

ELIO
CASSETTA

COMPENDIO

di

DIRITTO AMMINISTRATIVO

Ventitreesima edizione riveduta e aggiornata

A cura di
Fabrizio Fracchia

Sezione non inclusa

PREMESSA

Il « Compendio di diritto amministrativo » si occupa del diritto amministrativo sostanziale (considerando sia il profilo soggettivo, sia quello oggettivo dell'amministrazione) e processuale, dedicando specifica attenzione ai principi generali della materia, particolarmente rilevanti in un contesto normativo caratterizzato dalla estrema complessità delle fonti scritte.

Per altro verso, marcata è l'attenzione all'evoluzione giurisprudenziale, così come costante è la preoccupazione di fornire un inquadramento sistematico della materia.

Il « Compendio » considera attentamente tutti i recenti interventi normativi (la riforma dei controlli della Corte dei conti, la c.d. "legge anticorruzione", la disciplina sul pagamento dei debiti della Pubblica Amministrazione nonché al "decreto del fare"), offrendo dunque a docenti, studenti, studiosi e operatori gli strumenti concettuali necessari per la conoscenza generale del diritto amministrativo e dei suoi istituti.

Agosto 2013

Fabrizio Fracchia

Un ulteriore ringraziamento devo a Miriam Allena, Pasquale Pantalone e Scilla Vernile per la preziosa collaborazione nella revisione del testo.

Torino, agosto 2014

Prosegue l'aggiornamento del Compendio con particolare attenzione alla copiosa giurisprudenza e alle novità legislative che, anche nel corso di questo anno, hanno talora incisivamente modificato l'ordinamento giuridico.

Torino, luglio 2015

Fabrizio Fracchia

Importanti novità legislative, legate in particolare alla c.d. Riforma Madia (nei settori della trasparenza, dell'accesso civico, dell'autotutela, della scia e della conferenza di servizi) e al nuovo codice dei contratti hanno imposto, anche nel corso di questo anno, il consueto aggiornamento.

Torino, 17 luglio 2016

Fabrizio Fracchia

Non sono mancate pure quest'anno importanti novità legislative (ricordo in particolare il testo unico sulle società pubbliche, le modifiche in tema di lavoro pubblico e di controlli interni, il codice della giustizia contabile, le innovazioni in materia di Scia e di regime amministrativo delle attività private, nonché il correttivo sui contratti pubblici) e giurisprudenziali, che hanno imposto la riscrittura di intere parti del Compendio e il consueto aggiornamento.

Torino, 20 giugno 2017

Novità giurisprudenziali e legislative, unitamente all'affinamento di alcuni istituti a opera della dottrina, hanno anche quest'anno indotto a operare il consueto attento e profondo aggiornamento del Compendio.

Torino, 11 maggio 2018

Fabrizio Fracchia

Continua il consueto aggiornamento del Compendio, alla luce dei sempre continui interventi legislativi (basti fare cenno al c.d. decreto sblocca cantieri) e giurisprudenziali.

Torino, 20 giugno 2019

Fabrizio Fracchia

La vita di tutti noi è stata improvvisamente, dolorosamente e imprevedibilmente sconvolta dalla diffusione del Coronavirus; questa tragedia ha avuto e avrà un'incidenza notevole anche sul diritto amministrativo. Si è deciso di dare sintetica notizia delle conseguenze che tutto ciò ha al momento determinato, lasciando però inalterata la struttura del Compendio. Ci sarà infatti tempo (ma occorrerà una sedimentazione del materiale normativo e decisionale prodotto in questi mesi) per censire le durature alterazioni del diritto, delle nervature dell'ordinamento e dei principi. Per il resto, si è proceduto al ragionato e puntuale aggiornamento del Compendio alla luce delle novità soprattutto giurisprudenziali intervenute in questi mesi.

Torino, 17 aprile 2020

Fabrizio Fracchia

Continua il consueto aggiornamento del Compendio, richiesto dagli incessanti interventi normativi (anche determinati dall'emergenza — che purtroppo non è ancora terminata — Covid: di grande rilievo sono le novità introdotte dal d.l. 76/2020, conv. nella l. 120/2020) e giurisprudenziali, nonché dall'attenta opera di sistemazione della dottrina.

Torino, 17 aprile 2021

Fabrizio Fracchia

Anche l'edizione di quest'anno illustra e considera soprattutto i numerosi e rilevanti arresti giurisprudenziali (in particolare: adunanze plenarie e decisioni della CGUE) che confermano la perenne e inarrestabile vitalità — comunque da inquadrare in un contesto di principi generali immutati — del diritto amministrativo, oltre a censire le principali novità legislative e a valorizzare gli spunti più significativi offerti dalla dottrina.

Torino, 4 aprile 2022

Fabrizio Fracchia

Anche quest'anno si è provveduto ad assicurare il consueto aggiornamento del Compendio, richiesto dalle incessanti novità giurisprudenziali, dalla riflessione della dottrina e dalle riforme legislative. A quest'ultimo proposito, un significativo rilievo assumono (e adeguato spazio hanno ricevuto nel Compendio, interamente riscritto nelle corrispondenti parti) il nuovo codice dei contratti pubblici e la riforma dei servizi pubblici locali.

Torino, 4 maggio 2023

Fabrizio Fracchia

Termine estratto capitolo

Sezione non inclusa

Capitolo I

L'AMMINISTRAZIONE E IL SUO DIRITTO

1. La nozione di pubblica amministrazione. — 2. La nozione di diritto amministrativo. — 3. L'amministrazione europea e il diritto amministrativo dell'Unione europea.

1. *La nozione di pubblica amministrazione.*

« Amministrazione » non è di per sé un concetto giuridico.

Il termine, lessicalmente inteso, indica la cura in concreto di interessi. Esso è riferibile, dunque, a un qualsiasi soggetto (persona giuridica, pubblica o privata, ovvero individuo) che svolge un'attività rivolta alla soddisfazione di interessi correlati ai fini che il soggetto stesso si propone di perseguire.

Peraltro qui interessa soprattutto analizzare l'amministrazione regolata da norme giuridiche e svolta per la soddisfazione di interessi pubblici.

Quello testé riportato è il concetto di amministrazione-attività, ossia il concetto di **amministrazione in senso oggettivo**.

Amministrazione in senso oggettivo e in senso soggettivo

Esso è intimamente collegato alla nozione di **amministrazione in senso soggettivo**, in quanto è amministrativa l'attività posta in essere dalle persone giuridiche pubbliche e dagli organi che hanno competenza alla cura degli interessi dei soggetti pubblici.

L'uno e l'altro concetto si completano a vicenda e nessuno dei due può esistere a prescindere dall'altro.

Amministrazione in senso soggettivo, dunque, equivale a dire **organizzazione amministrativa**.

Organizzazione amministrativa

Ed in materia di pubblica amministrazione, è proprio all'organizzazione che, sul fronte del diritto positivo, la nostra Costituzione, pur senza darne alcuna definizione, dedica la sua lacunosa disciplina.

Infatti, nonostante che la sezione II del titolo III (dedicato al Governo) della parte II della Costituzione sia intitolata « La pubblica amministrazione », l'art. 97 fa riferimento all'organizzazione dei « pubblici uffici ».

Si tratta di stabilire se esista una definizione legislativa di amministrazione pubblica.

Il problema della definizione normativa di pubblica amministrazione

Come accennato, una definizione non può ricavarsi dalle scarse disposizioni della nostra Carta costituzionale.

Neppure a livello di fonti primarie si può parlare di definizioni legislative del concetto di pubblica amministrazione. Le leggi, infatti, da questo punto di vista, sono tutte « finalizzate », ossia recano definizioni valide sol-

tanto entro l'ambito della specifica disciplina che volta a volta le concerne.

Allo stato, la nozione più ampia ed attendibile appare senz'altro quella dell'art. 1, c. 2, d.lgs. 165/2001, che tuttavia non ricomprende gli **enti pubblici economici** tra le amministrazioni pubbliche per la semplice ragione che il rapporto di lavoro dei loro dipendenti era già sottoposto ad una disciplina privatistica.

Più in particolare tale norma si riferisce a tutte le amministrazioni dello Stato «ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le regioni, le province, i comuni, le comunità montane e loro consorzi ed associazioni, le istituzioni universitarie, gli istituti autonomi case popolari (ora Agenzie territoriali per la casa), le camere di commercio, industria, artigianato ed agricoltura e le loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale, l'agenzia per la rappresentanza nazionale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le agenzie di cui al d.lgs. 300/1999».

... PA e SEC

Sulla base del SEC 2010 (**Sistema europeo dei conti** di cui al Regolamento UE n. 549/2013) e della sussistenza di precise condizioni organizzative ed economiche, l'ISTAT predispone annualmente l'elenco delle unità istituzionali (non solo le amministrazioni tradizionali, ma anche alcuni soggetti privati sottoposti a controllo pubblico) che, a condizione che non operino sul mercato, fanno parte del settore (S13) delle amministrazioni pubbliche. La l. 196/2009 ha previsto che tali soggetti concorrano al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, imponendo vincoli e limiti agli incrementi di spesa (*spending review*). Va osservato che, ai sensi dell'art. 2, l. 243/2012, ai fini della legge medesima (che dà attuazione all'art. 81, Cost.), per amministrazioni pubbliche si intendono “gli enti individuati con le procedure e gli atti previsti, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, dalla normativa in materia di contabilità e finanza pubblica, articolati nei sottosettori delle amministrazioni centrali, delle amministrazioni locali e degli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale”. L'inserimento di un organismo tra le amministrazioni pubbliche si fonda sull'esistenza di rapporti di controllo e di finanziamento da parte di un'amministrazione, nonché sul fatto che esso produca e offra al pubblico beni e servizi “non destinati alla vendita”, dovendosi al riguardo verificare se i ricavi realizzati in condizione di mercato coprano o meno una quota superiore alla metà dei costi di produzione. La filosofia di fondo della disciplina, dunque, si lega ai vincoli di cui agli artt. 81 e 97 Cost. sull'equilibrio di bilancio e sulla sostenibilità del debito di bilancio.

2. La nozione di diritto amministrativo.

Il **diritto amministrativo** è la disciplina giuridica della pubblica amministrazione (in parte ad essa imposta ed in parte da essa stessa posta) nella sua organizzazione, nei beni e nell'attività ad essa peculiari e nei rapporti che, esercitando tale attività, si instaurano con gli altri soggetti dell'ordinamento. La nozione di diritto amministrativo è strettamente correlata ad un certo tipo di Stato: è facile allora comprendere perché le opinioni siano divergenti nella ricerca della sua origine. In ogni caso, gli Stati caratterizzati dalla presenza di un corpo di regole amministrative distinte dal diritto comune sono generalmente definiti come **Stati a regime amministrativo**.

La definizione di diritto amministrativo

La rivoluzione francese è generalmente ritenuta la svolta decisiva ai fini della nascita del diritto amministrativo in senso moderno.

Il diritto amministrativo si diffuse poi in Europa in concomitanza con l'estensione del modello di amministrazione napoleonica, estremamente accentrata.

Per quanto attiene più in particolare all'Italia, ove già nel 1859 si era completata la **legislazione amministrativa piemontese** (in gran parte rimasta immutata nel periodo successivo), dopo l'unità — nel 1865 — si uniformò la legislazione relativa ai territori annessi ad opera delle c.d. leggi di unificazione.

In ordine ai limiti del diritto amministrativo, va osservato che, seppure comunemente accettata, non appare giustificabile l'inclusione nel diritto amministrativo in senso proprio dell'attività giurisdizionale, ancorché posta in essere da organi soggettivamente appartenenti alla pubblica amministrazione. Infatti, proprio perché esercitano giurisdizione, questi organi godono di una indipendenza che è per definizione inammissibile negli organi amministrativi svolgenti esclusivamente attività amministrativa: l'attività giurisdizionale è retta da principii e da una normativa del tutto peculiare ed autonoma. Ciò non di meno, tradizionalmente, lo studio della disciplina del processo che coinvolge l'amministrazione affianca e completa quello del diritto amministrativo sostanziale, anche in ragione dell'innegabile apporto fornito dall'elaborazione giurisprudenziale all'affinamento di molteplici istituti di diritto sostanziale.

Attività giurisdizionale e diritto amministrativo

Negli Stati a regime amministrativo, l'attività della pubblica amministrazione non si esaurisce nella sola attività di diritto pubblico (pur se questa è complessivamente prevalente). Si assiste, infatti, alla espansione dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione stessa: anzi, può dirsi, che il ricorso al contratto è uno dei modi più diffusi di "amministrazione" degli interessi pubblici: l'attività amministrativa può essere esercitata dai soggetti pubblici tanto nelle forme del diritto pubblico, quanto nelle forme del diritto privato.

Attività amministrativa di diritto pubblico e di diritto privato

Diritto amministrativo, attività di diritto privato della p.a. e amministrazione pubblica del diritto privato

Occorre domandarsi se le prescrizioni concernenti gli atti di diritto privato della pubblica amministrazione possano essere attratti nel diritto amministrativo. La risposta è in linea di principio negativa: i principi che li regolano sono proprii del diritto privato. Opposta conclusione va formulata per le norme che riguardano l'attività amministrativa preordinata alla formazione della volontà contrattuale dell'amministrazione (c.d. procedimento ad evidenza pubblica).

In tema di "confini" del diritto amministrativo occorre analizzare l'art. 1, c. 1 *bis*, l. 241/1990. La prescrizione stabilisce che « la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente ».

La norma, almeno se intesa in senso letterale, sembra:

— consentire che l'azione amministrativa sia retta da « norme » di diritto privato e non soltanto che l'amministrazione usi « strumenti » privatistici, come è naturale che faccia in quanto soggetto dotato di capacità di diritto privato; si noti che, nel settore del rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni, l'ente agisce utilizzando i poteri del datore di lavoro privato nei confronti dei dipendenti e, di conseguenza, non trovano ad esempio applicazione le regole dettate dalla legge sul procedimento amministrativo (Cass. n. 5659/2004);

— individuare nel carattere dell'autoritatività — e non nella natura pubblica o privata dell'atto — la linea di demarcazione tra attività amministrativa retta dal **diritto amministrativo** e attività retta dal **diritto privato**;

— limitare l'area dell'applicazione del diritto privato al settore degli atti non autoritativi;

— configurare il diritto privato come la « regola » dell'attività che si esplica mediante atti non autoritativi, senza che risultino necessarie ulteriori prescrizioni normative; la legge può tuttavia « disporre diversamente » e, cioè, prevedere una disciplina diversa da quella privatistica, riespandendo, presumibilmente, l'area della disciplina pubblicistica;

— riservare — *a contrario* — l'applicazione delle norme di diritto pubblico all'area degli atti autoritativi, in coerenza con il principio di legalità che verrà analizzato nel corso del cap. 2, senza alcuna intromissione del diritto privato.

La norma è probabilmente ispirata ad un *favor* nei confronti del diritto privato, che aprirebbe la via ad un rapporto di parità tra amministrazione e cittadino: si tratta di idea errata, nel senso che l'imposizione di regole di diritto privato senza eliminare i poteri di supremazia dell'amministrazione non crea magicamente l'insussistenza, in concreto

Termine estratto capitolo

Capitolo II

ORDINAMENTO GIURIDICO E AMMINISTRAZIONE: LA DISCIPLINA COSTITUZIONALE

1. Diritto amministrativo e nozione di ordinamento giuridico. — 2. L'amministrazione nella Costituzione: in particolare, il « modello » di amministrazione emergente dagli artt. 5, 95, 97 e 98. La separazione tra indirizzo politico e attività di gestione. — 3. I principi costituzionali della pubblica amministrazione: la responsabilità. — 3.1. *Segue*: il principio di legalità. — 3.2. Il principio di imparzialità. — 3.3. Il principio di buon andamento. — 3.4. I criteri di efficacia, efficienza, imparzialità, pubblicità e trasparenza. La lotta alla corruzione e all'illegalità. — 3.5. I principi di azionabilità delle situazioni giuridiche dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione e di sindacabilità degli atti amministrativi. Il problema della riserva di amministrazione. — 3.6. Il principio dell'equilibrio di bilancio. — 4. Il principio della finalizzazione dell'amministrazione pubblica agli interessi pubblici. — 5. I principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. — 6. I principi costituzionali applicabili alla pubblica amministrazione: l'eguaglianza, la solidarietà, la democrazia.

1. *Diritto amministrativo e nozione di ordinamento giuridico.*

In via di prima approssimazione con il termine **ordinamento giuridico generale** si indica l'assetto giuridico e l'insieme delle norme giuridiche che si riferiscono ad un particolare gruppo sociale.

Molte tra le norme di questo ordinamento sono costituite da prescrizioni costituzionali le quali rappresentano significativamente la formalizzazione giuridica dell'organizzazione sociale colta al massimo livello, ossia a livello statale. Certamente non soltanto nella Costituzione troviamo indicate le norme che realizzano gli assetti intersoggettivi che si profilano sul piano dell'ordinamento generale, posto che moltissime leggi assolvono alla stessa funzione.

Tuttavia, l'analisi deve necessariamente muovere dalla Costituzione, non fosse altro per il fatto che le sue prescrizioni prevalgono sulle norme prodotte dalle altre fonti del diritto. Ed è proprio questa analisi che consente di chiarire quale sia la posizione dell'amministrazione nell'ordinamento giuridico generale, ossia quali siano i suoi rapporti con gli altri soggetti del medesimo ordinamento. Non va però dimenticato la già accennata crescente importanza del diritto europeo (cap. I): esso ha favorito la definizione di un nuovo modello (l'amministrazione che si occupa di **regolazione**: cap. III) e consente di individuare limiti alla proliferazione dei poteri affidati alle amministrazioni nel loro complesso (soprattutto in materia di concorrenza e nei casi in cui l'intervento pubblico sia concepito come rimedio al fallimento del mercato) e ulteriori importanti principi (in particolare quelli di **proporzionalità**, affidamento e ragionevolezza), di cui si parlerà nel corso dei prossimi capitoli.

2. *L'amministrazione nella Costituzione: in particolare, il « modello » di amministrazione emergente dagli artt. 5, 95, 97 e 98. La separazione tra indirizzo politico e attività di gestione.*

La Costituzione si occupa dell'amministrazione nella sezione II del titolo III della parte seconda. Queste disposizioni non esauriscono, peraltro, il complesso delle norme costituzionali rilevanti in tema di amministrazione. Oltre agli articoli presenti nello stesso titolo III, sezione I, relativi al governo (in particolare l'art. 95), si ricordano gli artt. 5, 28, 52, 114 e 118. Di rilievo sono poi le norme che interessano la materia dei servizi pubblici (artt. 32, 33, 38, 41, 43, 47), la responsabilità (art. 28) e le altre disposizioni comunque applicabili all'amministrazione, pur non essendo dettate direttamente per essa, come ad esempio quelle che esprimono i principi di eguaglianza e democrazia.

*I modelli di
ammini-
strazione
nella
Costituzione*

Dal quadro normativo costituzionale emergono diversi modelli di amministrazione (Nigro), nessuno dei quali può peraltro assurgere al rango di « modello » principale.

Ai sensi dell'art. 98 Cost., l'amministrazione pare in primo luogo direttamente legata alla collettività nazionale, al cui servizio i suoi **impiegati** sono posti.

Vi è poi il modello espresso dall'art. 5 Cost. e sviluppato nel titolo V della parte seconda, caratterizzato dal disegno del decentramento amministrativo e dalla promozione delle autonomie locali, capaci di esprimere un proprio **indirizzo politico-amministrativo**.

Ancora diverso è lo schema presupposto dall'art. 97 Cost. (ma v. anche artt. 81 e 119), che si riferisce alle amministrazioni come soggetti impegnati ad assicurare l'**equilibrio** dei bilanci e la **sostenibilità** del debito pubblico, dunque, in prima battuta, subordinando ai relativi vincoli le scelte pubbliche.

L'art. 97, inoltre, contiene una **riserva di legge** e mira a sottrarre l'amministrazione, regolata dalla legge, al controllo politico del governo tipico del periodo storico che ha preceduto l'entrata in vigore della Costituzione: un'amministrazione, dunque, indipendente dal governo e che si legittima per la sua imparzialità ed efficienza. L'art. 97 Cost. pone contestualmente limiti anche al legislatore, il quale può incidere sull'amministrazione soltanto dettando regole per la disciplina della sua organizzazione. È evidente come da tale disposizione non emerga né l'immagine di un'amministrazione « braccio esecutivo » del potere legislativo o del governo, né quella di un'amministrazione completamente autonoma e acefala. In ogni caso, sembra che la fisionomia dell'amministrazione non possa essere descritta unicamente ricorrendo al profilo della soggezione alla legge, atteso che questo carattere è previsto dalla Costituzione in via esclusiva soltanto per i giudici.

Un modello ancora differente di pubblica amministrazione, che ha copertura costituzionale soltanto parziale, è infine costituito dalle autonomie funzionali (università, istituzioni scolastiche e Camere di commercio: le prime due sono richiamate rispettivamente dagli artt. 33 e 117 Cost.): come si dirà a suo tempo, si tratta di soggetti ai quali non è riferibile l'autonomia di indirizzo politico, muniti di autonomia molto accentuata e legittimati a essere titolari di attribuzioni amministrative in deroga al meccanismo di cui all'art. 118 Cost. che sarà illustrato nel corso del cap. III.

Un ulteriore modello: le autonomie funzionali

L'analisi dei modelli di amministrazione emergenti dal disegno costituzionale ha consentito di rilevare come sullo sfondo sia costantemente presente la questione del rapporto tra amministrazione, governo e politica.

L'indirizzo politico e amministrativo del governo

Il governo, assieme al Parlamento, esprime un indirizzo, qualificato dall'art. 95 Cost. come **indirizzo politico ed amministrativo**.

L'indirizzo politico può definirsi come la direzione politica dello Stato e, quindi, come quel complesso di manifestazioni di volontà in funzione del conseguimento di un fine unico, le quali comportano la determinazione di un impulso unitario e di coordinazione affinché i vari compiti statali si svolgano in modo armonico (Mortati), mentre l'indirizzo amministrativo, che deve comunque essere stabilito nel rispetto dell'indirizzo politico, consiste nella prefissione di obiettivi dell'azione amministrativa. L'ordinamento (v. subito *infra*) fa anche riferimento all'indirizzo politico-amministrativo svolto dagli organi di governo delle varie amministrazioni, caratterizzato dalla « definizione di obiettivi, priorità, piani, programmi e direttive generali per l'azione amministrativa e per la gestione » (art. 4, d.lgs. 165/2001): tale nozione, che conferma la difficoltà di operare una netta distinzione tra il momento amministrativo e quello politico, può essere riferita anche agli enti non aventi carattere spiccatamente politico.

L'art. 2, c. 1, l. 400/1988, attribuisce al Consiglio dei ministri il compito di determinare, in attuazione della politica generale del governo, l'indirizzo generale dell'azione amministrativa e l'art. 5, c. 2, lett. a), l. cit., prevede che il Presidente del Consiglio dei ministri impartisca ai ministri le direttive politiche ed amministrative in attuazione delle deliberazioni del Consiglio dei ministri.

Il d.lgs. 165/2001 attribuisce agli organi di governo l'indirizzo politico-amministrativo (artt. 4 e 14).

L'art. 42, t.u. enti locali, dispone a sua volta che il consiglio comunale e quello provinciale siano organi di indirizzo e di controllo politico-amministrativo.

Per quanto riguarda gli enti pubblici che, come si vedrà, sono soggetti distinti dagli enti territoriali, il rispetto del modello è assicurato attraverso

la previsione di controlli che attengono alla nomina e all'operato degli amministratori (v. l. 70/1975 e l. 14/1978: cap. IV, par. 7).

*Le relazioni
tra l'ammini-
strazione e la
politica*

In ogni caso, il momento amministrativo non è totalmente estraneo al governo; per converso, posto che il governo è espressione delle forze politiche di maggioranza, allorché (e nei limiti in cui ciò avvenga) esso si inge-
risca nell'amministrazione, vi introduce un elemento di « politicità ».

Per quanto poi attiene alla burocrazia, la Costituzione in nessuna prescrizione ne vuole la « sterilizzazione politica » (Carlassare), né viene ostacolata l'appartenenza dei funzionari pubblici a forze politiche antagoniste rispetto a quelle al potere.

Sussiste però l'esigenza che l'amministrazione sia leale verso la forza politica (o la coalizione tra forze politiche) che detiene la maggioranza parlamentare: in qualche misura, l'amministrazione deve essere strumento di esecuzione delle direttive politiche impartite dal ministro che assume la responsabilità degli atti del proprio dicastero.

La Costituzione non prende espressamente posizione circa la separazione tra organi politici (che si legittimano democraticamente) e burocrazia (la cui legittimazione deriva invece dalla propria competenza, come dimostrato dal fatto che per l'accesso ai pubblici uffici occorre in linea di principio superare un concorso): anzi, i relativi atti, con l'esclusione di quelli genuinamente politici, sono sottoposti a un analogo regime; non a caso, per lungo tempo, il terminale esterno dell'azione delle amministrazioni è stato il solo organo politico, che emanava anche i provvedimenti. L'ordinamento ha con il tempo peraltro introdotto una tendenziale distinzione tra politica e amministrazione, soprattutto in occasione della disciplina dell'organizzazione del lavoro presso le pubbliche amministrazioni (d.lgs. 165/2001: v. cap. III, par. 19). Questa normativa tenta di delimitare con chiarezza le attribuzioni della componente politica dell'amministrazione (organi di governo, cui spettano i poteri di indirizzo politico-amministrativo), rispetto a quelle della componente non politica, in particolare del vertice dirigenziale, evidentemente sul presupposto che un organo non politico possa agire in modo maggiormente imparziale (perché liberato da preoccupazioni di ricercare consenso politico) ed efficiente.

Gli organi politici, in questo contesto, hanno visto trasfigurato il proprio ruolo, potendo ora soltanto controllare e indirizzare il livello più alto dell'amministrazione — la dirigenza — utilizzando quegli strumenti (previsti dal d.lgs. 165/2001; in particolare: prefissione di obiettivi e verifica dei risultati) che l'ordinamento ha ritenuto compatibili con il riconoscimento di poteri di gestione

Termine estratto capitolo

Capitolo III

L'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA: PROFILI GENERALI

1. Introduzione. — 2. I soggetti di diritto nel diritto amministrativo: gli enti pubblici. — 3. Il problema dei caratteri dell'ente pubblico. — 4. La definizione di ente pubblico e le conseguenze della pubblicità. — 5. Il problema della classificazione degli enti pubblici. — 6. Relazioni e rapporti intersoggettivi e forme associative. — 7. La disciplina dell'Unione europea: in particolare, gli organismi di diritto pubblico. — 8. Le figure di incerta qualificazione: in particolare, le società per azioni a partecipazione pubblica; le fondazioni. Cenni al rapporto tra potere pubblico e mercato e alla crisi legata alla diffusione del Coronavirus. — 9. Vicende degli enti pubblici. — 10. La privatizzazione degli enti pubblici. — 11. I principi in tema di organizzazione degli enti pubblici. — 12. L'organo. — 13. L'imputazione di fattispecie in capo agli enti da parte di soggetti estranei alla loro organizzazione. — 14. Classificazione degli organi. — 15. Relazioni interorganiche. I modelli teorici: la gerarchia, la direzione e il coordinamento. — 15.1. *Segue*: il controllo. — 15.2. In particolare: il controllo di ragioneria nell'amministrazione statale ed il controllo della Corte dei conti. — 15.3. L'evoluzione normativa in tema di controlli. Dai controlli interni alla valutazione del personale e delle strutture. — 16. I rapporti tra gli organi e l'utilizzo, da parte di un ente, degli organi di un altro ente. — 17. Gli uffici e il rapporto di servizio. — 18. La disciplina attuale del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche. — 19. La dirigenza e i suoi rapporti con gli organi politici. — 20. I soggetti di diritto nel diritto amministrativo: le formazioni sociali e gli ordinamenti autonomi. — 21. I mezzi. In particolare i beni pubblici. Nozione e classificazione codicistica. — 22. Il regime giuridico dei beni demaniali. — 23. Il regime giuridico dei beni del patrimonio indisponibile. Il federalismo demaniale. — 24. La privatizzazione dei beni pubblici. — 25. Diritti demaniali su cose altrui, diritti d'uso pubblico e usi civici. — 26. L'uso dei beni pubblici. — 27. I beni privati di interesse pubblico. *I commons* e i domini collettivi.

1. *Introduzione.*

Ciascun ordinamento si preoccupa, in primo luogo, di individuare i soggetti che ne fanno parte. Più in particolare, oltre a riconoscere la **soggettività** e la capacità giuridica a tutte le persone fisiche, esso direttamente istituisce altri soggetti-persone giuridiche, ovvero le configura in astratto, rimettendo a successive scelte puntuali l'effetto della loro costituzione in concreto. Ciò vale anche per le **persone giuridiche pubbliche**, entro un quadro estremamente articolato, tanto che uno dei caratteri che vengono solitamente richiamati in tema di enti pubblici è il profilo della loro « atipicità ».

*Individuazione
delle persone
giuridiche
pubbliche*

Si deve poi osservare che la dottrina e la giurisprudenza riconoscono come soggetti di diritto — e, dunque, come centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive — anche organizzazioni che non hanno la personalità giuridica, quali le associazioni non riconosciute: per tali entità si è proposta in dottrina l'espressione « figure soggettive » (Giannini). Si pensi ai ministeri, dotati di distinta rappresentanza sostanziale e processuale rispetto allo Stato.

2. *I soggetti di diritto nel diritto amministrativo: gli enti pubblici.*

I soggetti di diritto pubblico costituiscono nel loro complesso l'ammi-

nistrazione in senso soggettivo, che si articola nei vari **enti pubblici**. Essi, come detto, sono dotati di capacità giuridica e, come tali, sono idonei ad essere titolari di poteri amministrativi: in questo senso possono essere definiti come **centri di potere**.

Una prima percezione della complessità dell'amministrazione può derivare dall'esame della Costituzione, il quale rivela che, accanto all'amministrazione statale, vi sono le amministrazioni regionali nonché gli enti essenziali delle comunità territoriali, riconosciuti dall'ordinamento generale in quanto portatori di interessi pubblici. A sua volta, l'amministrazione statale (e il discorso vale anche per quella regionale e locale) si articola in una serie di enti variamente collegati alla prima, ma da questa distinti in quanto provvisti di propria personalità.

In sintesi, accanto agli enti territoriali tradizionali (in primo luogo lo Stato), spesso connotati da politicità, si sono aggiunti enti legati a questi livelli territoriali da relazioni più o meno stringenti (par. 6), anche di natura finanziaria (perché appunto finanziati da enti territoriali); altri soggetti, questa volta spontaneamente formatisi, svolgenti attività rilevanti per l'interesse pubblico (ordini professionali, enti sportivi e così via) sono poi stati riconosciuti come enti dall'ordinamento. Infine, il mutamento del ruolo dello Stato, che, da soggetto chiamato ad intervenire direttamente ed in prima persona nella società e nell'economia, tende a configurarsi sempre più come soggetto regolatore, ha agevolato il fenomeno della creazione delle **amministrazioni indipendenti** (cap. IV, par. 6) e la vicenda della privatizzazione degli enti (par. 10).

3. *Il problema dei caratteri dell'ente pubblico.*

La qualificazione normativa della pubblicità degli enti

L'art. 97 Cost. stabilisce il principio generale secondo cui « i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge ».

Al riguardo, l'art. 4, l. 70/1975, afferma che « nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge ». Questa norma può essere considerata applicativa della disposizione costituzionale sopra citata (anche se l'art. 97 Cost., a rigore, si occupa non già di enti pubblici, ma di pubblici uffici e la l. 70/1975 concerne i soli enti c.d. « parastatali », enti cioè operanti nell'orbita statale). La norma costituzionale esprime, infatti, il principio essenziale secondo cui spetta all'ordinamento generale e alle sue fonti individuare le soggettività che operano al suo interno.

Oggi molti enti (consorzi, aziende speciali e così via) continuano comunque ad essere istituiti da altri enti pubblici con determinazioni amministrative « sulla base di legge » e non « per legge »: pertanto, si distingue in dottrina tra **configurazione astratta** e **istituzione concreta** dell'ente.

Il problema di stabilire se un ente sia o meno pubblico si pone per tutta una serie di organizzazioni istituite da leggi che non ne qualificavano la pubblicità, o addirittura carenti di una legge istitutiva, che però venivano considerate enti pubblici in virtù di un riconoscimento implicito dell'ordinamento.

La complessa questione dell'individuazione degli enti pubblici, assai dibattuta in dottrina, è stata risolta dalla giurisprudenza utilizzando una serie di **indici « esteriori »**, nessuno dei quali è di per sé ritenuto sufficiente, ma che invece sono considerati idonei, ove valutati nel loro complesso.

Tra questi indici di pubblicità si ricordano: la costituzione dell'ente ad opera di un soggetto pubblico; la nomina degli organi direttivi in tutto o in parte di competenza dello Stato o di altro ente pubblico; l'esistenza di controlli o di finanziamenti pubblici; l'attribuzione di poteri autoritativi.

La delicatezza dell'operazione qualificatoria dipende dalla già rilevata estrema **detipicizzazione degli enti pubblici**, anche derivante dall'evoluzione storica, caratterizzata da una stratificazione normativa che genera la difficoltà di individuare un momento comune e unificante sicuramente sintomatico del regime pubblico di un ente.

Peraltro, nel senso che l'ordinamento si sarebbe orientato verso una nozione "funzionale" e "cangiante" di ente pubblico, sicché si dovrebbe ammettere "che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica", v. Cons. Stato, sez. VI, n. 2660/2015. Nello stesso senso, v. sez. VI, n. 3041/2016, secondo cui il soggetto "diviene pubblica amministrazione non sempre e comunque (in maniera fissa e immutabile), ma solo nello svolgimento di quel tratto di attività esplicitamente sottoposto ad una disciplina di diritto amministrativo". Un soggetto può dunque essere "un ente pubblico dinamico, funzionale e cangiante", che "dismette quella veste quando svolge altre attività...". Superando il problema dell'istituzione in base alla legge del soggetto, diventa conclusivamente rilevante la sussistenza di una base legislativa che sottoponga parte dell'attività del soggetto medesimo a un regime pubblicistico.

Una nozione finanziaria (e allargata) di amministrazione pubblica emerge infine dalla disciplina relativa al **Sistema europeo dei conti**, su cui v. cap. I: spetta all'ISTAT definire annualmente le unità istituzionali che, ai fini del rispetto di vincoli sul contenimento delle spese, fanno parte del settore delle amministrazioni pubbliche.

La qualificazione del regime pubblico in via interpretativa: gli indici rivelatori della pubblicità

La nozione funzionale e cangiante di ente

4. *La definizione di ente pubblico e le conseguenze della pubblicità.*

Alla luce di quanto osservato nel paragrafo precedente il problema del-

l'individuazione dell'ente pubblico (e tutti gli effetti e non solo con riferimento a un tratto di attività soggetto a una specifica normativa) non dovrebbe sorgere nelle ipotesi in cui sia il diritto positivo ad affermare espressamente la pubblicità di un soggetto. Tuttavia neppure la qualificazione operata dalla legge sembra essere decisiva. Infatti talora la giurisprudenza, in pratica rifiutandosi di assoggettarsi ai dettami della legge, è intervenuta per superare la qualificazione in termini privatistici di alcuni soggetti, quasi che la "sostanza" delle cose reagisca alle scelte del legislatore, prevalendo su di esse.

Sulla base di questi orientamenti, pare allora doversi concludere che l'ente pubblico è quello che, anche al di là della definizione normativa, la giurisprudenza ritiene tale superando la rigida lettera della legge.

Ciò premesso, ove si voglia descrivere sotto il profilo teorico l'essenza dell'ente pubblico, occorre osservare in primo luogo che, pur non disconoscendo l'importanza degli **indici esteriori** rivelatori della pubblicità, sopra richiamati (par. 3) e impiegati dalla giurisprudenza, essi non sembrano idonei a consentire l'individuazione dell'elemento essenziale della pubblicità di una persona giuridica. Tale elemento va ricercato considerando la particolare rilevanza pubblicistica dell'interesse perseguito dall'ente, cui è connessa come necessaria la valutazione della presenza di questo nell'ordinamento. L'interesse è pubblico non già perché ontologicamente si possa qualificare come tale, ma in quanto la legge, accertato che esso ha una dimensione collettiva, l'abbia imputato ad una persona giuridica, tenuta giuridicamente a perseguirlo: di qui il riconoscimento della « pubblicità » di quella persona giuridica.

È pur vero che molti soggetti privati perseguono anche finalità che potremmo considerare collettive. In queste ipotesi, tuttavia, manca quel giudizio sulla rilevanza dell'interesse che comporta la sua imputazione da parte dell'ordinamento all'ente, da cui consegue la doverosità del suo perseguimento. L'ente pubblico è quindi istituito con una specifica « vocazione » allo svolgimento di una peculiare attività di rilevanza collettiva.

Ciò determina il fenomeno per cui l'ente pubblico non può disporre della propria esistenza, a differenza dei soggetti privati, che possono decidere di « ritirarsi » e cioè di dismettere l'attività, oppure modificare l'oggetto della stessa. Si noti peraltro che l'**indisponibilità** della propria esistenza è soltanto una conseguenza, per quanto assai rilevante, della doverosità del perseguimento dell'interesse pubblico.

Spesso non è semplice individuare l'imputazione legislativa cui si è fatto cenno: si ritiene, **Termine estratto capitolo**

Capitolo IV

L'ORGANIZZAZIONE DEGLI ENTI PUBBLICI

1. Cenni all'organizzazione statale: quadro generale. — 2. In particolare: il governo e i ministeri. — 3. Le strutture di raccordo tra i vari ministeri. — 4. Il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Cnel. — 5. Le aziende autonome. — 6. Le amministrazioni indipendenti. — 7. Gli enti parastatali e gli enti pubblici economici. — 8. L'amministrazione statale periferica. — 9. L'organizzazione amministrativa territoriale non statale: la disciplina costituzionale e le recenti riforme. — 10. I rapporti con lo Stato e l'autonomia contabile della regione. — 11. L'organizzazione regionale. — 12. La posizione e le funzioni degli enti locali. — 13. Le funzioni e l'organizzazione del comune. — 13.1. Le funzioni e l'organizzazione della provincia. — 14. I controlli sugli atti e sugli organi degli enti locali. — 15. I rapporti finanziari e la contabilità nei comuni e nelle province. — 16. Gli istituti di partecipazione negli enti locali. — 17. Territorio e forme associative. — 18. Città metropolitane e comunità montane.

1. *Cenni all'organizzazione statale: quadro generale.*

Lo **Stato-amministrazione** può essere qualificato come ente pubblico, dovendosi riconoscere a esso la qualità di persona giuridica in forza di espressi riferimenti normativi: si pensi, ad esempio, all'art. 28 Cost. che si riferisce alla responsabilità civile dello Stato e all'art. 822 c.c., il quale disciplina i beni appartenenti allo Stato.

Lo Stato-amministrazione come ente pubblico

Resta il rilevante problema del carattere unitario della sua personalità. L'amministrazione statale è infatti estremamente disaggregata ed ha perso l'originaria compattezza. Vi sono però indici che fanno propendere per la risposta positiva alla questione dell'unitarietà della personalità giuridica: tra questi possono essere richiamati (Cerulli Irelli) la responsabilità unitaria dello Stato verso i terzi e la presenza di strutture organizzative di raccordo orizzontale che uniscono le varie organizzazioni statali (avvocatura, ragionerie e così via). Tuttavia, la indubbia frammentazione dell'amministrazione statale e, in particolare, la distinzione in **ministeri** che fanno capo a vertici differenti, impongono di adottare una soluzione più articolata, nel senso che occorre ammettere che, sotto certi profili, la unicità della personalità statale non sussiste.

Il problema della personalità dello Stato-amministrazione

Una riprova della fondatezza di questa tesi si rinviene nell'atteggiamento della giurisprudenza, che, ritenendo posto in essere in « **carezza di potere** » (su tale concetto v. *infra*, cap. V, par. 18 e cap. VII, par. 9) l'atto emanato da un ministro nell'esercizio di un potere attribuito a un altro ministero, mostra di considerare i singoli ministeri — e non lo Stato — come diretti destinatari di attribuzioni amministrative.

L'attribuzione dei poteri può avvenire soltanto a favore delle organizzazioni che abbiano l'idoneità ad essere centri di riferimento di rapporti giuridici attivi e passivi, anche senza possedere la personalità giuridica. Questo

consente di spiegare perché in via di principio non sia precluso ai singoli ministeri di stare in giudizio autonomamente: si tratta infatti di un riflesso della titolarità di autonomi rapporti sostanziali.

Di qui le varie teorie che riconoscono ai ministeri la qualifica di **figure soggettive** (Giannini), intendendosi per tali i centri di imputazione di situazioni giuridiche soggettive, o, meglio, di alcune situazioni soggettive (come avvertito, per quanto riguarda le obbligazioni da fatto illecito risponde infatti lo Stato).

2. In particolare: il governo e i ministeri.

Quanto all'analisi degli apparati amministrativi dello Stato, occorre precisare che, al vertice dell'organizzazione statale — tradizionalmente indicata come potere esecutivo — è collocato il governo, formato dal Presidente del Consiglio dei ministri, dal **Consiglio dei ministri** e dai ministri (art. 92 Cost.).

*Le funzioni amministrative del Presidente della Repubblica
Il Presidente del Consiglio dei ministri*

Invero, anche il **Presidente della Repubblica** svolge alcune importanti funzioni attinenti all'attività amministrativa: si pensi al potere di nomina dei più alti funzionari ed all'emanazione dei regolamenti governativi.

Ai sensi dell'art. 5, c. 2, l. 400/1988, il **Presidente del Consiglio dei ministri** ha, tra gli altri, i seguenti compiti: « indirizza ai ministri le direttive politiche ed amministrative in attuazione delle deliberazioni del Consiglio dei ministri, nonché quelle connesse alla propria responsabilità di direzione della politica generale del governo »; « coordina e promuove l'attività dei ministri in ordine agli atti che riguardano la politica generale del governo »; « adotta le direttive per assicurare l'imparzialità, il buon andamento e l'efficienza degli uffici pubblici ».

La presidenza del Consiglio dei ministri

La **presidenza del Consiglio** ha una struttura organizzativa propria alla quale fanno capo vari dipartimenti e uffici.

Responsabile del funzionamento del segretariato generale e della gestione delle risorse umane e strumentali della presidenza è il **segretario generale**, legato al presidente da uno stretto rapporto fiduciario.

Il Consiglio dei ministri

Le funzioni del **Consiglio dei ministri** sono indicate dall'art. 2, l. 400/1988: accanto a quella di indirizzo politico e a quella normativa, possiamo ricordare i poteri di indirizzo e coordinamento, nonché i poteri di annullamento di ufficio di atti amministrativi.

Ministri

I **ministri** sono gli organi politici di vertice dei vari dicasteri. Essi sono importanti sotto il profilo amministrativo: l'amministrazione statale è infatti ripartita sulla base dei ministeri. I ministri hanno dunque una doppia « anima »: organi costituzionali e vertici dell'amministrazione.

3. Le strutture di raccordo tra i vari ministeri.

I ministeri non operano in modo completamente separato.

In primo luogo, il coordinamento dell'attività dei vari ministeri è assicurato dall'azione politica del Consiglio dei ministri, dal Presidente del Consiglio dei ministri (che « mantiene l'unità di indirizzo politico ed amministrativo, promuovendo e coordinando l'attività dei ministri »: art. 95 Cost.) e dai comitati dei ministri.

Il ruolo di coordinamento del Presidente del Consiglio

Giova ricordare il **Cipess** (comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile), presieduto dal Presidente del Consiglio dei ministri e composto da ministri. Esso è competente in via generale « su questioni di rilevante valenza economico-finanziaria, e/o con prospettive di medio lungo termine, che necessitino di un coordinamento a livello territoriale o settoriale ».

Il Cipess

L'unità dell'azione statale è altresì garantita da una serie di organi e strumenti di raccordo « orizzontali ».

Strutture orizzontali di raccordo dell'azione amministrativa dello Stato

Gli uffici centrali del bilancio (ex ragionerie centrali), presenti in ogni ministero con portafoglio, sono dipendenti dal **dipartimento della Ragioneria generale dello Stato** del ministero dell'economia e delle finanze (v. art. 11, d.lgs. 430/1997).

Il quadro organizzativo, caratterizzato, oltre che dalla presenza del dipartimento della ragioneria generale dello Stato presso il ministero dell'economia e delle finanze, dagli uffici centrali del bilancio costituiti presso i singoli ministeri, è completato a livello periferico dalle **ragionerie provinciali**, che si occupano delle amministrazioni statali decentrate e che sono raggruppate in dieci circoscrizioni territoriali. Tali uffici, che dipendono organicamente e funzionalmente dal Dipartimento della Ragioneria generale (l. 246/2002), svolgono altresì compiti di tenuta delle scritture contabili, di programmazione dell'attività finanziaria, nonché di monitoraggio e di valutazione tecnica dei costi e degli oneri dell'attività.

L'organizzazione dell'amministrazione contabile dello Stato

Il servizio nazionale di statistica (art. 24, l. 400/1988, d.lgs. 322/1989) si articola in una serie di uffici presenti presso ciascun ministero e ciascuna azienda — ma altresì presso enti territoriali (v. in particolare art. 6, d.lgs. 112/1998) e camere di commercio — collegati funzionalmente all'**Istat** (Istituto centrale di statistica).

L'Istat

Incardinata presso un unico complesso organizzativo, ma svolgente attività a favore di tutta l'organizzazione statale è l'**avvocatura dello Stato**, composta da legali che forniscono consulenza alle amministrazioni statali e provvedono alla loro difesa in giudizio (dell'avvocatura si servono le regioni a statuto speciale e, allorché decidano di avvalersene, quelle ordinarie; l'assistenza è inoltre stata estesa *ex lege* ad altri enti: v. cap. IX). L'avvocatura

L'avvocatura dello Stato

è incardinata presso la presidenza del Consiglio dei ministri; al suo vertice è l'Avvocato generale dello Stato, avente sede in Roma e nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri; esistono inoltre sedi periferiche — avvocature distrettuali — presso ciascuna sede di Corte d'appello. L'avvocatura, pur facendo capo alla presidenza del Consiglio dei ministri, svolge le proprie funzioni in modo indipendente.

*Agenzia per
l'Italia
digitale*

Occorre poi ricordare poi l'**Agenzia per l'Italia digitale**, che ha in particolare il compito di fornire alle amministrazioni il supporto conoscitivo essenziale per l'attività amministrativa, esercitando altresì funzioni di indirizzo e di controllo delle scelte di automazione da esse effettuate.

Il servizio di **tesoreria dello Stato** è costituito dall'insieme di operazioni e atti attraverso i quali il denaro acquisito dallo Stato viene raccolto, conservato e impiegato (A. Buscema-S. Buscema): si tratta in particolare delle operazioni di acquisizione di entrate e di effettuazione di spese di bilancio. Esso è affidato — sulla base di apposita convenzione — alla Banca d'Italia. Alcuni pagamenti sono comunque effettuati dalla Banca d'Italia avvalendosi del sistema postale (v. art. 77 *quater*, d.l. 112/2008, conv. nella l. 133/2008).

Si aggiunga che, in connessione con il progressivo conferimento agli enti locali di funzioni ed entrate proprie, il d.lgs. 279/1997 ha ridefinito il sistema di tesoreria unica in vista del suo parziale superamento per regioni e comuni (sistema di **tesoreria unica**). Gli enti locali, in sostanza, possono gestire fuori dalla tesoreria dello Stato tutte le entrate c.c. proprie, realizzando interessi attivi più elevati.

4. *Il Consiglio di Stato, la Corte dei conti e il Cnel.*

All'unità dell'azione dello Stato, infine, è preordinata l'attività di altri organi, caratterizzati dalla peculiare collocazione loro riservata nell'ambito del nostro ordinamento, dall'indipendenza di cui godono, nonché dalla circostanza che essi non svolgono funzioni di amministrazione attiva, bensì funzioni strumentali (consultive, di controllo, di proposta) rispetto all'attività degli organi costituzionali. Essi — qualificati poteri dello Stato — sono costituiti dal Consiglio di Stato, dalla Corte dei conti e dal Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro. Inseriti dalla Costituzione nell'ambito degli organi ausiliari del governo, due di essi, il Consiglio di Stato e la Corte dei conti, fanno capo alla presidenza del Consiglio dei ministri: ciò nonostante non fanno parte dell'amministrazione statale, ma sono in realtà organi dello

Termine estratto capitolo

Capitolo V

SITUAZIONI GIURIDICHE SOGGETTIVE E LORO VICENDE

1. Premessa. Qualità giuridiche, *status*, capacità e situazioni giuridiche. — 2. Potere, diritto soggettivo, dovere e obbligo. — 3. L'interesse legittimo. — 4. Interessi diffusi e interessi collettivi. — 5. Il problema dell'esistenza di altre situazioni giuridiche soggettive. — 5.1. Le situazioni giuridiche protette dall'ordinamento dell'Unione europea. — 6. Le modalità di produzione degli effetti giuridici. — 7. I poteri amministrativi: i poteri autorizzatori (in particolare: potere pubblico, accesso al mercato e liberalizzazione). — 8. I poteri concessori. — 9. I poteri ablatori. — 10. I poteri sanzionatori. — 11. I poteri di ordinanza, i poteri di programmazione e di pianificazione, i poteri di imposizione dei vincoli, i poteri di controllo. — 12. I poteri strumentali e i poteri dichiarativi. Le dichiarazioni sostitutive. — 13. I poteri relativi ad atti amministrativi generali. — 14. Cenni ad alcune tra le più rilevanti vicende giuridiche il cui studio interessa il diritto amministrativo: il decorso del tempo e la rinuncia. — 15. *Segue*: fatti, atti e negozi costitutivi di obblighi. Rinvio. — 16. L'esercizio del potere: norme di azione, discrezionalità e merito. — 17. Le fonti del diritto (in particolare quelle legislative) attinenti alle situazioni giuridiche. — 18. Cenni ad alcuni riflessi della distinzione tra norme di relazione e norme di azione sui problemi della difformità dell'atto dal paradigma normativo e del riparto di giurisdizione. — 19. Le norme prodotte dalle fonti comunitarie. — 20. Le fonti soggettivamente amministrative: considerazioni generali. *Soft law* e linee guida. — 21. I regolamenti amministrativi. — 22. Le altre fonti secondarie; in particolare: statuti e regolamenti degli enti locali. I testi unici.

1. *Premessa. Qualità giuridiche, status, capacità e situazioni giuridiche.*

Una delle funzioni essenziali dell'ordinamento giuridico è quella di risolvere conflitti di interessi intersoggettivi. Gli **interessi** sono aspirazioni dei soggetti verso i beni ritenuti idonei a soddisfare bisogni: la limitatezza dei beni rende assai probabile l'insorgere di conflitti tra i soggetti, che il diritto si incarica di comporre. Poiché tali conflitti sorgono tra soggetti diversi dell'ordinamento, esso, al fine di operarne la risoluzione, attribuendo di volta in volta la prevalenza ad uno degli interessi in gioco, deve preliminarmente riconoscere i soggetti come tali.

La soluzione del conflitto, inoltre, comporta la qualificazione giuridica dei comportamenti dei soggetti coinvolti, ai cui interessi l'ordinamento ha accordato la prevalenza o la soccombenza: ad esempio, il divieto, la possibilità o la necessità giuridica di compiere alcune azioni.

Tali comportamenti sono in definitiva qualificati nei confronti dell'ordinamento e delle sue norme in relazione alla particolare posizione del soggetto che li pone in essere. Siamo così giunti a fornire una prima definizione del concetto di « **situazione giuridica soggettiva** », la concreta situazione cioè in cui è collocato — o, meglio, di cui è « titolare » — un soggetto dall'ordinamento con riferimento al bene che costituisce oggetto dell'interesse.

Le situazioni sono svariate: diritto soggettivo, interesse legittimo, potere, obbligo e dovere. Il loro riconoscimento, ma ancor prima, come s'è vi-

*Le situazioni
giuridiche
soggettive*

sto, quello della qualità di soggetto dell'ordinamento, viene effettuato dalle norme dell'ordinamento stesso.

Ogni soggetto del diritto costituisce sul piano dell'ordinamento giuridico un centro di riferimento di una serie di situazioni e rapporti giuridici.

I « modi di essere giuridicamente definiti di una persona, di una cosa, di un rapporto giuridico, di cui l'ordinamento giuridico faccia altrettanti presupposti per l'applicabilità di disposizioni generali o particolari alla persona, alla cosa, al rapporto » (Miele) si definiscono **qualità giuridiche**. Si pensi alla qualità di coniugato con prole, presupposto per l'applicazione della disciplina in tema di assegni di famiglia; alla qualità di residente, presupposto per l'esercizio del diritto di elettorato attivo in un certo comune; alla qualità di bene demaniale, presupposto per l'applicazione della relativa disciplina e così via.

Alla luce di quanto testé osservato, possiamo aggiungere che le situazioni giuridiche sono i concreti modi di essere giuridici di un soggetto in ordine a interessi protetti dall'ordinamento. La totalità delle stesse e dei rapporti imputabili al soggetto ne definiscono la soggettività e formano la sua sfera giuridica, la quale è riconducibile ad unità proprio attraverso il riferimento al suo titolare.

Lo status

Diverso significato assume il termine di *status*, utilizzato in ordine al soggetto che si trovi in una particolare posizione complessiva in seno all'ordinamento (es. *status* di cittadino, di impiegato pubblico). Gli *status* sono le qualità attinenti alla persona che globalmente derivano dalla sua appartenenza necessaria o volontaria ad un gruppo e rappresentano il presupposto per l'applicazione al soggetto di una serie di norme, le quali vengono così a costituire nei confronti di tutti i soggetti che posseggono lo *status* una situazione giuridica uniforme e omogenea (Miele).

La capacità giuridica

La riferibilità effettiva di situazioni giuridiche ad un soggetto presuppone la idoneità di questo ad esserne titolare. Tale idoneità è la **capacità giuridica** riconosciuta dall'ordinamento (v. in particolare artt. 1 e 11 c.c.) ai propri soggetti; soltanto in presenza di essa vengono dunque conferite dall'ordinamento stesso le situazioni giuridiche.

La capacità giuridica degli enti pubblici

Si è discusso a lungo sia dell'esistenza di una capacità di diritto pubblico distinta da quella di diritto privato (e, dunque della riferibilità ai soggetti pubblici di una doppia capacità), sia del carattere generale della capacità giuridica dei soggetti pubblici e, di conseguenza, ad esempio, della loro possibilità di stipulare **contratti atipici**, non compresi tra quelli previsti dalla legge. L'opinione prevalente è nel senso che la capacità degli enti **sia una sola**, anche se occorre tenere conto della **finalizzazione** dell'attività complessiva da essi svolta alla cura di interessi pubblici: prima ancora di essere ente pubblico, il soggetto pubblico è, in quanto persona giuridica, soggetto

di diritto comune e (per venire al secondo tema qui indagato) ha la relativa generale capacità giuridica, potendo così impiegare tutti gli strumenti del diritto privato (quanto detto vale anche per la donazione: Cass. n. 452/1965), purché ciò sia coerente con la legge ed essa venga esercitata per curare gli interessi che la legge medesima gli affida (solo in questo senso quella capacità è peculiare). Questa impostazione risuona nell'art. 8, d.lgs. 36/2023 (codice dei contratti pubblici), ai sensi del quale “nel perseguire le proprie finalità istituzionali le pubbliche amministrazioni sono dotate di autonomia contrattuale e possono concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge”. Si configura dunque un principio (l'**atipicità**) opposto a quello della tipicità dei poteri amministrativi che analizzeremo nel corso del par. 7. Nel settore societario, poi, sussiste il divieto generale di costituire società non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali e che operino in settori diversi da quelli tipizzati (d.lgs. 175/2016 e cap. III). L'utilizzo degli strumenti privatistici, in conclusione, deve essere giustificato in ragione della attinenza alle finalità curate dall'ente e stabilite dalla legge (**legalità-indirizzo**), sicché, ad esempio, un ente che persegue interessi ambientali non potrebbe stipulare un contratto per l'acquisto di un macchinario impiegabile soltanto in ambito medico-chirurgico.

Si deve poi ricordare quanto dispone l'art. 11, c.c.: “Le Province e i Comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche, godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico”. Ciò disvela che, accanto alla capacità generale, esiste ovviamente un regime speciale attinente all'esercizio dei poteri pubblici (si pensi all'evidenza pubblica: cap. VIII).

Dalla capacità giuridica si distingue la **capacità di agire**, che consiste nella idoneità a gestire le vicende delle situazioni giuridiche di cui il soggetto è titolare e che si acquista con il compimento del diciottesimo anno d'età, salvo che la legge non stabilisca un'età diversa (art. 2 c.c.).

Si discute se la capacità d'agire possa essere riferita direttamente all'ente, ovvero sia esclusiva della persona fisica preposta all'**organo** che fa agire l'ente. La diversità di opinioni ha importanza soprattutto ai fini della qualificazione della natura della **responsabilità extracontrattuale** degli enti pubblici: ove si ritenga infatti che l'ente, in virtù della immedesimazione organica, abbia capacità di agire, è più semplice concludere nel senso che risponda direttamente per gli illeciti compiuti dai propri dipendenti, laddove, riferendo (secondo l'opinione più attendibile) la capacità di agire soltanto alle persone fisiche preposte agli organi, si dovrebbe concludere che la responsabilità dell'ente per gli illeciti da queste commesse sia indiretta (l'opinione oggi dominante è però contraria: v. cap. VIII).

La capacità di agire

Capacità di agire ed enti pubblici

Rapporto tra
capacità giuridica e capacità di agire

In linea di principio, capacità giuridica e capacità di agire non sorgono contemporaneamente in quanto, per le persone fisiche, la seconda si acquista con il raggiungimento della maggiore età, e, comunque, possono non sussistere contestualmente in capo allo stesso soggetto, tanto è vero che l'ordinamento prevede istituti per consentire l'imputazione di effetti in capo ai soggetti dotati di capacità giuridica ma non di capacità di agire (ad es. rappresentanza).

Nel diritto amministrativo, tuttavia, con riferimento alle persone fisiche la capacità di agire è di norma strettamente connessa con la capacità giuridica, nel senso che si dispone della seconda in quanto si abbia l'idoneità a gestire le vicende delle situazioni giuridiche, escludendosi la possibilità che le situazioni siano esercitate da soggetti diversi dai titolari. L'esempio tipico (Sandulli) è quello del c.d. diritto di elettorato attivo, che spetta soltanto alle persone maggiorenni che possono esercitarlo.

La legittimazione ad agire

La capacità di agire, che concerne categorie astratte di situazioni giuridiche, differisce poi dalla **legittimazione ad agire**, la quale si riferisce invece a situazioni specifiche e concrete (attive o passive), effettivamente sussistenti, ed a singoli rapporti: ad esempio, il soggetto ha la capacità di agire in relazione al potere di intervento nei procedimenti amministrativi ai sensi della l. 241/1990, ma ha la legittimazione ad agire soltanto se in concreto sia pendente un procedimento che coinvolga suoi interessi.

2. Potere, diritto soggettivo, dovere e obbligo.

Al fine di fornire la definizione delle situazioni giuridiche è necessario distinguere (S. Romano) tra le situazioni che sussistono nell'ambito di concreti **rapporti giuridici**, costituendone uno dei termini, e le altre che si collocano all'esterno di essi.

Il potere

Particolarmente importante è il **potere**, potenzialità astratta di tenere un certo comportamento ed espressione della capacità del soggetto, e perciò da esso inseparabile: di qui l'impossibilità di un trasferimento del potere da un titolare ad un altro (v. anche *infra*, parr. 6 e 8).

In quanto preesistente rispetto all'esercizio, il potere è collocato al di fuori dell'orbita di un rapporto concreto e consente di produrre modificazioni (vicende giuridiche) delle situazioni racchiuse in quel rapporto.

Tra i poteri rientrano, ad esempio, il potere di disposizione di un bene e quello di agire in giudizio, che è generale e trascende i singoli casi in cui, in concreto, il soggetto esercita l'azione giudiziaria.

Si noti che non tutti i rapporti sono di natura autoritativa e unilaterali

Termine estratto capitolo

Capitolo VI

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

1. Introduzione. — 2. Cenni alle esperienze straniere e alla disciplina comunitaria. — 3. L'esperienza italiana: la legge 7 agosto 1990, n. 241 e il suo ambito di applicazione. — 4. I principi enunciati dalla legge 241/1990. — 5. Le fasi del procedimento. — 6. Rapporti tra procedimenti amministrativi. — 7. L'iniziativa del procedimento amministrativo. — 8. Il dovere di concludere il procedimento. — 9. Il responsabile del procedimento. — 10. La comunicazione dell'avvio del procedimento. — 11. L'istruttoria procedimentale. — 11.1. L'oggetto dell'attività istruttoria. — 11.2. Le modalità di acquisizione degli interessi e la conferenza di servizi c.d. « istruttoria ». — 11.3. La partecipazione procedimentale. — 11.4. L'ambito di applicazione della disciplina sulla partecipazione procedimentale. — 11.5. Aspetti strutturali e funzionali della partecipazione. — 11.6. Partecipazione al procedimento, interessi procedurali e loro tutela. — 11.7. Il diritto di accesso ai documenti amministrativi. — 11.8. Procedimento, atti dichiarativi e valutazioni. — 11.9. Le attività istruttorie dirette all'accertamento dei fatti. — 11.10. La fase consultiva. — 12. La fase decisoria: rinvio. — 13. La fase integrativa dell'efficacia. — 14. La semplificazione procedimentale.

1. *Introduzione.*

Il **provvedimento** è l'atto amministrativo (v. *infra*, cap. VII, par. 5) che, in quanto efficace sul piano dell'ordinamento generale, produce vicende giuridiche in ordine alle situazioni giuridiche di soggetti terzi.

L'emanazione del provvedimento finale è di norma preceduta da un insieme di atti, fatti ed attività, tutti tra di loro connessi in quanto concorrono, nel loro complesso, all'emanazione del provvedimento stesso. Tali atti, fatti e attività, caratterizzati dallo scopo comune e unitario testé richiamato, confluiscono nel **procedimento amministrativo**.

Il provvedimento come esito del procedimento

I casi di provvedimenti emanati senza porre in essere un procedimento sono pochissimi: si può immaginare l'ipotesi dell'atto d'urgenza adottato immediatamente dall'organo individuale competente.

Il provvedimento tipico è il filtro attraverso cui ciò che avviene nel procedimento (e quei momenti sono logicamente e cronologicamente preordinati appunto al provvedimento, articolandosi in "fasi") diventa rilevante sul piano dell'ordinamento generale.

Il procedimento come forma della funzione

Accanto a questa concezione ("cosa" è il procedimento), altre posizioni hanno cercato di definire "come" esso deve svolgersi e quali regole debbono regolare il confronto degli interessi che in esso si realizza. Il procedimento amministrativo è stato definito come « forma della funzione » (Benvenuti). Al fine di meglio cogliere siffatta formula esplicativa, occorre chiarire che il passaggio dall'attribuzione del potere — come possibilità astratta di produrre effetti giuridici — alla concreta produzione dell'effetto finale è contraddistinto da una serie coordinata di attività e di atti « endoprocedimentali » che costituisce la **funzione**. Essa fa in qualche modo da tramite tra una

situazione statica (il potere) e un'altra situazione statica (l'effetto prodotto dall'atto). In tale ambito si colloca il procedimento amministrativo, che dà evidenza a questo momento, rappresentando appunto la forma esteriore con la quale si manifesta il farsi dell'azione amministrativa.

Il procedimento trova la sua ragion d'essere in una serie di esigenze e di caratteristiche peculiari del diritto pubblico o, comunque, specificamente avvertite in quest'ambito, tra le quali si ricordano:

a) la necessità di dare evidenza alle modalità di scelta effettuate dall'amministrazione in vista dell'interesse pubblico;

b) l'importanza di enucleare i vari passaggi che conducono alla determinazione conclusiva ai fini del sindacato operato dal giudice amministrativo (il quale non si limita a valutare la scelta finale ma può spingersi ad esaminare la modalità del farsi dell'azione);

c) l'esistenza di norme giuridiche (**norme di azione**: v. *supra*, cap. V) alle quali è soggetta l'amministrazione nel corso della sua attività;

d) va aggiunto che, poiché la « funzione » — di cui è forma — costituisce essenzialmente esercizio del **potere discrezionale**, il procedimento deve essere strutturato in modo da consentire che la scelta discrezionale possa proficuamente avvenire. A tal fine, il procedimento va configurato in modo da permettere l'evidenziazione degli interessi coinvolti nella ponderazione (che costituisce aspetto essenziale della discrezionalità), consentendo in particolare agli interessati di intervenire nel corso del farsi dell'azione per rappresentare il proprio punto di vista.

Il procedimento come sede dell'esercizio di più poteri provvedimentali

La più recente normativa, anche nella prospettiva della semplificazione, mira a configurare il procedimento come modulo nel cui interno far confluire l'esercizio di più poteri provvedimentali, in particolare autorizzativi e concessori, tra di loro connessi — pur se distinti — in quanto riferiti ad una medesima attività del privato.

Più nel dettaglio, è da segnalare la disciplina relativa allo **sportello unico**: il d.p.r. 160/2010, prevede un procedimento automatizzato (relativamente a Scia e silenzio-assenso) e uno ordinario, che può contemplare l'indizione di una conferenza di servizi. Lo sportello fa capo ai comuni, ma, ove essi non procedano a istituirlo, l'esercizio delle relative funzioni è delegato, anche in assenza di provvedimenti espressi, alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

In queste ipotesi, il procedimento si profila come istituto preordinato non soltanto ad acquisire ed a censire interessi secondari rispetto ad una finalità primaria, bensì a curare più interessi pubblici, non più perseguiti dalle varie amministrazioni mediante distinti episodi procedurali, ma considerati unitariamente in un medesimo contesto. La scelta legislativa comporta evidenti vantaggi sul piano della semplificazione amministrativa,

riducendo tempi e oneri gravanti sui privati la cui attività sia assoggettata a distinti poteri amministrativi.

2. Cenni alle esperienze straniere e alla disciplina comunitaria.

Molteplici ordinamenti stranieri hanno provveduto da tempo a disciplinare il procedimento amministrativo.

In Austria, già nel 1925 era stata varata una complessa disciplina del procedimento amministrativo, mediante l'emanazione di ben cinque leggi. La normativa austriaca segue un'impostazione per così dire «paragiustiziale», nel senso che concepisce l'attività dell'amministrazione in termini analoghi a quella svolta dal giudice che deve decidere una controversia: di qui la particolare attenzione a profili quali la competenza, i termini, l'istruttoria, le spese. La procedimentalizzazione è pertanto intesa come garanzia del primato della legge e della corretta esecuzione della stessa da parte dell'amministrazione.

L'esperienza austriaca

Più recente e di notevole importanza è la legge sul procedimento amministrativo della Repubblica federale tedesca del 22 maggio 1976. Essa ha costituito un modello che ha suscitato viva attenzione nella nostra dottrina, anche a motivo della sua completezza e dell'accuratezza del dibattito teorico che ne ha preceduto l'emanazione. Non a caso a tale normativa si è ispirato il legislatore italiano nell'elaborazione della legge 7 agosto 1990, n. 241. Tra gli aspetti più rilevanti dei quali essa si occupa vanno ricordati l'obbligo generale di motivazione, il diritto per i privati di essere sentiti, l'accesso ai documenti e i contratti di diritto pubblico.

L'esperienza della Repubblica federale tedesca

Pure la Spagna ha provveduto nel 1992 ad emanare una legge generale sul procedimento e sull'azione amministrativa, disciplinando in particolare anche i profili di responsabilità della pubblica amministrazione e dei funzionari.

L'esperienza della Spagna

Parzialmente diversa l'esperienza della Francia, ove la giurisprudenza del *Conseil d'Etat* ha da tempo enucleato principi procedimentali assai importanti, quali il diritto di difesa dei cittadini nei procedimenti sanzionatori. A partire dal 1978, comunque, sono state emanate norme sui rapporti tra *administration et les usagers*, disposizioni sull'accesso ai documenti amministrativi e sulla motivazione degli atti amministrativi, per giungere, nel 2016, all'approvazione di un *Code des relations entre le public et l'administration*, diviso in cinque libri.

L'esperienza della Francia

Nell'ordinamento inglese, ove si nega tradizionalmente l'esistenza di un diritto amministrativo in senso proprio (Dicey), manca una disciplina generale sul procedimento amministrativo. Tuttavia, le corti inglesi riconoscono principi procedimentali assai importanti, quali quello della *natural justice*,

L'esperienza della Gran Bretagna

che si è concretizzato nelle regole *audi alteram partem* e *nemo iudex in causa sua*. Si riconosce, inoltre, in capo alla amministrazione un dovere di agire correttamente (*fairness*).

*L'esperienza
del diritto
comunitario*

L'importanza del diritto dell'Unione europea in materia procedimentale deriva sia dal fatto che gli organi comunitari pongono in essere molteplici procedimenti destinati ad avere effetti nel nostro ordinamento, sia dal fatto che sempre più numerose norme di origine comunitaria condizionano l'azione dell'amministrazione nazionale interferendo con la disciplina interna del procedimento. I principi europei, ancorché dettati con specifico riferimento all'attività svolta dagli organi comunitari, sono in grado di produrre influenze anche sugli ordinamenti nazionali. Essi sono ora richiamati dall'art. 1, l. 241/1990 (v. par. 4).

Il procedimento amministrativo dell'Unione europea è soprattutto configurato come modulo garantistico di tutela delle situazioni giuridiche soggettive, all'interno del quale deve essere assicurato il diritto di difesa: ciò vale in particolare in tema di procedimenti sanzionatori e di concorrenza. Il Trattato Ue prevede alcuni importanti principi in relazione alle decisioni, quali l'obbligo della motivazione e della notificazione degli atti (v. artt. 296 e 297), nonché altri rilevanti istituti (come il diritto di accesso: art. 15). Alcuni di questi (partecipazione, accesso) sono ora rafforzati in ragione della previsione espressa nella Carta dei diritti fondamentali di Nizza.

3. *L'esperienza italiana: la legge 7 agosto 1990, n. 241 e il suo ambito di applicazione.*

La l. 7 agosto 1990, n. 241, reca « nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi ». La legge italiana non contiene una disciplina completa ed esaustiva del procedimento (talune fasi endoprocedimentali, per esempio le deliberazioni collegiali, non sono contemplate), ma si limita a specificare alcuni principi e a disciplinare gli istituti più importanti; d'altro canto, essa si occupa anche di aspetti che solo indirettamente riguardano il procedimento, quali il diritto di accesso e, in forza delle più recenti riforme, del regime dell'atto non conforme a paradigma normativo, della sua efficacia, della revoca e del recesso.

*L'ambito di
applicazione
soggettivo*

Un primo importante problema che va affrontato dall'interprete è quello di delimitare l'ambito di applicazione della legge. Secondo l'art. 29, le disposizioni della « legge si applicano alle amministrazioni statali e agli enti pubblici nazionali ».

*Disciplina del
procedimento*

È evidente l'importanza dell'articolo 29 del titolo V della parte II

Termine estratto capitolo

Capitolo VII

LA CONCLUSIONE DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO: IL PROVVEDIMENTO E GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI

1. Gli atti determinativi del contenuto del provvedimento, l'atto complesso, il concerto e l'intesa. — 2. La conferenza di servizi c.d. « decisoria ». — 3. Silenzio significativo, silenzio-inadempimento, silenzio-rigetto e silenzio devolutivo. — 4. La segnalazione certificata di inizio attività e la comunicazione previa. — 5. L'atto amministrativo e il provvedimento amministrativo: osservazioni generali. — 6. Provvedimento amministrativo e incisione sulle situazioni soggettive. — 7. Unilateralità, tipicità e nominatività del potere. — 8. Gli elementi essenziali del provvedimento e le clausole accessorie. — 9. Difformità del provvedimento dal paradigma normativo: la nullità e l'illiceità del provvedimento amministrativo. — 10. *Segue*: l'illegittimità del provvedimento amministrativo. — 11. I vizi di legittimità del provvedimento amministrativo. — 12. La motivazione di provvedimenti ed atti amministrativi. — 13. I vizi di merito. — 14. Procedimenti di riesame dell'atto illegittimo: conferma, annullamento, riforma, convalida. — 15. Conversione, inoppugnabilità, acquiescenza, ratifica, rettifica e rinnovazione del provvedimento. — 16. L'efficacia del provvedimento amministrativo: limiti spaziali e limiti temporali. — 17. I procedimenti di revisione: proroga, revoca e ritiro del provvedimento amministrativo. — 18. Esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo. — 19. Gli accordi amministrativi. Osservazioni generali. — 20. Gli accordi tra amministrazione e privati *ex art.* 11, l. 7 agosto 1990, n. 241. — 21. I contratti di programma e gli accordi tra amministrazioni. — 22. In particolare: gli accordi di programma.

1. *Gli atti determinativi del contenuto del provvedimento, l'atto complesso, il concerto e l'intesa.*

L'amministrazione conclude il procedimento emanando una **decisione**. *La decisione*

Il termine « decisione », tradizionalmente impiegato per indicare i provvedimenti adottati a seguito di procedimenti amministrativi contenziosi (nei quali è garantito, e non solo consentito, il contraddittorio tra le parti), è oggi utilizzato dal legislatore con riferimento a tutti i provvedimenti (art. 3, l. 241/1990), anche perché tutti i procedimenti (ad eccezione di quelli contemplati nell'art. 13, per i quali sono peraltro poste disposizioni specifiche) debbono consentire la partecipazione e il contraddittorio con gli interessati.

La fase decisoria può essere costituita da una serie di atti (e tale ipotesi sarà esaminata nel presente paragrafo), da un atto proveniente da un unico organo (che può essere monocratico, ovvero collegiale: par. 5 e ss.), da un fatto (silenzio: par. 3), ovvero da un accordo (par. 19 e ss.). Allorché la fase decisoria consista nella emanazione di **atti** (monocratici) o **deliberazioni** (collegiali) **preliminari** determinativi del contenuto del provvedimento finale, si assiste all'adozione, da parte di un organo, di un atto che, per produrre effetti, deve essere esternato ad opera di un altro organo. L'atto del primo organo è quindi determinativo del contenuto del provvedimento finale, ma non costitutivo degli effetti.

Un altro modello è quello della **decisione su proposta**. Si tratta di un atto di impulso procedimentale che si colloca (non all'avvio del procedi-

mento, ma) immediatamente prima della decisione finale e indicativo del contenuto della stessa. L'organo — spesso collegiale — al quale la proposta è rivolta ha sempre il potere di rifiutare l'adozione dell'atto finale, ma non può modificare il contenuto della proposta.

Determinazione preliminare e atto finale; atto complesso

In dottrina viene poi ricordato il modello dell'**atto complesso**.

A differenza dei casi in cui i due atti (determinazione preliminare e atto finale) rimangono separati, le manifestazioni di volontà, di pari « dignità », tutte attinenti alla fase decisoria e convergenti verso un unico fine, qui si fondono in un medesimo atto. Le amministrazioni non si limitano ad accogliere o respingere la determinazione altrui, sicché la « trattativa » investe il contenuto dell'atto; per altro verso, a differenza della proposta, gli atti sono della medesima natura.

L'interdipendenza tra le parti dell'atto complesso comporta che sia sufficiente l'illegittimità di una di esse per determinarne l'annullabilità. Poiché tale atto è imputabile alle amministrazioni partecipanti, esso deve essere impugnato nei loro confronti. L'atto complesso in senso proprio comprende in pratica gli accordi tra amministrazioni (v. par. 21).

Concerto e intesa

Simili a quello testé descritto sono i modelli del concerto e dell'intesa, riconducibili al paradigma delle decisioni pluristrutturate o co-decisioni. Il **concerto** è un istituto che si riscontra di norma nelle relazioni tra organi dello stesso ente: l'autorità concertante, unico titolare del potere di iniziativa, elabora uno schema di provvedimento e lo trasmette all'autorità concertata. Il consenso delle autorità concertate condiziona l'emanazione del provvedimento: tale consenso è espresso con atto che, a differenza del modello dell'atto complesso, non si fonde con quello dell'amministrazione precedente, che è l'unica ad adottare l'atto finale. In caso di inerzia protratta oltre il termine di 30 gg., tuttavia, il concerto si intende acquisito ai sensi dell'art. 17 *bis*, l. 241/1990, sicché deve escludersi che la posizione delle due autorità sia di perfetta parità. L'**intesa**, invece, viene di norma raggiunta tra enti differenti (ad es., tra Stato e Regione) ai quali tutti si imputa l'effetto. Analogamente a quanto accade per il concerto, un'amministrazione deve chiedere l'intesa ad altra autorità, il cui consenso condiziona l'atto finale.

Esistono numerosi altri casi in cui la legge dà evidenza a momenti endoprocedimentali che sono intimamente collegati con la decisione finale, influenzandola quanto meno sotto il profilo del dovere di motivazione.

L'art. 11, l. 241/1990, in particolare, prevede che gli **accordi** che l'amministrazione conclude con i privati siano preceduti da una « determinazione dell'organo che sarebbe competente per l'adozione del provvedimento », evidentemente al fine di giustificare l'adozione dell'accordo medesimo. L'art. 10 *bis*, poi, nel caso di procedimenti ad istanza di parte, impone di comunicare agli istanti i « **motivi che ostano all'accoglimento della do-**

manda »; tale comunicazione mira a sollecitare gli istanti medesimi affinché presentino osservazioni, del cui eventuale mancato accoglimento occorre dar ragione della motivazione del provvedimento finale di diniego. L'art. 6 stabilisce che l'organo che emana il provvedimento finale, se diverso dal responsabile del procedimento, non può **discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria** se non indicandone le motivazioni nel provvedimento finale (cap. VI, par. 9).

2. La conferenza di servizi c.d. « decisoria ».

Nel paragrafo precedente è stato notato che spesso l'intervento di un'amministrazione nel corso di un procedimento è previsto al fine di subordinare la scelta finale alla compatibilità dell'interesse di cui essa è portatrice.

La legge, pur ritenendo necessario il consenso di più amministrazioni ai fini della definizione del procedimento, ammette oggi che gli atti determinativi o condizionanti il contenuto della decisione finale possano essere sostituiti dalla determinazione assunta in seno alla conferenza di servizi ovvero che il silenzio sia equivalente all'assenso.

Il modello di conferenza di servizi introdotto dall'art. 14, c. 2, l. 241/1990, differisce dalla **conferenza istruttoria** (v. cap. VI, par. 11.2): si tratta della c.d. **conferenza decisoria**. Il legislatore, rendendola obbligatoria, la circoscrive a due casi in cui sia necessario acquisire più « pareri, intese, concerti, nullaosta o assensi comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche ».

Più nel dettaglio, secondo quanto dispone la norma, la conferenza di servizi decisoria « è sempre indetta » quando la conclusione positiva del procedimento è subordinata all'acquisizione di più pareri, intese, concerti, nullaosta o altri atti di assenso, comunque denominati, resi da diverse amministrazioni, inclusi i gestori di beni o servizi pubblici. Quando l'attività del privato sia subordinata a più atti di assenso, comunque denominati, da adottare a conclusione di distinti procedimenti, di competenza di diverse amministrazioni pubbliche, la conferenza di servizi è convocata da una delle amministrazioni procedenti.

La prima ipotesi (c.d. conferenza **decisoria interna**: l'indizione spetta all'amministrazione procedente) riguarda atti endoprocedimentali, mentre la seconda concerne atti di assenso che costituiscono il momento finale di un autonomo procedimento (c.d. servizi **decisoria esterna**: ricorrendo a tale figura, è dunque possibile acquisire atti esterni rispetto al singolo procedimento; la conferenza può qui essere convocata anche su richiesta dell'interessato).

*Art. 17 bis e
conferenza di
servizi*

Va immediatamente sottolineato che la disciplina sulla conferenza decisoria deve essere raccordata con quanto stabilito dall'art. 17 *bis*, che, con riferimento al medesimo campo di applicazione (atti di assenso), collega all'inerzia il silenzio assenso. Giova anticipare che pure la disciplina della conferenza prevede che l'inerzia protratta oltre il termine perentorio, comunque non superiore a quarantacinque giorni (se tra le suddette amministrazioni vi sono amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, o alla tutela della salute dei cittadini, il suddetto termine è fissato in novanta giorni) equivale ad assenso.

Ciò chiarito, in primo luogo è agevole notare che la sovrapposizione riguarda più correttamente la sola conferenza decisoria "interna" (l'art. 17 *bis*, infatti, non concerne l'acquisizione di atti esterni al procedimento).

In secondo luogo, tenendo conto del fatto che solo l'art. 14 richiama i pareri, la conferenza va indetta quando, tra gli atti da acquisire, vi siano, appunto, i pareri. Per contro, solo l'art. 17 *bis*, è utilizzabile in caso di provvedimenti normativi.

Valorizzando il labile appiglio costituito dal riferimento, nel solo art. 14, a "più" pareri e atti di assenso, si può immaginare di ricorrere al meccanismo di cui all'art. 17 *bis* a fronte di un solo atto di assenso richiesto, laddove la conferenza sarebbe attivabile nei procedimenti più complessi, in cui è tra l'altro opportuno un confronto tra le varie posizioni.

*Finalità della
conferenza di
servizi*

La conferenza di servizi (sia quella istruttoria, sia quella decisoria; in entrambi i casi la indizione spetta al responsabile del procedimento: v. art. 6, l. 241/1990) tende a un accordo tra amministrazioni. In realtà, il meccanismo decisionale delineato dalla legge sembra "pensato" per la conferenza decisoria (v., infatti Cons. Stato, sez. VI, n. 3505/2004), mentre quella istruttoria mira soprattutto a una composizione degli interessi, senza l'ansia del risultato finale. L'art. 14, comunque, dispone che la conferenza istruttoria si svolge con le modalità previste dall'articolo 14 *bis* (conferenza semplificata) o con modalità diverse, definite dall'amministrazione precedente.

La conferenza non dà luogo a un organo collegiale, atteso che ogni rappresentante delle amministrazioni « vi partecipa nell'esercizio delle funzioni amministrative dell'ente di competenza » e gli effetti sono imputati alle singole amministrazioni e non già alla conferenza (Greco; v. altresì Corte cost., n. 179/2012), mancando il conferimento a essa di una competenza unitaria; la sua struttura è inoltre variabile, a differenza di ciò che accade per gli organi collegiali.

La tesi dell'accordo è supportata dall'analisi del dato positivo. L'art. 15, l. 241/1990, dispone che, analogamente alle ipotesi previste dall'art.

Termine estratto capitolo