparenza come **accessibilità totale** alle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni ed introduce l'istituto dell'**accesso civico**, strumento che consente alla collettività di controllare l'adempimento agli obblighi di pubblicazione previsti dalla legge in capo alla P.A. Il d.lgs. n. 33/2013 è stato da ultimo novellato dal d.lgs. n. 97/2016. Oggetto della disciplina è la libertà di accesso di **“chiunque”** ai dati e i documenti detenuti dalle PP.AA. entro i limiti stabiliti dalla legge. Particolarmente innovativa è l'introduzione accanto alla figura tradizionale dell'accesso civico, relativa ai soli documenti, atti ed informazioni soggetti all'obbligo di pubblicazione, del cd. **accesso civico libero universale** che si estende a **tutti** i dati o documenti delle pubbliche amministrazioni anche **ulteriori** rispetto a quelli oggetto di pubblicazione obbligatoria. Si tratta di una nuova forma di accesso civico libero, equivalente a quella che nei sistemi anglosassoni è definita F.O.I.A. (*Freedom Information Act*). Analogamente all'accesso civico “da pubblicazione”, la richiesta non richiede motivazione ed è totalmente gratuita. Evidenti sono, pertanto, le differenze rispetto all'accesso come disciplinato nell'art. 22 della l. n. 241/1990 collegato ad un interesse diretto, concreto ed attuale del richiedente al documento e subordinato al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura (art. 25). Va peraltro precisato che, mentre nel c.d. accesso civico è in radice inconfigurabile la posizione dei controinteressati, i medesimi possono ben risultare coinvolti nell'accesso libero e universale (con conseguente necessità di notificare loro i ricorsi eventualmente proposti).

## **9. I soggetti attivi e passivi.**

- A) **ATTIVI:** L'art. 22, l. n. 241/90 designa quali soggetti titolari del diritto di accesso tutti i **soggetti privati**, compresi quelli portatori di **interessi pubblici o diffusi**, che abbiano un **interesse diretto, concreto e attuale**, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento di cui è chiesta l'ostensione. Risulta confermata l'impostazione tradizionale volta ad **escludere** la possibilità che l'accesso si tramuti in un'**azione popolare** diretta al controllo generalizzato dell'attività della P.A.

La tutela in oggetto, di cui agli artt. 22 ss., l. n. 241/90, riguarda il c.d. "**accesso esoprocedimentale**", consentendo al **soggetto estraneo** al procedimento amministrativo di chiedere l'esibizione di documenti ove dimostri specificamente la titolarità di un interesse giuridicamente rilevante. Diverso è il caso del **soggetto partecipante al procedimento amministrativo**, il quale per ottenere l'accesso non deve dimostrare nient'altro che la veste di parte del procedimento. Si parla, in tal caso, di c.d. "**accesso endoprocedimentale**", disciplinato dall'art. 10 l. n. 241/90. La norma fa esplicito riferimento ai soggetti privati e con ciò sembra **escludere** che il procedimento di accesso possa essere attivato da una **P.A.** Pare confermare l'assunto l'art. 22, co. 5, alla stregua del quale l'acquisizione di documenti amministrativi da parte di soggetti pubblici si informa al **principio di leale cooperazione istituzionale**. Il diritto d'accesso va sempre collegato ad una specifica situazione soggettiva giuridicamente rilevante. È quanto ora esplicitamente chiarito dal co. 3 dell'art. 24, l. n. 241/90, secondo cui **non sono ammissibili** istanze di accesso preordinate ad un **controllo generalizzato dell'operato delle Pubbliche amministrazioni**. Pertanto, l'interesse che legittima ad esercitare l'accesso è, innanzitutto, un interesse **differenziato**; di tipo **personale e concreto**, ricollegabile al soggetto da uno **specifico nesso**. Circa le **differenze tra accesso civico ed accesso ordinario**, le nuove disposizioni, dettate con d.lgs. n. 33 del 2013, in materia di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche amministrazioni, disciplinano situazioni non ampliative né sovrapponibili a quelle che consentono l'accesso ai documenti amministrativi, ai sensi degli artt. 22 ss., l. n. 241 del 1990. Con il citato d.lgs. n. 33 del 2013, infatti, si è inteso procedere al riordino della disciplina, volta ad assicurare a tutti i cittadini la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l'organizzazione e l'attività delle Pubbliche amministrazioni.

- B) **PASSIVI:** L'art. 23, l. n. 241/90, nell'indicare i soggetti assoggettati al rispetto della disciplina in tema di accesso, ha riguardo: alle **Pubbliche amministrazioni** (comprensiva delle categorie dell'organismo di diritto pubblico e dell'*in house providing* limitatamente all'attività pubblicistica esercitata); alle **aziende autonome e speciali**; agli **enti pubblici**; ai **gestori di pubblici servizi**; l'amministrazione europea in base al Regolamento n. 1049/2001/CE; le **imprese di assicurazione** (art. 146 del d.lgs., n. 209 del 2005). Riconosciuto è anche il diritto di accesso nei confronti delle **Autorità amministrative indipendenti** che, tuttavia, si esercita nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, secondo quanto previsto dall'art. 24, l. n. 241/1990.

## **10. L'oggetto del diritto di accesso.**

L'art. 22, co. 1, lett. d), l. n. 241/90 nel fornire la nozione di documento accessibile, fa riferimento ad ogni rappresentazione di atti "concernenti attività di

*pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale*". La nuova formulazione tiene conto del percorso evolutivo della giurisprudenza in ordine alla difficile tematica dell'assoggettabilità all'accesso dei documenti relativi ad atti non riconducibili ad esercizio di potestà amministrativa o, comunque, non correlati a moduli procedurali di tipo pubblicistico ma, piuttosto, ad **atti di natura privatistica**. L'Adunanza plenaria (22 aprile 1999, nn. 4 e 5) aveva già rimarcato l'irrilevanza del regime giuridico cui risulta assoggettata l'attività in relazione alla quale l'istanza ostensiva è formulata: ciò che assume importanza, invece, è che l'attività, ancorché di diritto privato, costituisca nella sua essenza cura di un **interesse pubblico**.

### Limiti al diritto di accesso

In base all'art. 22, co. 1, lett. d), l. n. 241/90 **non sono accessibili** le informazioni in possesso di una P.A. **non racchiuse in un documento amministrativo**. Alla stregua della nuova formulazione della norma, oggetto del diritto di accesso sono i documenti comunque detenuti da una P.A., purché si riferiscano ad **attività di pubblico interesse**. Si è **escluso** che siano accessibili: le sentenze; il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica da parte del controinteressato che ne abbia chiesto ed ottenuto la trasposizione in sede giurisdizionale; le schede delle competizioni elettorali. Discussa l'ostensibilità di documenti con rilievo **investigativo o probatorio**. In giurisprudenza, prevale la tesi secondo cui l'inerenza del documento ad un procedimento penale non osta per ciò solo alla relativa estensibilità ai sensi della l. n. 241 del 1990, sempre che non si tratti di documentazione coperta da **segreto istruttorio o gravato da sequestro**.

L'art. 22, l. n. 241/90, al co. 2, prevede che l'accesso ai documenti amministrativi costituisce **principio generale** dell'**attività amministrativa**. Coerentemente il co. 3 dello stesso articolo dispone che **tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione** di quelli indicati all'art. 24, co. 1, 2, 3, 5 e 6. L'art. 24 individua, pertanto, i limiti all'accesso ed i criteri per il bilanciamento fra gli interessi contrapposti. In ogni caso, l'accesso non può essere negato qualora per tutelare le esigenze individuate dalla legge sia sufficiente differire l'accesso o limitarlo parzialmente. I **limiti** possono essere classificati in **tassativi** ed **eventuali**.

I limiti principali al diritto di accesso sono costituiti dalla **segretezza** e dalla **riservatezza**. La *prima* risponde all'esigenza di tutelare **interessi pubblici e generali**, la *seconda*, invece, attribuisce rilievo all'interesse privatistico a che sia mantenuto il riserbo in ordine a vicende che coinvolgono la **sfera personale o economico-patrimoniale** di **singoli soggetti**, siano essi singoli cittadini o persone giuridiche. I rapporti tra accesso e riservatezza sono dal legislatore disciplinati distinguendo tra diversi livelli di consistenza del profilo di *privacy* coinvolto nell'atto di cui si chiede l'ostensione. Occorre distinguere a seconda che l'atto oggetto della richiesta di accesso contenga dati altrui solo

**personali e ordinari**, o **sensibili** o ancora **sensibilissimi** (vita o salute). Le indicate classificazioni sono ora richiamate nel **Codice sulla protezione dei dati personali** che, agli artt. 59 e 60, detta la disciplina da seguire allorché l'istanza di accesso riguardi atti rispettivamente contenenti **dati sensibili** (art. 59) e **sensibilissimi** (art. 60). Ciò posto, in generale l'art. 24, l. n. 241/90 prevede, al co. 6, in materia di accesso ad atti contenenti: **dati sensibili**(dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale) e **giudiziari**, cd. accesso **difensivo**, il limite della "indispensabilità" del dato in questione; dati relativi allo stato di **salute** o alla **vita sessuale** (c.d. **dati sensibilissimi**)la titolarità di un interesse di rango almeno pari ai diritti dell'interessato ovvero di un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile.

## 11. Gli strumenti di tutela.

L'art. 25, co. 4, l. n. 241/90, prevede che, **decorsi inutilmente 30 giorni dalla richiesta**, questa si intende **respinta**. La norma delinea un'ipotesi di **silenzio significativo** con un effetto equipollente a quello proprio di un **provvedimento espresso di diniego**. Ciò è confermato dal successivo periodo dello stesso co. 4, che pone sullo stesso piano il **dinego di accesso**, sia esso **espresso** o **tacito**. Avverso il diniego (o differimento) di accesso è possibile sperimentare:

1. una **tutela giurisdizionale** : Il ricorso avverso il diniego espresso o tacito di ostensione documentale è disciplinato dall'art. 116 c.p.a., inserito nel Libro IV sui **riti speciali** la cui applicazione è estesa dal d.lgs. n. 33/2013, novellato dal d.lgs. 97/2016, anche alla tutela del diritto di **accesso civico**.
2. una **tutela di tipo giustiziale**, esperibile dinanzi al **difensore civico** competente per territorio (ove si tratti di atti di amministrazioni locali e regionali) o dinanzi alla **Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi** (ove si tratti di atti di amministrazioni statali e periferiche dello Stato). Competono alla Commissione per l'accesso ai documenti una serie di funzioni quali: a) la vigilanza sull'attuazione del principio di piena conoscibilità; b) la predisposizione di una relazione annuale sulla trasparenza; c) l'invio al Governo di proposte di modifiche legislative finalizzate ad ampliare le possibilità di esercizio del diritto di accesso; d) l'espressione di pareri nei confronti delle PP.AA. richiedenti per coordinare l'attività organizzativa delle amministrazioni in materia di accesso e per garantire una uniforme applicazione dei relativi principi.

**XI.****IL SILENZIO AMMINISTRATIVO E LE SUE FORME****1. Il silenzio amministrativo: profili generali.**

La tutela approntata dall'ordinamento a fronte del comportamento inerte dell'amministrazione può essere di tipo: **successivo**, quando al privato è consentito di reagire per ovviare ed eliminare gli effetti negativi prodotti dall'inerzia tenuta dalla P.A., rivolgendosi all'autorità giudiziaria (in questo contesto si colloca l'istituto del **silenzio-inadempimento**); **preventivo**, quando il legislatore interviene a prevenire lo stesso prodursi di possibili effetti pregiudizievoli connessi all'inerzia: è quanto si verifica nei casi in cui si riconosce al silenzio dell'amministrazione un significato legale tipico, per esempio di accoglimento dell'istanza presentata dal privato (c.d. **silenzio-assenso**).

Con l'art. 2, l. n. 241/90 è stata introdotta una disposizione avente portata generale volta a canonizzare il **principio di doverosità dell'esercizio del potere amministrativo** e della certezza dei tempi dell'azione pubblica. Sempre nel 1990, con l. n. 86, di riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica amministrazione, è stato riscritto l'art. 328 c.p. che nel riformulare il co. 2 incrimina la condotta dell'agente pubblico il quale, entro 30 giorni dall'istanza di chi vi abbia interesse, non adotta l'atto del suo ufficio e non espone le ragioni del ritardo. Emerge quindi nel corso degli anni una maggiore attenzione legislativa alla **tempistica procedimentale** e al suo rispetto da parte della Pubblica amministrazione. Infine, per i **casi in cui il silenzio dell'amministrazione continua a non avere valore provvedimentale**, il legislatore del 2005 ha riformulato l'art. 2, l. n. 241/90, introducendo dirompenti novità: è stata *eliminata la necessità della previa diffida* ai fini della formazione del silenzio-inadempimento; la proposizione del ricorso avverso il silenzio *non è più soggetta* al termine decadenziale di sessanta giorni (ma può avvenire finché duri l'inerzia, purché non oltre l'anno dallo spirare del termine per la conclusione del procedimento); diviene più *penetrante il sindacato giurisdizionale del G.A.* in sede di ricorso avverso il silenzio-rifiuto.

Con la l. n. 69 del 2009 sono stati ridefiniti i **termini per provvedere**, anche limitando le possibilità per le PP.AA. di sospenderne o interromperne la durata ed è stata riconosciuta esplicitamente la risarcibilità del c.d. **danno da ritardo** contenuto nell'art. 2 bis,l. n. 241/90. Sulla disciplina del silenzio è intervenuto, altresì, il d.lgs. n. 104 del 2010, con cui è stato varato il **codice del processo amministrativo** che reca la disciplina del **rito avverso il silenzio** (agli artt. 31, co. 1, 2 e 3, e 117) e dell'azione per il **risarcimento del danno da ritardo** (all'art. 30, co. 4). Prima ancora di procedere all'esame delle singole forme di silenzio è utile distinguere tra le **differenti tipologie di silenzio** della P.A. il quale può essere:

- **silenzio asignificativo**: (cd. **silenzio inadempimento** o **silenzio rifiuto**) : il silenzio integra un **mero comportamento**, consistente in un **inadempimento** dell'**obbligo di provvedere** gravante sulla P.A. (**silenzio-inadempimento**). Si tratta, quindi, di un fatto avente mero valore di **presupposto processuale** per adire il G.A. (si v. art. 117, co. 2, c.p.a.). È fuor di dubbio, quindi, che, sotto il profilo sostanziale, se il silenzio fosse equiparabile al provvedimento di rifiuto, l'azione giurisdizionale sarebbe rivolta, semmai, ad ottenerne l'annullamento sul presupposto della sua illegittimità e non, come invece testualmente dispone la norma citata, a promuovere una **pronuncia del G.A.** che, accertata l'esistenza del relativo dovere, **ordini all'amministrazione di provvedere** (*salva la verifica della fondatezza dell'istanza*).
- **silenzio significativo**: c.d. **silenzio accoglimento** o **silenzio assenso** equiparato al provvedimento favorevole; c.d. **silenzio diniego** equiparato al provvedimento sfavorevole;
- **silenzio rigetto** che ricorre nel caso di mancata pronuncia su ricorso gerarchico avverso atti non definitivi;
- **silenzio devolutivo** (o procedimentale), che ricorre quando nel corso di un procedimento un organo intermedio non provvede su una richiesta di parere o di perizia, potendo quindi l'organo di amministrazione attiva prescindere dall'atto istruttorio.

## 2. I presupposti sostanziali del silenzio-inadempimento.

È certo necessario, a monte, che sussista l'obbligo dell'amministrazione di prendere posizione sull'istanza del privato: in mancanza, l'inerzia non può qualificarsi in termini di silenzio-inadempimento e il ricorso, sarà inammissibile per carenza di legittimazione del privato. La giurisprudenza si è fatta carico di individuare i presupposti dell'obbligo di provvedere, nulla disponendo al riguardo il cit. art. 2. Fermo restando che deve trattarsi di un **vero e proprio obbligo giuridico** di provvedere, derivante da una **norma di legge**, di **regolamento** o da un **atto amministrativo**, la giurisprudenza ha, di recente, precisato che l'obbligo può essere altresì desunto dai **principi informatori dell'azione amministrativa**, *in specie* quelli di imparzialità, legalità e buon andamento.

## 3. I profili processuali: l'azione avverso il silenzio.

Occorre, poi, verificare se, sussistente l'obbligo dell'amministrazione di rispondere, lo stesso si formi per il solo fatto del **decorso del termine** previsto dall'art. 2, l. n. 241/90, o se debba invece il privato, decorso detto termine, ulteriormente diffidare l'amministrazione. Sul punto, l'art. 2, l. n. 241/90, prevede che, scaduti i termini procedurali, l'istante è legittimato a **proporre**

**immediatamente ricorso** (art. 117 c.p.a.) contro il silenzio amministrativo, destinato quindi a **formarsi automaticamente, senza dover preventivamente ricorrere alla diffida o ad altri adempimenti procedurali**: il ricorso giurisdizionale è rituale e procedibile anche se non è stata preventivamente notificata diffida a provvedere. Il rito avverso il silenzio è oggi disciplinato dagli artt. 31 e 117 C.p.a.

Relativamente al **termine concesso per l'impugnazione del silenzio**, il c.p.a., all'art. 31, co. 2, ribadisce la scelta operata dalla l. n. 80 del 2005 (si v. art. 2, co. 8, l. n. 241/90). Il privato, dunque, non ha l'onere di ricorrere all'autorità giudiziaria nell'ordinario termine di sessanta giorni decorrenti dalla conclusione del procedimento amministrativo, ma può proporre ricorso nel più lungo termine di **un anno**. La possibilità per il cittadino di esperire l'azione **sino a che dura il silenzio (e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento)** svela la prospettiva seguita nel codice che è quella per cui la decorrenza dei termini per provvedere **non comporta una vicenda di decadenza dall'esercizio del potere**, con la conseguenza che il **provvedimento può essere adottato anche tardivamente**. Il perdurare dell'inerzia amministrativa determina una **permanente situazione di inadempimento** che produce ininterrottamente effetti giuridici. In ordine al momento di proposizione dell'azione, la giurisprudenza ha escluso la natura decadenziale del **termine annuale previsto**, qualificandolo alla stregua di **prescrizione breve** del diritto d'azione, essendo prevista, alla sua **scadenza**, la reiterabilità dell'istanza di avvio del procedimento e la possibilità di presentare il ricorso. Con il ricorso avverso il silenzio, la pretesa dedotta è quella sottesa all'interesse (legittimo) a ottenere o conservare il bene sostanziale cui il soggetto aspira o che vuole conservare.

La l. n. 205 del 2000, ha disciplinato, con un **rito speciale ed abbreviato**, il giudizio avverso il silenzio della P.A. (ora confluito nell'art. 117 c.p.a.), stabilendo che i relativi ricorsi sono decisi **in camera di consiglio**, con **sentenza succintamente motivata**, entro **30 giorni** dalla scadenza del termine di deposito del ricorso, uditi i difensori delle parti che ne facciano richiesta. Secondo l'orientamento dominante in giurisprudenza, **presupposto** per l'esperibilità dello speciale rito sul silenzio è, in primo luogo, che l'istanza si riferisca a **materia spettante alla giurisdizione del G.A.** Va ulteriormente precisato che il rito abbreviato introdotto riguarda esclusivamente il **silenzio-rifiuto in senso tecnico**, ossia il comportamento omissivo che maturi a fronte di un'istanza diretta a far valere una posizione di **interesse legittimo e non anche** l'inerzia della P.A. a fronte di un'istanza diretta a far valere un **diritto soggettivo** (rientrante nella giurisdizione esclusiva del G.A.).

### 3.1. Ricorso avverso il silenzio e tutela dei terzi.

La previsione del potere del G.A. di valutare la fondatezza della pretesa del privato e di determinare il contenuto del provvedimento, ha posto in modo

particolarmente intenso la questione della tutela del terzo che rischia di vedere compromessa la sua posizione per effetto dell'accoglimento del ricorso contro il silenzio e del conseguente ordine rivolto dal giudice all'amministrazione di adottare l'atto favorevole al ricorrente. Prima dell'adozione del c.p.a. ci si chiedeva se si trattasse di **terzo controinteressato**. Tecnicamente, nel processo amministrativo, ricorre la figura del terzo controinteressato in presenza di **due condizioni**:

- una *sostanziale* deve in primo luogo trattarsi di un terzo che ha ottenuto, per effetto dell'atto amministrativo che altri impugna, un **vantaggio**;
- l'altra *formale*: è necessario, affinché il terzo possa dirsi controinteressato, che la sua esistenza sia **facilmente desumibile dall'atto**.

#### **4. Il silenzio endoprocedimentale.**

Dal silenzio a contenuto provvedimentale va distinto il c.d. **silenzio procedimentale**, che si forma nell'ambito di un procedimento complesso a cui partecipano diverse amministrazioni: si pensi, all'ipotesi dell'**inerzia nel rendere un parere o nell'adottare l'atto di controllo**. Fattispecie di silenzio procedimentale espressamente **previste dal legislatore** sono quelle in tema di: *pareri* e di *valutazioni tecniche* (artt. 16 e 17, l. n. 241/90); *parere della Soprintendenza* in ordine alla verifica di compatibilità paesistica di progetti di opere (art. 146, co. 7, d.lgs. n. 42 del 2004); *atti sottoposti a controllo preventivo di legittimità della Corte dei Conti* che divengono in ogni caso esecutivi trascorsi 60 giorni dalla loro ricezione, senza che sia intervenuta una pronuncia della Sezione del controllo, salvo che la Corte, nel predetto termine, abbia sollevato questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 81 Cost. delle norme aventi forza di legge che costituiscono il presupposto dell'atto, ovvero abbia sollevato, in relazione all'atto, conflitto di attribuzione (art. 27, l. n. 340 del 2000).

#### **5. Il silenzio-rigetto su ricorso amministrativo.**

Per silenzio-rigetto s'intende, comunemente, la **mancata pronuncia sul ricorso gerarchico** avverso atti non definitivi, decorso il **termine di 90 giorni** entro il quale, ai sensi degli artt. 6, d.P.R. n. 1199 del 1971 e 20, l. Tar, il ricorso gerarchico dev'essere deciso dall'autorità amministrativa. Al riguardo occorre stabilire quali siano gli **effetti della decisione tardiva**, ossia del c.d. provvedimento sopravvenuto su ricorso gerarchico. Sul punto è consentito ricostruire tre tappe dell'evoluzione giurisprudenziale. Anteriormente all'emana-zione del d.P.R. n. 1199 del 1971 e della l. Tar, la giurisprudenza riteneva che la **P.A. potesse comunque decidere il ricorso**. Entrati in vigore il d.P.R. n. 1199 del 1971 e la l. Tar, la giurisprudenza ritenne che, una volta decorso il

termine di novanta giorni, la **P.A. consumasse il potere di decidere il ricorso gerarchico**, essendosi formata una vera e propria decisione tacita di rigetto. Tale assetto è successivamente mutato a seguito di due noti arresti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (*decisioni nn. 16 e 17 del 1989*), in cui si è affermato che la **P.A. conserva il potere di decidere il ricorso gerarchico** nonostante la scadenza del termine di novanta giorni. I giudici chiariscono, inoltre, che, in caso di silenzio dell'amministrazione sul ricorso gerarchico, l'**oggetto del ricorso** giurisdizionale o straordinario non è il silenzio, ma il **provvedimento originario** già impugnato in sede gerarchica. Nel caso in cui sopravvenga la **decisione sfavorevole**, questa non ha autonomia rispetto al provvedimento base, ma costituisce **atto ad effetto confermativo**.

## **6. Il silenzio-diniego.**

Ulteriore figura di silenzio enucleata dalla dottrina è quella del c.d. **silenzio-diniego**, che ricorre in **ipotesi eccezionali** allorquando la **legge** equipara l'inerzia della P.A. al **diniego sull'istanza** presentata dal privato e cioè ad un provvedimento di rigetto (si v. l'ipotesi di cui all'art. 25, co. 4, l. n. 241/1990 in materia di accesso). Nelle suddette ipotesi, dunque, **non opera il meccanismo del silenzio-assenso**, espressamente escluso dall'art. 20, co. 4, l. n. 241/90.

## **7. il silenzio-assenso: natura giuridica e procedimento di formazione.**

Costituisce un tipico rimedio previsto dal legislatore per prevenire il prodursi delle conseguenze negative collegate all'inerzia amministrativa. Evidente risulta la **distinzione tra silenzio-assenso e silenzio-rifiuto**: nel caso di *silenzio-rifiuto*, l'inerzia è mero comportamento **privò di qualsiasi valenza provvedimentale**. Nel caso del *silenzio-assenso*, invece, l'ordinamento riconnega all'inerzia un **effetto provvedimentale** (di **accoglimento** dell'istanza). Quanto all'ambito applicativo, l'art. 20, l. n. 241/90, come riscritto dal d.l. n. 35 del 2005, prevede che il silenzio-assenso ha perso nei procedimenti ad istanza di parte, il carattere di istituto eccezionale, per divenire **istituto generale**.

L'**art. 3, l. 7 agosto 2015, n. 124**, ha disciplinato, introducendo l'art. 17 *bis* alla l. n. 241 del 1990, l'ipotesi di **silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche** e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici. Tutte le **garanzie procedurali** ordinarie previste dalla l. n. 241/90 non vengono obliterate, giacché il procedimento di formazione del silenzio-assenso non si discosta - tranne che per la fase decisoria - da quello previsto in materia di provvedimento autorizzativo espresso. Ne consegue che andranno applicate le **regole generali previste dalla l. n. 241/90**. I procedi-

menti assoggettati alla disciplina del silenzio-assenso si distinguono dagli ordinari procedimenti in relazione alla **fase decisoria**, essendo consentito all'amministrazione precedente, in alternativa alla soluzione classica dell'adozione di un provvedimento espresso, tenere un **comportamento omissivo equiparato all'atto di accoglimento**.

## **8. L'evoluzione legislativa della disciplina della d.i.a. fino all'introduzione della s.c.i.a.**

L'istituto disciplinato dall'art. 19, l. n. 241/90 è stato oggetto, nel tempo, di plurimi interventi di riforma. L'art. 49, co. 4 *bis*, l. n. 122 del 2010 (di conversione del d.l. n. 78 del 2010) ha provveduto alla riscrittura della norma in discorso, rubricata **'Segnalazione certificata di inizio attività'** (s.c.i.a.) in luogo di **"Dichiarazione di inizio attività"** (d.i.a.). Il nuovo istituto si presenta come espressione di **liberalizzazione di determinate attività private**. Invero, la fattispecie di cui all'art. 19 consente al privato di intraprendere l'esercizio di alcune attività **immediatamente** sulla base di un atto che lo stesso privato formula e presenta alla P.A., senza attendere un pronunciamento costitutivo da parte di quest'ultima. Alla P.A. è solo riconosciuto l'esercizio, entro un termine perentorio, di un potere inibitorio dell'attività già iniziata, non anche la titolarità del potere di esprimere un assenso preventivo all'esercizio di quell'attività. L'avvio dell'attività è dunque **immediato** a seguito della presentazione della segnalazione e indipendentemente dalla tipologia dell'autorizzazione sostituita. La P.A. ha a disposizione il termine di **60 giorni** per procedere alla **verifica della segnalazione** ed in caso di esito negativo della verifica deve **inibire** la prosecuzione dell'attività segnalata, salva la facoltà di regolarizzazione entro un ulteriore termine all'uopo concesso. Trascorsi i sessanta giorni, la P.A. può comunque adottare i provvedimenti di autotutela in presenza delle condizioni di cui all'art. 21 *nonies* (non più limitati, come nella versione precedente, a materie specificamente indicate). Accanto a questa ipotesi, l'intervento dell'Amministrazione è ammesso *"sempre ed in ogni tempo"* mediante la procedura interdittiva, qualora l'attività sia stata intrapresa sulla base di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o atti di notorietà **falsi e mendaci**.

A sua volta, il **d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222**, (c.d. **S.c.i.a. 2**) ha introdotto una tabella funzionale *"alla precisa individuazione delle attività oggetto di procedimento, anche telematico, di comunicazione o segnalazione certificata di inizio di attività"* (così all'art. 1), al fine di eliminare ogni incertezza in ordine alle attività soggette al regime tratteggiato dall'art. 19 (cfr. l'art. 2). Lo stesso decreto ha inoltre inciso sui poteri esercitabili dalla p.a. a fronte di una s.c.i.a.

## **9. Tutela del terzo.**

In particolare, a **fronte di una s.c.i.a.**, la p.a. può esercitare oggi i seguenti

**poteri:**

- a) un potere inibitorio dell'attività da esercitare entro sessanta giorni (termine interrotto laddove la p.a. intimi al privato di conformare il proprio operato a legge, con una determinazione che comporta la sospensione dell'attività nei soli casi di attestazioni mendaci e pericolo per i danni sensibili);
- b) un analogo potere inibitorio (in via di c.d. autotutela) esercitabile soltanto in presenza dei presupposti fissati dall'art. 21-nonies, entro i 18 mesi successivi all'estinzione del potere sub a).

## XII.

### GLI ATTI ED I PROVVEDIMENTI AMMINISTRATIVI

#### **1. Nozione di provvedimento e teorie sull'atto amministrativo.**

Nel nostro ordinamento manca una definizione legislativa di atto e provvedimento amministrativo. Si tratta di nozione elaborata essenzialmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Volendo trarre, in prima approssimazione, talune conclusioni, può affermarsi che l'atto amministrativo deve essere **adottato da una P.A.** nell'esercizio di una **potestà amministrativa riconosciuta dalla legge** per la **cura di un interesse pubblico**.

All'interno di questa ampia categoria, occorre distinguere tra:

- **meri atti amministrativi**, comprensivi di **ogni dichiarazione di volontà, di desiderio, di conoscenza, di giudizio**, compiuta da un soggetto della P.A. nell'esercizio di una potestà amministrativa: vi rientrano gli atti endoprocedimentali;
- **provvedimenti amministrativi**, che consistono in una **manifestazione di volontà**, adottata dalla P.A. **all'esito del procedimento**, volta alla cura di un concreto interesse pubblico e diretta a produrre unilateralmente effetti giuridici nei rapporti esterni con i destinatari

#### **2. Classificazioni degli atti amministrativi.**

Si suole procedere alle distinzioni tra gli atti amministrativi utilizzando **differenti parametri**.

- In relazione alla **natura dell'attività amministrativa** espletata, si può distinguere tra:
  - atti di amministrazione **attiva** (i provvedimenti); atti di amministrazione **di controllo**; atti di amministrazione **consultiva**. Quanto a questi ultimi, si tratta dei **pareri** (che, a seconda dei casi, si distinguono in pareri c.d. facoltativi e pareri c.d. obbligatori).
  - provvedimenti di **primo grado** e provvedimenti di **secondo grado**, incidenti, questi ultimi, su atti precedentemente emanati dalla PA, (ad es. i provvedimenti di autotutela).
- In relazione all'**efficacia**, si può distinguere tra: atti che **costituiscono un rapporto giuridico**, nel senso che lo istituiscono o lo modificano (es. la concessione); atti che **estinguono un rapporto giuridico** quali i provvedimenti ablatori: *reali* (come l'espropriazione); *personalii* (come gli ordini amministrativi); *obbligatori* (le imposizioni tributarie, ecc.); atti che **dichiarano l'esistenza** di un **rapporto**, preesistente agli stessi.
- In relazione alla **natura del potere esercitato**, si distingue tra: atti

**discrezionali; atti vincolati**

- In relazione ai **destinatari**, si può distinguere tra: atti **particolari** (se il destinatario è un solo soggetto); atti **plurimi** (se i soggetti sono tanti ma l'atto, pur unico, è formalmente scindibile in tanti atti per quanti sono i soggetti); atti **collettivi** (se i soggetti sono, invece, unitariamente considerati); atti **generali** (se i destinatari sono solo determinabili in un momento successivo all'emanazione dell'atto).
- In relazione alla **natura dell'elemento psicologico**, si distingue, nell'ambito degli **atti non provvedimentali**, tra: atti consistenti in **manifestazioni di volontà** e atti **non** consistenti in **manifestazioni di volontà** (ma in **manifestazioni di conoscenza**)
- In relazione al **risultato**: atti **ampliativi** (che attribuiscono al destinatario nuovo poteri); atti **restrittivi** che riducono la sfera giuridica del destinatario.
- In relazione al **numero** dei soggetti che esprimono la volontà: atti **composti** (da più manifestazioni di volontà unite in un solo atto); atti **contestuali** (dati dalla riunione di più atti autonomi, tra questi figurano gli atti *simultanei* e gli atti *plurimi*).
- In relazione ai **soggetti** emananti: atti di un **solo organo** (di tipo *individualis* se posti in essere da un solo soggetto; di tipo *collettivo* se espressione della volontà di un organo collegiale); atti di **più organi** (di tipo *complesso* se adottati da un solo organo previo concerto con altri organi; atti di *intesa* nel caso di intesa raggiunta tra enti differenti ai quali si imputa l'effetto).

**2.1. Atti di alta amministrazione e atti politici.**

Giova dar conto della tradizionale distinzione tra atto di alta amministrazione e atto politico. L'atto politico si contraddistingue per due elementi: proviene da un organo preposto all'indirizzo e all'attuazione del programma politico al massimo livello (**elemento soggettivo**) e riguarda la costituzione, salvaguardia e funzionamento dei pubblici poteri (**elemento oggettivo**) (si v. Cons. St., Sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 808). Tale tipo di atto è **sottratto al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo**. L'art. 7, co. 1, c.p.a. dispone invero che "Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico". La **ratio** dell'insindacabilità degli atti politici è stata variamente spiegata nel corso del tempo. È prevalso l'orientamento secondo cui gli atti politici, in ragione della loro natura e della loro funzione, sono assoggettabili al solo controllo dell'autorità politica, competente ad individuare i fini dell'attività di governo. Resta chiara la distinzione tra atto politico ed atto amministrativo: mentre il primo è espressione di un'attività completamente **libera nel fine** e, come tale, non sindacabile, il secondo, anche quando ampiamente discrezionale, è soggetto al rispetto di determinate regole di de-

rivazione normativa. Di tale avviso si è mostrata anche la giurisprudenza, secondo cui gli atti politici costituiscono espressione della libertà (politica) riconosciuta dalla Costituzione ai supremi organi decisionali dello Stato. Tra gli atti politici e gli atti amministrativi in senso stretto si collocano i **cd. atti di alta amministrazione**. Si tratta di atti connotati da una forte discrezionalità, quasi parificabile a quella degli atti politici, ma non altrettanto liberi nei fini: ciò li distingue dall'atto politico, comportandone l'assoggettamento al sindacato del giudice.

## 2.2 L'atto di conferma.

Finalità degli atti confermativi è quella per l'appunto di **confermare il contenuto di un precedente atto**. Discussa l'inclusione di tali atti nella categoria degli **atti di controllo o di amministrazione attiva**: la circostanza che l'adozione dell'atto in questione sia preceduta da un **riesame** induce taluni a propendere per la classificazione degli stessi tra quelli aventi natura di amministrativa attiva. Si suole ulteriormente distinguere due categorie di atti confermativi.

- La **conferma propria** presuppone una nuova valutazione dell'interesse pubblico ed è adottata all'esito di una nuova istruttoria e di una riponderazione dei presupposti di fatto e di diritto sotterzi all'emissione del provvedimento originario. Pertanto, la conferma in senso proprio è comunque un atto che si sostituisce al precedente, come fonte di disciplina del rapporto amministrativo.
- La **conferma impropria** (o atto meramente confermativo) manca, invece, di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico. In tal caso, la P.A., a fronte di un'istanza di riesame, si limita a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento, senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione.

## 2.3. I pareri.

Tra gli atti non provvidenziali che non sono manifestazioni di volontà, un ruolo di particolare di rilievo è quello dei **pareri, manifestazioni di giudizio** emesse da organi consultivi nell'interesse dell'amministrazione attiva. Si suole distinguere, anzitutto, tra: pareri *obbligatori*, se la P.A. procedente è obbligata a richiederli; pareri *facoltativi*, se tale obbligo non esiste.

Quanto all'efficacia dei **pareri obbligatori**, si distingue ulteriormente in:

- pareri **non vincolanti** quando l'organo di amministrazione attiva può anche discostarsene con il proprio operato, motivandone le ragioni.
- pareri **vincolanti**, se la P.A. procedente deve decidere adeguandosi al contenuto del parere richiesto;
- pareri **parzialmente vincolanti**, se la P.A. procedente può decidere in senso diverso, osservando tuttavia una certa procedura;

- pareri **conformi**, se la P.A. può scegliere tra il non decidere o il decidere, dovendo in tal caso farlo in modo conforme al parere richiesto.

## 2.4. Provvedimenti concessori, autorizzatori e ablatori.

In relazione all'efficacia dell'atto amministrativo, si può distinguere tra atti che **costituiscono** un rapporto giuridico, atti che lo **estinguono** e atti che invece **dichiarano l'esistenza** di un rapporto, preesistente agli stessi.

Il più importante provvedimento costitutivo è la **concessione** che costituisce in capo al destinatario un **diritto** totalmente **nuovo** (*concessione costitutiva*) o **trasferito dalla P.A.** al destinatario (*concessione traslativa*). Tale provvedimento è spesso accompagnato da un atto convenzionale, la **concessione-contratto** che disciplina i rapporti tra P.A. e concessionario. Tradizionalmente, in materia di concessione, si distingue tra: **concessione di beni** che attribuisce al privato diritti, di natura personale o reale, su un bene sottratto alla sua disponibilità, perché demaniale o patrimoniale indisponibile; **concessione di servizi** che ha invece ad oggetto il trasferimento in capo al soggetto concessionario della gestione di un servizio riconducibile alla P.A. Altra distinzione frequente in materia di provvedimenti concessori è quella tra:

1. **concessione traslativa** che attribuisce al privato un **diritto preesistente in capo alla P.A.** concedente (come nel caso della concessione di beni o servizi);
2. **concessione costitutiva** che fa sorgere *ex novo* un diritto in capo al concessionario, di cui la P.A. non poteva avere la titolarità (es. la concessione di cittadinanza).

Fondamentale la differenza tra la concessione, quale atto che crea in capo al destinatario un diritto di cui il medesimo non era titolare, e l'**autorizzazione** (quali l'abilitazione, la licenza, il nullaosta, l'approvazione, la dispensa) che, invece, **rimuove un limite legale** all'esercizio di un diritto già preesistente nella sfera giuridica del destinatario. Specularmente opposti rispetto a quelli concessori e autorizzatori sono i **provvedimenti ablatori**, aventi contenuto negativo, destinati ad **incidere negativamente sulla sfera giuridica del privato**, privandolo di un diritto o di una facoltà, ove ciò sia ritenuto necessario al fine di tutelare o soddisfare l'interesse pubblico. L'autorizzazione, quindi, presenta carattere **ampliativo** ma non attributivo *ex novo* di una situazione giuridica, postulando la necessaria preesistenza di un diritto soggettivo o di una potestà pubblica. L'attività, in sé e per sé considerata, non è illegittima o illecita, ma lo diviene se viene esercitata in assenza di autorizzazione. Sussiste, poi, un **margine di apprezzamento discrezionale** della P.A. in funzione **preventiva**, attraverso il quale valuta preventivamente se lo svolgimento dell'attività in questione giovi o meno all'interesse pubblico.

Il rapporto concessorio può estinguersi, in via automatica: per **scadenza del termine**; in seguito alla **morte del concessionario** (se si tratta di concessioni

*intuitu personae); per il **venir meno dell'oggetto** della concessione.* Al riguardo, particolare rilievo assume il **diritto di devoluzione** ossia il **diritto della P.A. di acquistare gli impianti e le pertinenze esistenti sul bene** oggetto di concessione alla scadenza di quest'ultima, salvo indennizzo al concessionario qualora non sia stata pattuita la gratuità dell'acquisto o non sia prevista *ex lege*.

### 3. I caratteri del provvedimento amministrativo.

- A) **IMPERATIVITÀ:** Essa consiste nella capacità del provvedimento di **produrre effetti giuridici in capo a terzi** senza che sia necessario il consenso o la collaborazione degli stessi, vale a dire in via unilaterale.
- B) **ESECUTIVITÀ:** essa indica l'idoneità a **produrre gli effetti in modo automatico ed immediato** una volta divenuto efficace, indipendentemente dal fatto che lo stesso sia valido o invalido.
- C) **ESECUTORIETÀ:** Essa è intesa come attitudine del provvedimento ad essere **portato ad esecuzione coattivamente**, anche **contro la volontà del destinatario** e **senza la necessità di ottenere preventivamente una conforme pronuncia giurisdizionale**.
- D) **INOPPUGNABILITÀ:** Essa indica l'impossibilità che i destinatari ricorrono contro il provvedimento stesso, una volta **decorsi i termini decadenziali**.
- E) **TIPLICITÀ:** Comporta che i provvedimenti debbano essere **previsti dalla legge** che ne deve individuare funzione e contenuto: ogni provvedimento risponde, infatti, ad una causa tipica prevista dalla norma che ne definisce il contenuto. Un'**eccezione** alla regola della tipicità è, tuttavia, rappresentata dalle **ordinanze di necessità e urgenza**, che si caratterizzano al contrario proprio per la loro atipicità contenutistica.
- F) **NOMINATIVITÀ:** Essa implica, invece, che **ad ogni interesse pubblico corrisponde un certo tipo di atto definito e disciplinato dalla legge**.

### 4. Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo.

Diversamente che per il contratto, **manca una ricognizione legislativa** degli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Quanto al **profilo soggettivo**, è necessario che l'atto sia riferibile ad un **soggetto pubblico**, che lo abbia adottato nell'esercizio delle funzioni pubbliche demandategli. Da sempre discusso il tema dell'ammissibilità di atti amministrativi riferibili a **soggetti almeno formalmente privati**. Il **contenuto**, che sarà variabile a seconda dell'atto in cui viene trasfuso e dello scopo che si vuole raggiungere, deve essere, *ex art. 1346 c.c.*, **lecito, possibile, determinato o determinabile**, caratteri che deve avere anche l'oggetto su cui l'atto amministrativo incide. Gli artt. 7 e 8, l. n. 241/90 impongono di indicare nel provvedimento elementi quali: **l'autorità emittente; il termine per ricorrere; l'autorità cui ricorrere; l'oggetto del procedimento; l'ufficio**

**competente; il responsabile del procedimento.** Si consideri, peraltro, che l'omessa indicazione degli elementi indicati non rende illegittimo il provvedimento, trattandosi di **mera irregolarità**. Riguardo alla **forma**, l'art. 2, l. n. 241/90 prescrive che il procedimento deve concludersi con un **provvedimento espresso** ponendo, quindi, la regola generale della **forma scritta**.

Quelli finora esaminati sono gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo, necessari ai fini della sua stessa esistenza e validità; come il negozio di diritto civile però anche il provvedimento amministrativo può contenere **elementi accidentali**, sono: il **termine**, che indica il momento a partire dal quale (*termine iniziale*) o fino al quale (*termine finale*) l'atto è destinato a produrre i suoi effetti; la **condizione**, che subordina l'efficacia (*condizione sospensiva*) o la cessazione dell'efficacia (*condizione risolutiva*) del provvedimento al verificarsi di un evento futuro e incerto ed è frequente soprattutto con riferimento agli atti di amministrazione attiva e di controllo; l'**onere**, che prevede una prestazione a carico del beneficiario; la **riserva**, con cui la P.A. si riserva di adottare futuri atti in relazione all'oggetto del provvedimento emanato.

#### 4.1. La motivazione dei provvedimenti amministrativi.

L'art. 3 della l. n. 241/90, sancisce l'**obbligo di motivazione di ogni provvedimento amministrativo** che è **generalizzato** ed esteso a tutti i provvedimenti amministrativi, salve le ipotesi esplicitamente previste dallo stesso legislatore. In particolare, il legislatore ha avvertito l'esigenza di rimarcare la necessità che siano motivati anche i provvedimenti riguardanti: l'**organizzazione amministrativa**; lo svolgimento dei **pubblici concorsi**; il **personale**.

Può dirsi che la motivazione risponde a plurime **finalità**: garantire al soggetto, che sia sacrificato dall'atto amministrativo, informazioni indispensabili nella prospettiva dell'**accesso al controllo giurisdizionale**; consentire al giudice di svolgere un **sindacato estrinseco sulla legittimità** dell'atto impugnato, preclusa in assenza di quell'esplicitazione motivazionale di cui vagliare logicità e congruità; assicurare la trasparenza dell'azione amministrativa, utile a rimarcare la funzione di legittimazione democratica dell'attività amministrativa.

#### 5. I requisiti del provvedimento amministrativo.

I requisiti valgono ad identificare le condizioni da soddisfare perché il provvedimento stesso sia **valido** (*requisiti di legittimità*) ed **efficace** (*requisiti di efficacia*).

- a) I **requisiti di legittimità** più importanti sono quelli concernenti l'**elemento soggettivo**
- b) I **requisiti di efficacia**, invece, sono le condizioni richieste perché l'atto,

venuto ad esistenza, possa spiegare effetti. Tradizionalmente si distinguono in: requisiti di **esecutività**, che consentono di portare ad esecuzione l'atto con **effetti ex tunc**, requisiti di **obbligatorietà**, che consentono all'atto, già esecutivo, di divenire obbligatorio nei confronti dei destinatari con **effetti ex nunc**.

Occorre rimarcare la **diversità tra esistenza ed efficacia**: l'esistenza di un provvedimento è **condizione necessaria ma non ancora sufficiente per lo svolgersi dell'efficacia**, posto che un provvedimento esistente può, infatti, ancora non essere efficace perché sottoposto a una condizione suspensiva o ancora da sottoporre a un controllo preventivo. Il fenomeno dell'efficacia è ora in parte disciplinato dall'art. 21 *bis*, l. n. 241/90 che, per i **provvedimenti limitativi** della sfera giuridica dei privati, **subordina l'acquisto dell'efficacia** nei confronti di ciascun destinatario **al compimento della comunicazione** effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. A maggior tutela della rapidità e certezza dell'azione amministrativa si riconosce alla P.A. la possibilità di inserire nel provvedimento non avente carattere sanzionatorio una **motivata clausola di immediata efficacia**. È lo stesso legislatore, invece, ad assegnare immediata efficacia ai provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi **carattere cautelare ed urgente**.

## XIII.

### LA PATOLOGIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO

#### **1. La patologia dell'atto amministrativo: nozioni generali.**

Nella teoria generale del diritto lo studio della patologia dell'atto giuridico ha per oggetto l'individuazione delle **difformità dell'atto rispetto al paradigma normativo**, nonché gli effetti che tali difformità producono ed i rimedi previsti per il ripristino della legalità violata. Giova passare in rassegna le **categorie patologiche** che possono riguardare il provvedimento amministrativo.

- **L'invalidità**

L'invalidità è ritenuta la "categoria estrema" della patologia e sussiste quando alla difformità dell'atto rispetto al paradigma legale corrisponda la **lesione dell'interesse concreto** che la norma violata intende tutelare. La **categoria dell'invalidità** ricomprende:

- La **nullità** che è ricondotta alla mancanza di un elemento costitutivo della fattispecie o alla violazione di una norma posta a tutela di interessi generali. La nullità è connotata dall'**inidoneità dell'atto a produrre effetti sin dall'origine**; opera di diritto; può essere accertata in ogni tempo e, di regola, ad istanza di qualunque interessato; può essere rilevata d'ufficio dal giudice; non può costituire oggetto di convalida, ma al più di conversione.
- L'**annullabilità** che si ravvisa nel caso in cui **taluno degli elementi costitutivi** della fattispecie sia **viziato** e la norma violata sia posta a tutela di interessi particolari. La minore gravità del vizio rispetto alla nullità giustificano: la provvisoria produzione degli effetti dell'atto sino a quando questo non sia stato annullato ad iniziativa della parte legittimata; la limitazione entro un **termine temporale** dell'azione d'annullamento; la **legittimazione relativa** all'azione e l'atto annullabile è suscettibile di **convalida**.

Ulteriori **stati patologici** dell'atto diversi dall'invalidità sono:

- L'**irregolarità** del provvedimento che si riscontra quando la difformità rispetto al paradigma legale sia di tale ridotta entità da non compromettere gli interessi che la norma violata intende tutelare. La presenza di tale difformità, pur comportando una reazione da parte dell'ordinamento, non incide sulla validità e sulla piena efficacia dell'atto.
- L'**inopportunità** riguardante i **vizi di merito** che attengono al contenuto del provvedimento. In tali casi la P.A. può revocare in autotutela il provvedimento, o nei casi di giurisdizione estesa al merito, l'interessato di può ottenerne l'annullamento ad opera del giudice.

- L'**inesistenza** che è definita in termini negativi come "*inqualificazione*", ossia come impossibilità di riconduzione della fattispecie concreta nello schema astratto definito dalla norma. Sembra dover essere confermata per le ipotesi di **abnormità del provvedimento**, che si riscontra quando il provvedimento risulta evidentemente **privo di rilevanza giuridica**.
- L'**imperfezione, inefficacia o ineseguibilità** che esulano, invece, dall'ambito di indagine sulla patologia del provvedimento amministrativo. In tutte queste ipotesi, infatti, l'atto è **conforme allo schema legale**, ma **non è idoneo a produrre effetti**.
- L'**illiceità** che è predicato del **comportamento lesivo** di una situazione giuridica soggettiva protetta dall'ordinamento.

**Altre forme speciali di invalidità sono:**

- A) INVALIDITÀ SOPRAVVENUTA:** Si indica il fenomeno per cui un atto, valido al momento in cui è stato adottato, per **cause successive alla sua adozione**, non risulta più conforme all'ordinamento.
- B) INVALIDITÀ DERIVATA:** È una forma di invalidità che deriva da altro precedente atto invalido. In tal caso, l'invalidità derivata può avere effetto *caducante* quando si propaga sugli atti a valle e ne determina automaticamente l'annullamento in quanto l'atto invalidante è presupposto indispensabile dei secondi. Ma può avere effetto anche solo *invalidante*, non determinando in automatico l'annullamento dell'atto successivo che dovrà formare oggetto di apposita impugnazione. Occorre ribadire che il c.d. **principio di derivazione** trova applicazione nei rapporti tra atti distinti, e tuttavia legati dal vincolo della presupposizione.

## 2. La nullità del provvedimento amministrativo.

La nullità del provvedimento amministrativo trova oggi la sua disciplina nell'art. 21 *septies*, l. n. 241/90, introdotto dalla l. n. 15/2005 il quale prevede i seguenti casi di nullità:

- **nullità testuale** (casi di *nullità espressamente previsti dalla legge*); L'art. 21 *septies*, l. n. 241/90 si chiude con il rinvio agli altri casi di nullità espressamente disposti dalla legge.
- **nullità strutturale** (per *mancanza di uno degli elementi essenziali*) sono stati individuati in : volontà, forma, causa , soggetto e oggetto.
- **difetto assoluto di attribuzione** : Problematica appare l'esatta interpretazione dell'espressione "difetto assoluto di attribuzione". Secondo una prima ricostruzione, seguita da una parte della giurisprudenza amministrativa, il difetto assoluto di attribuzione dovrebbe riscontrarsi in due sole ipotesi:
  - quella della **carenza di potere "in astratto"**, che ricorre quando l'atto sia stato adottato **in assenza di una norma attributiva del potere**;

- quella dell'**incompetenza assoluta**, che ricorre quando l'atto sia stato adottato nell'esercizio di un potere conferito dalla legge ad un **organo appartenente ad un plesso amministrativo diverso** da quello che ha emanato l'atto;
- **violazione o elusione del giudicato** : Affinché possa ravisarsi il vizio di violazione od elusione del giudicato, non è sufficiente che la nuova azione amministrativa posta in essere alteri l'assetto degli interessi definito dalla pronunzia passata in giudicato, essendo necessario che la P.A. eserciti nuovamente la medesima potestà pubblica, già illegittimamente esercitata, **in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato amministrativo**, o cerchi di realizzare il medesimo risultato con **un'azione connotata da uno svilimento di potere**.

La disposizione attribuisce alla nullità natura di rimedio tipico, contrapposto all'annullabilità, che costituisce la forma d'invalidità generale del provvedimento.

### **3. L'annullabilità del provvedimento amministrativo.**

L'annullamento è **rimedio generale** contro i vizi di legittimità dell'atto. Inoltre, esso si differenzia dalla nullità per il fatto che mentre l'atto nullo è inefficace di diritto, il provvedimento annullabile è **provvisoriamente efficace**, nonostante la sua invalidità. L'annullamento può avvenire ad opera del *giudice* in sede di **ricorso giurisdizionale**, da proporsi nel **termine decadenziale di 60 giorni** o ad opera della stessa *P.A.* in via di **autotutela**, o in sede di **controllo**, o di decisione dei **ricorsi amministrativi**. Nell'art. 21 *octies*, co. 2, poi, vi è l'innovativa previsione dei c.d. "**vizi non caducanti**", di natura formale o procedimentale che non sono idonei a determinare l'annullamento del provvedimento, qualora sussista la prova che il contenuto di questo, in assenza del vizio, non sarebbe stato diverso. La disposizione ha una rilevan-tissima valenza perché fissa un **limite all'annullabilità** del provvedimento. Ai sensi dell'art. 21 *octies*, co. 1, l. n. 241/90, è annullabile il provvedimento:

- adottato in **violazione di legge** : ha portata generale e residuale, che si riscontra in ogni caso di **divergenza dell'atto amministrativo dal paradigma normativo** di riferimento (es. **vizio di forma** ossia inosservanza delle regole prescritte in materia di manifestazione della volontà; **mancata applicazione della norma; falsa applicazione della legge; contenuto illegitimo**)
- viziato da **eccesso di potere** : si configura quando la P.A. esercita il potere per **finalità diverse da quelle stabilitate dalla norma attributiva del potere** (cd. **svilimento del potere**), costituisce il vizio proprio dell'attività discrezionale. Si configura: sia quando l'amministrazione persegue un **fine parimenti pubblico, ma diverso da quello individuato dalla legge**; sia quando, per il perseguimento del fine previsto dalla legge, la P.A. utilizzi **poteri diversi** da quelli all'uopo individuati.

- viziato da **incompetenza**: è il vizio che consegue alla **violazione delle norme che distribuiscono la funzione amministrativa** tra diversi enti, organi o uffici secondo diversi **criteri** (materia, valore, grado e territorio), costituendo un'ipotesi particolare di violazione di legge. Quando si fa riferimento all'incompetenza quale causa di annullabilità ci si riferisce esclusivamente all'**incompetenza relativa**, che si verifica quando il soggetto che ha adottato l'atto appartiene al **medesimo plesso organizzatorio** di cui fa parte l'organo competente in base alla legge.

#### **4. L'illegittimità costituzionale dell'atto amministrativo.**

L'atto amministrativo può essere affetto da un vizio di illegittimità costituzionale **diretta** o **mediata**.

- L'**illegittimità costituzionale diretta** si prospetta quando l'atto amministrativo viola direttamente una norma costituzionale.
- L'**illegittimità costituzionale mediata** si verifica quando l'atto amministrativo non viola direttamente la Costituzione ma risulta emanato sulla base di una norma costituzionalmente illegittima.

In caso di *violazione "diretta"*, è il **giudice amministrativo** a sindacare diffusamente l'illegittimità **annullando direttamente l'atto amministrativo** contrastante con la Costituzione. In caso di *violazione "indiretta"*, è necessario, invece, il giudizio accentrativo della **Corte Costituzionale**.

#### **5. L'incompatibilità del provvedimento amministrativo con il diritto dell'unione europea.**

Anche l'illegittimità "comunitaria" del provvedimento amministrativo, al pari di quella costituzionale, può manifestarsi come:

- **vizio direttamente imputabile** all'atto, nelle ipotesi in cui sia il contenuto dell'atto stesso ad essere autonomamente in contrasto con una norma comunitaria (*illegittimità comunitaria "diretta"*);
- **vizio soltanto mediato**, nell'ipotesi in cui un atto sia emanato sulla base di una norma statale, a sua volta in contrasto con il diritto comunitario (*illegittimità comunitaria soltanto "indiretta"*).

Sul piano del vizio riscontrabile:

- l'anti-comunitarietà **"diretta"** evoca inevitabilmente il modello originario del vizio di **violazione di legge**;
- l'anti-comunitarietà **"indiretta"** non porta con sé una violazione né un autonomo vizio dell'atto, presupponendo invece il rispetto del parametro di legittimità statale, esso stesso di contenuto lesivo del diritto comunitario; in questo caso l'illegittimità si configura come **"derivata"**.

Quanto al **rimedio esperibile** in caso di illegittimità comunitaria il sindacato

sull'atto amministrativo **spetta sempre al giudice amministrativo** ed assume, pertanto, sempre **natura "diffusa"**. Nell'ipotesi di *violazione "diretta"* del diritto comunitario, il G.A. dovrà **annullare l'atto amministrativo** per violazione di legge (comunitaria). Nell'ipotesi di *violazione "indiretta"*, spetta al G.A. **disapplicare la norma statale anticomunitaria** su cui si fonda l'atto impugnato.

## 6. L'autotutela amministrativa: profili generali.

Nel diritto amministrativo la nozione di autotutela non è dettata dalla legge ma è stata elaborata in dottrina e in giurisprudenza. L'autotutela è generalmente identificata nel potere dell'amministrazione di **rimuovere unilateralmente ed autonomamente** gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione dell'interesse pubblico concreto per cui il potere è stato conferito dalla legge. L'autotutela comprende, secondo la prevalente dottrina:

1. **l'autotutela esecutiva**: diretta all'**esecuzione coattiva** degli atti provvedimentali (si v. artt. 21-*ter* e 21-*quater*, l. n. 241/90, in tema di **esecutorietà** e **l'esecutività** del provvedimento);
2. **l'autotutela decisoria**, a sua volta distinta in: *contenziosa*, esercitata dalla P.A. su ricorso del destinatario dell'atto; *decisoria c.d. necessaria*, espletata dalla P.A. nell'ambito della funzione di controllo, che si sostanzia nella verifica del rispetto dei requisiti di legittimità e di merito degli atti amministrativi ad opera di autorità diversa da quella che ha adottato l'atto sottoposto a controllo; si tratta di un'attività ad **esito vincolato**; *decisoria c.d. spontanea* (di tipo discrezionale) consistente nella rivalutazione delle situazioni di fatto e di diritto poste alla base di un dato provvedimento ad opera della stessa autorità che ha adottato l'atto originario, o di autorità diversa.

Nell'ambito dell'autotutela decisoria, il legislatore del 2005 ha codificato gli istituti della **revoca** (art. 21-*quinquies*, l. 241/90), dell'**annullamento** e della **convalida** (art. 21-*nonies*, l. 241/90), fornendo un aggancio normativo all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale registratisi con riferimento ai c.d. atti di secondo grado.

## 7. L'annullamento d'ufficio.

L'annullamento d'ufficio è disciplinato dall'art. 21-*nonies*, co. 1 e costituisce l'esercizio di una forma di autotutela assoggettata a rigorose **regole** quali: l'obbligo della **motivazione**; la presenza di concrete **ragioni di pubblico interesse**, non riducibili alla mera esigenza di ripristino della legalità; la valutazione dell'**affidamento** delle parti private destinatarie del provvedimento oggetto di riesame, tenendo conto del **tempo** trascorso dalla sua adozione; il rispetto delle regole del **contraddittorio** procedimentale; l'adeguata **istruttoria**. Sono annullabili quegli atti sui quali la P.A. conserva ancora il

potere di provvedere. **Non** vi rientrano, quindi: gli *atti preparatori* una volta emanati e comunicati ai rispettivi destinatari; gli *atti di controllo*, gli *atti decisori*. Tra i **presupposti** richiesti per il legittimo esercizio del potere di annullamento, è in primo luogo necessario che il provvedimento sia illegittimo ai sensi dell'art. 21 *octies*. Condizione essenziale è quindi quella dell'**illegittimità del provvedimento oggetto di annullamento**. Pertanto, a differenza della revoca, l'annullamento in autotutela non può investire l'atto per motivi di opportunità. L'illegittimità deve essere **originaria**, colpendo l'atto fin dalla sua emanazione. La verifica della legittimità dell'atto, compiuta dalla P.A. ai fini dell'annullamento, ha la stessa ampiezza del sindacato svolto dal giudice amministrativo, ricoprendo i tre vizi classici di **violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere**.

Quanto alla valutazione dell'**interesse alla rimozione**, l'annullamento d'ufficio non può essere disposto per la sola esigenza di ristabilire la legalità dell'azione amministrativa, posto che l'interesse pubblico alla rimozione deve essere **comparato con altri interessi**. In tale ottica l'autotutela è concordemente ritenuta espressione di un **potere discrezionale** di ponderazione e mediazione di più interessi ed esigenze tra loro confliggenti. Al fine di tutelare l'affidamento dei privati, già nella sua previgente formulazione, e prima delle modifiche del 2015, l'art. 21 *nonies* limitava l'esercizio del potere di annullamento "*entro un termine ragionevole*". Si trattava però di un **limite temporale elastico** da valutarsi **in concreto**. Ulteriormente rafforzato è il legittimo affidamento dei privati in seguito alle modifiche apportate dall'**art. 6, co.1, l. n. 124/2015**. La nuova disciplina prevede infatti che il provvedimento può essere annullato d'ufficio entro un termine ragionevole e comunque non **superiore a 18 mesi**.

## 8. La revoca.

La revoca è disciplinata dalla prima parte dell'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/90. La **competenza** a disporre la revoca è attribuita **all'organo che ha emanato l'atto, o ad altro organo previsto dalla legge**. La norma afferma che la revoca può essere motivata solo da **ragioni di opportunità** escludendo implicitamente l'ammissibilità dell'esercizio del relativo potere in relazione ad un provvedimento affetto da vizi di legittimità. Le ragioni di opportunità cui si fa riferimento possono riguardare: la **sopravvenienza di motivi di interesse pubblico**; il **mutamento della situazione di fatto**; una **nuova valutazione dell'interesse pubblico originario**. Nella scelta relativa all'adozione dell'atto di revoca, la P.A. ha la più ampia discrezionalità, dovendo tuttavia effettuare una rigorosa comparazione di tutti gli interessi, pubblici e privati coinvolti, soppesando anche l'affidamento che il destinatario in buona fede avrà riposto nella conservazione dell'atto e dei suoi effetti favorevoli. Su di essa incombe un **obbligo di motivazione**. L'art. 21 *quinquies* limita il **campo di applicazione della revoca** ai soli **provvedimenti "ad efficacia durevole"**,

prevedendo "l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti". Ne deriva l'**efficacia non retroattiva** degli atti di revoca. Restano, pertanto, **esclusi** dal novero dei provvedimenti revocabili quelli ad **efficacia istantanea**. L'art. 21 *quinquies* reca inoltre la previsione di un generale **obbligo di indennizzo** in favore dei soggetti che abbiano subito un pregiudizio dall'atto di revoca. Infine, va ricordato che le controversie relative alla determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono devolute alla **giurisdizione esclusiva del G.A.** (art. 133 c.p.a.). A fronte della revoca legittima, è possibile che il privato non si limiti ad azionare soltanto il meccanismo dell'indennizzo, ma eserciti anche un'azione di risarcimento del danno precontrattuale.

## **9. I provvedimenti ad effetto conservativo.**

- A) **CONVALIDA:** (art.21 nonies co 2) sono provvedimenti di secondo grado diretti alla **conservazione** dello stesso, generalmente definiti "**atti di convalescenza**". L'istituto della convalida si verifica allorquando la P.A., in presenza di un **atto annullabile per illegittimità**, ritenga con una **propria determinazione volitiva**, anziché di procedere al ritiro mediante l'annullamento, di **mantenerlo in vita eliminando i vizi che lo inficiano**. Elementi imprescindibili della convalida sono stati individuati: nella precisa manifestazione della volontà della P.A. di eliminare il vizio dell'atto di primo grado (il c.d. *animus convalidandi*); nella precisa **indicazione del vizio da rimuovere**; nella necessità di un'adeguata **motivazione** in ordine all'interesse pubblico sotteso alla convalida.
- B) **SANATORIA:** comprende tutte le modalità attraverso le quali gli atti possono essere sanati, mentre in un'accezione più ristretta, si individua quelle fattispecie in cui la P.A. **acquisisce ex post un atto endoprocedimentale** che doveva essere adottato prima della conclusione del procedimento. Si manifesta con un **intervento successivo** diretto a determinare l'esistenza di un presupposto o di un atto preparatorio mancante.
- C) **CONVERSIONE:** Atto con cui la P.A., all'esito del riesame dell'atto viziato, non annulla l'atto, ma ne conserva gli effetti attraverso un **processo interpretativo** che sana il provvedimento invalido, **trasformandolo in un atto diverso**. Tale operazione è tuttavia ammessa solo se il provvedimento nel quale quello originario è convertito abbia una **funzione analoga** all'altro e sia diretto alla cura di interessi omogenei anche se non identici.
- D) **RIFORMA:** Essa indica il caso in cui il provvedimento non è eliminato né sostituito, ma solo **emendato dal vizio** da cui era affetto.
- E) **RETTIFICA :** Essa indica la decisione con cui la P.A. pone rimedio ad un errore di qualità tale, di solito un errore materiale, da non comportare l'invalidità dell'atto. Gli effetti operano *ex tunc*,

## XIV. I CONTROLLI

### **1. L'attività amministrativa di controllo e la classificazione dei controlli.**

L'attività di controllo consiste nell'esame degli atti o dell'attività, condotto da un **soggetto diverso** da quello che li ha posti in essere, al fine di verificarne la **conformità a legge o ai criteri di buona amministrazione**. L'attività assume **carattere accessorio e strumentale** rispetto a quella di amministrazione attiva e si concretizza in **provvedimenti di secondo grado**. Si è venuto accentuando l'interesse a sistemi di controllo che assicurino l'**efficienza del rendimento dei servizi**, più che l'astratta legittimità dei singoli atti. La materia dei controlli è stata oggetto di una profonda trasformazione, dovuta, tra l'altro, alla riforma del Titolo V della Costituzione.

Giova dare atto delle differenti **tipologie di controllo**, facendo ricorso a diversi criteri di classificazione.

Con riguardo all'**oggetto**, i controlli possono riguardare:

1. gli **atti**, potendo concernere la legittimità o l'opportunità degli stessi. In sede di controllo sugli atti, si verifica, dunque, la conformità a legge del singolo provvedimento (controllo di legittimità) o l'opportunità amministrativa dello stesso (controllo di merito).
2. i **soggetti od organi** : I controlli sugli organi sono finalizzati a verificare la legittimità del funzionamento di un organo amministrativo, in modo da uniformarne l'operato alla legge e al principio del buon andamento *ex art. 97 Cost.* Alla categoria appartengono:
  - a. il controllo ispettivo, che si concretizza nella attività di ispezione;
  - b. il controllo repressivo, a seguito del quale, l'autorità controllante è legittimata a irrogare sanzioni amministrative o disciplinari;
  - c. il controllo sostitutivo: di tipo *semplice*, se la P.A. è legittimata a sostituirsi all'organo controllato di cui sia stata acclarata l'inerzia, anche nominando, all'occorrenza, un *commissario ad acta* (controllo sostitutivo semplice); di tipo *repressivo* se la stessa può esercitare, cumulativamente, entrambi i poteri, sostitutivo e sanzionatorio.
3. la **gestione**. In tal caso i controlli sono volti ad assicurare una verifica di conformità dell'attività complessiva del controllato ai parametri di efficienza, efficacia ed economicità *ex art. 1, l. n. 241/90*. Questo tipo di controllo può essere: a) **interno di gestione**, affidato a un organo interno alla stessa P.A. da controllare; con carattere permanente, volto ad assicurare un più razionale sfruttamento delle risorse umane e materiali assegnate in relazione agli obiettivi da raggiungere; b) **esterno di gestione** (o controllo sulla gestione),

Con riguardo alle **finalità** e agli **esiti** dell'attività di controllo, si distingue tra:

- a. **controlli impeditivi** che, a seguito dell'avvenuto riscontro di illegitimità o inopportunità di un atto, conducono senz'altro alla sua rimozione;
- b. **controlli collaborativi** che si concretano, invece, nella formulazione di raccomandazioni e pareri volti ad ottimizzare la gestione dell'ente controllato.

## XV. GLI ACCORDI

### **1. Le forme consensuali di esercizio dell'azione amministrativa: profili generali.**

La P.A. può ricorrere a **modelli di esercizio consensuale** della sua potestà. Tale *modus operandi* si manifesta come uno **strumento di semplificazione organizzazione e di contemperamento dei potenziali conflitti** che possono insorgere tra i soggetti coinvolti nei singoli procedimenti. Allo schema dell'**amministrazione c.d. concertata** vanno ricondotti:

- gli **accordi** di cui all'**art. 11, l. n. 241/90** tra **P.A. e cittadini**, funzionali al contemperamento dell'interesse generale con gli interessi particolari dei privati;
- gli **accordi tra amministrazioni**, di cui all'art. 15 della stessa l. n. 241/90
- gli **accordi di programma**, disciplinati dall'art. 34, TUEL (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267).

Esistono, poi, numerose altre figure di accordi tra PP.AA. All'interno del T.U.E.L. ad esempio, gli artt. 30, 31 e 32 disciplinano: le **convenzioni**; i **consorzi**; l'**esercizio associato di funzioni e servizi** da parte dei **comuni**.

### **2. Gli accordi tra pubbliche amministrazioni.**

Le Amministrazioni pubbliche possono **sempre** concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune. La norma è ispirata ad una logica di semplificazione realizzando il principio del buon andamento ex art. 97, co.2, Cost. Per "attività" si intende **qualsiasi tipo di attività giuridica**. Quanto al **regime giuridico**, l'art. 15 si limita a rinviare, nei limiti della compatibilità, alla disciplina dettata dai co. 2 e 3 dell'art. 11 della l. 241 del 1990 in tema di accordi integrativi o sostitutivi dei provvedimenti che intervengono tra amministrazione e privato. Così, ai sensi delle norme cui si rinvia, sono previste:

- la *forma scritta ad substantiam* anche per la stipulazione degli accordi tra PP.AA., salvo che la legge disponga diversamente;
- l'*applicabilità dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti*, in quanto compatibili;
- la *sottoposizione degli accordi* tra PP.AA. ai medesimi *controlli* previsti per lo strumento provvidimentale;
- la *devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.A.* delle controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi in questione.

Si discute in merito alla **natura giuridica** degli accordi tra PP.AA. ex art. 15, l. n. 241 del 1990.

- Per una prima impostazione tali accordi hanno **natura negoziale**. Siffatta impostazione comporta l'applicabilità agli accordi in esame della **disciplina civilistica** (in materia di obbligazioni e contratto)
- L'orientamento opposto attribuisce, invece, **natura pubblicistica** agli accordi tra P.A. che, rispetto al contratto di diritto comune, si caratterizzano quali strumenti di contemperamento di **interessi pubblici** secondo moduli consensuali **incongiugabili con la nozione di autonomia privata**. La conseguenza è l'integrale applicazione delle norme dettate dal Codice del processo amministrativo e, in particolare, dell'azione di annullamento e avverso il silenzio.

## **2.1. Gli accordi di programma.**

L'art. 34, d.lgs. n. 267/2000, introduce una fase obbligatoria del procedimento preordinato alla stipula di **accordi di programma** ai fini della realizzazione delle grandi opere quando esse coinvolgano interessi di più enti locali. L'accordo di programma costituisce, quindi, un importante **strumento di auto-coordinamento**. L'accordo si configura come **espressione dei poteri pubblicistici** facenti capo ai soggetti partecipanti, la cui attività amministrativa viene così resa più efficiente, efficace, razionale ed adeguata alla cura degli interessi a ciascuno di essi assegnata dall'ordinamento (art. 97 Cost.). L'esigenza dell'auto-coordinamento di più PP-AA impegnate nella realizzazione di interventi di particolare complessità procedimentale avvicina l'accordo di programma alla conferenza di servizi: entrambi gli istituti si caratterizzano per avere, quale fase di avvio, una **convocazione dei rappresentanti delle pubbliche amministrazioni** interessate agli interventi. L'art. 34 del T.U.E.L. è considerato **norma speciale** rispetto al citato art. 15, l. n. 241/90. Gli accordi di cui al citato art. 15 assumono infatti validità generale, mentre gli accordi di programma di cui all'art. 34, TUEL rappresentano una **sotto-categoria** che mira alla definizione e all'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, **l'azione integrata e coordinata di comuni, di province e regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici**.

## **3. Gli accordi tra pubblica amministrazione e privati.**

Con l'art. 11, l. n. 241/90 (mod. dall'art. 1, co. 47, **I. 6 novembre 2012, n. 190**) si assiste all'istituzionalizzazione del **modello convenzionale** dell'attività amministrativa che, consentendo alla P.A. di ricercare il **consenso del privato**, permette di raggiungere un assetto di interessi concordato, che costituirà il contenuto del provvedimento o sostituirà il contenuto del provvedimento stesso. Si tratta di una **terza tipologia di attività dell'amministrazione** (c.d. amministrazione per accordi) destinata ad affiancarsi a quella classica, **unilaterale e autoritativa**, oltre che a quella puramente **privatistica**, esercizio della generale capacità di diritto privato, riconosciuta a tutti gli enti pubblici *ex art. 11 c.c.* Giova porre in

risalta la **diversità** intercorrente tra gli **accordi** di cui all'art. 11, l. n. 241/90 e i **contratti di diritto comune** conclusi dalla P.A. nell'esercizio della generale capacità di diritto privato. L'art. 11, l. n. 241/90, riconoscendo dignità giuridica autonoma agli accordi tra P.A. e privati, attribuisce alle parti la possibilità di concludere accordi involgenti direttamente l'esercizio di poteri amministrativi, vincolanti per entrambe le parti, ferma la sola **facoltà di recesso dell'amministrazione**, per motivi di interesse pubblico.

Il legislatore ha scelto di positivizzare solo due tipi di accordi:

- **accordi procedimentali** (anche detti preliminari, preparatori, endoprocedimentali o integrativi), i quali sono funzionalmente collegati al procedimento. Con gli stessi il privato e la P.A. **concordano il contenuto del provvedimento** che rimane l'unica fonte dell'effetto giuridico. L'accordo procedimentale ha lo scopo di realizzare una posizione mediana fra posizioni altrimenti inconciliabili;
- **accordi sostitutivi**, che, invece, hanno una vera e propria autonomia funzionale, intervenendo a definire e produrre gli effetti della fattispecie procedimentale, **sostituendo integralmente il provvedimento**.

La **disciplina** dettata, sia prima che dopo l'intervento della l. n. 15/2005, è pressoché **comune ad ambedue le figure**. Invero, l'art. 11 prevede che gli accordi devono essere:

- stipulati per atto scritto a pena di nullità, salvo che la legge non preveda altrimenti;
- conclusi nel perseguimento del pubblico interesse e senza pregiudizio dei diritti dei terzi;
- applicarsi, ove non sia diversamente disposto, i **principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti** in quanto compatibili; che devono essere **motivati ex art. 3**;
- che per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, la P.A. può **recedere unilateralmente** dall'accordo, salvo l'obbligo di **indennizzo** dei pregiudizi subiti dal privato e che le controversie in materia di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi sono devolute alla **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** (ora *ex art. 133 c.p.a.*).

Il profilo maggiormente dibattuto resta ancora quello relativo alla **natura giuridica**, privata o pubblica, degli accordi in esame. Occorre tener conto che per la conclusione degli accordi è necessario, da un lato la **titolarità in capo all'amministrazione di un potere**, dall'altro, che sia stato già **avviato un procedimento** per l'esercizio dello stesso (art. 11, co. 1, l. n. 241/90).

- Secondo un primo orientamento, gli **accordi hanno natura privata** visto che l'art. 11 utilizza il termine "**accordo**", indicato dall'art. 1325 c.c. quale elemento essenziale del contratto;
- Per il contrapposto e più diffuso orientamento gli accordi in esame avrebbero viceversa **carattere pubblicistico** essendo **funzionalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico**.

## XVI.

### I CONTRATTI DELLA P.A.

#### **1. La capacità di diritto privato della p.a.**

A seguito di una profonda evoluzione, è prevalso l'orientamento che riconosce **piena e generale capacità di diritto privato all'amministrazione** e l'assoggettamento della stessa alle norme di diritto privato induce a ritenere applicabili all'amministrazione, salve esplicite deroghe, le **regole di diritto comune**. A differenza del passato, oggi è pacifico che la stessa possa **realizzare un fine pubblico anche mediante l'attività contrattuale ordinaria**. Anzi negli anni recenti, l'ordinamento amministrativo ha dato notevole impulso ai contratti della P.A. considerando l'attività negoziale uno **strumento di carattere generale, dotato di pari dignità rispetto a quello provvedimentale**, incentivandola espressamente all'**art. 1, co. 1-bis, della l. n. 241/1990** (introdotto dalla l. n. 15/2005), nonché con art. 11 della medesima l. n. 241/90 (che disciplina gli accordi tra pubblica amministrazione e privato). Occorre, tuttavia, sottolineare che entrambe le forme dell'agire amministrativo, sono caratterizzate da un vincolo di "**funzionalizzazione**": sebbene dotata di potere discrezionale, la P.A., infatti, non è libera nella scelta dei fini da perseguire ma è sempre vincolata al perseguimento del pubblico interesse.

Il riconoscimento di una generale capacità di diritto privato della P.A. non esclude, peraltro, che la stessa soggiaccia a **limiti specifici** di tipo **funzionale**, che precludono la conclusione di negozi incompatibili con lo scopo pubblico perseguito dalla P.A.

#### **2. Classificazione dei contratti della pubblica amministrazione.**

I **contratti** conclusi dalla pubblica amministrazione vengono abitualmente distinti in:

- contratti attivi, che comportano una entrata, trovano la disciplina nella leggi speciali e nelle norme di contabilità pubblica (R.D. n. 2440/1923), ma sono estranei all'applicazione della disciplina degli appalti;
- contratti passivi, mediante i quali la P.A. si procura beni e servizi, sono disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, che rinvia al codice civile per i profili non regolati, e dalla disciplina comunitaria.

Nella categoria dei contratti pubblici, il Codice ritaglia la **nozione di appalto pubblico**, assoggettandola ad una disciplina peculiare. La relativa nozione è contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. ii), del nuovo Codice dei contratti pubblici. L'appalto è dunque un contratto.

Due, ancora, i tratti fondamentali dell'appalto pubblico.

- Sul piano *soggettivo*, rilevano le nozioni di **appaltatore** e di **amministrazione aggiudicatrice**. L'**appaltatore** può essere, per gli appalti di

servizi e forniture, il *"prestatore di servizi o forniture"*, quindi una persona fisica o giuridica, ed anche un ente pubblico, salvi i limiti di compatibilità fra oggetto dell'appalto ed i fini istituzionali dell'ente; deve essere, inoltre, per quanto riguarda i lavori, un *"imprenditore"*, con esclusione quindi degli enti pubblici. L'**amministrazione aggiudicatrice** coincide sostanzialmente con la figura di organismo di diritto pubblico, intendendosi per tale ogni soggetto che, pur avendo forma privata: 1) sia dotato di personalità giuridica; 2) sia stato istituito per soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 3) sia sottoposto ad una influenza pubblica.

- Dal punto vista *oggettivo*, si richiede che il contratto sia a **titolo oneroso**. Quanto all'**oggetto** si distingue tra appalto: di *lavori*; di *forniture*; di *servizi*.

Nella categoria dei contratti pubblici il nuovo Codice ricomprende anche i **contratti di concessione**. Più specificamente la categoria ricomprende:

- la **concessione di lavori pubblici** ossia il contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta, in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere (art. 3 comma 1, lett. uu), d.lgs. 50/2016, così come modificato dal d.lgs. 56/2017);
- la **concessione di servizi** è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (**art. 3, co. 1, lett. vv), d.lgs. n. 50/2016**). In definitiva, la distinzione tra appalto e concessione è individuata nel c.d. **"rischio di gestione"**; invero il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo (nella *concessione di lavori*) o nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo (nella *concessione di servizi*). La concessione instaura, così, un **rapporto trilaterale** tra amministrazione, concessionario ed utenti.

Relativamente alla disciplina, alla luce delle indicazioni giurisprudenziali in materia, i contratti posti in essere dalla P.A. si suddividono in **tre categorie principali**:

- **contratti ordinari** o di diritto comune (compravendita, locazione) in cui la P.A. **agisce iure privatorum**, spogliandosi della sua veste autoritativa e ponendosi sullo stesso piano di un soggetto privato.
- **contratti di diritto speciale**. In tali fattispecie, la P.A. si pone su un piano solo tendenziale di parità con il contraente privato
- **contratti ad oggetto pubblico** che si sostanziano nelle fattispecie negoziali in cui la P.A., in veste autoritativa, si pone in **posizione di**

**supremazia** rispetto alla controparte e dalla tendenziale commissione, in termini di disciplina applicabile, tra provvedimento e contratto. La dottrina distingue tale attività contrattuale della P.A. in **contratti ad oggetto pubblico, contratti accessivi, ausiliari e sostitutivi di provvedimento amministrativo.**

### 3. La disciplina nazionale e il codice dei contratti pubblici.

La normativa nazionale rappresenta, infatti, il risultato del cammino di conformazione del diritto interno alle **prescrizioni del Trattato di Roma** ed al **diritto comunitario derivato** in materia di appalti come interpretato dalla Corte di Giustizia UE. L'incidenza del diritto UE nel settore degli appalti ha riguardato, in particolare:

- i *soggetti tenuti all'osservanza della disciplina pubblicistica*, tramite l'elaborazione comunitaria della nozione di **organismo di diritto pubblico**, sconosciuta al diritto nazionale ed introdotta dal legislatore comunitario;
- la connotazione del *procedimento di evidenza pubblica*.

La disciplina comunitaria è volta, invece, a garantire la **libera prestazione di servizi** e la **libertà di stabilimento delle imprese** degli Stati membri, la **libertà di accesso quindi senza discriminazioni** alle procedure di aggiudicazione e all'aggiudicazione stessa degli appalti, perseguitando la **tutela della libera concorrenza**. La conformazione del diritto interno al diritto UE è proseguita con il recepimento delle direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014 che hanno condotto all'emanazione del **nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50)**.

Circa i rapporti tra il previgente Codice (d.lgs. n. 163 del 2006) e la nuova normativa in materia di appalti, il d.lgs. n. 58 del 2016 ha abrogato le norme del 2006, le quali continueranno però a regolare lo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica indette prima del 19 aprile 2016.

### Il ruolo del Codice dei Contratti pubblici e il suo ambito applicativo

- a) **Struttura.** Il nuovo Codice dei contratti pubblici è destinato a rappresentare la **fonte principale di disciplina degli appalti pubblici**, integrato dalla legge sul procedimento amministrativo e dal diritto privato e, a livello sub-primario, da innovativi provvedimenti *lato sensu* normativi quali le linee guida ANAC.
- b) **Ambito applicativo.** Quanto all'ambito applicativo del nuovo Codice è mantenuta la distinzione tra **settori ordinari, settori esclusi e settori speciali**.
- c) **I principi.** Il Codice, all'art. 30, distingue: i principi aventi valenza generalizzata ed applicabili sia alla fase (pubblicistica) dell'affidamento che a quella

(privatistica) dell'esecuzione di garanzia della qualità delle prestazioni, economicità, efficacia, tempestività e correttezza; i principi applicabili alla fase di *affidamento* dell'*appalto* di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

Innovativo è il rinvio, in **funzione integrativa**, operato dal d.lgs. n. 50 del 2016 alle linee guida ANAC per la regolamentazione di alcuni aspetti di dettaglio accanto alla disciplina codicistica. Le linee guida ANAC sono vincolanti. Il carattere della vincolatività distingue le linee guida dal cd. "soft laws" (quali bandi-tipo e capitolati-tipo) che, pur avendo natura normativa, possono essere disapplicate dalla stazione appaltante previa adeguata motivazione. La natura giuridica di siffatte linee guida è subito stata oggetto di discussione:

- secondo un primo orientamento, alle linee guida ANAC va riconosciuta natura normativa in senso stretto in quanto atti idonei ad innovare l'ordinamento giuridico;
- per opposta impostazione, si tratterebbe di atti amministrativi generali. Quest'ultima impostazione, seguita dal *Cons. St., sez. cons., 1 aprile 2016, n. 855*, ne inferisce la natura di atto di regolazione stante la natura dell'ANAC, vera e propria Autorità amministrativa indipendente.

È opportuno sottolineare che, da ultimo, con **parere della commissione speciale del 30 marzo 2017, n. 782** - reso dal Consiglio di Stato sullo schema del decreto correttivo - si è distinta la natura giuridica delle Linee giudica a seconda che siano approvate con decreti *ministeriali* o *interministeriali*: (i) nel primo caso, le stesse avendo efficacia innovativa e caratteri di generalità ed astrattezza, dovrebbero essere assimilate a "regolamenti ministeriali" ex art. 17, comma 3 L. n. 400/1988; (ii) diversamente le linee guida a carattere vincolante adottate direttamente dall'Autorità sono considerate prive di carattere c.d. normativo e, pertanto, qualificabili come atti di regolazione.

#### **4. Il procedimento ad evidenza pubblica.**

Attraverso il procedimento di evidenza pubblica il contraente pubblico forma e manifesta la volontà di addivenire alla stipula di un determinato contratto, "evidenziando" i motivi di pubblico interesse che intende perseguire con quello specifico atto negoziale. Quanto alla **struttura**, la procedura ad evidenza pubblica si articola in diverse **fasi, in specie** quelle:

- **della delibera a contrarre** : è l'atto caratterizzante la fase preliminare del procedimento di evidenza pubblica, con il quale la P.A., esponendo le ragioni di pubblico interesse che supportano la decisione, esprime l'intento di addivenire alla stipula di un contratto di un certo tipo e contenuto. La norma, inoltre, colloca la determinazione, in un momento anteriore all'avvio della procedura di affidamento. La delibera a contrarre si configura come atto meramente interno, inidoneo a far nascere alcuna situazione soggettiva tutelabile in capo a terzi potenzialmente interessati, che non

potranno, quindi, pretendere che la medesima venga necessariamente eseguita. Fino alla pubblicazione del bando o all'inoltro delle lettere di invito ai vari concorrenti la delibera è revocabile *ad nutum* da parte della P.A.. Tuttavia, la sua mancanza determina illegittimità di tutti gli atti della sequenza procedimentale per invalidità derivata.

- **della pubblicazione del bando di gara;** il bando di gara (art. 129 del Codice dei contratti pubblici), costituisce, da un lato, l'atto di attuazione della delibera a contrarre; dall'altro, l'atto strumentale e preparatorio rispetto al successivo provvedimento di aggiudicazione, destinato a concludere la procedura di evidenza pubblica. Con esso la P.A. indice la gara attraverso la sua pubblicazione, *"rende nota l'intenzione di aggiudicare un appalto pubblico"*(art. 129). Occorre rilevare che l'art. 71 del nuovo Codice dei contratti impone che tutte le procedure di scelta del contraente siano indette mediante bandi di gara e si affida all'ANAC l'adozione di bandi tipo alla cui conformità le stazioni appaltanti sono tenute ad adeguarsi, salva diversa motivazione resa nota nella delibera a contrarre.
- **della scelta del contraente;** Il nuovo Codice dei contratti pubblici disciplina le procedure di scelta per il contraente nei settori ordinari dagli artt. 59 a 65 d.lgs. n. 50 del 2016, mentre l'art. 36 disciplina le modalità di aggiudicazione negli appalti sotto soglia. Il comma 1 dell'articolo 59 sancisce la regola secondo cui nell'aggiudicazione degli appalti le stazioni appaltanti possono utilizzare le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara. Il nuovo Codice dei contratti consente alle stazioni appaltanti di fare ricorso ad altre procedure secondo quanto previsto dalle singole norme.
- **dell'aggiudicazione e stipula del contratto :** I criteri di aggiudicazione sono i metodi che, all'esito della gara, permettono l'individuazione dell'offerta aggiudicataria. La relativa disciplina è contenuta negli artt. 95-97, d.lgs. n. 50/2016, che hanno riguardo ai criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Una delle principali novità del nuovo codice si rinvie nel superamento della equiordinazione dei criteri di aggiudicazione. Il legislatore, infatti, accorda netta preferenza al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in luogo del criterio del prezzo più basso, addirittura imponendolo alla stazione appaltante in specifiche ipotesi. L'art. 95, co. 5, prevede quale ordinario criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mentre eccezionale diviene il criterio del prezzo più basso. La fase di scelta del contraente culmina dunque **nell'aggiudicazione** che costituisce l'atto finale dei procedimenti di gara pubblica. Formalmente è l'atto amministrativo mediante il quale, in base alle risultanze della gara, è accertato e proclamato il vincitore.
- **dell'approvazione e gli eventuali controlli;** L'aggiudicazione e la stipula del contratto, laddove già intervenuta, non diventano efficaci fino a quando non si sia esaurita positivamente la fase del controllo. L'approvazione è *condicio juris* di efficacia del contratto. L'art. 33 del nuovo Codice introduce una

norma generale dedicata ai controlli sugli atti della procedura di affidamento degli appalti. La proposta di aggiudicazione diviene efficace solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti per la partecipazione alla gara; è inoltre previsto un controllo sull'approvazione del contratto, che segue i termini e le procedure dettate con riferimento alla proposta di aggiudicazione. Ai sensi dell'art. 32, co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016, il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione, salve motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. Il termine di ***stand still*** è stato così coordinato con il termine di ricorso giurisdizionale, in modo che quando viene adito il giudice il contratto non è ancora stato stipulato.

## 5. La partecipazione alla procedura di gara e i requisiti soggettivi.

Il Codice prevede una serie di **requisiti soggettivi** che legittimano a partecipare alla gara di appalto, distinti in requisiti di ordine *morale, formale, economico-finanziario e tecnico*. Coerentemente, l'art. 80 dello stesso Codice disciplina le c.d. **cause di esclusione** dalla partecipazione alle gare, conseguenti al mancato possesso dei requisiti soggettivi di cui tutti i concorrenti devono disporre per poter contrattare con la P.A. I requisiti soggettivi non vanno confusi con i **requisiti di capacità tecnica ed economica** (artt. 83 e ss.). L'art. 83, comma 8, d.lgs. 50/2016 - nel confermare quanto disposto dall'art. 46, comma 1-bis del vecchio codice dei contratti pubblici (introdotto con d.l. 70/2011) - prevede che le clausole di esclusione soggiacciono al **principio di tassatività**. Per quanto riguarda la possibilità per la stazione appaltante di far ricorso al **soccorso istruttorio**, si segnalano le novità introdotte dall'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 /2016.

## 6. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto.

Da sempre spinoso il tema relativo alle conseguenze sul contratto stipulato con l'aggiudicatario dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Emerge, da un lato, l'interesse alla stabilità e certezza dei rapporti contrattuali di cui è parte la *P.A.* e, dall'altro, quello del *privato*, che abbia vittoriosamente proposto ricorso avverso gli atti di gara, ad ottenere una tutela non formale, ma effettiva e sostanziale. Infine, vi è l'interesse di cui è portatore lo stesso *aggiudicatario illegittimo*, spesso vittima di illegittimità verificatesi nel corso della procedura di evidenza pubblica, a lui non imputabili, ma addebitabili, per contro, alla sola stazione appaltante. Sul tema importanti novità sono state introdotte dapprima con il decreto di recepimento della direttiva ricorsi n. 53 del 2010 e quindi con l'approvazione del Codice del processo amministrativo. A tal fine, giova l'esame degli **artt. 121 e 122 C.p.a.** La nuova disciplina distingue, infatti, due gruppi di ipotesi. In caso di "**violazioni gravi**", il

giudice è tenuto a dichiarare **l'inefficacia** del contratto.

## 7. La giurisdizione e la tutela.

L'art. 133 C.p.a., recependo quanto già disposto dall'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, prevede che rientrano nella **giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo** le controversie relative (lett. e) co. 1): a *procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, al divieto di rinnovo tacito* dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, relative alla *clausola di revisione del prezzo* e al relativo *provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica*. Successivamente alla scelta del contraente o del socio, alla fase pubblicistica segue quella avente carattere privatistico, caratterizzata dallo svolgersi del **rapporto contrattuale**. Ancor prima di tali previsioni, la giurisprudenza ha applicato il criterio tendenziale del riparto di giurisdizione in materia di pubblici contratti, per cui sono attribuite al **G.A.** le controversie relative alla *fase di scelta del contraente* e al **G.O.** quelle inerenti alla *fase di esecuzione dell'appalto*, dopo la stipulazione dello stesso.

Lo spartiacque tra le due giurisdizioni in tema di contratti di appalto è, pertanto, costituito dalla **stipula del contratto**, quale momento iniziale della fase di esecuzione. Quanto poi alla **competenza a dichiarare l'inefficacia del contratto**, la stessa è stata riconosciuta in capo al **giudice amministrativo** che ha annullato l'aggiudicazione illegittima. In merito al riparto di giurisdizione in tema di appalti, con particolare riguardo al contratto concluso all'esito della procedura, è intervenuta da ultimo la Corte di Cassazione.

**a) Rimedi stragiudiziali.** Il Codice dei contratti, con lo scopo di deflazione il contenzioso, disciplina la *transazione* e l'*accordo bonario* quali **strumenti stragiudiziali di definizione delle liti**.

- La **transazione** può avere ad oggetto solo controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto.
- L'**accordo bonario** può essere attivato rispetto a controversie che superano un certo valore economico, in rapporto all'entità dell'appalto.

**b) Rimedi giurisdizionali.** In materia di appalti, è previsto un **rito speciale** agli artt. 119 e 120 c.p.a. che espressamente fanno riferimento alle controversie relative agli atti delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture. Si tratta di previsioni con cui si è inteso improntare il rito dei contratti pubblici a canoni di forte accelerazione e concentrazione. È importante sottolineare che prima della entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, l'art. 5, d.lgs. n. 53/2010 prevedeva l'istituto dell'informativa che il concorrente ad una gara pubblica era tenuto a dare alla stazione appaltante qualora intendesse proporre ricorso. Tale onere era volto a ridurre il contenzioso amministrativo consentendo all'amministrazione di agire in autotutela. Il d.lgs. n. 50/2016, ha introdotto significative novità quanto ai **termini di proposizione** del ricorso avverso specifici atti delle procedure di affidamento, in specie le esclusioni e le ammissioni inducendo a parlare di un nuovo rito **"super-speciale"**.

## PARTE QUINTA - BENI E SERVIZI PUBBLICI E GOVERNO DEL TERRITORIO

### XVII. I BENI PUBBLICI

#### **1. I beni pubblici.**

I beni pubblici sono compresi nella categoria giuridica della **“proprietà pubblica”** menzionata dall'art. 42, co. 1, Cost. Sono tali i beni di cui si avvalgono le PP.AA. per realizzare **i propri fini istituzionali**. Si distinguono: i **beni pubblici stricto sensu**, che appartengono allo Stato o ad altro ente pubblico; i **beni di interesse pubblico**, che appartengono a **privati** ma sono sottoposti ad uno speciale **regime derogatorio** in virtù della peculiare rilevanza posseduta. Le due tradizionali **categorie** nelle quali è diviso il patrimonio pubblico sono quelle dei: **beni demaniali; beni patrimoniali**. La dottrina aggiunge a queste due categorie quella dei **beni patrimoniali disponibili**, soggetti ad un regime giuridico non dissimile da quello proprio dei beni appartenenti ai privati. Parte della dottrina tende a superare questa tripartizione e a sostituirla con la distinzione tra: **beni riservati; beni destinati**.

#### **2. I beni demaniali.**

I beni demaniali sono individuati dall'**art. 822 c.c.** in un'elenco che, per dottrina e giurisprudenza, è da considerarsi **tassativa**, e che comprende **beni immobili e universalità di mobili**.

Ai sensi dell'art. 822 c.c., infatti, **appartengono allo Stato** e fanno parte del demanio pubblico: il lido del mare, la spiaggia, le rade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia; le opere destinate alla difesa nazionale. Fanno parimenti parte del demanio pubblico, **se appartengono allo Stato**: le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia, le raccolte dei musei, delle pinacoteche degli archivi, delle biblioteche; gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico. I beni demaniali **si distinguono**, a loro volta, in:

- **necessari**: che possono appartenere solo allo Stato o agli enti territoriali;
- **eventuali o accidentali**: che possono essere di proprietà privata ma che, se appartengono ad un ente territoriale, entrano a far parte del demanio.

a) **I beni del demanio necessario.** I beni del **demanio necessario** sono beni immobili e devono appartenere allo Stato, salvo alcuni, attribuiti alle

Regioni.

- b) **I beni del demanio eventuale.** I beni del **demanio eventuale**, diversamente da quelli del demanio necessario, possono essere sia **beni immobili** che **universalità di mobili**; possono anche appartenere a **privati** o a **qualsiasi ente pubblico territoriale**.

Passando a tratteggiare il **regime giuridico** dei beni demaniali sono:

- **inalienabili;**
- **imprescrittibilità** del diritto di proprietà pubblica;
- **insuscettibili di espropriazione forzata.**

### 3. Il federalismo demaniale.

L'art. **119 Cost.** riconosce ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni "*un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato*". La disciplina dei beni demaniali è stata in parte modificata per effetto della riforma introdotta dal **d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85** (modificato dai dd.ll. 6 luglio 2011, n. 98, 22 giugno 2012, n. 83 e 27 giugno 2012, n. 87, quest'ultimo poi decaduto per mancata conversione), con cui è stato approvato il c.d. "**federalismo demaniale**", in virtù del quale si attribuisce, in attuazione di quanto previsto dall'art. 119 Cost., a **Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni**, a titolo non oneroso, un **proprio patrimonio**, nel rispetto dei principi di territorialità, sussidiarietà, adeguatezza, semplificazione, capacità finanziaria, correlazione con competenze e funzioni e valorizzazione ambientale.

### 4. I beni patrimoniali indisponibili.

La seconda categoria di beni pubblici comprende i beni patrimoniali, a loro volta distinti in: beni del **patrimonio indisponibile**; beni del **patrimonio disponibile**. Possono appartenere **anche ad enti pubblici non territoriali**. Infine, l'elencazione dei beni indisponibili, recata dall'art. 826 c.c., **non è considerata tassativa**. I **beni indisponibili** si distinguono in due sottocategorie:

- i beni indisponibili **per natura**, appartengono istituzionalmente allo Stato e sono destinati a pubblico servizio per le proprie caratteristiche obiettive.
- i beni indisponibili **per destinazione** sono asserviti a finalità pubbliche **per legge o per provvedimento amministrativo**.

Quanto al **regime giuridico** dei beni indisponibili, l'art. 828 c.c. sancisce che essi "*non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti dalle leggi che li riguardano*". Tale previsione, intervenuta a **correggere il divieto di alienazione** previsto dall'art. 9, r.d. n. 827 del 1924, ha, in sostanza, stabilito che i beni in questione sono **commerciabili**, salvi gli **specifici divieti** recati dalle legislazioni di settore, ma sono gravati da uno **specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico** (PAJNO). In altre parole, i

beni indisponibili sono trasferibili; ciò che non è consentito è il mutamento della loro destinazione. Gli stessi beni, inoltre, possono formare **oggetto di diritti reali in favore di terzi**, ove ciò sia compatibile con la loro specifica destinazione.

## 5. I beni patrimoniali disponibili.

L'altra *species* di beni patrimoniali è rappresentata dai beni disponibili che il codice civile individua **in via residuale** rispetto a quelli rientranti nelle categorie dei beni demaniali e dei beni del patrimonio indisponibile, **di proprietà di enti pubblici** ma assoggettati al **regime ordinario della proprietà privata**. Gli stessi **non sono preordinati al perseguitamento di un interesse pubblico**, essendo utilizzati allo **scopo di ricavarne un utile**. Tali beni possono essere *corporali* (beni immobili), ma anche *incorporali* (diritti reali su cose altrui). Sono tali anche i **titoli di credito** e le **entrate tributarie o patrimoniali**. Il **regime giuridico** è quello dei **beni di diritto privato tout court**. Essi, pertanto, sono **pignorabili, usucapibili, assoggettabili ad espropriazione forzata**, per causa di pubblica utilità; possono formare **oggetto di diritti dei terzi**. Tali beni, in quanto commerciabili, possono essere **alienati**. Occorre precisare che, trattandosi di beni del patrimonio immobiliare pubblico, la loro cessione deve avvenire nelle forme del diritto pubblico. In particolare, la scelta del contraente va effettuata ricorrendo ad apposite procedure di evidenza pubblica. La **tutela** può avvenire solo a mezzo degli ordinari strumenti di diritto privato **e non può essere esercitato**, rispetto a tali beni, il **potere di autotutela**. Pertanto, qualora la P.A. si riappropri di propria iniziativa di un bene del patrimonio disponibile, il privato sarà legittimato ad agire per la reintegrazione del bene. Trattandosi di mero comportamento adottato in **carenza di potere in astratto**, la controversia è attratta alla **giurisdizione ordinaria**.

## 6. I diritti reali pubblici su beni altrui.

La P.A. può essere proprietaria di **diritti reali su beni altrui**. Tali diritti possono essere costituiti: per l'utilità di un **bene demaniale** (*diritti demaniali su beni altrui*); per l'utilità dei **beni del patrimonio indisponibile e disponibile** (*diritti patrimoniali su beni altrui*). Il **regime giuridico** di tali diritti è lo stesso di quelli demaniali o patrimoniali, ai quali accedono. Merita un approfondimento la categoria dei **diritti demaniali su beni altrui**, disciplinati dall'art. 825 c.c. Vi rientrano le **servitù prediali pubbliche** e i **diritti di uso pubblico**. Le **servitù prediali pubbliche** sono diritti reali su beni di proprietà privata necessariamente collegati a beni di proprietà della P.A.

## 7. I beni privati di interesse pubblico.

I beni c.d. di interesse pubblico sono i beni, di **proprietà pubblica o privata**, che soddisfano direttamente ed istituzionalmente un **interesse pubblico**. Sono beni di interesse pubblico: le **autostrade**; le **strade ferrate** costruite e gestite da privati in regime di concessione; le **strade vicinali** e i **beni culturali di proprietà privata**.

Quanto ai **beni culturali di proprietà privata**, in particolare, il già citato Testo unico dei beni culturali prevede che la **qualifica di bene culturale** possa essere assunta ***ipso iure*** (per determinati beni) o per **dichiarazione di interesse culturale**, all'uopo adottata dal competente Ministero e, ove necessario, trascritta nei registri immobiliari. A seguito della costituzione di tale *status*, sono costituiti sul bene determinati **limiti esterni di carattere conformativo**. La dichiarazione, pertanto, è un provvedimento rientrante nella categoria degli accertamenti costitutivi, atti amministrativi che, pur produttivi di effetti meramente cognitivi, implicano tuttavia l'assoggettamento del bene ad un nuovo regime giuridico. Caratteristica pregnante è la presenza di **vincoli conformativi**, che ne rendono lo statuto proprietario funzionale al perseguimento di prevalenti interessi pubblici. Tali vincoli posso prevedere: l'**inalienabilità** del bene; per i beni culturali, l'obbligo di previa autorizzazione governativa al **compimento di lavori di restauro o ristrutturazione**; in generale, l'imposizione in capo al proprietario di una serie di **obblighi di non** fare volti a garantire l'ottimale fruizione del bene da parte della collettività.

## 8. L'amministrazione dei beni pubblici.

I beni rientranti nel patrimonio pubblico, sia pubblici *stricto sensu* sia privati, sono amministrati dall'**amministrazione finanziaria**. A seguito del riordino intervenuto con d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300, la gestione degli immobili pubblici è stata delegata alla **Agenzia del Demanio**, titolare di poteri di amministrazione finalizzati al perseguimento di una gestione produttiva e alla valorizzazione dei beni, dei poteri di valutazione estimativa compiute dagli uffici erariali. Peraltro, a partire dai primi anni '90 si è realizzato il progressivo disimpegno dello Stato dai settori economici interessati dalla presenza pubblica. Per ciò che concerne i beni pubblici, in particolare, le due direttive nelle quali si è articolato l'intervento sono quelle della **valorizzazione** e della **dismissione**.

## 9. La valorizzazione dei beni pubblici e la dismissione del patrimonio immobiliare.

Il legislatore ha elaborato, previa ricognizione della consistenza del patrimonio immobiliare pubblico, alcune specifiche **politiche di valorizzazione**, tra

cui: la **privatizzazione “formale”**, intesa come devoluzione del bene pubblico a soggetti privati senza che per ciò solo si determini un mutamento del regime di indisponibilità e pubblicità proprio di tale bene, seguita da una vera e propria dismissione (c.d. privatizzazione sostanziale), incentrata su due strumenti: la **cartolarizzazione** dei beni pubblici (introdotta dal d.l. n. 351/2001); la costituzione della società Patrimonio S.p.A. (avvenuta con d.l. n. 63/2002 e sciolta dal d.l. 6 luglio 2011, n. 98), con l’obiettivo di migliorare l’efficienza nella valorizzazione, gestione e alienazione del patrimonio dello Stato; l’utilizzo delle **società di trasformazione urbana (STU)**, di cui all’art. 120 del TUEL, come strumento per ottimizzare la gestione degli immobili dello Stato; la procedura di **dismissione** disciplinata dall’art. 6 della legge di stabilità 2012 (mod. dall’art. 23 *ter*, co. 2, lettera b) del D.L. 6 luglio 2012, n. 95), che autorizza il Ministro dell’economia e delle finanze a conferire o trasferire beni immobili dello Stato ad uno o più fondi comuni di investimento immobiliare, ovvero ad una o più società, anche di nuova costituzione.

## **10. La tutela dei beni pubblici.**

Ai sensi dell’art. 823 c.c., la tutela dei beni pubblici compete all’**autorità amministrativa**, che può ricorrere, alternativamente:

- agli **strumenti civilistici** di tutela del possesso e della proprietà (**azioni giudiziali petitorie e possessorie**);
- alle tecniche di **autotutela amministrativa**. Può, quindi, in primo luogo **annullare o revocare provvedimenti**, concessori, precedentemente adottati (**autotutela decisoria**). Quanto all’**autotutela esecutiva**, giova premettere che l’amministrazione è solita esercitare un’attività (c.d. di **polizia demaniale**) finalizzata a verificare l’integrità del bene pubblico di uso generale e la persistenza del suo utilizzo secondo le finalità istituzionali. I provvedimenti sanzionatori, spesso recanti ordine di riduzione in pristino dello stato dei luoghi, sono dotati del carattere della **esecutorietà**.

## **11. Il riparto di giurisdizione in materia di concessioni di beni pubblici.**

Il Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) si occupa della **giurisdizione in materia di beni pubblici** all’art. 133, co. 1, lett. b), disponendo che rientrano nella **giurisdizione esclusiva** del giudice amministrativo “*le controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi e quelle attribuite ai tribunali delle acque pubbliche e al Tribunale superiore delle acque pubbliche*”. Prima dell’entrata in vigore del c.p.a., la giurisdizione in materia di beni pubblici era disciplinata dall’art. 5, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (abrogato dall’art. 4 dell’all.to 4 al d.lgs. n. 104 del 2010). Pertanto, al **G.A.** è devoluta la **giurisdizione esclusiva su atti**

**e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici;** mentre spetta al **G.O.** la giurisdizione in materia di **indennità, canoni ed altri corrispettivi.** Non vi è giurisdizione esclusiva nel caso di erogazione di denaro pubblico. Come anticipato, trattandosi di un'ipotesi non equiparabile a quella della concessione di beni pubblici, la giurisprudenza ha concluso per l'applicabilità in questo caso dell'ordinario criterio di riparto tra G.O. e G.A. fondato sulla natura della situazione soggettiva azionata (**Cons. St., Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n.6.**)

## XVIII.

### I SERVIZI PUBBLICI

#### **1. I servizi pubblici: tratti generali.**

Si intende per servizio pubblico quel complesso di attività prestate nei riguardi degli utenti per il soddisfacimento di bisogni collettivi. La nozione di servizio pubblico è stata caratterizzata da: una **concezione soggettiva**, secondo cui era considerato servizio pubblico quello prestato da parte di un pubblico potere; da una **concezione oggettiva** che, indipendentemente dalla natura del soggetto erogatore, riconosce il carattere di servizio pubblico in virtù del suo regime, dettato proprio per il soddisfacimento delle esigenze della collettività. La Costituzione disciplina i servizi pubblici denominati "**essenziali**" (**art. 43 Cost.**) prevedendo la possibilità di una riserva delle relative attività economiche in capo ai pubblici poteri. Così, in numerosi ambiti di servizio pubblico è stata, in passato, ampiamente legittimata la presenza di monopoli pubblici (**c. d. Stato imprenditore**) che hanno assunto diverse guise: in particolare, si sono avute forme di gestione diretta del servizio pubblico da parte di imprese pubbliche e casi di gestione indiretta, con l'affidamento del servizio in concessione amministrativa a privati. In tal modo, si è inteso coniugare lo spirito desumibile dall'art. 43 Cost. con la *ratio* sottesa all'art. 41 Cost., esaltando la funzionalizzazione in chiave sociale dell'iniziativa economica. Il diritto comunitario disciplina i servizi d'interesse generale assoggettati ad obblighi di servizio pubblico. Questi possono riferirsi a servizi d'interesse generale **privi di rilevanza economica** (istruzione, sanità, protezione sociale) ma anche a servizi d'**interesse economico generale**, tra cui le poste, le comunicazioni, i trasporti di linea, l'energia elettrica e il gas. La disciplina comunitaria dei servizi pubblici ha introdotto i principi di **concorrenzialità** e di **regolazione**, in particolare per i servizi d'interesse economico generale.

#### **2. I servizi pubblici locali di rilievo economico.**

I servizi pubblici locali continuano a caratterizzarsi per una regolazione finanziaria, per una diffusa partecipazione pubblica al capitale degli operatori e la conseguente fra amministrazione tra regolazione e gestione e l'erogazione di sovvenzioni pubbliche non commisurate alle esigenze del servizio pubblico. I servizi pubblici locali sono quelle attività economiche - in astratto suscettibili di essere organizzate in forma di impresa - che si caratterizzano per la loro immediata finalizzazione alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale. Si tratta di un insieme di attività poste in essere dagli enti locali che non possono né essere ricomprese nel concetto di funzione amministrativa, né qualificarsi come attività meramente economiche. Essendo rilevanti per i cittadini-utenti, i servizi pubblici locali devono essere

erogati a prezzi sostenibili e secondo adeguati modelli qualitativi, garantendo la sicurezza, la capillarità e la continuità delle prestazioni. È inoltre necessario distinguere tra: **servizi finali** ossia prestazioni indirizzate ai cittadini e al soddisfacimento dei loro bisogni come utenti individuali (es. servizio idrico) o come membri della collettività locale (es. illuminazione pubblica); **servizi strumentali** che, invece, rappresentano le prestazioni di cui beneficiano uno o più settori o uffici dell'ente stesso (es. pulizia dell'immobile sede comunale). Solo i primi possono essere qualificati come veri e propri servizi pubblici locali, poiché sono orientati alla soddisfazione diretta delle esigenze collettive ed hanno un impatto immediato sull'assetto socio-economico della comunità locale.

### **3. La disciplina nazionale relativa alle modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali.**

Con riguardo ai profili gestori dei servizi pubblici, l'ordinamento interno riconosce essenzialmente **tre modalità di affidamento**:

- l'**esternalizzazione** o **outsourcing** delle prestazioni o dei servizi mediante affidamento degli stessi a favore di soggetti selezionati con gara;
- la **produzione in proprio** o **insourcing**, da parte della PA, delle prestazioni o dei servizi necessari, anche mediante l'affidamento diretto e senza procedura di gara a favore di strutture societarie interamente controllate dall'Ente locale (cd. affidamenti *in house*);
- il ricorso a forme di **partenariato pubblico-privato**, anche mediante affidamenti diretti a favore di società a capitale misto.

In verità, il panorama normativo, in materia, appare alquanto articolato ed ha formato oggetto di numerosi interventi riformatori indotti dall'influenza dell'ordinamento UE e dai pronunciamenti della Corte costituzionale. La differenza tra la **società *in house*** e la **società mista** consiste nel fatto che la società *in house* agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione da un punto di vista sostanziale, mentre la società *mista*, nella quale il socio privato è scelto con una procedura ad evidenza pubblica, presuppone la creazione di un modello nuovo in cui interessi pubblici e privati convergono. L'affidamento di servizi a società miste è stata confermata anche dalla giurisprudenza comunitaria (*CGUE 15 ottobre 2009, Acosec*) a condizione che si svolga in unico contesto una gara avente ad oggetto la scelta del socio privato e l'affidamento del servizio (**cd. gara a doppio oggetto**).

**XIX.****IL GOVERNO DEL TERRITORIO E L'ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ****1. L'ambiente e il governo del territorio. Il riparto di competenze tra stato e regioni.**

A seguito di una lunga evoluzione della giurisprudenza costituzionale, tuttavia, è prevalsa la **concezione unitaria** del bene "ambiente", inteso come vero e proprio **bene della vita**, materiale e complesso, la cui disciplina comprende anche la tutela e la salvaguardia della qualità e degli equilibri delle sue singole componenti. La materia ambientale entra a far parte esplicitamente del testo costituzionale soltanto con la riforma del 2001, essendo inclusa tra quelle di competenza statale esclusiva. Tuttavia, anche antecedentemente alla riforma, la giurisprudenza aveva riconosciuto all'ambiente uno **statuto costituzionale**, tramite l'interpretazione evolutiva degli:

- art. 9, co. 2, Cost., la tutela del paesaggio dovendo essere intesa nel senso lato di **tutela ecologica**;
- art 32 Cost., che nel sancire il diritto alla salute si declina anche come **diritto all'ambiente salubre**.

Dalla lettura congiunta di tali norme, la Corte costituzionale ha ricavato una concezione "unitaria" dell'ambiente, quale **interesse pubblico di valore costituzionale primario ed assoluto** (*Corte cost. nn. 151 e 210 del 1986*).

A seguito della riforma del Titolo V della Costituzione, l'ambiente viene menzionato per la prima volta nell'art. 117 Cost:

- nel comma 2, lett. s), ove si prevede la **potestà legislativa esclusiva statale** in materia di *"tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali"*;
- nel successivo co. 3, limitatamente alla **competenza concorrente** tra Stato e regioni in tema di *"valorizzazione dei beni culturali e ambientali"*.

La **I. n. 349/1986** (istitutiva del Ministero dell'ambiente) ha riconosciuto l'esenza unitaria e trasversale del bene giuridico "ambiente" concepito come **valore collettivo e polifunzionale**. Le istanze di tutela ambientale sono ora garantite dalla disciplina di cui al d.lgs. n. 152 del 2006, recante il c.d. **Codice ambiente**, che indica i **principi ambientali** – elaborati soprattutto a **livello internazionale e comunitario** – cui deve uniformarsi ogni attività umana giuridicamente incidente sul bene ambiente. Nel dettaglio, essi sono:

- il **principio di prevenzione**,
- il **principio "chi inquina paga"**,
- il **principio di correzione**,
- il **principio di precauzione** (si v. l'art. 3-ter, d.lgs. n. 152 del 2006).

## 2. L'urbanistica e l'attività di pianificazione.

La funzione degli strumenti urbanistici è quella di regolamentare l'attività di **trasformazione del territorio**, coordinando armonicamente il diritto del privato all'abitazione ed allo svolgimento di un'attività produttiva con l'interesse pubblico a fornire servizi all'utenza. Evidente, quindi, il **legame** tra l'esercizio del potere espropriativo e l'attività di pianificazione urbanistica, attesa la strutturalità dell'espropriaione per pubblica utilità di un bene privato rispetto all'attuazione delle previsioni contenute nei piani urbanistici. La disciplina fondamentale dell'attività di pianificazione urbanistica è quella introdotta con la **l. n. 1150 del 17 agosto 1942**. La legge urbanistica del 1942 prevede la **divisione in zone** del territorio, nonché un sistema di **piani urbanistici "a cascata"**. Con la **l. 6 agosto 1967, n. 765** (c.d. legge-ponte) è stato introdotto l'obbligo di **standards urbanistici ed edilizi** connessi al concetto di zona. Tutto il territorio, infatti, è stato suddiviso in **zone omogenee** in ragione: della particolare destinazione urbanistica (c.d. *zonizzazione funzionale*); della volumetria e delle caratteristiche costruttive che devono avere gli edifici di un certo comparto (c.d. *zonizzazione architettonica*); delle dotazioni di servizi ed infrastrutture (c.d. *zonizzazione infrastrutturale*).

Le norme di zonizzazione impongono **prescrizioni e limiti** cogenti al contenuto del diritto di proprietà dei privati, **conformandolo**. Si distinguono dalle zonizzazioni le **localizzazioni**, con le quali la **P.A. individua le aree che dovranno essere espropriate** per la realizzazione di opere di pubblica utilità o di servizi pubblici previsti dai piani ed aventi natura ablatoria. Per effetto della localizzazione, le aree "localizzate" entrano in una fase di attesa: conservano il regime di appartenenza, ma sono sottoposte a quello che è comunemente definito **vincolo preordinato all'esproprio**, che ne pregiudica il valore economico.

## 3. I vincoli conformativi e i vincoli espropriativi.

Da quanto detto emerge che mentre la *localizzazione* reca l'apposizione di **vincoli espropriativi**, la *zonizzazione* si mostra tendenzialmente idonea all'individuazione di **vincoli unicamente conformativi**. I **vincoli espropriativi** individuano in modo specifico il bene dove l'opera, cui è preordinata l'espropriaione, dovrà essere realizzata. I **vincoli conformativi** sono, invece, quelli previsti dalla legge per intere categorie di beni e fissati dagli strumenti urbanistici, che si traducono in **limiti all'uso dei beni**, che restano di proprietà del soggetto titolare del diritto dominicale sugli stessi. Le limitazioni cd. legali della proprietà possono promanare, quindi, direttamente dalla **legge** ed involgere **interi categorie di beni**. L'esercizio del **potere conformativo non comporta obblighi di corresponsione di indennizzi**. Diversamente, l'art. 39 del t.u. espropriaione attiva la corresponsione di un indennizzo.

#### 4. L'edilizia.

L'edilizia, a differenza dell'urbanistica, riguarda l'**uso particolare del territorio**, in quanto ancorato ad un **determinato terreno** e a **determinati soggetti**. La materia edilizia è identificata, innanzitutto, nella disciplina relativa all'**attività costruttiva** contenuta nel d.lgs. 6 giugno 2001, n. 380 (**Testo Unico edilizia**). La materia edilizia attiene ai **rapporti** che si instaurano tra la P.A. e coloro che intendono esercitare un'**attività costruttiva**. Il **diritto ad edificare** (c.d. *ius aedificandi*) spetta al proprietario del suolo interessato dall'attività edilizia e costituisce manifestazione del diritto di proprietà; tuttavia, l'attività di costruire è sottoposta a **poteri amministrativi di assenso e di controllo** finalizzati all'ordinato assetto del territorio e dello sviluppo urbanistico.

Il principale strumento adottato a tal fine è costituito dal **regolamento edilizio**, che deve contenere la disciplina delle modalità costruttive, con particolare riguardo al rispetto delle normative tecnico-estetiche, igienico-sanitarie, di sicurezza e vivibilità degli immobili e delle pertinenze degli stessi. Si tratta dello **strumento integrativo essenziale dei piani urbanistici**. L'attività edificatoria del privato è regolata, pertanto, da stringenti prescrizioni, la violazione delle quali comporta l'applicazione di **sanzioni**:

- **civili**, quali la nullità degli atti tra vivi, sia in forma pubblica, sia in forma privata, aventi per oggetto trasferimento o costituzione o scioglimento della comunione di diritti reali, relativi ad edifici, o loro parti, la cui costruzione è iniziata dopo il 17 marzo 1985, in assenza del permesso di costruire o del permesso in sanatoria (art. 46 t.u. edilizia);
- **amministrative**, che variano a seconda della gravità della condotta;
- **penali**, indicate dall'art. 44 t.u. edilizia. Giova considerare che l'art. 1, dell'Allegato al **d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8**, recante *Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*, nell'elenco delle leggi inerenti ai reati puniti con la sola pena pecuniaria, **escluse** dalla depenalizzazione, comprende anche il d.P.R. n. 380 del 2001, nonché il d.lgs. n. 152 del 2006. L'**art. 1, co. 460, della l. 11 dicembre 2016, n. 232 (c.d. Legge di bilancio 2017)** ha stabilito che i proventi dei titoli autorizzatori e delle sanzioni in materia edilizia dal 2018 saranno destinati a finalità di tutela e riqualificazione dell'ambiente e del paesaggio, difesa del suolo, mitigazione del rischio sismico e idrogeologico.

L'esercizio di attività edilizia avviene, di regola, previa acquisizione di apposito **titolo abilitativo**, salve le ipotesi di **attività edilizia libera**. Oggi il D.P.R. n. 380/2001, recante T.U. dell'edilizia, ha ricondotto le diverse fattispecie a tre regimi costruttivi: l'*attività edilizia libera*, il *permesso di costruire*, la *denuncia di inizio attività*.

## 5. Il regime della proprietà privata e l'espropriazione.

L'espropriazione per pubblica utilità è il provvedimento con cui l'autorità **acquisisce beni di proprietà privata** per **motivi di pubblico interesse**, previa corresponsione di un **equo indennizzo**. Nel vigente assetto normativo, l'espropriazione per pubblica utilità è preordinata alla **realizzazione di opere, edifici o strutture di interesse pubblico** e costituisce l'esito di un **procedimento amministrativo**, oggi disciplinato dal d.P.R. n. 327/2001 (t.u. espropriazioni) in cui assume rilievo centrale la **dichiarazione di pubblica utilità** da parte dell'autorità espropriante, seguita dall'emanazione del **decreto di espropriazione**, con cui si sancisce definitivamente l'effetto traslativo del bene privato in favore dell'autorità espropriante. Si tratta della **limitazione più incisiva del diritto di proprietà del privato** e, al contempo, della manifestazione più evidente della soggezione di quest'ultimo al **potere di sovranità dello Stato**.

## 6. Classificazione dei provvedimenti ablatori della p.a.

L'espropriazione per pubblica utilità è espressione della **potestà ablatoria** della P.A., nell'esercizio della quale la stessa incide su una situazione giuridica del destinatario, limitandola unilateralmente. Vengono quindi presi in considerazione:

- **provvedimenti ablatori personali**, con i quali la P.A. limita un diritto di natura personale costituzionalmente garantito nei casi previsti dalla legge;
- **provvedimenti ablatori obbligatori**, con i quali la P.A. obbliga il privato ad una data prestazione (ad es. l'imposizione tributaria *ex art. 23 Cost.*);
- **provvedimenti ablatori reali**, che incidono sui diritti reali, limitandoli o addirittura estinguendoli. Tra i provvedimenti ablatori reali si colloca per l'appunto **l'espropriazione**.

## 7. L'espropriazione per pubblica utilità.

I **presupposti** dell'espropriazione sono individuati dall'art. 42, co. 3, Cost. L'espropriazione incide nella maggior parte dei casi sulla **proprietà di beni immobili**; può riguardare, *ex art. 1*, d.P.R. n. 327 del 2001, anche **diritti reali limitati su immobili**, quali la servitù o l'uso. Non tutti i beni immobili possono essere oggetto del procedimento espropriativo. Ai fini dell'espropriazione i beni si possono classificare in:

- a. **beni non espropriabili**, tali essendo, *ex art. 4, co. 1*, d.P.R. n. 327 del 2001, quelli appartenenti al demanio pubblico, fino alla pronuncia di sdemanializzazione;

- b. **beni espropriabili solo a determinate condizioni**, quali i *beni appartenenti al patrimonio indisponibile*, i *beni immobili di proprietà della Santa Sede* e gli *edifici aperti al culto*;
- c. **beni espropriabili** di cui l'art. 7 fornisce un elenco tassativo.

Quanto ai **soggetti** coinvolti nella procedura espropriativa, ai sensi dell'art. 3, d.P.R. n. 327 del 2001, vi intervengono a diverso titolo:

- **l'espropriato** che è il **soggetto passivo** dell'espropriazione. La procedura espropriativa è condotta nei confronti di chi risulta **proprietario dai registri catastali**.
- **l'autorità espropriante** ossia la **P.A.** titolare del potere di espropriare, che cura il relativo procedimento o il **soggetto privato** al quale sia attribuito il potere di espropriare da una disposizione di legge;
- il **beneficiario dell'espropriazione** che è il soggetto pubblico o privato **in favore del quale è emesso il decreto d'esproprio** e sul quale, generalmente, grava l'obbligo di pagare l'indennità d'esproprio;
- il **promotore dell'espropriazione** che è il soggetto pubblico o privato che richiede l'espropriazione.

Sinteticamente, le fasi del procedimento espropriativo, come disciplinato dagli artt. 8 e 23, d.P.R. n. 327 del 2001, comprendono il:

1. **Vincolo preordinato all'esproprio** che individua in modo puntuale il luogo interessato dalla realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Il vincolo può discendere dall'approvazione del piano urbanistico generale o da una sua variante oppure da qualsiasi atto che comporti una variante al piano urbanistico. Esso costituisce **condizione di efficacia** della dichiarazione di pubblica utilità e **decade dopo cinque anni**. Una volta decaduto, il vincolo può essere reiterato motivatamente, rinnovando la procedura di approvazione degli strumenti urbanistici.
2. **Dichiarazione di pubblica utilità**. È previsto quale modello unico la dichiarazione di pubblica utilità **implicita**: gli atti che comportano la dichiarazione di pubblica utilità sono l'approvazione del progetto definitivo dell'opera pubblica o di qualunque altro strumento urbanistico o di altro provvedimento ai quali la normativa vigente riconosca tale effetto. La stessa si configura come **atto presupposto** rispetto al successivo decreto di esproprio e costituisce un provvedimento autonomo, idoneo, in quanto tale, a determinare immediatamente effetti lesivi nella sfera giuridica dei terzi e, pertanto, direttamente ed autonomamente impugnabile. Essa deve prevedere il **termine finale per l'emanazione del decreto d'esproprio**.
3. **Determinazione in via provvisoria dell'indennità** che è proposta dal **promotore** dell'espropriazione ai proprietari interessati, che possono presentare osservazioni scritte e depositare documenti. Si apre

così una fase sub-procedimentale in contraddittorio tra le parti che può portare alla conclusione dell'accordo di **cessione volontaria** del bene, destinato così a sostituire il provvedimento unilaterale (art. 45, co. 1, d.P.R. n. 327 del 2001); al privato spetta, in tal caso, un maggiore corrispettivo rispetto all'indennità di esproprio

4. **Decreto d'esproprio** può essere emanato sulla base della sola determinazione in via provvisoria dell'indennità, senza la necessità di procedere preventivamente al pagamento o al prescritto deposito cauzionale. Competente ad emanare il decreto d'esproprio è il soggetto espropriante. Il decreto di esproprio svolge quindi una funzione di riepilogo dell'intera vicenda espropriativa. Il suo effetto principale consiste nel produrre il trasferimento del diritto dell'espropriando nella sfera giuridica del beneficiario; la sua efficacia è subordinata al prodursi di una duplice condizione legale, costituita dalla sua notifica e dalla sua esecuzione.

## **8. La retrocessione.**

L'istituto della retrocessione, previsto dagli artt. 46-48, d.P.R. n. 327 del 2001, consente all'espropriato di ottenere la **restituzione del bene** nel caso in cui la P.A. non abbia realizzato in tutto o in parte l'opera pubblica o di pubblica utilità per la quale si era proceduto all'emanazione del provvedimento ablatorio. Legittimati a chiedere la retrocessione sono i **precedenti proprietari e i loro successori a titolo universale**. Dalla **natura potestativa** di detto diritto si è fatto discendere che allo stesso non si contrappone alcuna obbligazione giuridica di prestazione di fare o di dare a carico dell'espropriante, ma un mero **stato di soggezione** alle iniziative giudiziarie dell'espropriato, cui peraltro si accompagna l'obbligo di astenersi da atti e/o comportamenti dannosi per l'espropriato, quali potrebbero essere eventuali atti di utilizzo o di disposizione del bene nell'arco temporale compreso fra la richiesta e la ricostituzione *ex nunc* dell'originario rapporto dominicale. Con la retrocessione, l'espropriato **riacquista la proprietà del bene**. Il testo unico sull'espropriazione prevede due forme di retrocessione.

## **9. La cessione volontaria.**

La procedura espropriativa può concludersi con l'emanazione del decreto d'esproprio o, in alternativa, con la cessione volontaria. Dal momento in cui è intervenuta la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera e fino a quando non sia eseguito il decreto di esproprio, il soggetto espropriando può concludere con il beneficiario dell'espropriazione l'**accordo di cessione volontaria** del bene, destinato così a sostituire il provvedimento unilaterale (art. 45, comma 1, d.P.R. n. 327 del 2001); al primo spetta, in tal caso, un corrispet-

tivo maggiorato rispetto all'indennità di esproprio. **Legittimati** alla stipulazione del contratto di cessione volontaria del bene oggetto del procedimento ablatorio sono soltanto il soggetto espropriato e il beneficiario dell'espropriazione che, per effetto dell'accordo raggiunto con il primo, diventerà, con effetto *ex nunc* e dietro pagamento del corrispettivo, il nuovo titolare del diritto dominicale sull'area destinata ad accogliere l'opera pubblica programmata.

## 10. L'indennità di espropriazione.

Il dibattito inerente alla determinazione della misura dell'indennità per espropriazione legittima è stato influenzato dal peculiare statuto riservato, nel sistema sovranazionale delle fonti, al diritto di proprietà privata, secondo l'orientamento espresso dalla **Corte Europea dei diritti dell'uomo** in ordine all'interpretazione dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, che assicura un'indennità di espropriazione, di regola, di **entità pari al valore venale del bene**, salvo che ricorrono obiettivi legittimi di pubblica utilità, come quelli perseguiti dalle misure di riforma economica o di giustizia sociale, tali da giustificare un rimborso inferiore al valore commerciale effettivo. I diversi **criteri** adottati dal legislatore e plasmati dalla giurisprudenza nel corso degli anni, con l'intento di ricostruire la disciplina oggi vigente.

- Il **criterio del valore venale nella l. n. 2359 del 1865** stabilendo che al proprietario spettasse un indennizzo pari al **prezzo che il bene avrebbe avuto in una libera contrattazione di compravendita**.
- Il **criterio del valore agricolo nella l. n. 865 del 1971**. ha commisurato l'indennizzo dovuto ai proprietari delle aree edificabili espropriate al valore agricolo o allo **stato dei suoli in relazione alle colture effettivamente praticate**.
- Il **criterio della media tra il valore venale ed il reddito dominicale rivalutato nella l. n. 359 del 1992**. Il criterio di calcolo previsto dal citato art. 5 *bis* ha **superato**, in una prima fase storica, **il vaglio di costituzionalità** posto che la Corte ha ritenuto la sufficienza dell'indennizzo parametrato al valore venale del bene

Con l'art. 2 della **legge finanziaria del 2008** (l. 24 dicembre 2007, n. 244), il legislatore ha, quindi, sostituito i co. 1 e 2 dell'art. 37, d.P.R. 327 del 2001, dichiarati costituzionalmente illegittimi, prevedendo che l'indennità di espropriazione dei suoli edificabili deve essere commisurata al **valore venale del bene** (ridotta del 25 per cento in caso di interventi di riforma economico-sociale). Nei casi in cui è stato concluso l'**accordo di cessione**, è previsto, inoltre, un **aumento** dell'indennità del 10 per cento. Pertanto, il quadro complessivo può essere così sintetizzato: per le *aree edificabili*, l'indennità di espropriazione va tendenzialmente commisurata al **valore venale del bene**; per le *aree agricole*, resta invariato il criterio del "**valore agricolo**" (mentre, per le *aree non coltivate*, il riferimento al valore agricolo

"medio" è stato ritenuto incostituzionale da *Corte cost. 10 giugno 2011 n. 181*; per le *aree edificate*, si applica ancora il criterio del **valore venale**, mentre per le espropriazioni finalizzate ad *opere private di P.U.* rimane invariato il criterio del **valore venale**. Infine, si segnala che l'art. 53, co. 2, d.P.R. n. 327 del 2001, nel testo sostituito dall'art. 3, co. 9, dell'all.to 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, devolve alla **giurisdizione del G.O.** le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione dell'indennità dovuta in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa.

## **11. L'occupazione del bene nella procedura espropriativa.**

La P.A. può occupare temporaneamente beni immobili, anche diversi da quelli da espropriare, **per esigenze connesse al procedimento espropriativo**, dando luogo alla cd. *occupazione strumentale* o **in caso di forza maggiore e di assoluta urgenza**, previa compilazione dello stato di consistenza dei fondi da occuparsi, per l'esecuzione delle opere necessarie, integrandosi la cd. *occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione*.

- **L'occupazione strumentale** in cui l'autorità può disporre l'occupazione temporanea di **aree non soggette al procedimento espropriativo**, ai fini dell'esecuzione di lavori concernenti altro suolo da espropriare. Al proprietario deve essere corrisposta l'**indennità di occupazione**, pari, per ogni anno, ad un dodicesimo dell'importo che gli sarebbe spettato se fosse intervenuta l'espropriazione dell'area.
- **L'occupazione d'urgenza preordinata all'espropriazione** opera nei casi in cui l'avvio dei lavori rivesta carattere di particolare urgenza, tale da non consentire il preventivo perfezionamento dell'intero *iter* espropriativo ordinario. Anteriormente all'emanazione del t.u. il presupposto essenziale dell'occupazione preliminare d'urgenza era costituito dalla **dichiarazione di indifferibilità ed urgenza**. Nel corso del tempo, la portata del predetto requisito è stata svilita, al punto da ritenere **sufficiente una normale urgenza**, per la cui dimostrazione si è ritenuta sufficiente un'adeguata e semplice motivazione.

### **L'occupazione appropriativa**

I problemi sorgono, tuttavia, quando l'autorità espropriante **non emanì il decreto d'esproprio** nei termini e compia, comunque, una **trasformazione della proprietà** occupata. In tale contesto si colloca la genesi dell'**occupazione appropriativa**, istituto di creazione pretoria (*Cass. S.U. n. 1464 del 1983*) in forza del quale la P.A., che per la realizzazione di un'opera di pubblica utilità **occupa un suolo del privato in modo illegittimo**, per assenza *ab initio* del provvedimento autorizzativo o per decorso dei termini di efficacia dello stesso, ne **acquista a titolo originario la proprietà** per effetto della **trasformazione irreversibile** arrecata al suolo stesso. Le Sezioni unite estendono alle vicende in cui la P.A. è il soggetto occupante il principio sotteso all'istituto civilistico dell'**accessione invertita** (art. 938 c.c.), concludendo nel

senso che il conflitto tra l'interesse del privato al mantenimento del diritto di proprietà sul suolo e quello della P.A. alla conservazione dell'opera pubblica va risolto in favore della seconda in quanto portatrice di un interesse prevalente. Elementi costitutivi della fattispecie dell'occupazione acquisitiva sono:

- a. la **dichiarazione di pubblica utilità** dell'opera da realizzare;
- b. la conseguente **occupazione del suolo** da parte della P.A. o di un suo concessionario;
- c. la **trasformazione irreversibile del bene**.

La perdita del diritto di proprietà in capo al privato configura un **illecito ex art. 2043 c.c.**, da **risarcire** nel termine prescrizionale di cinque anni. L'occupazione appropriativa dà luogo ad un'**obbligazione di valore**, per la quale la P.A. deve corrispondere, oltre al **valore venale del bene** (*Corte cost. 349/2007*), gli interessi e la rivalutazione monetaria. L'operatività del meccanismo espropriativo, attivato con l'istituto dell'occupazione acquisitiva, è valsa all'Italia diverse **pronunce di condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'Uomo**, in applicazione dell'art. 1 del primo Protocollo aggiuntivo della CEDU, risultando evidente il contrasto tra la disciplina sovranazionale, che consente la privazione del diritto dominicale per pubblica utilità in presenza delle condizioni previste dalla legge e dai principi generali di diritto internazionale, e la fattispecie dell'accessione invertita, che subordina il trasferimento del diritto di proprietà dal privato alla PA unicamente alla materiale occupazione del fondo ed alla sua irreversibile trasformazione, ovvero alla perpetrazione di un illecito. La Corte di Strasburgo, in definitiva, ha censurato le forme di **espropriazione "indiretta"**

**L'occupazione usurpativa** è anch'essa un istituto di creazione giurisprudenziale, elaborato dalla Cassazione a partire dal 1997 (*S.U. 4 marzo 1997, n. 1907*), per differenziarla dall'occupazione acquisitiva. Si ha occupazione usurpativa quando la P.A. procede all'occupazione di un fondo per la realizzazione di un'opera pubblica: **in assenza** della dichiarazione di pubblica utilità; quando la dichiarazione di pubblica utilità originariamente resa sia stata poi **annullata**; in caso di **sopravvenuta inefficacia** della dichiarazione di pubblica utilità per inutile decorso dei termini previsti per l'esecuzione dell'opera. In tali casi, l'autorità amministrativa pone in essere un'attività materiale integrante un **illecito extracontrattuale permanente**. In sostanza, l'occupazione usurpativa dà luogo ad una situazione di **carenza di potere** della P.A.

## 12. La c.d. **acquisizione sanante**.

Nel tentativo di adeguarsi ai principi della CEDU che escludono la configurabilità di un'espropriazione "indiretta" o "sostanziale" in assenza di un idoneo titolo legale, il legislatore del Testo unico ha disciplinato la c.d. **occupazione provvedimentale o acquisizione sanante**. All'occupazione acquisitiva ed a

quella usurpativa il legislatore ha sostituito dunque l'occupazione provvidenziale, con la quale si attribuisce all'amministrazione il **potere discrezionale di acquisire in sanatoria**, con **atto ablativo formale**, la proprietà delle **aree occupate** nell'interesse pubblico **in carenza di titolo**, escludendo così che una simile acquisizione possa avvenire in via di mero fatto. Difatti, ai sensi del co. 1 dell'art. 43 d.P.R. n. 327/2001 (dichiarato poi costituzionalmente illegittimo e pertanto riformulato, da ultimo, nell'art. 42 bis del medesimo decreto), la P.A. che utilizzi un'area in assenza di titolo valido ed efficace, può acquisirla al suo patrimonio indisponibile adottando **apposito provvedimento** previa **valutazione degli interessi in conflitto**. Nella ponderazione degli interessi in gioco, la P.A. può stabilire di **restituire il bene al privato** ovvero **acquisirlo al proprio patrimonio indisponibile**; in quest'ultimo caso è tenuta al **risarcimento del danno**. Rispetto al passato, non è più quindi il proprietario a doversi attivare in sede giudiziale per ottenere il risarcimento, ma è la P.A., in via amministrativa, a dover offrire un ristoro al danneggiato. Il risarcimento è determinato, dunque, essenzialmente con riguardo al **valore del bene**, da valutare al momento in cui il fondo è stato occupato *sine titulo*, con l'aggiunta degli interessi moratori aventi analoga decorrenza. I presupposti sono: l'**assenza di un valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo di pubblica utilità ab origine** o a seguito di annullamento; l'**utilizzazione di un bene immobile** per scopi di interesse pubblico; la **modifica del bene**. L'**effetto traslativo** non è più connesso al "fatto" della trasformazione irreversibile dell'area, ma all'**atto** con cui, previa valutazione comparativa degli interessi antagonisti, l'amministrazione dispone l'acquisizione. Con l'"occupazione provvidenziale" viene, in definitiva, **legalizzata** l'espropriazione sostanziale effettuata in mancanza di un titolo ablativo. Tuttavia, la **Corte EDU** rivolge all'istituto dell'acquisizione sanante le stesse censure espresse rispetto all'occupazione appropriativa.

## PARTE SESTA - LA RESPONSABILITÀ

### XX.

#### LA RESPONSABILITÀ DELLA P.A.: PROFILI SOSTANZIALI E PROCESSUALI

##### **1. La responsabilità: nozione generale.**

Con il termine responsabilità si indica la capacità di un soggetto di prevedere e, quindi, rispondere delle conseguenze derivanti da un proprio comportamento. Si distinguono tre tipi di responsabilità: **civile**, che sorge per inadempimento di un obbligo (*responsabilità contrattuale*), ovvero per qualunque atto illecito, doloso o colposo, che abbia arrecato ad altri un danno ingiusto (*responsabilità extracontrattuale*) **penale**, la quale discende dall'infrazione di precetti posti dall'ordinamento a presidio di particolari interessi pubblici e giustifica l'esercizio della potestà punitiva da parte dello Stato; **amministrativa**, involgente sia quella dell'amministrazione pubblica verso altri soggetti.

##### **2. Responsabilità della p.a.: fondamento e natura giuridica**

La responsabilità della P.A. rinviene il proprio fondamento costituzionale nell'art. 28 della Carta, in base al quale "*i funzionari e i dipendenti dello Stato sono direttamente responsabili secondo le leggi penali, civili e amministrative degli atti compiuti in violazione dei diritti*". La medesima norma aggiunge significativamente che "*in tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici*". Individuate le situazioni giuridiche soggettive la cui lesione è suscettibile di dare luogo a responsabilità della P.A., di non facile soluzione è apparsa la questione relativa alla natura giuridica di tale responsabilità. Un approccio sinottico delle varie soluzioni prospettate consente di affermare che la responsabilità della P.A. è stata, alternativamente, sussunta nei paradigmi della:

1. responsabilità *extracontrattuale*;
2. responsabilità *contrattuale* per l'inadempimento di obblighi nascenti da un "contatto sociale qualificato";
3. responsabilità *precontrattuale*;
4. responsabilità *sui generis*.

La tesi più recente sostiene l'**ammissibilità di una responsabilità precontrattuale della P.A.**: si è riconosciuto che la rottura delle **trattative**, senza motivi, costituisce per la P.A. fonte di responsabilità precontrattuale, concretando una lesione dell'**obbligo di buona fede**. Più in particolare, si è progressivamente affermata la sindacabilità del recesso dalle trattative, *ex art. 1337 c.c.*, ove l'ente pubblico sia venuto meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto, a prescindere dalle ragioni che

abbiano indotto il primo a interrompere le trattative o a rifiutare la conclusione del negozio. Il ricorso allo schema della *culpa in contrahendo* ha, così, consentito il risarcimento del danno subito in conseguenza di **comportamenti contrari a buona fede, lealtà e correttezza** da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, anche nel caso di **legittimo provvedimento di revoca della gara**.

### **3. Gli elementi della responsabilità della p.a.**

Secondo l'impostazione seguita nella *sentenza n. 500 del 1999* dalla Suprema Corte, per affermare la responsabilità della P.A., è necessario accettare:

- a) **elemento oggettivo**: Occorre, in primo luogo, appurare l'**ingiustizia del danno**. Infatti, la Corte di Cassazione ha escluso che l'illegittimità dell'atto sia sufficiente a giustificare la responsabilità della P.A., essendo necessario verificare che l'attività amministrativa abbia determinato la **lesione dell'interesse al bene della vita** cui è collegato l'interesse legittimo.
- b) **nesso causale**: per quanto riguarda il legame eziologico tra la condotta della P.A. e l'evento dannoso, si tratta di verificare, in virtù di un giudizio controfattuale, quale sarebbe stato l'esito del procedimento se il fatto antigiuridico non si fosse prodotto e se la P.A. avesse agito correttamente.
- c) **elemento soggettivo**: l'elemento soggettivo è costituito dal **dolo** o dalla **colpa** della P.A. La **colpa** in questione si manifesterebbe nel caso in cui l'adozione e l'esecuzione dell'atto illegittimo siano avvenute in **violatione delle regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione**, alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice può valutare in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità. Lo stato soggettivo del **dolo** è riferibile non alla P.A., ma al **singolo agente**. È tuttavia necessario considerare che, in forza del **rapporto di immedesimazione organica**, gli atti posti in essere da un dipendente nell'esercizio di poteri sono, di solito, direttamente imputati all'ente, che risponde dei danni dagli stessi cagionati *ex art. 2043 c.c.*

### **4. Le tecniche risarcitorie.**

Quanto ai **criteri di quantificazione del danno**, aderendo alla tesi della responsabilità aquiliana, viene in considerazione l'**art. 1223 c.c.**, che, nell'individuare le due componenti del **danno emergente** e del **lucro cessante**, si atteggia a norma generale in materia. Sono integralmente riparabili anche i danni che appaiono **conseguenza mediata ed indiretta** del fatto illecito o, in tema di responsabilità contrattuale, dell'inadempimento.

Non presenta una portata applicativa altrettanto estesa il successivo **art. 1225 c.c.**, che consente la liquidazione dei **danni anche non prevedibili** al tempo in cui è sorta l'obbligazione soltanto in caso di **responsabilità dolosa**,

con onere della prova incombente sul creditore. Si tratta di disposizione applicabile a condizione che sia riconosciuta la **natura contrattuale** della responsabilità della P.A., poiché l'art. 2056 c.c., in tema di valutazione del danno aquiliano, omette qualsiasi riferimento all'art. 1225 c.c. La difficoltà di quantificazione del danno lascia, inoltre, prevedere un massiccio ricorso alla **tecnica equitativa** di liquidazione *ex art. 1226 c.c.* In sede di determinazione del danno, il G.A. deve tener conto anche dei criteri valutativi contemplati dall'**art. 1227 c.c.**, a tenore del quale:

- se il **fatto colposo del creditore** ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento va diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate (co. 1);
- il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore **avrebbe potuto evitare** usando **l'ordinaria diligenza** (co. 2).

L'art. 30 C.p.a. prevede espressamente la possibilità che sia chiesto **il risarcimento in forma specifica**, che costituisce una delle modalità di ristoro del danno ingiustamente subito. Si tratta di un meccanismo risarcitorio **alternativo** a quello per equivalente monetario, caratterizzato dalla rimozione della fonte del danno e delle sue conseguenze pregiudizievoli e finalizzato a ristabilire la **situazione giuridica esistente al momento in cui si è verificato il danno**, con l'attribuzione al danneggiato della medesima utilità giuridico-economica lesa dalla condotta illecita. Ai sensi dell'**art. 2058 c.c.**, il risarcimento in forma specifica è accordabile in quanto ricorrono i **presupposti** della **possibilità** e della **non eccessiva onerosità per il debitore**.

## **5. La responsabilità del pubblico dipendente.**

Alla responsabilità diretta della P.A. si affianca la **responsabilità dei suoi dipendenti** per danni cagionati a terzi, in forza del disposto dell'art. 28 Cost. Come già anticipato, il privato danneggiato, a fronte di un illecito civile del pubblico dipendente, può decidere di agire in via risarcitoria sia **nei confronti della P.A.**, sia direttamente **nei confronti del dipendente** autore dell'illecito. Ci si è interrogati in merito all'effettiva estensione, sul **piano soggettivo**, del campo elettivo dell'art. 28 Cost. È infine prevalsa un'**interpretazione estensiva** volta a ricondurre nel raggio di operatività della previsione *de qua* non solo i **pubblici dipendenti in senso stretto**, legati alla P.A. da un **rappporto di impiego**, ma anche quelle **persone** funzionalmente legate all'ente da un **rappporto di servizio**. Possono considerarsi **elementi costitutivi** della responsabilità amministrativa: il *vincolo funzionale* tra il soggetto che ha cagionato il danno e la P.A.; l'*inosservanza di obblighi di servizio*; l'imputabilità a titolo di *dolo o colpa grave*; il verificarsi di un *pregiudizio economicamente valutabile* nei confronti della P.A.; il *nesso di causalità* tra fatto del dipendente e danno all'erario. Il **d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174**, recante "*Codice di giustizia contabile*", adottato ai sensi dell'art. 20 della legge delega 7

agosto 2015, n. 124, ha disciplinato, tra l'altro, il giudizio di responsabilità. Per quanto riguarda la fase preprocessuale, l'attività del P.M. contabile può iniziare solo sulla base di **notizie specifiche e concrete di danno erariale**: ciò avviene in presenza di informazioni circostanziate e non riferibili a fatti ipotetici e indifferenziati. L'obbligo di denuncia del danno erariale incombe su: a) i responsabili delle strutture burocratiche di vertice delle amministrazioni, nonché i dirigenti o responsabili di servizi, in relazione al settore a cui sono preposti; b) gli organi di controllo e di revisione delle pubbliche amministrazioni, nonché i dipendenti incaricati di funzioni ispettive.

Passando alle **tipologie** di danno erariale, la Corte dei Conti ha identificato:

- un **danno erariale di natura patrimoniale**;
- un **danno da disservizio**, inteso come "spreco" qualitativo delle risorse pubbliche conseguente al mancato raggiungimento di quell'utilità che sarebbe stata perseguita ove il servizio fosse stato legalmente espletato;
- un **danno all'immagine della P.A.**, il quale incide in via immediata sulla fiducia che lega la cittadinanza agli amministratori ed in via media sulla capacità di realizzazione dei fini istituzionali. Sul *piano oggettivo*, la condotta deve contraddistinguersi per una sua **intrinseca capacità offensiva**; sul *piano soggettivo*, deve essere sostenuta dal **dolo**, se non penale almeno contrattuale; sul *piano teleologico*, deve avere ad oggetto un **bene-valore** particolarmente sensibile, quale la giustizia, la salute, l'ordine pubblico, la sicurezza; sul *piano sociale*, infine, la condotta deve procurare un certo **allarme tra i consociati**.

La **legge c.d. anticorruzione** (legge 6 novembre 2012, n. 190) ha novellato sotto vari aspetti le attribuzioni delle procure regionali della Corte dei Conti, quanto all'esercizio di **azioni cautelari** e di **merito** finalizzate alla tutela del **credito erariale** conseguente alla lesione dell'immagine della persona giuridica pubblica, a fronte di reati commessi da parte di appartenenti alla stessa. Da ultimo, il **d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116**, adottato in attuazione dell'art. 17 della l. n. 124/2015 (Madia), nel modificare l'art. 55 *quater* ("**Licenziamento disciplinare**") del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, in relazione alla fattispecie della falsa attestazione della presenza in servizio da parte dei dipendenti pubblici (c.d. "furbetti del cartellino"), ha stabilito che l'azione di responsabilità per **danno all'immagine della P.A.** potrà essere esperita dalla Procura della Corte dei conti entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento.

## **6. Il riparto di giurisdizione e le singole ipotesi di danno.**

L'**art. 7 C.p.a., a seguito di un lungo processo evolutivo**, ha codificato i principi espressi dalla giurisprudenza costituzionale sopra richiamata, assegnando alla giurisdizione del G.A. le controversie riguardanti sia **provvedi-**

**menti, atti e accordi**, sia **comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio della potestà pubblica autoritativa** (co. 1). Il potere del giudice amministrativo di conoscere delle domande risarcitorie negli ambiti di **giurisdizione di legittimità** e nelle materie di **giurisdizione esclusiva** è, rispettivamente, sanzionato dai commi 4 e 5 dell'art. 7, e ribadito dall'art. 30, co. 6, C.p.a.

Quanto alle più rilevanti **ipotesi applicative**, come recepite dal C.p.a., la giurisprudenza ha riconosciuto:

- per il **danno da provvedimento illegittimo** la *giurisdizione del G.A.* Nell'ipotesi di danno derivante da annullamento giurisdizionale o in autotutela del **provvedimento favorevole con lesione dell'affidamento incolpevole**, la Cassazione, nel 2011, ha riconosciuto la *giurisdizione* in capo al G.O.
- per il **danno da silenzio**
- per il **danno da responsabilità precontrattuale** sussiste la *giurisdizione del G.A.*, in quanto la fase del procedimento conseguente all'aggiudicazione non può essere ricostruita in termini solo negoziali, ma resta gestita dalla P.A. su parametri tendenzialmente autoritativi;
- per il **danno da omessa vigilanza Consob**, all'orientamento più tradizionale che riconosce la *giurisdizione del G.O.*
- per il **danno da occupazioni**
- per il **danno da attività materiale della P.A.** sussiste la *giurisdizione del G.O.*

Nel c.d. **danno da ritardo** possono essere ricondotte tre ipotesi differenti:

- a. adozione tardiva di un provvedimento legittimo ma sfavorevole al destinatario (c.d. *danno da ritardo mero*);
- b. adozione del provvedimento richiesto, favorevole all'interessato, ma emesso in ritardo;
- c. inerzia, e dunque mancata adozione del provvedimento richiesto.

Controversa è apparsa la questione relativa alla spettanza della tutela risarcitoria laddove la P.A. adotti un provvedimento sfavorevole, legittimo, ma con ritardo rispetto ai tempi ordinari del procedimento (ipotesi sub a): è questa l'ipotesi del c.d. **danno da ritardo mero**, che s'identifica nella **lesione dell'interesse** del privato **alla tempestiva conclusione del procedimento** nel termine di cui all'art. 2, l. n. 241/90, a prescindere, quindi, dall'effettiva lesione del bene finale al cui conseguimento l'istanza era rivolta. Ci si chiede se l'interesse del privato al **rispetto della tempistica procedimentale** da parte della P.A. sia **risarcibile ex se**. Il legislatore è intervenuto sul tema con la **riforma del 2009**, il cui art. 7, co. 1, lett. c), ha introdotto nella l. 241/90 l'art. 2 bis, che sanziona l'obbligo della P.A. di risarcire il danno ingiusto conseguente alla **violazione dolosa o colposa dei termini del procedimento**. Il G.A. non sarebbe più tenuto ad alcuna indagine in ordine all'effettiva spettanza del bene della vita o dell'utilità finale, dovendo

solo accertare l'illegittimità del ritardo nel provvedere e il suo carattere pregiudizievole per il ricorrente. Il 'fattore tempo' dovrebbe così finalmente assurgere, anche nel diritto amministrativo, alla dignità di valore o 'bene della vita' autonomo, con la conseguente risarcibilità pure del 'danno da mero ritardo'. Quanto alla **giurisdizione**, la l. n. 69/2009, introducendo l'art. 2 *bis* l. n. 241/90, ha previsto espressamente la **giurisdizione esclusiva** del G.A. per le controversie risarcitorie aventi ad oggetto il **danno ingiusto cagionato in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento** (ipotesi ora confluita nell'art. 133, co. 1, lett. a, n. 1, C.p.a.). Su altro fronte l'art. 30, co. 4, C.p.a. dispone che, per il risarcimento dell'eventuale danno che il ricorrente comprovi di aver subito in conseguenza dell'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento, il **termine di decadenza di 120 giorni** entro cui proporre la domanda di risarcimento **non decorre fintanto che perdura l'inadempimento** e inizia, comunque, a decorrere **dopo un anno** dalla scadenza del termine per provvedere.

## **7. La disciplina dell'azione risarcitoria nel codice del processo amministrativo.**

La fissazione ad opera dell'art. 30, co. 3, C.p.a. di un **termine di decadenza** di centoventi giorni entro cui proporre la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi risponde all'esigenza di ridimensionare il rischio che l'amministrazione resti esposta, per il lungo periodo prescrizionale, alla pretesa di una parte che non abbia impugnato nei termini l'atto fonte del danno. Tale termine **decorre** dal giorno in cui il fatto si è verificato, ovvero dalla conoscenza del provvedimento, se il danno deriva direttamente da questo. Nella diversa fattispecie in cui sia stata precedentemente proposta l'azione di annullamento, la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio con lo strumento dei motivi aggiunti o, comunque, sino a 120 giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, ai sensi dell'art. 30, co. 5, c.p.a. Tale previsione è stata sottoposta al vaglio della Corte costituzionale, la quale, con le *ordinanze n. 280 del 12 dicembre 2012 e n. 57 del 31 marzo 2015*, ha giudicato inammissibili le censure sollevate. Più di recente, la legittimità costituzionale dell'art. 30, co. 3, C.p.a. è stata affermata da **Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94**. Di particolare rilievo è la previsione, di cui al medesimo co. 3 (secondo periodo) dell'art. 30 C.p.a., relativa al dovere del giudice di tener conto, nella valutazione della fondatezza della domanda risarcitoria "pura", della **complessiva condotta tenuta dal ricorrente**, occorrendo escludere il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti. Tale previsione, in effetti, sembrerebbe rimandare al **previo esperimento dell'azione di annullamento** e, quindi, rievocare la regola della pregiudiziale amministrativa.

## PARTE SETTIMA - LA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

### XXI. I RICORSI AMMINISTRATIVI

#### **1. La funzione giustiziale: profili generali.**

La tutela delle posizioni giuridiche lese da provvedimenti amministrativi è assicurata da due distinti rimedi attivabili ad istanza di parte: uno **giurisdizionale** garantito dall'**art. 113 Cost.**; l'altro **amministrativo** previsto dal **d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199**. Il ricorso amministrativo si differenzia da quello giurisdizionale in quanto deciso dalla stessa P.A. con un **procedimento amministrativo di secondo grado**. I ricorsi amministrativi sono attivati, quindi, da **istanze** che i soggetti interessati possono presentare ad un'Autorità amministrativa affinché questa **riesamini un provvedimento** che gli stessi ritengano viziato sotto il profilo della legittimità o, in taluni casi, anche del merito. I ricorsi amministrativi, al pari di quelli giurisdizionali, presentano, sotto il profilo procedurale, i seguenti caratteri:

- è necessario l'**impulso di parte** (c.d. procedimenti ad istanza di parte);
- la loro definizione è condizionata dai **motivi** addotti dal ricorrente (c.d. principio della corrispondenza tra "chiesto e pronunciato");
- il relativo procedimento si ispira ad un **principio del contraddittorio** più rigoroso rispetto a quanto previsto, in generale, dalla l. n. 241/90.

L'indiscussa **natura amministrativa** dei ricorsi amministrativi ordinari ne segna il più importante tratto distintivo e comporta che:

- a) non è possibile sollevare, in sede di tutela amministrativa ordinaria, **questioni di legittimità costituzionale o questioni pregiudiziali innanzi alla Corte di Giustizia UE**, essendo imprescindibile, al riguardo, la natura giurisdizionale del procedimento;
- b) non sono applicabili i normali **mezzi di tutela esecutiva** delle decisioni di natura giurisdizionale amministrativa (giudizio di ottemperanza) e ordinaria (procedure esecutive mobiliari, immobiliari e presso terzi). La decisione dei ricorsi amministrativi, pur essendo priva della forza del *decisum* di natura giurisdizionale, in quanto provvedimento amministrativo, possiede il tratto dell'**esecutività** (prevista, in generale, dall'art. 21 *quater* l. n. 241 del 1990), implicante l'obbligo per la P.A. soccombente di dargli esecuzione. L'elusione di tale obbligo, sia che si attui con l'emanazione di un provvedimento, sia che consegua al silenzio serbato dall'amministrazione, configurando un'ipotesi di **eccesso di potere**, può essere impugnata davanti al giudice amministrativo, alla cui decisione è invece possibile dare esecuzione mediante il giudizio di ottemperanza;
- c) le decisioni dei ricorsi amministrativi sono **disapplicabili** dal G.O. ai sensi

degli artt. 4 e 5 L.A.C.

La **funzione decisoria** affidata alla P.A. investita del ricorso amministrativo sembra più affine ai **canoni del processo**. I ricorsi amministrativi possono essere qualificati, pertanto, come **rimedi giustiziali** finalizzati a **risolvere una controversia** in vista della realizzazione della giustizia nel caso concreto.

## **2. Tipologie di ricorsi amministrativi.**

Il d.P.R. n. 1199 del 1971 prevede tre tipi di ricorsi amministrativi. In particolare:

1. il **ricorso in opposizione**, proponibile nei soli limitatissimi casi previsti dalla legge, è deciso dalla **stessa Autorità che ha adottato l'atto impugnato**;
2. il **ricorso gerarchico proprio**, avente **carattere generale**, è deciso dall'Autorità gerarchicamente superiore a quella che ha adottato il provvedimento impugnato; il **ricorso gerarchico improprio**, che ha invece **carattere eccezionale**, è deciso da un organo che ha un potere di vigilanza, ma non di supremazia gerarchica, sull'organo che ha emanato l'atto;
3. il **ricorso straordinario** è deciso dal **Presidente della Repubblica** ed è consentito unicamente contro provvedimenti a carattere **definitivo** che si assumano **viziati per illegittimità**.

## **3. I presupposti dei ricorsi amministrativi.**

I presupposti del ricorso devono essere distinti in tre categorie:

### **A) DI AMMISSIBILITÀ:** Tali presupposti concernono:

- la *non definitività del provvedimento impugnato*: sono "definitivi" i provvedimenti nei confronti dei quali **non è più ammissibile un riesame**, se non in sede di autotutela;
- la *legittimazione a ottenere la decisione*, la quale dipende da due condizioni: che vi sia un interesse (sostanziale) direttamente, o indirettamente, protetto dall'ordinamento e che tale interesse sostanziale sia stato leso dal provvedimento impugnato;
- l'*interesse alla decisione* (interesse processuale), che sussiste qualora l'eventuale accoglimento della domanda sia in grado di attribuire effettivamente al ricorrente una qualche utilità. L'interesse deve essere: **personale; diretto; attuale**.

**B) DI RICEVIBILITÀ:** Si tratta di elementi inerenti all'atto introduttivo, in mancanza dei quali non sorge il dovere della P.A. di pronunciarsi sul ricorso (in questi casi il ricorso deve essere dichiarato *irricevibile*), quali: la *capacità del ricorrente*; la *validità e ritualità del ricorso*; il *rispetto del principio del contraddittorio*.

**C) DI PROCEDIBILITÀ:** Si tratta di elementi la cui assenza impedisce che la

procedura possa giungere efficacemente a conclusione (in tali casi il ricorso va dichiarato *improcedibile*). Detti presupposti sono: gli *adempimenti* ai quali il ricorrente è tenuto, a pena di decadenza, prima o dopo la presentazione del ricorso; la *non sopravvenienza di cause che facciano venire meno la legittimazione o l'interesse al ricorso*; la *mancata proposizione di un ricorso giurisdizionale* contro il medesimo provvedimento prima della comunicazione della decisione del ricorso amministrativo precedentemente presentato.

#### **4. Il ricorso gerarchico proprio.**

Il ricorso gerarchico proprio è un rimedio a **carattere generale**, proponibile indipendentemente da un'esplicita previsione di legge, indirizzato all'**autorità gerarchicamente superiore** a quella che ha adottato l'atto ritenuto lesivo dal suo destinatario. Come anticipato, il ricorso gerarchico è proponibile solo avverso **atti non definitivi**: diversamente è inammissibile, con conseguente inammissibilità anche del ricorso giurisdizionale proposto contro il silenzio-rigetto formatosi su di esso. Ciò risulta confermato **dall'art. 16, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001**, il cui co. 1, lett. i), dispone che i dirigenti degli uffici dirigenziali generali *"decidono sui ricorsi gerarchici contro gli atti e i provvedimenti amministrativi non definitivi dei dirigenti"*.

Avverso lo stesso provvedimento non può essere proposto, contemporaneamente, ricorso giurisdizionale e ricorso gerarchico. L'art. 20, l. n. 1034 del 1971, già menzionato, ha reso **facoltativa** la previa proposizione del ricorso amministrativo, non considerando più quest'ultimo presupposto necessario per l'impugnazione in sede giurisdizionale del provvedimento amministrativo ritenuto illegittimo. Nelle ipotesi di contemporanea proposizione del ricorso giurisdizionale e di quello amministrativo, prevale il primo sul secondo. La decisione sui ricorsi amministrativi può essere di **rito** (irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o incompetenza) o di **merito** (accoglimento o rigetto). La decisione emessa sul ricorso amministrativo **non può essere annullata o revocata d'ufficio** dalla P.A. La decisione adottata deve essere **comunicata** in via amministrativa, oltre che al ricorrente e all'organo che aveva emanato l'atto impugnato, anche a tutti gli interessati ai quali il ricorso era stato notificato. La decisione intervenuta sul ricorso gerarchico può essere **impugnata**, in sede giurisdizionale, dal ricorrente o da parte di altri soggetti interessati, fatta eccezione per l'autorità che ha adottato il provvedimento base, rispetto alla quale la decisione assume carattere vincolante. L'impugnazione può essere proposta innanzi **al G.A. o al G.O.**, a seconda della natura della posizione, di diritto soggettivo o di interesse legittimo, vantata. Il giudice ordinario conoscerà, pertanto, della relativa legittimità *incidenter tantum*, ai fini dell'eventuale disapplicazione *ex artt. 4 e 5 L.A.C.* Quanto all'**oggetto** del giudizio di impugnazione, per una prima impostazione, confortata dall'art. 20, l. n. 1034/1971 (ora abrogato), la **decisione resa dall'autorità adita con**

**il ricorso** sostituisce, **assorbendolo**, il provvedimento di base impugnato, integrando la stessa l'oggetto dell'impugnazione. Per diversa impostazione, la decisione sul ricorso gerarchico non sostituisce, bensì **"accede"** al provvedimento impugnato, conferendogli definitività, con la conseguenza che oggetto del gravame davanti al G.A. resta il **provvedimento di base**. Su distinte posizioni si pone un ulteriore orientamento, che, contestando la tesi sia dell'assorbimento che dell'accessione, qualifica il rapporto tra provvedimento di base e decisione sul ricorso gerarchico in termini di **autonomia**. In giurisprudenza, si è fatta strada la teoria dell'accessione, ritenendosi ammisible che in sede giurisdizionale il ricorrente si limiti a dedurre la lesione arrecatagli dal provvedimento di base già oggetto del ricorso amministrativo rigettato.

Avverso la decisione emessa sul ricorso gerarchico è, altresì, proponibile: il **ricorso per revocazione**; l'**istanza di correzione di errori materiali**; l'**opposizione di terzo**.

## 5. Il ricorso gerarchico improprio.

Il ricorso gerarchico improprio è un rimedio di **carattere eccezionale**, proponibile nei soli casi espressamente previsti dalla legge, il quale si caratterizza per la **mancanza di un rapporto gerarchico** tra l'Autorità che ha adottato l'atto impugnato e quella decidente. È **esperibile** innanzitutto:

- ad un organo monocratico avverso delibere di organi collegiali e viceversa;
- ad un organo collegiale avverso delibere di altri organi collegiali;
- ad un organo statale avverso provvedimenti di altro ente pubblico.

La disciplina del ricorso gerarchico improprio è quella dettata dal d.P.R. n. 1199/1971 per il ricorso gerarchico, salve specifiche previsioni di legge: deve essere proposto, di regola, entro il **termine decadenziale di 30 giorni** e notificato, a cura del ricorrente o dell'Autorità adita, a tutti i controinteressati. La decisione deve intervenire **entro 90 giorni**, decorsi i quali si forma il **silenzio-rigetto**. I ricorsi gerarchici impropri sopravvivono nelle materie del **pubblico impiego privatizzato**. Ciò in quanto il rimedio in questione, non presupponendo una gerarchia in senso tecnico, non ha subito gli effetti della scomparsa della relazione gerarchica tra Ministro e dirigenza.

## 6. Il ricorso in opposizione.

Ai sensi dell'art. 7, d.P.R. n. 1199 del 1971, il ricorso in opposizione, da esprimere nei soli casi previsti da leggi o da ordinanze, deve essere presentato all'**organo che ha emanato l'atto**. Un esempio di ricorso in opposizione è quello previsto dall'art. 2, l. 9 agosto 1978, n. 463, in materia di graduatorie provvisorie per il conferimento degli **incarichi di supplenze al personale docente** delle scuole materne, elementari, secondarie ed artistiche. Esso deve

essere proposto entro cinque giorni dalla data della pubblicazione delle graduatorie provvisorie al Provveditore agli studi per soli motivi attinenti alla posizione in graduatoria dell'aspirante all'incarico. Il ricorso in opposizione può anche essere proposto, *ex art. 55, t.u. 10 gennaio 1957, n. 3*, al Ministro avverso il **ruolo di anzianità del personale dipendente** al fine di ottenere la rettifica della posizione in esso assegnata. A differenza della mera istanza di riesame, anch'essa indirizzata all'Autorità che ha adottato il provvedimento, l'opposizione **sospende e riapre il termine per il ricorso giurisdizionale**. Ai sensi dell'art. 7, co. 2, d.P.R. n. 1199/1971, la disciplina che regola l'esperimento di detto ricorso è, per quanto compatibile, quella dettata dallo stesso d.P.R. n. 1199 del 1971 per il ricorso gerarchico. Deve essere proposto entro il **termine decadenziale di 30 giorni** dalla notifica del provvedimento o dalla sua pubblicazione o, comunque, dalla sua piena conoscenza, salvi i casi in cui sia la stessa legge a fissare un termine diverso. Anche il ricorso in opposizione, come il ricorso gerarchico, è **facoltativo**, sicché contro il provvedimento gravabile con questo rimedio è possibile proporre direttamente ricorso giurisdizionale.

## 7. Il procedimento.

Il ricorso amministrativo deve essere redatto in **forma scritta** (*ad substantiam*). Per la sua regolarità, occorre che sia redatto su **carta da bollo**, ad esclusione dei ricorsi in materia di impiego, di assicurazioni sociali e di pensione, di leva militare e di quelli proposti da organi della P.A., che sono esenti. Il **contenuto** è quello del ricorso giurisdizionale, anche se è chiesto un formalismo meno rigoroso, **non essendo obbligatoria l'assistenza di un legale**. Il ricorso amministrativo deve contenere, quindi: a) l'indicazione dell'Autorità adita; b) le generalità del ricorrente; c) gli estremi del provvedimento impugnato; d) i motivi di ricorso; e) la sottoscrizione del ricorrente. Il ricorso, sia gerarchico che in opposizione, deve essere presentato all'Autorità competente nel **termine perentorio di trenta giorni**. Il diritto di ricorrere **si estingue**: con la *rinuncia* alla proposizione del ricorso; con l'*acquiescenza* dell'interessato; con la *decadenza* per decorso dei termini; a causa della *cessazione* della materia del contendere. I termini **decorrono** dalla notificazione o dalla comunicazione amministrativa del provvedimento, o dal momento anteriore in cui l'interessato ha avuto per la prima volta *"piena conoscenza"* dell'atto (artt. 2 e 9, d.P.R. n. 1199/1971). Il ricorso può essere **presentato** mediante consegna diretta all'ufficio, che ne rilascia ricevuta; con notifica a mezzo di ufficiale giudiziario; mediante spedizione postale con raccomandata con ricevuta di ritorno. L'art. 4, d.P.R. n. 1199/1971 dispone che il ricorso deve essere **portato a conoscenza di tutti i soggetti direttamente interessati**, per garantire la pienezza del contraddittorio. Qualora il ricorrente non vi abbia provveduto personalmente, è la P.A. che deve sostituirsi ad esso in tale adempimento. La maggior parte della dottrina ritiene inaccettabile

un'interpretazione estensiva della norma, che deve essere invece intesa come riferita esclusivamente ai **controinteressati** in senso formale e sostanziale (FERRARI).

È, però, ammissibile:

- l'**intervento ad opponendum** dei soggetti comunque interessati alla conservazione del provvedimento;
- l'**intervento ad adiuvandum** di coloro che non possono agire in qualità di ricorrenti principali.

È ammessa la proposizione, da parte dei controinteressati, del **ricorso incidentale**.

Le fasi del procedimento per la decisione del ricorso comprendono:

- Una fase **istruttoria** che si articola nei seguenti momenti primari: **contraddittorio; raccolta delle prove; conclusione dell'istruttoria**.
- Una fase **decisoria** che si conclude con l'adozione di un decreto avente natura di provvedimento amministrativo, ricondotto nella tipologia tradizionale delle decisioni amministrative, i cui elementi essenziali sono: l'indicazione dell'autorità decidente; la motivazione; il dispositivo; la sottoscrizione e la data. La decisione può essere di **rito**: di *irricevibilità*; di *inammissibilità*; di *nullità*. La decisione può essere di **merito**: di *accoglimento*; di *rigitto*.

La decisione può avere: a) **estensione oggettiva**: in tali casi la decisione che accoglie il ricorso riguarda solo l'atto impugnato, annullandolo o revocandolo con effetti *ex tunc*; b) **estensione soggettiva**: in tali casi la decisione limita i suoi effetti ai soli ricorrenti secondo le norme in tema di giudicato (salvi i casi di annullamento di un regolamento, ovvero quando l'atto, avendo una pluralità di destinatari, venga annullato *in toto*).

## **8. Il ricorso straordinario al Capo dello Stato.**

Le ragioni del persistente favore per il ricorso straordinario sono da individuarsi nella **mancanza di spese di giudizio e di necessità di difesa tecnica**, nella **rapidità** con la quale viene deciso, nel più **lungo termine** (120 gg.) concesso per la sua proposizione. Il ricorso straordinario è ammesso per soli **vizi di legittimità** e non anche per quelli di merito. È un rimedio di **carattere generale**, esperibile in tutti i casi in cui non sia escluso dalla legge o sia incompatibile con il sistema. È detto straordinario perché proponibile contro atti nei cui confronti, in ragione del loro **carattere definitivo**, non sono esperibili rimedi amministrativi all'interno dell'amministrazione dalla quale proviene l'atto ritenuto ingiustamente lesivo. La tutela offerta dal ricorso straordinario, tradizionalmente, ha investito tutte le **posizioni soggettive** per le quali sarebbe possibile esperire anche ricorso giurisdizionale innanzi agli organi ordinari di giustizia amministrativa o l'azione innanzi all'autorità giudiziaria ordinaria. L'art. 7, co. 8, c.p.a. ha introdotto un'importante novità sul

punto, chiarendo che il ricorso straordinario è **ammesso solo per le controversie devolute alla giurisdizione amministrativa**. Ciò comporta che è ora sottratta a tale rimedio la tutela dei diritti soggettivi non compresi nelle materie di giurisdizione esclusiva (si pensi al **contenzioso privatizzato dell'impiego pubblico**). In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa, la quale ha sostenuto che l'art. 7, co. 8, c.p.a. ha contenuto **innovativo** e **non interpretativo**, con la conseguenza che esso non assume una valenza retroattiva. La proposizione del ricorso straordinario è, inoltre, **preclusa**:

- quando la controversia investe situazioni giuridiche soggettive tutelabili innanzi a **giudici speciali** (nella materia pensionistica);
- ove la controversia sia stata compromessa in **arbitri**;
- avverso **atto privo dei requisiti del provvedimento amministrativo**.

Con il ricorso straordinario è impugnabile la **decisione sul ricorso gerarchico** o il **silenzio** serbato dall'autorità gerarchica adita, sempre che, in quest'ultimo caso, siano decorsi i 90 giorni previsti per la sua formazione. Può essere, altresì, impugnata la **decisione tardiva** emessa sul ricorso gerarchico, anche se il ricorrente ha precedentemente impugnato in sede giurisdizionale il silenzio della P.A. È, invece, inammissibile il ricorso straordinario avente ad oggetto la contestazione di **meri comportamenti** della P.A. Da tempo la giurisprudenza ammette l'impugnabilità del **silenzio-inadempimento**. Quanto alle **domande proponibili**, la giurisprudenza prevalente ha fatto discendere l'inammissibilità in detta sede di una *domanda di mero accertamento* di una pretesa di natura economica o risarcitoria.

Il ricorso straordinario deve essere proposto **entro 120 giorni** dalla notifica o dalla comunicazione o, comunque, dalla piena conoscenza dell'atto ritenuto lesivo. Entro tale termine il ricorso deve essere non solo **notificato** ad almeno uno dei controinteressati, ma anche **depositato**, con la prova dell'avvenuta notifica, presso il Ministero competente a curarne l'istruzione o presso l'organo che ha emanato l'atto impugnato, il quale, a sua volta, provvederà a curarne la trasmissione al Ministero competente. La proposizione del ricorso nei termini ad un'autorità incompetente o il suo ricevimento fuori termine all'autorità competente rende il ricorso stesso irricevibile.

Il ricorso straordinario deve essere diretto al **Capo dello Stato** e notificato al **Ministero competente per materia** o all'**Amministrazione che ha emanato l'atto** o, ove manchi un collegamento con un qualsiasi Ministero, presso la **Presidenza del Consiglio dei ministri**, competendo a questi la relativa istruttoria. L'**istruttoria** sul ricorso spetta alla P.A. : esaurita l'istruttoria, il ministro competente deve trasmettere il ricorso, con i relativi allegati e la propria relazione, al **Consiglio di Stato**, affinché venga emesso il prescritto **parere**. La l. n. 69/2009 ha modificato l'art. 14, d.P.R. n. 1199 del 1971, rendendo **vincolante** il parere del Consiglio di Stato in seno al procedimento.

La decisione del ricorso è adottata con **decreto del Presidente della Repubblica**, proposto e controfirmato dal Ministro competente per materia, e deve contenere l'espressa menzione del parere reso dal Consiglio di Stato e dell'eventuale delibera di dissenso del Consiglio dei ministri. La P.A. deve comunicare al ricorrente la decisione, unitamente al parere reso dal Consiglio di Stato, che ne costituisce parte integrante. La decisione di accoglimento produce l'effetto di **annullare ex tunc** il provvedimento impugnato e obbliga l'Amministrazione al ripristino dello *status quo ante*. Il decreto che decide il ricorso straordinario è impugnabile in sede giurisdizionale solo per **errores in procedendo**.

L'impugnazione della decisione del ricorso straordinario è soggetta all'ordinario regime dei ricorsi in sede giurisdizionale avverso atti amministrativi e, quindi, la decisione stessa va prioritariamente gravata davanti al Tribunale amministrativo, alla stregua del principio del **doppio grado di giurisdizione**, e non direttamente dinanzi al Consiglio di Stato, quale giudice in unico grado, secondo la previsione dell'art. 10, co. 3, d.P.R. n. 1199/1971. Sulla **impugnabilità in Cassazione**, per motivi di giurisdizione, del decreto si registra un mutamento di giurisprudenza, influenzato evidentemente dal diverso modo di concepire il procedimento e il relativo atto conclusivo.

Contro il decreto presidenziale è ammesso il **ricorso per revocazione** nei casi previsti dall'art. 395 c.p.c. Il ricorso deve essere proposto alla stessa autorità che ha adottato la decisione impugnata e, quindi, al Capo dello Stato per il tramite del Ministero, entro il termine di sessanta giorni decorrenti dalla notifica o dalla comunicazione della decisione, nei casi previsti dai nn. 4 e 5, art. 395 c.p.c., e dalla scoperta del vizio, negli altri casi.

Il ricorso straordinario al Capo dello Stato è un **rimedio alternativo** rispetto al ricorso giurisdizionale. Tale regola risponde al principio del ***ne bis in idem***. L'esperimento di entrambi i rimedi comporta, quindi, l'**inammissibilità del rimedio proposto per secondo**. In particolare, se è stato proposto per primo il **ricorso straordinario**, si determinerebbe un'ipotesi di inammissibilità del ricorso al G.A. per difetto di giurisdizione; se ad essere preventivamente esperito è il **ricorso in sede giurisdizionale**, il ricorso straordinario è pacificamente considerato inammissibile *ex art. 8, co. 2, d.P.R. n. 1199 del 1971*. L'art. 48 c.p.a. prevede la possibilità per i controinteressati, entro il termine decadenziale di 60 giorni dalla notifica del ricorso straordinario, di chiedere la **trasposizione della controversia in sede giurisdizionale** (c.d. opposizione) rimettendo in termini l'originario ricorrente per l'impugnazione giurisdizionale (si v. sul punto, **Cons. St., sez. I, 14 ottobre 2015, n. 2786**). Il ricorrente, qualora intenda insistere nella sua impugnazione, deve depositare, entro 60 giorni dalla notifica, presso il Tar competente, un atto di costituzione in giudizio da notificare alla P.A. e ai controinteressati; il giudizio "segue" in sede giurisdizionale.

**Natura giuridica** : Secondo l'impostazione tradizionale, il ricorso straordinario ha natura **formalmente amministrativa** in tutte le sue manifestazioni pro-

cedimentali (parere, decreto presidenziale). Sulla questione è intervenuta anche la **Corte costituzionale 28 luglio 2004, n. 254**, che ha riaffermato la tesi tradizionale della natura amministrativa del rimedio straordinario, così escludendo (prima dell'importante novità introdotta dalla l. n. 69 del 2009) che il Consiglio di Stato, in sede di formulazione del parere obbligatorio, potesse sollevare questioni di legittimità costituzionale. La **natura giurisdizionale del rimedio**, anche di recente, è stata illustrata in ragione dei seguenti **argomenti**:

- la *garanzia del contraddittorio* (ex art. 9, d.P.R. n. 1199/1971);
- la circostanza che la decisione del ricorso fosse preceduta da un "parere" del Consiglio di Stato (art. 14, co. 1, d.P.R. n. 1199);
- il peculiare assetto dei rapporti con la tutela giurisdizionale innanzi al G.A., segnata dal *principio della alternatività*.

La stessa Corte di Giustizia UE, *16 ottobre 1997, cause riunite C-69/96 a C-79/96*, ha affermato che il Consiglio di Stato, anche prima della l. n. 69/2009, in sede consultiva nell'ambito della procedura di ricorso straordinario, costituiva una "giurisdizione" legittimata al rinvio pregiudiziale.

Occorre dare atto delle due novità introdotte dalla **l. 18 giugno 2009, n. 69**. In primo luogo, si è reso **vincolante il parere del Consiglio di Stato**. In secondo luogo, è stata introdotta la **previsione espressa** (art. 13, d.P.R. n. 1199/1971) della legittimazione del Consiglio di Stato **a sollevare questione di legittimità costituzionale** in sede di ricorso straordinario. Posto che l'art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87, ai fini del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, esige che la questione di legittimità sia sollevata, a pena di inammissibilità, da un'autorità giurisdizionale nell'ambito di un giudizio, si desume l'implicito riconoscimento di una connotazione sostanzialmente equivalente alla **"giurisdizionalità"**.

Connessa al tema della natura giuridica del ricorso straordinario è la questione relativa all'ammissibilità del **rimedio dell'ottemperanza**. Infatti, solo accedendo alla **tesi che qualifica come giurisdizionale** tale rimedio è consentito concludere nel senso dell'ammissibilità del ricorso per l'ottemperanza.

**XXII.****POSIZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE, RIPARTO DI GIURISDIZIONE E TECNICHE DI TUTELA****1. Le situazioni giuridiche soggettive.**

La **situazione giuridica soggettiva** può essere definita come quella situazione sostanziale di interesse che fa capo ad un **soggetto**, sia esso individuo o ente, e alla quale l'ordinamento giuridico accorda **tutela**. Nel diritto amministrativo lo studio delle situazioni soggettive assume una rilevanza spiccatamente pratica. È quanto si deve alla costruzione del sistema italiano di tutela giurisdizionale quale sistema a **doppia giurisdizione**, nel quale il riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A. è principalmente affidato alla consistenza di **diritto soggettivo** o di **interesse legittimo** della posizione soggettiva fatta valere e dedotta in giudizio dal cittadino nei confronti dell'amministrazione. Laddove, infatti, venga in rilievo la lesione di un *diritto soggettivo*, la giurisdizione appartiene al **G.O.**; al contrario, nel caso in cui emerge la lesione di un *interesse legittimo*, la giurisdizione spetta al **G.A.**

La situazione soggettiva può qualificarsi in termini di **diritto soggettivo** allorché il soggetto che ne è portatore non abbisogna dell'intermediazione della P.A. per la soddisfazione dell'interesse giuridico ed il conseguimento del connesso risultato, essendo l'una e l'altro **garantiti in modo pieno ed immediato** dalla **norma di relazione**, dettata per la disciplina dei **rapporti interprivati**. Si tratta di una situazione soggettiva che non è, quindi, agevole ravvisare nell'ambito del rapporto che lega il privato alla P.A. munita di potere di imperio.

In assenza di una definizione normativa dell'**interesse legittimo**, è stato merito della dottrina elaborarne la nozione. La posizione oggi dominante definisce l'interesse legittimo come la **posizione di vantaggio** riservata ad un soggetto **in relazione ad un bene della vita** sottoposto all'esercizio del **potere amministrativo** e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene. Giova segnalare che la rivalutazione e il riespandersi della situazione di interesse legittimo in diritto soggettivo può passare per la **liberalizzazione di taluni settori** o, secondo alcuni, per la **"privatizzazione"** di **taluni poteri amministrativi**. Secondo taluno, anche nell'esercizio del potere pubblico, sulla P.A. gravano posizioni passive di correttezza cui corrispondono autentiche posizioni di diritto soggettivo.

**2. La classificazione degli interessi legittimi.**

È ormai generalmente condivisa la distinzione tra interessi legittimi cc.dd. *oppositivi o statici* e interessi legittimi c.d. **pretensivi o dinamici**. Gli interessi

legittimi **oppositivi** soddisfano *istanze di conservazione* della sfera giuridica personale e patrimoniale del soggetto. Gli interessi legittimi **pretensivi** soddisfano *istanze di ampliamento* della sfera giuridica personale e patrimoniale. Taluni riconducono nella categoria degli interessi legittimi quelli c.d. *partecipativi e procedimentali*. Giova, in primo luogo, cogliere la distinzione tra gli uni e gli altri. Gli interessi c.d. **partecipativi** sono quelli aventi la base giuridica nelle diverse disposizioni che assegnano al privato **facoltà da esercitare in seno al procedimento amministrativo**.

Le posizioni soggettive possono assumere una **dimensione superindividuale**. Al riguardo, viene in rilievo la differenziazione tra interessi diffusi e interessi collettivi. Gli **interessi diffusi** sono interessi **"adespoti"**, ossia non riferibili ad una pluralità determinata di individui, ma, al contrario, comuni a tutti gli individui di una formazione sociale non organizzata e non individuabile autonomamente. Gli **interessi collettivi** sono **comuni a più soggetti** che si associano come **categoria o gruppo omogeneo** per realizzare i fini del gruppo stesso.

Infine, occorre accennare ai c.d. **interessi di fatto** e ai c.d. **interessi semplici**. Si tratta, invero, di posizioni che non assurgono al rango di interessi legittimi e, pertanto, **non sono protette** dall'ordinamento giuridico. Tipici **interessi di fatto** sono quelli da tutti vantati all'osservanza da parte della P.A. di **doveri pubblici posti a vantaggio della collettività indifferenziata** (illuminazione, manutenzione delle strade, ecc.).

### **3. La tutela degli interessi collettivi: gli strumenti a tutela dei consumatori e degli utenti.**

Un modello avanzato di **tutela civile collettiva** si è sviluppato nel settore della **tutela dei consumatori**, come riordinato a seguito dell'approvazione del d.lgs. 6 ottobre 2005, n. 206 (c.d. Codice del consumo).

- A) **L'AZIONE INIBITORIA:** In particolare, ai sensi dell'**art. 140**, co. 1, lett. a), del Codice del consumo, il principale strumento giudiziale di tutela degli interessi collettivi dei consumatori ed utenti è l'**azione inibitoria** diretta a **far cessare la condotta illecita** ed **impedirne la reiterazione** futura. Essa ha generale **natura preventiva**, in quanto finalizzata ad evitare pregiudizi agli interessi dei consumatori e degli utenti.
- B) **L'AZIONE COLLETTIVA RISARCITORIA:** L'**art. 140 bis** del Codice del consumo disciplina, invece, un'**azione collettiva risarcitoria**, alternativa alle singole azioni individuali, attivabile ove una pluralità di consumatori o utenti venga lesa nei propri diritti. La l. 23 luglio 2009 ha introdotto una radicale trasformazione dell'azione collettiva risarcitoria, che cambia anche denominazione, divenendo "**azione di classe**". L'abilitazione all'esercizio dell'azione è ora riconosciuta a **ciascun membro della classe** e soggetta ad un **vaglio di ammissibilità**, subordinato all'identità dei diritti individuali azionati. Il nuovo istituto di cui all'**art. 140 bis** del Codice del

consumo è connotato, in particolare, dai seguenti elementi: l'oggetto della tutela sono i **diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti**; la **legittimazione ad agire** è dei titolari dei diritti stessi; gli altri titolari di diritti omogenei possono giovare degli effetti del provvedimento mediante un'**adesione all'azione**; il provvedimento finale può essere una **condanna al pagamento o alla restituzione di somme**. Come anticipato, l'art. 140 *bis* è stato da ultimo modificato dall'art. 6 del decreto *Cresci Italia*. In primo luogo, il citato art. 6 sostituisce al criterio della "**identità**" del diritto – che, secondo l'originaria previsione dell'art. 140 *bis* del Codice del consumo, costituiva il presupposto per l'azione di classe – quello della "**omogeneità**".

- C) **LA CLASS ACTION PUBBLICA:** Il d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, ha introdotto nell'ordinamento il nuovo istituto dell'azione, individuale o collettiva, avverso le inefficienze delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, dettandone, altresì, la disciplina processuale. Riguarda il **rapporto tra cittadini e PP.AA.** Oggetto del ricorso (devoluto alla giurisdizione esclusiva del G.A.) è la lesione, da parte di una P.A. o di un concessionario di pubblici servizi, di **interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti** provocata dalla violazione di *standard di qualità, economicità, tempestività* e, in particolare: dalla violazione di termini; dalla mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento; dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi; dalla violazione di *standard qualitativi ed economici*. L'art. 1, co. 1, d.lgs. n. 198 del 2009 riconosce la **legittimazione ad agire** ai "*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*" che abbiano subito una delle lesioni sopra indicate. Il successivo co. 4 prevede, però, che il ricorso possa essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, purché appartenenti alla medesima pluralità di utenti e consumatori di cui al precedente co. 1. Il co. 3, infine, autorizza l'**intervento in giudizio** dei soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente. Tale intervento può essere effettuato nel termine di 20 giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso. L'azione può essere proposta **nei confronti delle PP.AA. e dei concessionari dei pubblici servizi**. La proposizione del ricorso deve essere preceduta dalla notifica di una **diffida** alla P.A. o al concessionario entro il termine di 90 giorni.

#### **4. Il criterio di riparto di giurisdizione fondato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.**

Criterio cardine in materia di riparto di giurisdizione fra G.O. e G.A. è quello fondato sulla **natura della posizione giuridica soggettiva** (c.d. criterio della

*causa petendio del petitum sostanziale) lesa dall'operato della P.A. e, in particolare, sulla dicotomia fra diritto soggettivo e interesse legittimo:* ladove venga in rilievo la lesione di un *diritto soggettivo*, la giurisdizione appartiene al **G.O.**; nel caso in cui emerge la lesione di un *interesse legittimo*, la giurisdizione spetta al **G.A.** Il **Codice del processo amministrativo**, nel perimetrare la giurisdizione amministrativa, assegna rilievo centrale alle **posizioni soggettive** involte nella controversia. La valenza del criterio ancorato alla posizione giuridica soggettiva lesa, ai fini del riparto di giurisdizione, è peraltro consacrata nell'art. 103, co. 1, Cost. Tanto premesso, giova soffermarsi sulla ricostruzione delle **regole empiriche** che consentono di individuare i casi in cui, a fronte dell'azione posta in essere dalla P.A., il privato può ritenersi leso in una situazione di interesse legittimo o di diritto soggettivo.

1. Un primo criterio è quello che ruota attorno alla contrapposizione tra **attività discrezionale** e **attività vincolata**. Nel dettaglio, il privato sarebbe titolare di un *interesse legittimo* allorché si imbatta in un'attività amministrativa **discrezionale**; di un *diritto soggettivo* a fronte di un'attività **vincolata**.
2. Altro criterio (GUICCIARDI), non di rado seguito in giurisprudenza, è quello che fa leva sulla distinzione delle norme giuridiche che regolano l'operato della Pubblica amministrazione in: **norme di azione**, le quali disciplinano, appunto, l'azione della P.A., occupandosi solo in via indiretta degli interessi dei destinatari, che in tal caso assumono la consistenza di *interessi legittimi*, donde la giurisdizione del G.A.; **norme di relazione**, le quali regolano l'azione della P.A. nel contesto di rapporti paritari con altri soggetti titolari di *diritti soggettivi*, radicandosi conseguentemente la giurisdizione del G.O. (**criterio della norma violata**).
3. Ulteriore criterio distintivo, talvolta seguito in giurisprudenza, è quello basato sulla contrapposizione fra **atti di imperio**, cui si contrappone un *interesse legittimo* ed **atti di gestione**, cui si contrappone, invece, un *diritto soggettivo* (**criterio degli atti**).
4. La teoria attualmente **dominante** è quella che distingue a seconda che, dolendosi dell'azione amministrativa, il ricorrente lamenti il suo esercizio in **assenza** di potere o soltanto il **cattivo uso** del potere, senza contestarne l'esistenza (**criterio del binomio cattivo uso/assenza di potere**). L'impostazione poggia sull'assunto secondo cui un effetto di **affievolimento o degradazione** della posizione di diritto in interesse legittimo può conseguire all'azione amministrativa a condizione che la stessa si materializzi in un atto amministrativo, ancorché illegittimo e annullabile (**cattivo uso del potere**). Infatti, il provvedimento amministrativo presenta comunque l'attitudine a **degradare la posizione del singolo ad interesse legittimo**, sicché la relativa controversia rientra nella giurisdizione del **G.A.** Sussiste, invece,

la giurisdizione del **G.O.** nei casi in cui il privato non si limiti a contestare il cattivo uso del potere da parte della P.A., ma **neghi la stessa esistenza del potere** (c.d. **carenza di potere**). Più in generale può dirsi che si ha **carenza di potere in astratto** nelle ipotesi di attività materiale o paritetica della P.A.; in quelle nelle quali manchi del tutto una norma attributiva del potere amministrativo (*straripamento di potere*) o la norma attributiva del potere demandi la cura dell'interesse pubblico ad un organo appartenente ad un altro plesso amministrativo (*incompetenza assoluta*). In tal caso l'atto amministrativo, essendo inesistente o nullo, sarà inidoneo a produrre l'effetto degradatorio della posizione di diritto soggettivo del singolo. La nozione di carenza di potere in astratto va tenuta distinta dal diverso caso in cui la norma sussiste, la P.A. essendo normativamente investita del potere esercitato, ma difetti o sia viziato, un c.d. **presupposto per il suo esercizio** (c.d. **carenza in concreto**).

La nozione di carenza di potere ha assunto un rilievo applicativo ancor più spiccato con l'introduzione dell'**art. 21-septies, l. n. 241/90**, che ha espresamente disciplinato la figura della **nullità** del provvedimento ricollegandola al **"difetto assoluto di attribuzione"**. Parimenti, la nozione di carenza di potere assume oggi, dopo le storiche sentenze della *Corte cost. nn. 204 del 2004 e 191 del 2006*, un rilievo applicativo ancor più esteso, atteso che la nozione di carenza di potere rileva anche nel valutare la **legittimità costituzionale delle singole ipotesi di giurisdizione esclusiva**. La Consulta ha sostenuto che la giurisdizione esclusiva del G.A. e la giurisdizione di legittimità partecipano della medesima natura, entrambe presupponendo che nella controversia sia in discussione l'attività posta in essere dall'amministrazione **in veste di autorità**; si individua, pertanto, nell'**esercizio di un potere pubblico autoritativo** l'elemento che **fonda la giurisdizione amministrativa**.

## 5. Giurisdizione e diritti fondamentali.

Occorre a questo punto dare atto di una decennale tendenza giurisprudenziale a escludere che la P.A. disponga di potestà pubblicistica allorché intervenga su posizioni di **diritto soggettivo** ritenute **inaffievolibili**. A partire dalla *sentenza 9 marzo 1979, n. 1436*, nella quale si faceva questione della lesione del **diritto alla salute**, la Corte di Cassazione ha preso a teorizzare l'esistenza di **diritti soggettivi assoluti non suscettibili di degradazione** per effetto dell'intervento della P.A. Il contrasto tra diritto assoluto e provvedimento amministrativo si traduce, pertanto, nella **declaratoria di nullità** di quest'ultimo, registrandosi un **difetto assoluto di attribuzione**. La giurisdizione rimane in questi casi radicata in capo al **G.O.** Successivamente, la teoria dei diritti intangibili è stata applicata, in giurisprudenza, dapprima in tema di diritto all'ambiente salubre e poi, progressivamente, anche nel

campo dei **diritti primari fondati sulle libertà costituzionalmente garantite**, come la libertà di coscienza e di religione.

Con particolare riguardo al **diritto alla salute**, è possibile scorgere vari indirizzi: 1) secondo una parte della giurisprudenza il diritto alla salute costituirebbe **sempre una posizione non affievolibile**, sicché la cognizione in tale materia spetterebbe sempre al **G.O.**; 2) altro orientamento ritiene di dover distinguere: i casi in cui il diritto alla salute presenta un *contenuto prevalentemente oppositivo*, perché volto ad impedire lesioni all'integrità fisica, quando assume carattere di **diritto soggettivo assoluto non affievolibile** (giurisdizione del **G.O.**), ed i casi in cui esso ha un *contenuto prevalentemente pretensivo*, come diritto a perseguire un miglioramento delle prestazioni sanitarie, data l'interposizione di un potere pubblicistico discrezionale che provoca un **effetto degradatorio** del diritto del privato in interesse legittimo (giurisdizione del **G.A.**); 3) si è registrata, infine, una **posizione intermedia** che, mentre ritiene il diritto alla salute non affievolibile nella sua *componente oppositiva*, opera invece una distinzione per quanto concerne la *componente pretensiva*, che avrebbe natura di diritto intangibile solo quando sia dedotta una situazione di rischio mortale o di sofferenza di particolare gravità. Il problema della configurabilità di diritti inaffievolibili è stato esaminato in giurisprudenza nel valutare la **legittimità costituzionale** di talune disposizioni volte ad introdurre ipotesi di **giurisdizione esclusiva** del G.A. (si v. *Corte cost. 27 gennaio 2010, n. 35*). È bene precisare che, sia in dottrina che in giurisprudenza, la teoria dei diritti intangibili è in fase di superamento: ai fini del riparto di giurisdizione tra G.A. e G.O., come già osservato, ciò che rileva è l'esercizio del potere da parte della Pubblica amministrazione.

## **6. Le azioni a tutela dell'interesse legittimo previste dal c.p.a. e il dibattito sulle azioni atipiche.**

Dalla oramai acquisita connotazione sostanziale dell'interesse legittimo deriva la doverosità costituzionale di una **protezione piena e globale** di tale situazione giuridica soggettiva ad opera del giudice amministrativo. Ciò posto, giova passare in rassegna le **tecniche di tutela sperimentabili** a protezione dell'interesse legittimo.

**A) ANNULLAMENTO:** Il processo amministrativo è stato modellato essenzialmente come un **processo di annullamento di provvedimenti illegittimi** lesivi di interessi legittimi oppositivi (si v. l'art. 34 del c.p.a., co. 1, lett. a). Si tratta di uno strumento di tutela accordato al privato **contro il cattivo uso del potere** da parte della P.A., consistente nell'annullamento dell'atto amministrativo in relazione ai **vizi di: incompetenza; violazione di legge; eccesso di potere**. Ai sensi dell'art. 29 c.p.a., l'azione di annullamento si propone nel **termine di decadenza di 60 giorni**. Quest'ultimo termine **decorre** (art. 41 c.p.a.) dalla notificazione, comunicazione o piena

conoscenza dell'atto e, per gli atti per cui non sia richiesta la notifica individuale, dal giorno in cui sia scaduto il termine della pubblicazione dell'atto, se questa è prevista dalla legge.

- B) **CONDANNA AL RISARCIMENTO DEL DANNO:** Si tratta di azione esperibile in caso di lesione di interesse legittimo, anche autonomamente, come ora consentito dall'art. 30 c.p.a. il termine decadenziale di cento-venti giorni previsto dal comma 3 della suddetta norma per la domanda risarcitoria per lesione di interessi legittimi non è applicabile ai fatti illeciti anteriori all'entrata in vigore del codice.
- C) **AZIONE AVVERSO IL SILENZIO:** l'art. 31 c.p.a. prevede l'azione avverso il silenzio, volta all'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere, riconoscendo il potere-dovere del G.A. di conoscere della fondatezza sostanziale della pretesa su cui la P.A. è rimasta inerte quando si tratti di attività vincolata o quando non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori da parte dell'amministrazione: ne consegue la possibilità che il giudice pronunci una sentenza di condanna all'adozione del provvedimento satisfattivo, anziché al solo superamento dello stallo procedimentale. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento.
- D) **AZIONE DI NULLITÀ:** Occorre avere riguardo all'art. 21 *septies*, l. n. 241/90, da leggere in combinato all'art. 31, co. 4, c.p.a., che ha disciplinato l'azione di nullità prevedendo che, salve le ipotesi di violazione o elusione del giudicato, rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a norma dell'art. 133, comma 1, lett. a, n. 5, negli altri casi la domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di 180 giorni. D'altro canto, la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente e rilevata d'ufficio dal giudice.
- E) **AZIONI ATIPICHE:** Il Codice del processo amministrativo, portando a compimento un lungo processo evolutivo, in attuazione dei principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, ha ampliato le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del **principio della pluralità delle azioni**. Invero, si sono aggiunte alla tradizionale *tutela di annullamento*: la *tutela di condanna* (ex art. 30); la *tutela avverso il silenzio-inadempimento* (ex art. 31, co. 1-3); la *tutela nei casi di nullità provvidenziale* (art. 31, co. 4). **A quanto all' azione di accertamento:** all'art. 31, co. 4, che ha esplicito riguardo alla "domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge"; all'art. 34, co. 3, secondo cui "quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai

*fini risarcitori"; all'art. 34, co. 5, relativo alla pronuncia di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere; all'art. 114, co. 4, in base al quale il giudice dichiara nulli gli eventuali atti in violazione o elusione del giudicato; agli artt. 121 e 122, concernenti la declaratoria di inefficacia del contratto nei casi di "violazioni gravi" e "negli altri casi". B) quanto all' azione di adempimento e condanna: all'art. 31, co. 3, nel rito in materia di silenzio, in forza del quale "il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione"; all'art. 124, con particolare riguardo alla reintegrazione in forma specifica; all'art. 30, che, seppure volto a disciplinare la condanna al risarcimento del danno, si connota, al co. 1, per una formulazione generica idonea a consentire l'adozione di ogni pronuncia di condanna necessaria ad assicurare il soddisfacimento dell'interesse fatto valere; all'art. 34, co. 1, lett. c), a mente del quale, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice condanna "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio".*

Ebbene, proprio l'art. 34, co. 1, lett. c), è stato modificato significativamente dal **secondo correttivo al Codice**, approvato con **d.lgs. n. 160 del 2012**, che ha introdotto in modo esplicito l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, ridefinendo i presupposti al ricorrere dei quali la stessa può essere proposta, ossia "**contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio**" e "**nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3'**".

## XXIII.

### LA TUTELA INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO

#### **1. L'ambito della giurisdizione ordinaria.**

Ferma la costituzionalizzazione del criterio di riparto fondato sulla consistenza della posizione soggettiva dedotta in giudizio, può sostenersi che spetta al G.O. la giurisdizione sulle controversie involgenti **diritti soggettivi**, non affidate dal legislatore ordinario alla giurisdizione esclusiva del G.A. Sono parimenti sottratte alla sfera cognitiva del G.O. le materie attribuite alla giurisdizione di giudici speciali, quali la Corte dei Conti in ambito pensionistico, o alle Commissioni tributarie o i casi di arbitraggi obbligatori. Di rilievo è l'art. 2, della l. n. 2248 del 1865, all. E, abolitrice del contenzioso amministrativo (L.A.C.), secondo cui sono *"devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause per contravvenzioni e tutte le materie nelle quali si faccia questione d'un diritto civile o politico, comunque vi possa essere interessata la Pubblica amministrazione, e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa"*.

Posta la delimitazione "esterna" dell'ambito di giurisdizione del G.O., l'indagine sui **confini interni** della sua azione giurisdizionale attiene all'individuazione dei **poteri** dallo stesso esercitabili. In proposito, la legge abolitrice del contenzioso amministrativo, agli artt. 4 e 5, dispone che il G.O. può conoscere degli effetti dell'atto in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, ai fini della sua eventuale **disapplicazione**, mentre gli sono **preclusi** poteri di **revoca** e **modifica**.

#### **2. I poteri del giudice ordinario.**

I limiti interni della giurisdizione del G.O. sono indicati dagli artt. 4 e 5, L.A.C. Il citato art. 4 L.A.C. si occupa, al co. 1, dei **poteri di cognizione** del G.O., al successivo co. 2 dei suoi **poteri di decisione**. Quanto ai **poteri di cognizione**, la disposizione prevede che il G.O. può conoscere degli **effetti dell'atto "in relazione all'oggetto"** dedotto in giudizio. Ne deriva che la pronuncia del giudice **non ha efficacia erga omnes**, ma vale soltanto per il caso deciso ed *inter partes*. Il giudizio di cui all'art. 4 L.A.C. ha ad oggetto non già la legittimità dell'atto in quanto tale, ma la **lesione di un diritto** prodotta da un atto amministrativo, sicchè il G.O. si disinteressa dell'atto in sé, non avendo la sua sorte alcuna rilevanza al di fuori del processo. Quanto all'ampiezza del sindacato del G.O. sull'atto amministrativo, lo stesso può essere di **sola legittimità**, senza estendersi al merito. L'art. 4, co. 2, L.A.C. disciplina i **poteri di decisione** del G.O., escludendo che lo stesso possa "revocare" o "modificare" l'atto amministrativo illegittimo. Se ne fa descendere il **divieto** per il G.O. di ordinare un *facere* alla P.A.; divieto, peraltro, che **non trova**

**applicazione** quando siano in contestazione: **atti paritetici** posti in essere dalla P.A. ***iure privatorum*, comportamenti meramente materiali** della P.A.; **condotte poste in essere sine titulo**.

Quanto alle **azioni** rientranti nella giurisdizione ordinaria, sono certo ammesse: **azioni dichiarative; azioni constitutive** che possono intervenire solo quando la P.A. abbia agito in carenza di potere o ***iure privatorum***; **azioni risarcitorie** sia in caso di lesione di diritti soggettivi che di interessi legittimi, previo accertamento dell'esistenza di un'obbligazione contratta ***iure privatorum*** o della responsabilità extracontrattuale; **azioni reintegratorie** esperibili dinanzi al G.O. quando il comportamento della P.A. si concreti in mera attività materiale; **azioni possessorie** ammesse nei confronti della P.A. allorché la stessa abbia agito ***iure privatorum, sine titulo***, o quando il contestato impossessionamento si sia protratto al di là dei limiti temporali o sia stato posto in essere in violazione dei limiti spaziali indicati nel provvedimento amministrativo.

**a) Provvedimenti di sequestro e di urgenza.** Si ritiene che i **provvedimenti di sequestro e quelli di urgenza** siano inammissibili *ex art. 4, L.A.C.*, se finalizzati a paralizzare l'efficacia di un provvedimento amministrativo. In particolare, è inammissibile il sequestro qualora abbia l'effetto di mutare la destinazione di beni demaniali o patrimoniali indisponibili della P.A. Dottrina e giurisprudenza prevalenti ammettono che il G.O. possa ordinare, in danno della P.A., la **convalida di sfratto**, qualora la P.A. si avvalga dello strumento privatistico della locazione.

**b) Actio negotiorum gestio.** L'***actio negotiorum gestio*** non è esperibile nei confronti della P.A. nei casi in cui è esclusa l'ingerenza del privato nell'attività della P.A.: è quanto deve ritenersi per le attività autoritative. Se, invece, si tratta di attività di diritto privato, si riconosce che un privato possa agire nell'interesse della P.A., alla quale, però, è rimessa la valutazione dell'*utiliter coeptum* che può avvenire in via expressa o per *facta concludentia*.

**c) L'esecuzione forzata.** In merito all'**esecuzione forzata**, in particolare nella forma dell'espropriazione *ex art. 2910 c.c.*, occorre distinguere le diverse ipotesi con riguardo all'oggetto del procedimento. In relazione ai beni del patrimonio dell'amministrazione debitrice, possono essere assoggettati ad espropriazione forzata solo quelli disponibili.

**d) L'esecuzione forzata in forma specifica.** Con riguardo all'**esecuzione forzata in forma specifica**, si ritiene in giurisprudenza che la P.A., allorquando non si pone, nei confronti del privato, come autorità è assoggettata come ogni parte privata alla giurisdizione del G.O. Ne consegue che il giudice può non soltanto accertare gli obblighi della P.A., condannandola al risarcimento del danno, ma anche imporre un *facere* specifico. È possibile esperire nei confronti della P.A. ogni tipo di azione esecutiva in forma specifica, compresa l'azione *ex art. 2932 c.c.*, con la sola eccezione dell'ineseguibilità (in forma specifica) degli obblighi aventi ad oggetto prestazioni infungibili.

### 3. Il potere di disapplicazione.

L'art. 5, L.A.C., nell'occuparsi della sorte dell'atto amministrativo illegittimo all'interno del giudizio ordinario, stabilisce che il G.O. **non deve applicarlo**. Disapplicare significa per il G.O. considerare l'atto amministrativo illegittimo **come se non esistesse** (*tamquam non esset*) ai fini della decisione di causa, dunque conoscerne senza efficacia di giudicato: al di fuori di tale ambito, cioè, l'atto **conserva la sua validità ed efficacia**. L'istituto della disapplicazione presuppone una cognizione incidentale della legittimità di un atto amministrativo che non costituisce l'oggetto principale del giudizio (c.d. **disapplicazione incidentale**). A tale stregua si è soliti affermare che l'unico potere di disapplicazione degli atti amministrativi, da parte del G.O., è quello che si traduce in una cognizione della legittimità dei medesimi solo *incidenter tantum*, sicché la questione di legittimità assume **natura pregiudiziale**, configurandosi come un **passaggio obbligato per la decisione sul merito** della controversia; mentre rimane **preclusa al G.O. la cognizione diretta sull'atto amministrativo**, la legittimità dello stesso non potendo costituire l'oggetto principale del giudizio, atteso che diversamente il G.O. usurparebbe un potere che l'art. 4, L.A.C. riserva al G.A.

### 4. La giurisdizione esclusiva del g.o.

Giova chiedersi se siano costituzionalmente compatibili ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.O. con una cognizione estesa a questioni involgenti posizioni di **interesse legittimo**, "specularmente" all'analogia forma di giurisdizione esclusiva prevista a favore del G.A. dall'art. 103 Cost. Sul punto, sono emerse due contrapposte posizioni. Per la **tradizionale opzione**, che valorizza la **valenza "a senso unico" dell'art. 103 Cost.**, va **esclusa** categoricamente l'ammissibilità costituzionale di una giurisdizione esclusiva del G.O. Secondo una **differente impostazione**, la reale funzione dell'art. 103 Cost. è unicamente quella di fissare i "limiti esterni" della giurisdizione del G.A., non anche di stabilire "limiti interni" a quella del G.O. A sostegno della tesi favorevole sono state addotte le previsioni dell'art. 113, comma 3, Cost. e dell'art. 4, I. Tar. Inoltre, si è posta in evidenza la tendenza del legislatore degli ultimi anni a dare sempre più spazio ad **ipotesi di giurisdizione esclusiva del G.O.**; il che è quanto si sarebbe verificato con le disposizioni in materia di: *pubblico impiego privatizzato* (art. 63, d.lgs. n. 165/2001); *sanzioni amministrative*.

### 5. La giurisdizione piena del g.o.

Di **giurisdizione piena** del G.A. si tratta ognqualvolta all'autorità giudiziaria ordinaria siano attribuiti **poteri di intervento** sugli atti amministrativi eccezionali quelli previsti dagli artt. 4 e 5 L.A.C., ossia non limitati alla disapplica-

zione del provvedimento illegittimo, ma estesi alla sua **revoca** ed **annullamento**. Si tratta di una **nozione strettamente connessa a quella di giurisdizione esclusiva del G.O.** Ammessa la configurabilità di una giurisdizione esclusiva del G.O., si avverte la necessità di riconoscere a tale giudice il potere di cognizione del provvedimento amministrativo asseritamente illegittimo in via principale e, quindi, intervenire sullo stesso con una pronuncia caducatoria, anziché con il meccanismo della disapplicazione. Un dibattito alquanto articolato si è svolto con riguardo all'**ammissibilità costituzionale** di una giurisdizione piena del G.O. e di un riconoscimento, a Costituzione invariata, di poteri di cognizione sugli atti amministrativi in deroga a quanto previsto dagli artt. 4 e 5 L.A.C. Sono emerse al riguardo due contrapposte posizioni: su un primo fronte si staglia chi ritiene che la discrezionalità legislativa, in materia, non abbia limiti: la mancata costituzionalizzazione del divieto di annullamento e revoca di cui all'art. 4, L.A.C., infatti, lascerebbe **libero il legislatore ordinario di attribuire al G.O. il potere di incidere sui provvedimenti amministrativi** anche con gli strumenti della revoca e dell'annullamento; su altro versante, invece, si colloca chi **interpreta in modo restrittivo l'art. 113 Cost.**, ritenendo che ampliare i poteri cognitori a disposizione del G.O. incontri i limiti derivanti dall'art. 113 Cost. con le altre disposizioni costituzionali, in particolare con gli artt. 24, 103 e 111 Cost. (si v. *Corte cost., 23 luglio 2001, n. 275*).

## XXIV.

### LA TUTELA INNANZI AL GIUDICE AMMINISTRATIVO

#### **1. L'evoluzione storica della giustizia amministrativa italiana.**

Il sistema italiano di tutela giurisdizionale è caratterizzato da una **doppia giurisdizione**, dove il riparto di giurisdizione tra G.O. e G.A. è principalmente affidato alla consistenza di **diritto soggettivo** o di **interesse legittimo** della posizione soggettiva dedotta in giudizio. La distinzione tra diritti e interessi legittimi non è conosciuta in altri ordinamenti, compreso quello comunitario. Tale criterio affonda le sue radici nella **I. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, di abolizione del contenzioso amministrativo**. Proprio per colmare il vuoto di tutela che derivava da un simile assetto venne approvata la **I. 31 marzo 1889, n. 5992** (c.d. legge Crispi), istitutiva della **Quarta Sezione del Consiglio di Stato**, e fu chiaro ben presto che i confini della giurisdizione amministrativa coincidevano con il perimetro strutturale dell'**interesse legittimo**, del quale rappresentavano un presidio giudiziale. La strutturazione del riparto di giurisdizione transitò in parte nell'art. 4, **I. 6 dicembre 1971, n. 1034**, istitutiva dei **Tribunali amministrativi regionali**. Organi della giustizia amministrativa sono: i **Tribunali amministrativi regionali** (T.a.r.), che giudicano *in primo grado* (art. 5 C.p.a.); il **Consiglio di Stato**, che giudica *in grado di appello* (art. 6 C.p.a.).

Il **Consiglio di Stato** fu istituito nel 1831. Fino all'istituzione della IV Sezione nel 1889, alla quale fu attribuita una competenza generale per le controversie tra privati e Autorità, l'organo aveva **funzioni essenzialmente consultive**. Successivamente furono istituite anche la V e la VI Sezione, con **compiti giurisdizionali**. Con l'entrata in vigore della Costituzione fu istituito, in base all'art. 23 dello Statuto della Regione siciliana, dal decreto legislativo 6 maggio 1948, n. 654, il **Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana**. La Costituzione del 1948 ha confermato la duplice funzione attribuita al Consiglio di Stato. In primo luogo, una **funzione consultiva**, ex art. 100 Cost., svolta dalle Sezioni I e II sotto forma di **pareri**. Le questioni più importanti sono risolte dall'**Adunanza Plenaria** delle Sezioni giurisdizionali. Sono **organi** del Consiglio di Stato: il Consiglio di Presidenza; il Presidente; il Presidente aggiunto; il Segretario generale; l'Adunanza generale; l'Adunanza plenaria.

Come anticipato, con legge 6 dicembre 1971, n. 1034, furono istituiti i **Tribunali amministrativi regionali**, con **competenza generale di primo grado** sugli atti amministrativi. Pertanto, Consiglio di Stato e Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana mantennero le loro attribuzioni consultive e divennero giudici di appello sulle sentenze dei tribunali amministrativi regionali. Invero, tutte le sentenze dei T.a.r. e le ordinanze cautelari emesse in via d'urgenza sono impugnabili dinanzi al Consiglio di Stato. Tali

organi rinvengono specifico **fondamento costituzionale** nell'art. 125 Cost., come novellato a seguito della riforma del 2001, hanno di regola **sede nel capoluogo regionale** e **non sono dotati di funzioni consultive**.

## 2. L'ambito della giurisdizione del g.a.

L'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo è ora esplicitato dal **Codice del processo amministrativo**, il cui art. 7, co. 1, statuisce che sono devolute alla giurisdizione del G.A. le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'**esercizio** o il **mancato esercizio** del **potere amministrativo**, riguardanti: *provvedimenti* e *atti* amministrativi; *accordi*; *comportamenti*, riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da PP.AA. Il successivo co. 3 precisa, poi, che la giurisdizione amministrativa si articola in: **giurisdizione generale di legittimità**; **giurisdizione esclusiva**; **giurisdizione estesa al merito**.

A) **GENERALE DI LEGITTIMITÀ**: Ai sensi dell'art. 7, co. 4, c.p.a. sono attribuite alla giurisdizione *generale* di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad **atti**, **provvedimenti** o **omissioni** delle pubbliche amministrazioni, comprese quelle relative al **risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi** e agli altri **diritti patrimoniali consequenziali**, pure se introdotte in via autonoma. La l. n. 205/2000 ha introdotto alcune importanti novità, modificando l'impianto originario della giurisdizione di legittimità delineato dalla l. n. 1034/1971 attraverso un notevole ampliamento dei poteri del giudice con riferimento sia alla disponibilità dei **mezzi di prova** (si segnala l'art. 16 della l. n. 205/2000, che generalizza il potere del G.A. di disporre consulenza tecnica), sia alla **capacità decisionale**.

B) **GIURISDIZIONE ESCLUSIVA**: Superando il criterio di riparto affidato alla consistenza della contrapposizione diritti soggettivi/interessi legittimi, il legislatore assegna talvolta l'intero contenzioso riguardante determinate materie alla giurisdizione del G.A. Si tratta delle controversie rientranti nella c.d. **giurisdizione esclusiva**, nelle quali al G.A. è devoluta la cognizione **a prescindere** dalla circostanza che si deduca la **lesione di interessi legittimi o di diritti soggettivi**. Giova, peraltro, considerare che, in tali materie, la distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, pur non rilevando ai fini del riparto di giurisdizione, conserva importanza ai fini dell'individuazione delle **tecniche di tutela sperimentabili** e con riferimento al **regime processuale** da osservare. La giurisdizione esclusiva riviene la propria base giuridica nell'art. 103 Cost., che rimette al **legislatore ordinario** il compito di indicare le "particolari materie" nelle quali la tutela contro la P.A. va invocata innanzi al G.A. anche se ad essere lese siano posizioni di diritto soggettivo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva, purché lo faccia con riguardo a materie

– in tal senso *particolari* – in cui opera la **P.A. in veste di autorità**. La principale norma di riferimento sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è costituita ora dall'**art. 133 c.p.a.**,

### **LE REGOLE DEL PROCESSO IN SEDE DI GIURISDIZIONE ESCLUSIVA.**

In mancanza di un'espressa disciplina normativa, all'individuazione e definizione delle tecniche di svolgimento del processo e delle azioni esperibili in sede di giurisdizione esclusiva del G.A. si è a lungo atteso in via pretoria. Il giudizio in sede di giurisdizione esclusiva ha progressivamente acquisito margini di **autonomia rispetto al giudizio generale di legittimità**, soggiacendo a regole diverse a seconda che la tutela chiesta al G.A. involgesse situazioni giuridiche di **diritto soggettivo**, ovvero di **interesse legittimo**, allorquando il processo resta tendenzialmente assoggettato ai principi e alle regole del *giudizio di legittimità*. Nel primo caso, invece, le regole sono quelle proprie del processo celebrato innanzi al *G.O.*, sicché l'azione è proponibile nel **termine lungo di prescrizione** e non in quello decadenziale di 60 giorni dalla conoscenza del provvedimento lesivo, potendo avere peraltro ad oggetto non solo la richiesta di annullamento dell'atto, ma anche l'**accertamento** dell'esistenza di un diritto. Le azioni esperibili, in sede di giurisdizione esclusiva, sono:

- l'azione intesa ad ottenere l'**annullamento di atti e provvedimenti illegittimi**;
- una generale **azione di accertamento a protezione di diritti soggettivi**;
- le azioni intese ad ottenere sentenze di **condanna** della P.A. al risarcimento del danno ingiusto cagionato, al pagamento di somme dovute e non corrisposte;
- le azioni aventi carattere **inibitorio** a tutela degli interessi collettivi fondamentali degli utenti, *ex art. 3 della l. 30 luglio 1998, n. 281* (abrogata dall'*art. 146 del D.lgs. n. 206/2005*, salvo le disposizioni di cui all'*art. 7*).

**C) GIURISDIZIONE DI MERITO:** In casi **eccezionali, tassativamente indicati dalla legge**, il G.A. dispone anche di una giurisdizione di merito in cui è consentito sindacare non solo la legittimità, ma anche il **merito** (l'**opportunità**) dell'atto amministrativo. Il c.p.a. ha riordinato i **casi di giurisdizione di merito nell'art. 134**. La giurisdizione di merito si caratterizza per l'ampiezza dei poteri decisori riconosciuti al G.A. Nell'esercizio della giurisdizione di merito, infatti, quest'ultimo **"può sostituirsi all'amministrazione"** (art. 7, co. 6, c.p.a.); dunque, in caso di accoglimento del ricorso, il G.A. è legittimato ad **adottare** un nuovo atto, ovvero a **modificare o riformare** quello impugnato (art. 34, co. 1, lett. d, c.p.a.).

### 3. Le giurisdizioni amministrative di natura specializzata.

#### 3.1. La giurisdizione della corte dei conti.

La sfera di attribuzione della Corte dei conti in sede giurisdizionale riguarda, oltre ai predetti giudizi di responsabilità amministrativa e contabile (*giudizio di conto e per resa di conto*), anche il *giudizio su ricorso pensionistico* (civile, militare e di guerra) e i *giudizi ad istanza di parte per le ritenute esattoriali, i compensi di esattoria, l'aggio esattoriale ecc.* Vi rientra anche la *responsabilità degli amministratori* e dei *dipendenti* delle *Regioni* e degli altri *enti pubblici*. I principali **caratteri** della giurisdizione della Corte dei conti sono:

- **pienezza** dei poteri. La Corte dei conti conosce sia del fatto, sia del diritto, non si limitandosi a valutare la legittimità degli atti sottoposti al suo giudizio;
- **esclusività** della cognizione, avendo la magistratura contabile cognizione sia in materia di interessi legittimi che di diritti soggettivi nelle materie riservate alla sua giurisdizione, salvo che per l'incidente di falso e le questioni sullo stato e la capacità delle persone, attribuiti alla conoscenza del giudice ordinario;
- **sindacatorietà** del proprio apprezzamento, in quanto la Corte non è rigidamente vincolata, nel proprio giudizio, dalle richieste delle parti, siano esse il Procuratore regionale o generale, ovvero i privati. La Corte dispone della facoltà di effettuare accertamenti istruttori, di pronunciare anche *ultra petita*, non avendo limitazioni nell'accertamento delle responsabilità, e può anche ampliare l'ambito soggettivo della propria cognizione, nonostante tale potere ufficioso sia stato oggetto di una recente lettura restrittiva da parte della giurisprudenza contabile.

Il sistema della responsabilità amministrativa è stato innovato introducendo:

- il carattere della **personalità** di detta responsabilità;
- la sua limitazione ai casi di **dolo** e **colpa grave**;
- l'**insindacabilità** nel merito delle scelte discrezionali;
- la **limitazione della solidarietà** alle sole ipotesi di dolo od illecito arricchimento;
- l'estensione della **regola della parzialità**, fatti salvi i soli casi di responsabilità solidale;
- il **divieto di agire contro** gli amministratori per la mancata copertura minima dei costi dei servizi;
- il **regime prescrizionale quinquennale** e non più decennale;
- il **danno c.d. obliquo** (responsabilità per danno arrecato ad amministrazione diversa)
- la **compensatio lucri cum damno** per effetto della quale occorre tener conto, nel giudizio di responsabilità, dei vantaggi comunque conseguiti dall'amministrazione o dalla comunità amministrata;

- la previsione che, nel caso di **deliberazioni di organi collegiali**, la responsabilità si imputa esclusivamente a coloro che hanno espresso voto favorevole;
- la previsione che la **responsabilità degli organi tecnici** non si estende ai titolari degli organi politici;
- l'**irresponsabilità** degli **eredi**, eccettuate le ipotesi di illecito arricchimento.

La responsabilità amministrativo contabile può definirsi come la responsabilità patrimoniale in cui incorrono i pubblici funzionari che, per inosservanza **dolosa** o **colposa** degli obblighi di servizio, abbiano recato un danno economico all'Amministrazione. Si tratta di una responsabilità preposta alla salvaguardia delle finanze pubbliche, la quale intende garantire che le gestioni finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli Enti pubblici si svolgano senza lesioni o pregiudizi.

#### **4. Tipi di conflitto.**

La presenza di organi decisori con competenze differenziate non esclude che possano sorgere dei conflitti che possono assumere natura positiva (se entrambi gli organi affermano la loro competenza); negativa (se entrambi gli organi negano la loro potestà); reale (quando le autorità si sono già pronunciate sull'appartenenze o meno del potere ad una di esse) e virtuale (che ricorrono quando vi è la sola possibilità che si abbiano tali pronunce). Si distingue tra:

- il *conflitto di attribuzioni*, che si verifica quando le autorità appartengono a poteri diversi, risolto dalla Corte costituzionale;
- il *conflitto di giurisdizione*, che sorge tra autorità appartenenti sì al potere giudiziario, ma a differenti ordini giurisdizionale. In tal caso, interviene la Corte di Cassazione;
- il *conflitto di competenza*, che sorge quando le autorità appartengono allo stesso potere e allo stesso ordine giurisdizionale. In tal caso interviene il Consiglio di Stato o la Corte di Cassazione, a seconda che il conflitto riguardi giudici amministrativi o giudici ordinari