



GIUFFRÈ EDITORE

ROBERTO CHIEPPA – ROBERTO GIOVAGNOLI

MANUALE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

PERCORSI

III EDIZIONE



Sezione non inclusa

INTRODUZIONE

ORIGINI E SVILUPPO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO

GUIDA 1. Nozione e origini del diritto amministrativo 2. La scienza del diritto amministrativo e il ruolo della giurisprudenza 3. La dimensione nazionale del diritto amministrativo e il suo superamento con la nascita di un diritto amministrativo europeo 4. I principi generali del diritto amministrativo italiano ed europeo 5. I principi generali del diritto processuale amministrativo 6. Verso un diritto amministrativo europeo.

■ 1. Nozione e origini del diritto amministrativo.

Il diritto amministrativo è la disciplina giuridica della pubblica amministrazione, della sua organizzazione, della sua attività e dei rapporti tra la P.A. e i privati.

Non è facile pervenire ad una nozione condivisa di diritto amministrativo in quanto l'impronta tipicamente nazionale di tale ramo del diritto subisce l'influenza del tipo di Stato in cui si sviluppa.

Il diritto amministrativo è, infatti, ritenuto un figlio dello Stato, anzi un prodotto della sua maturità, perché sviluppatosi a partire dal XIX secolo, nella Francia napoleonica e postnapoleonica, quando l'attenzione venne posta sul potere d'impero e di coazione, sull'azione unilaterale dell'amministrazione pubblica, sul principio di specialità, che differenzia il diritto amministrativo dal diritto privato (CASSESE).

Lo stretto legame tra diritto amministrativo e sovranità statale ha comportato che lo studio di tale branca del diritto ha risentito dell'impronta tipicamente nazionale e si sia essenzialmente sviluppato negli stati "a diritto amministrativo", dove la pubblica amministrazione utilizza principalmente atti amministrativi e, in particolare, i provvedimenti, idonei a incidere unilateralmente sulle posizioni soggettive dei privati e ad essere portati ad esecuzione da parte della stessa amministrazione che li ha adottati.

È noto che l'attività della pubblica amministrazione viene concepita in modo diverso a seconda dell'ordinamento giuridico in cui si colloca: nei paesi di "Common law" l'amministrazione persegue i propri fini avvalendosi di poteri comuni agli altri soggetti dell'ordinamento, mentre negli stati "a diritto amministrativo", la P.a. gode di propri peculiari poteri autoritativi, idonei a produrre effetti giuridici nella sfera dei cittadini senza il loro consenso.

In tale secondo modello di Stato i provvedimenti amministrativi sono caratterizzati dall'essere espressione del momento dell'autorità (dell'esercizio del potere) e, come tali, realizzano la cura dell'interesse pubblico rimesso alla singola amministrazione competente a provvedere; l'idoneità ad incidere in maniera unilaterale sui privati cittadini determina l'esigenza di "circondare" il provvedimento amministrativo di cautele di vario tipo a beneficio del destinatario dell'azione.

MASSIMO SEVERO GIANNINI faceva notare come mentre il negozio privato e la sentenza costituiscono istituti corrispondenti a categorie necessarie di ogni ordinamento giuridico generale, l'atto amministrativo può invece mancare, in quanto l'esistenza di un apparato amministrativo non comporta necessariamente che l'azione di esso si esprima giuridicamente in atti amministrativi.

Va però anticipato che i due modelli di azione dell'amministrazione non si riscontrano mai allo stato puro e che proprio nel nostro ordinamento il legislatore ha da tempo valorizzato l'utilizzo di strumenti consensuali in sostituzione dell'esercizio del potere amministrativo.

Il diritto amministrativo è un diritto speciale perché l'amministrazione dispone di poteri diversi ed eccedenti rispetto a quelli derivanti dalle regole applicabili ai rapporti tra privati, anche se è stato correttamente osservato come tra diritto amministrativo e pubblica amministrazione non vi sia una corrispondenza biunivoca: il diritto amministrativo non riguarda solo la P.A. ma si applica

*Stati a diritto
amministrativo e
ordinamenti di
Common Law*

in alcuni casi anche nei confronti di soggetti privati, come ad esempio i gestori di servizi pubblici e, allo stesso tempo, non tutta l'attività della P.A. è regolata dal diritto amministrativo, potendo l'amministrazione fare uso anche del diritto privato.

*La rivoluzione
francese*

Tornando alla questione delle origini del diritto amministrativo, la rivoluzione francese è in genere ritenuta la svolta decisiva ai fini della nascita del diritto amministrativo in senso moderno, dovendo imputarsi ai legisti della rivoluzione francese l'introduzione delle nozioni di amministrazione pubblica, potere amministrativo, atto amministrativo, contenzioso amministrativo, e così via (GIANNINI).

L'esistenza del diritto amministrativo è, infatti, subordinata all'esistenza di più poteri statali, tra loro distinti e divisi, uno dei quali è il potere amministrativo,

*Dallo stato assoluto
allo stato di
diritto*

mentre fino a quando vi era uno Stato assoluto, nel quale tutto il potere si concentrava nelle mani del principe, non poteva esistere un diritto amministrativo; presupposto per l'esistenza del diritto amministrativo è, pertanto, uno Stato di diritto, soggetto alle norme giuridiche da esso instaurate, previo superamento della formula del sovrano *legibus solutus* (A.M. SANDULLI).

È stato anche osservato che il diritto amministrativo nacque come sommatoria di più elementi, tra loro diversi e alcuni risalenti nei secoli, tra i quali vanno menzionati i principi della divisione dei poteri, di legalità dell'azione amministrativa, di riconoscimento dei diritti pubblici soggettivi, di azionabilità delle situazioni soggettive del cittadino nei confronti dell'amministrazione pubblica, rispetto ai quali la rivoluzione francese costituì un tassello decisivo (CAsETTA).

Vi concorsero, tuttavia, anche altri elementi, quali l'imperatività già degli atti del principe e ora dei provvedimenti amministrativi, la coercibilità che divenne autotutela, il carattere autoritativo che si trasferì dal principe all'amministrazione, il principio di gerarchia che divenne gerarchia di uffici, la preminenza su ogni altra istanza amministrativa che dal principe passa al governo centrale, il procedimento contenzioso, la garanzia degli impiegati, il carattere meramente derivato dei poteri locali territoriali; venne, inoltre, osservato che, benché nella storia dell'esperienza politica e della cultura il diritto amministrativo nacque come fatto di autoritarismo, il sistema instaurato dalla rivoluzione assumeva a principi generali quelli della libertà come diritto e di tutela giurisdizionale di ogni diritto e non poteva poi, nel creare il diritto amministrativo come diritto autoritativo dello Stato, giungere oltre il limite che avrebbe comportato la distruzione dello stesso sistema di libertà per cui si era battuta. Se quindi la normazione amministrativa fu voluta in funzione di dominio, essa però non poteva, nella sua attuazione, divenire strumento di antilibertà e anzi fu necessario rendere omaggio alla libertà, ammettendo, sia pur con (all'epoca) molte riserve, la tutela giurisdizionale contro l'autorità (GIANNINI).

Del resto, nel momento in cui l'apparato del nuovo Stato borghese veniva caricato di compiti ai cittadini, come l'istruzione,

Termine estratto capitolo

CAPITOLO I**LE FONTI DEL DIRITTO COMUNITARIO E INTERNAZIONALE
I RAPPORTI CON L'ORDINAMENTO STATALE**

GUIDA 1. I rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario. Il progressivo affermarsi del principio del primato del diritto comunitario 1.1. La prima fase: la Corte costituzionale afferma il principio di equiordinazione tra diritto comunitario e diritto interno 1.2. La seconda fase: la norma interna in contrasto con il diritto comunitario può essere dichiarata incostituzionale 1.3. La terza fase: l'obbligo di disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto comunitario 1.4. La quarta fase: il recepimento della c.d. teoria monistica e il nuovo art. 117 Cost. 1.5. La tendenza a relativizzare il valore del giudicato in contrasto con il diritto comunitario 1.6. I rapporti tra giudicato e CEDU: verso un nuovo caso di revocazione? (I casi *Stai-bano* e *Mottola*) 2. Le fonti del diritto comunitario 2.1. I Trattati istitutivi 2.2. I regolamenti 2.3. Le direttive 2.3.1. Gli effetti diretti delle direttive *self executing* 2.4. Le decisioni 3. La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario 3.1. La responsabilità per il giudicato in contrasto con il diritto comunitario 3.1.1. La nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati (legge 27 febbraio 2015, n. 18) 3.2. La natura, contrattuale o aquiliana, della responsabilità dello Stato-legislatore per violazione del diritto comunitario 4. Il regime dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario 4.1. Tesi dell'annullabilità 4.2. Tesi della nullità 4.3. La tesi intermedia 4.4. Tesi della disapplicabilità 4.5. La posizione della Corte di giustizia: il caso *Santex* 4.6. La giurisprudenza nazionale esclude la disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario 5. Il differente regime dell'atto amministrativo emanato in base a legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali 5.1. Sulla rilevabilità d'ufficio del vizio di incostituzionalità non ancora dichiarato 5.2. Applicazione nei giudizi in corso della sopravvenuta sentenza di incostituzionalità 5.3. Incidente di legittimità costituzionale e giudizio cautelare 6. L'art. 117 Cost. e la costituzionalizzazione dei trattati internazionali 6.1. Il ruolo della CEDU alla luce dell'art. 117 Cost. e del Trattato di Lisbona 7. La teoria dei c.d. controlimiti e la loro possibile comunitarizzazione dopo il Trattato di Lisbona 8. I procedimenti amministrativi composti: il concorso tra amministrazione comunitaria e amministrazione nazionale.

■ 1. I rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento dell'Unione Europea. Il progressivo affermarsi del principio del primato del diritto comunitario.

I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario hanno costituito oggetto, nel corso degli anni, di un lungo processo evolutivo scandito da diverse pronunce della Corte costituzionale che, sotto la spinta della Corte di giustizia e con l'ausilio della dottrina, ha via via riconosciuto il principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale.

Oggi, infatti, si ritiene pacificamente che i rapporti tra i due ordinamenti siano retti dal c.d. principio del primato del diritto comunitario, in forza del quale la norma interna contrastante con il diritto comunitario direttamente applicabile deve essere disapplicata sia dal giudice nazionale che dalla pubblica amministrazione.

A questo risultato interpretativo si è giunti attraverso una complessa evoluzione nell'ambito della quale possono individuarsi quattro fasi ben distinte.

1.1. *La prima fase: la Corte costituzionale afferma il principio di equiordinazione tra diritto comunitario e diritto interno.*

Nella prima fase, la Corte costituzionale ha assunto una posizione rigorosamente tradizionale e pervasa dalla concezione dualista dei rapporti tra i due ordinamenti. Sul presupposto che il Trattato Ce spiegasse l'efficacia ad esso conferita dalla legge di esecuzione, la Corte ha escluso la prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, ritenendo che il rapporto tra norme comunitarie e norme interne (al pari del rapporto tra norme internazionali e norme interne) fosse di equiordinazione. Da qui l'applicazione del principio generale della successione di leggi nel tempo, con la conseguente ammissione della possibilità di abrogazione o di modifica della norma comunitaria da parte della legge nazionale successiva.

In questa fase risulta, altresì, fermo il convincimento che le norme comunitarie siano suscettibili di sindacato da parte della Corte costituzionale, anche se non direttamente, ma per il tramite della norma interna con cui lo Stato ha dato esecuzione al Trattato istitutivo (*Corte cost. 27 dicembre 1965, n. 98*).

1.2. *La seconda fase: la norma interna in contrasto con il diritto comunitario può essere dichiarata incostituzionale.*

Successivamente, con la *sentenza costituzionale n. 183/1973* (che trova uno sviluppo più chiaro nella *sentenza n. 232/1975*), si inaugura la seconda fase del processo evolutivo, in cui la Corte costituzionale, dopo aver riconosciuto per la prima volta l'efficacia diretta nei confronti di Stato e cittadini dei regolamenti comunitari, indipendentemente dal recepimento interno, approda al riconoscimento del principio di primazia del diritto comunitario sul diritto interno.

In questa fase, a sostegno dell'affermato primato del diritto comunitario, la Corte costituzionale utilizza lo strumento della declaratoria di incostituzionalità delle norme interne contrastanti con le norme comunitarie, valorizzando il disposto dell'art. 11 Cost., con la conseguenza che tutte le norme interne in contrasto con il diritto comunitario risulteranno affette da incostituzionalità per violazione dell'art. 11 Cost.

Il principio del primato del diritto comunitario

Inizialmente la Corte costituzionale nega il primato...

... poi afferma l'incostituzionalità della legge anticomunitaria

**Le critiche della
Corte di giustizia**

Anche tale ricostruzione della Corte costituzionale è stata oggetto di critiche da parte della Corte di giustizia, la quale si è opposta ad un sistema di controllo accentratore di conformità delle norme nazionali alle norme comunitarie, affidato alla Corte costituzionale. Secondo i Giudici europei, infatti, la prevalenza del diritto comunitario comporta, alla luce dei principi dell'efficacia diretta ed uniforme e dell'effetto utile del diritto comunitario, che le norme comunitarie debbono potersi affermare da subito negli ordinamenti nazionali, senza che ai fini di detta prevalenza si debba aspettare, con i tempi tecnici e le alee del caso, gli interventi della Corte costituzionale. L'integrazione tra ordinamento comunitario e nazionale comporta in definitiva che le norme comunitarie siano applicabili per forza propria, per il solo fatto della loro entrata in vigore e che a partire da questo momento dette norme impediscano la valida formazione di atti legislativi interni incompatibili ed obblighino i Giudici (al pari delle amministrazioni pubbliche e di qualsiasi altro operatore interessato all'applicazione di una norma comunitaria in sospetto contrasto con il diritto nazionale) all'integrale ed immediata applicazione della norma comunitaria e disapplicazione della norma interna incompatibile, salva la possibilità di sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia in caso di interferenza interpretativa.

1.3. La terza fase: l'obbligo di disapplicare la norma interna in contrasto con il diritto comunitario.**Solo con la sentenza n. 170/1984 si recepisce la tesi della disapplicazione**

Le critiche mosse dalla Corte di giustizia sono state recepite dalla Corte costituzionale a partire dalla *sentenza n. 170/1984*, che inaugura la terza fase dell'evoluzione dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale. Con tale sentenza la Consulta ha rinvenuto nel meccanismo della disapplicazione il criterio cui ricorrere per risolvere i contrasti con le norme comunitarie incompatibili. Si è in particolare affermato che in caso di sopravvenienza di una norma comunitaria contrastante con una norma nazionale preesistente, quest'ultima deve intendersi automaticamente caducata; viceversa, nell'ipotesi in cui ad una norma comunitaria segua una norma nazionale incompatibile, quest'ultima dovrà essere neutralizzata dal giudice nazionale attraverso lo strumento della disapplicazione.

La giustificazione teorica di tale conclusione è che, per effetto dell'operare congiunto dell'art. 11 Cost. e della legge di esecuzione del Trattato, l'ordinamento nazionale si ritrae lasciando così spazi liberi alla produzione normativa del distinto ed autonomo ordinamento dell'Unione europea. La norma interna incompatibile non è, tuttavia, né abrogata né affetta da invalidità per il suddetto contrasto: resta semplicemente quiescente, ossia temporaneamente incapace di trovare applicazione in quanto il suo terreno è stato occupato da una norma comunitaria rispetto alla quale la norma nazionale deve ritrarsi con la conseguenza che il giudice, così come la P.A., dovranno considerarla *tamquam non esset*.

**Permangono
differenze con la
Corte di giustizia**

Pur giungendo a risultati sostanzialmente coincidenti con quelli della Corte di giustizia, le im-

Termine estratto capitolo

ici Supremi restano ancora di-

CAPITOLO II

LE FONTI DELL'ORDINAMENTO NAZIONALE

GUIDA 1. Il sistema delle fonti nell'ordinamento italiano 2. Fonti di rango costituzionale 3. Fonti di rango primario 3.1. Il riparto di competenze legislative dopo la riforma del 2001 del titolo V della Costituzione 3.2. Il superamento del bicameralismo paritario e la nuova modifica del titolo V della Costituzione nella riforma del 2016 sottoposta a referendum 3.3 L'unità giuridica dell'ordinamento e le c.d. materie trasversali 3.4. Il ruolo della Corte costituzionale 3.5. Le leggi provvedimento 4. Le fonti secondarie 5. I criteri di individuazione delle fonti normative secondarie. Il problema della distinzione con gli atti amministrativi generali 6. I regolamenti 6.1. I regolamenti governativi 6.2. I regolamenti ministeriali 6.3. Il riparto del potere regolamentare tra Stato e Regione 6.4. I regolamenti degli enti locali 6.5. I regolamenti degli altri enti pubblici 6.6. Gli atti di regolazione delle autorità indipendenti. In particolare le linee guida dell'Anac 7. Il potere di disapplicazione dei regolamenti illegittimi 7.1. La tesi contraria alla disapplicazione 7.2. Considerazioni critiche sull'orientamento contrario alla disapplicazione 7.3. La tesi della disapplicabilità dei regolamenti è ormai accolta dalla giurisprudenza amministrativa 8. Gli statuti. In particolare: gli statuti degli enti locali 9. Le circolari 10. I piani regolatori generali 11. I bandi di gara e di concorso 11.1. Il regime di impugnazione dei bandi di gara e di concorso 12. Le ordinanze straordinarie di necessità ed urgenza 12.1. Tipologia di ordinanze di necessità e urgenza 12.2. Natura e limiti dei poteri di ordinanza 12.3. Gli atti necessitati: poteri ordinari esercitati in situazioni straordinarie.

■ 1. Il sistema delle fonti nell'ordinamento italiano.

Le fonti del diritto sono gli atti e i fatti, da cui derivano le norme giuridiche e che costituiscono l'ordinamento giuridico statale.

Per fonti del diritto non si intendono le singole norme (i precetti), ma il potere di dare loro vita; potere che non si esaurisce con l'emissione delle medesime di volta in volta effettuata, ma permane nella potenzialità produttiva delle fonti. Pertanto, la fonte e la norma si trovano tra loro nel rapporto di "produttore" e "prodotto" (MORTATI.)

Il sistema delle fonti è strettamente connesso con la struttura dell'ordinamento giuridico e quel che è norma giuridica per un certo ordinamento, non lo è per un altro, in quanto ogni ordinamento dispone delle proprie fonti, quali strumenti idonei a porre norme costitutive del suo proprio diritto (c.d. relatività dei valori giuridici).

Nella struttura di ogni ordinamento sarebbe utile l'esistenza, nel testo dotato del più alto grado di forza giuridica, di un'elencazione compiuta e tassativa delle fonti ammesse e del loro ordine, accompagnata da una precisazione dei caratteri formali riservati alle fonti, in modo da renderle immediatamente riconoscibili.

Nell'ordinamento italiano vi è un sistema (tendenzialmente) « chiuso » di fonti, in cui però manca una norma del tipo in precedenza indicato, indicativa di tutte le fonti e del loro ordine.

Gli art. 1 ss. disp. prel. c.c. contengono un elenco di fonti, di carattere — secondo alcuni — semplicemente dichiarativo, che non è però esaustivo e tassativo, essendo già incompleto al momento della sua entrata in vigore (mancando il riferimento agli statuti degli enti pubblici, ai bandi militari e alle ordinanze di guerra) e dovendo poi essere raffrontato e coordinato con le successive, e prevalenti, disposizioni costituzionali.

Il principio di gerarchia delle fonti

Il sistema delle fonti dell'ordinamento riveste una particolare importanza nel diritto amministrativo soprattutto con riferimento alle fonti secondarie, in quanto alcune di queste sono destinate a disciplinare in prevalenza rapporti pubblicistici.

Inoltre, proprio nel settore del diritto amministrativo, vengono elevati a fonti del diritto atti posti in essere da autorità amministrative e aventi valore e forza di atti amministrativi (v. par. 12).

Il sistema delle fonti è regolato dal principio gerarchico, in virtù del quale le fonti vengono poste su diversi livelli (rango costituzionale, rango primario e rango secondario) e quelle di livello inferiore non possono contrastare con quelle di livello superiore.

Rispetto a fonti dello stesso livello, i conflitti possono essere risolti in base al criterio cronologico (*lex posterior derogat legi priori*), al criterio della specialità (la disposizione speciale prevale su quella generale, ma in realtà in questo caso non vi è un vero e proprio conflitto) o al criterio di competenza (fondato sulla diversità di ambito territoriale o di materia).

La pluralità delle fonti determina, infatti, che non sempre si possano operare classificazioni solamente di tipo gerarchico, ed anzi sempre più operano separazioni di competenza sia a livello regionale (ampliamento delle competenze

legislative regionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione; v. par. 3.2.2, sia a livello di singoli soggetti (ad. es., statuti degli enti locali, v. par. 8).

È stata infine delineata nel capitolo precedente la particolare forza delle fonti del diritto comunitario e la loro idoneità ad incidere e a modificare l'ordinamento interno.

Le fonti atto

Tra le varie classificazioni delle fonti assume rilievo anche quella tra atti e fatti di produzione normativa: le fonti-atto sono manifestazioni di volontà espressamente rivolte alla produzione di norme giuridiche poste in essere da soggetti individuati dall'ordinamento come idonei a tal fine (tutti gli atti normativi); le fonti-fatto derivano dal semplice verificarsi di uno o più accadimenti, come nel caso della consuetudine, tipica fonte non scritta, fondata sul ripetersi di un determinato comportamento per un certo lasso temporale e sulla convinzione della giuridica necessità del comportamento (*opinio iuris ac necessitatis*).

La consuetudine

La consuetudine è assunta dai vari ordinamenti positivi, e dal nostro tra questi, come fatto, senza che alcun rilievo sia dato ai singoli agenti e alle loro individue volontà ed intenzioni, che pure empiricamente esistono: è, in altri termini, da annoverarsi tra i fatti normativi, semplicemente e soltanto perché così (esplicitamente od implicitamente) regolata dalle norme sulle fonti degli ordinamenti che, in più o meno larga misura e con diversa sfera di efficacia, comunque la includono tra le proprie fonti (e dal nostro tra questi).

La consuetudine, che in genere è fonte di rango secondario, è ammissibile solo *praeter legem* o *secundum legem*, ma mai *contra legem*.

■ 2. Fonti di rango costituzionale.

Al vertice della gerarchia delle fonti si pongono la Costituzione e le altre leggi costituzionali.

La costituzione

La Costituzione formale coincide con la Costituzione scritta e indica un corpo organico di norme costituzionali, consacrate in un documento solenne e rivestito di forme speciali; mentre la Costituzione materiale è l'assetto fondamentale di una particolare visione politica, di intendere e di avvertire il bene comune, a cui viene data forma con la Costituzione formale, che può comprendere, oltre alla materia strettamente costituzionale, anche altre disposizioni (MORTATI).

La Costituzione italiana, che venne deliberata da un apposito organo (assemblea costituente) ed entrò in vigore il 1° gennaio 1948, è una costituzione scritta, lunga e rigida (nel senso che può essere modificata solo attraverso uno speciale procedimento, che caratterizza ogni legge costituzionale).

Le leggi di revisione della Costituzione e le altre leggi costituzionali necessitano, ai sensi dell'art. 138 Cost., di una doppia deliberazione di ciascuna Camera ad intervallo non minore di tre mesi e di una speciale maggioranza (assoluta dei componenti di ciascuna Camera); inoltre, si tratta di leggi che, se non approvate in seconda votazione da una maggioranza di due terzi dei componenti, sono sottoposte a r

Termine estratto capitolo

il quinto dei membri di una Ca-

CAPITOLO I

DIRITTI SOGGETTIVI E INTERESSI LEGITTIMI

GUIDA 1. Le situazioni soggettive del diritto amministrativo 2. Il diritto soggettivo 3. L'interesse legittimo 3.1. La ricostruzione recepita dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina 3.2. Interessi legittimi oppositivi e pretensivi 3.3. Le teorie sull'interesse legittimo ormai superate 3.3.1. La teoria dell'interesse occasionalmente protetto 3.3.2. La teoria dell'interesse strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa 3.3.3. La teoria del potere di reazione processuale 4. La teoria della degradazione e il suo progressivo superamento 5. Interessi procedurali 6. Interessi semplici, interessi amministrativamente protetti, diritti civili e interessi di mero fatto 7. Interessi collettivi e diffusi 8. L'azione popolare e i diritti pubblici soggettivi 9. Il ricorso per l'efficienza dell'Amministrazione (d.lgs. n. 198/2009): l'emersione in sede di giurisdizione degli interessi semplici e degli interessi amministrativamente protetti 10. Recenti tendenze legislative che configurano una giurisdizione di diritto oggettivo: 1) *class action* amministrativa; 2) sanzioni alternative; 3) ricorso dell'AGCM a tutela della concorrenza (art. 35 d.l. 201/2011).

■ 1. Le situazioni soggettive del diritto amministrativo.

Le situazioni soggettive di cui il privato può essere titolare nei confronti della P.A. sono il diritto soggettivo e l'interesse legittimo.

La definizione dell'interesse legittimo, e l'individuazione dei tratti distintivi rispetto al diritto soggettivo, ha impegnato per decenni la dottrina e la giurisprudenza sia ordinaria che amministrativa.

Soltanto in tempi relativamente recenti questo dibattito è approdato ad alcuni punti fermi di cui, nelle pagine che seguono, si cercherà di dare atto.

■ 2. Il diritto soggettivo.

Secondo la definizione più accreditata (NIGRO), il diritto soggettivo è la posizione di vantaggio spettante ad un soggetto in ordine ad un bene e consistente nell'attribuzione al soggetto medesimo di strumenti vari (facoltà, pretese, poteri) atti a realizzare in modo pieno l'interesse al bene.

A seconda del tipo di diritto, il soggetto può realizzare l'interesse con il suo comportamento, e cioè senza la cooperazione di altri soggetti (diritti assoluti), o con la cooperazione necessaria di un altro soggetto (cooperazione che, a sua volta, può consistere in una collaborazione attiva: diritti di credito; o in mera soggezione al comportamento del titolare: diritti potestativi).

Ciò che viene messo in evidenza per distinguere il diritto soggettivo dall'interesse legittimo è il carattere assoluto della protezione che l'ordinamento accorda all'interesse del suo titolare: esso non è subordinato agli interessi pubblici che l'Amministrazione, con l'esercizio dei suoi poteri, deve istituzionalmente perseguire.

*Differenza con
l'interesse
legittimo*

Come ha affermato anche l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, "il diritto soggettivo è assistito da una tutela tendenzialmente piena e diretta e, nei suoi confronti, è sempre circoscritta l'eventualità di condizionamenti esterni, anche se imputabili ad una amministrazione pubblica e, perciò, ad interessi generali" (*Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12*).

■ 3. L'interesse legittimo.

L'esatta individuazione della nozione di interesse legittimo è stata una delle operazioni più complesse che ha impegnato, da sempre, gli studiosi del diritto amministrativo.

Le numerose teorie (e le altrettanti definizioni proposte) ne sono una lampante dimostrazione.

Prima di ripercorrere, in una prospettiva storica, le varie tesi che hanno cercato di dare un contenuto alla nozione di interesse legittimo, appare opportuno evidenziare quelli che sono i risultati cui è ormai approdata la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza più recente.

3.1. *La ricostruzione recepita dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina.*

Oggi vi è concordia nel ritenere che anche l'interesse legittimo sia una situazione giuridica avente natura sostanziale, nel senso che si correla ad un inte-

resse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione) può concretizzare danno.

Il bene della vita

Anche nei riguardi della situazione di interesse legittimo (così come accade per il diritto soggettivo) l'interesse effettivo che l'ordinamento intende proteggere è pur sempre l'interesse ad un bene della vita: ciò che caratterizza l'interesse legittimo e lo distingue dal diritto soggettivo è soltanto il modo o la misura con cui l'interesse sostanziale ottiene protezione.

Come è stato autorevolmente evidenziato (NIGRO), tra le due situazioni non vi è differenza qualitativa, ma semmai quantitativa. Tanto il diritto soggettivo quanto l'interesse legittimo si risolvono in una pretesa ad un bene della vita: nel caso dell'interesse legittimo tale pretesa è, però, tutelata in maniera *relativa e condizionata* nel senso che l'ordinamento ne fa dipendere la soddisfazione dalla condizione che essa coincida con l'interesse pubblico, per la cui cura concreta attribuisce uno specifico potere all'autorità amministrativa. La soddisfazione del privato, quindi, è eventuale: essa avverrà solo se il suo interesse coincide con l'interesse pubblico.

Nel caso del diritto soggettivo, invece, la tutela è *piena e incondizionata*, perché l'ordinamento non ammette compressioni in nome di un interesse diverso, neanche in nome dell'interesse pubblico.

Ne discende, ancora, che l'interesse legittimo è una situazione che può rimanere *fisiologicamente insoddisfatta*, perché per ragioni di interesse pubblico, la pretesa del privato può essere sacrificata. Possono, quindi, verificarsi situazioni in cui il singolo, pur titolare dell'interesse legittimo, non ottenga *legittimamente e fisiologicamente* il bene della vita cui egli aspira. Ad esempio, l'impresa che partecipi ad una gara pubblica, il candidato che partecipi ad un concorso, il privato che chieda un'autorizzazione o una concessione, hanno tutti un interesse legittimo (a vincere la gara o il concorso o a ottenere il provvedimento richiesto). La soddisfazione della loro pretesa non è, tuttavia, garantita, ben potendo verificarsi che, legittimamente e fisiologicamente, non vincano la gara o il concorso oppure non ottengano il provvedimento.

Al contrario, il diritto soggettivo non può rimanere fisiologicamente insoddisfatto. O il diritto soggettivo non è ancora sorto, oppure, se è sorto, il privato deve avere soddisfazione e se ciò non accade vi è sicuramente una *situazione patologica*, di inadempimento o di illecito. Se Tizio, ad esempio, è titolare di un diritto soggettivo di credito nei confronti di una P.A., la P.A. non può, in nome dell'interesse pubblico rifiutarsi di pagare (e laddove eccezionalmente avesse un potere di questo tipo, in relazione a tale potere la pretesa del privato al pagamento diventerebbe interesse legittimo).

Ciò implica, ancora, che ogni qualvolta il privato sia titolare di una situazione soggettiva di cui l'ordinamento ammetta la compressione o l'incisione per motivi legati alla tutela di un interesse pubblico ritenuto superiore, quella situazione, in relazione a quel determinato potere amministrativo, attribuito per la cura dell'interesse pubblico, debba senz'altro qualificarsi come interesse legittimo.

Termine estratto capitolo

CAPITOLO II**IL RIPARTO DELLA GIURISDIZIONE**

GUIDA 1. Il riparto della giurisdizione: considerazioni introduttive 2. Il criterio della *causa petendi* 3. Il riparto della giurisdizione nel codice del processo amministrativo 4. L'ulteriore problema di distinguere diritti soggettivi e interessi legittimi ai fini del riparto della giurisdizione 4.1. L'irrelevanza della c.d. prospettazione 4.2. Il criterio che fa leva sulla distinzione tra atti vincolati e atti discrezionali 4.3. Il criterio che si basa sulla distinzione tra norme di azione e norme di relazione 4.4. Il criterio, prevalente, che si basa sulla distinzione tra carenza di potere e cattivo uso del potere 4.4.1. Carenza di potere in astratto e in concreto 4.4.2. La legge n. 15/2005: la nuova disciplina della nullità del provvedimento e i suoi riflessi sulla giurisdizione 4.4.3. Anche le Sezioni Unite verso il superamento della carenza di potere in concreto 4.4.4. La posizione del privato di fronte alla c.d. negoziazione della funzione amministrativa o all'esercizio di funzioni autoritative da parte di soggetti privati 5. La tripartizione della giurisdizione amministrativa: generale di legittimità, esclusiva e di merito 5.1. La giurisdizione generale di legittimità e la giurisdizione esclusiva 5.2. La giurisdizione di merito oggi 6. La giurisdizione esclusiva 6.1. Le tappe fondamentali nella storia della giurisdizione esclusiva 6.1.1. La distinzione tra atti amministrativi e atti paritetici 6.1.2. La giurisdizione esclusiva nel dibattito in Assemblea Costituente 6.1.3. Gli interventi legislativi nel periodo 1998-2000 6.1.4. I limiti costituzionali alla giurisdizione esclusiva: le sentenze della Corte costituzionale n. 204 del 2004 e n. 191 del 2006 7. Le singole ipotesi di giurisdizione esclusiva 7.1. Le ipotesi di giurisdizione esclusiva nella legge n. 241/90 7.2. I servizi pubblici 7.3. Concessione di beni pubblici 7.4. Procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture (l'estensione della giurisdizione alle sorti del contratto) 7.4.1. La responsabilità precontrattuale 7.4.2. Il risarcimento del danno da lesione dell'affidamento generato da un provvedimento amministrativo favorevole poi annullato. 7.4.3. La fase di esecuzione del contratto 7.4.4. La revisione prezzi 7.4.5. La giurisdizione sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative (rinvio) 7.5. Edilizia e urbanistica 7.5.1. Nozione di urbanistica 7.5.2. La requisizione in uso rientra nella materia urbanistica? La risposta di Cons. Stato Ad. plen. 31 luglio 2007, n. 10 7.5.3. Nozione di edilizia 7.5.4. Le sentenze della Corte costituzionale n. 204/2004 e n. 191/2006: la sottrazione al G.A. dei comportamenti meramente materiali 7.6. Rifiuti 7.7. Il pubblico impiego privatizzato e lo sbarramento del 15 settembre 2010 alla luce della giurisprudenza della Corte EDU 7.8. Il pubblico impiego non privatizzato. 7.9. Danno ambientale 7.10. Le controversie sportive 7.11. Le innovazioni in punto di giurisdizione: gli atti delle autorità indipendenti 7.11.1. Danno da omessa vigilanza e riparto della giurisdizione 8. Ulteriori fattispecie controverse in tema di giurisdizione 8.1. Ordinanza di precettazione in caso di sciopero nei servizi pubblici essenziali 8.2. Riparto di giurisdizione in materia di cittadini extracomunitari 8.3. Il contenzioso elettorale 8.3.1. Elezioni politiche nazionali 8.3.2. Elezioni amministrative ed elezioni per il Parlamento europeo 8.4. La giurisdizione sulla concessione e sulla revoca di contributi e finanziamenti pubblici 9. Diritti fondamentali e giudice amministrativo 9.1. Critiche alla tesi della indegradabilità 9.2. Il modello dei diritti inaffievolibili alla luce del nuovo art. 21-*septies* l. n. 241/1990 9.3. La recente presa di posizione della Corte costituzionale (sentenza n. 140/2007): anche il giudice amministrativo può conoscere i diritti fondamentali, almeno nei casi di giurisdizione esclusiva 9.4. Anche le Sezioni Unite aprono alla tesi secondo cui anche il G.A. può conoscere dei diritti fon-

damentali **10**. Le modalità per rilevare il difetto di giurisdizione e le questioni pregiudiziali. **11** La questione se l'originario ricorrente soccombente nel merito possa far valere in appello il difetto di giurisdizione del giudice da lui stesso adito. **12** La *translatio iudicii* **13** La compromettibilità in arbitri delle controversie concernenti diritti soggettivi.

■ 1. Il riparto della giurisdizione: considerazioni introduttive.

Nel vigente sistema processuale italiano, esistono una pluralità di ordini giurisdizionali, sicché sorge la necessità di delimitare l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario e rispetto agli altri giudici speciali.

Le principali questioni sorgono nella individuazione del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Laddove l'amministrazione pone in essere atti di diritto privato (p.es. un contratto) o comportamenti meramente materiali (p.es. l'occupazione *sine titulo*), non vi è esercizio di funzione pubblica, e pertanto la pubblica amministrazione si trova sullo stesso piano degli altri soggetti dell'ordinamento: in tal caso, essa risponde davanti al giudice ordinario (per l'inadempimento, e per l'illecito extracontrattuale).

Laddove l'amministrazione pone in essere provvedimenti autoritativi, che costituiscono esercizio di pubblica funzione, l'ordinamento vigente individua il giudice munito di giurisdizione attraverso due criteri, quello del tipo di situazione soggettiva lesa e quello della materia.

Il criterio del tipo di situazione soggettiva lesa si basa sulla dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi: dei primi conosce il giudice ordinario, dei secondi il giudice amministrativo (c.d. doppio binario).

Il criterio della situazione soggettiva

Il criterio della materia attribuisce una data materia al giudice ordinario o al giudice amministrativo quale che sia il tipo di situazione soggettiva lesa. Quando determinate materie vengono attribuite in blocco al giudice amministrativo, si parla di giurisdizione esclusiva.

Il criterio della materia

Il criterio che si fonda sul tipo di situazione soggettiva lesa è quello storicamente più antico, e tutt'oggi il criterio generale e residuale.

Il criterio che si fonda sulla materia è nato storicamente per evitare incertezze cui dà luogo, in taluni casi, il criterio generale.

Infine, un altro criterio di riparto, « speciale », è quello della c.d. giurisdizione di merito, in cui « merito » non è, nel senso processualciviltistico, sinonimo di accesso al fatto, bensì sinonimo di « opportunità amministrativa ». Nei limitati casi di giurisdizione di merito, il giudice amministrativo può sindacare le scelte discrezionali dell'amministrazione e sostituirsi ad essa.

■ 2. Il criterio della *causa petendi*.

La nascita della giustizia amministrativa (e del lungo dibattito in ordine al criterio di riparto della giurisdizione tra G.O. e G.A.) coincide storicamente con l'istituzione (ad opera della l. n. 5992/1889) della IV Sezione del Consiglio di Stato (la prima Sezione alla quale venivano attribuite funzioni giurisdizionali, che andava ad affiancarsi alla tre già esistenti sezioni consultive).

È a partire da tale momento che inizia a porsi il problema di individuare quali sono, nell'ambito delle controversie tra P.A. e privato, quelle che debbono essere conosciute dal G.O. e quelle che invece rientrano nella competenza del G.A.

La questione era resa più complessa dalla discrasia tra l'art. 2 della l. n. 224 del 1865, all. E (la norma che delimitava la giurisdizione del G.O.) e l'art. 3, della legge del 1889.

La prima norma perimetrava (e perimetra tutt'ora) la giurisdizione del G.O. facendo riferimento alla natura della situazione giuridica di cui si chiede la tutela (a mente di esso, infatti, sono "devolute alla giurisdizione ordinaria tutte le cause in cui si fa questione di un diritto civile o politico, ancorché vi possa essere interessata la P.A. e ancorché siano emanati provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa"); la seconda norma, (e le disposizioni successive che l'hanno riprodotta), per delimitare la giurisdizione del neo-istituito giudice amministrativo, non ha riguardo alla natura della situazione giuridica lesa, ma alla contestazione da parte del privato di un provvedimento della P.A.: essa, infatti, prevede il potere del G.A. di decidere i ricorsi per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge contro gli atti dell'amministrazione.

Le citate disposizioni favorirono la nascita di due tesi:

Tesi del *petitum* formale

1) la tesi del *petitum formale*: in forza della quale, per individuare il giudice competente, rileva ciò che il privato formalmente chiede (il *petitum* appunto), con la conseguenza che, ogniqualvolta la domanda è volta ad ottenere l'annullamento dell'atto, sussiste la giurisdizione amministrativa, anche quando la situazione soggettiva lesa si configura come un diritto soggettivo. Si parla, a tal proposito, della possibilità di far valere il diritto come interesse;

Tesi della *causa petendi*

2) la tesi della *causa petendi* (o del *petitum* sostanziale): in base ad essa, ciò che rileva, non è il *petitum* formale, ma la natura della situazione giuridica fatta valere in giudizio. Il giudice ordinario conosce sempre e solo dei diritti soggettivi, mentre al giudice amministrativo spetta la cognizione degli interessi legittimi.

Nel 1930, grazie al famoso compromesso tra i Presidenti della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato — Mariano D'Amelio e Santi Romano — prevale il criterio della *causa petendi*: si affermò che la possibilità di chiedere al G.A. l'annullamento di un provvedimento postula che la situazione pregiudicata sia un interesse legittimo, attribuendo rilievo determinante alla *causa petendi*.

Successivamente, la Costituzione del 1948 ha recepito (art. 103 Cost.) in modo molto netto il criterio di riparto fondato sulla distinzione tra diritti e interessi legittimi, consacrando definitivamente il criterio della *causa petendi*.

■ 3. Il riparto della giurisdizione nel codice del processo amministrativo.

Il codice del processo amministrativo ha recepito il criterio della *causa petendi*.

Art. 7 c.p.a.

L'articolo 7 del codice prevede, infatti, che sono devolute alla giurisdizione amministrativa 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 riconducibili anche mediata-

Termine estratto capitolo

CAPITOLO I

LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

GUIDA 1. La nozione di pubblica amministrazione 1.1. La pubblica amministrazione in senso oggettivo. Differenza con l'attività politica 1.2. La pubblica amministrazione in senso soggettivo 2. Gli indici di riconoscimento degli enti pubblici 3. La nozione comunitaria di pubblica amministrazione 4. I principi costituzionali in materia di pubblica amministrazione 4.1. I due modelli di amministrazione che emergono dalla Costituzione 4.2. Il principio di riserva di legge 4.3. Il principio di imparzialità 4.4. Il principio di buon andamento 5. L'organizzazione delle P.A.: uffici e organi 5.1. Gli organi indiretti della P.A. 5.2. Gli organi collegiali e i verbali delle sedute 5.3. La *prorogatio* degli organi 5.4. L'interruzione del rapporto organico 6. *Munera ed officia* 7. Rapporto di servizio, rapporto organico, dovere d'ufficio 8. Relazioni organizzative: gerarchia, direzione, coordinamento 8.1. Gerarchia 8.2. Direzione 8.3. Coordinamento 9. Il concetto di competenza 9.1. Il principio di competenza e l'inderogabilità dell'ordine legale delle competenze 9.2. Gli strumenti che incidono sull'ordine legale delle competenze 9.2.1. Avocazione 9.2.2. Delegazione 9.2.3. Avvalimento 9.2.4. Sostituzione 10. Il funzionario di fatto e il regime degli atti dallo stesso adottati 10.1. La sorte dei provvedimenti favorevoli adottati dal funzionario di fatto... 10.2. ...e quella dei provvedimenti sfavorevoli 10.2.1. Atto di nomina mancante *ab initio* 10.2.2. Nomina illegittima, ma non ancora rimossa all'epoca dell'emanazione 11. L'Amministrazione dello Stato 11.1. Peculiarità della persona giuridica Stato: la legittimazione sostanziale e processuale dei Ministeri 11.2. La struttura dell'organizzazione dello Stato 11.2.1. I Ministeri 11.2.2. Le Agenzie 11.2.2.1. Le Agenzie fiscali 11.2.3. Le Aziende 12. Gli enti pubblici territoriali 12.1. Le Regioni 12.1.1. Statuti e potestà legislativa delle Regioni ordinarie e delle autonomie speciali 12.1.2. L'organizzazione regionale 12.1.3. L'autonomia finanziaria e il federalismo fiscale 12.2. Gli enti locali. 12.2.1. I Comuni 12.2.2. Le Province e le recenti riforme 12.2.3. Città metropolitane, Comunità montane e unioni di Comuni 12.2.4. La partecipazione popolare 13. Il riparto delle funzioni amministrative 13.1. Il precedente principio del parallelismo delle funzioni e le modalità del trasferimento 13.2. L'art. 118 della Costituzione 13.3. Il principio di sussidiarietà 13.4. Poteri sostitutivi, leale collaborazione e controlli.

■ 1. La nozione di pubblica amministrazione.

La nozione di pubblica amministrazione può essere intesa in senso oggettivo o in senso soggettivo.

1.1. *La pubblica amministrazione in senso oggettivo. Differenza con l'attività politica.*

In senso oggettivo, per pubblica amministrazione si può intendere, in prima battuta, l'attività diretta alla cura concreta degli interessi pubblici, attività posta in essere sulla base della legge, nel rispetto di fini dalla stessa predeterminati.

Sotto questo profilo, l'attività amministrativa si distingue dall'attività politica: quest'ultima è una attività libera (salvo i vincoli derivanti dalla Costituzione e dal diritto comunitario), che pone essa stessa i propri fini insindacabili, a fronte dei quali i portatori di interessi contrapposti non hanno, di norma, tutela giuridica, ma solo l'arma dell'opposizione politica (CERULLI IRELLI).

Al contrario, l'attività amministrativa è vincolata nei fini che devono essere perseguiti, fini che sono posti o dalla legge o dagli atti generali di indirizzo. Tali caratteristiche valgono non solo per l'attività amministrativa vincolata, ma anche per quella c.d. discrezionale. La discrezionalità amministrativa non implica, infatti, la possibilità di scegliere i fini da perseguire (sempre rigidamente predeterminati), ma solo il potere di scegliere, tra le diverse soluzioni astrattamente compatibili con l'interesse pubblico predeterminato, quella, nel caso concreto, ritenuto migliore, perché più opportuna o più congrua.

Mentre l'attività politica è tendenzialmente insindacabile in sede giurisdizionale (almeno di fronte al G.A.: cfr. l'art. 31, T.U. delle leggi del Consiglio di Stato, che espressamente esclude l'impugnazione in sede giurisdizionale « degli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico »), l'attività amministrativa, anche quella ampiamente discrezionale (si pensi ai c.d. atti di alta amministrazione) è invece sempre suscettibile di essere contestata in sede giurisdizionale, nei modi che si vedranno.

Attività discrezionale e attività politica

1.2. *La pubblica amministrazione in senso soggettivo.*

In senso soggettivo, per pubblica amministrazione si intende l'insieme delle strutture costituite per lo svolgimento di funzioni amministrative.

Le nozioni di pubblica amministrazione in senso soggettivo ed oggettivo sono quindi strettamente intrecciate, non essendo possibile tracciare un quadro sicuro delle attività propriamente amministrative senza definire i soggetti deputati a svolgerle e viceversa.

L'individuazione dei soggetti che rientrano nel novero delle pubbliche amministrazioni è, peraltro, operazione molto complessa.

Da un lato, infatti, manca una definizione legislativa di carattere generale: il legislatore si preoccupa di definire le pubbliche amministrazioni solo con riferimento ad un determinato ambito; così, ad esempio, accade per la definizione contenuta nell'art. 1, comma 2, T.U. n. 165/2001, che vale solo per delimitare il campo di applicazione della normativa in materia di lavoro pubblico o per la definizione di amministrazione aggiudicatrice contenuta nel codice dei contratti pubblici (art. 3, comma 26).

Dall'altro, la difficoltà nella ricerca di una definizione unitaria è accresciuta dal fatto che a livello comunitario la nozione di pubblica amministrazione non è intesa come categoria unitaria: al contrario tale nozione viene elaborata settore per settore, adattandola alle esigenze sottese alla normativa delle singole materie.

■ 2. Gli indici di riconoscimento degli enti pubblici.

Data la difficoltà di approntare una definizione unitaria di pubblica amministrazione, la giurisprudenza e la dottrina hanno, nel tempo, elaborato una serie di indici di riconoscimento della natura pubblica di un ente.

In particolare, la natura pubblica di un soggetto viene desunta:

- a) dall'esistenza di un sistema di controlli pubblici;
- b) dalla partecipazione dello Stato o di altro ente pubblico alle spese di gestione;
- c) dal fatto che l'ente è stato costituito ad iniziativa pubblica;
- d) dall'esistenza di un potere di direttiva in capo ad un ente pubblico;
- e) dall'ingerenza di un ente pubblico nella nomina degli organi di vertice.

■ 3. La nozione comunitaria di pubblica amministrazione.

Si è già detto come, a livello comunitario, la nozione di pubblica amministrazione non sia univoca, ma multiforme, nel senso che cambia a seconda della normativa che deve trovare applicazione e delle esigenze ad essa sottese.

*Impieghi nella
P.A.*

Ad esempio, ai sensi dell'art. 39, par. 4, TCE, (ora art. 45, par. 4, TFUE) la libertà di circolazione dei lavoratori non si applica con riguardo agli impieghi nella pubblica amministrazione. Ebbene, nell'interpretare questa disposizione, la Corte di giustizia, preoccupata di assicurare la massima applicazione alla libertà in esame, ha accolto una nozione particolarmente ristretta di pubblica amministrazione, ritenendo che rientrassero nella deroga soltanto *"i posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche"* (Corte giust. 17 dicembre 1980, in C-149/79).

*Amministrazione
aggiudicatrice*

Molto ampia, invece, è la nozione comunitaria di pubblica amministrazione che viene invece in gioco quando si tratta di delimitare il campo di applicazione delle direttive in materia di appalti. In tal caso, al fine di tutelare la concorrenza, l'esigenza è quella di sottoporre alla norme comunitarie tutti quei soggetti che, a prescindere dalla veste giuridica formale, presentino, per il loro assetto sostanziale, il rischio di operare secondo logiche non di mercato (e quindi di aggiudicare gli appalti in modo da ledere la *par condicio* fra le imprese comunitarie).

Per soddisfare tali esigenze, il diritto comunitario ha assoggettato all'osservanza delle regole **Termine estratto capitolo** "organismo di diritto pubblico"

CAPITOLO II

GLI ENTI PUBBLICI

GUIDA 1. La nascita degli enti pubblici 2. L'attribuzione di natura pubblicista ad organizzazioni preesistenti: i limiti costituzionali che incontra il legislatore 3. I criteri di identificazione degli enti pubblici 3.1. La nozione funzionale e cangiante di ente pubblico 4. Enti strumentali ed enti ad autonomia funzionale 5. Gli enti pubblici in forma societaria.

■ 1. La nascita degli enti pubblici.

La nascita degli enti pubblici nel nostro ordinamento avviene sulla base di due percorsi tra loro molto diversi (CERULLI IRELLI).

Alcuni enti pubblici sono stati creati dallo Stato per soddisfare proprie esigenze organizzative e funzionali. Lo Stato, a fronte di una nuova esigenza amministrativa, anziché creare nuovi uffici all'interno della propria organizzazione, ovvero attribuire nuovi compiti ad uffici già esistenti, ha deciso di creare un nuovo ente, cioè un soggetto (con propria organizzazione), dotato di personalità giuridica distinta dalla propria.

L'altro percorso consiste, invece, nell'attribuire natura pubblicistica a preesistenti organizzazioni nate dall'autonomia privata o sociale (così è accaduto per esempio per le casse di risparmio, per le IPAB, per le comunità israelitiche).

■ 2. L'attribuzione di natura pubblicistica ad organizzazioni preesistenti: i limiti costituzionali che incontra il legislatore.

Il fenomeno di nascita degli enti pubblici mediante l'attribuzione di una natura pubblicistica a organizzazioni già esistenti presenta alcuni elementi di criticità.

Innanzitutto, spesso l'attribuzione della natura pubblicistica non avviene con atti normativi a formulazione esplicita, ma in via implicita, mediante il conferimento a queste organizzazioni di qualità strutturali o funzionali incompatibili con la precedente natura privatistica (CERULLI IRELLI).

Inoltre, come la Corte costituzionale ha precisato, la scelta del legislatore di attribuire natura pubblicistica ad enti preesistenti incontra dei limiti, derivanti da quelle norme costituzionali che, in diverse forme e con diversa intensità, tutelano e garantiscono, in determinati settori, l'autonomia privata. Così, ad es., l'art. 38 Cost. prevede che l'assistenza privata è libera; l'art. 8 Cost. prevede che le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno autonomia statutaria; l'art. 33 Cost., in materia di istruzione garantisce un concorso pluralistico del pubblico e del privato.

È così accaduto che il citato il processo di "pubblicizzazione" incontrasse, proprio a causa della violazione di questi limiti, la scure della Corte costituzionale. Ad esempio, con la *sentenza n. 396/1988*, la Corte ha dichiarato incostituzionale, per contrasto con l'art. 38, ult. co., Cost., secondo cui l'assistenza privata è libera, l'art. 1 della l. n. 6972/1890, nella parte in cui non prevede che le istituzioni di assistenza e beneficenza possano continuare a sussistere, assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano tutti i requisiti di una istituzione privata.

Ancora, con la *sentenza n. 259/1992*, la Corte costituzionale ha dichiarato illegittime le norme che hanno attribuito il carattere di ente pubblico alle Comunità israelitiche: la norma violata, in questo caso, è l'art. 8, co. 2, Cost. che riconosce l'autonomia statutaria delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, così limitando l'ingerenza dello Stato. Secondo la sentenza, in particolare, "al riconoscimento da parte dell'art. 8, secondo comma, della Costituzione, della capacità delle confessioni religiose, diverse dalla cattolica, di dotarsi di propri statuti,

Tutela costituzionale dell'autonomia privata

Corte cost. n. 396/1988

Corte cost. n. 259/1992

corrisponde l'abbandono da parte dello Stato della pretesa di fissarne direttamente per legge i contenuti". La natura pubblica della personalità giuridica conferita alle comunità israelitiche contrasta, invece, con detto principio, perché tale natura presuppone un regime cui corrisponde tutt'altro che l'abbandono da parte dello Stato di quel potere di ingerenza.

■ 3. I criteri di identificazione degli enti pubblici.

Uno dei principali problemi che viene in rilievo quando si parla di enti pubblici è quello relativo alla loro identificazione. Il problema ha rilevanti ripercussioni sul piano pratico, per la ragione che vi sono numerose norme che fanno riferimento agli "enti pubblici" al fine di determinare l'applicazione di singoli istituti.

Non è risolutivo, al riguardo, l'art. 4 l. n. 70/1975 secondo cui "nessun nuovo ente può essere istituito o riconosciuto se non per legge". La norma vieta la costituzione — peraltro molto rara anche prima della sua entrata in vigore — di enti pubblici con mero atto amministrativo, ma non fornisce utili criteri per stabilire la natura di un ente in tutti quei casi, oggi sempe più frequenti, nei quali esiste una base legislativa che, pur senza qualificare nominalmente ed espressamente un determinato soggetto come pubblico, lo sottopone, comunque, ad un regime sostanzialmente pubblicistico.

Indici sintomatici della pubblicità

La giurisprudenza, soprattutto in passato, ha elaborato una serie di indici sintomatici della pubblicità.

In una prima fase, l'elemento sintomatico principale era l'attribuzione alla persona giuridica di poteri amministrativi in senso tecnico o comunque compiti specifici per la cura di interessi pubblici.

Con tale criterio, tuttavia, risultava difficile spiegare la presenza di enti pubblici cui non sono demandati compiti amministrativi in senso classico, ma che svolgono attività di impresa (enti pubblici economici).

Rapporto con lo Stato

Sono stati quindi elaborati ulteriori indici sintomatici della pubblicità che fanno riferimento all'esistenza di una solida relazione organizzativa tra l'ente e lo Stato (il c.d. rapporto di servizio dell'ente rispetto allo Stato). Assumono, rilevanza, ad esempio, quali indici sintomatici della pubblicità: il potere di nomina e di revoca degli amministratori; l'esistenza di poteri di controllo sul funzionamento degli organi o sul merito di determinati atti, il potere di direttiva nei confronti degli organi circa determinati obiettivi dell'azione dell'ente; la previsione di un finanziamento stabile da parte dello Stato, e così via.

3.1. La nozione funzionale e cangiante di ente pubblico.

Rivisitazione dei criteri tradizionali di identificazione dell'Ente pubblico

Oggi, peraltro, il fenomeno degli enti pubblici ha acquistato una maggiore complessità rispetto al passato, imponendo anche, almeno in parte, la rivisitazione dei tradizionali criteri di identificazione. La figura dell'ente pubblico, infatti, è stata scomposta e frammentata dal legislatore, al punto da rendere spesso « inseriti **Termine estratto capitolo** ci rivelatori (M.S. GIANNINI, NA-

CAPITOLO III**L'IMPRESA PUBBLICA, LE SOCIETÀ PUBBLICHE E LE SOCIETÀ *IN HOUSE***

GUIDA 1. L'impresa pubblica: enti pubblici economici e società pubbliche 1.1. Gli enti pubblici economici e il fenomeno della privatizzazione 1.2. Imprese pubbliche e regole di concorrenza. Il contesto europeo 1.3. Le società a partecipazione pubblica 2. Le deroghe al diritto comune previste dal codice civile per le società a partecipazione pubblica 3. Ulteriori deroghe al diritto comune 3.1. Il regime di responsabilità di amministratori e dipendenti di società pubbliche e di enti pubblici economici 3.2. Il reclutamento del personale 3.3. Imprese pubbliche e procedura di evidenza pubblica (settori ordinari e settori speciali) 3.3.1. La questione della disciplina applicabile ai contratti stipulati dalle imprese pubbliche per finalità estranee all'esercizio della missione rientrante nel settore speciale: la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 16/2011 3.4. Controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico 4. Vincolo di scopo e vincolo di attività per la costituzione di società pubbliche 5. Classificazione delle società a partecipazione pubblica 6. Le società *in house* 6.1. Il fondamento dell'istituto dell'*in house* 6.2. I requisiti dell'*in house* 6.2.1. Il requisito del controllo analogo 6.2.2. Il requisito dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente affidante 6.3. L'*in house* dopo le nuove direttive europee in materia di contratti pubblici (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) e il loro recepimento da parte del d.lgs. n. 50 del 2006 6.4. L'*in house* nel Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica 6.5. Il ricorso all'*in house*: libertà di scelta o rigida eccezione? 7. Le società a partecipazione mista pubblica-privata.

■ 1. L'impresa pubblica: enti pubblici economici e società pubbliche.

L'Amministrazione a volte opera direttamente sul mercato assumendo un ruolo di tipo imprenditoriale, svolgendo cioè attività di impresa secondo la definizione codicistica (art. 2082 c.c.) di attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi. Le modalità attraverso le quali questo intervento diretto può realizzarsi sono principalmente due: quello (oggi in gran parte superato) degli enti pubblici economici e quello delle società in mano pubblica.

1.1. *Gli enti pubblici economici e il fenomeno della privatizzazione.*

La forma più classica di intervento è quello degli enti pubblici economici (che sono quegli enti che esercitano esclusivamente o prevalentemente attività economica). Tale modello è oggi recessivo (anche per effetto del processo di privatizzazione che ha investito quasi tutti gli enti pubblici economici) ed è sostituito da quello delle società in mano pubblica.

Va rilevato che i principali enti pubblici economici esistenti nel nostro Paese fino all'avvento della privatizzazione operavano soprattutto come *holdings*, gestivano cioè la partecipazione azionarie dello Stato in società di capitali che esercitavano direttamente sul mercato l'attività di produzione di scambio di beni e servizi.

Agli enti pubblici economici si applica, salvo eccezioni espresse, il regime dell'impresa privata. L'eccezione più importante è quella stabilita dall'art. 2221 c.c. secondo cui l'ente pubblico economico non è soggetto alla disciplina del fallimento.

Il modello degli enti pubblici economici è, come si è detto, ormai recessivo, in via di estinzione, in quanto a partire dagli inizi degli anni '90, il legislatore ha avviato un processo di privatizzazione che ha portato alla trasformazione degli enti pubblici economici in s.p.a. Così, il d.l. n. 333/1992 (conv. in l. n. 259/1992) ha trasformato in s.p.a. i quattro più importanti enti pubblici economici (IRI, ENI, INA, ENEL), attribuendo la titolarità delle relative azioni al Ministero del Tesoro. La trasformazione in s.p.a. di ulteriori enti pubblici è stata affidata alla determinazione del CIPE.

Modello recessivo

Anche gli istituti di credito di diritto pubblico sono stati trasformati in s.p.a. attraverso un complesso procedimento che ha previsto lo scorporo dell'azienda bancaria dagli originari enti creditizi; la scissione di questi ultimi in due soggetti (enti conferenti e società per azioni conferitarie; il conferimento dell'azienda bancaria alla s.p.a. conferitaria delle cui azioni, però, l'originario ente resta titolare come Fondazione).

Si distingue, al riguardo, una privatizzazione in senso formale e una privatizzazione in senso sostanziale. Nel primo caso, l'ente pubblico viene trasformato in s.p.a., ma a cambiare è solo la forma giuridica perché la totalità delle azioni della neo istituita s.p.a. è ancora detenuta dallo Stato. Nel secondo caso, le azioni vengono vendute ai privati, con uscita di scena, totale o parziale, dello Stato azionista. La privatizzazione formale è un primo passaggio verso la privatizzazione sostanziale: la proprietà pubblica, trasformata in proprietà azionaria diviene negoziabile e perciò suscettibile di passare in mano ai privati.

Privatizzazione formale e sostanziale

*Corte cost. n.
466/1993*

La distinzione ha assunto particolare rilievo quando la Corte costituzionale (con la *sentenza n. 466/1993*), risolvendo un conflitto di attribuzione tra Governo e Corte dei conti in senso favorevole alla Corte, ha precisato che fino a quando la privatizzazione è soltanto formale, ma il capitale della società rimane nella disponibilità (totale o maggioritaria) dello Stato, sulle nuove società nate dalla trasformazione degli enti pubblici economici permanesse il potere delle Corte dei conti di esercitare il controllo sulla gestione ai sensi dell'art. 12 l. n. 259/1958.

*Ragioni a sostegno
della
privatizzazione*

Diverse le ragioni che hanno determinato la privatizzazione degli enti pubblici economici.

La prima risiede nel più alto grado di produttività che, per dato di esperienza, l'impresa in mano privata presenta rispetto all'impresa in mano pubblica e perciò nell'esigenza di realizzare una più intensa valorizzazione delle risorse ed un più alto tasso di sviluppo economico complessivo.

La seconda collega la privatizzazione al *deficit* della finanza pubblica ed all'esigenza di ripianarlo anche con entrate straordinarie, derivanti dalla vendita, previa, occorrendo, la trasformazione in ricchezza azionaria delle aziende pubbliche o di loro quote consistenti.

La ragione principale della privatizzazione risiede, tuttavia, nell'esigenza, imposta dal diritto comunitario, di dare equilibrio al mercato, stabilendo fra le imprese in esso presenti condizioni di effettiva concorrenza.

Ed infatti, le imprese in mano pubblica, per quanto fosse a loro imposto di agire secondo criteri di economicità, ossia di rispettare le regole del mercato, finivano inevitabilmente per trovarsi in una posizione di vantaggio rispetto alle imprese private, tale da alterare il gioco della concorrenza, con conseguente depressione dell'economia di mercato.

Basti pensare, come fenomeno inevitabilmente discorsivo della concorrenza, che lo Stato imprenditore gode di una illimitata capacità di indebitamento; è in grado di fare ricorso, per sostenere le imprese, a risorse finanziarie, cui può attingere a piene mani tramite l'imposizione fiscale o il debito pubblico; può praticare prezzi non praticabili dalle imprese private.

1.2. Imprese pubbliche e regole di concorrenza. Il contesto europeo.

Significativo, nell'ottica della tutela della concorrenza, è stato l'impatto del diritto europeo.

Giova a tal proposito evidenziare che le regole comunitarie a tutela della concorrenza impongono, da un lato, ai soggetti che svolgono attività di impresa di evitare di porre in essere comportamenti idonei a restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno; dall'altro, agli Stati membri di concedere aiuti o risorse, sotto qualsiasi forma, che, favorendo talune imprese, falsino o minaccino di falsare la concorrenza (artt. 101 e 107 TFUE).

Uno dei postulati essenziali per il funzionamento delle regole di concorrenza — sul presupposto che « i Trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente » (art. 107 TFUE) e dunque assumono un

CAPITOLO IV

LE AUTORITÀ INDIPENDENTI

GUIDA 1. Nozione di autorità indipendenti e ragioni della loro nascita 2. Le autorità indipendenti in Italia 3. Il problema della copertura costituzionale 4. La natura delle autorità indipendenti 5. La neutralità e l'indipendenza 6. Le funzioni delle autorità indipendenti 6.1. Funzioni amministrative e contenziose 6.2. Le funzioni regolatorie 6.3. Il rischio di commistione tra funzioni di regolazione e funzioni di vigilanza e sanzione 7. Le regole procedurali e la giurisprudenza della Cedu 8. La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità indipendenti 8.1. Il riparto di giurisdizione 8.2. Il sindacato esercitato dal giudice amministrativo 8.3. L'impugnazione delle sanzioni 8.4. Il controllo giurisdizionale sull'attività di vigilanza 8.5. Il sindacato sui c.d. provvedimenti negativi delle autorità.

■ 1. Nozione di autorità indipendenti e ragioni della loro nascita.

Con il termine “Autorità indipendenti” si indica una serie di poteri pubblici, caratterizzati da uno specifico grado di indipendenza dal potere politico, dall’esercizio di funzioni “neutrali” in diversi settori dell’ordinamento (principalmente economici) e da un elevato livello di competenze tecniche.

Le difficoltà nel definire il fenomeno delle autorità indipendenti

Una definizione unitaria del fenomeno delle autorità indipendenti non è semplice, in quanto non si è in presenza di organismi creati dal legislatore in esecuzione di un preciso disegno e in adesione ad un dato modello, ma di autorità istituite in base a contingenti esigenze di indipendenza e neutralità in alcuni specifici settori e in assenza di una disciplina comune, oltre che di un diretto riferimento costituzionale.

Per comprendere il fenomeno, risulta indispensabile accennare alle ragioni che nell’ordinamento italiano e prima ancora in altri paesi hanno spinto i legislatori a creare dette autorità indipendenti.

Le radici delle autorità negli U.S.A.

Le radici di tale fenomeno vanno sicuramente individuate nel modello americano delle *independent regulatory agencies*, che hanno negli Stati Uniti una tradizione secolare, dovuta alla fine dell’ottocento alla necessità di attuare un processo di regolazione pubblica dell’economia, finalizzato a disciplinare gli effetti di una industrializzazione rapida, di novità tecnologiche e di una massiccia urbanizzazione.

Alle *agencies* vengono attribuite funzioni composite: a funzioni più tipicamente amministrative (di autorizzazione e di vigilanza) si accompagnano quelle di normazione secondaria (quasi-legislative; il c.d. *rulemaking*) e di soluzione delle controversie e di decisione (*adjudication* — *quasi-judicial*, secondo alcuni).

Le agencies statunitensi

Le agenzie indipendenti nascono per assicurare il “*keeping out of politics*”, un riparo efficace dalla corruzione e dalle frodi, consentendo un processo decisionale fondato sull’esperienza tecnica e sulla neutralità. La comparsa delle prime autorità indipendenti viene fatta risalire all’istituzione avvenuta nel lontano 1887, negli Stati Uniti, della *Interstate Commerce Commission*, denominata “*the poor man’s court*”, chiamata a disciplinare l’azione delle compagnie ferroviarie e a tutelare dei diritti dei soggetti meno forti (agrari e piccoli commercianti) nel conflitto tra interessi che si era aperto negli Stati Uniti in seguito allo sviluppo delle strade ferrate.

La peculiarità del modello statunitense sta proprio nella delega di poteri sostanzialmente normativi: le funzioni vengono esercitate senza il limite di stretti vincoli legislativi preesistenti, ma sulla base di parametri di equilibrio.

Il che garantisce una estrema flessibilità, soprattutto nei settori nuovi, ma attribuisce alle *agencies* un rilevante cumulo di poteri; al fine di evitare che l’esercizio di tali poteri si potesse tramutare in arbitrio, l’approvazione dell’*Administrative Procedure Act* nel 1946 impose alle *agencies* il rispetto di una serie di regole procedurali, dirette alla tutela delle garanzie delle imprese soggette a tali poteri e al rispetto del contraddittorio.

La nascita di autorità indipendenti in Europa

In Europa, il fenomeno ha radici più giovani e si è iniziato a manifestare negli anni settanta, quando in Francia vi è stata l’istituzione di diverse *autorités administratives indépendantes*, nate come negli USA per finalità di protezione di diritti ed interessi rispetto ai c.d. poteri forti, anche se con caratteristiche diverse. In Gran Bretagna, a fronte di una più consolidata esperienza di autorità, aventi

un ruolo sostitutivo rispetto al giudice, si sono poi sviluppate autorità, cui è stata affidata la titolarità anche di potestà amministrative e normative (di *delegated legislation*).

Differenze tra modello americano e modello europeo

Le ragioni della nascita delle autorità indipendenti in Europa sono profondamente diverse rispetto a quelle americane: negli USA si è passati dall'assenza di disciplina del mercato alla *regulation*, mentre in Europa da una eccessiva regolamentazione amministrativa si è passati ad una meno incisa regolazione.

Ciò è dipeso dal fatto che negli stati europei vi è stato un massiccio intervento dello Stato nell'economia e quando questo modello dirigistico è entrato in crisi, unitamente alla crisi dello Stato sociale, si è manifestata l'esigenza di una drastica riduzione della presenza pubblica nell'economia con l'introduzione, o il tentativo di introduzione di un modello neo-liberista, caratterizzato da un processo di privatizzazione dei settori economici in mano pubblica.

Proprio nel settore dei servizi pubblici, si è avvertita l'esigenza di creare autorità indipendenti, incaricate di sorvegliare il mercato, come per esempio avvenuto in Gran Bretagna.

■ 2. Le autorità indipendenti in Italia.

Anche in Italia il fenomeno delle autorità indipendenti è emerso negli ultimi decenni, benché con ritardo rispetto ad altri paesi europei.

Va subito chiarito che non rientrano nel fenomeno istituzioni, quali il Consiglio di Stato e la Corte dei Conti, nate nell'ambito dell'amministrazione e che hanno poi acquisito non solo un'assoluta indipendenza ma soprattutto l'esercizio di funzioni giurisdizionali.

Benché la Banca d'Italia venga considerata da molti una vera e propria autorità indipendente soprattutto in relazione alle funzioni svolte per la tutela del risparmio, l'inizio del dibattito sul fenomeno in esame si è avuto in Italia con l'istituzione ad opera della legge n. 216 del 1974 della CONSOB cui è stata attribuita la funzione di vigilanza sui mercati mobiliari, di protezione degli investitori e di garanzia della trasparenza informativa del mercato e della correttezza degli operatori.

Elenco delle autorità indipendenti italiane

Soprattutto nel corso degli anni novanta il fenomeno delle autorità indipendenti ha avuto maggiore impulso: sono stati istituiti: il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, poi sostituito dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Autorità antitrust), l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas e il sistema idrico, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC che ha dapprima assunto i compiti di contrasto alla corruzione in origine attribuiti alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche e poi per effetto del d.l. n. 90/2014 ha anche sostituito nelle funzioni la soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; con Termine estratto capitolo

CAPITOLO V

L'ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO

GUIDA 1. Origini e *ratio* della nozione di organismo di diritto pubblico 2. Le implicazioni della qualificazione di un soggetto in termini di organismo pubblico 3. Gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico 3.1. La personalità giuridica 3.2. L'influenza pubblica dominante 3.3. Il soddisfacimento di bisogni di interesse generale non avente carattere industriale o commerciale 4. L'organismo di diritto pubblico *in parte qua*.

■ 1. Origini e *ratio* della nozione di organismo di diritto pubblico.

La nozione di organismo di diritto pubblico è stata introdotta nel nostro ordinamento in sede di recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici. Tale espressione ricomprende alcuni soggetti che, sebbene formalmente privati, hanno, tuttavia, l'obbligo di osservare la procedura di evidenza pubblica prevista dalla normativa comunitaria in materia di appalti.

La *ratio* che sta alla base della nozione in esame dimostra l'attenzione del diritto comunitario agli aspetti sostanziali degli istituti giuridici: l'organismo di diritto pubblico è tenuto ad osservare il diritto comunitario in materia di appalti in quanto le sue caratteristiche sostanziali rivelano un forte legame (strutturale e funzionale) con la pubblica amministrazione e fanno, perciò, nascere il rischio che, quando sceglie il contraente, non operi secondo regole di mercato, alterando così il gioco della concorrenza.

Ratio dell'istituto

Questi soggetti, pertanto, quando stipulano un appalto (di lavori, servizi o forniture), non sono liberi di scegliere liberamente il contraente, ma debbono fare una gara nel rispetto delle regole oggi dettate dal nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 18 aprile 2016, n. 50).

L'organismo di diritto pubblico è, quindi, un soggetto cangiante: è equiparato ad una pubblica amministrazione quando fa una gara d'appalto; negli altri casi è trattato alla stregua di un soggetto privato.

Soggetto cangiante

■ 2. Le implicazioni della qualificazione di un soggetto in termini di organismo pubblico.

Qualificare un soggetto come organismo di diritto pubblico ha rilevanti implicazioni pratiche.

Abbiamo già visto nel paragrafo precedente che ciò comporta l'assoggettamento al diritto comunitario in materia di appalti e, quindi, l'obbligo dell'evidenza pubblica.

Dall'obbligo dell'evidenza pubblica derivano importanti conseguenze in punto di giurisdizione: ai sensi dell'art. 133, lett. e), l'obbligo dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente radica la giurisdizione esclusiva del G.A. Tutte le controversie relative alle gare bandite dall'organismo di diritto pubblico (ora anche sotto la soglia comunitaria) sono quindi devolute al giudice amministrativo.

Ancora, gli organismi di diritto pubblico, limitatamente alla attività che svolgono in tale qualità, sono considerati pubbliche amministrazioni anche ai fini dell'applicazione della disciplina sull'accesso ai documenti amministrativi (cfr. art. 22 che include nella nozione di P.A. anche i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario).

■ 3. Gli elementi costitutivi dell'organismo di diritto pubblico.

Gli elementi strutturali della nozione di organismo di diritto pubblico (art. 3, comma 1, lett. d) d.lgs. n. 50/2016) sono tre: 1) il possesso della personalità giu-

ridica; 2) la sottoposizione ad una influenza pubblica dominante (che si ha alternativamente, e non cumulativamente, quando: a) l'attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato o da altro ente pubblico; oppure b) la gestione è soggetta al controllo di questi enti; oppure c) l'organo di amministrazione, di direzione, di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato o da altri enti pubblici); 3) il perseguimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale e commerciale.

Secondo una giurisprudenza consolidata questi tre requisiti debbono concorrere affinché un soggetto possa essere qualificato organismo di diritto pubblico.

3.1. *La personalità giuridica.*

Il requisito della titolarità della personalità giuridica viene interpretato nel senso che il soggetto deve essere titolare di soggettività giuridica, ritenendosi sufficiente la mera presenza di un centro di imputazione di situazioni giuridiche. A tal fine rileva anche la personalità giuridica di diritto privato, essendo ormai pacifica che la forma societaria non impedisce la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico.

La giurisprudenza ha, in proposito, osservato come “un organismo può avere sostanza di diritto pubblico pur rivestendo una forma di diritto privato e pur essendo costituito in forma di società, perché non è tanto la veste giuridica che conta, quanto l'effettiva realtà interna dell'ente e la sua preordinazione al soddisfacimento di un certo tipo di bisogni, cui anche le imprese a struttura societaria sono in grado di provvedere, senza che venga in rilievo, al riguardo, la maggiore o minore quantità di spazio ad essi dedicato, visto che per la qualificazione di un ente come organismo di diritto pubblico non è necessario che il perseguimento di finalità generali assurga a scopo esclusivo, potendo coesistere con lo svolgimento, anche prevalente, di attività industriali o commerciali” (*Cass. civ., Sez. Un., 7 ottobre 2008, n. 24772*).

3.2. *L'influenza pubblica dominante.*

L'influenza pubblica dominante, poi, può essere determinata dalla ricorrenza di una qualunque delle seguenti ipotesi, previste in via alternativa: a) finanziamento pubblico maggioritario; b) controllo pubblico della gestione; c) attribuzione alla mano pubblica della nomina di più della metà dei componenti degli organi di direzione, amministrazione o vigilanza degli organismi.

Come la *Corte di giustizia* ha chiarito nel caso *University of Cambridge* (3 ottobre 2000, C-380/98), il finanziamento pubblico maggioritario ricorre in presenza di erogazioni concesse da una amministrazione pubblica nell'ambito delle proprie attività istituzionali, svincolate da una prestazione contrattuale a carico del soggetto beneficiario. Solo il versamento svincolato da una corrispondente prestazione posta a carico del ricevente risulta idonea a generare o rafforzare quel legame di stretta dipendenza tra percettore e amministrazione pubblica, da cui può nascere il rischio che il primo sia condizionato dalle indicazioni fornite dalla seconda.

Termine estratto capitolo